



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/450

6 avril 1998

FRANÇAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente et unième session
New York, 1er-12 juin 1998

AJOUT ÉVENTUEL À LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE : PROJET DE DISPOSITION SUR L'INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE

Note du secrétariat

1. À différents stades de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (dénommée ci-après "Loi type"), il a été proposé d'insérer dans le texte une disposition en vertu de laquelle certaines conditions qui pourraient être incorporées dans un message de données par simple référence se verraient reconnaître les mêmes effets juridiques que si elles avaient été énoncées intégralement dans le texte du message de données. Ce procédé a été généralement appelé "incorporation par référence" (pour l'examen antérieur de la question de l'incorporation par référence par la Commission, le Groupe de travail sur le commerce électronique et dans les notes établies par le secrétariat, voir les documents suivants : A/52/17, par. 248 à 250; A/51/17, par. 222 et 223; A/CN.9/446, par. 14 à 24; A/CN.9/437, par. 151 à 155; A/CN.9/421, par. 109 et 114; A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117; A/CN.9/406, par. 90 et 178 et 179; A/CN.9/360, par. 90 à 95; A/CN.9/350, par. 95 et 96; A/CN.9/333, par. 66 à 68; A/CN.9/WG.IV/WP.74; WP. 71, par. 77 à 93; WP.69, par. 30, 53, 59 et 60 et 91; WP.66; WP.65; WP.55, par. 109 à 113; et WP.53, par. 77 à 78).
2. À sa trentième session (1997), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/437). S'agissant de la question de l'incorporation par référence, le Groupe de travail a conclu qu'il n'y avait pas besoin de nouvelle étude du secrétariat, car les problèmes fondamentaux étaient bien connus, et il était clair que nombre d'aspects du conflit de formulaires et des contrats d'adhésion devaient être traités dans les dispositions législatives nationales applicables en raison, par exemple, de la protection du consommateur et d'autres considérations d'ordre public. Le Groupe de travail a été d'avis que cette question devait être la première des questions de fond qu'il examinerait à sa trente-deuxième session (voir A/CN.9/437, par. 155). La Commission a fait siennes les conclusions du Groupe de travail¹.
3. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail a examiné la question de l'incorporation par référence en se fondant sur diverses propositions d'ajouts éventuels à la Loi type. Il est rendu compte des débats sur ce point dans

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 249 à 251.

le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/446, par. 14 à 23), qui contient également le texte des différentes propositions examinées par le Groupe.

4. Au terme de la discussion, le Groupe de travail a adopté le texte du projet de disposition reproduit à l'annexe I de la présente note, a décidé qu'il devrait être présenté à la Commission pour examen et éventuellement pour incorporation dans la Loi type en tant qu'article *5bis* et a prié le secrétariat d'établir une note explicative à ajouter au Guide pour l'incorporation de la Loi type (A/CN.9/446, par. 24). Un projet de texte élaboré conformément à cette décision figure à l'annexe II de la présente note.

5. On notera qu'en adoptant ce texte, le Groupe de travail a choisi une approche minimaliste. Tenant compte de ses délibérations précédentes (voir par. 2 ci-dessus), il n'a pas tenté d'assurer une large unification des règles existantes du droit national sur cette question. Au lieu de cela, il a énoncé à nouveau, dans le contexte de l'incorporation par référence, le principe général de la non-discrimination consacrée à l'article 5 de la Loi type.

6. Le texte adopté par le Groupe de travail vise à faciliter l'incorporation par référence dans le commerce électronique en éliminant les incertitudes pouvant exister dans certaines juridictions quant à la question de savoir si les règles applicables à l'incorporation par référence traditionnelle dans un environnement papier s'appliquent également dans un environnement électronique. La disposition vise également à énoncer clairement que la protection des consommateurs ou toute autre loi nationale ou internationale impérative (par exemple les règles protégeant les parties plus faibles dans les contrats d'adhésion) ne doivent pas s'en trouver modifiées.

7. Tel qu'actuellement libellé, le texte présuppose une certaine connaissance de la notion d'incorporation par référence de la part des États adoptants. Toutefois, bien que l'expression "incorporation par référence" ait été employée invariablement par le Groupe de travail pour désigner de manière concise une série complexe de situations juridiques et factuelles, elle peut ne pas avoir le même sens dans tous les États adoptants. Pour réduire les difficultés que peut engendrer l'interprétation du texte, la Commission souhaitera peut-être examiner s'il serait nécessaire d'employer une expression plus descriptive. Il serait possible d'envisager par exemple, en s'alignant sur la formulation négative adoptée par le Groupe de travail, un libellé tel que :

"L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence."

Annexe I

Projet de disposition pouvant être éventuellement ajouté à la Loi type
de la CNUDCI sur le commerce électronique

(tel qu'adopté par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session)

Article 5bis. Incorporation par référence

L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle est incorporée par référence dans un message de données.

Annexe II

Projet de section à insérer éventuellement dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

(établi par le secrétariat conformément à une décision adoptée par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session)

Article 5bis. Incorporation par référence

L'article 5bis a pour objet de donner des indications sur la façon dont la législation visant à faciliter le recours au commerce électronique pourrait traiter les cas où il pourrait être nécessaire de conférer à certaines conditions, qui ne sont pas énoncées en totalité mais auxquelles il est simplement fait référence dans un message de données, les mêmes effets juridiques que si elles avaient été énoncées entièrement dans le texte dudit message. Une telle démarche est acceptée dans les lois de nombreux États pour les communications traditionnelles sur papier, certaines règles de droit offrant généralement des garanties, comme les règles sur la protection des consommateurs. L'expression "incorporation par référence" est souvent employée pour décrire succinctement les cas où un document renvoie à des dispositions énoncées en détail ailleurs, plutôt que de les reproduire dans leur totalité.

Dans un environnement électronique, l'incorporation par référence est souvent jugée essentielle pour favoriser un large recours à l'échange de données informatisées (EDI), au courrier électronique, aux certificats numériques et à d'autres formes de commerce électronique. Ainsi, les communications électroniques sont généralement structurées de manière à permettre l'échange de nombreux messages qui contiennent chacun des informations brèves et renvoyant beaucoup plus souvent que les documents papier à des informations accessibles ailleurs. Dans ce type de communications, il ne faudrait pas imposer aux praticiens la lourde obligation de surcharger de textes leurs messages de données lorsqu'ils peuvent tirer partie de sources d'information extérieures, telles que des bases de données, des listes de codes ou des glossaires, en utilisant des abréviations, codes ou autres références à ces informations.

L'établissement de normes pour l'incorporation de messages de données par référence dans d'autres messages de données peut aussi être essentiel pour l'utilisation de certificats à clef publique, ces certificats étant généralement des documents courts au contenu strictement prescrit et à la taille restreinte. Toutefois, le tiers de confiance qui émet le certificat voudra probablement qu'y soient insérées des clauses contractuelles limitant sa responsabilité. La portée, l'objet et l'effet d'un certificat dans la pratique commerciale seraient donc ambigus et incertains si l'on n'y incorporait pas par référence des clauses extérieures. Ceci est particulièrement vrai pour les communications internationales faisant intervenir diverses parties qui suivent des pratiques et des usages commerciaux différents.

L'établissement de normes pour l'incorporation de messages de données par référence dans d'autres messages de données est fondamental pour le développement d'une infrastructure commerciale informatisée. Sans la certitude juridique que ces normes favorisent, les contrôles traditionnels visant à déterminer la force exécutoire des clauses que l'on cherche à incorporer par référence risquent beaucoup d'être inefficaces lorsque appliqués aux clauses correspondantes dans le commerce électronique en raison des différences entre les mécanismes du commerce électronique et ceux du commerce traditionnel.

Si le commerce électronique se fonde essentiellement sur la méthode de l'incorporation par référence, le recours aux communications électroniques peut grandement faciliter l'accessibilité de l'intégralité du texte auquel il est fait référence. Ainsi, un message peut contenir des localisateurs de ressources uniformes (URL) qui indiquent au lecteur où trouver le document auquel on le renvoie. Ces URL peuvent comporter des "liens hypertextes" lui

permettant de diriger simplement un outil de pointage (tel qu'une souris) sur un mot clef associé à l'URL. Le texte auquel il est fait référence s'affiche alors à l'écran. Pour déterminer l'accessibilité de ce texte, les facteurs à prendre en considération peuvent être notamment les suivants : disponibilité (horaire de fonctionnement de registre et facilité d'accès); coût de l'accès; intégrité (vérification du contenu, authentification de l'expéditeur et mécanisme de correction des erreurs de communication); et possibilités de modification ultérieure de la condition (avis de mises à jour; notification de la politique en matière de modification).

L'un des objectifs de l'article *5bis* est de faciliter l'incorporation par référence dans un contexte électronique en dissipant l'incertitude qui existe dans certaines juridictions quant à la question de savoir si les dispositions portant sur l'incorporation par référence traditionnelle sont applicables à l'incorporation par référence dans un environnement électronique. Toutefois, lors de l'application de l'article *5bis*, il faut s'attacher à éviter d'appliquer au second type d'incorporation des conditions plus restrictives qu'au premier.

Un autre objectif de l'article *5 bis* est de reconnaître qu'il ne doit pas être porté atteinte aux lois sur la protection du consommateur ni à d'autres lois nationales ou internationales impératives (par exemple les règles protégeant les parties plus faibles dans les contrats d'adhésion). À cet effet, on peut aussi valider l'incorporation par référence dans un environnement électronique "dans la mesure permise par la loi", ou en énumérant les règles de droit sur lesquelles l'article *5bis* n'a pas d'incidences. Par exemple, dans un certain nombre de juridictions, les règles de droit impératives existantes ne valident l'incorporation par référence que si trois conditions sont remplies, à savoir : a) la clause de référence doit être insérée dans le message de données; b) le document auquel il est fait référence, par exemple des conditions générales, doit être effectivement connu de la partie contre laquelle il peut être invoqué; et c) cette partie doit non seulement connaître le document mais également l'accepter.

Références

- | | |
|--|--|
| <i>A/53/17, par. ...;</i> | <i>A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117;</i> |
| <i>A/CN.9/446, par. 14 à 24;</i> | <i>A/CN.9/WG.IV/WP.66;</i> |
| <i>A/CN.9/WG.IV/WP.74;</i> | <i>A/CN.9/WG.IV/WP.65;</i> |
| <i>A/52/17, par. 248 à 250;</i> | <i>A/CN.9/406, par. 90, 178 et 179;</i> |
| <i>A/CN.9/437, par. 151 à 155;</i> | <i>A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 109 à 113;</i> |
| <i>A/CN.9/WP.71, par. 77 à 93;</i> | <i>A/CN.9/360, par. 90 à 95;</i> |
| <i>A/51/17, par. 222 et 223;</i> | <i>A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 77 et 78</i> |
| <i>A/CN.9/421, par. 109 et 114;</i> | <i>A/CN.9/350, par. 95 et 96;</i> |
| <i>WP.69, par. 30, 53, 59, 60 et 91;</i> | <i>A/CN.9/333, par. 66 à 68.</i> |