

V. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES

A. Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux
sur les travaux de sa vingt-quatrième session
(Vienne, 27 janvier-7 février 1992) (A/CN.9/360) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-17
I. OBSERVATIONS LIMINAIRES	18-21
II. PORTÉE ET FORME POSSIBLES DES TRAVAUX FUTURS	22-31
III. QUESTIONS POUVANT FAIRE L'OBJET DE TRAVAUX FUTURS	32-128
A. L'exigence de l'écrit	32-43
1. L'exigence légale de l'écrit	32-39
2. Définition contractuelle de l'écrit	40-43
B. Valeur probante des messages EDI	44-59
1. Admissibilité en preuve des messages EDI	44-52
2. Charge de la preuve	53-59
C. Exigence d'un original	60-70
D. Signature et autres formes d'authentification	71-75
E. Formation des contrats	76-95
1. Expression du consentement dans un environnement électronique	76-86
2. Date et lieu de la formation	87-89
3. Conditions générales	90-95
F. Responsabilité en cas de non-transmission ou d'erreur de transmission ...	96-118
1. Responsabilité et risque	97-103
2. Responsabilité des tiers fournissant des services de communication ..	104-118
G. Titres de propriété et valeurs	119-124
H. Communications	125
I. Loi applicable et questions connexes	126-128
IV. RECOMMANDATION CONCERNANT LES TRAVAUX FUTURS	129-134

INTRODUCTION

1. A sa dix-septième session, en 1984, la Commission a décidé d'inscrire à titre prioritaire à son programme de travail la question des incidences juridiques du traitement automatique des données sur les courants commerciaux internationaux¹. Cette décision faisait suite à l'examen d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Aspects juridiques

du traitement automatique des données" (A/CN.9/254), consacré à plusieurs questions juridiques (valeur juridique des documents d'ordinateur, exigence de l'écrit, authentification, conditions générales, responsabilité et connaissances). La Commission a pris sa décision après avoir pris connaissance d'un rapport du Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international placé sous l'égide conjointe de la Commission économique pour l'Europe et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. D'après ce rapport, les problè-

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17 (A/39/17), par. 136.

mes en cause touchant principalement le droit commercial international, la Commission, en tant que principal organe chargé des questions de droit commercial international, semblait être l'instance désignée pour mettre au point et coordonner les mesures à prendre².

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

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

"1. Recommande aux gouvernements :

a) De réexaminer les règles juridiques touchant l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve en justice afin d'éliminer les obstacles superflus à leur recevabilité, de s'assurer que ces règles sont compatibles avec les progrès techniques et de donner aux tribunaux les moyens leur permettant d'apprécier la fiabilité des données contenues dans ces enregistrements;

b) De réexaminer les règles juridiques en vertu desquelles certaines transactions commerciales ou certains documents ayant trait au commerce doivent être sous forme écrite, que cette forme écrite soit ou non une condition requise pour que la transaction ou le document soit valide ou s'impose aux parties, afin de faire en sorte que, le cas échéant, la transaction ou le document puissent être enregistrés et transmis sur support informatique;

c) De réexaminer l'exigence légale d'une signature manuscrite ou de toute autre méthode d'authentification sur papier pour les documents commerciaux afin de permettre, le cas échéant, l'utilisation de moyens électroniques d'authentification;

d) De réexaminer les règles juridiques selon lesquelles les documents à soumettre à l'administration doivent être présentés par écrit et doivent porter une signature manuscrite en vue d'autoriser, le cas échéant, leur présentation sur support informatique aux services administratifs qui ont acquis les équipements nécessaires et mis en place les procédures requises;

"2. Recommande aux organisations internationales chargées d'élaborer des textes juridiques sur le commerce de tenir compte de la présente recommandation dans leurs travaux et, le cas échéant, d'envisager de modifier les textes juridiques en vigueur conformément à la présente recommandation"³.

3. A sa vingt et unième session, en 1988, la Commission s'est penchée sur la proposition tendant à ce que soit examinée la possibilité d'élaborer des principes juridiques applicables à la formation de contrats commerciaux internationaux par des moyens électroniques. Il a été noté qu'il n'existait actuellement aucun régime juridique adéquat réglementant cette importante pratique, de plus en plus répandue, et que des travaux dans ce domaine permettraient de combler des lacunes juridiques et de réduire les incertitudes et difficultés rencontrées dans la pratique. La Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude préliminaire sur la question⁴.

4. A sa vingt-troisième session, en 1990, la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Etude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques" (A/CN.9/333). Y étaient résumés les travaux entrepris au sein des Communautés européennes et aux Etats-Unis d'Amérique sur l'exigence de l'écrit, ainsi que sur d'autres problèmes liés à la formation des contrats par des moyens électroniques. Les efforts faits pour régler certains de ces problèmes au moyen d'accords types de communication y étaient aussi examinés. La Commission a prié le Secrétariat de poursuivre son examen des questions juridiques liées à la formation des contrats par des moyens électroniques et de lui soumettre, à sa vingt-quatrième session, un rapport analysant les accords types de communication déjà élaborés ou en projet en vue de formuler une recommandation sur le point de savoir si un accord type à vocation universelle était nécessaire et, dans l'affirmative, s'il faudrait en confier l'élaboration à la Commission. La Commission a souhaité que ce rapport serve de base à la décision qu'elle prendrait sur les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans ce domaine⁵.

5. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission était saisie du rapport demandé, intitulé "Echange de données informatisées" (A/CN.9/350). Y étaient décrites les activités en cours des diverses organisations s'intéressant aux aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et y étaient analysés plusieurs accords types d'échange de données déjà élaborés ou en cours d'élaboration. Il y était noté que ces documents variaient considérablement selon les besoins des catégories d'utilisateurs visés et que cette diversité avait parfois été considérée comme un obstacle à l'élaboration d'un cadre juridique satisfaisant pour l'utilisation commerciale de l'EDI. Il apparaissait qu'il serait peut-être nécessaire de définir un cadre général permettant d'inventorier les différents problèmes et de présenter un ensemble de principes juridiques et de règles juridiques fondamentales régissant les communications par EDI. Il était noté, en conclusion, qu'il serait possible, dans une certaine mesure, de constituer un tel cadre au moyen d'arrangements contractuels entre les parties à une relation EDI et que les cadres contractuels actuellement proposés aux usagers de l'EDI étaient souvent incomplets, incompatibles entre eux et inappropriés au plan international, car ils se fondaient dans une large mesure sur les structures de la législation locale.

²"Aspects juridiques de l'échange automatique de données commerciales" (TRADE/WP.4/R.185/Rev.1). Le rapport présenté au Groupe de travail dénommé WP.4 figure à l'annexe II du document A/CN.9/238.

³Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17), par. 360.

⁴Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 46 et 47, et *ibid.*, quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 289.

⁵*Ibid.*, quarante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/45/17), par. 38 à 40.

6. Le rapport indiquait également que, malgré les nombreux efforts déployés par différents organes techniques, instituts de normalisation et organisations internationales en vue de préciser les questions liées à l'EDI, aucun des organismes qui s'intéressaient principalement à l'harmonisation mondiale des règles juridiques n'avait encore abordé la question des accords de communication. En conséquence, la Commission, puisqu'elle était en mesure de présenter les vues de tous les systèmes juridiques, y compris ceux des pays en développement, qui connaissaient déjà ou connaîtraient bientôt les problèmes que posait l'EDI, voudrait peut-être envisager elle-même d'élaborer un accord type de communication pour le commerce international.

7. Selon le rapport, au niveau législatif, les travaux futurs de la Commission sur les aspects juridiques de l'EDI pourraient peut-être porter aussi sur la question du remplacement des titres de propriété négociables, et plus précisément des documents de transport, par des messages EDI. Il s'agissait là du domaine où il semblait le plus urgent d'élaborer des lois, vu le développement de l'EDI. Il était proposé que le Secrétariat soit prié de présenter un rapport à la Commission, à une de ses sessions suivantes, indiquant s'il était souhaitable et possible d'établir un tel texte.

8. La Commission a estimé que les aspects juridiques de l'EDI prendraient une importance croissante avec le développement de ce type d'échanges et qu'elle devrait entreprendre des travaux dans ce domaine. S'agissant des propositions mentionnées ci-dessus, celle selon laquelle la Commission devrait s'attacher à inventorier les problèmes juridiques que présentent les communications EDI et les principes de droit qui les régissent et à présenter un ensemble de règles juridiques fondamentales a suscité une large adhésion. Les membres de la Commission sont convenus qu'étant donné le nombre de questions à examiner, le sujet devait être traité de façon approfondie par un groupe de travail.

9. Les vues ont divergé, à la vingt-quatrième session de la Commission, quant à la question de savoir si cette dernière devait entreprendre à titre prioritaire l'élaboration d'un accord type de communication. Selon une opinion, des travaux dans ce sens devaient commencer immédiatement puisqu'il n'existait aucun document de ce genre pouvant être utilisé dans le monde entier et puisque la Commission, étant donné son caractère représentatif serait une instance particulièrement appropriée pour de tels travaux. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, il était prématuré de se lancer immédiatement dans l'élaboration d'un accord type de communication. Il était peut-être préférable de suivre, en attendant la prochaine session de la Commission, ce qui se passait dans d'autres organisations, notamment à la Commission des Communautés européennes et à la Commission économique pour l'Europe.

10. Après délibération, la Commission a décidé qu'une session du Groupe de travail des paiements internationaux serait consacrée à l'inventaire des problèmes juridiques qui se posaient et à l'examen de dispositions législatives éventuelles et que le Groupe de travail lui ferait rapport à sa session suivante sur l'opportunité et la faisabilité de travaux tels que l'élaboration d'un accord type de communication. La Commission a aussi pris note de la proposition

du Secrétariat tendant à ce que soit élaborée une loi uniforme sur le remplacement des titres de propriété négociables, et plus particulièrement des documents de transport, par des messages EDI⁶.

11. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa vingt-quatrième session à Vienne, du 27 janvier au 7 février 1992. Y ont participé les représentants des Etats membres suivants : Allemagne, Argentine, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Costa Rica, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Maroc, Mexique, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Tchécoslovaquie.

12. Ont également participé à la session des observateurs des Etats ci-après : Algérie, Arabie saoudite, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Finlande, Indonésie, Liban, Oman, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Pérou, Philippines, Pologne, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Yémen.

13. Des observateurs des organisations internationales ci-après ont participé à la session : Commission économique pour l'Europe (CEE), Fonds monétaire international (FMI), Commission des Communautés européennes (CCE), Conférence de La Haye de droit international privé, Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF), Union asiatique de compensation (UAC), Comité international des transports ferroviaires (CTT) et Union internationale des chemins de fer (UIC).

14. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. José María Abascal Zamora (Mexique);

Rapporteur : M. Essam Ramadan (Egypte).

15. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.52) et note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.53) énumérant un certain nombre de questions qui pourraient figurer dans le programme des activités futures sur les aspects juridiques de l'EDI.

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

1. Election du bureau;
2. Adoption de l'ordre du jour;
3. Questions qui pourraient être incluses au programme de travail futur sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI);
4. Questions diverses;
5. Adoption du rapport.

17. Les documents ci-après ont été mis à la disposition des participants à la session :

a) Rapport du Secrétaire général sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (A/CN.9/265);

⁶*Ibid.*, quarante-sixième session, Supplément n° 17 (A/46/17), par. 311 à 317.

b) Rapport du Secrétaire général sur l'échange de données informatisées — Etude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques (A/CN.9/333);

c) Rapport du Secrétaire général sur l'échange de données informatisées (A/CN.9/350).

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES

18. Avant de se pencher sur les aspects juridiques de l'EDI, le Groupe de travail a entrepris d'examiner l'ensemble des travaux menés par les autres organismes internationaux actifs dans ce domaine. Un rapport lui a été présenté au nom du Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique pour l'Europe concernant le programme d'action sur les aspects commerciaux et juridiques de la facilitation du commerce adopté par le WP.4 à sa vingt-troisième session (TRADE/WP.4/R.697)⁷. Il a été rappelé que ce programme d'action englobait les projets suivants : élaboration d'un accord d'échange, établissement de la partie du Répertoire des Nations Unies pour l'échange de données commerciales traitant des aspects juridiques de l'EDI, réduction des obstacles au commerce international que peut engendrer la pratique commerciale du transfert de droits au moyen de documents négociables, inventaire des obstacles juridiques et commerciaux, définition des messages électroniques et de leurs "signatures" et coordination avec les autres organismes.

19. Un exposé a été fait au nom de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF) sur l'état d'avancement du projet DOCIMEL qui vise à remplacer la lettre de voiture ferroviaire sur papier par un message électronique⁸. On a enfin indiqué que la Commission des Communautés européennes (CCE)⁹, la Chambre de commerce internationale CCI¹⁰, le Comité maritime international (CMI)¹¹, le Conseil maritime baltique et international (BIMCO)¹², l'Union internationale des transports routiers¹³, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et le Conseil de coopération douanière (CCD) avaient entrepris des projets portant sur les aspects juridiques de l'EDI.

20. Le Groupe de travail a par ailleurs pris note d'un certain nombre d'initiatives prises par divers gouvernements et organismes nationaux de facilitation du commerce afin de promouvoir l'utilisation de l'EDI. On citera les

initiatives suivantes : examen de la législation et de la réglementation commerciales applicables à la fiscalité, à la comptabilité, aux questions douanières et autres problèmes juridiques afin d'inventorier les obstacles légaux et réglementaires à la généralisation de l'EDI; lancement de projets pilotes sur des questions telles que l'utilisation de l'EDI dans le cadre des marchés publics; élaboration d'accords types de communication optionnels à l'intention des parties utilisant l'EDI; élaboration de nouvelles lois conçues expressément pour tenir compte des besoins des utilisateurs de l'EDI, notamment en matière de production de preuves. A ce propos, on a indiqué que si certaines des questions juridiques que posait l'EDI (l'admissibilité des messages EDI comme mode de preuve, par exemple) devraient peut-être faire l'objet d'un traitement différencié selon que l'on avait affaire à tel ou tel domaine du droit (admissibilité en matière contentieuse par opposition à admissibilité à des fins légales, par exemple), certaines autres questions juridiques que posait l'EDI, telles que la responsabilité en cas de non-transmission, ou d'erreur de transmission, devraient faire l'objet d'un traitement pluridisciplinaire.

21. Le Groupe de travail s'est félicité des informations qui lui ont été communiquées sur les travaux entrepris par les organisations internationales actives en matière d'EDI et sur les études ou réformes législatives entreprises par les autorités nationales. Ces informations, a-t-on estimé, seraient très utiles pour le Groupe de travail qui était appelé à se prononcer sur le point de savoir si des règles de droit expresses régissant l'EDI étaient justifiées par un réel besoin concret. Il ressortait de ces informations qu'une coopération étroite entre toutes les organisations intéressées était nécessaire si l'on voulait harmoniser les solutions retenues et éviter tout chevauchement des activités.

II. PORTÉE ET FORME POSSIBLES DES TRAVAUX FUTURS

22. Avant d'entamer l'examen des questions pouvant faire l'objet de travaux futurs, le Groupe de travail s'est penché sur la portée et la forme qu'il conviendrait de donner à ces travaux. Les différentes formes possibles envisagées étaient les suivantes : définition des principes généraux de droit applicables à l'utilisation de l'EDI en matière commerciale, élaboration d'un guide juridique, et, au plan législatif, élaboration de dispositions impératives.

23. Selon un avis, le Groupe de travail devait axer ses travaux, dans leur phase initiale, sur la définition de principes généraux de droit applicables aux principales questions que soulevaient les utilisations commerciales de l'EDI. Parmi ces questions figuraient la formation des contrats, l'incidence des communications électroniques sur les problèmes d'offre et d'acceptation, l'exigence d'une vérification de la réception des messages électroniques, les effets juridiques de l'effacement progressif de l'intervention humaine dans la prise de décision, les questions de preuve, le statut juridique des fournisseurs de réseau (gestionnaires de fichiers centralisés inclus) et la détermination de la loi applicable. Parallèlement, on a proposé que le Groupe de travail entreprenne l'élaboration d'un guide

⁷On trouve aux paragraphes 28 à 44 du document A/CN.9/350 un résumé de ce programme d'action (TRADE/WP.4/R.697).

⁸Le projet DOCIMEL fait l'objet d'une présentation succincte aux paragraphes 49 à 51 du document A/CN.9/350.

⁹Les travaux de la Commission des Communautés européennes, dans le cadre du projet TEDIS, sont résumés aux paragraphes 15 à 41 du document A/CN.9/333 et 12 à 26 du document A/CN.9/350.

¹⁰Les travaux de la CCI sont analysés aux paragraphes 45 à 48 du document A/CN.9/350.

¹¹Les travaux du CMI sont analysés aux paragraphes 54, 69 et 104 à 108 du document A/CN.9/350.

¹²Le projet BIMCO sur les connaissances électroniques est décrit brièvement au paragraphe 87 du document A/CN.9/WG.IV/WP.53.

¹³Les travaux de l'Union internationale des transports routiers sont décrits aux paragraphes 52 et 53 du document A/CN.9/350.

juridique où seraient inventoriées les questions juridiques, extrêmement diverses semblait-il, qui se posaient dans le cadre de l'EDI, et qui proposerait des principes de droit optionnels à l'intention des partenaires commerciaux envisageant d'établir une relation EDI, ou des autorités nationales ayant à traiter de cette question.

24. Les partisans de l'approche législative ont rappelé que le Groupe de travail avait reçu pour mandat d'étudier des dispositions ayant force légale. Parce qu'elles définiraient une marche à suivre détaillée, de telles dispositions seraient un outil beaucoup plus efficace, propre à aider les États à éliminer les obstacles juridiques à la généralisation de l'EDI. On a fait observer que faute d'une telle marche à suivre, la recommandation adoptée par la Commission en 1985 (voir, plus haut, par. 2) en vue d'instituer des principes de droit et de donner des orientations au législateur et aux autorités de tutelle pour l'élimination des obstacles juridiques à la généralisation de l'EDI n'avait pas eu des résultats très concluants. On a indiqué que les progrès auraient été plus nets si les principes généraux qu'énonçait la recommandation l'avaient été de manière plus détaillée de façon à proposer des règles pratiques et détaillées sur la manière d'éliminer l'exigence de documents sur papier et de remplacer le papier par un équivalent fonctionnel utilisé dans un environnement électronique. On a estimé, dans l'ensemble, que s'il eut été prématuré d'essayer de rédiger de telles règles en 1985, ce qui était encore le cas d'ailleurs pour certains aspects de l'utilisation commerciale de l'électronique en raison de mutations techniques permanentes, le moment était néanmoins peut-être venu d'envisager l'élaboration de règles détaillées régissant certains autres aspects de l'utilisation de l'EDI. Il a en outre été convenu que toute tentative d'élaboration de règles et principes de droit sur l'EDI devait s'appuyer sur une observation poussée des pratiques commerciales et avoir pour objet de généraliser l'EDI. On a indiqué que, quelle que soit la forme qu'ils pourraient prendre, les travaux de la Commission sur l'EDI devaient avoir une vertu didactique et devaient viser à démontrer la supériorité des techniques EDI sur les pratiques actuelles fondées sur le support papier.

25. Le Groupe de travail a décidé d'emblée que ses travaux seraient axés sur les questions juridiques soulevées par l'utilisation de l'EDI dans le commerce international, conformément à l'approche adoptée pour les précédents travaux de la Commission. On a noté que, selon la forme que revêtiraient ces travaux, ce choix exigerait peut-être la définition d'un critère d'internationalité et n'exclurait pas la possibilité d'une application dans le cadre national des règles éventuellement élaborées par la Commission.

26. Le Groupe de travail a ensuite passé en revue les questions juridiques et les pratiques commerciales en cause afin de déterminer si elles avaient atteint un degré de maturité justifiant l'élaboration de règles de droit, ou si la situation, par son instabilité, n'appelait pour l'instant que l'élaboration de principes généraux. Le Groupe de travail a par ailleurs décidé qu'une fois achevé ce travail il examinerait la question de la forme que devraient revêtir les travaux de la Commission. A ce propos, il a rappelé qu'il avait reçu pour mandat exprès de consacrer la session en cours non seulement à un inventaire des questions

juridiques qui se posaient, mais aussi à l'examen de règles de droit éventuelles sur ces questions, ainsi qu'à l'établissement d'un rapport, à l'intention de la Commission à sa prochaine session, sur le point de savoir s'il était souhaitable et possible d'entreprendre d'autres travaux tels que l'élaboration d'un accord type de communication. On a noté que ces travaux pourraient revêtir des formes différentes selon les questions examinées.

27. En ce qui concerne l'élaboration d'un accord de communication type, il a été précisé d'entrée de jeu qu'il n'était ni nécessaire, ni approprié que la Commission, du moins à ce stade, élabore un accord de communication type. Pour justifier cette position, on a indiqué notamment qu'un certain nombre d'accords de communication avaient déjà été élaborés, que des travaux avaient été engagés sur ce sujet au sein d'autres organisations (accords à vocation sectorielle et accords à vocation universelle), et qu'au lieu d'un modèle universel, il serait peut-être préférable de mettre au point une série d'accords de communication différents (dont certains conçus sur mesure pour des domaines commerciaux précis, par exemple).

28. Quant à l'ordre précis dans lequel les questions juridiques devraient être examinées durant la session, la proposition tendant à ce que les débats suivent *grosso modo* l'ordre dans lequel les questions étaient présentées dans le document dont était saisi le Groupe de travail a suscité une large adhésion, mais il a été noté que la liste n'était pas exhaustive et que des questions pourraient devoir y être ajoutées ultérieurement. S'agissant de la définition de l'EDI, on a estimé, dans l'ensemble, qu'en traitant la question dont il était saisi le Groupe de travail ne devait pas avoir de l'EDI une conception étroite limitée à l'échange électronique d'informations entre des réseaux fermés d'utilisateurs parties à un accord de communication, mais plutôt une conception large englobant aussi les réseaux ouverts qui autorisaient les utilisateurs de l'EDI à communiquer sans avoir préalablement adhéré à un accord de communication, et couvrant donc toute une série d'utilisations de l'EDI liées au commerce que l'on pouvait désigner de manière générale par la formule "commerce électronique".

29. Des vues divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si le Groupe de travail devait d'emblée s'efforcer de donner une définition plus précise de l'EDI. Selon un avis, on pourrait ainsi délimiter le champ des questions à examiner car dans le cas de certaines méthodes de transmission électronique de l'information (la télécopie, par exemple), on pouvait se demander si l'EDI était bien le contexte approprié. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, si l'on s'en tenait à la conception générale de l'EDI (ou "commerce électronique") susmentionnée afin de délimiter la portée des travaux du Groupe de travail, il serait préférable d'en donner une définition concrète à un stade ultérieur. On a jugé en effet que ce mode opératoire était particulièrement approprié parce que la question de la définition de l'EDI risquait de se poser à plusieurs reprises sur divers points, que cette définition pourrait bien varier en fonction des différentes questions à examiner et que, se fondant sur une vision synthétique des questions posées, le Groupe de travail serait mieux à même de se pencher sur la définition de l'EDI.

30. Toutefois, sans essayer de définir l'EDI à ce stade, le Groupe de travail s'est demandé si cette conception élargie de l'EDI devait être étendue aux opérations faisant intervenir les consommateurs. Après débat, le Groupe de travail a décidé que, au cas où il recommanderait à la Commission d'élaborer des règles juridiques sur l'EDI, il recommanderait en outre que les problèmes de droit de la consommation soient expressément exclus du champ d'application de telles règles.

31. A ce propos, on a précisé que la référence aux "réseaux ouverts" ne devait pas être interprétée comme couvrant les systèmes ouverts au public pour des opérations de consommation, tels que les réseaux de terminaux points de vente. La notion de "réseaux ouverts" devait plutôt être interprétée comme s'appliquant aux systèmes de communication visant à renforcer l'interexploitabilité des réseaux fermés opérationnels et futurs. Pour illustrer ce qu'étaient ces réseaux ouverts, on a précisé que des systèmes étaient en cours d'élaboration qui visaient à permettre la transmission directe de données entre opérateurs raccordés à des réseaux fermés distincts. On a indiqué que de tels systèmes reposaient sur l'utilisation d'une "enveloppe électronique" qui pouvait être traitée par des réseaux différents et nécessitait la création de répertoires (parfois désignés sous l'appellation "pages jaunes électroniques") autorisant une utilisation de l'EDI comparable à celle du télex. On a fait observer que le traitement de données par différents réseaux pourrait soulever des problèmes juridiques particuliers, notamment en ce qui concernait la question de la responsabilité en cas de non-transmission ou d'erreur de transmission.

III. QUESTIONS POUVANT FAIRE L'OBJET DE TRAVAUX FUTURS

A. L'exigence de l'écrit

1. L'exigence légale de l'écrit

32. Le Groupe de travail a constaté que, du moins dans certains systèmes juridiques, les règles exigeant que certaines transactions soient conclues ou attestées par écrit pouvaient faire obstacle à l'utilisation de l'EDI. On a envisagé différentes approches face à cette exigence de l'écrit énoncée par diverses législations dans le but de créer un environnement juridique propice à l'utilisation de l'EDI. L'une des solutions possibles serait de tenter d'éliminer complètement l'exigence de l'écrit de manière à faciliter au maximum l'utilisation de l'EDI. Cette proposition n'a guère été suivie car on a estimé qu'elle était non seulement difficile à appliquer mais aussi discutable et d'une acceptabilité limitée.

33. Les raisons motivant le rejet de cette proposition étaient notamment l'utilisation constante, dans la plupart sinon tous les systèmes juridiques, d'écrits produits à des fins précises telles que la preuve de certains types de contrats, et pour des motifs de négociabilité; la nécessité d'un écrit lorsque l'on souhaitait produire un effet juridique donné, par exemple, dans le cas de documents émis en

vertu de conventions de transport (telles que la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsovie, 1929) et pour les accords d'arbitrage ou de juridiction (par exemple la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères); enfin, le fait que les avantages issus des progrès technologiques qui ont rendu possible l'utilisation de l'EDI et fait naître l'idée d'une éventuelle élimination de l'exigence de l'écrit n'étaient pas également accessibles à tous les pays, notamment en développement.

34. Compte tenu de ce qui précède, on a estimé dans l'ensemble que la meilleure façon de s'affranchir des obstacles à l'utilisation de l'EDI pouvant découler de l'exigence de l'écrit qu'énoncent les lois nationales, consisterait à élargir la définition de l'"écrit" aux techniques EDI, ce qui permettrait de faciliter le respect de cette exigence par des moyens électroniques. On est convenu que le but de cette approche, quelquefois désignée sous l'appellation "approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle", serait de permettre et non d'imposer l'utilisation de l'EDI. On a fait observer que l'élargissement de la définition de l'écrit permettrait aux Etats d'adapter leur législation en fonction des progrès techniques des communications applicables au droit commercial, sans nécessiter l'élimination totale de l'exigence de l'écrit ni toucher aux principes et approches juridiques fondant cette exigence. En même temps, le respect par les moyens électroniques de l'exigence de l'écrit pourrait, dans certains cas, nécessiter l'élaboration de nouvelles règles, et cela du fait d'une des nombreuses différences entre les documents sur papier et les messages EDI, à savoir que les premiers peuvent être lus par l'être humain tandis que les seconds ne peuvent l'être sauf s'ils sont réduits à un support papier ou affichés sur un écran.

35. On a proposé la définition suivante de l'écrit :

"Par "écrit", on désigne notamment les télégrammes, messages télex ou autre moyen de communication qui assure la préservation des renseignements y figurant et peut être reproduit sous une forme tangible."

Bien que l'on se soit interrogé sur la possibilité de proposer une formule unique recouvrant les multiples situations et cas auxquels l'exigence de l'écrit s'appliquait, et sur les limites qui en résulteraient du point de vue de l'harmonisation, on est généralement convenu qu'une définition de ce type méritait d'être examinée.

36. On a fait observer que la définition élargie de l'"écrit" restait fondée sur une analogie entre les messages EDI et les documents écrits et qu'elle ne créait pas le concept entièrement nouveau que d'aucuns estimaient nécessaire pour couvrir les applications les plus avancées de l'EDI. Cependant, de l'avis général, l'adoption d'une telle définition n'exclurait pas que l'on continue de s'efforcer de définir un nouveau concept approprié. On est également convenu qu'une définition élargie de l'"écrit" permettrait de faire face aux nombreux cas où les relations EDI restaient comparables aux relations fondées sur des documents écrits.

37. Diverses propositions visant à parfaire la définition proposée ont été faites, de même que plusieurs observations reflétant une volonté commune d'éviter un libellé trop

restrictif qui risquerait de ne pas s'appliquer aux progrès techniques futurs. A ce propos, on a préconisé la suppression de la réduction à un support papier énoncée dans la définition proposée car cette condition irait à l'encontre des objectifs de l'EDI. Dans une perspective similaire, on a estimé que le mot "tangible" risquait d'être trop restrictif et devrait donc être remplacé par des mots tels que "lisible" ou même "audible". Dans le même ordre d'idées, on a proposé que la définition élargie ne se limite pas aux communications entre ordinateurs, mais recouvre également des techniques telles que le stockage de données sur disque optique et l'utilisation d'empreintes vocales.

38. Pour éviter de faire obstacle aux progrès technologiques, on a aussi proposé de ne pas axer la définition sur des modes précis de transmission mais plutôt sur le fait que la fonction essentielle d'enregistrement assurée autrefois par l'écrit pourrait désormais l'être par l'utilisation des techniques EDI. En réponse à cette proposition, on a indiqué qu'il était probablement inévitable de mentionner les modes de transmission, puisque l'objet même de l'élargissement de la définition de l'écrit était d'englober de nouveaux modes de transmission.

39. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'exemple d'une autre approche de la reconnaissance des équivalents électroniques des documents papier. La législation en question prévoyait des cas où les échanges de messages EDI entre parties à certains réseaux fermés étaient réputés répondre à l'exigence de l'écrit qu'énonçait la loi applicable. Ces cas étaient limités aux échanges entre négociants agréés, au moyen de messages au format normalisé et de réseaux de communication approuvés par l'Etat. On a fait observer qu'un tel système posait la question de savoir à qui, de l'Etat ou des particuliers, il incombait d'approuver l'utilisation des formats normalisés.

2. Définition contractuelle de l'écrit

40. On a rappelé que les accords de communication comportaient souvent des dispositions visant à traiter les problèmes qui pouvaient se poser en ce qui concernait la validité et la force exécutoire d'actes juridiques (notamment les contrats) du fait qu'ils étaient formés par échange de messages EDI au lieu des documents écrits habituels. Les accords de communication adoptaient souvent l'une ou l'autre des approches décrites ci-après, ou les deux, pour établir la valeur légale des messages EDI. Dans la première approche, les messages EDI étaient définis comme étant des documents écrits par accord mutuel des parties (voir le document A/CN.9/350, par. 68 à 76). La seconde approche était fondée sur la renonciation mutuelle par les parties aux droits qu'elles pourraient avoir de contester la validité ou la force exécutoire d'une transaction EDI en vertu de dispositions éventuelles de la loi applicable portant sur le point de savoir si certaines conventions pouvaient revêtir la forme écrite ou comporter une signature manuscrite pour lier les parties (voir A/CN.9/350, par. 77 et 78).

41. Selon un avis, les définitions contractuelles de l'écrit n'auraient que peu d'incidences sur les travaux du Groupe de travail s'il décidait de recommander à la Commission d'entreprendre l'élaboration de dispositions légales sur le

sujet. En outre, les définitions contractuelles de l'écrit n'auraient qu'une utilité limitée étant donné que les stipulations contractuelles ne pourraient pas déterminer les droits et obligations des tiers. Cependant, on a aussi rappelé que l'un des objectifs de la loi uniforme pourrait être de permettre aux utilisateurs potentiels de l'EDI d'instaurer une relation EDI sûre par un accord de communication au sein d'un réseau fermé. Il pourrait donc être utile d'envisager une disposition légale visant à éliminer le doute qui pourrait exister dans certains systèmes juridiques en ce qui concernait la validité des définitions de l'écrit convenues entre particuliers. On a également fait observer que dans certains pays les définitions contractuelles de l'écrit étaient particulièrement importantes car elles étaient utilisées dans des accords entre les autorités publiques telles que l'administration fiscale et les utilisateurs privés de l'EDI.

42. Tout en convenant que le principe de l'autonomie des parties devait être posé en ce qui concernait la définition d'un écrit, les participants au Groupe de travail ont largement appuyé la proposition tendant à adopter, pour la question de l'écrit, une "approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle". Cette approche fonctionnelle reposerait sur une analyse des fonctions traditionnellement assurées par les documents papier et permettrait aux parties de décider quelles étaient les fonctions traditionnelles du papier que les messages EDI pouvaient remplir. On a fait observer qu'en se contentant d'indiquer que les parties étaient libres de convenir d'une définition de l'écrit dépassant les définitions traditionnelles applicables au support papier, on ne garantirait pas suffisamment la valeur juridique des transactions EDI en cas de litige. L'écrit avait les fonctions suivantes : fournir un document lisible par tous; fournir un document 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 présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux. On a indiqué que pour toutes les fonctions du papier susmentionnées, les enregistrements électroniques pourraient garantir le même niveau de sécurité et, dans la plupart des cas, un degré de certitude plus élevé, à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques fussent respectées.

43. A cet égard, on a indiqué qu'il fallait faire une distinction entre la transmission de messages EDI et l'EDI interactif. Alors que la transmission de messages EDI remplissait un certain nombre de fonctions similaires à celles que remplissaient traditionnellement les moyens de communication fondés sur les documents papier, l'EDI interactif servait de base aux opérations faisant intervenir plusieurs parties à un certain nombre de relations quasi-simultanées, ce qui était difficilement concevable avec des documents sur papier. On a proposé que soient établis deux ensembles de règles, dont l'un serait une adaptation de règles existantes permettant l'exécution électronique des fonctions traditionnellement assurées par les documents papier tandis que l'autre couvrirait toute situation nouvelle créée par la possibilité de transactions EDI. Dans le même temps, si le Groupe de travail recommandait l'établissement de nouvelles règles, il faudrait s'assurer que celles-ci restent soumises aux principes juridiques fondamentaux des législations nationales.

B. Valeur probante des messages EDI

1. Admissibilité en preuve des messages EDI

44. Abordant l'examen de cette question, le Groupe de travail a entendu des déclarations sur les lois et la jurisprudence de différents systèmes juridiques concernant l'admissibilité des enregistrements informatiques et d'autres formes de preuves électroniques. Cela a fait apparaître la diversité des approches retenues. Dans nombre de systèmes juridiques, les parties à des litiges commerciaux étaient en général autorisées à soumettre tout type de preuve pertinent en l'espèce. Toutefois, il existait dans ces systèmes des divergences quant à la manière exacte dont les preuves électroniques étaient admises et traitées. Par exemple, dans certains pays, des règles précises avaient été établies régissant la soumission de preuves électroniques. Il s'agissait d'établir l'intelligibilité, la fiabilité et la crédibilité des moyens de preuve en se fondant notamment sur la méthode d'introduction de l'information et sur le niveau de protection de cette information contre toute altération. Certaines juridictions exigeaient des attestations d'experts pour qu'une preuve puisse être admissible. Dans certains pays, les procédures d'objection à l'introduction de preuves électroniques étaient différentes des procédures d'objection à d'autres moyens de preuve. Dans bon nombre de pays entrant dans la première catégorie, lorsqu'il se posait une question à propos de l'exactitude ou de la valeur d'un moyen de preuve électronique, le tribunal était habilité à déterminer dans quelle mesure le moyen de preuve était recevable. Parmi les facteurs à prendre en compte pour évaluer la qualité des preuves électroniques, on pouvait citer le niveau de sécurité du système ayant produit la preuve, sa gestion et son organisation, son bon fonctionnement et d'autres facteurs jugés pertinents pour la fiabilité de la preuve.

45. Selon une autre approche, que l'on rencontrait dans un certain nombre de pays, la question de l'admissibilité et de l'évaluation des enregistrements informatiques et d'autres moyens de preuve électronique était entièrement laissée à la discrétion du tribunal.

46. Il a été indiqué que, dans les pays de *common law*, dans lesquels on recourait en général, pour le règlement des litiges, à une procédure orale et contradictoire, l'accent était mis sur le fait qu'un témoin ne pouvait attester que ce dont il avait une connaissance personnelle, ce qui donnait à l'adversaire la possibilité de vérifier les déclarations par un contre-interrogatoire. Dans ces pays, où il existait en général une structure législative plus élaborée régissant l'admissibilité et où les tribunaux avaient un pouvoir discrétionnaire plus limité, les sources secondaires étaient en général exclues, en tant que témoignages indirects ("hearsay evidence"). Dans les pays où les enregistrements informatiques et d'autres formes de preuve électronique étaient considérés comme des témoignages indirects, ces procédés de preuve pouvaient toutefois être admis au titre de l'exception à la règle du "hearsay" en faveur des "enregistrements commerciaux". Afin de pouvoir bénéficier de cette exception, la personne présentant un tel moyen de preuve devait normalement démontrer que l'information avait été recueillie dans le cadre normal de ses activités et il devrait décrire l'enchaînement des faits, de la compila-

tion de l'information jusqu'au moment où le moyen de preuve prenait la forme sous laquelle il était soumis, afin qu'il soit possible de vérifier l'intégrité et la fiabilité du système ayant produit ce moyen de preuve. Dans certains cas, une attestation d'expert devait être présentée, afin de certifier la fiabilité de la preuve. Les parties adverses étaient autorisées à présenter des preuves contraires sous forme écrite, orale ou électronique.

47. Ce tour d'horizon a fait apparaître que, dans la plupart des pays, une distinction était faite entre l'admissibilité des preuves électroniques dans une procédure judiciaire et l'acceptation et l'utilisation de tels moyens de preuve par les autorités administratives. Les règles applicables et les approches retenues par ces deux types d'instances tendaient à être différentes. Dans le domaine administratif, l'accent était plutôt mis sur la collecte d'information et l'autorité administrative jouissait d'une plus grande latitude, une importance en général moins grande étant accordée aux règles et procédures en matière de preuve par rapport au domaine judiciaire. Dans le même temps, des règlements administratifs ou des lois (par exemple, des lois fiscales ou des lois sur les opérations de bourse) imposaient parfois des conditions particulières pouvant avoir des incidences sur le régime probatoire. L'une des plus fréquentes de ces exigences était l'obligation imposée aux entités commerciales de tenir des dossiers commerciaux à des fins comptables et fiscales. Dans certains pays, le recours à l'EDI à ces fins était expressément accepté, sous réserve de conditions telles que l'intelligibilité et l'inaltérabilité des enregistrements électroniques. On a toutefois noté que, dans un pays, la législation n'autorisait le recours à l'EDI qu'à condition qu'il soit possible de produire des documents sur papier. Il a également été indiqué que, dans certains pays, les autorités administratives tenaient parfois des audiences pour lesquelles des règles en matière de preuve avaient été établies. On a en outre noté que les règles judiciaires en matière de preuve pouvaient avoir une influence sur le système probatoire retenu par les autorités administratives en raison des possibilités d'appel en justice.

48. Durant le débat s'est fait jour une autre question touchant l'admissibilité des preuves électroniques : la condition, énoncée dans certains cas, selon laquelle la preuve devait être "lisible". Il a été convenu qu'une telle exigence ne posait en général pas de problèmes vu les diverses techniques disponibles pour transcrire des messages et enregistrements électroniques sous forme intelligible par les humains. A ce propos, le Groupe de travail a noté avec intérêt une définition du mot "document" utilisée dans un pays. Selon cette définition, un document pouvait notamment être tout objet ou matériel à partir duquel des sons, images ou textes pouvaient être reproduits, avec ou sans l'aide d'un quelconque autre objet ou dispositif.

49. Le Groupe de travail a également noté que certaines pratiques des utilisateurs de l'EDI et des intermédiaires pouvaient entrer en conflit avec des notions traditionnelles du droit de la preuve, notamment la notion de document "original" (voir, ci-après, par. 60 à 70). Il a été noté à ce propos que l'on pourrait éprouver des difficultés à déterminer ce qui constituait un original dans un contexte EDI. Cela en raison du recours répandu, pour des raisons de sécurité, à des clefs de codage et code pour le brouillage

des messages durant la transmission. Ces messages brouillés, qui pouvaient être considérés comme des "originaux", disparaissaient normalement dès leur traduction ou décodage par le destinataire. Un autre problème se posait par rapport aux notions traditionnelles selon lesquelles un document constituait un réceptacle pour le stockage d'informations : une fois reçue et décodée, l'information pouvait être divisée et répartie entre diverses zones des dossiers électroniques du destinataire. Cette opération était présentée comme un aspect du processus généralement appelé "dématérialisation" du document. Il a été noté qu'en raison de ces deux tendances, et vu que l'on s'attachait à éliminer les enregistrements sur papier, il pourrait être difficile aux parties dans un contexte EDI à présenter un "original" d'une facture par exemple. On a en outre noté que l'on pouvait se demander de ce fait si l'original doit être considéré comme étant le message entre les mains de l'expéditeur avant sa transmission et peut-être son codage, ou les données reçues par le destinataire, que le message reçu ait ou non été visualisé sur un écran ou ait subi toute autre transformation de la part du destinataire. On s'est demandé si des pratiques telles que la suppression automatique de messages brouillés ou la "dématérialisation" ne pourraient pas être considérées, dans certaines juridictions, comme valant destruction de preuves. Il a été répondu que la plupart des systèmes juridiques ne considéreraient sans doute pas des messages codés et brouillés en vue de leur transmission comme des originaux. En outre, il a été déclaré que, dans la plupart des systèmes juridiques, les règles en matière de preuve n'exigeaient que la production des meilleures preuves disponibles et pas nécessairement la production d'originaux (voir, ci-après, par. 61).

50. Ayant achevé de passer en revue les dispositions nationales relatives à l'admissibilité des messages EDI, le Groupe de travail s'est penché sur la manière dont on pourrait aider les Etats à supprimer les obstacles au recours aux enregistrements informatiques à des fins de preuve. Il a été en général considéré que, si l'on pouvait probablement arriver à un accord au sein du Groupe de travail sur l'admissibilité au sens strict du terme (c'est-à-dire le droit donné aux parties de produire des enregistrements électroniques dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives), il subsisterait des difficultés quant aux critères que devraient appliquer des tribunaux ou autorités administratives pour évaluer la force probante de tels enregistrements. Selon un avis répandu, vu la nette diversité des régimes probatoires dans les différents pays, il ne serait pas souhaitable de s'efforcer d'élaborer des dispositions législatives types détaillées. Il serait préférable de recommander que, dans toute la mesure possible, les obstacles à l'admissibilité de messages EDI soient supprimés. Dans le même temps, on a noté que, pour donner réellement des orientations, une telle recommandation ne devrait pas être de caractère trop général. A ce sujet, il a été suggéré que la recommandation donne, à propos des réformes législatives possibles, davantage de détails que la recommandation adoptée en 1985 par la CNUDCI sur la valeur juridique des enregistrements informatiques.

51. Pour ce qui est de la teneur d'une telle recommandation, on a noté qu'il faudrait tenir compte de la diversité des circonstances et des objectifs visés lorsque des preuves fondées sur l'EDI étaient présentées, diversité dont

il faudrait sans doute tenir compte pour déterminer l'approche à retenir en matière d'admissibilité. Il a été déclaré qu'il n'était pas possible de dissocier les questions liées à la preuve de la question fondamentale des faits soumis au juge du fait. Par exemple, si la question consistait uniquement à savoir si une partie avait été avisée, on se limiterait à vérifier si le message EDI avait bien été reçu; s'il s'agissait de vérifier si l'expéditeur s'était lié du fait du message, il faudrait examiner les questions de l'authenticité et de la vérification. Selon un avis, il serait aussi particulièrement utile de recenser les principales questions et de souligner les divers problèmes que posent les moyens de preuve EDI. Par exemple, on pourrait donner des indications quant aux facteurs à prendre en compte pour déterminer la force probante des preuves EDI.

52. Pour ce qui est de l'admissibilité des messages EDI à des fins administratives, on pourrait, selon un avis, examiner dans le cadre du programme de travail futur les critères utilisés par les autorités administratives pour évaluer l'admissibilité des preuves électroniques. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il ne serait pas approprié, dans le cadre du programme d'activités de la Commission, de recommander des modifications des règles administratives à l'échelon national. Dans le même temps, il a été noté que les recommandations faites à propos de la suppression des obstacles à l'utilisation de l'EDI à l'échelon international pourraient contribuer à l'élimination de ces obstacles dans le domaine administratif.

2. Charge de la preuve

53. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé si l'utilisation de l'EDI posait des problèmes particuliers en matière de charge de la preuve. En particulier, on s'est demandé si l'on pourrait appliquer uniformément à l'EDI la notion traditionnelle, rencontrée dans de nombreux pays, selon laquelle la charge de la preuve incombe à la partie ayant saisi les tribunaux. Il a été avancé que cette notion ne serait peut-être pas applicable en présence de facteurs qui justifieraient une inversion de la charge de la preuve. On a en particulier mis en avant la question de l'inégalité des parties. Selon un avis, qui a reçu un certain appui, il serait approprié, le cas échéant et afin de prévenir toute injustice, d'imposer la charge de la preuve à la partie contrôlant le réseau EDI. A ce propos, il a été noté que la question de la charge de la preuve était d'une pertinence limitée dans les cas où l'opérateur d'un réseau EDI déclinait toute responsabilité, comme c'était normalement le cas, a-t-on dit, pour de tels réseaux, et où le déni de responsabilité était confirmé. D'autres facteurs ont été cités pour justifier une éventuelle inversion de la charge de la preuve : la destruction par une partie des enregistrements EDI et la non-application de mesures de sécurité convenues liées à une transmission EDI. On a jugé qu'il ne serait pas possible d'énoncer des règles régissant tous les cas qui pourraient se rencontrer, mais qu'il serait peut-être possible et utile d'établir une liste des facteurs qui pourraient être pris en compte pour la répartition du fardeau de la preuve.

54. Selon un point de vue quelque peu différent, il était difficile de traiter la question de la charge de la preuve de manière abstraite et il faudrait donc se pencher sur ce qui

devait être prouvé dans un cas donné, la nature et les conditions contractuelles de l'opération sous-jacente et la force probante de la preuve présentée. Selon cette approche, on ne saurait affirmer dans l'abstrait qu'une partie ayant détruit des preuves ou ne s'étant pas conformée à des mesures de sécurité se verrait inévitablement dans tous les cas, du fait de tels actes, imposer le fardeau de la preuve. Une telle attitude ne ferait sans doute que diminuer la crédibilité de cette partie ou le poids de ses preuves.

55. On a en outre avancé que la question de la charge de la preuve pourrait, dans certains cas, être mise de côté, sinon évitée, au moyen des conditions contractuelles régissant la relation sous-jacente et des présomptions établies par lesdites conditions. Par exemple, s'il s'agit de savoir si un mode de paiement a été autorisé et que des parties ont convenu de certaines mesures de sécurité applicables aux messages EDI, la présomption sera que l'ordre de paiement est en fait authentique, valide et autorisé. On a noté que de tels cas démontraient que les parties pouvaient modifier la répartition normale de la charge de la preuve en définissant leurs obligations respectives, plutôt qu'en traitant directement de cette question. Selon un avis, il serait peut-être utile d'étudier les incidences de telles mesures.

56. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur une autre approche, que l'on rencontrait dans un certain nombre d'Etats et qui mettait l'accent sur la collaboration de chacune des parties pour la production de preuves en vue de préciser un litige. Selon cette approche, le tribunal était habilité à ordonner la production de certains types de preuves et les parties qui s'y soustrayaient pouvaient être tenues de verser des dommages-intérêts.

57. Enfin, le Groupe de travail s'est demandé si la notion de liberté contractuelle était applicable à la répartition de la charge de la preuve. Selon un avis, qui a reçu un certain appui, la liberté contractuelle en la matière devrait être reconnue et toute règle qui pourrait être rédigée devrait avoir un caractère supplétif. On a également noté que, comme il avait été déclaré précédemment à propos de l'applicabilité générale de la notion de charge de la preuve dans un environnement EDI, les conditions contractuelles régissant une relation EDI pourraient avoir des incidences sur la question de la charge de la preuve. Dans le même temps, on a noté que, dans certains cas, il serait sans doute inévitable que la liberté contractuelle des parties soit limitée dans ce domaine. En particulier, de telles limitations pourraient être imposées par des règles impératives de la législation applicable. Il a en outre été indiqué que, nonobstant le principe de la liberté contractuelle, un tribunal examinant la question de la répartition de la charge de la preuve pourrait, dans certains cas, aller au-delà de ce qui avait été convenu par les parties.

58. Il a également été noté que la question de la répartition contractuelle de la charge de la preuve devait être considérée à la lumière des relations possibles en jeu, c'est-à-dire non seulement la relation entre l'expéditeur et le destinataire d'un message EDI, mais aussi la relation entre l'expéditeur ou le destinataire et l'opérateur du réseau EDI. Pour ce qui est de cette dernière relation, on a noté qu'il était courant pour les opérateurs de réseaux de décliner

toute responsabilité pour des préjudices subis par les utilisateurs du fait de problèmes dans la transmission des messages. On a estimé que de tels dénis globaux de responsabilité pourraient sans doute être considérés comme un abus de position dominante et qu'il s'agissait là d'un domaine dans lequel la liberté contractuelle devait être limitée par des règles.

59. Comme suite à la conclusion du débat ci-dessus, le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question de la charge de la preuve à un stade ultérieur, après qu'il aurait examiné les questions restantes, dont certaines auraient peut-être des incidences sur la charge de la preuve.

C. Exigence d'un original

60. On a noté d'emblée qu'un certain nombre de questions et de solutions qui avaient été discutées à propos de l'exigence de l'écrit et de l'admissibilité des preuves électroniques étaient liées à la question de l'applicabilité en milieu électronique de règles exigeant que les documents soient présentés aux tribunaux sous leur forme originale.

61. Le Groupe de travail a entendu des déclarations sur ce qu'il en était de l'exigence d'un original dans divers pays. Ces déclarations faisaient apparaître que la mesure dans laquelle cette exigence était appliquée variait d'un pays à l'autre. Dans certains pays, la production d'un original était exigée à certaines fins précises telles que la nécessité de faire la preuve d'un droit de propriété (par exemple, immatriculation d'actions et transfert de propriété), l'octroi d'une sûreté réelle par le dépôt d'un document formant titre auprès du créancier, le transfert d'effets de commerce grâce au transfert du titre, et diverses exigences légales et administratives. Dans d'autres pays, l'exigence d'un original avait une portée plus étroite; par exemple, un original n'était exigé que pour faire la preuve d'un droit de propriété foncière. Dans ce dernier groupe, on mettait l'accent sur la fiabilité et la durabilité de la copie plutôt que sur le point de savoir si un document donné était le premier d'une série. On a aussi noté que la notion d'un original pouvait être considérée comme quelque peu diluée du fait que, souvent, les parties convenaient qu'il y avait plus d'un "original" (par exemple, lorsqu'un contrat était signé en deux "originaux"). On a aussi fait observer que, dans de nombreux pays, l'exigence d'un original était atténuée par la possibilité de présenter "le meilleur moyen de preuve disponible" faute de disposer de l'original requis.

62. On a admis d'une manière générale que l'exigence d'un original faisait obstacle à l'utilisation plus fréquente de l'EDI dans le commerce international et qu'il fallait s'attaquer à ce problème. En revanche, des avis divergents ont été exprimés quant à savoir si l'on pouvait raisonnablement compter sur l'élimination de cette exigence. Il a été dit, d'une part, que même avec l'introduction de l'équivalent électronique des documents sur papier, la nécessité de disposer, jusqu'à un certain point, d'une documentation parallèle sur papier continuerait de se faire sentir dans l'avenir prévisible. D'autre part, il a été dit que de nombreuses parties adoptaient les procédures EDI, notamment dans les relations de société à société ou de société à autorité administrative, dans le but d'éliminer complè-

tement la conservation des documents sur papier. Selon ce point de vue, si l'on envisageait la conservation parallèle de documents sur papier, l'introduction de l'EDI risquerait d'augmenter plutôt que de diminuer le coût total du traitement et du stockage de l'information.

63. Le Groupe de travail a examiné deux moyens de faire en sorte que l'exigence d'un original fasse moins obstacle à l'utilisation de l'EDI. Selon une méthode, analogue à celle qui avait été proposée précédemment à propos de l'exigence de l'écrit, la définition d'un "original" devait, le cas échéant, être élargie de manière à inclure les messages et enregistrements EDI. Cette méthode n'a pas suscité beaucoup d'intérêt, en particulier parce que le Groupe de travail estimait dans l'ensemble que la notion d'un "original" était peu pertinente dans le contexte EDI. La plupart jugeaient plus appropriée la notion d'un "enregistrement" susceptible d'être traduit sous une forme lisible. La deuxième méthode, désignée sous l'appellation "approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle" et jugée préférable par le Groupe de travail, consistait à identifier les buts et fonctions de l'exigence traditionnelle d'un original afin de déterminer comment atteindre ces buts ou accomplir ces fonctions au moyen de techniques EDI. On a fait observer que, dans certains pays, cette méthode fonctionnelle était appliquée à des degrés divers ou était sur le point de l'être.

64. Ayant cette méthode fonctionnelle à l'esprit, le Groupe de travail a examiné les buts et fonctions traditionnels des originaux ainsi que les types d'équivalents fonctionnels déjà utilisés. Ces buts étaient axés sur l'idée qu'une partie intentant une action ou revendiquant par ailleurs des droits fondés sur un document de base devait en avoir l'original, ou pouvoir justifier l'avoir perdu, pour qu'il soit certain que cette partie était vraiment titulaire des droits qu'elle revendiquait. Les originaux avaient d'autres raisons d'être, notamment l'authentification des opérations et la nécessité de disposer des meilleurs éléments de preuve possibles. On a fait aussi observer que, dans certains cas, l'original ne pouvait être trouvé et que des systèmes juridiques prévoyaient dans de telles circonstances des moyens de recréer l'original, ce qui démontrait que la nécessité d'un original n'était pas absolue.

65. On a signalé que, pour chacune de ces fonctions, des équivalents électroniques pouvaient être mis au point ou étaient en fait déjà utilisés. On a cité par exemple les échanges électroniques de valeurs, dans lesquels des droits étaient acquis et transférés sans papier, les systèmes d'immatriculation permettant l'enregistrement informatique des sûretés réelles, et l'acceptation par les autorités fiscales d'enregistrements informatiques et de documents, par exemple de factures, présentés sous forme électronique. Certains estimaient que, parmi les raisons d'être des originaux, celles qui avaient trait à la négociabilité présentaient le plus de difficulté, encore qu'ici également des équivalents électroniques puissent être envisagés.

66. Le Groupe de travail a noté avec intérêt la pertinence et le degré de perfectionnement des méthodes électroniques de signature et d'authentification visant à s'assurer qu'un message EDI reçu était bien le message qui avait été envoyé, à vérifier l'intégrité du message, et à garantir la non-répudiation du message par l'expéditeur. On a signalé

qu'à ce propos une mesure clef était la "signature numérique", qui convenait en particulier au secteur bancaire. Cette technique, à laquelle un certain nombre d'organisations continuaient de travailler, comportait le codage partiel ou total d'un message, afin de vérifier qu'il émanait bien de l'expéditeur apparent et qu'il n'avait pas été modifié; le destinataire du message pouvait l'utiliser pour empêcher l'expéditeur de prétendre n'avoir pas transmis le message.

67. On a souligné la nécessité de garder à l'esprit les relations sous-jacentes, en particulier les droits des tiers, susceptibles d'être affectées par l'introduction d'équivalents électroniques pour remplacer les originaux. On a cité comme exemple le cas de la procuration écrite. On a dit que tout substitut électronique devrait être à même de garantir que les tiers, y compris les tribunaux, pourraient s'assurer que le mandat en question continuait d'exister. On a dit à ce propos que les systèmes d'immatriculation pourraient jouer un rôle utile s'agissant des droits des tiers, encore qu'il soit difficile d'envisager tous les types de relation possibles selon une méthode unique.

68. Les droits des tiers ont aussi été évoqués à propos de questions soulevées au sujet du fonctionnement et des incidences juridiques de l'enregistrement électronique des sûretés réelles. On s'est notamment demandé s'il pouvait y avoir conflit entre un document sur papier, détenu par une partie, attestant une sûreté réelle et l'enregistrement électronique par une autre partie d'une sûreté réelle sur le même bien. On a fait observer qu'en pareil cas la simple existence d'un document sur papier ne suffirait pas à établir la sûreté réelle; il faudrait plutôt exiger l'enregistrement auprès d'une autorité centrale, le conflit étant résolu en faveur de la partie qui avait été la première à s'enregistrer. Dans le commerce des valeurs, des problèmes analogues pourraient être résolus par des moyens similaires. On a aussi noté que les transmissions EDI frauduleuses pouvaient engager la responsabilité de l'expéditeur et que des questions de cette nature s'étaient posées lors de l'élaboration du projet de loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

69. On s'est aussi demandé dans quelle mesure les équivalents électroniques pouvaient fiablement remplacer les originaux eu égard au fait que les originaux de certains messages EDI pouvaient être considérés comme n'existant que dans la mémoire vive (RAM) des ordinateurs, au lieu d'exister sur disque rigide ou souple, auquel cas le risque de perte de données serait moindre. En réponse à cette objection, on a fait observer que l'article 10 a des Règles UNCID imposait aux utilisateurs de l'EDI l'obligation de s'assurer qu'un journal complet de données commerciales était tenu pour tous les transferts expédiés et reçus, sans aucune modification. Il a aussi été dit qu'en pareils cas le problème de la valeur probante pourrait être résolu conformément au principe des meilleurs éléments de preuve disponibles.

70. On a fait observer que dans certains pays, en l'absence d'une mise à jour législative marchant de pair avec l'autorité législative manifestement conférée sur des questions telles que l'applicabilité de l'exigence des originaux en milieu électronique, des décisions réglemen-

taires prises à bas niveau et des arrangements *ad hoc* conclus entre des sociétés et des services administratifs avaient été utilisés pour faciliter l'utilisation de l'EDI. Certains ont objecté que ces situations risquaient en fin de compte de créer des difficultés et qu'il convenait de les régulariser par une réforme législative appropriée.

D. Signature et autres formes d'authentification

71. Le débat a porté sur les fonctions traditionnelles de la signature autographe apposée sur un document sur papier. On a fait observer qu'une fonction de la signature était d'indiquer au destinataire du document et aux tiers la source du document. Une deuxième fonction de la signature était d'indiquer que la partie qui authentifiait approuvait le contenu du document sous la forme sous laquelle il était émis.

72. On a dit que diverses techniques (par exemple, la "signature numérique") avaient été mises au point pour authentifier électroniquement les documents transmis. Certaines techniques de codage pouvaient authentifier la source d'un message et vérifier en outre l'intégrité du contenu du message. Certains ont fait observer que, lorsqu'on envisageait d'utiliser ces méthodes d'authentification, il importait de se préoccuper de leur coût qui pouvait beaucoup varier selon l'étendue du traitement électronique nécessaire. Ces coûts devaient être appréciés en fonction des avantages présumés du choix du mode d'authentification approprié. Certains ont dit que les utilisateurs de l'EDI devraient probablement envisager différents niveaux d'authentification pour différents types de transmissions.

73. Le Groupe de travail a ensuite passé en revue les dispositions de certaines conventions multilatérales relatives à la définition de la "signature" et d'autres formes d'authentification. On a noté qu'un certain nombre d'instruments internationaux récents envisageaient l'utilisation d'équivalents fonctionnels de la signature autographe dans le contexte des transmissions électroniques. Ces dispositions donnaient généralement une définition élargie de la "signature" telle que la définition suivante, qui figure à l'article 5 k de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux :

"Le terme "signature" désigne la signature manuscrite ou un fac-similé de celle-ci, ou une authentification équivalente effectuée par tout autre moyen."

On a cependant noté que d'autres instruments tels que la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères se fondaient encore sur la notion de "convention écrite", c'est-à-dire de convention "signée par les parties ou contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes" (art. II).

74. On a fait observer en outre que le projet de loi type sur les virements internationaux (art. 4) se fondait sur la notion d'"authentification" ou d'"authentification commercialement raisonnable" et prévoyait que l'expéditeur apparent d'un ordre de paiement serait normalement lié par l'ordre de paiement si les procédures d'authentification convenues avaient été observées. On a dit que le projet de

loi type avait écarté la notion de "signature" afin d'éviter les difficultés qu'il pourrait y avoir, dans le contexte de la définition traditionnelle de la "signature" ou dans celui de la définition élargie, à établir si la personne ayant signé un ordre de paiement avait en fait été dûment autorisée à expédier cet ordre.

75. Le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble qu'il était nécessaire d'éliminer l'exigence impérative de signatures dans les communications EDI. Il a aussi estimé qu'il était nécessaire de promouvoir l'utilisation de procédures électroniques d'authentification en ce qui concernait la source et le contenu des messages EDI, et que ces procédures devaient être adaptées à l'objet des messages électroniques. Les parties devraient être autorisées à déterminer la nature de ces procédures d'authentification dans les limites de ce qui est commercialement raisonnable. Beaucoup ont appuyé l'idée qu'il faudrait peut-être des dispositions législatives pour établir le principe déterminant ce qui était "commercialelement raisonnable". Le Groupe de travail a estimé que les questions ayant trait à la notion de signature, ainsi qu'aux techniques apparentées telles que la signature numérique, exigeaient, tant sur le plan technique que sur le plan juridique, une étroite coopération avec d'autres organisations actives dans ce domaine.

E. Formation des contrats

1. Expression du consentement dans un environnement électronique

76. Le Groupe de travail a axé le débat initial sur les cas où les parties étaient liées par un accord conclu avant l'instauration d'une relation EDI les autorisant expressément à conclure des contrats futurs par l'échange de messages EDI. Il a été noté qu'un tel cadre pourrait être établi d'un commun accord par les parties soit dans un accord commercial donné, souvent dénommé "accord-cadre", soit par l'insertion de clauses appropriées dans un accord de communication. Autre possibilité encore : l'adhésion par les parties à un réseau donné énonçant des règles quant à la formation des contrats en son sein.

77. Dans l'ensemble, on a estimé que, dans le contexte d'un accord-cadre les parties n'auraient pas de difficultés à conclure des contrats ayant force obligatoire au moyen de messages EDI. On a déclaré qu'à ce stade peu avancé du développement de l'EDI, les parties s'accordaient généralement sur la nécessité de conclure un accord-cadre sous une forme ou sous une autre et que, selon cette forme, les contrats formés par des messages EDI pouvaient être interprétés soit comme des actes d'exécution de l'accord-cadre, soit comme des contrats séparés conclus selon les modalités prévues par l'accord-cadre. Toutefois, on a noté que, lorsque l'EDI serait davantage développé, les parties pourraient ne plus éprouver le besoin de s'entendre sur un accord-cadre avant de faire appel à l'EDI pour conclure des contrats.

78. Dans l'ensemble, on a estimé qu'en raison de la diversité et de la complexité des lois nationales sur les questions touchant l'expression et la validité du consentement dans la formation des contrats, ainsi qu'en raison du

fait qu'une offre pouvait être révocable, il était souhaitable de promouvoir la conclusion d'un accord-cadre traitant de ces questions avant que ne s'instaure entre les parties une relation EDI. Le Groupe de travail a estimé qu'un débat approfondi pourrait être nécessaire afin que l'on puisse déterminer s'il importait d'élaborer des dispositions légales uniformes pour que dans tous les systèmes juridiques les parties soient autorisées à s'accorder valablement sur la conclusion de tels accords-cadres.

79. Le Groupe de travail a en outre estimé qu'il fallait se demander s'il importait d'élaborer un ensemble de règles de droit qui s'appliqueraient à la formation des contrats en l'absence d'un accord-cadre préalable conclu par les parties sur l'utilisation de l'EDI. On a fait observer que si les questions juridiques que posait la formation des contrats pouvaient être similaires en théorie dans le cadre de l'EDI et dans le cadre d'autres moyens de télétransmission, l'utilisation de l'EDI supposait une certitude juridique suffisante qui ne pouvait pas reposer uniquement sur l'hypothèse selon laquelle les règles traditionnelles s'appliqueraient à l'EDI par analogie.

80. Parmi les questions examinées, on a considéré, dans l'ensemble, que les questions d'offre et d'acceptation pouvaient prendre une importance particulière dans un environnement EDI, car l'EDI offrait de nouvelles possibilités d'automatisation du processus de prise de décisions aboutissant à la formation d'un contrat. Cette automatisation pourrait accroître le risque, faute d'un contrôle direct exercé par les propriétaires de l'ordinateur, de voir un message expédié et un contrat formé qui ne reflétaient pas l'intention réelle d'une ou plusieurs parties au moment de la formation du contrat. Elle accroissait également le risque, lorsqu'un message était créé qui ne reflétait pas l'intention de l'expéditeur, que cette erreur ne soit détectée ni par l'expéditeur ni par le destinataire, avant qu'il ne soit donné suite au contrat formé par erreur. Les conséquences d'une telle erreur dans la création d'un message pouvaient donc être plus graves avec l'EDI qu'avec les moyens classiques de communication, en raison de la possibilité que le contrat formé par erreur soit automatiquement exécuté.

81. Selon un avis, l'utilisation d'ordinateurs dans le processus de formation d'un contrat pouvait soulever des difficultés quant à l'existence ou à la validité des contrats conclus par EDI, en particulier lorsque le processus de formation du contrat supprimait toute intervention humaine directe et n'exigeait aucune confirmation humaine. On a proposé que quiconque avait ou était réputé avoir la maîtrise d'une application informatique devait être réputé avoir approuvé l'expédition de tous les messages diffusés par ladite application. Selon une autre proposition, que le consentement à la formation d'un contrat donné ait ou non été effectivement exprimé, toutes les conséquences de l'exploitation d'un système informatique devaient incomber à la personne qui assumait le risque lié à cette exploitation.

82. S'agissant de la question de la révocabilité des offres, le Groupe de travail a rappelé que l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur les ventes disposait qu'une offre pouvait normalement être révoquée si la révocation parvenait au destinataire avant que celui-ci eût

expédié une acceptation. L'idée qu'une telle règle devrait aussi s'appliquer aux contrats formés dans un contexte EDI a suscité une certaine adhésion, mais on a exprimé des doutes quant à son applicabilité, étant donné la rapidité des transmissions EDI.

83. Pour donner une illustration des cas où des contrats pourraient être formés par des messages EDI sans accord préalable entre les parties contractantes, on a fait référence à la création éventuelle de nouvelles relations commerciales grâce à l'utilisation de répertoires EDI ou "pages jaunes électroniques" (voir, plus haut, par. 31). On a indiqué que, dans la pratique, la décision d'accepter une offre dans un tel contexte nécessitait en règle générale une intervention humaine. Toutefois, on a fait observer qu'il était techniquement possible de programmer un ordinateur de telle sorte qu'il donne suite automatiquement à une offre en expédiant un message d'acceptation ou en adoptant une autre conduite valant acceptation (livraison des marchandises, par exemple). Dans l'ensemble, on a estimé qu'une telle préprogrammation devait constituer une présomption que la partie ayant programmé l'ordinateur avait l'intention d'approuver l'expédition d'un message d'acceptation ou toute autre conduite adoptée par la machine placée sous son contrôle.

84. Il a été noté que l'auteur d'une offre apparemment acceptée ne pouvait pas déterminer si l'acceptation apparente résultait d'une intervention humaine ou d'un automatisme. De manière plus générale, on a indiqué que les deux parties devraient être en mesure de se fonder sur l'offre apparente et sur l'acceptation apparente échangées entre leurs ordinateurs. On a proposé qu'une règle soit élaborée à cet effet.

85. Autre exemple de la conclusion possible d'un contrat sans accord exprès : lorsque l'ordinateur du fournisseur était programmé pour consulter l'état des stocks de l'acheteur et envoyer automatiquement une certaine quantité de marchandises lorsque la quantité détenue par l'acheteur tombait en dessous d'un certain seuil. En pareil cas, l'ordinateur du fournisseur, après avoir établi que les conditions requises pour la formation d'un contrat étaient remplies, procédait automatiquement à un acte d'exécution du contrat. Selon un avis, l'ordinateur qui avait été programmé pour réagir automatiquement à une offre par un acte d'acceptation n'exprimait pas, en fait, son consentement à la formation du contrat, mais ne faisait qu'établir que la volonté de l'auteur de l'offre avait rencontré la volonté de la partie acceptant cette offre. On a fait observer qu'une telle théorie pourrait aboutir à un réexamen de la notion traditionnelle de consentement. Il a été en outre indiqué qu'il serait peut-être nécessaire d'énoncer sous la forme d'une règle que, sauf convention contraire, lorsqu'un contrat était formé comme suite à l'application d'un programme informatique, la partie qui exécutait le contrat devrait donner avis exprès de la formation du contrat à l'autre partie.

86. Après débat, le Groupe de travail est convenu que toute règle sur l'expression du consentement dans un environnement électronique devait être fondée sur le principe de l'autonomie des parties. On a en outre estimé qu'il était nécessaire d'engager des travaux pour déterminer le

champ d'application et la teneur d'un éventuel ensemble de règles juridiques à appliquer faute d'accord entre les parties (un accord bilatéral ou un règlement intérieur énoncé par un exploitant de réseau, par exemple). Selon un avis, dans de nombreux systèmes juridiques, une telle conclusion résulterait de l'interprétation des règles de droit traditionnelles et il n'était donc pas nécessaire d'en établir de nouvelles, mais on a fait observer qu'une telle interprétation des règles traditionnelles pouvait ne pas être une solution envisageable dans tous les pays. On a estimé que dans ce domaine il fallait porter une attention particulière au fait que les utilisateurs de l'EDI avaient besoin de certitudes quant aux règles de droit applicables et que la nécessité de se fonder sur l'interprétation de règles traditionnelles régissant les opérations fondées sur le papier risquait de ne pas donner satisfaction en la matière. Il a également été convenu que lorsque l'on se pencherait sur la portée et la teneur de règles éventuelles, il faudrait s'intéresser à la possibilité de donner à l'ordinateur la faculté d'exprimer le consentement, ainsi qu'à l'obligation faite à la partie acceptant une offre de notifier son acceptation à l'auteur de l'offre.

2. Date et lieu de la formation

87. Il a été noté que, pour ce qui est de la question de la date et du lieu de la formation des contrats dans le cadre de relations EDI, deux solutions se rencontraient fréquemment dans les systèmes juridiques (voir A/CN.9/333, par. 72 à 74) : la règle de la réception et la règle de l'expédition. En application de la règle de l'expédition, un contrat était formé lorsque la déclaration d'acceptation d'une offre était envoyée à l'auteur de l'offre par son destinataire. Selon la règle de la réception, un contrat était formé lorsque l'acceptation du destinataire de l'offre était reçue par son auteur. Il s'agissait là d'une des principales questions qui pouvaient être réglées dans un accord de communication, faute de dispositions impératives de la législation. L'article 9.2 de l'"Accord type européen pour l'EDI", établi par la Commission des communautés européennes (mai 1991) et libellé comme suit, constituait une telle disposition contractuelle :

"Sauf convention contraire, un contrat par EDI sera considéré conclu au moment et au lieu où le message EDI constituant l'acceptation d'une offre est mis à la disposition du système d'information du destinataire."

88. Il a été rappelé que l'Etude TEDIS sur la formation des contrats (voir A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 68) contenait un chapitre sur la question de la date et du lieu de la formation des contrats. L'étude concluait que la règle de la réception devrait être favorisée, étant particulièrement bien adaptée à l'EDI. Il a été noté que la transmission de messages EDI pouvait être effectuée depuis des endroits très divers : l'établissement de l'expéditeur ou le lieu où l'expéditeur avait installé ses ordinateurs, ou tout endroit d'où l'expéditeur pouvait agir, par exemple au moyen d'un ordinateur portable. Il a également été noté que, durant la transmission, notamment lorsque entraient en jeu des fournisseurs de services tiers, les messages EDI pouvaient passer par des endroits n'ayant aucune relation avec le contrat commercial sous-jacent. Il a donc été avancé que seul le lieu où le message était mis à la disposition du

destinataire était suffisamment prévisible pour donner une certitude juridique, notamment pour ce qui est du lieu de la formation du contrat. Il a également été noté que la règle de la réception était conforme à l'article 18-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, aux projets de Principes en matière de contrats commerciaux internationaux élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et à la législation de nombreux Etats.

89. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que toute règle quant à la date et au lieu de formation des contrats dans un environnement électronique devrait être fondée sur le principe de l'autonomie des parties. Pour ce qui est de la définition de la règle qui pourrait être appliquée en l'absence d'une convention préalable des parties, il a été convenu que cette règle devrait avoir pour principal objectif d'éviter toute incertitude pour toutes les parties en jeu. La théorie de la réception a reçu un certain appui. Il a été convenu qu'il faudrait entreprendre des travaux pour déterminer la teneur d'une règle sur la date et le lieu de la formation des contrats. Il a été noté que l'élaboration d'une telle règle pourrait être difficile, étant donné que pouvaient intervenir diverses parties commerciales et divers fournisseurs de services tiers, exploitant chacun des ordinateurs depuis des lieux différents. Il a été convenu qu'il faudrait probablement énoncer des exceptions à la règle de la réception pour les cas où le lieu de la réception ne pouvait être objectivement déterminé par les parties au moment où le contrat était formé et pour ceux où le lieu de la réception pourrait n'avoir aucune relation avec l'opération sous-jacente. Il a été suggéré que le lieu de formation du contrat pourrait être déterminé par référence à un événement objectif de manière à éviter qu'il ne soit improprement rattaché, par exemple, au lieu où se trouvaient les ordinateurs.

3. Conditions générales

90. On a rappelé qu'en ce qui concernait les conditions générales d'un contrat, la difficulté tenait à la mesure dans laquelle elles pouvaient être opposées à l'autre partie contractante (voir A/CN.9/333, par. 65 à 68). Dans nombre de pays, les tribunaux se demandaient si l'on pouvait raisonnablement déduire du contexte que la partie à laquelle les conditions générales étaient opposées avait eu la possibilité de s'informer de leur teneur ou si l'on pouvait considérer que ladite partie avait expressément ou implicitement accepté de ne pas s'opposer à leur application partielle ou totale.

91. On a également rappelé que l'EDI n'était, tout au moins à l'heure actuelle, ni doté des moyens techniques, ni même conçu pour transmettre toutes les clauses juridiques des conditions générales figurant au verso des bons de commande, accusés de réception et autres documents sur papier traditionnellement utilisés par les partenaires commerciaux. Les techniques EDI auxquelles on avait actuellement recours étaient conçues pour transmettre des messages normalisés et codés à la syntaxe particulière et les conditions générales étaient précisément des données qu'on ne pouvait inclure dans de tels messages. On pouvait pallier cette lacune en incorporant les conditions générales

dans l'accord de communication conclu entre les partenaires commerciaux. Toutefois, certains accords types avaient expressément exclu l'incorporation des conditions générales, en s'appuyant sur le principe exprimé à l'article premier des Règles UNCITRAL (voir A/CN.9/WG.IV/WP.53, annexe) selon lequel l'accord d'échange ne devait porter que sur l'échange de données et non sur le contenu de la transmission, contenu qui pourrait impliquer l'examen de diverses obligations commerciales ou contractuelles sous-jacentes des parties. Il a été noté par ailleurs que dans le cas des réseaux ouverts, offrant un service de "pages jaunes électroniques", il pourrait arriver que les droits des parties aux contrats formés soient régis par des règles de droit ou par des conditions établies par l'exploitant du réseau.

92. Compte tenu de ce qui précède, on a insisté sur la nécessité de bien distinguer les conditions régissant les communications par réseau EDI des conditions générales applicables au contrat formé entre les parties par le biais des messages EDI. On a, en même temps, évoqué les effets non négligeables que pourraient avoir dans certains cas les conditions régissant l'utilisation des mécanismes de communication EDI sur les droits et obligations des parties au titre du contrat sous-jacent (notamment pour des questions telles que l'offre et l'acceptation).

93. On a mentionné diverses méthodes permettant d'assurer l'applicabilité des conditions générales aux contrats formés par des messages EDI sans pour autant diminuer la rentabilité de ce type d'échange. Selon une suggestion, les conditions générales pourraient être couvertes par un accord-cadre distinct de l'accord de communication, tel qu'un accord-cadre de fourniture pour la vente de marchandises. On a aussi proposé d'inclure dans le message EDI lui-même une référence aux conditions générales, approche analogue à celle qui était habituellement adoptée dans la pratique contractuelle. Selon une autre suggestion encore, une telle référence pourrait être liée à une pratique telle que celle qui, selon ce qui avait été indiqué, existait dans un pays où les conditions générales de vente étaient publiées au journal officiel ou déposées auprès d'une administration, et pouvaient ainsi être facilement incorporées sous forme de référence à un contrat de vente. On pouvait aussi, dans un même ordre d'idées mais en utilisant les procédés électroniques, créer des bases de données sur lesquelles seraient mémorisées les conditions générales qui seraient accessibles par des moyens électroniques, facilitant ainsi leur incorporation, sous forme de référence, aux messages EDI. Ce type de base de données ou quelque autre méthode de transmission des conditions générales pourraient, a-t-on suggéré, constituer un service offert par les réseaux à valeur ajoutée.

94. Un certain nombre d'observations générales ont été formulées concernant les techniques examinées pour la transmission et l'incorporation des conditions générales. On a noté en particulier qu'il faudrait veiller, dans les techniques utilisées, à donner aux parties la possibilité de connaître la teneur des conditions générales, ou tout au moins de se familiariser avec ces conditions; que le principe de la liberté contractuelle devrait être maintenu; qu'il fallait trouver des solutions simples de façon à ne pas aggraver la "guerre des formes" par l'utilisation de l'EDI; et que l'on pourrait envisager, tout au moins jusqu'à ce que

les obstacles techniques à l'utilisation de messages normalisés pour la transmission des conditions générales puissent être surmontés, d'élaborer dans une certaine mesure un système hybride dans lequel les conditions générales continueraient de figurer sur des documents sur papier.

95. On a fait observer que la question des conditions générales engendrait quelques incertitudes quant au développement de l'EDI et que l'on pourrait donc envisager utilement d'élaborer dans un avenir plus ou moins rapproché des règles dans ce domaine. Le Groupe de travail a été d'avis cependant que, jusqu'à l'apparition de faits nouveaux dans la pratique, la question des conditions générales concernait essentiellement les droits et obligations sur lesquels les parties s'étaient accordées. Il a été noté par ailleurs que les questions relatives aux conditions générales avaient été abordées dans d'autres instruments juridiques, notamment dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et les projets de Principes en matière de contrats commerciaux internationaux élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

F. Responsabilité en cas de non-transmission ou d'erreur de transmission

96. Le Groupe de travail a noté que les accords entre les parties à une relation EDI traitaient parfois des effets juridiques qu'engendraient la non-transmission ou l'erreur de transmission de messages EDI, mais que cette pratique n'était guère répandue et que les clauses rédigées à cet effet variaient quant à leur portée et aux solutions retenues. Les participants au Groupe de travail sont généralement convenus que des dispositions légales étaient nécessaires dans les deux cas, soit comme recours lorsque les accords entre les parties ne résolvait pas tel ou tel point, soit en tant que dispositions légales protégeant les intérêts légitimes des parties. On a fait observer qu'il conviendrait peut-être de définir des termes tels que "dommages", "dommages directs" et "dommages indirects" et d'examiner plus avant les types de dommages qui devraient être visés dans ces dispositions légales.

1. Responsabilité et risque

97. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner deux questions connexes qui risquaient de se poser en cas de retard ou d'erreur dans la transmission d'un message. La première question concernait la responsabilité de la partie à l'origine de la non-transmission ou de l'erreur de transmission. La deuxième était de déterminer la partie à qui incomberait le risque de préjudice résultant d'une non-transmission ou d'une erreur de transmission. On a indiqué qu'il faudrait, si on élaborait une disposition légale sur ces questions, accorder suffisamment de poids au principe de la liberté contractuelle.

98. La question de la responsabilité et du risque pouvaient, a-t-on proposé, faire l'objet d'une disposition libellée comme suit :

"Sous réserve des procédures convenues d'authentification ou de vérification, le risque et la responsabilité

en cas de transmission défectueuse, et le préjudice en résultant, incombent à l'expéditeur."

A titre d'explication, on a ajouté que l'objet du premier membre de phrase était de préciser que la disposition s'appliquait lorsque des procédures de sécurité avaient été convenues, et que le destinataire du message les avait observées.

99. Un participant a estimé que le texte proposé constituait une bonne base de discussion. Selon un autre participant, le texte mettait trop l'accent sur la responsabilité de l'expéditeur en ce sens que le préjudice pouvait être dû non seulement à la négligence de ce dernier, mais aussi à celle du destinataire ou à leur négligence conjointe, voire dû à un tiers. On a souhaité que soit étoffé le libellé proposé afin que les cas où la responsabilité ne devait pas incomber à l'expéditeur soient plus clairement définis. On a par ailleurs fait observer que si la disposition proposée était peut-être valable lorsque l'expéditeur et le destinataire communiquaient directement sans intervention d'un réseau de communication à valeur ajoutée, en revanche, elle était mal adaptée lorsque les parties communiquaient par l'intermédiaire d'un tel réseau.

100. Plusieurs participants ont indiqué qu'il fallait dissocier la question de la responsabilité du préjudice de celle de la détermination de la partie à qui incombe le risque lorsque nul n'est responsable du préjudice. On a fait observer que si la règle proposée pourrait convenir s'agissant du risque, une approche différente était nécessaire pour la disposition concernant la responsabilité. Compte tenu de ce qui précède, la disposition sur la responsabilité pourrait s'inspirer de l'approche adoptée dans l'article 12 du projet d'accord TEDIS figurant au paragraphe 103 du document A/CN.9/350 :

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

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

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

101. On a également mentionné la possibilité de prendre pour modèle de disposition sur la responsabilité l'article 16 du projet d'accord SITPROSA qui figure au paragraphe 103 du document A/CN.9/350 :

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

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

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

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

- a. l'erreur est raisonnablement évidente et aurait dû être détectée par le destinataire;
- b. les procédures convenues d'authentification ou de vérification n'ont pas été respectées."

102. On a fait observer que la question de la responsabilité était étroitement liée au respect de procédures commercialement raisonnables de vérification et de protection de la transmission. On a indiqué que toute disposition légale que pourrait élaborer la Commission devrait être plus précise au sujet de ces procédures. On a mentionné les articles 6, 7 et 8 des Règles UNCID qui font état de l'obligation d'observer des procédures commercialement raisonnables. On a en outre fait observer que la disposition légale devrait peut-être être précisée en fonction de l'auteur d'une procédure donnée et de la façon dont cette procédure s'intégrait à la méthode d'exploitation du système de communication.

103. On a indiqué que la teneur de la disposition pourrait dépendre de la méthode de transmission envisagée. Elle pourrait aussi différer selon que le préjudice visait des parties communiquant fréquemment sur la base d'un accord d'échange de messages, ou des parties ne communiquant pas régulièrement.

2. Responsabilité des tiers fournissant des services de communication

104. Le Groupe de travail a examiné la responsabilité des exploitants de réseaux EDI qui pouvaient causer un préjudice en transmettant mal ou en ne transmettant pas dans les délais, par exemple, une offre de contrat, un ordre de paiement, un avis de remise de marchandises ou encore un avis indiquant que les marchandises étaient endommagées. En outre, l'exploitant de réseau pouvait causer des dommages en n'effectuant pas ou en effectuant de façon incorrecte les services à valeur ajoutée qu'il s'était engagé à fournir.

105. Le Groupe de travail a examiné la responsabilité des différents types de tiers exploitants de réseaux EDI envers les utilisateurs. Il y avait les tiers qui ne faisaient que transmettre des messages sans fournir d'autres services à valeur ajoutée (réseaux passifs). Il y avait par ailleurs les tiers qui fournissaient des services à valeur ajoutée tels que authentification, archivage, enregistrement ou duplication. Il y avait encore ceux que l'on appelait gestionnaires centraux de données, à savoir des tiers dont la gestion du flux d'informations était essentielle au fonctionnement d'un réseau EDI fermé, où chaque partie souhaitant être

membre du réseau devait accepter d'effectuer les opérations par l'intermédiaire du gestionnaire central de données. Celui-ci pouvait non seulement se charger d'un ou plusieurs services EDI à valeur ajoutée (tels qu'une authentification, une vérification, un archivage, un enregistrement ou une duplication), mais aussi assumer d'autres fonctions telles que la coordination et le collationnement des données ou la compensation des créances non réglées entre parties membres du réseau.

106. Il a été noté que l'on avait entrepris dans le cadre du programme TEDIS une première analyse des questions relatives à la responsabilité pour deux types d'exploitants : a) les exploitants de réseaux dont les services se limitaient essentiellement à la transmission de données, et b) les exploitants qui intervenaient dans un EDI pour stocker, authentifier ou vérifier des données.

107. On a fait observer que dans la pratique la responsabilité des exploitants de réseaux était dans une large mesure limitée. Dans le cas des exploitants assurant un service public (tels que les exploitants d'Etat, ceux qui étaient en situation de quasi-monopole, ou qui avaient une importance particulière pour l'économie nationale), la limitation de la responsabilité ou l'exonération totale étaient souvent établies par la loi ou par des règlements régissant le fonctionnement du réseau. La responsabilité des transmetteurs de données passifs (tels que les réseaux de téléphone, de télex ou de télécopie), en particulier, était faible ou nulle. Dans le cas des réseaux n'assurant pas un service public, les limites de la responsabilité étaient indiquées dans les contrats passés avec les utilisateurs des services de communication. Outre l'exonération totale ou la fixation de plafonds, les questions relatives à la responsabilité portaient en général sur le fondement de celle-ci et sur la charge de la preuve. La responsabilité pouvait aussi être limitée par des règles stipulant que l'exploitant était responsable uniquement du préjudice direct ou du préjudice qu'il pouvait raisonnablement prévoir; ainsi, lorsqu'un ordre de paiement ou l'acceptation d'une offre de contrat n'étaient pas transmis de façon appropriée, la responsabilité pouvait se limiter à la commission de la transmission et au montant de l'intérêt perdu en raison du retard dans le paiement.

108. Lors de l'élaboration de règles en matière de responsabilité il conviendrait, a-t-on noté, de tenir compte du fait qu'un message EDI pouvait avoir à passer par les réseaux de divers exploitants, notamment d'exploitants n'ayant pas de relation contractuelle avec l'expéditeur ou le destinataire du message, et du fait que l'utilisateur du service de communication ignorait parfois par quel réseau passerait le message.

109. Diverses interventions ont été faites concernant la nécessité d'établir des règles de droit sur la responsabilité et les incidences que pourraient avoir de telles règles sur le développement et la viabilité commerciale des réseaux EDI. Des règles impératives en la matière, comparables aux règles régissant la responsabilité découlant d'autres activités commerciales, étaient nécessaires pour encourager l'application de procédures et de normes techniques appropriées dans le domaine de l'EDI. De telles règles, a-t-on aussi déclaré, auraient nécessairement des incidences

sur les coûts d'exploitation des réseaux et un accroissement sensible de ces coûts entraverait ou empêcherait l'essor commercial de l'EDI. La possibilité de prévoir une assurance responsabilité était, a-t-on souligné, un critère important lorsque l'on évaluait l'applicabilité des règles proposées en matière de responsabilité. On a donné des exemples de tentatives de création de services de communication à valeur ajoutée qui avaient échoué parce qu'il était difficile d'évaluer l'étendue des risques encourus et qu'il était donc impossible d'appliquer une prime d'assurance commercialement acceptable.

110. On a fait observer qu'un opérateur pourrait offrir différents tarifs pour un service donné en fonction du niveau de responsabilité qu'il acceptait. On pourrait, a-t-il été déclaré, permettre une grande liberté contractuelle en exonérant l'exploitant de toute responsabilité dans la mesure où l'utilisateur pouvait raisonnablement choisir de payer un tarif plus élevé pour un degré de responsabilité plus grand. Toutefois, a-t-on ajouté, une telle liberté contractuelle n'était acceptable que s'il existait une concurrence entre les différents exploitants de réseaux.

111. On a fait observer qu'étant donné le développement des services EDI, une erreur ou une fraude pourraient de moins en moins passer inaperçues. Ainsi, lorsque l'exécution d'une transaction impliquait une série de messages (ordre d'achat, accusé de réception fonctionnel de l'ordre, acceptation de l'offre, accusé de réception fonctionnel de l'acceptation, ordre d'expédition, instructions au transporteur), des mesures de sécurité électroniques alerteraient certainement les utilisateurs en cas d'altération des données à un stade ou à un autre.

112. Après un débat, le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble qu'en principe les utilisateurs et les réseaux devaient être libres de convenir du degré de responsabilité du réseau. Cependant, cette liberté devrait être limitée par des dispositions impératives empêchant que la responsabilité du réseau ne soit exclue ou fixée à un niveau trop bas.

113. Le Groupe de travail a passé en revue les types suivants de services de communication à valeur ajoutée pouvant engager la responsabilité d'un exploitant de réseau : authentification, vérification, archivage, enregistrement et copie.

114. En ce qui concerne l'authentification et la vérification, on a noté que diverses méthodes étaient utilisées et que ces méthodes assuraient différents degrés de sécurité aux utilisateurs de l'EDI. Les méthodes allaient de la simple vérification technique de l'adresse du propriétaire de l'ordinateur qui avait envoyé ou reçu un message, aux moyens perfectionnés de "signature numérique". Certaines de ces méthodes visaient à vérifier seulement la source du message alors que d'autres pouvaient vérifier tant la source du message que l'identité du message reçu et du message envoyé. On a fait observer que lorsque l'utilisateur avait reçu l'assurance qu'une méthode donnée d'authentification serait employée, il devait avoir le droit de tenir le réseau pour responsable si la méthode convenue n'avait pas été employée. On a aussi fait observer qu'il était de l'intérêt public d'employer des procédures d'authentification et de vérification parce que l'utilisateur pouvait se fonder sur des

messages authentifiés et vérifiés dans ses relations avec les autorités fiscales, douanières ou autres.

115. On a noté que la nature des obligations et responsabilités du réseau relatives aux fonctions d'enregistrement et d'archivage dépendait de l'étendue et du but de ces fonctions. Les tâches du réseau pouvaient se limiter à enregistrer et conserver certaines données relatives aux messages (par exemple, la date et l'heure d'expédition ou de réception du message, la longueur du message et le destinataire), mais le réseau pouvait aussi archiver le contenu intégral des messages. La durée pendant laquelle les renseignements devaient être conservés pouvait varier selon les besoins de l'utilisateur et le coût du service. Pour certains types de documents, la durée pendant laquelle ils devaient être gardés aux archives et les mesures de sécurité à utiliser étaient régies par des dispositions impératives de la législation nationale. Certains pensaient que lors de l'élaboration des règles relatives à la responsabilité, il pourrait être utile de recommander l'harmonisation des règles nationales fixant la durée pendant laquelle certains documents devaient être conservés. La plupart ont cependant estimé que ces règles nationales n'étaient pas limitées aux documents conservés sous une forme électroniquement lisible et que l'harmonisation des règles en question allait au-delà de la réglementation de l'EDI. On a notamment signalé des cas où l'information enregistrée avait trait à un droit d'une personne et où un changement de l'enregistrement était nécessaire pour transférer ce droit (par exemple, dans le cas d'un "connaissance électronique"; voir par. 119 à 124 ci-dessous). On a dit qu'en pareils cas le manquement du réseau à ses obligations pouvait avoir des conséquences graves pour les parties à l'opération sous-jacente. Quelqu'un a fait remarquer que le cessionnaire du droit enregistré par le réseau pouvait acquérir certains droits à l'encontre du réseau même en l'absence d'un contrat entre le cessionnaire et le réseau.

116. Autre service du réseau pouvant engager la responsabilité de ce dernier : la fourniture de copies d'une information enregistrée à certaines personnes ou à certains utilisateurs. Deux aspects de ce service ont été mentionnés. L'un avait trait à l'obligation de fournir une copie conformément aux conditions énoncées dans le contrat entre l'utilisateur et le réseau. L'autre avait trait à l'obligation de fournir une copie à un tribunal ou à un organe analogue autorisé par la loi à recevoir certaines informations.

117. Diverses observations ont été faites au sujet d'une éventuelle disposition concernant la responsabilité légale que pourrait élaborer la Commission. Certains jugeaient souhaitable d'élaborer un ensemble de règles qui régirait divers types de services rendus par l'exploitant du réseau EDI. Une méthode possible selon cette conception serait de fonder la disposition concernant la responsabilité sur le principe que l'obligation du réseau était de fournir, du mieux qu'il pouvait, les moyens d'exécuter le service ("obligation de moyens"). Une autre méthode possible serait de fonder la disposition sur le principe que le réseau garantissait l'exécution du service ("obligation de résultat"). Certains pensaient aussi que le réseau ne devait pas avoir la possibilité d'exclure sa responsabilité pour négligence. Pour définir la responsabilité pour négligence, on pouvait énoncer les obligations positives du réseau à

l'égard de l'utilisateur et prévoir que le réseau était responsable en cas de manquement à l'une de ces obligations. On pouvait, d'autre part, définir la responsabilité en disant que le réseau était responsable s'il ne prenait pas toutes les mesures raisonnablement nécessaires pour empêcher le préjudice. Quant aux dommages, certains estimaient que le réseau devait pouvoir décliner sa responsabilité en cas de dommages indirects et imprévisibles. Certains ont par ailleurs été d'avis que, lorsque plusieurs réseaux participaient à l'exécution d'un service, la loi devait identifier le réseau ou les réseaux responsables envers l'utilisateur.

118. Selon certains, la responsabilité de l'exploitant du réseau pouvait dépendre d'autres facteurs, à savoir si c'était l'exploitant du réseau ou une autre partie qui avait construit le système de communication, si c'était l'utilisateur ou l'exploitant du réseau qui avait décidé de l'emploi d'un système particulier de communication, si l'exploitant du réseau était seul à contrôler le système de communication, si le système de communication était proposé à l'utilisateur avec ou sans la possibilité d'adapter le système aux besoins particuliers de l'utilisateur, et si l'utilisateur se conformait à l'obligation qui lui incombait d'observer des mesures de sécurité convenues.

G. Titres de propriété et valeurs

119. Le débat sur la question de la négociabilité des titres de propriété dans un environnement EDI a été axé sur les connaissances maritimes. Il a été noté que, si l'on avait trouvé des solutions techniques et contractuelles aux questions liées au transfert électronique de connaissances et de titres de propriété similaires, des difficultés pratiques restaient à régler dans certains pays en ce qui concerne l'utilisation de l'EDI pour l'échange de valeurs "dématérialisées", c'est-à-dire le transfert de valeurs négociables telles que des actions, des titres ou des obligations.

120. Des explications ont été données à propos du transfert de titres de propriété sur des marchandises en transit dans le cadre des "Règles du CMI relatives aux connaissances électroniques", adoptées par le Comité maritime international (CMI) en 1990. Ces règles s'appliquaient si les parties en convenaient. Il a été noté qu'un connaissance électronique, pour avoir de bonnes chances de remplacer un connaissance sur papier, devait notamment remplir les fonctions suivantes : attester l'existence du contrat de transport, attester la réception de marchandises, donner un droit de contrôle sur les marchandises et la possibilité de transférer ce droit, donner des informations fiables concernant la description des marchandises, permettre une vérification par des tiers intéressés (par exemple des assureurs) des informations concernant les marchandises, et permettre l'établissement d'une sûreté réelle sur les marchandises.

121. Le Groupe de travail a entendu un exposé sur les mesures à prendre pour établir et transférer un connaissance électronique en application des Règles du CMI. Premièrement, le chargeur et le transporteur devaient convenir qu'ils communiqueraient électroniquement, qu'un connaissance électronique serait utilisé au lieu d'un

connaissance sur papier et que les Règles du CMI s'appliqueraient. Ensuite, après confirmation par le transporteur de la "note de réservation" du chargeur précisant les exigences du chargeur et après que ce dernier avait fourni les marchandises au transporteur, celui-ci émettait un message de réception des marchandises contenant une description desdites marchandises (quantité, qualité et état). Avec ce message de réception, le transporteur transférait au chargeur un code secret ("clef confidentielle") permettant de s'assurer de l'authenticité et de l'intégrité de toute instruction ultérieure adressée au transporteur concernant les marchandises. La clef confidentielle pouvait être tout code techniquement approprié, par exemple une combinaison de chiffres ou de lettres dont les parties pourraient convenir. Le chargeur confirmait alors au transporteur qu'il acceptait la description des marchandises figurant dans le message de réception. Les Règles du CMI disposaient que le chargeur, étant détenteur de la clef confidentielle, avait un "droit de disposition et de transfert" sur les marchandises, c'est-à-dire le droit de demander la livraison des marchandises et de désigner un destinataire. Pour la transmission du droit de disposition et de transfert, les mesures suivantes devaient être prises : notification par laquelle le porteur de la clef confidentielle avisait le transporteur de son intention de transmettre à une autre personne le droit de disposition et de transfert; confirmation par le transporteur de ladite notification; transmission par le transporteur de la description des marchandises au nouveau porteur envisagé; notification, adressée au transporteur par le nouveau porteur proposé, indiquant que ce dernier acceptait la description des marchandises; et annulation par le transporteur de la clef confidentielle ayant cours et émission d'une nouvelle clef confidentielle pour le nouveau porteur. Ce nouveau porteur pouvait alors transmettre ses droits relatifs aux marchandises à un autre porteur en se conformant aux mêmes conditions. Au port de destination, le transporteur devait livrer les marchandises conformément aux instructions relatives à la livraison, instructions dont l'authenticité était vérifiée à l'aide de la clef confidentielle.

122. Il a été noté que la simple possession de la clef confidentielle ayant cours n'était pas suffisante pour la transmission du droit de disposition et le transfert. Le transporteur, lorsqu'il communiquerait avec le détenteur de la clef, vérifierait également si l'ordre de transfert était donné par la personne identifiée par le porteur précédent. Cette vérification d'identité serait faite par des moyens électroniques, en sus de la vérification de la clef confidentielle.

123. Il a été noté que les Règles du CMI ne permettaient pas à deux personnes d'avoir simultanément un droit de contrôle sur les marchandises, l'une en tant que propriétaire des marchandises, l'autre en tant que détenteur d'une sûreté réelle sur les marchandises. Si une sûreté réelle devait être établie en faveur d'une personne (par exemple une banque), cette personne devrait devenir détenteur unique du droit de disposition et de transfert des marchandises. Il a été avancé que l'on pourrait envisager que le propriétaire des marchandises, tout en conservant un certain contrôle sur lesdites marchandises, puisse établir par des moyens EDI une sûreté réelle sur les marchandises en faveur d'un créancier. Il a également été suggéré d'étudier la possibilité

d'un transfert électronique d'une sûreté réelle sur les marchandises, indépendamment du transfert de la propriété de ces marchandises.

124. Le Groupe de travail a convenu qu'il fallait examiner les lois existantes relatives aux titres de propriété en vue de déterminer si de nouvelles lois seraient nécessaires pour permettre ou faciliter l'utilisation de titres de propriété dans un environnement EDI. Il a été noté que ces activités futures devraient être exécutées en coopération avec d'autres organisations actives dans ce domaine.

H. Communications

125. Le Groupe de travail a noté que les problèmes juridiques liés aux communications, tels que l'utilisation d'accusés de réception fonctionnels, avaient été traités dans les Règles UNCID et dans la plupart des accords de communication ou les manuels qui ont été établis pour les utilisateurs potentiels de messages EDI. Il a convenu d'inscrire cette question sur la liste des activités futures possibles.

I. Loi applicable et questions connexes

126. Le Groupe de travail a convenu que, dans le cadre de l'élaboration d'un instrument futur sur les questions juridiques liées à l'EDI, la Commission devrait se pencher sur la question de la loi applicable aux relations EDI. A ce propos, il a été suggéré que l'on énonce une règle selon laquelle les parties à une relation EDI auraient toute liberté pour déterminer la loi applicable à ladite relation. Toutefois, il a été avancé que l'autonomie des parties dans ce domaine devrait être limitée par des considérations d'ordre public international, afin qu'une clause relative aux conflits de lois ne serve pas en fait à éviter l'application de principes juridiques fondamentaux. Selon une autre proposition, il faudrait énoncer une règle relative aux conflits de lois énonçant que, sauf disposition contraire, une législation nationale donnée serait applicable aux différents segments d'une opération EDI et indiquant une méthode pour la détermination de ladite loi.

127. Il a en outre été avancé que les règles relatives à l'EDI devraient faciliter l'accès des parties à l'arbitrage. En particulier, il faudrait envisager des procédures EDI pour la conclusion de conventions d'arbitrage, ainsi que des dispositions législatives permettant de confirmer la validité de telles conventions.

128. Le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait concevoir les travaux futurs dans ces domaines en utilisant les suggestions ci-dessus comme base de discussion.

IV. RECOMMANDATION CONCERNANT LES TRAVAUX FUTURS

129. Le Groupe de travail a convenu que les travaux futurs de la Commission dans ce domaine devraient avoir pour objet de promouvoir l'utilisation de l'EDI. Il a en outre convenu que les débats avaient fait apparaître claire-

ment la nécessité d'élaborer des normes juridiques dans le domaine de l'EDI. On a appuyé l'avis selon lequel l'examen des questions juridiques liées au développement de l'EDI avait fait apparaître que, pour certaines de ces questions, le mieux serait d'élaborer des dispositions législatives. Il s'agissait notamment des questions suivantes : formation des contrats, risques et responsabilité des partenaires commerciaux et fournisseurs de services tiers dans le cadre de relations EDI; définitions élargies des mots "écrit" et "original" à utiliser dans un environnement EDI; et questions liées à la négociabilité et aux titres de propriété.

130. Dans le même temps, il a également été avancé que d'autres questions liées à l'utilisation de l'EDI n'étaient pas encore susceptibles de faire l'objet de dispositions législatives et qu'il faudrait les étudier plus avant ou attendre de nouveaux progrès techniques ou commerciaux. Si l'on a estimé dans l'ensemble qu'il était souhaitable d'atteindre le niveau élevé de certitude juridique et d'harmonisation qu'offraient les dispositions détaillées d'une loi uniforme, on a toutefois jugé qu'il faudrait veiller à traiter avec souplesse certaines questions, pour lesquelles une action législative risquait d'être prématurée ou inappropriée. On a noté par exemple qu'il serait sans doute inutile de s'attacher à unifier les règles relatives à la preuve applicables aux messages EDI. Il a été déclaré que, pour certaines de ces questions, la Commission pourrait juger approprié d'entreprendre d'élaborer des règles juridiques, des principes juridiques ou des recommandations.

131. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de recommander à la Commission d'entreprendre d'élaborer des normes et règles juridiques sur l'utilisation de l'EDI dans le commerce international. Il a été convenu que ces normes et règles devraient être suffisamment détaillées pour donner des orientations pratiques aux utilisateurs de l'EDI, ainsi qu'aux législateurs nationaux et aux organismes de tutelle. Il a également été convenu que la Commission devrait certes s'efforcer d'atteindre le niveau le plus élevé possible de certitude juridique et d'harmonisation, mais ne devrait pas encore, à ce stade, prendre de décisions quant à la forme définitive que revêtiraient ces normes et règles.

132. Pour ce qui est de l'élaboration possible d'un accord type de communication d'application universelle pour le commerce international, le Groupe de travail a convenu que, du moins pour le moment, il n'était pas nécessaire que la Commission élabore un tel accord (voir, ci-dessus, par. 27). Toutefois, il a été noté que, conformément à l'approche souple recommandée à la Commission en ce qui concerne la forme que revêtirait l'instrument qui serait élaboré, il se pourrait que, dans certains cas, l'élaboration de clauses contractuelles types soit considérée comme un moyen approprié de traiter certaines questions.

133. Le Groupe de travail a réaffirmé que les organisations internationales actives dans ce domaine devraient coopérer étroitement. Il a été convenu que la Commission, vu le caractère universel de sa composition et son mandat général en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devrait jouer un rôle particulièrement actif en la matière. A cet égard, il a été rappelé que le mandat donné par l'Assemblée générale à la Commission consistait à "encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international :

a) En coordonnant les activités des organisations qui s'occupent de ces questions et en les encourageant à coopérer entre elles;

b) En favorisant une participation plus large aux conventions internationales existantes et une acceptation plus générale des lois types et lois uniformes existantes;

c) En préparant de nouvelles conventions internationales et des lois types et lois uniformes nouvelles ou en encourageant l'adoption de tels instruments, ainsi qu'en encourageant la codification et une acceptation plus générale des termes, règles, usages et pratiques du commerce international, en collaboration chaque fois que cela est approprié avec les organisations qui s'occupent de ces questions;

d) En recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international;

e) En rassemblant et en diffusant des informations sur les législations nationales et sur l'évolution juridique moderne, y compris celle de la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international;

f) En établissant et en maintenant une étroite collaboration avec la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement;

g) En assurant la liaison avec d'autres organes des Nations Unies et des institutions spécialisées qui s'intéressent au commerce international;

h) En prenant toutes autres mesures qu'elle juge utiles à l'accomplissement de ses fonctions"¹⁴.

134. Il a également été convenu que le Secrétariat devrait continuer à suivre en la matière l'évolution de la situation sur le plan juridique dans d'autres organisations telles que la Commission économique pour l'Europe, les Communautés européennes et la Chambre de commerce internationale, faciliter l'échange de documents pertinents entre la Commission et ces organisations et faire rapport à la Commission et à ses groupes de travail sur les travaux accomplis au sein desdites organisations.

¹⁴Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8 [Annuaire 1968-1970, première partie, chap. II, sect. E].