

**Assemblée générale**

Distr.: Générale
22 mars 2006

Français
Original: Anglais

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

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

1. La Commission a approuvé la version finale du projet de Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("la Convention") à sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005). La Convention a ensuite été adoptée par l'Assemblée générale le 23 novembre 2005 et ouverte à la signature du 16 janvier 2006 au 16 janvier 2008.
2. Lorsqu'à sa trente-huitième session, la Commission a approuvé la version finale du projet de Convention en vue de son adoption par l'Assemblée générale, elle a prié le secrétariat de préparer les notes explicatives sur le texte de la Convention et de les lui présenter à sa trente-neuvième session (A/60/17, par. 165).
3. L'annexe I de la présente note contient des observations, article par article, sur la Convention. La Commission voudra peut-être prendre acte des notes explicatives et demander que le secrétariat les publie, avec le texte final de la Convention.



IV. Observations article par article (*suite*)

CHAPITRE III. UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

1. La validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique.

2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.

1. Non-discrimination des communications électroniques

1. Le paragraphe 1 de cet article réaffirme le principe général de non-discrimination énoncé à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Cette disposition signifie qu'il ne devrait pas y avoir de disparité de traitement entre les communications électroniques et les documents papier, mais elle ne vise pas à l'emporter sur les conditions imposées par l'article 9. En disposant que la validité ou la force exécutoire d'une information ne peut être contestée au seul motif qu'elle est sous forme de communication électronique, le paragraphe 1 de l'article 8 indique seulement que la forme sous laquelle une certaine information est présentée ou conservée ne peut être invoquée comme unique raison pour laquelle cette information n'aurait aucune valeur légale, validité ou force exécutoire. Cependant, cette disposition ne devrait pas être interprétée à tort comme établissant la valeur légale absolue de toute communication électronique ou de toute information qu'elle renferme (A/CN.9/546, par. 41).

2. Aucune règle précise n'a été inscrite dans la Convention sur le moment et le lieu de la conclusion des contrats dans les cas où l'offre ou l'acceptation d'une offre sont exprimées au moyen d'une communication électronique, pour ne pas porter atteinte à la législation nationale applicable à la formation des contrats. La CNUDCI a estimé qu'une telle disposition dépasserait l'objet de la Convention qui se contente d'indiquer que les communications électroniques offriraient le même degré de sécurité juridique que les communications sur papier. La fusion des règles existantes sur la formation des contrats et des dispositions de l'article 10 vise à faire disparaître toute incertitude quant au moment et au lieu de la formation des contrats lorsque l'offre ou l'acceptation sont transmises électroniquement (voir, ci-dessous, par. 43 à 64).

2. Consentement à utiliser des communications électroniques

3. Des dispositions semblables au paragraphe 2 sont prévues dans un certain nombre de lois nationales relatives au commerce électronique pour mettre en lumière le principe de l'autonomie des parties et précisent que la reconnaissance juridique des communications électroniques n'est pas subordonnée à leur utilisation ou à leur acceptation par une partie (A/60/17, par. 52; voir aussi A/CN.9/527, par. 108).

4. Cependant, le consentement à utiliser des communications électroniques ne doit pas nécessairement être indiqué expressément ou donné sous une forme particulière. Bien que l'on puisse parvenir à une sécurité absolue en obtenant un contrat explicite avant de se fonder sur des communications électroniques, un tel contrat ne devrait pas être nécessaire. En effet, une telle exigence constituerait en soi un obstacle déraisonnable au commerce électronique. En vertu de la Convention, le consentement à utiliser des communications électroniques doit être déterminé à la lumière de toutes les circonstances, y compris le comportement des parties. Ces circonstances peuvent être, par exemple: la remise d'une carte de visite sur laquelle figure une adresse électronique professionnelle; l'invitation d'un client potentiel à se rendre sur le site Web d'une entreprise ou d'un particulier pour passer une commande; ou le fait de faire de la publicité pour des marchandises par Internet ou par courrier électronique.

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)	A/60/17, par. 51 à 53
Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 117 à 122
Groupe de travail IV, quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 44 et 45
Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 94 à 108; voir aussi par. 121 à 131 (dispositions supprimées par la suite)
Groupe de travail IV, trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 86 à 92; voir aussi par. 66 à 73 (dispositions supprimées par la suite)

Article 9. Conditions de forme

- 1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous une forme particulière.**
- 2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.**
- 3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:**

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer la volonté de cette partie concernant l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la méthode utilisée est:

i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a) ci-dessus.

4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit disponible ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit disponible, cette information peut être présentée à la personne à laquelle elle doit être rendue disponible.

5. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4:

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification susceptible d'intervenir dans le processus normal de la communication, de la conservation et de l'affichage; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y ayant trait.

1. Remarques générales

5. Comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dont elle s'inspire, la Convention utilise une approche fondée sur l'"équivalence fonctionnelle", ainsi qu'elle est maintenant connue (voir A/CN.9/608/Add.1, par. 7 à 9), qui vise à déterminer comment les objectifs ou les fonctions des documents papier pourraient être remplis avec les techniques du commerce électronique. Par exemple, un document papier peut assumer les fonctions suivantes: fournir un enregistrement lisible par tous; fournir un enregistrement inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux.

6. Pour toutes les fonctions du papier susmentionnées, les enregistrements électroniques peuvent garantir le même niveau de sécurité avec, dans la plupart des cas, une fiabilité et rapidité plus grandes, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données, à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient respectées. Néanmoins, l'adoption de l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle ne devrait pas avoir pour conséquence d'imposer aux utilisateurs des moyens de commerce électroniques des normes de sécurité plus strictes (avec l'augmentation des coûts qui en résulterait) que pour les supports papier.

7. L'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle a été adoptée à l'article 9 de la convention pour ce qui est des notions d'"écrit", de "signature" et d'"original" mais non pour les autres notions juridiques régies par le droit interne. Par exemple, la Convention ne tente pas de créer un équivalent fonctionnel des exigences actuelles en matière d'archivage, car ces exigences ont souvent des objectifs administratifs et réglementaires et portent sur des questions qui ne sont pas directement liées à la formation ou à l'exécution de contrats privés (comme la fiscalité, la réglementation monétaire ou les contrôles douaniers). Compte tenu des considérations d'ordre public associées à ces objectifs et du degré variable de développement technologique des pays; il a été estimé que l'archivage des enregistrements devait rester en dehors du champ d'application de la Convention.

2. Liberté de forme

8. Le paragraphe 1 reprend le principe général de la liberté de forme énoncé à l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, en vue de préciser que la référence à d'éventuelles exigences de forme prévues par d'autres lois ne signifiait pas que la Convention elle-même imposait une quelconque exigence de forme.

9. La Convention reconnaît néanmoins que des exigences de forme existent et qu'elles peuvent limiter la capacité des parties à choisir leur moyen de communication. Elle énonce les conditions dans lesquelles des communications électroniques peuvent satisfaire aux exigences générales de forme. Toutefois, aucune de ses dispositions ne donne aux parties un droit illimité d'utiliser les techniques ou les supports de leur choix pour les communications en rapport avec la formation ou l'exécution de tout type de contrat, pour ne pas interférer avec l'application des règles de droit qui exigent, par exemple, que certaines méthodes d'authentification soient utilisées en rapport avec certains types de contrats (A/CN.9/571, par. 119).

10. La Convention ne subordonne pas la validité d'une communication électronique ou d'un contrat conclu par voie électronique à l'utilisation d'une signature électronique, car la plupart des systèmes juridiques n'imposent pas d'obligation de signature comme condition générale de la validité des contrats de tout type (A/CN.9/571, par. 118).

3. Notion d'exigence juridique

11. Dans certains pays de *common law*, le mot "loi" serait normalement interprété comme désignant les règles de *common law*, par opposition aux exigences législatives, tandis que dans certains pays de droit romano-germanique il est

généralement employé de façon étroite pour désigner la législation adoptée par le parlement. Dans le contexte de la Convention toutefois, le mot “loi” renvoie à ces différentes sources de droit et vise à englober non seulement les dispositions législatives ou réglementaires, y compris les conventions ou traités internationaux ratifiés par un État contractant, mais également les règles découlant de la jurisprudence et autres règles de procédure.

12. En revanche, le mot “loi” ne vise pas les domaines du droit qui ne sont pas devenus partie intégrante du droit d’un État et que l’on désigne parfois par des expressions comme “*lex mercatoria*” ou “loi marchande” (A/60/17, par. 58). C’est là un corollaire du principe de l’autonomie des parties. Dans la mesure où les usages et pratiques de commerce se développent par l’intermédiaire de normes industrielles, de contrats types et de lignes directrices, le soin devrait être laissé aux rédacteurs et aux utilisateurs de ces instruments de déterminer quand et dans quelles circonstances ces derniers devraient admettre ou encourager les communications électroniques. Les parties qui incorporent dans leurs contrats des clauses industrielles standard n’envisageant pas expressément les communications électroniques demeurent libres d’adapter ces clauses à leurs besoins concrets.

13. Bien que l’article ne fasse pas référence à la loi “applicable”, il est entendu, à la lumière des critères utilisés pour définir le champ d’application géographique de la Convention, que la “loi” désignée dans cet article est celle qui s’applique aux transactions effectuées entre les parties conformément aux règles du droit international privé pertinentes.

4. Rapport avec l’article 5

14. Comme il a été indiqué plus haut, le principe de l’autonomie des parties ne donne pas aux parties le droit de se soustraire aux conditions légales de forme en convenant d’appliquer des règles moins strictes que celles prévues dans l’article 9 (voir A/CN.9/608/Add.1, par. 42). Les dispositions relatives aux prescriptions de forme générales dans la Convention n’ont qu’une fonction de facilitation. Le fait, pour les Parties, d’utiliser des méthodes différentes aurait simplement pour conséquences qu’elles ne seraient pas à même de respecter les prescriptions de forme envisagées à l’article 9 (A/CN.9/548, par. 122).

5. Forme écrite

15. Le paragraphe 2 définit le critère de base auquel doivent satisfaire des communications électroniques pour répondre à l’exigence selon laquelle l’information doit être conservée ou présentée par écrit (ou selon laquelle l’information doit figurer dans un “document” ou un autre instrument ayant un support papier).

16. Lors de l’élaboration de la Convention, la CNUDCI a porté son attention sur les fonctions traditionnellement assurées par divers types d’“écrits” dans un environnement papier. Les lois internes exigent l’utilisation d’un “écrit” pour diverses raisons, par exemple: 1) veiller à ce qu’il y ait des preuves tangibles de l’existence et de la nature de l’intention manifestée par les parties de se lier entre elles; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion d’un contrat; 3) fournir un document lisible par tous; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d’une opération; 5) permettre la

reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux; 8) consigner l'intention de l'auteur de l'"écrit" et conserver la trace de cette intention; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires; et 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un "écrit" est requis aux fins de validité.

17. Il ne serait toutefois pas approprié d'adopter une définition trop générale des fonctions de l'"écrit". La prescription de la forme écrite est souvent associée à d'autres concepts distincts de l'écrit, comme la signature et l'original. Ainsi, l'exigence d'un "écrit" devrait être considérée comme la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme qui prévoit des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents papier. L'exigence selon laquelle les données doivent être présentées par écrit (décrite comme l'"exigence minimum") ne doit donc pas être confondue avec des exigences plus strictes comme la production d'un "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte juridique authentifié". Par exemple, dans certaines législations nationales, un document écrit qui n'est ni daté ni signé, et dont l'auteur n'est pas identifié dans le document écrit ou n'est identifié que par un simple en-tête, serait considéré comme un "écrit" quand bien même il n'aurait peut-être qu'une force probante négligeable en l'absence d'autres éléments de preuve (par exemple un témoignage) quant à l'auteur du document. En outre, la notion d'inaltérabilité ne devrait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au crayon pourrait néanmoins être considéré comme un "écrit" selon certaines définitions juridiques. En règle générale, des notions comme "élément de preuve" et "intention manifestée par les parties de se lier entre elles" doivent être rattachées aux questions de nature plus générale concernant la fiabilité et l'authentification des données et ne devraient pas intervenir dans la définition d'un "écrit".

18. Le paragraphe 2 de l'article 9 ne vise pas à disposer que, dans tous les cas, les communications électroniques doivent remplir toutes les fonctions concevables de l'écrit: plutôt que de viser la fonction spécifique d'un "écrit" dans un contexte précis, l'article 9 s'attache à la notion fondamentale d'une information pouvant être reproduite et lue. Cette notion est exprimée à l'article 9 dans des termes qui ont été jugés constituer un critère objectif, à savoir que les renseignements contenus dans une communication électronique doivent être accessibles afin de pouvoir être utilisés comme référence par la suite. Le mot "accessible" implique qu'une information se présentant sous la forme de données informatisées doit être lisible et interprétable et que le logiciel qui pourrait être nécessaire pour assurer la lisibilité de pareille information doit être préservé. Le mot "consultée" vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement par ordinateur. Quant à l'expression "être consultée ultérieurement", elle a été préférée à la notion de "durabilité" ou à celle d'"inaltérabilité", qui auraient constitué des normes trop strictes, et à des notions comme la "lisibilité" ou l'"intelligibilité", qui auraient représenté des critères trop subjectifs.

6. Exigences relatives à la signature

19. Le recours accru à des techniques d'authentification électroniques au lieu de signatures manuscrites et d'autres méthodes traditionnelles d'authentification a créé la nécessité d'avoir un cadre juridique spécifique afin de réduire l'incertitude quant à l'effet juridique pouvant résulter de l'utilisation de telles techniques modernes que la Convention désigne généralement par le terme "signatures électroniques". Le risque que divers pays adoptent des approches législatives divergentes à l'égard des signatures électroniques demande des dispositions législatives uniformes afin d'établir les règles de base de ce qui est intrinsèquement un phénomène international dans lequel l'harmonie juridique ainsi que l'interopérabilité technique constituent un objectif souhaitable.

Notion et types de signatures électroniques

20. Dans un environnement électronique, l'original d'un message ne se distingue pas d'une copie, ne comporte aucune signature manuscrite et ne figure pas sur papier. Les possibilités de fraude sont énormes, du fait de la facilité qu'il y a à intercepter et modifier l'information sous forme électronique sans risque d'être détecté, ainsi que de la rapidité avec laquelle on peut traiter de multiples opérations. La finalité des diverses techniques actuellement disponibles sur le marché ou en cours d'élaboration est de créer les moyens techniques grâce auxquels un certain nombre ou la totalité des fonctions perçues comme caractéristiques d'une signature manuscrite peuvent être remplies dans un contexte électronique. On peut regrouper ces techniques sous le terme générique de "signatures numériques".

21. En vue d'établir des règles uniformes sur les signatures électroniques, la CNUDCI a examiné les diverses techniques de signature électronique qui étaient utilisées ou en cours d'élaboration. L'objectif commun à ces techniques est de fournir des équivalents fonctionnels a) à la signature manuscrite; et b) aux autres types de mécanismes d'authentification utilisés dans un environnement papier (par exemple sceaux ou cachets). Les mêmes techniques peuvent remplir des fonctions supplémentaires dans le domaine du commerce électronique, qui découlent des fonctions d'une signature mais où elles n'ont aucun équivalent strict dans un environnement papier.

22. Les signatures électroniques peuvent prendre la forme de signatures numériques fondées sur la cryptographie à clef publique et sont souvent générées dans le cadre d'une "infrastructure à clef publique" où les fonctions de création et de vérification de la signature numérique sont étayées par des certificats émis par des tiers dignes de confiance¹. Il existe toutefois divers autres mécanismes, englobés eux aussi dans la notion plus large de "signature électronique", qui peuvent être en usage ou dont on envisage l'utilisation dans l'avenir, en vue de remplir une ou plusieurs des fonctions susmentionnées des signatures manuscrites. Par exemple, certaines techniques s'appuient sur l'authentification par dispositif biométrique fondé sur la signature manuscrite. Avec un tel dispositif, le signataire apposerait sa signature manuscrite à l'aide d'un stylo spécial, soit sur un écran d'ordinateur, soit sur un bloc numérique. La signature manuscrite serait alors

¹ Pour un exposé détaillé sur les signatures numériques et leur fonctionnement, voir le *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, par. 31 à 62 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8).

analysée par ordinateur et mise en mémoire sous forme d'un ensemble de valeurs numériques, qui pourrait être ajouté à un message de données et affiché par la partie se fiant à la signature aux fins d'authentification. Ce système d'authentification présupposerait que des échantillons de la signature manuscrite aient été préalablement analysés et mis en mémoire par le dispositif biométrique. D'autres techniques reposent sur l'utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN), de signatures numérisées et d'autres méthodes, comme celles qui consistent à cliquer sur la case "valider".

Neutralité technologique

23. Le paragraphe 3 de l'article 9 se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans un environnement papier. Lors de l'élaboration de la Convention, les fonctions suivantes remplies par les signatures ont été examinées: identification d'une personne; certitude quant à la participation en personne de l'intéressé à l'acte de signature; association de cette personne avec la teneur d'un document. Il a été noté qu'en outre la signature pouvait remplir diverses fonctions, selon la nature du document signé. Par exemple, une signature peut témoigner de l'intention d'une partie d'être liée par la teneur d'un contrat signé, de revendiquer la paternité d'un texte, de s'associer à la teneur d'un document rédigé par quelqu'un d'autre, ou du fait que et du moment où une personne se trouvait en un lieu donné.

24. Outre la signature manuscrite traditionnelle, il existe diverses procédures (par exemple, apposition d'un cachet, perforation) parfois aussi appelées "signatures", qui apportent divers degrés de certitude: par exemple, certains pays exigent de manière générale qu'au-dessus d'un certain montant, les contrats de vente de marchandises soient "signés" pour que leur exécution puisse être exigée en justice. Toutefois, dans ce contexte, la notion de signature est élargie de sorte qu'un cachet, une perforation, une signature dactylographiée ou un en-tête peuvent suffire pour satisfaire à cette règle. À l'autre extrême, il existe des cas où est exigée, en sus de la signature manuscrite traditionnelle, une procédure de sécurité comme la certification de la signature par des témoins.

25. Il peut sembler souhaitable en théorie de mettre au point des équivalents fonctionnels des divers types et niveaux de signature actuellement utilisés, de sorte que les utilisateurs aient une idée précise du degré de reconnaissance juridique pouvant être escompté de l'utilisation des divers types d'authentification. Cependant, en cherchant à réglementer les normes et procédures à utiliser pour remplacer tels ou tels types de "signatures", on risque de voir le cadre juridique que constitue la Convention bientôt dépassé par l'évolution des techniques.

26. C'est pourquoi la Convention ne cherche pas à identifier des équivalents technologiques précis pour les différentes fonctions des signatures manuscrites, mais définit plutôt les conditions générales dans lesquelles les communications électroniques seraient réputées authentifiées avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables au vu des exigences en matière de signature. En s'attachant aux deux fonctions essentielles d'une signature, l'alinéa a) du paragraphe 3 énonce le principe selon lequel, dans un environnement électronique, les fonctions juridiques essentielles d'une signature sont respectées par une méthode qui permet d'identifier l'expéditeur d'une communication électronique, notamment d'identifier l'auteur d'un document, et d'indiquer la volonté de l'expéditeur concernant l'information contenue dans la communication électronique.

27. Compte tenu de la rapidité de l'innovation technologique, la Convention prévoit des critères en vue de la reconnaissance juridique des signatures électroniques quelle que soit la technologie employée (signatures numériques fondées sur la cryptographie asymétrique; dispositifs biométriques (permettant l'identification des individus par leurs caractéristiques physiques, que ce soit la forme de la main ou du visage, la lecture des empreintes digitales, la reconnaissance de la voix ou le balayage de la rétine, etc.); cryptographie symétrique; utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN); utilisation, pour authentifier les communications électroniques, d'un objet tel qu'une carte à puce ou un autre dispositif détenu par le signataire; versions numérisées des signatures manuscrites; signatures dynamiques; et autres méthodes comme celle consistant à cliquer sur la case "valider").

Étendue de la reconnaissance juridique

28. Les dispositions du paragraphe 3 de l'article 9 ne visent qu'à éliminer les obstacles à l'utilisation de signatures électroniques et n'ont pas d'incidence sur les autres conditions de validité d'une communication électronique à laquelle la signature se rattache. En vertu de la Convention, la simple signature d'une communication électronique par l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite n'est pas censée à elle seule conférer une validité juridique à cette communication. Le point de savoir si une communication électronique qui satisfait à l'exigence de la signature est juridiquement valable doit être réglé par le droit applicable en dehors de la Convention.

29. Aux fins du paragraphe 3, peu importe que les parties soient liées par une convention préalable (telle qu'un accord de partenariat commercial) qui définit des procédures pour la communication électronique ou qu'elles n'aient eu aucune relation contractuelle préalable concernant le recours au commerce électronique. La Convention vise donc à fournir des directives utiles aussi bien dans un contexte où la législation nationale laisserait la question de l'authentification des communications électroniques entièrement à la discrétion des parties, que dans un contexte où l'exigence de la signature, qui est généralement fixée par des dispositions obligatoires de la législation nationale, ne devrait pas pouvoir être modifiée sans changement convenu entre les parties.

30. Le lieu d'origine d'une signature électronique ne doit, en aucun cas, être par lui-même un facteur permettant de déterminer si et dans quelle mesure des certificats ou des signatures électroniques étrangers devraient être reconnus comme susceptibles de produire légalement des effets dans un État contractant. Cette détermination ne doit pas dépendre du lieu dans lequel le certificat ou la signature électronique a été créé, ou dans lequel se trouve l'infrastructure (juridique ou autre) qui étaye la signature électronique, mais de sa fiabilité technique.

Conditions essentielles de l'équivalence fonctionnelle

31. En vertu de l'alinéa a) du paragraphe 3, une signature électronique doit permettre d'identifier le signataire et d'indiquer la volonté de ce dernier concernant l'information contenue dans la communication électronique.

32. Le libellé de cet alinéa diffère légèrement de la formulation employée au paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce

électronique, où il est fait référence à l'indication que le signataire "approuve" l'information contenue dans la communication électronique. Il a été noté que dans certains cas, la loi pouvait exiger une signature, sans que cette dernière ait pour fonction d'indiquer que le signataire approuvait l'information contenue dans la communication électronique. Par exemple dans de nombreux pays, la loi exige la légalisation d'un document par un notaire ou l'attestation d'une déclaration sous serment par un officier ministériel chargé de recueillir ce type de déclaration. En l'occurrence, la signature du notaire ou de l'officier identifie simplement ces derniers et les associe au contenu du document, mais n'indique pas qu'ils approuvent l'information figurant dans ce dernier. De même, certaines lois exigent qu'un document soit établi en présence de témoins, qui peuvent être tenus d'y apposer leur signature. La signature des témoins identifie simplement ces derniers et les associe au contenu du document établi en leur présence, mais n'indique pas qu'ils approuvent l'information contenue dans ledit document (A/60/17, par. 61). Il y a eu accord sur la formulation actuelle de l'alinéa a) du paragraphe 3 afin de préciser clairement que la notion de "signature" dans la Convention n'implique pas nécessairement, ni dans tous les cas, l'approbation par une partie de la totalité du contenu de la communication à laquelle la signature se rattache (par. 63 et 64).

Fiabilité de la méthode de signature

33. L'alinéa b) du paragraphe 3 institue une approche souple en ce qui concerne le niveau de sécurité que doit permettre d'atteindre la méthode d'identification utilisée à l'alinéa a). Cette méthode devrait être aussi fiable que cela est approprié au vu de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou communiquée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'expéditeur et le destinataire.

34. Les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération pour déterminer si la méthode utilisée en vertu de l'alinéa a) est appropriée, sont les suivants: 1) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; 8) la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; 9) l'observation des coutumes et pratiques commerciales; 10) l'existence de mécanismes d'assurance contre les communications non autorisées; 11) l'importance et la valeur de l'information contenue dans la communication électronique; 12) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre; 13) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où la communication électronique a été adressée; et 14) tout autre facteur pertinent.

35. L'alinéa b) i) du paragraphe 3 pose un "critère de fiabilité" destiné à assurer une interprétation correcte du principe de l'équivalence fonctionnelle entre signatures manuscrites et signatures électroniques. Ce critère, qui apparaît aussi à l'article 7-1 b) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, rappelle aux tribunaux la nécessité de prendre en considération des facteurs autres que la

technologie, par exemple l'objet pour lequel la communication électronique avait été créée ou adressée ou toute convention conclue en la matière entre les parties, pour déterminer si la signature électronique utilisée suffisait à identifier le signataire. Sans l'alinéa b) du paragraphe 3, les tribunaux de certains États seraient peut-être enclins à considérer les méthodes de signature qui utilisaient des dispositifs garantissant un niveau de sécurité élevé, par exemple, comme les seules permettant d'identifier une partie, même si les parties sont convenues d'utiliser une méthode plus simple (A/60/17, par. 66).

36. La CNUDCI a toutefois estimé que la Convention ne devrait pas permettre à une partie d'invoquer le "critère de fiabilité" pour annuler sa signature dans des cas où la véritable identité et la volonté effective de la partie pouvaient être prouvées. (A/60/17, par. 67). L'exigence selon laquelle une signature électronique doit être une méthode "dont la fiabilité est suffisante" ne devrait pas amener un tribunal ou un juge des faits à invalider un contrat dans son ensemble au motif que la signature électronique n'est pas suffisamment fiable, s'il n'y a pas de litige quant à l'identité du signataire ou quant à l'acte de signature (c'est-à-dire quant à l'authenticité de la signature électronique). Un tel résultat serait particulièrement fâcheux, car il permettrait à une partie à une opération dans laquelle une signature était exigée d'essayer de se soustraire à ses obligations en contestant la validité de sa signature (ou de la signature de l'autre partie) – non parce que le signataire supposé n'avait pas signé, ou que le document qu'il avait signé avait été modifié, mais au seul motif que la méthode de signature utilisée n'était pas suffisamment fiable dans les circonstances. Pour éviter cette situation, l'alinéa b) ii) de l'article 3 valide toute méthode de signature, quel que soit son degré de fiabilité, en principe – dès lors qu'il est démontré dans les faits que la méthode utilisée identifie le signataire et indique la volonté de ce dernier concernant l'information contenue dans la communication électronique (A/60/17, par. 65 à 67).

37. La notion d'"accord" à l'alinéa b) du paragraphe 3 doit être interprétée comme englobant non seulement les accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre les parties échangeant directement des communications électroniques (par exemple les "accords entre partenaires commerciaux", les "accords de communication" ou les "accords d'échanges"), mais aussi les accords qui font intervenir des intermédiaires tels que des réseaux (par exemple "accords de prestation de services par des tiers"). Les accords conclus entre les utilisateurs des moyens de commerce électronique et les réseaux peuvent comporter normalement des "règles de système", c'est-à-dire des règles et des procédures administratives et techniques applicables aux communications électroniques.

7. Originaux électroniques

38. Si l'on entend par "original" le support sur lequel l'information a été fixée pour la première fois, on ne pourrait pas parler d'"original" d'une communication électronique étant donné que le destinataire en recevrait dans tous les cas une copie. Toutefois, les paragraphes 4 et 5 devraient être replacés dans un contexte différent. La notion d'"original" au paragraphe 4 est utile étant donné que, dans la pratique, nombre de différends portent sur la question de l'originalité des documents et, dans le commerce électronique, l'exigence de la présentation d'originaux est l'un des principaux obstacles que la Convention essaie d'éliminer. Bien que, dans certains

systèmes juridiques, les concepts d'“écrit”, d'“original” et de “signature” puissent se recouper, ils sont traités dans la Convention comme trois concepts bien distincts.

39. Les paragraphes 4 et 5 sont utiles aussi parce qu'ils aident à préciser les notions d'“écrit” et d'“original”, compte tenu en particulier de leur importance en matière de preuve. Comme exemples de documents dont l'original pourrait être exigé, on peut citer des documents commerciaux tels que les certificats de poids, les certificats agricoles, les certificats de qualité ou de quantité, les rapports d'inspection, les certificats d'assurance, etc. Même si ces documents ne sont pas négociables ni utilisés pour opérer un transfert de droits ou de propriété, il est essentiel qu'ils soient transmis sans avoir été altérés, c'est-à-dire sous leur forme “originale”, de façon que les autres parties à une autre opération de commerce international puissent avoir confiance en leur teneur. Dans un environnement papier, seul l'“original” est généralement accepté de façon à réduire les risques d'altérations, lesquelles seraient difficiles à détecter sur des copies. Divers moyens techniques sont disponibles pour certifier la teneur d'une communication électronique afin d'en confirmer l'“originalité”. Sans cet équivalent fonctionnel de l'original, il serait difficile d'avoir recours au commerce électronique pour la vente de marchandises car les personnes émettant ces documents devraient retransmettre leur communication électronique à chaque fois que des marchandises seraient vendues, ou encore les parties devraient utiliser des documents sur papier en plus des moyens électroniques.

40. Les paragraphes 4 et 5 devraient être considérés comme énonçant la condition de forme minimale acceptable à laquelle une communication électronique doit satisfaire pour pouvoir être considérée comme l'équivalent fonctionnel d'un original. Ces dispositions devraient être considérées comme obligatoires, au même titre que le seraient les dispositions en vigueur relatives à l'utilisation de documents originaux sur support papier. L'indication que les conditions de forme énoncées dans ces paragraphes doivent être considérées comme le “minimum acceptable” ne doit cependant pas donner à penser que les États sont invités à fixer des conditions plus strictes que celles prévues dans la Convention, au moyen de déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 19.

41. Les paragraphes 4 et 5 soulignent l'importance de l'intégrité de l'information pour son “originalité” et énumère les critères à prendre en considération pour apprécier l'intégrité en se référant à l'enregistrement systématique de l'information, à l'assurance que l'information a été enregistrée sans lacune et à la protection des données contre toute altération. Ils lient la notion d'originalité à une méthode d'authentification et mettent l'accent sur la méthode d'authentification à suivre pour satisfaire à l'exigence stipulée. Ils se fondent sur les éléments ci-après: un critère simple, par exemple l'intégrité; une description des éléments à prendre en compte pour apprécier l'intégrité; et un élément de souplesse sous forme d'une référence aux circonstances. S'agissant du membre de phrase “moment où elle [l'information] a été créée pour la première fois sous sa forme définitive” figurant à l'alinéa a) du paragraphe 4, il conviendrait de noter que la disposition doit englober la situation dans laquelle l'information a tout d'abord été couchée par écrit sur papier, puis transférée sur ordinateur. Dans une telle situation, l'alinéa a) du paragraphe 4 doit être interprété comme exigeant une garantie fiable que l'information est restée complète et n'a pas été altérée à partir du moment où elle a été couchée par écrit et non pas à partir du moment où elle a été transférée sur ordinateur. Toutefois, lorsque

plusieurs projets ont été créés et mis en mémoire avant que le message définitif ne soit composé, l'alinéa a) du paragraphe 4 ne devrait pas être interprété comme exigeant une garantie fiable quant à l'intégrité des projets.

42. Le paragraphe 5 énonce les critères servant à apprécier l'intégrité, en prenant soin de distinguer des autres altérations les ajouts nécessaires à la première communication électronique (l'"original") tels que les endossements, certifications, authentications, etc. Du moment que la teneur d'une communication électronique demeure complète et n'a pas été altérée, les ajouts nécessaires à cette communication n'enlèveraient pas à celle-ci son caractère original. Ainsi, si un certificat électronique est ajouté à la fin d'une communication électronique initiale pour en attester l'"originalité", ou si des données sont automatiquement ajoutées au début et à la fin d'une communication électronique pour opérer sa transmission, de tels ajouts seraient considérés comme un feuillet supplémentaire dans le cas d'un "original" sur papier ou comme l'enveloppe et le timbre utilisés pour expédier cet "original".

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)	A/60/17, par. 54 à 76
Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 123 à 139
Groupe de travail IV, quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	
Groupe de travail IV, quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 46 à 58
Groupe de travail IV, trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 112 à 121

***Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception
de communications électroniques***

1. Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, ou bien, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue.

2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'une communication électronique à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci.

3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, ces lieux étant déterminés conformément à l'article 6.

4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information qui constitue le support de l'adresse électronique est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article.

1. Objet de l'article

43. Lorsque les parties utilisent des moyens plus classiques, l'efficacité des communications qu'elles échangent dépend de plusieurs facteurs, y compris le moment de la réception ou de l'expédition de ces communications, selon le cas. Si certains systèmes juridiques ont des règles générales sur l'efficacité des communications dans le contexte d'un contrat, dans de nombreux autres ces règles générales procèdent des règles particulières qui déterminent l'efficacité de l'offre et de son acceptation aux fins de la formation des contrats. La question fondamentale qui se posait à la CNUDCI était de savoir comment formuler des règles relatives au moment de la réception et de l'expédition de communications électroniques qui transposent de manière appropriée dans la Convention les règles qui régissent déjà d'autres moyens de communication.

44. Les règles internes relatives à la formation des contrats font souvent la distinction entre la communication "instantanée" et la communication "non instantanée" de l'offre et de l'acceptation ou entre les communications échangées entre des parties présentes au même endroit en même temps (*inter praesentes*) et celles échangées à distance (*inter absentes*). Sauf si les parties communiquent de façon "instantanée" ou négocient face à face, un contrat est généralement formé lorsque l'"offre" de conclure le contrat a été expressément ou tacitement "acceptée" par la ou les parties auxquelles elle était adressée.

45. Si on laisse de côté la possibilité qu'un contrat soit formé en raison de son exécution ou d'autres actes qui supposent l'acceptation, ce qui en général nécessite une constatation des faits, le facteur qui détermine la formation des contrats dans lesquels les communications ne sont pas "instantanées" est le moment où l'acceptation de l'offre prend effet. Il existe actuellement quatre théories principales pour déterminer le moment où une acceptation prend effet en vertu du droit général des contrats mais elles sont rarement appliquées à la lettre ou dans tous les cas.

46. Selon la théorie de la "déclaration", un contrat est formé lorsque le destinataire de l'offre manifeste sa volonté d'accepter l'offre, même si l'auteur de l'offre l'ignore encore. En vertu de la "règle du cachet de la poste", qu'appliquent traditionnellement la plupart des pays de *common law*, mais aussi certains pays de droit romain, une offre est acceptée lorsque le destinataire envoie son acceptation (par exemple, lorsqu'il met une lettre dans une boîte aux lettres). Selon la théorie de la "réception", adoptée par plusieurs pays de droit romain, l'acceptation prend effet lorsqu'elle parvient à l'auteur de l'offre. Enfin, la théorie de "l'information" exige, pour qu'un contrat soit formé, que l'auteur de l'offre sache que celle-ci a été acceptée. Parmi ces théories, celle de la "règle du cachet de la poste" et celle de la réception sont les plus souvent appliquées dans les opérations commerciales.

47. Lors de l'élaboration de l'article 10, la CNUDCI a reconnu que la plupart des contrats autres que les contrats de vente régis par les règles relatives à la formation des contrats de la Convention des Nations Unies sur les ventes, n'étaient pas soumis à un régime international uniforme. Divers systèmes juridiques prévoient différents critères pour déterminer quand un contrat est formé et la CNUDCI a estimé qu'elle ne devrait 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 (A/CN.9/528, par. 103; voir aussi A/CN.9/546, par. 119 à 121). La Convention fournit plutôt des orientations qui permettent l'application, dans le contexte des contrats électroniques, de notions classiques utilisées dans les conventions internationales et le droit interne telles que celles d'"expédition" et de "réception". Dans la mesure où ces notions classiques sont essentielles à l'application des règles relatives à la formation des contrats en droit interne et en droit uniforme, la CNUDCI a estimé qu'il était très important de proposer des notions équivalentes d'un point de vue fonctionnel dans un environnement électronique (A/CN.9/528, par. 137).

48. Le paragraphe 2 de l'article 10 ne traite toutefois pas de l'efficacité de la communication électronique envoyée ou reçue. La question de savoir si une communication est inintelligible ou inutilisable par le destinataire est donc distincte de celle de savoir si la communication a été envoyée ou reçue. La question de la validité d'une communication illisible ou celle de savoir si une telle communication lie une partie sont laissées à d'autres lois.

2. "Expédition" de communications électroniques

49. Le paragraphe 1 suit dans son principe la règle énoncée à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, à ceci près qu'il dispose que le moment de l'expédition est celui où la communication électronique quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur, et non le moment où elle entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur (A/60/17, par. 78). Ce paragraphe définit l'"expédition" comme étant le moment où une communication électronique quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur (qui est distinct du moment où elle entre dans un autre système d'information), afin de traduire plus fidèlement la notion d'"expédition" utilisée dans un environnement non électronique (A/CN.9/571, par. 142), qui est interprétée dans la plupart des systèmes juridiques comme étant le moment où une communication quitte la sphère de contrôle de l'expéditeur. En pratique, la Convention devrait aboutir au même résultat que le paragraphe 1 de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique étant donné que l'élément le plus facilement accessible pour prouver qu'une communication a quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur est l'indication, dans le protocole de transmission pertinent, du moment où la communication a été reçue par le système d'information de destination ou par des systèmes de transmission intermédiaires.

50. L'article 10 vise aussi la situation où une communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur. Ce cas de figure, qui n'est pas traité à l'article 12 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique peut se présenter, par exemple, lorsque les parties échangent des communications par le même système d'information ou réseau, de sorte que la communication électronique n'entre jamais véritablement dans un système

dépendant d'une autre partie. En pareil cas, le moment de l'expédition et celui de la réception de la communication électronique coïncident.

3. "Réception" de communications électroniques

51. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Ce moment est présumé être celui où la communication électronique parvient à l'adresse électronique du destinataire. Le paragraphe 2 de l'article 10 est fondé sur une règle semblable énoncée au paragraphe 2 de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique bien que le libellé soit différent.

"Pouvoir être relevée"

52. Le paragraphe 2 est conçu comme un ensemble de présomptions et non comme une règle stricte sur la réception de communications électroniques. Il vise à répartir équitablement le risque de perte de communications électroniques. Il tient compte de la nécessité de fournir à l'expéditeur une règle supplétive objective permettant de déterminer si un message peut être considéré comme reçu ou non. En même temps, il reconnaît toutefois que le souci de la sécurité de l'information et des communications dans le monde des affaires a entraîné une utilisation croissante de systèmes de sécurité tels que les filtres ou les pare-feux qui peuvent effectivement empêcher les communications électroniques de parvenir à leurs destinataires. Se fondant sur une notion qui est commune à de nombreux systèmes juridiques et qui figure dans les législations nationales incorporant la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le projet d'article exige qu'une communication électronique, pour être réputée avoir été reçue par le destinataire, puisse être relevée. Cette condition ne figure pas dans la Loi type, qui porte essentiellement sur la détermination du moment et s'en remet à la législation nationale pour ce qui est de savoir si les communications électroniques doivent satisfaire à d'autres conditions (notamment "pouvoir être traitées") pour être réputées avoir été reçues².

53. L'effet juridique que produit le fait de relever la communication n'entre pas dans le champ d'application de la Convention et, de ce fait, est laissé à la loi nationale applicable. Comme l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le paragraphe 2 n'aborde pas la question des jours fériés nationaux et des heures de travail normales, étant donné que ces éléments seraient source de problèmes et d'insécurité juridique dans un instrument qui s'applique aux opérations internationales (A/CN.9/571, par. 159).

54. De même, la Convention ne vise pas à prévaloir sur des dispositions de la législation nationale en vertu desquelles la réception d'une communication électronique peut intervenir au moment où ladite communication est placée sous le contrôle du destinataire, qu'elle soit ou non intelligible ou utilisable par le destinataire. La Convention ne vise pas non plus à aller à l'encontre des usages commerciaux, en vertu desquels certains messages codés sont réputés avoir été reçus avant d'être utilisables ou intelligibles pour le destinataire. On a estimé que la

² Voir, sur ce point particulier, une étude comparative menée par le secrétariat dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2, par. 10 à 31, disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html.

Convention ne devrait pas imposer une condition plus stricte que celle qui est actuellement imposée pour les documents sur papier, selon laquelle un message peut être considéré comme reçu même s'il n'est pas intelligible au destinataire ou n'est pas supposé être intelligible au destinataire (par exemple, des données codées peuvent être transmises à un dépositaire uniquement à des fins de conservation, pour des questions de protection des droits de propriété intellectuelle).

55. Bien que leur libellé soit différent, les règles sur la réception des communications électroniques dans la Convention sont conformes à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Comme l'article 15, la Convention retient l'entrée de la communication dans un système d'information comme critère objectif pour déterminer le moment où une communication électronique est réputée "pouvoir être relevée" et par conséquent "reçue". La condition selon laquelle une communication devrait pouvoir être relevée, qui est réputée être satisfaite lorsque la communication parvient à l'adresse électronique du destinataire, ne devrait pas être interprétée comme ajoutant un élément subjectif non pertinent à la règle figurant à l'article 15 de la Loi type. En fait, on entend par "entrée" dans un système d'information à l'article 15 de la Loi type le moment où une communication électronique "peut être traitée dans ce système d'information"³, ce qui, dans un certain sens, est également le moment où cette communication "peut être relevée" par le destinataire.

56. Le point de savoir si une communication électronique peut effectivement "être relevée" est une question de fait qui sort du champ d'application de la Convention. La CNUDCI a pris note de l'utilisation croissante de filtres de sécurité (tels que les filtres antipourriels et autres technologies qui limitent la réception de communications indésirables et potentiellement nuisibles (comme celles soupçonnées de contenir des virus informatiques). La présomption selon laquelle une communication électronique peut être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci peut être réfutée par la preuve que le destinataire n'avait en fait aucun moyen de relever la communication. (A/60/17, par. 80; voir aussi A/CN.9/571, par. 149 et 160).

"Adresse électronique"

57. Comme dans un certain nombre de lois nationales, on utilise dans la Convention l'expression "adresse électronique" au lieu de "système d'information", qui est l'expression utilisée dans la Loi type. Dans la pratique, la nouvelle terminologie, qui apparaît dans d'autres instruments internationaux comme les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) – supplément aux RUU pour les présentations électroniques⁴, ne devrait entraîner aucune différence de fond. En effet, l'expression "adresse électronique" peut, selon la technologie utilisée, désigner un réseau de communication, et dans d'autres cas une boîte aux lettres électronique, un télécopieur ou une autre "partie spécifique d'un système d'information ou un emplacement spécifique dans ce système qu'une personne utilise pour recevoir des messages électroniques" (A/CN.9/571, par. 157).

³ Voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4), par. 103.

⁴ Voir James E. Byrne et Dan Taylor, *ICC Guide to the eUCP*, ICC, Paris, 2002, p. 54.

58. La notion d'“adresse électronique” comme celle de “système d'information” ne doit pas être confondue avec des fournisseurs d'accès ou des entreprises de télécommunications qui peuvent offrir des services intermédiaires ou une infrastructure d'appui technique pour l'échange de communications électroniques (A/CN.9/528, par. 149).

Adresses électroniques “désignées” et “non désignées”

59. La Convention retient la distinction faite dans l'article 15 de la Loi type entre la transmission de messages à une adresse électronique spécialement désignée et leur transmission à une adresse électronique non désignée. Dans le premier cas, la règle concernant la réception est essentiellement la même que celle qui est énoncée à l'alinéa a) i) du paragraphe 2 de l'article 15 de la Loi type, à savoir qu'un message est reçu au moment où il parvient à l'adresse électronique du destinataire (ou, pour reprendre la terminologie de la Loi type, au moment où il “entre dans le système d'information” du destinataire). La Convention ne comporte pas de dispositions particulières quant à la manière de désigner un système d'information ou quant à la possibilité de modifier la désignation effectuée par le destinataire.

60. En faisant une distinction entre les adresses électroniques désignées et non désignées, le paragraphe 2 vise à assurer une répartition équitable des risques et des responsabilités entre l'expéditeur et le destinataire. Dans le cours normal des affaires, on pourrait s'attendre à ce que les parties prennent soin de désigner des adresses électroniques pour la réception de messages d'une certaine nature lorsqu'elles possèdent plusieurs adresses et à ce qu'elles évitent de diffuser, par exemple, des adresses qu'elles utilisent rarement à des fins commerciales. Inversement, on devrait s'attendre à ce qu'elles n'envoient pas des communications électroniques contenant des informations d'une nature commerciale particulière (par exemple l'acceptation d'une offre contractuelle) à une adresse électronique si elles savent ou auraient dû savoir que cette adresse ne serait pas utilisée pour traiter des communications de cette nature (par exemple une adresse de courrier électronique pour recevoir les plaintes des consommateurs). Il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que les destinataires, en particulier lorsqu'il s'agit de grandes entreprises commerciales, accordent le même niveau d'attention à toutes leurs adresses électroniques (A/CN.9/528, par. 145).

61. Une différence notable entre la Convention et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, toutefois, concerne les règles relatives à la réception de communications électroniques envoyées à une adresse non désignée. La Loi type distingue les communications envoyées à un système d'information autre que le système désigné des communications envoyées à un système d'information du destinataire en l'absence de désignation spécifique. Dans la première situation, elle ne considère pas le message comme reçu tant que le destinataire ne l'a pas effectivement relevé. Cette règle se justifie par le fait que si l'expéditeur choisit d'ignorer les instructions du destinataire et envoie la communication à un autre système d'information que le système désigné, il ne serait pas raisonnable de considérer que la communication a été remise au destinataire tant que celui-ci ne l'a pas effectivement relevée. Dans la deuxième situation, toutefois, la Loi type part du principe qu'il importe peu au destinataire à quel système une communication électronique est envoyée, auquel cas on peut raisonnablement présumer qu'il

accepterait les communications électroniques envoyées à n'importe lequel de ses systèmes d'information.

62. Dans ce cas particulier, la Convention suit l'approche d'un certain nombre de textes législatifs internes fondés sur la Loi type et traite les deux situations de la même manière. Ainsi, lorsque le message n'est pas délivré à une adresse électronique désignée, en vertu de la Convention, la réception n'intervient qu'au moment a) où la communication électronique peut être relevée par le destinataire (étant parvenue à l'adresse électronique de ce dernier) et b) où le destinataire a effectivement pris connaissance du fait que la communication a été envoyée à cette adresse particulière.

63. Dans les cas où le destinataire a désigné une adresse électronique, mais où la communication a été envoyée ailleurs, la règle énoncée dans la Convention produit le même effet que l'alinéa a) ii) du paragraphe 2 de l'article 15 de la Loi type qui exige aussi qu'en pareille circonstance le destinataire relève le message (ce qui, le plus souvent, apporterait la preuve immédiate qu'il a pris connaissance du fait que la communication électronique a été envoyée à cette adresse).

64. La seule différence importante entre la Convention et la Loi type concerne donc la réception de communications en l'absence de toute désignation. Dans ce cas précis, la CNUDCI est convenue que l'évolution de la pratique depuis l'adoption de la Loi type justifiait que l'on s'écarte de la règle initiale. Elle a aussi reconnu que de nombreux individus avaient plusieurs adresses électroniques et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre d'eux qu'ils anticipent la réception de communications juridiquement contraignantes à toutes leurs adresses (A/60/17, par. 82).

Avoir pris connaissance de la remise

65. Le point de savoir si le destinataire a pris connaissance du fait que la communication électronique a été envoyée à une certaine adresse non désignée est une question de fait qui devrait être tranchée par des preuves objectives comme un enregistrement d'avis, qui aurait autrement été communiqué au destinataire, un protocole de transmission ou une autre notification automatique de remise indiquant que la communication électronique a été relevée ou affichée sur l'ordinateur du destinataire.

4. Lieu de l'expédition et de la réception

66. Les paragraphes 3 et 4 visent à régler la question du lieu de réception des communications électroniques. Leur inclusion est avant tout justifiée par le fait qu'il faut traiter d'une circonstance particulière au commerce électronique, qui ne serait peut-être pas traitée comme il convient en vertu de la législation existante, à savoir le fait que, très souvent, le système d'information du destinataire, dans lequel la communication électronique est reçue, ou à partir duquel cette communication est relevée, est situé dans un pays autre que celui dans lequel se trouve le destinataire final. Ainsi, cette disposition a pour objet de garantir que l'emplacement d'un système d'information n'est pas l'élément déterminant, et qu'il y a une relation raisonnable entre le destinataire et le lieu supposé être le lieu de la réception et que ce lieu doit pouvoir être aisément déterminé par l'expéditeur.

67. Le paragraphe 3 énonce une règle stricte et non une simple présomption. Conformément à l'objectif d'éviter une dualité de régimes pour les opérations en

ligne et hors ligne et, prenant la Convention des Nations Unies sur les ventes comme précédent, dans laquelle l'accent était mis sur l'établissement effectif, les mots "réputée avoir été" ont été choisis délibérément pour éviter d'attacher de l'importance juridique à l'utilisation d'un serveur dans un pays particulier différent du pays où est situé l'établissement simplement parce que c'est le lieu où une communication électronique est parvenue au système d'information où est située l'adresse électronique du destinataire (A/60/17, par. 83).

68. Le paragraphe 3 a pour effet d'introduire une distinction entre le lieu réputé de la réception et le lieu effectivement atteint par une communication électronique au moment de sa réception en vertu du paragraphe 2. Cette distinction ne doit pas être interprétée comme répartissant les risques entre l'expéditeur et le destinataire en cas de perte ou d'altération de la communication électronique entre le moment de sa réception en vertu du paragraphe 2 et le moment où elle atteint le lieu de sa réception en vertu du paragraphe 3. Le paragraphe 3 établit une règle relative au lieu à utiliser lorsqu'une autre loi applicable (par exemple la loi relative à la formation des contrats ou une règle de conflit de lois) exige la détermination du lieu de la réception d'une communication électronique.

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)	A/60/17, par. 77 à 84
Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 140 à 166
Groupe de travail IV, quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 59 à 86
Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 132 à 151
Groupe de travail IV, trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 93 à 98