



Assemblée générale

Distr.: Générale
24 avril 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-quatrième session

Vienne, 25 juin-13 juillet 2001

Point 6 de l'ordre du jour provisoire*

Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session

(New York, 12-23 mars 2001)

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-18	3
II. Débats et décisions	19-20	6
III. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques	21-78	7
IV. Travaux futurs possibles	79-135	16
A. Obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international	81-86	17
B. Transfert de droits sur les biens corporels et autres droits	87-93	18
C. Travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques	94-127	20
1. Observations générales	95	20
2. Internationalité de l'opération de vente	96-104	20
3. Parties à l'opération de vente	105-108	22
4. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes	109-113	22

* A/CN.9/482.

5.	Notions de “biens” et de “contrats de vente”	114-118	23
6.	Vente aux consommateurs	119-122	24
7.	Conditions de forme imposées par la Convention des Nations Unies sur les ventes	123	25
8.	Formation des contrats: questions d’ordre général	124	25
9.	Formation des contrats: offre et acceptation	125-126	26
10.	Formation des contrats: réception et expédition	127	26
D.	Enquête sur l’adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	128-129	26
E.	Règlement des différends en ligne	130-133	27
F.	Priorité relative des futurs sujets	134-135	27

I. Introduction

1. À sa trentième session, en 1997, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a fait siennes les conclusions formulées par le Groupe de travail sur le commerce électronique à l'issue de sa trente et unième session sur la question de savoir s'il serait souhaitable et possible d'établir des règles uniformes concernant les signatures numériques et les autorités de certification, ainsi éventuellement que sur des questions connexes (voir A/CN.9/437, par. 156 et 157). Elle a chargé le Groupe de travail d'établir des règles uniformes concernant les questions juridiques posées par les signatures électroniques et les autorités de certification¹. Le Groupe de travail s'est attaqué à cette tâche à sa trente-deuxième session (janvier 1998), en s'appuyant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73). À sa trente et unième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/446). Elle a noté que celui-ci avait manifestement éprouvé, tout au long de ses trente et unième et trente-deuxième sessions, des difficultés à parvenir à une appréhension commune des nouveaux problèmes juridiques soulevés par l'utilisation croissante de signatures électroniques, numérisées ou autres. On s'accordait cependant généralement à estimer que les progrès accomplis jusque là portaient à penser que le projet de règles uniformes concernant les signatures électroniques commençaient à prendre forme et à paraître pouvoir fonctionner. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trentième session en ce qui concerne la possibilité d'établir ces règles uniformes, et elle a constaté avec satisfaction que le Groupe de travail s'était fait une large réputation sur le plan international en tant qu'instance internationale particulièrement importante pour les échanges de vues concernant les problèmes juridiques liés au commerce électronique et pour l'élaboration de solutions à ces problèmes².

2. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (juillet 1998 et février 1999) en s'appuyant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76, A/CN.9/WG.IV/WP.79 et A/CN.9/WG.IV/WP.80). À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/454 et A/CN.9/457). Elle s'est généralement accordée à

penser que des progrès sensibles avaient été accomplis dans la compréhension des problèmes juridiques liés aux signatures électroniques, mais elle a aussi considéré que le Groupe de travail avait eu du mal à parvenir à un consensus sur les principes législatifs sur lesquels les règles uniformes devraient être fondées. Après en avoir débattu, elle a réaffirmé ses décisions antérieures concernant la possibilité d'établir ces règles uniformes, et elle a déclaré qu'elle comptait bien sur le Groupe de travail pour avancer encore à ses sessions suivantes. Sans fixer de délai à celui-ci pour accomplir son mandat, elle l'a instamment prié de s'employer à terminer sans tarder l'élaboration des règles uniformes. Un appel a été lancé à toutes les délégations pour qu'elles s'engagent de nouveau à rechercher activement un consensus concernant l'objet et la teneur du projet de règles uniformes³.

3. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions (septembre 1999 et février 2000) en s'appuyant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et A/CN.9/WG.IV/WP.84). À sa trente-troisième session (2000), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/465 et A/CN.9/467). On a constaté que le Groupe de travail avait adopté à sa trente-sixième session le texte des articles 1 et 3 à 12 des règles uniformes. Certaines questions restaient à préciser, du fait que le Groupe de travail avait décidé d'écarter du projet de règles uniformes la notion de signature électronique renforcée. On s'est inquiété que, selon les décisions que prendrait le Groupe de travail sur les articles 2 et 13, il pourrait falloir réviser le reste du projet afin d'éviter d'aboutir à une situation dans laquelle la norme fixée par les règles uniformes s'appliquerait de la même manière aux signatures électroniques qui garantiraient un niveau de sécurité élevé et aux certificats de moindre valeur susceptibles d'être utilisés dans les communications électroniques n'étant pas destinées à avoir des conséquences juridiques importantes.

4. Après en avoir débattu, la Commission a remercié le Groupe de travail du mal qu'il s'était donné et des progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration du projet de règles uniformes concernant les signatures électroniques. Elle l'a engagé à achever ses travaux sur la question à sa trente-septième session et à examiner le projet de guide pour l'incorporation desdites règles dans le droit interne que le secrétariat devait établir⁴.

5. À sa trente-septième session (septembre 2000), le Groupe de travail a examiné les questions liées aux signatures électroniques en s'appuyant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) et sur les projets d'articles qu'il avait adoptés à sa trente-sixième session (A/CN.9/467, annexe).

6. Après avoir examiné les articles 2 et 12 (ce dernier portant le numéro 13 dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.84) ainsi que les modifications à apporter en conséquence aux autres articles, le Groupe de travail a adopté la teneur des projets d'articles sous la forme du Projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Le texte de celui-ci figure en annexe au rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-septième session (A/CN.9/483).

7. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation des règles uniformes dans le droit interne que le secrétariat avait établi (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de guide pour tenir compte des décisions prises par le Groupe de travail en fonction des différentes vues, suggestions et préoccupations formulées au cours de sa trente-septième session. Par manque de temps, le Groupe de travail n'a pas pu terminer son débat sur le Guide. Il a été convenu qu'il devrait se réserver du temps à sa trente-huitième session pour achever d'examiner ce point de son ordre du jour. Il a été noté que le Projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, ainsi que le projet de guide pour l'incorporation des règles uniformes dans le droit interne, seraient présentés à la Commission pour examen et adoption à sa trente-quatrième session, qui devait se tenir à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001 (A/CN.9/483, par. 21 à 23).

8. À sa trente-troisième session en 2000, la Commission a procédé à des échanges de vues préliminaires sur les travaux à entreprendre dans le domaine du commerce électronique. Trois sujets ont été proposés comme thèmes sur lesquels il pourrait être souhaitable et possible que la Commission se penche. Le premier était celui des contrats électroniques, envisagé sous l'angle de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (dite Convention des Nations Unies sur les ventes)⁵, dont on pensait généralement qu'elle offrait des principes généraux qu'on n'aurait pas de mal à accepter d'étendre aux contrats en ligne portant sur la vente de

marchandises. Il a été fait observer, par exemple, qu'il pourrait falloir entreprendre des études supplémentaires pour savoir dans quelle mesure des règles uniformes pourraient être extrapolées de la Convention des Nations Unies sur les ventes pour s'appliquer aux contrats portant sur des services ou sur des "marchandises virtuelles", c'est-à-dire des éléments (tels que des logiciels) qui pourraient être achetés et livrés dans le cyberspace. Beaucoup ont pensé que, lorsqu'on procéderait à de telles études, il faudrait s'intéresser de près aux travaux d'autres organisations internationales telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

9. Le deuxième sujet avait trait au règlement des différends. Il a été noté que le Groupe de travail sur l'arbitrage avait déjà commencé à examiner de quelle manière il pourrait être nécessaire de modifier ou d'interpréter les instruments juridiques de caractère législatif en vigueur afin d'autoriser l'utilisation de documents électroniques et, en particulier, de supprimer des conditions actuelles concernant la forme écrite des conventions d'arbitrage. De l'avis général, on pourrait entreprendre des travaux plus approfondis pour déterminer si des règles spécifiques étaient nécessaires pour faciliter l'utilisation accrue de mécanismes en ligne de règlement des différends. À cet égard, il a été proposé d'accorder une attention particulière aux moyens de mettre à la disposition aussi bien des consommateurs que des parties commerciales des techniques de règlement des différends telles que l'arbitrage et la conciliation. Il a été largement estimé que le recours croissant au commerce électronique tendait à faire disparaître la distinction entre consommateurs et parties commerciales. On a toutefois rappelé que dans un certain nombre de pays le recours à l'arbitrage pour le règlement de différends auxquels des consommateurs étaient parties était limité pour des raisons d'ordre public et qu'il pourrait donc être difficile pour des organisations internationales d'entreprendre un travail d'harmonisation dans ce domaine. On a également estimé qu'il faudrait prendre en considération les travaux menés par d'autres organisations telles que la Chambre de commerce internationale (CCI), la Conférence de La Haye de droit international privé et l'OMPI qui s'occupait très activement du règlement des différends concernant les noms de domaines génériques sur l'Internet.

10. Le troisième sujet avait trait à la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l'industrie des transports. Il a été proposé que des travaux soient entrepris pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de l'établissement d'un cadre législatif uniforme visant à appuyer le développement des arrangements contractuels actuellement mis au point pour remplacer par des messages électroniques les connaissances traditionnels sur papier. De nombreuses délégations ont estimé que de tels travaux ne devraient pas être limités aux connaissances maritimes mais s'étendre à d'autres modes de transport. Une telle étude pourrait aller plus loin et aborder les questions relatives aux sûretés dématérialisées. On a fait observer qu'il faudrait également suivre les travaux d'autres organisations internationales dans ces domaines.

11. À l'issue du débat, la Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à entreprendre des études sur ces trois sujets. Bien qu'aucune décision sur l'ampleur des travaux futurs ne puisse être prise avant que le Groupe de travail sur le commerce électronique n'ait examiné la question, les membres de la Commission sont généralement convenus que, lorsqu'il aurait terminé son travail en cours, à savoir l'élaboration d'un projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, le Groupe de travail devrait, dans le cadre de sa fonction consultative générale concernant les questions relatives au commerce électronique, examiner, à sa trente-huitième session, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux que la Commission pourrait envisager à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001). Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle, et à procéder à un examen préliminaire de la teneur d'éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés.

12. La Commission a insisté tout particulièrement sur la nécessité d'assurer une coordination entre les travaux des diverses organisations internationales concernées. Étant donné le développement rapide du commerce électronique, un nombre considérable de projets pouvant avoir un impact sur ce secteur étaient actuellement envisagés ou entrepris. Le secrétariat a été prié de mener les activités de suivi appropriées et de faire rapport à la Commission sur la manière dont il s'acquitterait de sa fonction de coordination pour éviter

des chevauchements et assurer une harmonie dans la rédaction de ces divers projets. Le commerce électronique était généralement considéré comme l'un des domaines où la CNUDCI pouvait être particulièrement utile à la communauté internationale en jouant le rôle de coordonnateur que lui avait confié l'Assemblée générale, et le Groupe de travail ainsi que le secrétariat devraient donc accorder à ce domaine toute l'attention voulue⁶.

13. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui réunissait tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-huitième session à New York du 12 au 23 mars 2001. Ont participé à la session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Ouganda, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

14. Ont également participé à la session les observateurs des États ci-après: Andorre, Arabie saoudite, Azerbaïdjan, Bangladesh, Belgique, Canada, Côte d'Ivoire, Équateur, ex-République yougoslave de Macédoine, Grèce, Indonésie, Iraq, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Jordanie, Maroc, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Sierra Leone, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Uruguay et Venezuela.

15. Ont également participé à la session les observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)

Banque mondiale

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)

- b) *Organisations intergouvernementales*
Banque africaine de développement (BAfD)
Commission européenne
- c) *organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*
Association arabe d'experts comptables
Association du barreau américain
Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international
Chambre de commerce internationale (CCI)
Comité maritime international (CMI)
Fédération interaméricaine des avocats
Société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT)
Union asiatique de compensation
Union internationale des avocats
Union internationale du notariat latin

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

Président: Jacques **Gauthier** (Canada, élu à titre personnel)

Rapporteur: A. K. **Chakravarti** (Inde)

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

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.87);

b) Note du secrétariat contenant un projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.88);

c) Notes du secrétariat sur:

i) Les questions dont pourrait être saisie à l'avenir la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique: éventuelle convention visant à supprimer les obstacles au développement du commerce électronique dans les textes internationaux en vigueur (A/CN.9/WG.IV/WP.89);

ii) La dématérialisation des titres représentatifs (A/CN.9/WG.IV/WP.90);

iii) Les contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.91);

d) Proposition de la France (A/CN.9/WG.IV/WP.93). En outre, des exemplaires de la note du secrétariat sur les questions relatives aux connaissements et autres documents de transport maritime (A/CN.9/WG.IV/WP.69), dont le Groupe de travail avait été saisi à sa trentième session (1996), ont été distribués à titre de référence.

18. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection des membres du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.
4. Travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

II. Débats et décisions

19. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Les débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail et les décisions qu'il a prises concernant le Guide figurent dans la section III ci-après. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du Guide en se fondant sur les débats et les décisions du Groupe de travail. Il a été noté que le Guide serait présenté, en vue d'un examen final et de son adoption par la Commission à sa trente-quatrième session, de même que le texte du projet de Loi type tel qu'il a été approuvé par le Groupe de travail à sa trente-septième session.

20. Le Groupe de travail a débattu des questions qui pourraient être examinées à l'avenir en ce qui concerne les aspects juridiques du commerce électronique, sur la base des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.89, A/CN.9/WG.IV/WP.90 et A/CN.9/WG.IV/WP.91), de la proposition de la France

(A/CN.9/WG.IV/WP.93) et d'un rapport oral du secrétariat sur les questions relatives au règlement des litiges par voie électronique. Les débats et les conclusions du Groupe de travail sur ces questions sont rapportés dans la section IV ci-après.

III. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques

21. Le Groupe de travail s'est déclaré dans l'ensemble satisfait de la structure et du contenu du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques figurant dans la deuxième partie de l'annexe du document A/CN.9/WG.IV/WP.88. Il a été invité à soumettre par écrit au secrétariat toutes modifications de forme ou sur des points non sujets à controverse. Il a ensuite examiné le projet de guide paragraphe par paragraphe.

22. En ce qui concerne le paragraphe 3, on a émis des doutes sur le point de savoir si les mots "l'interopérabilité juridique (ainsi que technique) est essentielle" rendaient adéquatement compte de la pratique actuelle. Selon une opinion, l'interopérabilité technique était certes souhaitable mais il ne fallait pas en faire, du point de vue théorique, une condition préalable de l'utilisation transfrontière des signatures électroniques. On a indiqué, à titre d'exemple que certains procédés biométriques étaient utilisés avec satisfaction au plan international sans qu'il y ait interopérabilité avec les systèmes de signatures numériques. Quant à la notion d'"interopérabilité juridique", on a fait observer qu'il serait préférable de l'exprimer à l'aide d'une terminologie plus classique, par exemple "harmonisation des règles juridiques". Certains ont suggéré de supprimer toutes les références à l'"interopérabilité" figurant au paragraphe 3, mais l'opinion qui a prévalu était qu'il importait de mentionner l'interopérabilité technique comme moyen de faciliter les utilisations transfrontière des signatures électroniques étant donné les développements techniques qui visaient à cette interopérabilité intervenus récemment dans de nombreux pays. À l'issue d'un débat, il a été décidé que le paragraphe 3

devait se terminer par une formule telle que: "l'uniformité juridique ainsi que l'interopérabilité technique sont souhaitables".

23. En ce qui concerne le paragraphe 5, on a demandé ce que signifiaient les mots "une approche techniquement neutre". On a reconnu que ces mots, tels qu'ils étaient utilisés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, exprimaient le principe de la non-discrimination entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme électronique. Il a été néanmoins généralement convenu que le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques devait également refléter le principe selon lequel aucune discrimination ne devait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour communiquer ou stocker électroniquement l'information, un principe souvent appelé "neutralité technologique". Le secrétariat a été prié de préparer un texte expliquant ces deux principes de manière satisfaisante.

24. En ce qui concerne les paragraphes 8 et 9, des explications supplémentaires étaient de l'avis général nécessaires au sujet du sens des expressions "équivalence multifonctionnelle" et "échange de données électronique". Le secrétariat a été prié de formuler des explications appropriées en s'inspirant éventuellement de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et du Guide pour l'incorporation de celle-ci dans le droit interne.

25. Pour ce qui est du paragraphe 25, le Groupe de travail a noté qu'une fois le texte achevé par la Commission, des informations supplémentaires concernant l'historique du projet de Loi type devraient être ajoutées. De l'avis général, il n'était nul besoin d'essayer d'établir une version plus concise de l'historique figurant aux paragraphes 12 à 25, qui décrivait adéquatement les diverses étapes de l'établissement de la Loi type.

26. En ce qui concerne le paragraphe 26, on a dit qu'il fallait préciser dans le Guide que la nouvelle Loi type était sans préjudice des règles existantes du droit international privé. Il a été convenu d'ajouter une phrase à cet effet après la première phrase du paragraphe 26, en même temps qu'une référence au paragraphe 131, qui exprimait une idée comparable au sujet du paragraphe 3 de l'article 7 de la nouvelle Loi type.

27. Pour ce qui est du paragraphe 27, on a suggéré d'exprimer plus vigoureusement l'idée selon laquelle "pour atteindre un degré satisfaisant d'harmonisation et de sécurité, il est recommandé que les États apportent aussi peu de modifications que possible lors de l'incorporation de la nouvelle Loi type dans leurs systèmes juridiques". De l'avis général, il convenait d'ajouter à la fin de la phrase une formule telle que: "et qu'ils tiennent dûment compte de ses principes fondamentaux, notamment la neutralité technologique, la non-discrimination entre les signatures électroniques nationales et étrangères, l'autonomie des parties et son origine internationale".

28. Diverses propositions ont été faites en ce qui concerne le paragraphe 28. L'une d'elles consistait à supprimer ce paragraphe, devenu inutile et risquant de compromettre l'acceptabilité de la nouvelle Loi type étant donné les modifications introduites au paragraphe 27. En réponse, beaucoup ont estimé que le paragraphe 28 était utile et rendait adéquatement compte de diverses vues qui avaient été exprimées lors de l'établissement de la Loi type. Du point de vue de la rédaction, une autre proposition visait à remplacer les mots "la Loi type offre des lignes directrices" par "certaines dispositions de la Loi type offrent des lignes directrices", ce, pour éviter de donner à penser que la Loi type traitait exclusivement des infrastructures à clef publique (ICP). Une autre proposition visait elle à modifier le membre de phrase "trois fonctions distinctes intervenant dans tout type de signature électronique (à savoir la création, la certification et la confiance)" de manière à indiquer qu'il existait des signatures électroniques (notamment les signatures numériques) ne faisant intervenir aucune fonction de certification. On a donc proposé que le membre de phrase susmentionné soit modifié par exemple comme suit: "deux fonctions distinctes intervenant dans tout type de signature électronique (à savoir la création et la confiance), et une troisième intervenant dans certains types de signature électronique (par exemple la certification)". Cette proposition a été en substance adoptée par le Groupe de travail. Selon une autre proposition, les mots "trois entités séparées" ne rendaient pas adéquatement compte du fait que les trois fonctions envisagées au paragraphe 28 pouvaient être accomplies non seulement par moins de trois personnes distinctes mais aussi par plus de trois parties, par exemple lorsque divers aspects de la fonction de certification étaient partagés entre différentes entités.

Après un débat, il a été décidé d'utiliser les mots "trois entités séparées ou plus". Il a été demandé au secrétariat de revoir le texte du paragraphe 28 afin de veiller à ce qu'il couvre tous les cas où plus ou moins de trois entités séparées intervenaient.

29. Pour ce qui est du paragraphe 29, un renvoi au paragraphe 65 était de l'avis général nécessaire: il s'agissait d'une des sections du Guide dans laquelle la relation entre la nouvelle Loi type et l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique était examinée. Selon un avis, lorsqu'une disposition de la nouvelle Loi type était calquée sur un article de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (par exemple l'article 6 de la nouvelle Loi type et l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), le Guide devait expliquer sans ambiguïté possible que seule la disposition la plus récente devait être incorporée dans le droit interne.

30. En ce qui concerne le paragraphe 32, il a été décidé de supprimer les mots "émetteur de la clef ou abonné" utilisés pour définir la "fonction de signataire" pour ne pas donner à penser qu'un signataire devait nécessairement être un émetteur ou abonné de la clef. Pour ce qui est du membre de phrase "ces trois fonctions sont communes à tous les modèles d'ICP", il a été décidé d'aligner le texte du paragraphe 32 sur celui du paragraphe 28 et de viser séparément les deux fonctions communes à tous les modèles d'ICP (à savoir la signature et la confiance), et la troisième fonction caractéristique de certains modèles d'ICP (à savoir la fonction de certification). On a aussi estimé qu'il fallait reprendre au paragraphe 32 l'expression "trois entités séparées ou plus" introduite au paragraphe 28.

31. En ce qui concerne le paragraphe 35, il a été décidé de supprimer les mots "à ceux qui élaborent des lois sur les signatures électroniques".

32. S'agissant du paragraphe 38, il a été décidé de supprimer les mots "dans l'idéal" pour ne pas donner à penser que les signatures électroniques risquent de compromettre la confidentialité des données. Du point de vue de la rédaction, on a généralement estimé que dans le texte anglais, "virtually infeasible" devait être remplacé par "virtually impossible", formule utilisée au paragraphe 40.

33. En ce qui concerne le paragraphe 42, on a déclaré que dire qu'une signature électronique "est inutile si on la dissocie de façon permanente [de son message]"

revenait à énoncer une évidence et valait aussi pour les signatures manuscrites. On a suggéré de mieux exprimer dans le Guide l'idée que la signature numérique était techniquement invalide ou inutilisable si elle était dissociée de manière permanente du message. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de remplacer le mot "inutile" par "inutilisable".

34. En ce qui concerne le paragraphe 45, on a dit que l'expression "une très grande confiance" ne rendait pas adéquatement compte des situations dans lesquelles des certificats de faible valeur étaient utilisés. Afin de couvrir tous les types de certificats, il a été décidé d'utiliser l'expression plus générale "une certaine confiance" dans la dernière phrase du paragraphe 45. Du point de vue de la rédaction, le Groupe de travail a décidé de remplacer les mots "d'envoyer les clefs à" par les mots "de mettre les clefs à la disposition d'".

35. Pour ce qui est du paragraphe 47, il a été décidé de remplacer les mots "chiffrement à clef publique" par "cryptographie à clef publique". À cet égard, le secrétariat a été prié d'examiner l'emploi des termes "chiffrement" et "cryptographie" dans l'ensemble du Guide pour s'assurer qu'ils étaient utilisés de façon adéquate et cohérente.

36. En ce qui concerne le paragraphe 48, on a dit qu'il fallait que le Guide constate que, selon la législation de certains États, on pouvait établir une présomption d'attribution d'une signature électronique à un signataire particulier en publiant la déclaration visée au paragraphe 48 dans un bulletin officiel ou dans un document reconnu comme "authentique" par les pouvoirs publics. Il a été décidé à cette fin d'ajouter au paragraphe 48 une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "La forme et l'efficacité juridique de la déclaration en question sont régies par la loi de l'État adoptant la nouvelle Loi type".

37. S'agissant du paragraphe 49, on a dit que le Guide ne devait pas donner à penser que le recours à des tiers était nécessairement la seule solution pour établir la confiance dans les signatures numériques. Il a donc été convenu de remanier comme suit la première phrase du paragraphe 48: "L'un des types de solution à certains de ces problèmes..." et d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "D'autres solutions comprennent, par exemple, les certificats délivrés par les parties". S'agissant de la forme, on a suggéré de remplacer, dans l'ensemble du Guide, l'expression "tiers de confiance" par "tiers", un

terme plus neutre. On a expliqué que dans certains pays, l'expression "tiers de confiance" était un terme technique utilisé uniquement pour décrire l'activité bien définie des entités exerçant des fonctions de séquestre de la clef dans le cadre d'utilisations spécifiques de la cryptographie à des fins de confidentialité.

38. En ce qui concerne l'article 50, on a rappelé au Groupe de travail qu'il fallait examiner l'emploi des termes "chiffrement" et "cryptographie" dans l'ensemble du Guide pour s'assurer qu'ils étaient utilisés de façon adéquate et cohérente (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/CRP.1/Add.1, par. 15). On a fait observer que certains des éléments figurant parmi les facteurs de confiance qui résulteraient de la création d'une ICP ne relevaient pas du domaine des signataires électroniques. On a en particulier suggéré de supprimer les références à la cryptographie utilisée à des fins de confidentialité, et à l'interopérabilité des systèmes de chiffrement. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer ces deux références (numérotées 3 et 4 dans la première liste figurant au paragraphe 50). Dans le même esprit, on a dit que "décider quels utilisateurs se verront conférer tel ou tel privilège dans le système" ne devait pas figurer dans la liste des services généralement proposés par les ICP pour inspirer la confiance, car cette décision relevait de l'administration du système et non de l'action visant à inspirer la confiance. En outre, on a fait observer que la référence à la fourniture de "services de non-répudiation" dans le contexte d'une ICP n'était pas claire. Après un débat, il a été décidé de supprimer ces deux mentions (numérotées 4 et 8 dans la seconde liste figurant au paragraphe 50).

39. En ce qui concerne le paragraphe 52, on s'est demandé s'il était opportun que le Guide mentionne la question de savoir si l'État devrait conserver l'accès à l'information chiffrée. On a dit que le point 6 devrait être supprimé car il risquait de donner une image négative du rôle des gouvernements en matière de cryptographie. Toutefois, l'opinion qui a prévalu était que le problème méritait d'être mentionné en temps qu'élément du contexte dans lequel une ICP pouvait être créée, bien que la question ne fût pas traitée dans la Loi type. Il a été décidé que pour mieux mettre en lumière le régime juridique de la cryptographie, le point 6 devrait être remanié, par exemple comme suit: "si l'État devrait avoir un droit accès à l'information chiffrée".

40. Pour ce qui est du paragraphe 53, le débat a essentiellement porté sur la dernière phrase. Selon une opinion, le mot “assuré” était trompeur, car on risquait d’y voir une forme d’assurance juridique stricte ou une présomption irréfragable que la signature numérique avait été créée par le signataire mentionné dans le certificat. On a proposé de faire commencer la phrase comme suit: “Si cette vérification est positive, le destinataire est dans une certaine mesure techniquement assuré...”. Des réserves ont été émises au sujet de la fin de la phrase (“et que le message correspondant n’a pas été modifié depuis qu’on y a apposé une signature numérique”). En faveur de la suppression de ces derniers mots, on a dit que la vérification de l’intégrité de l’information était un attribut de la fonction de hachage et non de la signature numérique en elle-même et par elle-même. Afin de mieux rendre compte du rôle de la fonction de hachage, on a proposé de remplacer la fin de la phrase par ce qui suit: “et que la portion du message utilisé pour la fonction de hachage n’a pas été modifiée depuis qu’on y a apposé une signature numérique”. Toutefois, selon l’opinion qui a prévalu, la vérification de l’intégrité des messages de données par la fonction de hachage était courante dans la pratique des signatures numériques. C’est pourquoi il a été décidé de remanier la dernière phrase du paragraphe 53, qui pourrait se lire comme suit: “Si cette vérification est positive, le destinataire est dans une certaine mesure techniquement assuré que la signature numérique a été créée par le signataire et que la portion du message utilisé pour la fonction de hachage (et, par conséquent, le message de données correspondant) n’a pas été modifiée depuis qu’on y a apposé la signature numérique”. En outre, il a été décidé que le Guide devrait être relu pour remplacer, chaque fois qu’il était possible, le “détenteur de la clef publique nommé dans le certificat” par le “signataire”.

41. S’agissant du paragraphe 54, on a dit qu’il fallait que le Guide constate que selon la législation de certains États, on pouvait inspirer la confiance dans la signature numérique du fournisseur de services de certification en publiant la clef publique de ce dernier dans un bulletin officiel (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/CRP.1/Add.1, par. 16). Cette suggestion a été acceptée par le Groupe de travail. À l’occasion de ce débat, on a généralement estimé que lorsqu’on mettrait la dernière main au Guide, tout devrait être fait pour en assurer la cohérence terminologique. Le terme “autorité de certification”, par exemple, devrait être

remplacé là où il y avait lieu par “prestataire de services de certification”.

42. Pour ce qui est du paragraphe 57, on a dit craindre que les mots “Dès cette suspension ou cette révocation, elle doit généralement publier une notification...” n’imposent une charge excessive au prestataire de services de certification. En outre, cette publication risquait d’être contraire aux obligations de ce dernier dans le cadre de la législation protégeant la confidentialité des données. Après un débat, il a été décidé que la dernière phrase du paragraphe 57 commencerait comme suit: “On peut attendre du prestataire de services de certification que dès cette suspension ou cette révocation, il publie...”.

43. En ce qui concerne le paragraphe 60, le Groupe de travail est convenu que, parmi les conditions auxquelles doit satisfaire le prestataire de services de certification, la dernière phrase devrait mentionner son obligation d’agir en conformité avec les déclarations qu’il a faites en ce qui concerne ses politiques et pratiques, comme prévu à l’alinéa a) du paragraphe 1 de l’article 9.

44. Pour ce qui est du paragraphe 62, on a suggéré de supprimer la troisième phrase de l’alinéa 3. On a également suggéré de remplacer le mot “prouve” figurant à l’alinéa 7 par la formule “constitue techniquement une certaine garantie” ou une formule similaire. Une autre proposition visait à remanier comme suit la première phrase de l’alinéa 10: “En cas de recours à la certification, la partie se fiant au certificat obtient du prestataire de services de certification (par l’intermédiaire du signataire ou autrement) un certificat qui confirme la signature numérique apposée sur le message du signataire”. Une autre proposition consistait à supprimer la deuxième phrase de l’alinéa 10. Le Groupe de travail a adopté ces propositions. Du point de vue de la terminologie, il a été convenu de remplacer “expéditeur” et “destinataire” par “signataire” et “partie se fiant à la signature ou au certificat”, respectivement.

45. S’agissant du paragraphe 67, les membres du Groupe de travail sont généralement convenus que, pour ne pas donner à penser que la nouvelle Loi type fournirait des solutions adaptées à tous les systèmes “fermés”, il fallait remplacer les mots “et de dispositions contractuelles types” par “et, le cas échéant, de dispositions contractuelles types” ou une formule similaire.

46. S'agissant du paragraphe 69, on a dit que le Guide devrait davantage mettre l'accent sur l'utilisation de normes techniques volontaires. C'est pourquoi on a proposé d'ajouter ce qui suit à la fin du paragraphe:

“La pratique commerciale a depuis longtemps recours au processus de normalisation technique volontaire. Ces normes techniques sont à la base des spécifications techniques des produits, des critères en matière d'ingénierie et de conception, et du consensus pour la recherche-développement concernant les nouveaux produits. Pour garantir la souplesse nécessaire à cette pratique commerciale et pour promouvoir des normes ouvertes en vue de faciliter l'interopérabilité et servir l'objectif de reconnaissance à l'étranger (aux termes de l'article 12), les États pourront souhaiter tenir dûment compte de la relation entre les spécifications pouvant figurer dans les réglementations nationales ou être autorisées par celles-ci et le processus de normalisation technique volontaire.”

Le Groupe de travail a adopté cette proposition.

47. En ce qui concerne le paragraphe 70, on a proposé de faire figurer le droit de la responsabilité civile parmi les branches du droit dont la Loi type ne traite pas expressément.

48. Pour ce qui est du paragraphe 72, le Groupe de travail a d'une manière générale estimé que les fonctions des signatures manuscrites étaient couvertes de manière adéquate au paragraphe 29. Il a donc été décidé que le paragraphe 72 se lirait comme suit: “L'article 7 est fondé sur la reconnaissance des fonctions que remplit la signature dans un environnement papier, telles que celles-ci sont décrites au paragraphe 29.”

49. En ce qui concerne le paragraphe 76, on a dit que le Guide devrait mieux indiquer que la Loi type ne vise pas à établir deux catégories ou classes différentes de signatures électroniques. Après un débat, il a été décidé de remplacer la deuxième phrase (“La Loi type a pour effet de reconnaître deux catégories de signatures électroniques”) par ce qui suit: “La Loi type établit deux régimes distincts en fonction du moment où la certitude est acquise pour ce qui est de la reconnaissance d'une signature électronique comme étant fonctionnellement équivalente à une signature

manuscrite”. Pour des raisons similaires, il a été décidé de supprimer les mots “(parfois appelés “renforcées”, “sécurisées” ou “qualifiées”)”. Quant aux références aux deux catégories (“La première, et la plus large” et “La seconde catégorie, plus étroite”), il a été décidé, pour mieux rendre la position de principe sur laquelle repose la Loi type, que le texte devrait se lire comme suit: “Le premier régime, le plus large, est celui décrit à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il comprend toute ‘méthode’... Le second régime, plus étroit, est celui créé par la nouvelle Loi type. Il comprend des méthodes de signature électronique...”.

50. En ce qui concerne le paragraphe 78, le Groupe de travail a décidé, pour expliquer pourquoi le signataire devait prendre des précautions en ce qui concerne les données afférentes à la signature d'insérer ce qui suit ou une formule similaire: “En elle-même, la signature numérique ne garantit pas que la personne qui a en fait signé est le signataire. Au mieux, la signature numérique donne l'assurance qu'elle est attribuable au signataire”. Dans ce contexte, on a dit qu'il fallait toujours dans le Guide parler de “données afférentes à la création de signatures” et non de “dispositif de signature”.

51. Pour ce qui est du paragraphe 80, on a généralement estimé qu'eu égard au sous-alinéa ii) de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 9, le membre de phrase “la personne qui est identifiée dans le certificat contrôlait le dispositif de signature au moment de la signature” devait être remplacé par “le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signatures”. On a également estimé, étant donné que le prestataire de services de certification ne traiterait pas toujours directement avec la partie se fiant à la signature, de remplacer les mots “Lorsqu'il traite avec la partie se fiant à la signature” par “Dans l'intérêt de la partie se fiant à la signature”.

52. Pour ce qui est du paragraphe 82, on a suggéré de mentionner au début du paragraphe “des critères en vue de la reconnaissance juridique des signatures électroniques” et pas seulement “la reconnaissance juridique des signatures électroniques”. Selon une autre suggestion, la cryptographie symétrique devait figurer dans la liste indicative de techniques figurant dans le paragraphe. S'agissant de la biométrie, on a suggéré d'explicitier comme suit les modalités de cette

technique: “procédés biométriques (permettant l’identification des individus par leurs caractéristiques physiques, que ce soit la forme de la main ou du visage, la lecture des empreintes digitales, la reconnaissance de la voix ou le balayage de la rétine, etc.)”. Selon une autre suggestion, la dynamique des signatures devait aussi figurer dans la liste. On a également suggéré de mentionner la possibilité d’utiliser des “marques” pour authentifier les messages de données à l’aide d’une carte à puce ou d’un autre dispositif détenu par le signataire, et d’indiquer que les diverses techniques énumérées pouvaient être utilisées simultanément pour réduire le risque systémique. Le Groupe de travail a adopté ces suggestions.

53. À la fin de l’examen du paragraphe 82, on a proposé d’ajouter à la section IV une sous-section pour indiquer que la non-discrimination et la reconnaissance des certificats étrangers étaient l’une des principales caractéristiques de la Loi type. Le secrétariat a été prié d’élaborer un texte à cet effet sur la base des débats tenus par le Groupe de travail sur l’article 12.

54. S’agissant du paragraphe 87, on a dit que l’expression “*media-neutral rules*” utilisée dans le texte anglais n’était pas appropriée et devait être remplacée par “*technology-neutral rules*”. De l’avis général, la nouvelle Loi type reposait sur la “neutralité technologique” (c’est-à-dire la non-discrimination entre les diverses techniques utilisées pour la transmission et le stockage de l’information dans un environnement électronique). Toutefois, on a fait observer que la neutralité quant aux médias (c’est-à-dire la non-discrimination entre les techniques faisant appel au papier et les techniques électroniques) devait également être mentionnée comme l’un des objectifs de la nouvelle Loi type. Après un débat, il a été décidé d’utiliser l’expression “règles véritablement neutres quant aux techniques et médias utilisés”. On a proposé de modifier comme suit l’avant-dernière phrase du paragraphe: “Lors de l’élaboration de la Loi type, le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique a respecté le principe de la neutralité technologique, bien qu’il fût conscient que les “signatures numériques”, c’est-à-dire les signatures électroniques obtenues par la cryptographie à deux clefs, constituaient une technique particulièrement répandue”. On a combattu cette proposition au motif qu’il ne fallait pas souligner indûment le rôle de la cryptographie à clef publique. On a proposé de remplacer “répandue” par “prometteuse”. On a aussi

expliqué que les techniques d’authentification telles que celles faisant appel à des numéros personnels d’identification ou les signatures authentifiées fondées sur des arrangements contractuels pouvaient être considérées comme plus répandues que la cryptographie à clef publique. Néanmoins, selon l’opinion qui a prévalu, il convenait, compte tenu de l’importance de la cryptographie à clef publique, de conserver le mot “répandue”. L’avant-dernière phrase du paragraphe a donc été modifiée comme initialement proposé. Quant à la dernière phrase, du fait qu’aucune des dispositions de la Loi type n’altérerait expressément les règles régissant traditionnellement les signatures manuscrites, le Groupe de travail a décidé de la supprimer.

55. En ce qui concerne le paragraphe 91, il fallait de l’avis général expliciter l’expression “l’existence de deux régimes” figurant dans la dernière phrase pour ne pas donner à penser qu’une approche technologique particulière était suivie sur la base des diverses catégories de signatures électroniques. Le secrétariat a été prié de mettre au point une formule indiquant sans aucune équivoque possible que “l’existence de deux régimes” qu’il fallait éviter serait le résultat d’une discrimination entre signatures électroniques utilisées au niveau national et signatures électroniques utilisées dans le cadre des opérations commerciales internationales.

56. Pour ce qui est du paragraphe 94, on a d’une manière générale estimé qu’il fallait, pour la clarté du texte, ajouter les mots “, si ce n’est qu’il est sous forme électronique et non sur support papier” à la fin de la première phrase.

57. S’agissant du paragraphe 96, on a dit qu’il fallait indiquer plus clairement que le certificat avait pour fonction d’établir un lien entre la clef publique et le signataire, et on a proposé de le modifier comme suit:

“Dans le contexte des signatures électroniques qui ne sont pas des signatures numériques, le terme “données afférentes à la création de signatures” désigne les clefs secrètes, codes ou autres éléments qui, dans le processus de création d’une signature électronique, sont utilisés pour établir un lien sûr entre la signature électronique résultante et la personne du signataire. Par exemple, dans le contexte des signatures électroniques s’appuyant sur des dispositifs biométriques, l’élément essentiel serait

l'indicateur biométrique, tel qu'une empreinte digitale ou des données de balayage de la rétine. La définition porte uniquement sur les éléments essentiels devant demeurer confidentiels pour garantir la qualité du processus de signature, à l'exclusion de tout autre élément qui, quoique pouvant contribuer au processus de signature, pourrait être révélé sans compromettre pour autant la fiabilité de la signature électronique en résultant.

D'autre part, dans le contexte des signatures numériques s'appuyant sur la cryptographie asymétrique, l'élément principal qui peut être décrit comme "lié exclusivement au signataire" est la paire de clés cryptographiques. Dans le cas des signatures numériques, la clé publique comme la clé privée sont liées à la personne du signataire. Comme l'objectif principal du certificat, dans le contexte des signatures numériques, est de confirmer le lien entre la clé publique et le signataire (voir par. 53 à 56 et 62-10 ci-dessus), il est également nécessaire que la clé publique soit certifiée comme appartenant au signataire.

Si seule la clé privée relève de cette définition des "données afférentes à la création de signatures", il est important d'indiquer pour éviter tout doute à cet égard que dans le contexte des signatures numériques, la définition du terme "certificat" figurant à l'alinéa b) de l'article 2 s'entend comme comprenant la confirmation du lien entre le signataire et la clé publique de celui-ci.

Figure également parmi les éléments à ne pas inclure dans la définition le texte signé électroniquement, quoiqu'il joue également un rôle important dans le processus de création de signature (dans le cadre d'une fonction de hachage ou autrement). L'article 6 exprime l'idée que les données afférentes à la création de la signature doivent être liées au signataire et à personne d'autre (A/CN.9/483, par. 75)."

Le Groupe de travail a approuvé le texte proposé.

58. S'agissant du paragraphe 118, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence à une "signature électronique améliorée". Il a donc décidé de remanier la première phrase comme suit: "Pour établir

la certitude quant aux effets juridiques résultant de l'usage d'une signature électronique au sens de l'article 2, le paragraphe 3 établit expressément les effets juridiques qui résulteraient de la réunion de certaines caractéristiques techniques d'une signature électronique".

59. En ce qui concerne le paragraphe 121, on a rappelé au Groupe de travail la nécessité de faire preuve de cohérence dans l'utilisation de la notion de "données afférentes à la création de signatures".

60. S'agissant du paragraphe 122, il a été décidé, du point de vue de la rédaction, de remplacer dans le texte anglais les mots "*the time at which the signature is created*" par "*the time of signing*". Il a aussi été décidé d'insérer dans le paragraphe un renvoi au paragraphe 102 et de veiller à la cohérence des références au représentant du signataire figurant dans ces deux paragraphes.

61. S'agissant du paragraphe 123, le Groupe de travail a d'une manière générale estimé que la troisième phrase ("Lorsqu'une signature est utilisée pour signer un document, l'idée de l'intégrité du document est inhérente à l'utilisation de la signature") était superflue et devait être supprimée. Du point de vue de la rédaction, il a été décidé de remplacer les mots "*to emphasize that*" figurant dans la deuxième phrase du texte anglais par "*to emphasize the notion that*".

62. Pour ce qui est du paragraphe 124, on a dit que la dernière phrase "En toutes circonstances, l'alinéa d) aurait pour effet de créer un équivalent fonctionnel d'un document original" était trop générale. Il a décidé de la remplacer par la phrase suivante: "Dans certains pays, l'alinéa d) peut avoir pour effet de créer un équivalent fonctionnel d'un document original". Il a aussi décidé de supprimer le titre du paragraphe.

63. À la fin de l'examen de la partie du projet de guide concernant l'article 6, plusieurs propositions tendant à l'insertion de paragraphes supplémentaires ont été faites. Selon une de ces propositions, le Guide devait contenir des explications quant au rôle et au fonctionnement du paragraphe 4 de l'article 6. On a dit que le Guide devait indiquer clairement que le paragraphe 4 de l'article 6 visait à fournir un fondement juridique à la pratique commerciale répandue par laquelle les commerçants réglementaient eux-mêmes, par voie contractuelle, l'usage des

signatures électroniques dans leurs relations. Il fallait aussi indiquer de manière appropriée que l'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 6 ne limitait pas la possibilité d'écarter par la preuve contraire la présomption envisagée au paragraphe 3 du même article. Selon une autre proposition, le Guide devait contenir des explications quant au rôle du paragraphe 5 de l'article 6. On a proposé d'élaborer de telles explications en combinant le texte des paragraphes 51 et 52 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Groupe de travail a adopté ces propositions.

64. En ce qui concerne le paragraphe 128, l'idée de modifier comme suit la fin de la première phrase a été largement approuvée: "bénéficiaire de la règle créée en vertu de l'article 6".

65. S'agissant du paragraphe 129, il a été décidé, pour éviter de donner à penser qu'une entité s'occupant de la validation des signatures électroniques sera normalement un établissement public, de supprimer le mot "nécessairement".

66. Pour ce qui est du paragraphe 130, il a été décidé de supprimer le mot "officielles". Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait mentionner, parmi les organisations définissant des normes, les organismes régionaux d'accréditation fonctionnant sous l'égide de l'Organisation internationale de normalisation ainsi que le World Wide Web Consortium. On a proposé d'ajouter une référence aux "normes de facto" en sus des pratiques des divers secteurs d'activité et des usages commerciaux. On s'est opposé à cette proposition au motif que la notion de "normes de facto" n'était pas suffisamment claire et était probablement couverte par la notion de "pratiques des divers secteurs d'activité et usages commerciaux". Du point de vue de la rédaction, on a décidé de supprimer le mot "également" figurant dans la dernière phrase.

67. S'agissant du paragraphe 132, on a proposé de reprendre le libellé du paragraphe 139 dans le contexte de l'article 8 en indiquant que "les auteurs de la Loi type ont pris soin de ne pas exiger d'un signataire un niveau de diligence ou de fiabilité sans rapport raisonnable avec les fins pour lesquelles la signature électronique ou le certificat est utilisé. La Loi type privilégie donc une solution qui lie les obligations énoncées à l'article 8 à la production de signatures électroniques ayant une valeur juridique (A/CN.9/483,

par. 117)". Le Groupe de travail a adopté cette proposition. On s'est inquiété de ce que la dernière phrase du paragraphe 132 n'indiquait pas clairement si l'article 8, en prévoyant la responsabilité du signataire, s'écarterait des règles générales régissant cette responsabilité. On a déclaré qu'il pouvait y avoir des doutes, en particulier sur le point de savoir si l'article 8 avait pour effet de créer une responsabilité objective ou si le signataire pouvait invoquer des excuses exonératoires, par exemple le comportement des autres parties. Afin d'indiquer sans l'ombre d'un doute que l'article 8 avait seulement pour effet d'établir le principe de la responsabilité du signataire, sans envisager aucune des conséquences pouvant découler de ce principe en vertu du droit applicable, il a été décidé de remanier comme suit la dernière phrase: "Le principe de la responsabilité du signataire qui n'appliquerait pas les dispositions du paragraphe 1 est énoncé au paragraphe 2; l'étendue de cette responsabilité découlant du non-respect de ce code de conduite relève de la loi applicable en dehors de la Loi type (voir par. 136 ci-après)."

68. Dans le cadre de l'examen du paragraphe 134, on a dit que la règle énoncée à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 8 risquait d'être difficile à appliquer dans la pratique. Le Groupe de travail a noté que la Commission devrait peut-être se pencher de nouveau sur cette question.

69. En ce qui concerne le paragraphe 136, il a été proposé de remplacer "devrait entraîner une responsabilité" par "pourrait entraîner une responsabilité", de même que "le détenteur des données afférentes à la signature devrait être tenu responsable" par "le détenteur des données afférentes à la signature pourrait être tenu responsable". La proposition a soulevé des objections selon lesquelles il ne fallait pas s'écarter de la teneur de la norme contenue à l'article 8. Sur le plan de la rédaction, il a été convenu de supprimer le mot "tenu". Selon un avis, le libellé du paragraphe 2 de l'article 8, tel qu'analysé dans le projet de guide pour ce qui était de la responsabilité, aboutirait à un résultat contraire aux attentes du marché et à la plupart des pratiques qui se développent et cette analyse nuirait considérablement à l'acceptabilité des dispositions du Guide.

70. En ce qui concerne le paragraphe 137, il a été généralement convenu de supprimer la dernière phrase, jugée superflue. Selon un avis, les mots "effets

juridiques” pourraient ne pas conduire, en eux-mêmes, à la différenciation nécessaire entre les normes applicables aux signatures de moindre valeur et celles de valeur plus élevée.

71. En ce qui concerne le paragraphe 138, il a été proposé d’insérer, après la première phrase, une phrase qui se lirait ainsi: “Il convient de noter que, s’il s’agit de signatures numériques, il doit en outre être possible de vérifier le lien avec le signataire, tant par la clef publique que par la clef privée”. Le Groupe de travail a souscrit à cette proposition. Il a également été proposé de placer le paragraphe tout entier “sous réserve de l’article 5”. On a fait valoir que, dans certains systèmes juridiques, l’article 9 pourrait être interprété comme dérogeant à la règle générale énoncée à l’article 5. La plupart des membres du Groupe de travail estimaient toutefois que l’article 5 posait en des termes suffisamment larges le principe selon lequel les dérogations conventionnelles à la Loi type étaient acceptables. À vouloir réénoncer ce principe dans le contexte de certaines dispositions de la Loi type, on risquerait d’affaiblir sa portée dans le reste du texte. Selon un avis, le libellé de l’article 9, tel qu’analysé dans le Guide, établirait des normes qui n’étaient pas fondées sur la pratique du marché et qui n’étaient appliquées par aucun grand service de certification, qui ne pouvaient être respectées et qui feraient obstacle à l’adoption de la Loi type. Cette question devrait donc être réexaminée par la Commission.

72. En ce qui concerne le paragraphe 139, il a été convenu de remplacer “les auteurs de la Loi type ont pris soin de ne pas exiger” par “la Loi type n’exige pas”.

73. En ce qui concerne le paragraphe 140, on s’est généralement accordé à penser que la première phrase était superflue et devrait être supprimée. Par conséquent, le paragraphe devrait commencer par: “Le paragraphe 2 a pour effet de laisser à la législation nationale”.

74. En ce qui concerne le paragraphe 141, on a fait observer qu’il valait mieux ne pas se référer aux travaux antérieurs du Groupe de travail. La plupart des membres estimaient toutefois qu’il fallait expliquer le raisonnement suivi lors de l’adoption du paragraphe 2 de l’article 9. Afin de ne pas trop mettre en relief le rôle des prestataires de services de certification, il a été convenu de remplacer la deuxième phrase (“Lors de la préparation de la Loi type, il a été observé que les

prestataires de services de certification remplissaient des fonctions intermédiaires qui étaient indispensables au commerce électronique et qu’une disposition unique s’inspirant du paragraphe 2 ne suffirait pas à traiter la question de la responsabilité de ces professionnels”) par le libellé suivant: “Lors de la préparation de la Loi type, il a été observé qu’une disposition unique s’inspirant du paragraphe 2 ne suffirait pas à traiter la question de la responsabilité des prestataires de services de certification”. On a fait observer que le Guide devrait faire apparaître clairement que, lorsque les prestataires de service de certification étaient assujettis aux lois d’un État étranger, les limitations éventuelles de leur responsabilité devraient être évaluées au regard de la législation de cet État. D’une façon plus générale, on a estimé que, pour déterminer le préjudice dans l’État adoptant, il fallait tenir compte du régime de responsabilité applicable aux activités des prestataires de services de certification dans l’État étranger désigné par la règle de conflit de lois pertinente. On s’est généralement accordé à penser qu’il fallait évoquer dans le Guide la nécessité de prendre en compte les règles de limitation de responsabilité dans l’État où le prestataire de service de certification était établi ou dans tout autre État dont les lois s’appliqueraient en vertu de la règle de conflit de lois pertinente. Suite à cette discussion, il a été convenu de remplacer les mots “pour évaluer le préjudice” par “pour évaluer la responsabilité”.

75. En ce qui concerne le paragraphe 146, il a été proposé d’insérer, avant la dernière phrase, une phrase qui devrait se lire à peu près comme suit: “Celles-ci n’ont pas pour objet de faire obligation à la partie se fiant à la signature électronique de se conformer à des limitations ou de vérifier des informations auxquelles elle n’a pas facilement accès.” Il a également été proposé d’introduire une déclaration générale dans le paragraphe qui se lirait à peu près comme suit: “Les conséquences du non-respect par la partie se fiant à la signature électronique des exigences de l’article 11 sont régies par le droit applicable en dehors de la Loi type.” Le Groupe de travail a adopté les deux propositions. Selon un avis, on éviterait de gros problèmes en employant dans les paragraphes 2 des articles 8 et 9 le même libellé que dans l’article 11 et la Commission devrait réexaminer cette question à sa prochaine session.

76. En ce qui concerne le paragraphe 147, il a été proposé de remplacer les mots “produisent légalement

leurs effets” par “sont susceptibles de produire légalement leurs effets”. Le Groupe de travail a adopté cette proposition. Il a également été proposé d’ajouter le libellé suivant à la fin du paragraphe 147: “S’agissant des signatures électroniques, les alinéas a) et b) du paragraphe 1 sont sans effet sur l’application de toute disposition de droit national ou international selon laquelle les effets ou conséquences juridiques de la signature pourraient dépendre, ou découler, du lieu dans lequel la signature a été créée ou du lieu dans lequel le signataire a son établissement”. On a fait observer que le libellé proposé ne faisait pas suffisamment ressortir le principe de non-discrimination consacré à l’article 12, selon lequel un traitement égal devrait être réservé par le droit de l’État adoptant aux certificats nationaux et aux étrangers. Par conséquent, les certificats émis à l’étranger ne seraient pas nécessairement régis par les lois du pays où ils ont été émis. Dans le cadre de cette discussion, il a également été proposé de faire apparaître dans le Guide que le principe de réciprocité devrait régir la reconnaissance des effets juridiques des certificats étrangers. On s’est toutefois accordé à penser que la réciprocité n’était pas un élément pertinent pour l’article 12. À la suite du débat, le Groupe de travail a décidé de ne retenir aucune des deux propositions.

77. En ce qui concerne le paragraphe 150, il a été proposé d’en remanier la deuxième phrase, qui pourrait se lire comme suit: “De ce fait, les certificats et signatures électroniques peuvent produire des effets juridiques variables, que ce soit dans le pays où ils ont été émis ou à l’étranger.” On s’est accordé à penser que le libellé proposé rendait bien compte de la pratique selon laquelle même les certificats que l’on appelle parfois “certificats de moindre valeur” peuvent, dans certaines circonstances (par exemple, lorsque les parties sont convenues, par convention, de recourir à de tels instruments) produire des effets juridiques. La question de savoir ce que recouvrait l’expression “certificats du même type” a été soulevée. En effet, une difficulté d’interprétation pourrait surgir au sujet de l’expression “équivalence à établir entre certificats du même type”: s’agissait-il de certificats de même niveau hiérarchique ou de certificats remplissant des fonctions comparables, par exemple en assurant des niveaux de fiabilité équivalents? À l’issue du débat, il a été convenu de remplacer l’expression “certificats du même type” par un libellé qui pourrait se lire comme suit “certificats comparables sur le plan fonctionnel”.

78. Le Groupe de travail a estimé qu’abstraction faite des observations susmentionnées, les paragraphes 1 à 155 du projet de guide étaient acceptables quant au fond. Il a prié le secrétariat de revoir toutes les dispositions du Guide afin d’en assurer la cohérence tant sur le plan du fond que sur celui de la terminologie.

IV. Travaux futurs possibles

79. Il a été rappelé au Groupe de travail qu’à sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission avait pris note d’une recommandation adoptée le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et pratiques dans l’administration, le commerce et les transports (CEFACT) (devenu le Centre pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques) de la Commission économique pour l’Europe, tendant à ce que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les termes “écrit”, “signature” et “document” dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. Il a aussi été rappelé au Groupe de travail qu’à sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait procédé à un échange de vues préliminaires sur ses travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. Les sujets sur lesquels la Commission a décidé que des études préliminaires devaient être entreprises comprenaient les contrats électroniques du point de vue de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le règlement des différends et la dématérialisation des titres représentatifs et des instruments négociables.

80. Avant d’examiner des propositions concrètes en vue des travaux futurs dans les domaines ci-dessus, le Groupe de travail a été informé de l’état des travaux que le secrétariat ou d’autres groupes de travail étaient en train de mener en application de mandats de la Commission. On a noté que le Groupe de travail sur l’arbitrage étudiait comment il pourrait être nécessaire de modifier ou d’interpréter les instruments juridiques de caractère législatif pour autoriser l’emploi des documents électroniques, en particulier pour assouplir les prescriptions en vigueur en ce qui concerne la forme écrite des compromis d’arbitrage. On a fait observer que les mécanismes de règlement des différends en ligne étaient relativement récents et qu’on n’avait pas encore déterminé si des règles

spécifiques étaient nécessaires pour en faciliter l'utilisation. On a aussi noté que le secrétariat, en coopération avec le CMI, était en train d'effectuer un recensement général des problèmes juridiques découlant des lacunes laissées par les lois nationales et les conventions internationales existantes dans le domaine du transport international de marchandises par mer (un résumé de ces travaux figure dans le document A/CN.9/476). Ces problèmes comprennent des questions comme celles du fonctionnement des connaissements et autres documents de transport maritime, la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises et la situation juridique des entités qui financent une partie au contrat de transport. Enfin, le Groupe de travail a été informé que le secrétariat, suite à une demande de la Commission, mettait la dernière main à une étude sur les sûretés, dans le cadre de laquelle il devait examiner les problèmes qui se posent en ce qui concerne les systèmes d'enregistrement des sûretés sans dépossession. Il a été rappelé au Groupe de travail que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) travaillait actuellement à un projet sur des questions de droit matériel relatives aux intermédiaires de titres et qu'il était important d'éviter tout chevauchement avec ces travaux. Le Groupe de travail a pris note de ces informations.

A. Obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international

81. Le Groupe de travail a noté qu'en réponse à la recommandation faite par le CEFAC le 15 mars 1999, le secrétariat avait commandé une étude des questions de droit international public que soulevaient les mesures nécessaires pour que les termes "écrit", "signature" et "document" figurant dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. Dans cette étude, il était indiqué que la technique la plus efficace pour mettre à jour, dans des conditions optimales de célérité et d'exhaustivité, les définitions figurant dans les différents instruments inventoriés dans l'étude menée par le CEFAC semblait être la conclusion, à l'initiative de la CNUDCI, d'un accord interprétatif en forme simplifiée ayant pour objet de préciser et de

compléter les définitions des termes "signature", "écrit" et "document" figurant dans tous les instruments internationaux existants et futurs, quel que soit leur statut juridique. On a aussi suggéré que pour renforcer l'efficacité d'un tel accord et en promouvoir l'universalité, l'Assemblée générale pourrait adopter une résolution à cet effet, et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et le Conseil général de l'OMC, en particulier, des recommandations. Le Groupe de travail a aussi pris note d'une proposition de la France tendant à ce que la Commission élabore un traité international et pas seulement un instrument interprétatif, admettant les équivalents électroniques de l'écrit, de la signature et du document dans le commerce international, (A/CN.9/WG.IV/WP.93).

82. Des doutes ont été exprimés au Groupe de travail au sujet de la nécessité et de la possibilité d'entreprendre des travaux comme ceux proposés dans la documentation dont le Groupe de travail était saisi. On a déclaré qu'étant donné le grand nombre et la diversité des instruments internationaux, il risquait d'être extrêmement difficile de les modifier pour permettre l'utilisation des moyens de communication électroniques. On a dit en outre que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique contenait déjà suffisamment d'indications sur l'interprétation à donner à certains termes juridiques comme "écrit", "signature" et "original" et que, dans la mesure où de nombreux pays étaient en train d'adopter une législation sur le commerce électronique, il n'était nul besoin d'un instrument international comme celui qui était envisagé.

83. L'opinion qui a toutefois prévalu au sein du Groupe de travail était que bien que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique constituât une base utile pour moderniser les droits internes et interpréter les instruments internationaux, les obstacles juridiques au développement du commerce électronique découlant des instruments internationaux, en particulier des conventions et traités multilatéraux, appelaient une attention particulière. On a fait observer que dans de nombreux pays les obligations conventionnelles primaient le droit interne. Lorsqu'un instrument international érigeait des obstacles à l'utilisation de moyens électroniques de communication, seul un autre instrument international ayant la même place dans la hiérarchie des normes pouvait les éliminer.

84. On a généralement convenu que si cela était possible, il serait préférable d'adopter un instrument international unique plutôt que de modifier individuellement les divers traités et conventions en question. Des vues divergentes ont néanmoins été exprimées sur la nature de l'instrument à élaborer. Selon certains, il était préférable d'élaborer une recommandation, que pourrait par exemple adopter l'Assemblée générale, dans laquelle les États seraient invités à veiller à ce que dans les conventions et traités internationaux, les prescriptions exprimées par les termes "écrit", "signature" et "original" soient interprétés d'une manière autorisant leurs équivalents électronique. À l'opposé, certains ont estimé que n'ayant pas force obligatoire, une telle recommandation ne suffirait pas à assurer la certitude juridique nécessaire aux parties aux opérations internationales.

85. Au cours du débat, le Groupe de travail a noté que l'étude du CEFACT portait sur un large éventail d'instruments internationaux et que les termes "écrit", "signature" et "original" n'avaient pas nécessairement la même signification ni la même fonction dans tous ces instruments. On a aussi noté que pour permettre le libre usage des moyens électroniques de communication, il fallait également examiner d'autres notions fréquemment utilisées dans les instruments internationaux, comme celles exprimées par les termes "formation [du contrat]", "réception", "livraison", "certifié" et notions comparables. Il fallait à cet égard accorder une attention particulière au domaine ou à l'industrie spécifique régi par chaque instrument.

86. Ayant examiné les diverses positions en présence, le Groupe de travail a décidé de recommander à la Commission de commencer les travaux d'élaboration d'un instrument international ou d'instruments internationaux visant à éliminer les obstacles juridiques au commerce électronique susceptibles de découler d'instruments de droit commercial international. Il a aussi été décidé d'entreprendre une nouvelle étude permettant au Groupe de travail de recommander une approche déterminée. Le Groupe de travail a en particulier décidé de recommander à la Commission de prier le secrétariat de mener une étude exhaustive des obstacles juridiques possibles du développement du commerce électronique dans les instruments internationaux, y compris ceux déjà mentionnés dans l'étude du CEFACT. Une telle étude devrait viser à identifier la nature et le contexte de ces obstacles afin

de permettre au Groupe de travail de formuler des recommandations précises quant à la manière de procéder. Cette étude devrait être menée par le secrétariat avec l'assistance d'experts extérieurs et en consultation avec les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales compétentes.

B. Transfert de droits sur les biens corporels et autres droits

87. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat contenant une étude préliminaire des questions juridiques posées par l'utilisation de moyens électroniques de communication pour transférer ou créer des droits sur des biens corporels et autres droits (A/CN.9/WG.IV/WP.90), et d'une note antérieure du secrétariat sur les questions juridiques posées par la mise au point de substituts électroniques aux connaissements maritimes (A/CN.9/WG.IV/WP.69).

88. De l'avis général des membres du Groupe de travail, les sujets envisagés étaient importants et il était utile d'examiner les substituts électroniques possibles aux documents de propriété sur support papier et autres formes d'instruments dématérialisés représentant ou attestant des droits sur des biens corporels ou des droits ayant une valeur pécuniaire. Des opinions divergentes ont toutefois été exprimées sur les questions particulières qui devaient être examinées et la priorité qu'il convenait de leur assigner.

89. Selon une opinion, la question de la cessibilité des droits sur des biens corporels ou autres droits dans un environnement électronique soulevait de nombreuses questions, par exemple en droit patrimonial, auquel les divers systèmes juridiques donnaient des réponses fort différentes. On a dit que les questions juridiques que posait la création des registres électroniques ou systèmes comparables d'enregistrement des cessions de droits sur les biens corporels, des sûretés ou des transferts d'autres droits n'avaient pas à être étudiées, car de nombreux pays ne disposaient pas de tels registres et n'envisageaient pas d'en créer. Étant donné les difficultés que posait la recherche de solutions uniformes dans un domaine aussi large, les questions touchant la cessibilité des droits ne se prêtaient à des travaux utiles que dans des domaines spécifiques étroitement définis. On pouvait par exemple étudier les substituts ou alternatives électroniques possibles aux titres de propriété sur

support papier et autres formes d'instruments dématérialisés qui représentaient ou incorporaient des droits sur des biens corporels. Pouvait aussi être étudié le rôle des intermédiaires dans le négoce des sûretés relatives aux investissements. On a toutefois déclaré, en ce qui concerne cette dernière question, qu'il était peut-être trop ambitieux d'essayer de parvenir à un consensus sur des questions juridiques de fond étant donné les grandes disparités existant dans les solutions retenues par les divers systèmes juridiques. Cette difficulté est devenue apparente dans le cadre des travaux effectués par la Conférence de La Haye de droit international privé pour élaborer un instrument international sur le droit applicable à la détention de sûretés à titre de garantie.

90. Selon une autre opinion, il serait utile que le Groupe de travail examine les questions liées à la création de registres ou d'autres méthodes permettant de négocier les droits par des moyens électroniques en vue de mettre au point des systèmes appropriés de publicité en ce qui concerne les cessions de droits sur des biens corporels, de sûretés et autres droits. L'économie mondiale devient de plus en plus intégrée, et la création de tels systèmes pourrait contribuer à améliorer la certitude juridique dans les opérations internationales, en particulier les opérations financières, facilitant ainsi aux pays du monde entier, notamment aux pays en développement, l'accès aux marchés internationaux de capitaux.

91. À cet égard, on a rappelé au Groupe de travail les travaux qu'était en train d'effectuer le secrétariat dans le domaine des sûretés, en particulier les sûretés sur les stocks, dans le cadre desquels devaient être étudiées des questions comme celles que posaient les systèmes d'enregistrement des sûretés sans dépossession. On a dit que l'examen par le Groupe de travail de questions touchant la mise au point de registres électroniques pour la création et la cession de droits sur des biens et autres droits viendrait heureusement compléter les travaux dans le domaine des sûretés.

92. On a de plus déclaré qu'une analyse des questions touchant la cessibilité des droits dans un environnement électronique pourrait compléter utilement les travaux de la Commission dans le domaine du droit des transports. On a fait observer que, du fait des travaux actuellement menés par le secrétariat en coopération avec le CMI, la Commission était censée entreprendre l'élaboration d'un nouveau

régime international complet pour le transport international de marchandises par mer. Ainsi, une analyse par le Groupe de travail des questions juridiques soulevées par la création de substituts électroniques aux documents de transport sur support papier constituerait une contribution précieuse à ce projet, en ce qu'elle pourrait aboutir à l'élaboration de dispositions spécifiques axées sur le commerce électronique susceptibles, le moment venu, de faire partie intégrante du nouveau régime international envisagé. Les compétences particulières du Groupe de travail dans le domaine du commerce électronique pourraient être mises à profit pour concevoir des solutions spécifiques susceptibles, le moment venu, d'être intégrées dans cet autre projet.

93. Le Groupe de travail a examiné assez longuement diverses opinions exprimées. De l'avis général, il devait réfléchir davantage afin de définir plus précisément la portée des travaux futurs dans ce domaine. Il a donc décidé de recommander à la Commission que le secrétariat soit prié d'étudier les questions touchant le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques et les mécanismes permettant de publier et de conserver les actes de cession ou de constitution de sûretés sur de tels biens. Il faudrait, dans le cadre de cette étude, examiner dans quelle mesure les systèmes électroniques de transfert de droits sur des biens peuvent affecter les droits de tiers. Il faudrait aussi envisager la question de l'interface entre les substituts électroniques aux documents de propriété et documents financiers utilisés dans le commerce international en prêtant attention aux efforts actuellement déployés pour remplacer des documents papier, comme les lettres de crédit et les garanties bancaires, par des messages électroniques.

C. Travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques

94. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat contenant une étude préliminaire des questions juridiques concernant les contrats électroniques au regard de la Convention des Nations Unies sur les ventes (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

1. Observations générales

95. On a généralement estimé que les questions touchant les contrats électroniques se prêtaient à des

travaux futurs du Groupe de travail, étant donné le besoin déjà pressant de solutions harmonisées au niveau international. Ces travaux, a-t-on déclaré, ne devraient probablement pas viser quant au fond à modifier le texte de la Convention des Nations Unies sur les ventes, que l'on considérait comme adapté, en termes généraux, non seulement aux contrats conclus par des moyens traditionnels mais aussi aux contrats conclus électroniquement. Toutefois, l'opinion était largement répandue que, bien que la Convention des Nations Unies sur les ventes fût interprétée de manière à accommoder les caractéristiques particulières des contrats électroniques, et qu'à trop interpréter, on accroîtrait le risque de discordances dans les solutions juridiques retenues en matière de contrats électroniques. De telles discordances, associées à l'imprévisibilité et à la lenteur de l'interprétation judiciaire, risquent de compromettre l'harmonisation issue de la large adoption de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Étant donné la nécessité urgente d'instituer les règles juridiques nécessaires pour assurer la certitude et la prévisibilité du régime international applicable aux opérations de vente sur Internet et autres opérations commerciales électroniques, on a dit qu'initialement le Groupe de travail devrait se pencher sur les questions soulevées par les contrats électroniques dans le domaine des ventes internationales de biens corporels. Ce faisant, il devrait s'efforcer d'éviter de s'immiscer indûment dans les régimes internes de ventes de marchandises. L'élargissement de la portée de ces travaux aux opérations concernant des marchandises autres que des biens corporels, par exemple les "biens virtuels" ou les droits sur les données, devrait être envisagé avec prudence, car l'on n'était pas certain de parvenir à un consensus sur un régime harmonisé. Que le nouvel instrument à élaborer spécifiquement sur les questions touchant les contrats électroniques couvre uniquement le contrat de vente ou qu'il s'intéresse, plus généralement, à la théorie des contrats, le Groupe de travail est convenu qu'il ne devrait pas s'immiscer indûment dans le régime bien établi de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

2. Internationalité de l'opération de vente

96. Le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies sur les ventes ne s'appliquait qu'aux contrats conclus entre des parties ayant leur établissement dans différents pays. Aux termes du

paragraphe 2 du même article, il n'était "pas tenu compte" de cette "internationalité" "lorsque [celle-ci] ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat". En l'absence d'indication claire de l'établissement de chacune des parties, on pouvait se demander s'il existait des circonstances desquelles la situation de l'établissement pertinent pouvait être déduite.

97. Dans ce contexte, le Groupe de travail s'est demandé quels éléments, dans un environnement électronique, pouvaient servir à déduire la situation de l'établissement des parties. On a noté qu'une solution pourrait être de tenir compte de l'adresse d'origine des messages électroniques. Par exemple, lorsqu'une partie utilisait une adresse liée à un nom de domaine associé à un pays donné (par exemple une adresse se terminant par « .at » pour l'Autriche ou par « .nz » pour la Nouvelle-Zélande), on pouvait arguer que l'établissement devait être situé dans ce pays. Ainsi, un contrat de vente entre une partie utilisant une adresse électronique désignant un pays donné et une partie utilisant une adresse électronique désignant un pays différent serait considéré comme international.

98. Cette proposition toutefois a été critiquée au motif qu'une adresse électronique ou un nom de domaine ne pouvait être automatiquement considéré comme l'équivalent fonctionnel, dans un environnement électronique, de la situation physique de l'établissement d'une partie. Il était courant dans certaines branches d'industrie que des sociétés offrent des biens et des services par l'intermédiaire de divers sites Web régionaux ayant des noms de domaines liés à des pays où ces sociétés n'avaient pas d'"établissement" au sens classique du terme. En outre, les marchandises commandées sur l'un quelconque de ces sites Web pouvaient être livrées à partir d'entrepôts existants pour approvisionner une région particulière pouvant être située physiquement dans un pays autre que ceux liés aux noms de domaines en cause.

99. On a fait observer à cet égard que le système utilisé pour assigner des noms de domaines sur Internet n'avait pas été à l'origine conçu en termes strictement géographiques, ce qui ressortait à l'évidence de l'utilisation de noms de domaines et d'adresses électroniques qui étaient sans lien avec un pays

particulier, comme les noms de domaines génériques comme « .com », ou « .net ».

100. Au cours des débats du Groupe de travail, on a de plus en plus pris conscience des limitations de la démarche consistant à considérer les seuls noms de domaines et adresses électroniques comme des facteurs déterminant l'internationalité dans l'environnement Internet. On a également rappelé au Groupe de travail qu'il fallait élaborer des règles qui tiennent compte de l'architecture particulière d'Internet et ne nécessitent pas de modifications substantielles des systèmes actuellement utilisés. C'est en ayant ces considérations à l'esprit que le Groupe de travail a procédé à un libre échange de vues sur les travaux envisageables en la matière.

101. Une possibilité était de créer une présomption d'internationalité pour les opérations effectuées sur Internet, à moins que les parties n'indiquent clairement que leurs établissements étaient situés dans le même pays. Une telle présomption pourrait être conçue comme une règle par défaut associée à l'obligation positive, pour les parties commerçant sur Internet, d'indiquer clairement leurs établissements. On a argué que l'absence de mention claire d'un établissement pouvait être interprétée comme indiquant que la partie ne voulait pas être située dans un pays donné ou pouvait vouloir être accessible partout dans le monde. Une telle approche pouvait être combinée avec le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes, à condition que l'on puisse présumer que quiconque contracte électroniquement avec une partie ne révélant pas son établissement ne pouvait pas ignorer qu'il contractait "internationalement".

102. On s'est néanmoins opposé à cette solution au motif qu'elle aboutirait à traiter les opérations de vente sur Internet différemment des opérations de vente effectuées par des moyens plus traditionnels, pour lesquelles il n'existait pas de présomption d'internationalité de ce type. En outre, on pouvait se demander si les parties devaient pouvoir choisir librement les règles régissant leurs opérations en choisissant le lieu qu'elles déclaraient comme leur établissement. On a dit que ceci n'était pas souhaitable, dans la mesure où les parties pourraient ainsi transformer des opérations purement internes en opérations internationales dans le seul but d'éviter l'application de la loi d'un pays donné.

103. Le Groupe de travail était conscient de la nécessité d'examiner pleinement les implications des diverses propositions faites. Néanmoins, on a d'une manière générale estimé au sein du Groupe que, dans l'intérêt de la prévisibilité du droit applicable aux opérations de vente effectuées sur Internet, il serait souhaitable de concevoir des règles permettant de déterminer avec certitude où se trouve "l'établissement" des parties lorsque le contrat est conclu électroniquement. De telles règles pourraient comprendre une obligation positive à la charge des parties de révéler leur établissement, associée à une série de règles applicables à défaut permettant de décider de l'internationalité sur la base de certains facteurs en l'absence d'indications suffisantes des parties. Lorsque l'on définira ces facteurs, il faudrait absolument éviter de créer une situation dans laquelle une partie donnée serait considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle contracte électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contracte par des moyens plus classiques.

104. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait étudier plus avant le contenu possible d'une définition de l'"établissement" aux fins des opérations commerciales électroniques. Il faudrait en particulier étudier comment des notions couramment employées dans la doctrine en ce qui concerne l'établissement dans le commerce traditionnel, telles que la "stabilité" ou l'"autonomie" de l'établissement, pouvaient être transposées dans le cyberspace. Tout en retenant l'approche de l'"équivalence fonctionnelle" adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le Groupe de travail n'a pas exclu la possibilité de devoir suivre un raisonnement juridique plus novateur face aux problèmes soulevés par la question de l'internationalité s'agissant des opérations effectuées sur Internet.

3. Parties à l'opération de vente

105. Le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies sur les ventes ne définissait pas la notion de "partie" à une opération de vente, une question laissée à la loi nationale applicable. À cet égard, il s'est demandé si l'utilisation croissante de systèmes pleinement automatisés, par exemple pour émettre des commandes, nécessitait une adaptation de la notion de "partie" pour répondre aux besoins du commerce électronique. Il s'est aussi demandé si un système automatisé pouvait être considéré comme

l'équivalent électronique d'un mandataire au sens traditionnel du droit des contrats et si la partie pour le compte de laquelle un tel système était utilisé pouvait invoquer les mêmes exceptions qu'une partie contractant par l'intermédiaire d'un représentant en droit des contrats.

106. Dès le début de son débat, le Groupe de travail a noté qu'il avait examiné la question de l'"agent électronique" dans le cadre de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. À cette occasion, il avait considéré que les parties pouvaient créer librement un système de communication automatisé. Il avait néanmoins été généralement estimé qu'un ordinateur ne devait pas devenir un sujet de droits ni d'obligations (voir Guide pour l'incorporation de lois internes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 35). Le Groupe de travail a réitéré cette position et a considéré qu'en ce qui concerne la formation des contrats, l'utilisation de systèmes pleinement automatisés pour les opérations commerciales ne devait pas altérer les règles classiques régissant la formation des contrats et la capacité juridique.

107. Le Groupe de travail a en outre estimé que, si l'expression "agent électronique" avait été utilisée pour la convenance, l'analogie entre un système automatisé et un agent commercial n'était pas totalement adéquate et que les principes généraux du droit de la représentation (par exemple les principes concernant la limitation de la responsabilité en raison d'une faute du représentant) n'étaient pas applicables au fonctionnement de tels systèmes. Le Groupe de travail a réaffirmé la position qu'il avait adoptée antérieurement, à savoir qu'à titre de principe général, la personne (physique ou morale) pour le compte de laquelle un ordinateur est programmé devait demeurer responsable de tout message créé par la machine.

108. Toutefois, le Groupe de travail a reconnu qu'une atténuation de ce principe pourrait être justifiée dans certaines circonstances, par exemple quand un système automatisé générait des messages erronés d'une manière que la personne pour le compte de laquelle il fonctionnait ne pouvait raisonnablement anticiper. On a suggéré, parmi les éléments à prendre en considération lorsqu'on envisageait la possibilité de limiter la responsabilité de la partie pour le compte de laquelle le système était exploité, la mesure dans laquelle cette partie exerçait un contrôle sur le logiciel ou d'autres

aspects techniques de la programmation du système automatisé. On a dit également que le Groupe de travail devrait se demander, dans ce contexte, si et dans quelle mesure un système automatisé donnait la possibilité aux parties contractantes de rectifier les erreurs faites lors du processus de conclusion du contrat.

4. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes

109. Le Groupe de travail a noté que pour que la Convention des Nations Unies sur les ventes soit applicable à un contrat de vente internationale, non seulement les parties doivent avoir leur établissement dans des pays différents, mais ces pays doivent être des États contractants à la Convention à un moment donné (art. 100). Lorsque ce critère d'applicabilité énoncé au paragraphe 1 a) de l'article premier n'est pas rempli, les règles de droit international privé du for doivent mener à l'application de la loi d'un État contractant, comme indiqué au paragraphe 1 b) de l'article premier.

110. Conscient des difficultés soulevées par la formulation d'une définition opérationnelle de l'"établissement" dans un environnement électronique, le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait d'examiner de plus près le lieu de conclusion d'un contrat de vente comme facteur d'association à un pays donné.

111. On a fait observer que les articles 11 à 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique contenaient un certain nombre de dispositions qui, appliquées en association avec les notions traditionnelles utilisées dans le contexte de la formation des contrats, permettaient de déterminer le lieu où un contrat avait été conclu, lorsque cette question était soulevée en relation avec une opération donnée. Cependant, ces dispositions de la Loi type ne fournissaient pas d'indication positive sur le lieu où un contrat devait être réputé avoir été conclu. En conséquence, elles pouvaient ne pas toujours permettre aux parties de préciser à l'avance où le contrat avait été conclu. On a estimé que, en vue d'assurer la prévisibilité et de renforcer la sécurité juridique, il serait bon que le Groupe de travail envisage de définir des critères positifs permettant de déterminer le lieu de conclusion des contrats dans un environnement électronique.

112. En réponse à cette proposition, il a été indiqué que la détermination du lieu de conclusion des contrats revêtait une importance particulière pour l'application des règles de droit international privé, mais présentait moins d'intérêt s'agissant de l'application des règles de fond du droit des contrats, sur lesquelles le Groupe de travail concentrait son attention. Selon une opinion, celui-ci aurait tout intérêt à éviter de se placer sur le terrain du droit international privé, qui relèverait plutôt de la compétence d'autres organisations.

113. Toutefois, les membres du Groupe de travail ont dans leur majorité considéré qu'il serait bon que celui-ci formule des règles spécifiques de droit international privé si cela devenait nécessaire pour clarifier les questions soulevées par la formation des contrats dans un environnement électronique. S'il est vrai que son activité n'était pas axée sur les questions de droit international privé, la Commission avait adopté une approche souple dans ce domaine et n'avait pas hésité à formuler des solutions appropriées concernant des questions de droit international privé qui s'étaient posées à l'occasion de thèmes précis de son programme de travail. En ce qui concerne la question particulière à l'examen, le Groupe de travail s'est toutefois accordé à penser que le lieu de conclusion d'un contrat, de la façon dont le concevait depuis toujours le droit international privé, pourrait ne pas suffire à fonder une solution opérationnelle dans un environnement électronique, et que d'autres notions plus modernes, telles que la notion de centre de gravité d'un contrat ou d'autres notions connexes, pourraient également être étudiées. Il conviendrait d'accorder une attention particulière aux modalités selon lesquelles ces questions étaient abordées dans la pratique, en particulier dans le cadre des conditions générales des contrats en vigueur dans le commerce international.

5. Notions de "biens" et de "contrats de vente"

114. Le Groupe de travail a pris note du fait que la Convention des Nations Unies sur les ventes ne s'appliquait qu'aux contrats de vente internationale de "marchandises", terme que l'on avait toujours compris comme désignant essentiellement les biens corporels mobiliers, ce qui excluait les biens incorporels tels que les droits sur les brevets, les marques de fabrique, de commerce et de service, les droits d'auteur et une part d'une société à responsabilité limitée ainsi que le savoir-faire. Dans cet ordre d'idées, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si et dans quelle

mesure l'instrument futur actuellement à l'étude devrait s'appliquer aux opérations portant sur des biens autres que les biens corporels mobiliers, comme ceux qu'on appelle "biens virtuels" (par exemple les logiciels, les fichiers musicaux ou cinématographiques ou d'autres informations accessibles sur support électronique).

115. Une majorité des membres du Groupe de travail ont considéré que les instruments internationaux en vigueur, notamment la Convention des Nations Unies sur les ventes, ne s'appliquaient pas à toute une série d'opérations actuellement effectuées en ligne et qu'il pourrait être utile d'élaborer des règles harmonisées régissant les opérations internationales autres que les ventes de biens corporels mobiliers classiques. Le Groupe de travail a ensuite examiné les éléments qu'il conviendrait de prendre en considération pour définir le champ d'application d'un nouveau régime international de ce type.

116. Une majorité des membres du Groupe de travail se sont accordés à dire que, lors de l'élaboration de règles internationales devant régir les contrats électroniques, il conviendrait d'établir une distinction entre les contrats de vente et les contrats de licence. Dans le premier cas, le titre de propriété des biens était transféré du vendeur à l'acheteur, tandis que dans le second cas, l'acheteur n'acquerrait qu'un droit limité d'utilisation du produit, dans les conditions énoncées dans le contrat de licence. Le fait que les produits fassent l'objet ou non de droits de propriété intellectuelle exclusifs, tels que les droits d'auteur, n'était pas toujours l'élément fondant cette distinction, car même des informations non protégées par le droit d'auteur pouvaient faire l'objet d'un accord de licence, comme dans le cas d'informations accessibles en ligne pour des abonnés de certaines bases de données électroniques ou certains sites Web. D'un autre côté, certaines opérations portant sur des biens protégés par le droit d'auteur, tels que les logiciels, pouvaient dans certains cas être considérées comme des ventes, lorsque le logiciel en question était incorporé dans un bien corporel, par exemple un logiciel de navigation dans une automobile, dès l'instant que l'utilisation du logiciel n'était pas régie par un accord de licence distinct.

117. Il a été dit qu'il convenait d'établir une autre distinction, à savoir entre les contrats de vente de biens et les contrats de prestation de services, même s'il était

admis que dans la pratique, il n'était pas toujours possible de bien distinguer ces deux types d'opérations. On a fait observer que l'existence d'un support corporel pouvant être désigné comme un "bien" n'était pas toujours un facteur suffisant pour établir une telle distinction. Les opérations portant sur des articles du secteur des divertissements tels que les disques de musique ou les vidéodisques étaient des exemples qui montraient bien la difficulté qu'il y avait à établir une distinction entre biens et services. La vente en ligne d'articles tels que les minidisques ou les cassettes vidéo pouvait généralement être considérée comme une vente de biens, tandis que la diffusion en ligne de films, d'émissions de télévision ou de concerts de musique semblait relever de la catégorie des services. Toutefois, la technologie moderne permettait également d'acheter des fichiers numérisés de musique ou vidéo qui pouvaient être téléchargés directement depuis le site Web du vendeur, sans livraison d'aucun support corporel. En pareil cas, il y avait lieu d'examiner de plus près l'intention des parties afin de déterminer si l'opération portait sur des biens ou sur des services.

118. On a également rappelé au Groupe de travail le débat actuellement engagé sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur la question de savoir si les opérations de commerce électronique transfrontalières devraient être considérées comme des opérations portant sur le commerce des biens ou sur le commerce des services. Il a été convenu que, bien que l'optique dans laquelle l'OMC traitait cette question pouvait ne pas coïncider avec celle de la Commission, les vues exprimées au sein du Groupe de travail ne devraient pas préjuger du résultat du débat mené au sein de l'OMC.

6. Vente aux consommateurs

119. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'en vertu de l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, celle-ci ne régit pas les ventes "de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage".

120. On s'est généralement accordé à penser que si la CNUDCI élaborait un instrument relatif aux contrats

électroniques, celui-ci ne devrait pas être axé sur les problèmes de protection du consommateur. On a pensé néanmoins qu'il pourrait être difficile, en traitant des contrats électroniques, de séparer complètement les problèmes touchant les entreprises de ceux touchant les particuliers. On a fait observer que, dans les ventes électroniques, le contrat entre le vendeur et l'acheteur pouvait être réduit à une si simple expression qu'il serait impossible pour le vendeur en puissance de savoir si l'acheteur en puissance était ou non un consommateur. D'autre part, compte tenu des nombreuses ressemblances entre des consommateurs et certaines petites entreprises que l'on peut en principe considérer comme des "commerçants", il peut être d'un intérêt douteux de vouloir maintenir une stricte distinction entre ces deux catégories. À ce sujet, l'expression "n'ait pas été censé savoir", dans l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, pourrait être difficile à appliquer dans la pratique aux opérations effectuées par voie électronique. D'une manière plus générale, il a été affirmé que la notion de "consommateur" sous-jacente au texte de l'alinéa a) de l'article 2 risquait de ne pas bien correspondre à l'évolution récente du droit de la consommation dans certains pays ou dans certaines régions.

121. Différents points de vue ont été avancés quant à la manière dont un futur instrument relatif aux contrats électroniques devrait traiter les problèmes des consommateurs. Selon un de ces points de vue, il pourrait y avoir lieu d'élaborer deux instruments distincts visant l'un les opérations commerciales et l'autre celles concernant le consommateur. Selon un autre, largement répandu parmi les membres du Groupe de travail, le futur instrument devrait aborder les problèmes concernant le consommateur d'une manière assez proche de ce qui avait été fait à l'article 1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le point de vue qui a prévalu est celui selon lequel il faudrait s'employer à préciser encore la notion de "transactions impliquant des consommateurs", afin de mieux comprendre si une distinction fondée sur le fait qu'une transaction implique des consommateurs ou a un caractère commercial peut être exploitable dans la pratique.

122. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a abouti à la conclusion préliminaire suivante: lorsqu'on entreprendrait des études sur la portée possible d'un futur instrument relatif aux contrats électroniques, il ne

faudrait pas se concentrer sur les questions touchant la protection du consommateur. Néanmoins, vu qu'il serait difficile en pratique de faire la distinction entre certaines transactions impliquant les consommateurs et les transactions commerciales, il faudrait garder à l'esprit les problèmes soulevés dans le cas des premières. Quoi qu'il en soit, même si celles-ci étaient en fin de compte exclues de la portée de l'instrument, il faudrait se pencher davantage sur la définition du "consommateur" aux fins de celle de la portée de l'instrument. À cet égard, nombreux sont ceux qui ont estimé qu'il pourrait y avoir lieu de réexaminer la description de transactions impliquant des consommateurs énoncée à l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, en vue de coller de plus près à la pratique du commerce électronique.

7. Conditions de forme imposées par la Convention des Nations Unies sur les ventes

123. Le Groupe de travail a étudié la question de savoir si les États contractants qui ont fait une déclaration au titre de l'article 96 devraient être encouragés à la retirer. Nombreux sont ceux qui ont estimé que ce serait souhaitable et que cela aurait des incidences favorables à la fois sur le développement du commerce électronique et sur l'unification du droit commercial international dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Un membre a cependant été d'avis qu'il ne fallait pas nécessairement considérer les réserves émises comme des obstacles au recours au commerce électronique, à condition que la législation nationale soit suffisamment souple pour permettre une définition large de la prescription de la forme écrite. On est généralement convenu que la question pourrait se prêter à un examen plus approfondi dans le cadre de l'ensemble des travaux à entreprendre concernant l'élimination des obstacles juridiques au développement du commerce électronique contenus dans les instruments relatifs au commerce international (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/CRP.1/Add.4).

8. Formation des contrats: questions d'ordre général

124. Dans le cadre du débat consacré aux questions relatives à la formation des contrats, le Groupe de travail a repris l'examen de la question de savoir si la portée d'un futur instrument international relatif aux

contrats électroniques devrait être limitée aux contrats de vente ou si elle devait s'étendre plus largement aux problèmes d'ordre général posés par l'application de la théorie des contrats au commerce électronique (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/CRP.1/Add.8). On a été généralement d'accord que si examiner les contrats de vente à la lumière de la Convention des Nations Unies sur les ventes était un bon point de départ, le projet à entreprendre n'en devrait pas moins viser à trouver des solutions prévisibles aux problèmes plus amples de la formation des contrats en général. Aucune recommandation n'a pu être formulée, à un stade aussi peu avancé, sur la question de savoir s'il conviendrait en fin de compte de faire de l'instrument un texte entièrement nouveau ou un protocole se rapportant à la Convention des Nations Unies sur les ventes, mais le sentiment le plus partagé a été qu'il fallait établir l'instrument en retenant comme hypothèse de travail que celui-ci serait une convention à part entière traitant largement des questions concernant la formation des contrats dans le commerce électronique. Parmi les problèmes que l'instrument devrait aborder, les suggestions suivantes ont généralement été considérées comme intéressantes: la question de la formation des contrats par offre et acceptation, le lieu où se trouvent les parties, les moments auxquels a lieu la communication, la théorie de la réception et de l'expédition, le traitement des erreurs et méprises et l'incorporation par référence. À ce sujet, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur la nécessité d'éviter que ses activités fassent double emploi avec celles d'autres organisations internationales. On a été généralement d'avis que tout projet visant l'établissement de directives ou de principes généraux s'appliquant dans le domaine des contrats électroniques (tels que les nouveaux chapitres qui pourraient être ajoutés aux Principes d'Unidroit en matière de contrats commerciaux internationaux) serait utilement complété par une action menée par la CNUDCI pour élaborer des règles n'ayant pas force obligatoire ("droit indicatif") sous la forme d'une convention internationale visant à rendre plus certaines et prévisibles les règles de droit régissant le commerce électronique.

9. Formation des contrats: offre et acceptation

125. On est généralement convenu qu'il faudrait poursuivre l'analyse des pratiques qui ont cours dans le commerce électronique afin de savoir comment elles se situeraient par rapport au contexte juridique existant en

matière d'offre et d'acceptation. On a fait observer que le commerce électronique permettait d'envoyer une information donnée à de multiples parties. Il se pourrait que cette information soit difficile à classer en appliquant les distinctions existantes entre ce qui peut constituer une "offre" et ce qui pourrait être interprété comme une "invitation à entamer des pourparlers". Le parallèle entre catalogues et centres commerciaux en ligne, d'une part, et, de l'autre, les solutions juridiques élaborées pour les catalogues et centres commerciaux du commerce traditionnel, serait aussi à étudier.

126. Sur la question de savoir comment le consentement peut être exprimé dans une transaction en ligne, on a estimé dans l'ensemble que les questions suivantes mériteraient, entre autres, d'être étudiées: l'acceptation et la force obligatoire des conditions d'un contrat affiché sur un écran d'ordinateur mais auxquelles une partie ne s'attend pas nécessairement; la possibilité qu'a l'acheteur d'imprimer les conditions générales du contrat; la conservation des documents; l'incorporation par référence de clauses contractuelles accessibles au moyen d'un lien hypertexte. On a fait observer que, dans le secteur des logiciels, les solutions élaborées – l'ouverture d'un emballage contenant le support corporel du logiciel (on peut parler d'un "accord par enlèvement du film rétractable") valant acceptation de la teneur de l'accord de licence – ne pourraient pas nécessairement trouver d'équivalent pour la livraison en ligne d'un logiciel, car dans ce cas on demande au client d'accepter les conditions du contrat de licence avant de passer ce contrat (on peut parler alors d'un "accord par cliquage"). Après en avoir débattu, le Groupe de travail est convenu qu'il conviendrait d'accorder une attention particulière à l'expression du consentement par cliquage. Une mise en garde a cependant été formulée quant à la nécessité de se maintenir dans une perspective indépendante de la technologie utilisée lorsqu'on aborde les problèmes de la formation des contrats en ligne. On pourrait bien se pencher sur les divers moyens techniques par lesquels le consentement pourrait être exprimé en ligne, mais les règles à élaborer devraient être suffisamment générales pour résister à une certaine dose de changement technologique. En outre, on a fait observer qu'il faudrait tenir compte, dans un futur système de passation des contrats en ligne, du cas où les techniques de communication utilisées au moment de la formation du contrat font appel à la fois à des éléments sur support électronique et sur support papier.

Il pourrait falloir alors étudier plus avant le lien entre l'utilisation de signatures et l'expression du consentement.

10. Formation des contrats: réception et expédition

127. En ce qui concerne les questions relatives à la réception et à l'expédition dans la formation de contrats à distance, on s'est généralement accordé à penser qu'un futur instrument juridique devrait laisser une certaine marge de manœuvre pour ce qui est du recours aux techniques du commerce électronique, tant dans le cas où la communication est instantanée que dans celui où l'échange de messages électroniques s'apparente davantage à l'utilisation du courrier ordinaire.

D. Enquête sur l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

128. À la fin de son débat préliminaire sur la portée et la teneur possibles d'un futur instrument relatif aux contrats électroniques, le Groupe de travail a estimé que ses travaux à venir seraient facilités s'il pouvait obtenir des renseignements détaillés sur la mesure dans laquelle les diverses dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique avaient été adoptées sur le plan législatif. À ce sujet, il a été suggéré de recenser les dispositions législatives nationales qui ressemblaient suffisamment à celles de la Loi type pour être considérées comme représentant des cas d'adoption de celle-ci. Le secrétariat a été prié de demander aux États et aux observateurs de présenter une information détaillée sur la forme sous laquelle les dispositions générales de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique avaient été incorporées à la législation nationale, ou sous laquelle on les examinait à cette fin, dans les différents pays.

129. Il a été rappelé que la Commission avait mis en place un système de collecte et de diffusion de la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI et que ce système s'étendait à l'adoption de tous les textes découlant de ses travaux, y compris la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁷. Ce système faisait appel aux correspondants nationaux pour relever les décisions intéressantes et en établir des résumés dans une des langues officielles de l'ONU. On a estimé qu'étant donné que plusieurs pays avaient adopté des lois inspirées de la Loi type, il serait

souhaitable que soient communiquées les décisions de justice et sentences arbitrales donnant une interprétation de ces lois. La publication de résumés de ces décisions et sentences pourrait aider à promouvoir la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et aider à faire en sorte que celle-ci soit interprétée de façon uniforme. Le Groupe de travail a demandé aux gouvernements d'aider le secrétariat à obtenir des renseignements sur les jugements constituant une interprétation de leur législation inspirée de la Loi type.

E. Règlement des différends en ligne

130. Le Groupe de travail a noté que les questions liées aux mécanismes de règlement des différends en ligne retenaient de plus en plus l'attention dans diverses instances, car l'on estimait d'une manière générale qu'il fallait offrir aux parties à des opérations de commerce électronique des moyens efficaces et rapides de régler leurs différends, d'autant plus qu'il était difficile d'asseoir une compétence sur les opérations réalisées par Internet et de déterminer la loi applicable. Toutefois, malgré cet intérêt marqué et généralisé pour le sujet, les tentatives concrètes pour mettre en place des mécanismes de règlement des différends en ligne n'en étaient qu'à leurs débuts et les résultats en étaient diversement satisfaisants.

131. Le mécanisme de règlement des différends relatif aux noms de domaine mis en place par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) a été mentionné comme l'un des rares exemples de mécanisme performant. Toutefois, on a fait observer que le fonctionnement du système de l'ICANN était facilité par la gamme très limitée des différends dont il avait à connaître, à savoir les seuls différends concernant l'attribution des noms de domaine. En outre, en tant que mécanisme de règlement des différends "exécutif", le système de l'ICANN n'était pas confronté aux difficultés qui affectaient l'exécution des décisions rendues dans le cadre de certains mécanismes non judiciaires de règlement des différends.

132. Le Groupe de travail a estimé qu'étant donné l'importance du sujet et le grand nombre d'organisations internationales, tant gouvernementales qu'intergouvernementales, qui étaient en train d'exécuter des projets dans le domaine du règlement des différends en ligne, par exemple la CCI, la

Conférence de La Haye de droit international privé, l'OCDE et l'OMPI, il conviendrait que le secrétariat suive ces travaux et que la Commission prenne les mesures qu'elle juge appropriées pour assurer la coordination.

133. De l'avis général, il était difficile, compte tenu du caractère relativement nouveau des mécanismes de règlement des différends en ligne, de décider d'emblée de la forme exacte que prendraient les travaux futurs sur le sujet. On a noté que le Groupe de travail de l'arbitrage avait déjà commencé à examiner comment il pourrait falloir amender ou interpréter les instruments juridiques de caractère législatif en vigueur pour écarter les prescriptions en vigueur concernant la forme écrite des compromis d'arbitrage. On a généralement convenu que le Groupe de travail devrait être prêt à mettre ses compétences à la disposition du Groupe de travail sur l'arbitrage le moment venu. Il a aussi été décidé qu'une étude devrait être menée pour examiner la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour déterminer s'ils répondaient aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne.

F. Priorité relative des futurs sujets

134. Le Groupe de travail a décidé de recommander à la Commission de commencer à titre prioritaire les travaux en vue de l'élaboration d'un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. Dans le même temps, il a été décidé de recommander à la Commission de charger le secrétariat de mener les études nécessaires sur trois autres sujets examinés par le Groupe de travail, à savoir: a) une étude complète des obstacles juridiques au développement du commerce électronique contenus dans les instruments internationaux, notamment les instruments déjà mentionnés dans l'étude du CEFAC; b) une autre étude sur les questions que pose le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques, et les systèmes de publication et d'enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; et c) une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que du Règlement de l'arbitrage de la CNUDCI visant à déterminer s'ils répondent aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne.

135. Le Groupe de travail, sachant que les ressources dont dispose le secrétariat de la Commission sont limitées, a reconnu qu'il pourrait ne pas être possible d'effectuer ces études supplémentaires avant la trente-cinquième session de la Commission.

Notes

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

² *Ibid., cinquante-troisième session, Supplément n° 17 (A/53/17), par. 207 à 211.*

³ *Ibid., cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 308 à 314.*

⁴ *Ibid., cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17), par. 380 à 383.*

⁵ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980 (publication des Nations Unies, numéro de vente: 81.IV.3).*

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17), par. 384 à 388.*

⁷ On trouvera un rapport récent sur ce système dans le document suivant: *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17), par. 413 à 415.*