

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE INTERNATIONAL: LE  
FORMALISME AU REGARD DE LA CONVENTION CNUDCI 2005

MÉMOIRE  
PRÉSENTÉ  
COMME EXIGENCE PARTIELLE  
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR  
KAMEL MEHDAOUI

MARS 2010

# UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Service des bibliothèques

## Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 -Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

## TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ .....	iv
INTRODUCTION .....	1
CHAPITRE I : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE INTERNATIONAL	
1.1 Les modalités de formation du contrat électronique international.....	11
1.1.1 L'offre électronique.....	11
1.1.2 L'acceptation en ligne .....	18
1.1.3 La signature électronique .....	24
1.1.4 La signature numérique .....	38
1.2 La localisation de la formation du contrat électronique international .....	39
1.2.1 La preuve du contrat électronique .....	40
1.2.2 L'archivage électronique produisant des preuves fidèles et durables.....	45
CHAPITRE II : L'ÉMERGENCE D'UN CADRE NORMATIF POUR LE PRINCIPE DU FORMALISME CONTRACTUEL ÉLECTRONIQUE	
2.1 Le formalisme contractuel protecteur est inadapté à l'univers électronique .....	49
2.1.1 Un formalisme protecteur.....	50
2.1.2 Un formalisme inadapté au développement du commerce électronique .....	52
2.1.3 Une réforme du droit nécessaire : la <i>Convention des nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux</i> 2005 .....	54
2.2 Le formalisme contractuel au regard de la convention CNUDCI 2005.....	57
2.2.1 La reconnaissance juridique des communications électronique .....	58
2.2.2 Les exigences de forme vis-à-vis aux communications électronique.....	62
2.2.3 L'erreur dans la communication électronique .....	71
2.3 Les obstacles juridiques soulevés par l'émergence du formalisme contractuel électronique via la <i>Convention CNUDCI</i> .....	77
2.3.1 Les obstacles au niveau de la reconnaissance juridique de communication électronique .....	78

2.3.2 Les conditions de forme .....	80
2.3.3 Le traitement de l'erreur électronique .....	85
CONCLUSION.....	91
BIBLIOGRAPHIE .....	95
APPENDICE A CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX.....	108

## RÉSUMÉ

Les progrès spectaculaires et rapides dans les domaines technologiques, essentiellement la technologie de l'information, recèlent des enjeux juridiques à la mesure de ces phénomènes. En effet, les communications se transmettent plus loin et plus vite que jamais. On conclut des marchés, on mène des transactions et on prend des décisions dans des délais qui auraient tout simplement semblé inconcevable dans le passé. La vente internationale demeure sans doute le principal instrument du commerce international. Cette importance se manifeste par l'uniformité juridique essentiellement à travers les conventions internationales.

Une nouvelle situation de relation juridique, entre le contrat de vente internationale de marchandises et le commerce électronique, se concrétise en réalité par la conclusion des contrats de vente par l'intermédiaire de réseaux de télécommunication essentiellement l'Internet. Néanmoins, la matière juridique, en évolution constante dans un environnement international, prend sa source dans une multitude de conventions. Dans ce cadre général, nous analyserons le contrat électronique international.

Mots clefs: commerce international; commerce électronique; contrat électronique; formalisme contractuel; signature électronique.

## INTRODUCTION

Après quelques balbutiements, les commerçants réalisent que la vente sur Internet ne se limite pas à la réalisation d'un site vitrine, puis d'un catalogue en ligne. Les possibilités offertes par les nouvelles technologies de l'information permettent de se convenir et contracter sous des formes radicalement nouvelles<sup>1</sup>. Ce développement a déclenché des enjeux juridiques, spécialement en matière de conclusion des transactions commerciales internationales.

En ce siècle, le commerce électronique est un sujet dont plusieurs auteurs parlent. Ces recherches tiennent à identifier d'une part, l'étendue de la mise à jour juridique au regard du développement technologique. D'autre part, elles permettent de mettre le premier pas sur le chemin de la définition, les fondements et la nature juridique, du résultat d'un mariage entre une transaction commerciale internationale et le commerce électronique. En effet, le recours à des moyens modernes de communication, tel que le courrier électronique et l'échange de données informatisées (EDI), pour la conclusion des contrats commerciaux internationaux, se répand rapidement et devrait continuer de se développer<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir Alain Bensoussan, dir., *L'Internet, aspect juridique*, Paris, Hèmes, 1996 à la p. 53.

<sup>2</sup> Voir CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce international et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation*, New York, Nations Unies, 1996 [ci-après : *Guide pour l'incorporation de la loi type sur le commerce électronique*].

Le droit se doit de répondre à cette évolution. Son silence est interprété par les impatientes comme le signe de son inadaptation face à la modernité des réseaux numériques.

Dans cette perception ouverte, la pertinence du sujet : la formation du contrat électronique international est évidente. Bien plus, l'importance pratique se manifeste par l'élaboration de la *Convention sur l'utilisation des communications électronique dans les contrats internationaux* en 2005<sup>3</sup>.

A titre liminaire, il est indispensable de cerner une définition du commerce électronique, puis du contrat électronique; En effet, par l'exposé d'une définition il nous sera possible de savoir dès l'abord, si le commerce électronique peut être rattaché ou entrer dans un cadre juridique préétabli.

La Commission de Nation Unie pour le Droit Commercial International (CNUDCI) a adopté le 12 décembre 1996 une *Loi type sur le commerce électronique*. Bien que consacré au commerce électronique, ce document ne contient pas de définition de commerce électronique mais uniquement une définition de l'EDI. La commission a estimé adopter une conception large, couvrant toute une série d'utilisation de l'EDI liée au commerce, que l'on pouvait désigner de manière générale par la formule commerce électronique<sup>4</sup>.

Selon le rapport Lorentz sur le commerce électronique, le commerce électronique peut être sommairement défini comme « l'ensemble des échanges

---

<sup>3</sup> *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Doc. off. AGNU, 51<sup>e</sup> sess., supp. n<sup>o</sup>. 17, Doc. NU A/RES/60/515 (2005) (non entrée en vigueur) [*Convention CNUDCI*].

<sup>4</sup> Voir *Loi type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international*, Doc. off. AGNU, 51<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/RES/51/162 (1997) au para. 12 [*Loi type sur le commerce électronique*].

numérisés, liés à des activités commerciales, entre entreprises, entre entreprises et particuliers ou entre entreprises et administration »<sup>5</sup>.

Le rapport de l'Association Française de la Télématique multimédia (AFTEL), mis à jour en 1998, propose deux définitions du commerce électronique plus ou moins larges selon que l'on y inclut la simple recherche d'informations sur des produits ou des services.

Dans sa définition restreinte, le commerce électronique désigne l'ensemble des échanges commerciaux dans lesquels l'achat s'effectue dans un réseau de télécommunications. Le commerce électronique recouvre donc aussi bien la simple prise de commande que l'achat avec paiement, et concerne autant les achats de biens que ceux de services, qu'ils soient eux-mêmes directement consommés en ligne (services d'information, jeux...) ou non;

Dans sa définition plus extensive, on peut inclure dans le « commerce électronique » l'ensemble des usages commerciaux des réseaux, y compris ceux dans lesquels une entreprise ne fait que présenter ses produits, la commande s'effectuant hors ligne. La frontière entre le « commerce électronique » et le reste des échanges sur les réseaux en devient certes un peu floue – mais ne l'est-elle pas également dans le monde physique ?<sup>6</sup>

Les définitions du commerce électronique sont très nombreuses. La notion est sur le point de devenir générique, et de recouvrir l'ensemble des activités économiques liées aux réseaux numériques et à l'informatique. Le commerce électronique n'a pas en tant que tel de définition juridique unanimement reconnue,

---

<sup>5</sup> France, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, *Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, janvier 1998 (Président F. Lorentz), Enjeux et Perspective, en ligne : [minefi.gouv.fr](http://minefi.gouv.fr), < [http://www.bercy.gouv.fr/fonds\\_documentaire/commerce\\_electronique/lorentz/sommaire.htm](http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/commerce_electronique/lorentz/sommaire.htm) > [Rapport Lorentz].

<sup>6</sup> France, AFTEL, *Internet, les enjeux pour la France*, 1998 à la p. 85.

mais celle-ci devrait apparaître indirectement dans les ordres juridiques nationaux<sup>7</sup>.

On peut proposer la définition suivante :

Le commerce électronique, ce sont les transactions, communications, échanges de biens et de services, intégralement ou partiellement conclu et exécutés par voie électronique à distance entre les entreprises et ses partenaires quelle que soit la qualité de ses partenaires<sup>8</sup>.

L'OMC propose elle la définition suivante, « l'ensemble des activités, de production, de publicité, de vente et de distribution des produits effectués par l'intermédiaire des réseaux de télécommunication »<sup>9</sup>.

Dans une vision plus spécifique, le commerce électronique est sans doute le domaine qui offre le plus de potentiel au développement de l'Internet. C'est un réseau informatique, un ensemble de lignes, de voies de communication, de conducteurs électriques, de canalisations qui desservent une même unité géographique ou dépendent d'une même compagnie ; par extension, « un ensemble d'équipement interconnectés »<sup>10</sup>. L'Internet est un réseau de réseaux, qui interconnecte des serveurs

---

<sup>7</sup> Il existe une multitude de définitions du commerce électronique. Voir par ex. Gouvernement du Québec, *Pour une société branchée, favoriser l'utilisation d'Internet et le développement du commerce électronique*, Québec, Publications du Québec, 2000, en ligne : [finances.gouv.qc.ca, < http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2000-2001/fr/pdf/societe\\_branche.pdf >](http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2000-2001/fr/pdf/societe_branche.pdf) à la p. 7 :

l'ensemble des transactions où la relation avec le client (échange d'informations, contrats, choix de produits et services, appels d'offres, soumissions, etc.) s'établit par voie électronique, sauf habituellement la livraison physique d'un produit ou d'un service.(...) De façon simple, on peut ainsi définir le commerce électronique comme l'ensemble des opérations réalisées par voie électronique ;

Voir également Nicolas Vermeys, Karim Benyekhlef et Vincent Gautrais, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38 *Revue juridique Thémis* à la p. 643.

<sup>8</sup> Pierre Bresse, *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, Paris, Vuiber, 2000 à la p. 459.

<sup>9</sup> OMC, *Le commerce électronique et le rôle de OMC*, Genève, OMC, 1998 à la p. 83.

<sup>10</sup> « La fiscalité des réseaux et du commerce électronique », *Lamy informatique* 2000 à la p. 1560.

d'informations auquel peuvent se connecter des utilisateurs selon des protocoles normalisés.

La présente étude se limitera essentiellement à l'Internet, puisque « c'est le média auquel le commerce électronique est le plus souvent associé »<sup>11</sup>.

En ce qui concerne le contrat électronique, il est par essence un contrat qui est presque de nature internationale : il est aussi facile de contracter, par voie électronique, avec un correspondant qui se situe dans la même ville qu'avec un autre qui réside à l'autre bout de la planète<sup>12</sup>. Bien que l'expression « contrats électroniques » ait souvent été utilisée au cours des délibérations du groupe de travail IV de la CNUDCI sur le commerce électronique<sup>13</sup> (groupe de travail), celui-ci ne l'a pas définie. Néanmoins, il ressort de ses délibérations que cette expression a été utilisée pour désigner des contrats formés par des moyens de communication électroniques ou des « messages de données », au sens donné à ce terme à l'article 2, alinéa a, de la *Loi type sur le commerce électronique*. Cette interprétation de l'expression « contrats électroniques » est également compatible avec le sens qui lui est donné par la doctrine. De fait, « les contrats électroniques » sont considérés comme « une méthode de formation d'accord et non comme une subdivision fondée sur un sujet spécialisé quelconque »<sup>14</sup>. Lionel Bocharberg propose lui une vision assez large de la notion de contrat électronique. Il s'agit d'un contrat « par lequel la

---

<sup>11</sup> OMC, *Le commerce électronique et le rôle de OMC*, supra note 9 à la p. 84.

<sup>12</sup> Eric Dufresne, « Les contrats internationaux de vente » (2000) 32 *Le journal du Barreau* 39.

<sup>13</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, Doc. off. CNUDCI NU, 39<sup>ess.</sup>, Doc. NU A/CN.9/WG.IV/WP.95, (2002) à la p. 5.

<sup>14</sup> Donnie L., Kidd Jr. et William Daughtrey Jr., « Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts », (2000) 26 *Rutgers Computer and Technology Law Journal* 215 à la p. 269. Les auteurs écrivent en outre que « un contrat électronique n'est pas un type particulier de contrat mais une méthode pour passer contrat. Ce qui détermine un type particulier de contrat, c'est la matière sur laquelle celui-ci porte et non la manière de le former ».

formation et/ou l'exécution emprunte un moyen de transmission ou de communication »<sup>15</sup> numérique.

La question est de savoir si on peut qualifier comme contrat électronique, le contrat conclu sous forme écrite sur support papier et par lequel l'une des parties achète à l'autre des œuvres littéraires numérisées. Le vendeur expédiera l'objet de la commande à partir de son ordinateur et l'acheteur le recevra également sur son ordinateur. Selon Sylvette Guillemard<sup>16</sup> ce document ne fait pas partie des contrats électroniques, étant donné que le moyen par lequel doit être exécutée l'obligation n'est d'aucune utilité pour qualifier le contrat. En effet, quelle que soit la façon dont est exécutée les obligations, relèvent de la théorie traditionnelle, sans poser de problèmes particuliers autres que ceux touchant spécifiquement à l'exécution des obligations. Effectivement, on pourra parler de commerce électronique que lorsque l'une des étapes de la relation contractuelle s'effectuera en ligne, qu'il s'agisse de la conclusion de l'entente ou de l'exécution de l'obligation ou de l'une des obligations.

Ainsi, Jérôme Huet distingue, à juste titre, au sein même du commerce électronique, deux modalités d'exercice.

Le professionnel peut proposer une prestation susceptible d'être consommée directement par le biais du réseau : tel est le cas des services d'informations, et notamment des banques de données, des services de messagerie, de la fourniture de logiciels, des services ludiques...; il peut également proposer l'achat ou la commande de produits ou services qui seront livrés ou exécutés par un autre moyen : vente de marchandises, réservation dans un moyen de locomotion...Et, dans cette seconde hypothèse, le commerçant peut aussi bien proposer ses propres produits que jouer le rôle d'un fédérateur, en regroupant des fournisseurs de

---

<sup>15</sup> Lionel Bocharberg, *Internet et commerce électronique*, Paris, Delmas, 1999 à la p. 112.

<sup>16</sup> Voir Sylvain Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2003 à la p. 357 [non publiée].

produits ou services dans un espace électronique, une galerie marchande<sup>17</sup>.

On peut présenter la définition proposée par Vincent Gautrais. Pour lui, un contrat électronique est « la situation par laquelle un engagement est conclu entre deux ou plusieurs personnes qui utilisent chacun un ordinateur branché sur un réseau de communication comme moyen de transmettre une offre et une acceptation, éléments constitutifs dudit contrat »<sup>18</sup>. Pour Catherine Kessedjian, elle cible encore plus la naissance même de l'entente en excluant expressément d'autres étapes : « Nous appelons "contrats électroniques" les contrats "signés" sous forme électronique, en ligne ou en temps différé, quelle que soit la forme prise par la négociation elle-même ou l'exécution de ce contrat »<sup>19</sup>

En ce qui concerne la dénomination donnée à ce type de contrat, certains juristes<sup>20</sup> privilégient l'expression « contrat cyberspatial », plutôt que numérique ou électronique, afin de mettre en relief non pas le type de technique utilisée mais le fait que les relations d'affaire se nouent dans l'espace virtuel. En outre, ils estiment que la référence à l'électronique laisse la porte ouverte à des modes de communication classiques comme le téléphone, la télécopie, qui se situent tout à fait en dehors du cyberspace. Or, ce qui pose des questions nouvelles, c'est le cyberspace en tant que lieu d'échanges et de communication. Pour d'autres<sup>21</sup>, ils proposent de parler plutôt de « contrats relatifs à l'informatique » puisqu'il s'agit de « contrats ordinaires,

---

<sup>17</sup> Jérôme Huet, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale » (1997) 116 Petites affiches 6 au para. 4.

<sup>18</sup> Vincent Gautrais, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia/Bruylant, 2002 à la p. 26.

<sup>19</sup> Catherine Kessedjian, « Internet et le Règlement des différends » dans F.W. Grosheide et K. Boele-Woelki, dir., *Molengrafica 1999-2000*, Koninklijke Vermande, Lelystad, 2000 à la p. 82.

<sup>20</sup> Guillemard, *supra* note 16.

<sup>21</sup> Philippe Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Paris, Dalloz, 2000 à la p. 2.

soumis au régime des figures juridiques qu'ils utilisent (vente, louage, entreprise, prêt, *etc.*).

Nous privilégierons dans le cadre de cette étude, l'expression « contrat électronique », celle-ci faisant référence à la nature juridique de l'opération tout en mettant l'accent sur le contexte particulier dans lequel cette opération s'inscrit. De plus, le terme « électronique » est le terme utilisé par la CNUDCI à travers ces travaux préparatoires<sup>22</sup> et les différents outils adoptés par celle-ci, comme la *Loi type sur le commerce électronique*, qui constituent les sources de référence à cette étude.

Dans ce contexte contractuel électronique, la présente étude sera consacrée au sujet : la formation du contrat électronique internationale : Le formalisme au regard de la *Convention CNUDCI*<sup>23</sup>.

Nous pouvons dès lors formuler une problématique principale: le contrat électronique international est un nouveau phénomène juridique, qu'elle cadre et qu'elle régime juridique peut-on envisager? Puis, dégager une problématique complémentaire : qu'elle est la nouvelle identification du principe de formalisme contractuel électronique?

Le contrat électronique correspond-il à l'institution juridique que nous connaissons traditionnellement? On peut poser la question autrement en se demandant si l'institution contractuelle traditionnelle est assez souple pour s'accommoder et donner une pleine valeur aux procédés utilisés maintenant pour s'engager dans un lien de droit.

---

<sup>22</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, *supra* note 13 à la p. 5.

<sup>23</sup> *Convention CNUDCI*, *supra* note 3.

Les « contrats électroniques » ne sont pas considérés comme étant fondamentalement « différents des contrats papier »<sup>24</sup>. Cependant, ce phénomène juridique nouveau en matière contractuel, en plus de son héritage classique des conceptions juridiques, tels que le principe de l'autonomie de la volonté des parties, ou le principe de formalisme, a pris du domaine de commerce électronique certaines spécificités et caractéristiques qui ont participé à changer le visage et la présentation de ces conceptions contractuelles classiques de telle manière que certains auteurs parlent d'une originalité des contrats en ligne<sup>25</sup>. Cette originalité se manifeste notamment à travers les questions concernant la formation des contrats, qui peuvent être classées en deux grandes catégories. D'une part, les questions générales de droit des contrats relatives à la formation des contrats, et d'autre part, les questions concernant spécialement la conclusion de contrats par des moyens électroniques ou que l'utilisation de moyens modernes de communication a mises particulièrement en évidence.

En ce qui concerne la première catégorie, la question centrale est de savoir comment les notions comme l'offre et l'acceptation, la signature électronique, la localisation des communications (preuve et archivage électronique), peuvent être transposées dans un contexte électronique (partie I). La seconde catégorie englobe des questions qui, bien que n'étant pas entièrement nouvelles, ne se limitent pas seulement au problème de l'équivalence fonctionnelle. Il s'agit notamment du traitement juridique de principe de formalisme contractuel au regard de la *Convention CNUDCI* (partie II). D'une manière générale, il est possible de dire qu'il existe trois contextes relatifs à l'identification du formalisme contractuel au regard de la *Convention des nations unies sur l'utilisation de communications électronique dans*

---

<sup>24</sup> Shawn Pompian, « Is the Statute of Frauds Ready for Electronic Contracting? » (1999) 85 Virginia Law Review 1487 à la p. 1479.

<sup>25</sup> Bensoussan, *L'Internet, aspect juridique*, supra note 1 à la p. 86.

*les contrats internationaux* : celui de la reconnaissance juridique des communications électronique, celui des exigences de forme vis-à-vis a ces communication (la forme d'écrit, l'exigence relative a la signature, l'exigence relative aux originaux.) et enfin celui de l'erreur électronique et sa correction.

## **CHAPITRE I : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE INTERNATIONAL**

Les lignes suivantes traitent de questions qui sont propres à la conclusion de contrats par des moyens électroniques ou qui peuvent être mises particulièrement en évidence par l'utilisation de moyens modernes de communication. Le chapitre premier, examine les modalités de formation du contrat électronique international, et notamment de l'offre, de l'acceptation électronique et de la signature numérique. Le deuxième chapitre, traite des questions juridiques que pose l'utilisation de systèmes entièrement automatisés dans le commerce électronique, spécialement, le problème de preuve et archivage électronique.

### **1.1 Les modalités de formation du contrat électronique international**

Le marché du commerce électronique, c'est aussi la rencontre de l'offre et de la demande. Cette rencontre par terminal interposé se traduit par une offre en ligne, présentée d'une certaine façon et selon certaines modalités, et une acceptation en ligne. La conjonction de ces éléments fait naître un contrat.

#### **1.1.1 L'offre électronique**

Pour identifier l'offre électronique, il est essentiel, d'abord de déterminer la notion de l'offre, ensuite ces effets juridiques.

### 1.1.1.1 La notion de l'offre électronique

Dans le domaine de commerce international l'offre est définie conformément à l'article 14 de la *Convention de Vienne*<sup>26</sup> comme étant :

- 1) Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer.
- 2) Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire.

Jacques Ghestin affirme que l'offre est « une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat. L'acceptation de ces conditions par le destinataire de l'offre formera le contrat »<sup>27</sup>. En matière de commerce électronique, plusieurs outils sont à la disposition du pollicitant. Dans un cadre général, un vendeur peut choisir entre des moyens de communication à caractère public (Web, forums de discussions) ou privé (courrier électronique, IRC, ICQ). La distinction entre les caractères privés et publics peut revêtir une certaine importance juridique. Alors, qu'elle soit adressée à une ou plusieurs personnes déterminées et qu'elle soit suffisamment précise. Pour qu'elle soit suffisamment précise, il faut qu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer<sup>28</sup>. Une règle spécifique aux contrats électroniques semble nécessaire en liaison avec le paragraphe 2 de l'article

---

<sup>26</sup> *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (11 avril 1980), 1489 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1er janvier 1988) [*Convention de Vienne*]

<sup>27</sup> Jacques Ghestin, *Les obligations - le contrat : formation*, L.G.D.J., Paris, 1988 à la p. 69.

<sup>28</sup> Bensoussan, *L'Internet, aspect juridique*, supra note 1 à la p. 78.

14 de la *Convention de Vienne*, qui dispose qu'une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, sauf si la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire.

Dans le contexte des documents papier, les publicités dans les journaux, à la radio et à la télévision, les catalogues, les brochures ou les barèmes de prix, ils sont généralement considérés comme des invitations à soumettre des offres (y compris, d'après certains auteurs, lorsqu'ils s'adressent à un groupe précis de clients), car on considère qu'en pareil cas, la volonté d'être lié est absente. De même, le seul fait de présenter des marchandises dans une vitrine ou sur les étagères d'un libre-service est généralement considéré comme une invitation à soumettre une offre.

La situation devient plus complexe lorsque les parties offrent des biens et des services par l'intermédiaire d'un site Web. Il est possible grâce à Internet d'adresser des informations spécifiques à un nombre pratiquement illimité de personnes et la technologie actuelle permet de conclure des contrats de façon quasi instantanée. Le groupe de travail était conscient de cette situation et a estimé que les opérations effectuées par l'intermédiaire d'Internet ne seraient peut-être pas facile à classer selon les distinctions qui sont faites actuellement entre ce qui peut constituer une « offre » et ce qui devrait être interprété comme une « invitation à entamer des pourparlers »<sup>29</sup>

Si l'on fait la transposition du principe du paragraphe 2 de l'article 14 de la *Convention de Vienne* dans un contexte électronique, il faudrait considérer qu'une société qui propose des biens ou des services sur Internet ou par l'intermédiaire d'autres réseaux ouverts ne fait qu'inviter ceux qui visitent le site à faire des offres.

---

<sup>29</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 38sess., Doc. NU A/CN.9/484, (2001) au para. 125.

Par conséquent, une offre de biens ou de services faite par l'intermédiaire d'Internet ne constituerait pas à première vue une offre irrévocable<sup>30</sup>

Le paragraphe 1 de l'article 9 de l'avant-projet de la *Convention CNUDCI* traduit cette règle générale. En effet, le groupe de travail a noté que ces dispositions, qui s'inspiraient du paragraphe 1 de l'article 14 de la *Convention de Vienne*, visait à clarifier une question qui avait suscité d'innombrables discussions depuis l'apparition d'Internet. Il a été rappelé que la règle proposée résultait d'une analogie établie entre les offres faites par voie électronique et celles faites par des moyens plus traditionnels<sup>31</sup>. Il note aussi que le paragraphe 1 était censé s'appliquer aux annonces publicitaires pour des biens diffusées sur des sites Web et avait ainsi pour but d'assimiler celles-ci aux messages publicitaires figurant dans les vitrines, autrement dit de faire en sorte qu'elles soient considérées comme une invitation à l'offre et non pas comme une offre en bonne et due forme<sup>32</sup>. Néanmoins, le problème qui se pose dans ce contexte tient à la volonté éventuelle d'être lié par une offre.

---

<sup>30</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 41<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/528, (2003) au para. 56

Un message de données contenant une proposition de conclure un contrat qui n'est pas adressé à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui est normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d'information, tel qu'une offre de biens et de services par l'intermédiaire d'un site Web sur Internet, doit être considéré seulement comme une invitation à l'offre à moins qu'il n'indique l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Sauf indication contraire de l'auteur de l'offre, de biens ou de services faite [par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés au moyen d'une application interactive qui permet apparemment la conclusion automatique du contrat].

Cette conclusion du groupe de travail a été reprise dans la *Convention CNUDCI* à l'article 11.

<sup>31</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 39<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/509, (2002) aux para. 76-85.

<sup>32</sup> *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session*, *supra* note 30 au para. 58.

Un critère possible pour faire la distinction entre une offre irrévocable et une invitation à entamer des pourparlers pourrait être fondé sur la nature des applications utilisées par les parties. Selon certains juristes, on peut faire une distinction entre les sites Web offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'applications interactives et ceux qui utilisent des applications non interactives. Lorsqu'un site Web donne uniquement des informations sur une société et ses produits et que les contacts éventuels avec les clients potentiels ne sont pas établis à l'aide de ce support électronique, il n'y a guère de différence avec une publicité classique. Cependant, les applications interactives offrent la possibilité de négocier et de conclure immédiatement un contrat (voire de l'exécuter immédiatement lorsqu'il porte sur des biens virtuels) et pourraient donc être assimilées à une offre « qui reste valable jusqu'à épuisement des stocks » et non comme une « invitation à entamer des négociations »<sup>33</sup>.

Cependant, il n'est pas difficile d'automatiser l'envoi de courriers électroniques afin qu'ils s'adressent nominativement à un grand nombre de personnes dont les noms et l'adresse électronique auront été recherchés sur le Web par des logiciels fureteurs<sup>34</sup>. En revanche, si le nom des bénéficiaires n'apparaît pas en introduction du message, l'offre sera alors considérée comme invitation à l'offre et ne liera alors le pollicitant qu'à l'égard du premier acceptant. D'après Valérie Sédaillan,

un service Internet n'est rien d'autre qu'une nouvelle forme de support pour les offres et la publicité commerciales. Les informations figurant sur un service en ligne, par exemple un site Web, pouvant porter notamment

---

<sup>33</sup> Chrispoh Glatt, « Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts » (1998) 9 *International Journal of Law and Information technology* 34 à la p. 50.

<sup>34</sup> Thierry Verbiest, *La protection juridique du cyber-consommateur*, Paris, Litec, 2002 à la p. 59.

sur les prix ou les caractéristiques techniques des produits de l'entreprise ont valeur de document contractuel<sup>35</sup>.

Dans un autre cadre plus spécial, selon l'article 11 de la *Loi type sur le commerce électronique* :

dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées par un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé<sup>36</sup>.

Cet article traite de la forme sous laquelle une offre et une acceptation peuvent être exprimées. Pour certain législateur, une offre, comme toute autre expression de volonté, peut être communiquée par n'importe quel moyen, y compris des messages de données. Toutefois, cette disposition est nécessaire en raison des incertitudes qui subsistent pour d'autre législation si des contrats peuvent valablement être conclus par des moyens électroniques.

Pour constituer une offre au sens juridique du terme, le message affiché sur un site commercial ou envoyé par courrier électronique doit contenir tous les éléments nécessaires exigés par l'alinéa 1 de l'article 14 de la *Convention de Vienne*, c'est à dire :

qu'elle soit adressée à une ou plusieurs personnes déterminées et qu'elle soit suffisamment précise. Pour qu'elle soit suffisamment précise, il faut qu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe

---

<sup>35</sup> Valérie Sédailan, *Droit de l'Internet*, Paris, Netpress, 1997 à la p. 192.

<sup>36</sup> *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session*, supra note 30 au para. 61. Lorsque des messages de données sont utilisés pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.

la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer<sup>37</sup>.

L'offre ne pourra contribuer à la formation du contrat qu'à condition d'être précise, ferme et dépourvue d'équivoque<sup>38</sup>. Quand bien même un message apparaissant sur une page Web remplirait ces conditions, le gestionnaire d'un site commercial conserve la possibilité de renverser la présomption d'offre en simple invitation à pourparler.

### 1.1.1.2 Les effets juridiques de l'offre électronique

En droit commun, l'offre ferme et précise entraîne certains effets juridiques. En effet, l'offre peut être stipulée sans délai. Dans ce cas, la jurisprudence retient que l'offre doit être maintenue durant un délai raisonnable, afin que le destinataire puisse l'examiner. Ce délai raisonnable est déterminé au cas par cas par la jurisprudence<sup>39</sup>. Mais, le principe est que l'offre a un délai fixé pour l'acceptation, il devra alors maintenir sa sollicitation jusqu'à expiration de celui-ci. Et, dès lors qu'une acceptation intervient pendant le délai de validité de l'offre, le contrat sera formé.

Dans le domaine du commerce électronique, le caractère mouvant et rapide de l'Internet doit être pris en compte. L'auteur de l'offre est tenu par cette proposition tant qu'elle reste accessible par voie électronique<sup>40</sup>. La CNUDCI a adopté une position à mi-chemin entre la doctrine de la révocabilité de l'offre avant l'acceptation,

---

<sup>37</sup> CNUDCI, *Note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* à la p. 38, en ligne : [uncitral.org <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/CISG-f.pdf>](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/CISG-f.pdf) [CNUDCI, *Note explicative sur la Convention de Vienne*]

<sup>38</sup> Ghestin, *supra* note 27 à la p. 65

<sup>39</sup> Voir par ex. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 oct. 1975, Bull. III, n° 302.

<sup>40</sup> Voir par exemple en France où cette disposition a été introduite dans sa législation. *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, JO 22 juin 2004, art. 25 : « Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ».

et celle de l'irrévocabilité générale de l'offre pendant un certain délai<sup>41</sup>. En effet, une offre peut être révoquée, toutefois, la révocation doit parvenir à l'acheteur avant que ce dernier n'ait expédié son accord. D'autre part, une offre ne peut pas être révoquée si elle fixe un délai déterminé pour l'acceptation, ou bien, si elle indique son irrévocabilité. Par ailleurs, elle ne peut pas être révoquée s'il était raisonnable pour l'acheteur de la considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence<sup>42</sup>. La jurisprudence sanctionnera par des dommages et intérêts le pollicitant qui aurait effectué un retrait abusif ou prématuré de son offre<sup>43</sup>. Il reste toutefois possible pour le pollicitant de limiter les effets de son offre publique à la quantité disponible des articles proposés en inscrivant par exemple sur l'une de ses pages : « offre valable dans la limite des stocks disponibles »<sup>44</sup>. Cela dit, cette dernière précision sur l'épuisement des stocks n'est pas suffisamment informative pour le cyberacheteur car celui-ci ne peut connaître l'état des stocks et n'est donc pas en mesure d'apprécier la durée de validité de l'offre, à moins que l'offrant fournisse une indication sur l'état des stocks.

### **1.1.2 L'acceptation en ligne**

L'acceptation peut être définie comme, une manifestation de volonté qui vaut réponse à une offre à fin de conclure un contrat. Il existe deux types de problèmes intimement liés dans la détermination de l'acceptation. Quels sont, en ce qui concerne l'adhésion, les modes d'expression recevables et qu'elle est le contexte de cette expression (moment et lieu d'expression de l'acceptation)?

---

<sup>41</sup> *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session, supra* note 30 au para. 65

<sup>42</sup> Pour une étude complète voir Pierre Deprez et Vincent Fauchoux, *Contrats, lois et usages du multimédia et de l'Internet*, Paris, Dixit, 1997.

<sup>43</sup> Ghestin, *supra* note 27 à la p. 69.

<sup>44</sup> Sédaillan, *supra* note 35 à la p. 159.

### 1.1.2.1 La notion de l'acceptation en ligne.

En matière de contrat de commerce international, l'acceptation devra être expresse en principe. De plus, elle devra être conditionnelle, correspondre à l'offre, ainsi que clarifier la question de la confirmation de l'acceptation<sup>45</sup>.

Dans un cadre plus strict et concernant le commerce électronique, le mode d'expression de l'acceptation de l'acheteur prend la forme d'un message de donnée, tel qu'il est défini par l'article 4-c de la *Convention CNUDCI 2005*. En effet, conformément à l'article 11 de la *Loi type sur le commerce électronique* « l'acceptation d'une offre peut être exprimées par un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé »<sup>46</sup>.

Au delà de ce cadre général de forme d'acceptation en ligne, des questions d'ordre technique peuvent se poser. Est-ce que le fait de cliquer sur un bouton d'acceptation présenté sur une offre électronique suffit à exprimer réellement l'intention

---

<sup>45</sup> *Convention de Vienne, supra* note 26, art. 18,19, 23 et 24.

<sup>46</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 44<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/571, (2004) au para. 76. Quant au moment ou au lieu de la conclusion des contrats, dans les cas où l'offre ou l'acceptation d'une offre sont exprimées au moyen d'un message de données, aucune règle précise n'a été inscrite dans la *Loi type sur le commerce électronique* pour ne pas porter atteinte à la législation nationale applicable à la formation des contrats. Il a été jugé qu'une disposition de ce type pourrait outrepasser les objectifs de la Loi type, qui devrait se contenter d'énoncer que les communications électroniques offriront la même certitude juridique que les communications sur papier. Certaines législations internes fondées sur la *Loi type sur le commerce électronique* contiennent des dispositions plus détaillées sur l'expression du consentement dans un environnement électronique : Voir par ex. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur le commerce électronique*, 1999 à l'art. 20 al.1-b, en ligne : [ulcc.ca < http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1u >](http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1u) [*Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique*]. La *Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique* mentionne expressément le fait de « toucher ou cliquer sur l'icône ou l'endroit approprié sur un écran d'ordinateur » parmi les moyens d'exprimer le consentement.

de l'acheteur d'accepter l'offre proposée? C'est une acceptation ni orale, ni écrite. Peut-on aller considérer ce simple fait comme une acceptation expresse?

De point de vue technique, la mise en action du bouton d'acceptation entraîne la transmission d'informations numériques qui seront reconnues par un logiciel, lequel les convertira en informations intelligibles pour le commerçant destiné à les recevoir. Ce résultat provient de la pression du doigt de l'acheteur en ligne sur le bouton de sa souris ou sur la touche de validation de son clavier.

Certaines législations internes fondées sur la *Loi type sur le commerce électronique*<sup>47</sup>, comme la *Loi uniforme sur le commerce électronique*<sup>48</sup>, contiennent des dispositions plus détaillées sur l'expression du consentement dans un environnement électronique. Le paragraphe 1-b) de l'article 20 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* mentionne expressément le fait de "toucher ou cliquer sur l'icône ou l'endroit approprié sur un écran d'ordinateur" parmi les moyens d'exprimer le consentement. Peut-on alors considérer que ce geste est une manifestation expresse d'acceptation?

En droit civil un geste non équivoque ou un comportement actif peut être considéré comme une manifestation expresse de la volonté de l'acceptant « si, d'après la coutume, ils sont normalement destinés à révéler la volonté »<sup>49</sup>. Selon Ghestin, « les manifestations de la volonté expresses et tacites se caractérisent ainsi par l'intention de communiquer, c'est à dire par le but poursuivi par leur auteur »<sup>50</sup>. Une autre position qui prévoit qu'un simple « clic » ne signifie rien et peut être dénié par le

---

<sup>47</sup> *Loi type sur le commerce électronique*, supra note 4.

<sup>48</sup> *Loi uniforme sur le commerce électronique*, supra note 46.

<sup>49</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil : les obligations*, t. 4, Paris, Thémis, P.U.F. à la p. 211.

<sup>50</sup> Ghestin, supra note 27 à la p. 123 ; Dans le même sens, Théo Hassler, « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet » (7 juillet 1999), en ligne : [Juriscom.net <http://www.juriscom.net/pro/1/sign19990716.htm>](http://www.juriscom.net/pro/1/sign19990716.htm)

cyberacheteur qui pourra facilement prétendre avoir cliqué par erreur sans vouloir manifester sa volonté de contracter. Mais, selon Monsieur Raynouard<sup>51</sup>, le cyberacheteur ne pourra pas invoquer l'erreur vice de consentement car dans cette hypothèse, ce n'est pas la validité du contrat qui est en cause mais son existence. Ainsi, la charge de la preuve incombe à celui qui invoque l'existence du consentement, c'est-à-dire au cybercommerçant, la partie forte et non au cyberacheteur, la partie faible. En apparence cela est favorable au cyberacheteur mais cela ne résout pas le problème de la valeur conférée à un simple « clic ». En effet, si l'on admet qu'un simple « clic » suffit à manifester le consentement, l'efficacité de la protection du cyberacheteur s'en trouve diminuée. A l'inverse, admettre un formalisme trop important, tel qu'une confirmation par écrit papier de l'acceptation, revient à nier l'existence de ce nouveau moyen de contracter que constitue la voie électronique. Il convient donc de trouver un juste milieu.

Dans un sens de plus de sécurisation de la manifestation de consentement, Théo Hassler propose que « si la signature vient conforter le clic on peut présumer que l'auteur de la signature est bien celui qui a émis le clic. De plus, la signature électronique revêt une supériorité par rapport à la signature manuscrite : elle ne peut être imitée, ce qui supprime, parmi d'autres, un risque possible de fraude »<sup>52</sup>

Il s'agit d'éviter dans la mesure du possible le risque du « consentement réflexe » au travers duquel la volonté de l'internaute n'aurait pas été réellement exprimée.

Dans cette interprétation de la question de l'acceptation électronique, la détermination de sa localisation a une importance fondamentale.

---

<sup>51</sup> Arnaud Raynouard, « La formation du contrat électronique », dans *Le contrat électronique*, t. 5, Paris, Édition Panthéon Assas, 2002 à la p. 15.

<sup>52</sup> Hassler, *supra* note 50 à la p. 143.

### 1.1.2.2 Identification du moment de la conclusion du contrat.

La question portant sur le moment et le lien de la formation de contrat est ancienne. Aussi, est-ce en raison de l'absence physique des parties contractantes que la question prend plus d'ampleur dans le domaine du cyberspace<sup>53</sup>. Sur le plan doctrinal, on constate deux tendances théoriques. Selon la première théorie, le consentement est une coexistence de volonté concordante. Deux visages pour cette théorie avec d'une part, la théorie de la déclaration selon laquelle le consentement se réalise avec la simple expression d'acceptation et d'autre part, la théorie de l'émission selon laquelle le contrat sera conclu au moment où l'acheteur livre le document qui supporte sa volonté. Ensuite, la deuxième tendance, plus exigeante et qui préfère retarder la formation du contrat au moment où les intentions de chacune des parties ont été mises à la connaissance de l'autre partie.

L'état de commerce international, en général, et en commerce électronique, en particulier, a fortement consacré la première vision théorique de l'acceptation par le biais la théorie de la réception. En effet, selon Vincent Gautrais<sup>54</sup>, on peut prétendre que la théorie de la réception qui est bel et bien établie par la *Convention de Vienne* et qui n'est pas atténuée en ce qui concerne le lien de formation du contrat, est moins évidente en ce qui concerne le moment. Dans ce dernier cas, la théorie de la réception est incontestablement applicable pour l'acceptation qui a la possibilité de se rétracter jusqu'à la réception de son acceptation par l'offrant. Par contre, l'offrant est lié dès l'expédition de l'acceptation, rendant l'application de la théorie de la réception très « virtuelles » à son égard. Certes, l'article 8, paragraphe 2, de la *Convention de Vienne* stipule que « l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication

---

<sup>53</sup> Philipp Gerbert, Philippe Kaas et Dirk Schneider, *Les nouveaux marchands du net*, Paris, First, 1992 à la p. 24.

<sup>54</sup> Vincent Gautrais, *Le contrat électronique international : encadrement juridique*, Bruxelles, Académia Bruylant, 1998 à la p.110 [Gautrais, *Contrat électronique international*].

d'acquisition parvient à l'auteur de l'offre »<sup>55</sup>. Un regard des traités touchant aux domaines de commerce électronique semblable le confirmer. Ceux ci consacrent assez unanimement la théorie de la réception, la *Loi type sur le commerce électronique* stipule dans son article 15 paragraphe 2 que :

sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message de données est défini comme suit :

a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données :

i) C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné;

ii) Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire

b) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire.

Le paragraphe 2 définit le moment de la réception d'un message de données, qui annonce l'acceptation de l'acheteur. Elle traite des cas où le vendeur désigne unilatéralement un système d'information déterminé pour la réception d'un message. Il est nécessaire d'attirer l'attention sur la notion « d'entrée » dans un système d'information. En effet, un message de données entre dans un système d'information du vendeur lorsqu'il peut être traité dans ce système d'information »<sup>56</sup>. Néanmoins, cet article apporte une limite à l'acceptation générale du principe de la réception. En effet l'alinéa a)ii) consacre l'acceptation de la théorie de l'information lorsque le destinataire se trompe dans la désignation du système d'information. Dès lors, on peut constater qu'il est très clair que lorsqu'on utilise un mode de communication

---

<sup>55</sup> Il existe deux exceptions à cette règle. D'une part, l'article 6 de la *Convention de Vienne* permet à un État de s'extirper à l'application d'une règle. D'autre part, l'article 18 al.3 de la *Convention de Vienne* en matière de révocation.

<sup>56</sup> *Guide pour l'incorporation de la loi type sur le commerce électronique*, supra note 2, au para. 24; Dans le même sens, *Convention CNUDCI*, supra note 3, art. 10.

rapide comme celui que l'on étudie, la faveur de la théorie de la réception est assez manifeste<sup>57</sup>.

Cette limite provoque une situation appelée par Vincent Gautrais « risque de transmission » basée sur la théorie classique des risques et semble logique de retarder l'instant de la conclusion du contrat électronique dans le but d'assurer plus de sécurité à la transaction commerciale. La thèse dite des « risques de transmission » dispose qu'une partie contractante supporte les risques de formation de contrat électronique. Pour l'exposition de sa thèse, l'auteur prévoit trois hypothèses de transaction électronique. Dans la première, les deux parties concluent un contrat par le biais d'échange de courriers électronique. Dans ce cas, le risque sera supporté par le vendeur, puisque celui qui initie le processus, d'où la théorie de l'émission trouve application. Dans le deuxième cas, l'acheteur répond par courrier électronique à une offre adressé par un autre moyen. Il assume la responsabilité de risque de perte de l'information parce que c'est lui qui a changé le mode de communication, dès lors la théorie de la réception est applicable. Enfin, dans la troisième hypothèse, l'acheteur contracte par le biais d'une offre sur un réseau. Dans ce cas, c'est l'acheteur qui va trouver le risque à sa charge et la théorie de la réception s'applique une autre fois. A travers ces trois hypothèses, l'étude de la répartition de risque au niveau de moment de formation de contrat favorise l'application de la réception.

### **1.1.3 La signature électronique**

Le développement du commerce électronique est subordonné à l'utilisation de la signature électronique, en effet, la récente doctrine<sup>58</sup> reconnaît uniquement que la signature électronique constitue un moyen essentiel d'assurer la sécurité et de développer la confiance sur les réseaux ouverts. À travers les lignes qui suit on va

---

<sup>57</sup> Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 54 à la p. 128.

<sup>58</sup> Bensoussan, *L'Internet, aspect juridique*, supra note 1 à la p. 65.

déterminer la notion de la signature électronique, ensuite, ces caractéristiques juridiques, puis, étudier les perspectives en droit international. Enfin, et de point de vue technique, regarder l'exemple de la signature numérique.

### 1.1.3.1 La notion de signature électronique

La signature électronique est définie comme :

une signature sous forme intégrée, jointe ou liée logiquement à des données, utilisée par un signataire pour signifier son acceptation du contenu des données, et qui satisfait aux exigences suivantes. D'abord, être liée uniquement au signataire. Ensuite, permettre d'identifier le signataire; Enfin, être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif; et être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée<sup>59</sup>.

Dans ce cadre, la signature électronique est conçue comme un moyen technique de sécurisation, dans le sens de ses effets juridique, le rapport Lorentz définit la signature électronique « permettant l'authentification de l'émetteur et du récepteur, la non répudiation d'un accord et la vérification de l'intégrité d'un document »<sup>60</sup>.

Un groupe de travail de l'observatoire juridique des technologies de l'information (OJTI, aujourd'hui disparu) a rendu un rapport en 1995 faisant le point de sa réflexion sur le concept de signature électronique. Ce groupe de travail a classé les signatures en quatre rangs selon leur degré de sécurité. Pour la signature de 4e rang, les procédures se limitent à l'identification de l'auteur présumé du message par

---

<sup>59</sup> France, Association nationale pour la promotion de la signature électronique, *Les nouveaux tiers de confiance impliqués dans les échanges électroniques*, (Livre blanc), par le Comité IALTA, 29 novembre 1998, en ligne : [ialtafrance.org](http://ialtafrance.org).  
< [http://www.ialtafrance.org/content/production\\_et\\_prise\\_position/livre\\_blanc](http://www.ialtafrance.org/content/production_et_prise_position/livre_blanc)> [IALTA, *Les nouveaux tiers de confiance*]

<sup>60</sup> *Rapport Lorentz, supra note 5.*

la saisie du numéro de carte bancaire effectuée par le destinataire (commande par correspondance et télépaiement).

La signature de 3e rang comprend l'adjonction au message d'un code confidentiel dont la conformité est vérifiée par le destinataire. Ce troisième rang présente néanmoins deux faiblesses. D'une part, l'authentification du signataire n'est pas absolument certaine puisque celui-ci peut avoir perdu son code. D'autre part, le destinataire peut modifier le message après signature puisque les deux sont dissociés.

Ensuite, l'OJTI définit la signature de 2e rang, dont le niveau n'existe pas en l'état actuel de la technique. Il s'agirait d'une signature qui validerait l'acte et qui ferait foi jusqu'à preuve contraire. Enfin, pour la signature de 1er rang, les signatures assument les trois fonctions (identification, authentification et consentement). Elle comprend notamment les signatures utilisant des procédés de cryptologie à clé révélée<sup>61</sup>.

Dans un document écrit, le contenu, la signature et le support lui-même restent indéfiniment solidaires, alors que les procédés électroniques entraînent, par nature, une dissociation entre l'information (texte et signature) et le support. Seuls pourront donc être admissibles les procédés qui conservent cette solidarité entre texte et signature

### **1.1.3.2 Les perspectives en droit comparé**

Il est vrai que la signature reste immuable dans sa fonction<sup>62</sup>, mais la forme peut varier selon l'évaluation technologique. Ainsi, en matière de transaction commerciale

---

<sup>61</sup> France, Observatoire juridique des technologies de l'information, *Valeur juridique des documents conservés sur support photographique ou numérique* (1995, rapport présenté par Dominique Ponsot).

<sup>62</sup> Dans la matière contractuelle la signature est un élément remplissant une double fonction. Apposée sur le contrat, elle permet d'une part, d'identifier l'émetteur de la signature et d'autre part, d'exprimer sa volonté d'adhérer à son engagement contractuel.

à distance, de nouvelles formes de signature sont apparues. Elles présentent des conditions de sécurité au moins égales à celles de la signature classique. Dans ce cadre, la notion de signature est élargie de sorte qu'un cachet, une perforation, une signature dactylographique ou un en-tête peuvent suffire pour satisfaire à cette règle. Cependant, il existe des cas où est exigée, en sus de la signature manuscrite traditionnelle, une procédure de sécurité comme la certification de la signature par des témoins. Il pourrait être souhaitable de mettre au point des équivalents fonctionnels des divers types et niveaux de signature actuellement utilisés. De la sorte, la certitude quant au degré de reconnaissance juridique pouvant être escompté des divers types d'authentification utilisés dans le commerce électronique à la place des « signatures » s'en trouverait renforcée<sup>63</sup>.

Dans cette conception ouverte, l'article 7 de *La loi type sur le commerce électronique*<sup>64</sup>, se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans les échanges sur papier. Il dispose que :

- 1- Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans les cas d'un message de données :
  - a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données ;
  - b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.

---

<sup>63</sup> *Guide pour l'incorporation de la loi type sur le commerce électronique, supra* note 2 au para. 38.

<sup>64</sup> *Ibid.* au para. 10 « La loi type doit être considérée comme un ensemble équilibré et distinct de règles qu'il est recommandé d'adopter comme un tout » ; *Ibid.* au para. 16 :

La loi type propose [...] une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation "approche fondée sur l'équivalent fonctionnel", qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique.

2- Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.

Bien d'avantage, et dans une dimension plus technique et spécifique, la CNUDCI a adopté la *Loi type sur les signatures électroniques* en 2001<sup>65</sup>. La rédaction de cette loi type est partie du principe qu'elle devrait découler directement de l'article 7 de la *Loi type sur le commerce électronique* et être considérée comme un moyen de donner des renseignements détaillés sur la notion de « méthode fiable » utilisée pour identifier « une personne » et pour indiquer « qu'elle approuve l'information » contenue dans le message de données<sup>66</sup>. Conformément à l'article 2 de la *Loi type sur les signatures électroniques* :

Le terme « signature électronique » désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisés pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue. Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.

Ainsi, au sens de l'article 2, la notion de la signature électronique englobe toutes les utilisations classiques d'une signature manuscrite destinée à produire des

---

<sup>65</sup> *Loi type sur les signatures électroniques de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international*, Doc. off. AGNU, 56<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/RES/56/80 (2002) [ci-après : *Loi type sur les signatures électroniques*]. La *Loi type sur les signatures électroniques* a pour objet d'exposer des principes essentiels devant faciliter l'utilisation des signatures électroniques, elle vise à aider les États à mettre en place un cadre législatif moderne, harmonisé et équitable permettant de traiter de façon plus efficace les questions des signatures électroniques.

<sup>66</sup> CNUDCI, *Planning of future work on electronic commerce : digital signatures, certification authorities and related issues*, Doc. off. CNUDCI NU, 31<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WG. IV/WP.71, (1997) aux para. 2 et s.; Voir aussi CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-cinquième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 35<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/465, (1999) au para. 35.

effets juridiques, à identifier le signataire et à concrétiser un bien entre cette personne et le contenu d'un contrat. Comme le souligne Alexandre Menais, la signature électronique « doit avoir la même valeur juridique que celle manuscrite et doit être admissible comme preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire et ceci indépendamment de la technologie utilisée »<sup>67</sup>.

Dés lors, la définition ne fait pas abstraction du fait que des technologies couramment appelées « signatures électroniques » peuvent servir à d'autres fins que la création d'une signature ayant une valeur juridique; elle illustre simplement l'accent mis dans la *Loi type sur l'utilisation de signatures électroniques* comme équivalents fonctionnels des signatures manuscrites<sup>68</sup>.

### **1.1.3.3 Les perspectives dans la jurisprudence des tribunaux nationaux étrangers**

Dans le cadre de l'application jurisprudentielle, les juridictions tendent dans la pratique à évaluer la fiabilité des méthodes d'authentification en fonction de la finalité de leur utilisation. En effet, les juridictions ont adopté différentes positions. D'abord, elles ont eu tendance à interpréter l'exigence de signature de manière extensive. Les juges américains ont été réceptifs à la reconnaissance législative des signatures électroniques, admettant leur utilisation également dans des situations qui ne sont pas expressément prévues dans la loi, par exemple dans le cas des mandats judiciaires<sup>69</sup>. Bien plus, dans le domaine contractuel, ils ont également déterminé si l'identification était adéquate en tenant compte des transactions entre les parties plutôt qu'en recourant à une règle stricte pour toutes les situations. Ainsi, lorsque les

---

<sup>67</sup> Alexandre Menais, « La reconnaissance juridique de la signature électronique » (septembre 1998), en ligne : Juriscom.net < <http://www.juriscom.net/pro/1/sign19980901.html> >.

<sup>68</sup> CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 37<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/483, (2000) au para. 62.

<sup>69</sup> Voir *Department of Agriculture & Consumer Services v. Haire*, 27 Fla. L. Weekly S683 (Flo 2002).

parties avaient régulièrement utilisé des messages électroniques dans leurs négociations, le juge a estimé que le nom dactylographié de l'expéditeur figurant dans un message électronique satisfaisait à l'exigence légale de signature<sup>70</sup>.

Le « choix délibéré » d'une personne « de dactylographier son nom à la fin de tous ses messages électroniques » a été considéré comme une authentification valable<sup>71</sup>. Une interprétation aussi extensive est adoptée par les juridictions colombiennes, qui ont confirmé l'admissibilité des procédures judiciaires menées entièrement au moyen de communications électroniques. Les conclusions échangées pendant ces procédures étaient valables, même si elles ne comportaient pas de

---

<sup>70</sup> Voir par ex. *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc.* 314 F.3d 289 à la p. 296. Une action en violation de contrat a été intentée contre le défendeur, qui niait avoir passé un certain nombre de commandes. Les parties avaient communiqué par messagerie électronique. Il s'est avéré que certains des messages échangés n'étaient pas signés. Le tribunal de district a tranché en faveur du défendeur, la preuve des prétendus engagements d'achat n'ayant pas été faite. La cour d'appel a infirmé ce jugement, estimant que le nom de l'expéditeur figurant dans un message électronique satisfaisait à l'exigence de signature imposée par la loi sur les fraudes. Elle a également considéré aux paragraphes 14 et s., que ni la *Common law* ni le Code de commerce uniforme (*Uniform Commercial Code*) n'exigeaient de signature manuscrite, « même si une telle signature est une meilleure preuve d'identité qu'une signature dactylographiée ». Selon la cour, la loi sur les fraudes a pour but

d'empêcher une partie contractante de soulever à propos des clauses du contrat – voire de l'existence même d'un contrat – une contestation donnant matière à procès sur le seul fondement de ses propres allégations. Aucune signature manuscrite n'est requise à cette fin, en particulier dans un cas où, hormis l'écrit, il existe des éléments autres que les simples allégations de la partie pour prouver l'existence du contrat [notre traduction].

<sup>71</sup> Voir par ex. *Shattuck v. Klotzbach*, 14 Mass. L. Rptr. 360 (Mass. Super. Ct. 2001). Dans cette décision, l'acheteur avait assigné les vendeurs en exécution d'un contrat de vente d'un bien immobilier et en réparation d'une prétendue violation de ce contrat. Les vendeurs avaient alors présenté une requête en irrecevabilité alléguant qu'il n'y avait pas de contrat de vente écrit et signé satisfaisant aux conditions de forme fixées par les lois du Massachusetts. Les parties avaient négocié la vente d'un bien immobilier en échangeant des messages électroniques. Tous ces messages se terminaient par une signature dactylographiée. Le tribunal a considéré que les parties s'étaient entendues sur les clauses essentielles du contrat de vente: les parties, le lieu, la nature de l'opération et le prix d'achat, satisfaisant ainsi aux conditions posées par la loi sur les fraudes. Il a en outre estimé que l'intention du vendeur était d'authentifier les messages qu'il avait envoyés à propos des conditions de vente en y apposant son nom dactylographié.

signature numérique<sup>72</sup>, puisque les communications électroniques utilisaient des méthodes permettant d'identifier les parties<sup>73</sup>.

Cependant, les juridictions françaises ont adopté une approche plus restrictive. Pour l'attribution des messages de données dans la formation des contrats, elles ont hésité à accepter les moyens électroniques d'identification comme équivalant à une signature manuscrite avant l'adoption d'une législation reconnaissant expressément la validité des signatures électroniques<sup>74</sup>.

Les juridictions allemandes ont fait preuve de plus de souplesse dans la reconnaissance des méthodes d'identification comme équivalant aux signatures manuscrites dans le cadre de procédures judiciaires. Le débat portait sur l'utilisation de plus en plus fréquente d'images numérisées de la signature. Au départ, la cour fédérale (Bundesgerichtshof)<sup>75</sup> avait estimé qu'une image numérisée d'une signature manuscrite ne satisfaisait pas aux exigences existant en matière de signature et ne prouvait pas l'identité d'une personne<sup>76</sup>. Cette interprétation a finalement été infirmée

---

<sup>72</sup> La Colombie a adopté la *Loi type sur le commerce électronique* de la CNUDCI. Bien que la législation colombienne contienne une disposition générale semblable à l'article 7 de la Loi type, elle n'établit une présomption d'authenticité que pour les signatures numériques. Voir Colombie, *Ley Número 527 de comercio electrónico*, article 28.

<sup>73</sup> *Juan Carlos Samper Posada v. Jaime Tapias, Hector Cediell*, Decision 73-624-40-89-002-2003-053-00, July 21, 2003, Municipal Court of Rovira, Tolima en ligne : Alfareddi.org <<http://www.alfareddi.org/documento/alexdiar.pdf>> (page consultée le 12 septembre 2003).

<sup>74</sup> Cass. Civ. 2è, 30 avril 2003, *SARL Chalets Boisson c/ G*, Juris-Data n° 2003-018798. La Cour de cassation a jugé irrecevable une déclaration d'appel signée électroniquement, attendu qu'il existait des doutes sur l'identité de la personne ayant créé la signature et que la déclaration avait été signée électroniquement avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 mars 2000 (sur les signatures électroniques), qui reconnaissait l'effet juridique des signatures électroniques.

<sup>75</sup> Bundesgerichtshof, Décision n° XI ZR 367/97, 29 septembre 1998, JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002, en ligne : Jurpc.de <[www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm](http://www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm)> (page consultée le 12 septembre 2003).

<sup>76</sup> *Ibid.* Une fonction d'identification pouvait éventuellement être attribuée à une « signature électronique avancée », telle que définie dans la loi allemande. Toutefois, il incombait généralement au législateur et non aux juges d'établir les conditions d'équivalence entre les écrits et les

en raison de l'opinion unanime des autres cours fédérales supérieures qui ont accepté la remise de certaines pièces de procédure par communication électronique d'un message de données contenant l'image numérisée d'une signature<sup>77</sup>.

#### 1.1.3.4 Les caractéristiques de la signature électronique.

D'après Vincent Gautrais<sup>78</sup>, la signature électronique est une mesure formelle qui se doit d'être respectée pour l'accomplissement de contrat électronique. En effet, le commerce électronique en général et le contrat électronique de vente internationale de marchandises, impose l'existence de moyen et procédures permettant de signer électroniquement le contrat de vente dès lors que l'on veut que ceux-ci puissent être reconnus à l'égal des documents et échanges traditionnels<sup>79</sup>.

communications dématérialisées par transferts de données. Selon le Bundesgerichtshof, ce résultat ne pouvait être obtenu que par la loi et non par la jurisprudence.

<sup>77</sup> Voir *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, GmS-OGB 1/98, 5 avril 2000, JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 160/2000, en ligne : [Jurpc.de](http://Jurpc.de) <[www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm](http://www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm)> (page consultée le 12 septembre 2003). Dans une décision sur une affaire que lui avait soumise le Bundesgerichtshof, le Sénat commun des Cours suprêmes de la Fédération (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*) a noté que les conditions de forme dans les procédures judiciaires n'étaient pas une fin en soi. Leur but était d'assurer une détermination suffisamment fiable (*hinreichend zuverlässig*) du contenu de l'écrit et de l'identité de la personne dont émanait cet écrit. Le Sénat commun a constaté que l'application, dans la pratique, des conditions de forme avait évoluée, de manière à tenir compte des récentes innovations technologiques, telles que le télex ou le fax. Il a estimé que l'acceptation de la remise de certaines pièces de procédure par communication électronique d'un message de données contenant une image numérisée d'une signature serait conforme à l'esprit de la jurisprudence existante.

<sup>78</sup> Vincent Gautrais, « les contrats on-line dans la théorie générale du contrat, le contexte nord-américain » (2000) 17 Cahiers du CRID 107 à la p. 114 [Gautrais, « Contrats on-line » ]

<sup>79</sup> CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session*, *supra* note 68 au para. 63.

Lors de l'élaboration de la loi type sur les signatures électroniques, il a été estimé qu'il fallait appeler l'attention des utilisateurs sur le risque de confusion qui pourrait résulter de l'utilisation du même outil technique pour la production d'une signature ayant une valeur juridique et pour d'autres fonctions d'authentification et d'identification.

Dans la pratique, la signature électronique du contrat électronique, sera sous forme numérique intégrée, jointe ou liée logiquement au texte du contrat utilisé par l'acheteur pour signifier son acceptation du contenu de l'offre du vendeur et qui satisfait à trois exigences. La première, être liée uniquement au signataire qui est l'acheteur et permettre d'identifier le signataire<sup>80</sup>. Puis, être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif. Et enfin, être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée.

On a constaté que l'article 7 de la *Loi type sur le commerce électronique* s'attache aux deux fonctions essentielles d'une signature, à savoir l'identification de l'auteur d'un document et la confirmation que l'auteur approuve la teneur dudit document. En effet, le paragraphe 1 a énonce « si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données « Une caractéristique principale selon laquelle les fonctions juridiques essentielles d'une signature électronique sont accomplies si une méthode est utilisée et qui permet d'identifier l'expéditeur du message électronique (le signataire) et de confirmer son approbation du contenu du contrat électronique. Néanmoins, le paragraphe 1b de ce même article, exige que « la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout

---

<sup>80</sup> Voir CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 36<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/467, (2000) aux para. 56-58. Sur les notions d'« identité » et d'« identification » :

le terme « identification » pouvait être plus large que la simple identification consiste notamment à distinguer le signataire, par son nom ou autrement, de toute autre personne, et peut renvoyer à d'autres caractéristiques importantes telles que la position ou l'autorité, que ce soit en association avec un nom ou sans référence à ce nom. Pourtant, il n'est pas nécessaire d'opérer une distinction entre l'identité et d'autres caractéristiques importantes, ni de limiter la *Loi type* aux cas dans lesquels ne sont utilisés que des certificats qui désignent nommément le signataire

accord en la matière ». Ce paragraphe avance un concept souple concernant le degré de fiabilité que doit garantir méthode d'identification annoncée au paragraphe 1a<sup>81</sup>.

Bien d'avantage, il convient de signaler que l'article 6 de la *Loi type sur les signatures électroniques* avait comme objectif de développer l'article 7 de la *Loi type sur le commerce électronique*. L'article 6 dispose que :

1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.
2. Le paragraphe 1 s'applique, que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences en l'absence de signature.
3. Une signature électronique est considérée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si :

---

<sup>81</sup> *Guide pour l'incorporation de la loi type sur le commerce électronique, supra note 2 à la p. 58 :*

pour déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 est appropriée, les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération sont les suivants :

1. Le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties;
2. La nature de leur activité commerciale;
3. La fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales;
4. La nature et l'ampleur de l'opération;
5. Le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné;
6. La capacité des systèmes de communication;
7. Les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication;
8. La série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire;
9. L'observation des coutumes et pratiques commerciales;
10. L'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés;
11. L'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre ;
12. Le degré d'acceptation ou de non acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué;
13. Tout autre facteur pertinent.

- a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;
  - b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature sous le contrôle exclusif du signataire;
  - c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et
  - d) Dans le cas où l'exigence légale de signature aurait pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable.
4. le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne :  
D'établir de toute autre manière, aux fins de satisfaire l'exigence visée au paragraphe 1, la fiabilité de la signature électronique; ni  
D'apporter des preuves de la non fiabilité de la signature électronique.
5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]

Le paragraphe 3, présente une présomption selon laquelle, au moment de l'utilisation d'une technique de signature électronique conformément aux exigences citées, elle entraînerait des effets juridiques équivalents à ceux d'une signature manuscrite, autrement dit « considérée fiable ». Selon le groupe de travail :

les alinéas a) à d) du paragraphe 3 de la *Loi type sur les signatures électroniques* ont pour objet d'exprimer des critères objectifs de fiabilité technique des signatures électroniques. L'alinéa a) est centré sur les caractéristiques objectives des données afférentes à la création de signature, qui doit être liées exclusivement au signataire

En effet, et d'un point de vue technique, les données afférentes à la création de signature pourraient être « liées » exclusivement au signataire sans être « uniques » en soi. Le lien existant entre les données utilisées pour créer la signature et le signataire est l'élément essentiel<sup>82</sup>. Le groupe de travail poursuit ses considérations en ajoutant qu'au niveau de la création de la signature par le signataire, l'alinéa b)

---

<sup>82</sup> CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session*, supra note 80 au para. 63.

traite des circonstances dans lesquelles sont utilisées les données afférentes à la création de signature. Lors de leur utilisation, ces données doivent être sous le contrôle exclusif du signataire.

S'agissant de la notion de contrôle exclusif du signataire, se pose alors la question de savoir si le signataire resterait habilité à autoriser une autre personne à utiliser les données en son nom. On pourrait citer comme exemple les applications commerciales où les données afférentes à la création de signature existent sur un réseau et peuvent être utilisées par plusieurs personnes. Le réseau serait alors vraisemblablement lié à une entité particulière qui serait le signataire et continuerait d'exercer son contrôle sur les données. Si tel n'était pas le cas et que les données étaient largement accessibles, la situation ne devrait pas entrer dans le champ d'application la *Loi type sur les signatures électroniques*<sup>83</sup>. Lorsqu'une clef unique est mise en œuvre par plus d'une personne dans le cadre d'un système de « clef fractionnée » ou d'un autre système de « secret partagé », la notion de « signataire » vise ces personnes envisagées conjointement<sup>84</sup>.

Une autre question, est celle de l'intégrité de la signature électronique et de l'intégrité de l'information signée électroniquement<sup>85</sup>. Par la combinaison des deux dispositions il est possible de souligner l'idée que, lorsqu'une signature est apposée à un document, l'intégrité du document et l'intégrité de la signature sont si étroitement liées qu'il est difficile de concevoir l'une sans l'autre. Cependant, il a été décidé que

---

<sup>83</sup> *Ibid.* au para. 67.

<sup>84</sup> CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session*, *supra* note 68 au para. 152.

<sup>85</sup> *Loi type sur les signatures électroniques*, *supra* note 65, art. 6.3 al. c) et d).

la *Loi type sur les signatures électroniques* devrait suivre la distinction établie dans la *Loi type sur le commerce électronique* par les articles 7 et 8<sup>86</sup>.

L'objectif du paragraphe 3 c) de l'article 6 de *Loi type sur les signatures électroniques* est ainsi d'énoncer le critère à remplir pour démontrer qu'une méthode particulière de signature électronique est suffisamment fiable pour satisfaire à une exigence légale de signature. Cette exigence légale pourrait être satisfaite sans avoir à démontrer l'intégrité de l'ensemble du document<sup>87</sup>.

Comme nous avons pu le voir précédemment, la grande utilité de la nouvelle technologie communément appelée signature électronique dans le cadre du contrat électronique de vente internationale de marchandise est de s'assurer de l'identité du signataire et de son acceptation du contenu de contrat. Par ailleurs, diverses techniques actuellement disponibles sur le marché, ou en cours d'élaboration, permettent de retrouver un certain nombre, ou la totalité des fonctions perçues comme caractéristiques d'une signature manuscrite. Ces dernières peuvent avoir lieu dans un contexte électronique. On peut regrouper ces techniques sous le terme générique de « signature numérique ». Et c'est dans ce cadre, que l'article 3 de la *Loi type sur les signatures électroniques* consacre un principe fondamental sous le titre « égalité de traitement des techniques de signature » à condition qu'elle respecte les exigences de l'article 6 et sauf dérogation conventionnelle des parties conformes à la loi applicable conformément à l'article 5<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, art. 7 et 8. Les notions d'authentification et d'intégrité peuvent être considérées comme juridiquement distinctes et traitées comme telles. Puisqu'une signature manuscrite ne garantit ni l'intégrité du document auquel elle est apposée, ni la non détectabilité d'une modification apportée au document, l'approche de l'équivalence fonctionnelle impose que ces notions ne soient pas traitées dans une disposition unique.

<sup>87</sup> *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session*, *supra* note 80 aux para. 72-80.

<sup>88</sup> *Loi type sur les signatures électroniques*, *supra* note 65 :

#### 1.1.4 La signature numérique

Les signatures électroniques peuvent prendre la forme de signatures numériques, fondées sur la cryptographie à clef publique<sup>89</sup>, qui sont souvent générées dans le cadre d'une infrastructure à clef publique où les fonctions de création et de vérification de la signature numérique sont étayées par des certificats émis par des tiers de confiance<sup>90</sup>. Selon le rapport du comité IALTA, la signature numérique est une

transformation cryptographique de données déterminée par avec une clé privée<sup>91</sup> afin de fournir les services d'authentification de l'origine, d'intégrité des données et, sous certaines conditions, peuvent garantir la non répudiation par le propriétaire de la clé privée<sup>92</sup>.

---

##### *Article 3. Égalité de traitement des techniques de signature*

Aucune disposition de la présente Loi à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

##### *Article 5. Dérogation conventionnelle*

Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

<sup>89</sup> CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les signature électroniques et Guide pour son incorporation*, New York, Nations Unies, 2001, p.24, en ligne : [uncitral.org <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf>](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf) [*Guide pour l'incorporation de la loi type sur les signatures électroniques*]. La clef publique y est définie comme la partie du bi-clef qui est communiquée aux utilisateurs pour vérifier ou chiffrer. Cette clé n'est donc pas secrète, ce qui ne veut pas dire qu'elle doit être publiée, il suffit qu'elle soit communicable ou communiquée aux entités qui en ont besoin. L'intégrité et l'authenticité de la clef publique sont essentiels et peuvent être assurées par un processus de certification.

<sup>90</sup> *Ibid.* aux pp. 31-62.

<sup>91</sup> La clef privée est « la partie du bi-clef asymétrique qui n'est connue que de son propriétaire », *Guide pour l'incorporation de la loi type sur les signatures électroniques*, *supra* note 89 à la p. 25. « La clef privée est la partie du bi-clef asymétrique qui n'est connue que de son propriétaire ».

<sup>92</sup> IALTA, *Les nouveaux tiers de confiance impliqués dans les échanges électroniques*, *supra* note 59.

La signature numérique de documents est la première et la plus importante des raisons d'être des autorités de certification qui constituent le maillon essentiel de toute ICP<sup>93</sup>. Ce service à lui seul justifie l'existence des autorités de certification et ainsi d'une ou de plusieurs ICP. Pour avoir une valeur, la signature numérique du contrat électronique de vente internationale de marchandises doit donc être véritable.

C'est l'autorité de certification qui va se porter garante de la véracité de la signature ou plus exactement du lien qui existe entre la signature numérique et le moyen de la vérifier en délivrant un certificats. Une grande part de la crédibilité d'une signature numérique repose sur le moyen de la vérifier, à travers ces certificats et donc sur la capacité et la crédibilité de l'autorité de certification qui à certifier une identité (une clef publique) pour son utilisation dans un contexte donné.

Le vendeur, qui doit vérifier la signature du contrat, va utiliser pour cela le certificat correspondant émis par une autorité de certification, pour l'acheteur. Le vendeur peut avoir connaissance du certificat de différentes manières : soit par envoi par l'acheteur lui-même, soit par existence d'une forme d'annuaire lui permettant de retrouver le certificat à partir de l'identité « prétendue » du signataire.

## **1.2 La localisation de la formation du contrat électronique international**

Dans son prolongement et dans une logique pratique respectant les principes de sécurité attachée à la preuve. Le présent paragraphe va s'employer à démontrer que la preuve électronique sous forme des documents électronique dispose de la force probante et sécuritaire. Ensuite, de déterminer que l'archivage électronique produit des preuves fidèles et durables.

---

<sup>93</sup> *Ibid.* à la p. 17. Une ICP est un ensemble de composants, fonctions et procédures dédiés à la gestion de clés et de certificats utilisés par des services de sécurité basés sur de la cryptographie à clé publique. Il convient de dire qu'une ICP, au-delà des aspects techniques, rend des services à une « application » utilisatrice pour le compte de ses usagers, dont un usager particulier est une autorité.

### 1.2.1 La preuve du contrat électronique.

Entre commerçants, les exigences de preuves sont sensiblement atténuées puisque le contrat de vente peut être prouvé par tous moyens. Il s'agit d'un régime de liberté de la preuve, un principe consacré par l'article 11 de la *Convention de Vienne*<sup>94</sup>.

Cependant, la sécurisation des échanges est plus complexe à organiser en milieu ouvert. L'État présent du droit de la preuve démontre que la plupart des législateurs en matière de la preuve s'organisent autour de la référence à l'écrit et reste marqué par le principe de prééminence de l'écrit. Même si le contrat est valablement formé sans écrit du seul fait de l'échange des consentements des parties, la nécessité pour les parties de se ménager la preuve de leur contrat impose en réalité le recours à un écrit.

Dans nombre de différends portant sur la question de l'originalité des documents dans le commerce électronique, l'exigence de la présentation d'originaux est l'un des principaux obstacles que l'article 8 de la *Loi type sur le commerce électronique* essaie d'éliminer :

1. Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.

À ce propos, il convient de souligner que « sans cet équivalent fonctionnel de l'original, il serait difficile d'avoir recours au commerce électronique pour la vente de

---

<sup>94</sup> *Convention de Vienne*, *supra* note 26, art. 11 : « le contrat [...] peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ».

marchandises »<sup>95</sup>. En effet, les contractants devraient alors retransmettre leurs messages de données à chaque vente de marchandises ou bien, et en plus de ce message de données, ils devraient utiliser des documents classiques en papier. L'article 8 démontre l'importance de l'intégrité de l'information pour son originalité, ainsi il détermine au niveau du paragraphe 3 les critères essentiels pour l'appréciation de l'intégrité en se référant à l'enregistrement systématique de l'information, à l'assurance que l'information a été enregistrée sans défaut et la sécurisation des données :

Aux fins de l'alinéa a du paragraphe 1 :

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

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

À ce niveau, la question est la suivante, faut-il que la preuve électronique soit un mode de preuve admissible et qu'il ait une valeur probante suffisante?

Le premier point suppose que la loi désignée valide la signature électronique. C'est une question qui est tranchée en principe par la *lex rei actes* ou par la loi applicable au contrat choisie par les parties. Quant à la force probante, il est généralement admis qu'elle est déterminée par la loi du for contractuel (la loi de juridiction compétente), la signature électronique qui aura permis d'authentifier l'identité du contractant, risque de ne pas être recevable ou de ne pas avoir une force probante suffisante par application d'une autre loi. C'est tout l'intérêt de la *Loi type sur le commerce électronique* qui permet de valider, hors de toute convention écrite

---

<sup>95</sup> *Guide pour l'incorporation de la loi type sur le commerce électronique, supra note 2 à la p. 64*

préliminaire, la signature électronique dans le rapport client- commerçant et de lui conférer toute la force probante nécessaire. Selon Lionel Thoumyref,

le message électronique devrait valoir comme le fax, c'est à dire commencement de preuve pour les actes juridiques, sous réserve toutefois de trouver des adminicules extrinsèques pour le compléter [...] devrait se voir conférer une force probatoire supérieure à celle de l'écrit classique

car, selon lui, « le risque d'imiter une signature n'existe plus »<sup>96</sup>. L'article 9 de la *Loi type sur le commerce électronique* à mentionner à cette occasion une proposition selon laquelle,

l'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Cette force probante s'apprécie en égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente

L'objectif de l'article 9 est ainsi de poser l'admissibilité des messages de données en tant que moyen de preuve dans les procédures juridiques et leur valeur probante. Bien plus, le paragraphe 1 prévoit que les messages de données ne devraient pas être rejetés en tant que moyens de preuve dans une procédure judiciaire au seul motif qu'ils sont sous forme électronique<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Lionel Thoumyref, *Preuve et signature numérique*, octobre 1999 en ligne : Juriscom.net <<http://www.juriscom.net/int/dpt/dpt19.htm>>.

<sup>97</sup> *Loi type sur le commerce électronique*, supra note 4, art. 9 :

1. Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve :a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données; ou s'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale.

Les décisions judiciaires sur la valeur juridique des enregistrements électroniques sont peu nombreuses<sup>98</sup>. Cependant, elles concrétisent une évolution vers la reconnaissance juridique des enregistrements électroniques et des messages de données, mais également une incertitude quant à leur admissibilité comme moyen de formation des contrats et comme mode de preuve du contenu de ces contrats<sup>99</sup>.

Aux États-Unis, les juridictions semblent faire preuve de souplesse en ce qui concerne l'admissibilité en preuve des enregistrements électroniques, y compris des messages électroniques dans les procédures civiles<sup>100</sup>. Certaines ont rejeté des arguments selon lesquels les messages électroniques n'étaient pas admissibles au motif qu'ils n'étaient pas authentifiés et constituaient une preuve testimoniale<sup>101</sup>. Cependant, elles ont estimé que les messages électroniques obtenus du demandeur pendant la procédure de communication des pièces (discovery) s'authentifiaient eux-mêmes, car « la production pendant la procédure de discovery de documents détenus par les parties est un motif suffisant pour considérer ces documents comme s'auto authentifiant »<sup>102</sup> [notre traduction]. Les juridictions prennent généralement en

---

<sup>98</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: informations de base*, Doc. off. CNUDCI NU, 42<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WP.104/Add.3, (2003) au para. 4.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Voir *Commonwealth Aluminum Corporation v. Stanley Metal Associates*, 186 F. Supp. 2d 770 ; *Central Illinois Light Company (CILCO) v. Consolidation Coal Company (Consol)* 235 F. Supp. 2d. 916.

<sup>101</sup> Voir par ex. *Sea-Land Service, Inc. v. Lozen International, Llc.*, 285 F.3d 808 (9th Cir. 2002). Dans cette affaire, une cour d'appel a infirmé une décision d'un tribunal de district qui avait rejeté un message électronique interne à la société dont l'un des employés du demandeur était l'auteur. Le tribunal avait écarté cet élément de preuve au motif que le défendeur « n'avait pas d'argument et n'avait pas présenté de preuve indiquant l'identité ou la fonction de cet employé ». La cour d'appel a noté que l'original du message électronique, une note interne, se terminait par une « signature » électronique indiquant le nom et la fonction de l'auteur. Le tribunal de district avait donc abusé de son pouvoir discrétionnaire en refusant d'admettre le message électronique en preuve.

<sup>102</sup> Voir par ex. *Superhighway Consulting, Inc. v. Techwave, Inc.*, 98 C.V. 5502 aux para. 6-7. (N.D. 1999).

considération tous les éléments de preuve disponibles et ne rejettent pas les enregistrements électroniques comme étant des preuves à première vue insuffisantes.

Dans un sens contraire, certains États qui n'ont pas adopté la *Loi type sur le commerce électronique*, les enregistrements électroniques, ou tout résultat d'opérations effectuées par l'intermédiaire d'Internet est considéré comme dépourvus de valeur juridique<sup>103</sup>. De plus, l'inquiétude face au risque de manipulation de ces enregistrements a conduit les juridictions à nier toute valeur probante, par exemple, aux messages électroniques dans le cadre de procédures judiciaires au motif que ce type de messages n'offre pas de garanties suffisantes d'intégrité<sup>104</sup>.

Comme les règles de preuve ne sont pas d'ordre public, rien n'interdit aux parties de convenir entre elles que l'existence et le contenu de leurs échanges s'établiront par moyens électroniques comme la signature électronique ou la désignation d'un tiers certificateur. C'est pourquoi, pour imposer un moyen de preuve électronique, le cybercommerçant devra dans ces conditions générales de vente, clairement insister sur le fait que les modalités de preuve font partie des conditions du contrat proposé<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Voir Tribunal supérieur de justice du Brésil, Déclaration du juge Ruy Rosado de Aguiar Jr., « Comércio eletrônico não tem valor jurídico », en ligne : [Trabalhodeeconomia.com.br](http://Trabalhodeeconomia.com.br) <<http://www.trabalhodeeconomia.hpg.ig.com.br/juri.html>> (page consultée le 12 septembre 2003).

<sup>104</sup> Voir Amtsgericht Bonn, 25 octobre 2001, Décision n° 3 C 193/01, en ligne : [Jurpc.de](http://Jurpc.de) <<http://www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm>> (page consultée le 11 septembre 2003). Dans cette affaire, le demandeur a assigné le défendeur en paiement d'une commission pour ses services d'intermédiaire dans une vente de cigarettes en gros. Le tribunal a rejeté la demande faute de preuve de l'existence d'un accord en vue du versement d'une commission. Il a considéré que les tirages papier d'un message électronique produits par le demandeur et rejetés par le défendeur n'avaient pas de valeur probante, car « tout le monde sait » que les messages électroniques ordinaires peuvent être facilement altérés ou falsifiés.

<sup>105</sup> Voir par ex. Cass. 1re civ., 8 nov. 1989, *Sté Crédicas c/ Cassan*, D. 1990, p. 369, note C. Gavaldà. La jurisprudence a reconnu la validité de telles conventions en matière de paiement par cartes bancaires.

La jurisprudence sur question de la force probante de document électronique est encore balbutiante et, étant donné le faible nombre de décisions judiciaires à ce jour, elle ne constitue pas une base suffisante pour tirer des conclusions définitives. On pourrait toutefois arguer que le commerce international tirerait sans doute profit de la plus grande sécurité juridique qui résulterait de dispositions uniformes prévoyant des critères pour la reconnaissance des enregistrements électroniques et des messages de données dans les échanges internationaux<sup>106</sup>.

### **1.2.2 L'archivage électronique produisant des preuves fidèles et durables**

D'autres problèmes se posent également, en particulier pour la durée de conservation des preuves. En effet, le système d'archivage électronique exploité devra tenir compte de la durée légale de conservation des documents liés à la durée de prescription des actions en justice. Aussi, le support d'archivage de la preuve n'est plus obligatoirement un support papier mais peut-être un support électronique, notamment, dès lors que ce support répond aux caractères de fidélité et de pérennité ainsi qu'aux exigences futures d'intégrité et d'imputabilité de la preuve. C'est pourquoi, sensibilisés au problème de la conservation des documents et à sa rentabilité économique, les professionnels ont recouru à d'autres méthodes telles que l'archivage électronique des documents.

Face à toutes ces incertitudes, l'article 10 de la *Loi type sur le commerce électronique* définit les conditions dans lesquelles l'obligation de conserver des messages de données, seront satisfaites :

- 1- Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes :

---

<sup>106</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: informations de base*, supra note 98 à la p. 7.

L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement ;

Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'il représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues; Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.

2- L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas aux informations qui n'ont d'autre objet que de permettre l'envoi ou la réception du message de données.

3- L'exigence visée au paragraphe 1 ci-dessus peut être satisfaite par recours aux services d'une autre personne sous réserve que soient remplies les conditions fixées aux alinéas a, b et c de ce paragraphe.

Ainsi, l'article 10, impose d'une part, que l'information soit être accessible pour être consultée ultérieurement, d'autre part, que le message n'a pas à être conservé sans modification, dans la mesure où l'information conservée représente avec précision le message de données tel qu'il a été transmis. Et enfin, conserver toutes les informations, outre le message lui-même, certaines informations liées à la transmission qui peuvent être nécessaires pour l'identification du message.

À travers ces conditions, la condition d'accessibilité impose un critère qui est plus élevé que la plupart des critères appliqués dans les législations nationales pour l'archivage des communications sur papier. Toutefois, il ne devrait pas être interprété comme imposant l'obligation de conserver des informations relatives à la transmission en dehors de celles contenues dans le message de données lorsqu'il a été créé, mis en mémoire ou transmis, ou les informations contenues dans un message de données distinct, tel qu'un accusé de réception. De plus, si certaines informations relatives à la transmission sont importantes et doivent être conservées, d'autres peuvent être écartées sans que l'intégrité du message de données soit compromise. C'est la raison pour laquelle une distinction est établie entre les éléments des

informations relatives à la transmission, qui sont importants pour l'identification du message, et les quelques rares éléments des informations relatives à la transmission qui sont visées au paragraphe 2 (par exemple les protocoles de communication), qui sont sans valeur pour ce qui est du message de données. Ces dernières informations seraient, en général, automatiquement détachées d'un message de données par l'ordinateur récepteur avant que le message de données n'entre réellement dans le système d'information du destinataire<sup>107</sup>.

Dans la pratique, l'Association Française de Normalisation (AFNOR)<sup>108</sup> a élaboré une norme en domaine de l'archivage électronique, portant sur « la conception et l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des enregistrements stockés dans ces systèmes »<sup>109</sup>. Elle fournit un ensemble de spécifications concernant les mesures techniques et organisationnelles à mettre en œuvre pour l'enregistrement, le stockage et la restitution de documents électroniques afin d'assurer la conservation et l'intégrité de ceux-ci. En d'autres termes, elle vise à fiabiliser et à sécuriser les systèmes de GED (gestion électronique de documents)<sup>110</sup>. La norme exclut donc les systèmes qui

---

<sup>107</sup> *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session, supra note 80 aux para. 82-84.*

<sup>108</sup> L'Association française de normalisation a été créée en 1926; elle est reconnue d'utilité publique et est placée sous la tutelle du ministère chargé de l'industrie. Elle compte environ 3000 entreprises adhérentes, et membre de 150 organisations internationales de normalisation. Pour plus de détails, voir : [www.afnor.org](http://www.afnor.org).

<sup>109</sup> AFNOR, Commission AFNOR CG 171/CN3, norme Z42-013, juin 1998. Cette norme est une recommandation relative à la conception et à la gestion des systèmes informatiques destinés à l'enregistrement de documents sous forme numérique sur disque optique de type NORM. Cette norme décrit de façon spécifique pour le domaine de la GED (gestion électronique des documents) et particulièrement pour celui de l'archivage électronique les principes permettant de s'assurer que les systèmes sont bien conçus et que leur exploitation respecte des procédures répertoriées et sécurisées. La finalité de cette norme est donc d'assurer l'intégrité et la fidélité des documents électroniques, stockés ou restitués au travers des systèmes de GED ainsi que la pérennité de l'archivage dans le cadre de la durée de conservation souhaitée.

<sup>110</sup> Sur l'archivage des documents électroniques, voir V. Sédallan, « L'archivage de l'acte électronique », (8 juillet 2002), en ligne : [Juriscom.net](http://Juriscom.net)

comportent des équipements de stockage permettant de supprimer ou de modifier un enregistrement *a posteriori* et privilégie les disques optiques numériques de technologie WORM c'est à dire non réinscriptible. Ce support a été choisi parce qu'il n'est pas possible d'effacer une information une fois qu'elle y est enregistrée et enregistrer une autre information à sa place. La norme AFNOR propose différentes options techniques, de A à H, en fonction des besoins de l'utilisateur. Pour chaque option, la norme AFNOR impose des conditions en termes de durabilité et de fidélité technique des systèmes. Par exemple, les options A et B sont recommandées quand l'objectif est l'organisation de l'archivage électronique pour des besoins de preuves (option A : marquage des supports, et option B : chaînage des supports). L'option C concerne les opérations de saisie et de stockage des documents, l'option D l'utilisation d'outils de cryptologie pour chiffrer tout ou partie des informations stockées, l'option E concerne la carte à microprocesseurs pour la connexion au système, l'option F la réalisation d'audit interne, l'option H le recours à un tiers archiveur<sup>111</sup>.

---

<<http://www.juriscom.net/pro/2/arch20020708.htm>> ; Isabelle Pottier, « archivage électronique : une norme pour 1998 », *Les Échos* (3 février 1998) ; Alain Bensoussan, « Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique. Aspect juridique et solutions techniques » *Gaz. Pal.*, 1991, doct., aux pp. 361 et s.

<sup>111</sup> Jean-Louis Pascon et Isabelle Pottier, *Archivage électronique, aspects juridiques et techniques*, Paris, Éditions AFNOR pratique, 2000 à la p. 125. Exemples de mesures de conservation imposées par la norme :

- L'irréversibilité « physique » (et non logique) des disques optiques : indépendamment de sa taille (les DVD sont admis), il faut absolument que l'état physique du disque WORM soit modifié de façon irréversible pendant l'enregistrement;
- La traçabilité des opérations : les procédures mises en place doivent permettre de contrôler et de détecter les modifications ou altérations des enregistrements ;
- L'horodatage : le système doit pouvoir conserver l'historique des événements survenus dans le système sous la forme AAAA/MM/JJ/mm/SS/cc;
- L'établissement d'un dossier de description technique du système (liste des matériels avec numéros de série constructeurs et documentation associée, équipements de connexion et de sécurité, liste des logiciels avec documentation, dossier de conception, code source et procédure de compilation, description détaillée des outils de numérisation et des techniques de compression des images...).

## CHAPITRE II : L'ÉMERGENCE D'UN CADRE NORMATIF POUR LE PRINCIPE DU FORMALISME CONTRACTUEL ÉLECTRONIQUE

Le formalisme de contrat électronique présente une originalité qui le distingue de contrat classique. Il est possible d'identifier l'émergence d'un cadre normatif pour le principe de formalisme contractuel électronique à travers trois étapes. D'abord, par la démonstration de l'existence d'un formalisme contractuel protecteur inadaptée à l'univers électronique. Ensuite, par le fait que l'on assiste à la naissance d'un nouveau formalisme à travers le billet de la *Convention CNUDCI*. Et enfin, il sera important d'étudier les différents obstacles juridiques soulevés par l'émergence du formalisme contractuel électronique via la *Convention CNUDCI*.

### 2.1 Le formalisme contractuel protecteur est inadapté à l'univers électronique

Lorsqu'on évoque le formalisme en droit civil, on renvoie, dans un sens large par le terme « formalisme », à la forme, autrement dit, à la façon dont il est nécessaire de bâtir un contrat. Dans un sens strict le formalisme est un principe juridique en vertu duquel une formalité est exigée par la loi pour la validité d'un acte<sup>112</sup>. La mise en place de ce formalisme contractuel trouve pour partie son fondement dans l'ordre public de protection qui a imposé le respect de prescriptions pour que la manifestation de volonté des parties soit juridiquement efficace. Or, appliqué aux contrats électroniques, ce formalisme contractuel s'est vite avéré, comme nous le déterminerons, être un frein au développement du commerce électronique. Le contrat

---

<sup>112</sup> Voir Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1993 à la p. 126. Voir aussi André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie de droit*, Paris, L.G.D.J., 1993 à la p. 349 : « étymologie du (autoc) qui signifie (même) et désigne la volonté de l'identité [...] possède entre autres le sens de celui qui se détermine soi-même par ses propres lois »

électronique provoque une « révolution formelle » dans le domaine contractuel. En effet, sa matière virtuelle et l'intervention des nouvelles techniques électroniques, lui réserve une originalité formelle. L'apparition du support électronique n'a d'ailleurs pas manqué de susciter des interrogations et les législateurs sont intervenus pour réformer le droit<sup>113</sup>.

Le formalisme est non seulement une donnée inhérente à l'édition du contrat, mais qui doit être réévaluée, nous dirons même favorisée, dans un contexte de communication électronique<sup>114</sup>. La présente partie reproduit quelque peu cette idée, la première section évoquant l'insuffisance de la théorie classique de formalisme contractuel, d'où la nécessité de développer un autre formalisme adéquat, que nous analyserons dans une seconde section. Enfin, à la troisième section nous présentons la réforme à travers la *Convention CNUDCI*.

### **2.1.1 Un formalisme protecteur**

D'un point de vue général, la téléologie, qui consiste à dire que toute norme ou institution doit être interprétée et appliquée en tenant compte de sa finalité, invite, relativement à la forme des contrats, à se demander à quoi cela sert-il ?

Trois réponses peuvent être apportées. En théorie, le formalisme sert à réduire le contentieux, puisque le contenu du contrat sera clair. Ensuite, il sert à assurer la sécurité de la circulation des biens et empêche ainsi les fraudes à l'égard des tiers, puisque pour l'acheteur et pour l'acheteur de l'acheteur, la question de savoir quel est le bien transmis et dans quelles conditions est claire. Enfin il permet aux contractants de connaître l'étendue de leurs droits et de conserver le contrat.

---

<sup>113</sup> Voir *Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, J.O.C.E. L 13 du 19 janvier 2000 à la p. 12. [*Directive signatures électroniques*]

<sup>114</sup> Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 54 à la p. 85.

Mais la forme peut aussi avoir une fonction psychologique en ce sens qu'elle oblige le contractant à prendre du recul et à réfléchir avant de contracter. Le fait de cliquer sur la souris reliée à un ordinateur a-t-il la même force psychologique que le fait d'apposer une signature au bas d'une page ? Il convient d'en douter.

D'un point de vue plus juridique, la notion classique du formalisme contractuel, c'est à dire la formalité exigée par la loi pour la validité d'un contrat, se base sur une relation de dépendance directe entre l'acte juridique et le fait matériel. D'après certains auteurs, l'inobservation de la forme juridique prescrite pour la manifestation de la volonté trouve sa sanction dans l'acte même<sup>115</sup>. On constate alors deux caractéristiques importantes du formalisme, qui sont d'une part, la nécessité, sous peine de voir la validité du contrat remise en cause, et d'autre part l'exclusivité, qui seule puisse rendre la règle de formalisme reconnaissable en tant que telle<sup>116</sup>.

Selon Atiyah et Summers<sup>117</sup>, la règle formelle est le fruit d'une autorité juridique. Ce caractère extensif ne limite pas l'origine du formalisme à la seule source législative. Bien plus, au lieu du critère de nécessité « trop rigoureux », la règle formelle dispose d'un caractère obligatoire dans la mesure où une norme substantielle ne peut déroger. D'où le fait que la règle formelle est constituée par l'association de ces deux éléments cumulatifs<sup>118</sup>, que sont la nécessité et l'exclusivité. En effet, la définition classique du formalisme basée sur ces deux caractères paraît stricte et rigoureuse, et ne peut s'adapter facilement avec la vivacité du domaine de commerce électronique.

---

<sup>115</sup> Rudolph von Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. par Octave de Meulenaere, t. 3, 3e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1888 à la p. 166.

<sup>116</sup> Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 54 à la p.86

<sup>117</sup> Voir notamment P. S. Atiyah, et Robert S. Summers, *Form and substance in anglo-american law – A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institution*, Oxford, Clarendon Paerbacks, 1987.

Cependant d'après d'autre auteur<sup>119</sup>, le formalisme légal, c'est à dire les exigences formelles que la loi impose, est relatif, parce que les parties contractantes peuvent aggraver ses exigences formelles, par l'élaboration d'un contrat préalable, un contrat cadre qui régit<sup>120</sup> ce formalisme. En effet, cet instrument ne forme pas un contrat, plutôt une nouvelle sorte de formalisme conventionnel adaptable aux changements contemporains. Dans le domaine de commerce électronique, on remarque que les contrats d'échange ou de communication sont des contrats cadres assimilables à du formalisme conventionnel.

La téléologie de la forme des contrats oblige à réfléchir sur l'identité entre forme écrite et forme électronique pour les contrats électroniques car en l'état actuel du droit des contrats, le formalisme requis constitue un obstacle au développement du commerce électronique.

### **2.1.2 Un formalisme inadapté au développement du commerce électronique**

Au regard du développement du commerce électronique, il semble que l'idée de concevoir le formalisme comme condition rédhibitoire à la formation du contrat serait en perte de vitesse<sup>121</sup>. Néanmoins, en matière de contrat électronique, les parties contractantes sont absentes, c'est-à-dire que la relation contractuelle est basée sur une rencontre virtuelle, ce qui soulève la question d'identification des parties. Dès lors, le recours au formalisme est nécessaire pour la sécurité juridique entre les parties. Le formalisme a davantage pour fonction de protéger une catégorie d'intervenants du fait de sa vulnérabilité par rapport à un autre. C'est aussi un moyen de faire connaître à l'autre partie le contenu et l'existence de l'entente conclue en prévention d'une

---

<sup>118</sup> Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 52 à la p. 87.

<sup>119</sup> Voir notamment Sami Zaki Magdi, « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat cadre » (1986) 4 *Revue Internationale de Droit Comparé* 1065.

<sup>120</sup> *Ibid.* à la p. 1066.

<sup>121</sup> Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 54 à la p. 10.

mécompréhension d'une partie par rapport aux prétentions de l'autre. Néanmoins, étant donné la difficulté d'encadrer le commerce électronique par la loi ou les conventions internationales, on parlera plutôt d'une liberté formelle et non une absence de formalité<sup>122</sup>. Dès lors, il est nécessaire de faire la distinction entre deux types de formalisme électronique. Le formalisme direct, et le formalisme indirect mais complémentaire.

Le formalisme direct est d'origine légale et forme une condition de validité du contrat électronique. Ils existent deux mesures formelles qui semblent être les plus importantes en matière de contrat électronique. Il s'agit de l'écrit virtuel et de la signature électronique. En effet, les contrats électroniques, plus que les contrats ordinaires sur support papier par exemple, sont des contrats formels, ou plutôt se doivent d'être formels si l'on souhaite qu'ils compensent l'immatérialité qui les caractérise<sup>123</sup>. Pour le formalisme indirect, il consiste à l'élaboration d'un processus formel visant à s'assurer que l'acte juridique conclu puisse remplir les objectifs recherchés<sup>124</sup>. Trois types de formalisme indirect peuvent être cités, d'abord le « formalisme contractuel », ensuite la « diligence »<sup>125</sup> et enfin le « formalisme communautaire »<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> Dans ce contexte le législateur communautaire s'est opposé à tout formalisme contractuel. Voir *Directive signatures électroniques*, *supra* note 113, art. 9 al. 1 :

les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique

<sup>123</sup> Gautrais, « Contrats on-line », *supra* note 78 à la p. 156.

<sup>124</sup> *Ibid.* à la p. 91.

<sup>125</sup> Pour la diligence, elle fait référence aux mesures sécuritaires électroniques. *Ibid.* à la p. 93.

<sup>126</sup> Le formalisme contractuel se concrétise en pratique par contrats cadre. Voir par ex. États-Unis : Electronic messaging services task force, « The commercial use of electronic data interchange – A

Après avoir identifié sur le plan théorique comment le formalisme devait être perçu dès lors que nous l'appliquons au commerce électronique, il s'agit de voir dans le même cadre quelle réforme adéquate envisager sur le plan international.

### 2.1.3 Une réforme du droit nécessaire : la *Convention des nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* 2005

Sur le plan doctrinal, on constate une diversité de solution pour envisager une réforme adéquate du droit vis-à-vis au formalisme électronique. Une solution radicale pourrait conduire à faire primer le principe du consensualisme en estimant que la nature du contrat est essentielle et que les modalités de sa conclusion sont casuelles. Cette solution contraire à toute idée de protection du cyberconsommateur doit être rejetée. Le principe du consensualisme a organisé une zone de protection indispensable. Aujourd'hui le souci de protection est toujours aussi nécessaire et le formalisme électronique de la conclusion du contrat électronique est insuffisant<sup>127</sup>.

D'autres auteurs<sup>128</sup>, prévoyaient l'élaboration de règles qui affirmeraient l'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier. Selon ces auteurs, il faut conserver la distinction entre le fond et la forme et réfléchir à la valeur de l'écrit électronique. Lorsque l'écrit est exigé comme condition de validité des conventions, l'écrit sur support électronique est admis au même titre que l'écrit sur support papier.

---

report and model trading partner agreement » (1990) 45 *Bus. Law.* 1645 ; au Canada : EDICC, *Model form of electronic data interchange trading partner agreement and commentary*, Legal and Audit Issues Committee of the EDI Council of Canada, Canada 1990 ; au Québec : Karim Benvekhlef, *Echange de documents informatisés - Contrat type commenté*, Québec, Publication du Québec, 1991 ; en France : Commission du commerce et des échanges, *Contrat type de commerce électronique – Vente de biens et prestations de services*, (juin 2008, présenté par J. Canlorbe), en ligne : ccip.fr < [http://www.etudes.ccip.fr/dossiers/commerce\\_numerique/Contrat-type-commerce-electronique-2008.pdf](http://www.etudes.ccip.fr/dossiers/commerce_numerique/Contrat-type-commerce-electronique-2008.pdf) >

<sup>127</sup> Voir Jean Deveze, « La forme du contrat électronique », dans *Le contrat électronique*, t. 5, Paris, Édition Panthéon Assas, 2002 à la p. 59 et s.

<sup>128</sup> Voir notamment Luc Grynbaum, « La directive "commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique » (2001) 41 *La semaine Juridique* – Edition entreprise 1617.

Si la reconnaissance d'une telle équivalence est une solution judicieuse, le choix d'insérer le texte à la suite des dispositions relative à la preuve est critiquable car cela engendre une confusion entre la forme et le fond, non protectrice du consommateur, et dangereuse pour la sécurité juridique.

Cependant, la question d'assimiler par équivalence écrit papier et écrit électronique est mal posée pour certains juristes<sup>129</sup>. La critique est basée sur deux points. D'abord, même si la forme, papier et électronique, utilisent le même standard de communication d'expression, la façon formelle de les retranscrire est différente. Ensuite, et d'un point de vue plus juridique, le formalisme et l'expression formelle, sont sensiblement distinctes. En effet, le contrat électronique ne possède pas la matérialité du contrat écrit. Ensuite, les caractéristiques technique, commerciale et évolutive du cyberspace permettent le développement de normes informelles, voir de *soft law*, qui pourraient souvent combler des dispositions de droit nationales assez peu adaptées au contexte cybernétique<sup>130</sup>.

Cette vision doctrinale favorise la dépendance du formalisme électronique à la notion de l'écrit<sup>131</sup>. Selon Vincent Gautrais, la solution consisterait à dissocier « l'acte de formalisme du support sur lequel repose le contrat ». Bien plus, il est nécessaire que « nous préconisons en effet une forme qui ne soit pas liée à la matière, nous favorisons donc une vision ouverte du formalisme distinct du seul écrit ». Néanmoins, il est possible suivant l'auteur de recenser deux grandes catégories de formalités pour le contrat électronique. D'une part, le formalisme prend en compte sur la façon dont les contrats électronique se réalise (la gestion des documents contractuels, puis l'organisation de la conservation des données,

---

<sup>129</sup> Voir notamment Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 54 à la p. 110.

<sup>130</sup> Eric Dufresne, « Les contrats internationaux de vente », supra note 12 à la p. 59

<sup>131</sup> Voir Jean Huet, « Aspects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) » D. 1991 Chron. 181.

l'archivage électronique). D'autre part, la technologie dispose indiscutablement de solutions qui doivent être prises en compte en ce qui concerne le contrat électronique (technique qui constitue le support)<sup>132</sup>. Dans un contexte général, le Préambule de la *Convention CNUDCI* indique que

l'usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international, cependant les problèmes créés par les incertitudes quant à la valeur juridique de l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux constituent un obstacle au commerce international<sup>133</sup>.

La *Convention CNUDCI* a été élaborée entre 2002 et 2005. L'Assemblée générale des Nations unies l'a adoptée le 23 novembre 2005 par sa résolution 60/21 et le Secrétaire général l'a ouverte à la signature le 16 janvier 2006<sup>134</sup>. On peut identifier deux grandes caractéristiques de la *Convention CNUDCI*. Elle vise en premier lieu à offrir des solutions pratiques aux problèmes liés à l'utilisation de moyens de communication électroniques en rapport avec des contrats internationaux. Ensuite, la *Convention CNUDCI* n'a pas pour sens d'établir des règles uniformes sur des questions de fond concernant les contrats qui ne sont pas spécifiquement liées à l'utilisation de communications électroniques<sup>135</sup>. En ce qui concerne sa sphère

---

<sup>132</sup> Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 54 à la p. 95.

<sup>133</sup> *Convention CNUDCI*, supra note 3, Préambule.

<sup>134</sup> Lorsque à sa trente-huitième session, la CNUDCI a approuvé la version finale du projet de Convention en vue de son adoption par l'Assemblée générale, elle a prié le secrétariat d'établir des notes explicatives sur le nouvel instrument. À sa trente-neuvième session, elle a pris acte des notes explicatives établies par le secrétariat et a prié ce dernier de les publier avec le texte de la Convention. Au 12 mars 2010, 13 États ont signés la *Convention CNUDCI* et aucun ne l'a encore ratifiée.

<sup>135</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail IV (commerce électronique) sur les travaux de sa quarantième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 40<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/527, (2002) au para. 81

d'application, la Convention trouve domaine à « l'utilisation de communications électroniques<sup>136</sup> en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents »<sup>137</sup>. Après la présentation sommaire de la convention CNUDCI 2005, il convient d'identifier le formalisme contractuel électronique.

## 2.2 Le formalisme contractuel au regard de la convention CNUDCI 2005

D'une manière générale, il est possible de dire qu'il existe trois contextes relatifs à l'identification du formalisme contractuel au regard de la *Convention CNUDCI*. Celui de la reconnaissance juridique des communications électroniques, celui des exigences de forme vis-à-vis de ces communications et enfin celui de l'erreur électronique et sa correction.

---

Toutefois, un cloisonnement étanche entre les questions techniques et les questions de fond dans le contexte du commerce électronique n'est pas toujours possible ni souhaitable. C'est pourquoi la Convention contient un petit nombre de règles de fond allant au-delà de la simple réaffirmation du principe de l'équivalence fonctionnelle lorsque de telles règles sont nécessaires pour assurer l'efficacité des communications électroniques.

<sup>136</sup> Le terme « communication électronique » désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, faite par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat. *Convention CNUDCI*, *supra* note 3, art 4. Le terme « contrat » est utilisé dans la Convention dans un sens large et désigne, par exemple, des conventions d'arbitrage et d'autres accords juridiquement contraignants, qu'ils soient ou non habituellement appelés « contrats ».

<sup>137</sup> CNUDCI, *Rapport de la 41<sup>e</sup> session*, *supra* note 30, au para. 33.

La Convention s'applique aux contrats internationaux, c'est-à-dire aux contrats entre parties situées dans deux États différents, sans qu'il soit nécessaire que ces deux États soient des États contractants à la Convention. Toutefois, celle-ci ne s'applique que lorsque la loi applicable aux opérations entre les parties est celle d'un État contractant, ce qui doit être déterminé par les règles de droit international privé de l'État du for en l'absence de choix valable des parties.

### 2.2.1 La reconnaissance juridique des communications électronique

D'après le groupe de travail IV sur le commerce électronique mis en place par la CNUDCI, la *Convention CNUDCI* vise à offrir des solutions pratiques aux problèmes liés à l'utilisation de moyens de communications électroniques en rapport avec des contrats internationaux<sup>138</sup>. En effet, ces solutions commencent par la reconnaissance juridique des communications électroniques sur la base du principe général de non discrimination. Néanmoins, il est important en premier lieu de définir la communication électronique.

#### 2.2.1.1 La notion de communication électronique

Selon l'article 4-b de la *Convention CNUDCI*, « le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données. La définition de la « communication électronique » crée un lien entre les fins auxquelles les communications électroniques peuvent être utilisées et la notion de « messages de données », qui apparaissait déjà dans la *Loi type sur le commerce électronique* et qui a été conservée compte tenu du large éventail de techniques, autres que celles purement « électroniques », qu'elle englobe<sup>139</sup>.

L'article 4-c dispose lui, que « le terme "message de données" désigne l'information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues ». Cette définition de l'expression « message de données » a pour objectif d'englober tous les types de messages créés, conservés ou envoyés essentiellement sans support papier. À cette fin, tous les moyens de communication et de conservation de l'information, pouvant être utilisés

---

<sup>138</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique: Note explicative relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Doc. off. CNUDCI, 2006, Doc. Nu A/CN.9/608, au para. 3. [CNUDCI, *Note explicative à la Convention CUNDCI*]

<sup>139</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, supra note 46 au para. 80.

pour des fonctions parallèles à celles qui sont assurées grâce aux moyens énumérés dans la définition, sont censés être pris en compte par la référence aux « moyens analogues. Toutefois, les moyens de communication « électroniques » et « optiques », par exemple, ne sont probablement pas, à strictement parler, analogues. Aux fins de la *Convention CNUDCI*, le mot « analogue » signifie « équivalent du point de vue fonctionnel ». La référence aux « moyens analogues » indique que la *Convention CNUDCI* n'a pas été conçue uniquement pour être applicable dans le contexte des techniques de communication actuelles, mais aussi pour tenir compte des progrès techniques prévisibles et futurs.

En effet, les exemples cités dans l'article 4-c, concernant la définition de l'expression « message de données », montrent bien que celle-ci englobe non seulement la messagerie électronique, mais aussi d'autres techniques qui peuvent encore être utilisées dans la chaîne des communications électroniques, même si certaines (comme le télex ou la télécopie) ne sont pas vraiment nouvelles<sup>140</sup>. Ainsi l'expression « échange de données informatisé » (EDI) a été conservée dans la définition uniquement comme exemple, au vu de l'usage très répandu des messages EDI dans les communications électroniques entre ordinateurs<sup>141</sup>. Il est aussi important de noter que d'une part, l'expression « message de données » porte sur l'information elle-même plutôt que sur la forme de sa transmission. Aux fins de la *Convention CNUDCI*, il importe donc peu que les messages de données soient communiqués électroniquement d'ordinateur à ordinateur ou qu'ils le soient sans recours à des systèmes de télécommunication. Et d'autre part, l'expression « message

---

<sup>140</sup> *Ibid.* au par 81.

<sup>141</sup> L'UN/EDIFACT, ensemble de règles des Nations Unies pour l'Echange de Données Informatisé pour l'Administration, le Commerce et le Transport, a adopté la définition suivante de l'EDI « désigne la transmission électronique d'ordinateur à ordinateur d'informations, lesquelles sont structurées au moyen d'une norme agréée ». UN/EDIFACT, en ligne : [unece.org < http://www.edifact.fr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=13&Itemid=85>](http://www.edifact.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=13&Itemid=85).

de données » vise également les cas de révocation ou de modification. Un message de données est présumé contenir des informations fixes, mais il peut être révoqué ou modifié par un autre message de données<sup>142</sup>.

### **2.2.1.2 Le principe de non discrimination de communication électronique**

Dès le départ, l'article 8 de la *Convention CNUDCI* affirme le principe contenu dans l'article 11 de la *Loi type sur le commerce électronique* selon lequel la validité ou la force exécutoire des contrats ne devraient pas être déniées au seul motif qu'ils résultent de l'échange de communications électroniques<sup>143</sup>.

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

---

<sup>142</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session*, supra note 30 au para. 77.

<sup>143</sup> *Loi type sur le commerce électronique*, supra note 4, art 8 : « La validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique ».

légale absolue de toute communication électronique ou de toute information qu'elle renferme<sup>144</sup>.

—  
Le principe général de non discrimination de communication électronique attire l'attention sur un autre principe, qui d'ailleurs guide l'ensemble des travaux de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique, à savoir le principe de la neutralité technologique. Ce principe a pour objectif de donner à la *Convention CNUDCI* la possibilité de couvrir toutes les situations de fait dans lesquelles une information est créée, conservée ou transmise sous forme de communication électronique, indépendamment de la technologie ou du support utilisé. À cette fin, les règles de la Convention sont « neutres », c'est-à-dire qu'elles ne présupposent pas l'utilisation de types particuliers de technologies ni n'en dépendent et pourraient s'appliquer à la communication et à la conservation de tous les types d'information<sup>145</sup>.

Le principe de la neutralité technologique présente une importance particulière face à la rapidité des innovations et des progrès technologiques car il permet à la loi de s'adapter aux évolutions futures sans devenir rapidement dépassée<sup>146</sup>. La neutralité technologique signifie aussi la « neutralité des supports ». En effet, la *Convention CNUDCI* a pour but de faciliter les moyens de communication “sans papier” en fournissant des critères leur permettant de devenir l'équivalent des documents papier, mais elle ne vise pas à modifier les règles traditionnelles sur les communications

---

<sup>144</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante deuxième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 42<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/546, (2003) au para. 41.

<sup>145</sup> *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session*, Rés. AG, Doc. off. AG NU, 60<sup>ème</sup> sess. supp. n°17, Doc. NU A/60/17 au para. 161.

<sup>146</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, *supra* note 46 au para. 10 et s.

papier ni à créer des règles matérielles séparées pour les communications électroniques<sup>147</sup>.

## **2.2.2 Les exigences de forme vis-à-vis aux communications électronique**

Il est important à ce niveau d'étudier d'abord le cadre juridique général des exigences de forme, pour ensuite identifier les différentes exigences qui constituent le formalisme contractuel électronique. En effet, ces exigences représentent des conditions nécessaires à la validité d'un acte juridique (formalisme direct). En conséquence, les lignes qui suivent, traite de la forme d'écrit, l'exigence relative à la signature, et enfin la question d'originaux électronique.

### **2.2.2.1 Le cadre juridique général des exigences de forme**

L'étude du cadre juridique général des exigences de forme est basée sur l'identification de deux points. D'une part la notion d'exigence juridique, et d'autre part, les principes juridique sur les quelles est fondée ces exigences. L'exigence juridique fait référence à la loi applicable aux transactions effectuées entre les parties. Dans le contexte de la *Convention CNUDCI*, le mot *loi* renvoie à ces différentes sources de droit et englobe non seulement les dispositions législatives ou réglementaires, y compris les conventions ou traités internationaux ratifiés par un État contractant, mais aussi les règles découlant de la jurisprudence et autres règles de procédure<sup>148</sup>. Cependant, le mot *loi* ne touche pas les domaines du droit qui ne sont

---

<sup>147</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail IV (commerce électronique) sur les travaux de sa quarantième session*, supra note 135 au para. 108.

<sup>148</sup> Dans certains pays de common law, le mot « loi » serait normalement interprété comme désignant les règles de common law, par opposition aux exigences législatives, tandis que dans certains pays de droit romano-germanique, il est généralement employé de façon étroite pour désigner la législation adoptée par le parlement.

pas devenus partie intégrante du droit d'un État et que l'on identifier par des expressions comme *lex mercatoria* ou loi marchande<sup>149</sup>.

La deuxième perspective du cadre juridique général des exigences de forme, traite les principes juridiques sur lesquelles sont fondées ces exigences. En effet, la *Convention CNUDCI* traite des obstacles éventuels à l'utilisation du commerce électronique que constituent les prescriptions de forme, nationales ou internationales, en élargissant la définition de termes comme *écrit*, *signature*, et *original* afin d'y inclure les techniques informatiques. Pour cette raison, la *Convention CNUDCI* a adopté « l'approche de l'équivalent fonctionnel », qui consiste à analyser les objectifs et les fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier afin de déterminer comment ces objectifs pourraient être atteints ou ces fonctions assurées avec les techniques du commerce électronique<sup>150</sup>. La *Convention CNUDCI* ne tient pas à définir un équivalent informatique pour un type particulier de document papier. Elle s'attache plutôt à déterminer les fonctions essentielles de l'exigence d'un document papier afin de dégager des critères qui, s'ils sont remplis par des communications électroniques, lui permet d'obtenir le même niveau de reconnaissance juridique que leurs équivalents papiers. Ces règles fondamentales sont affirmées par l'article 9 de la

---

<sup>149</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, *supra* note 46 au para. 58. Pour plus de détails sur la *lex mercatoria*, voir Gautrais, *Contrat électronique international*, *supra* note 54.

<sup>150</sup> Par exemple, un document papier peut assumer les fonctions suivantes: fournir un enregistrement lisible par tous; fournir un enregistrement inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux. Pour toutes les fonctions du papier susmentionnées, les enregistrements électroniques peuvent garantir le même niveau de sécurité avec, dans la plupart des cas, une fiabilité et une rapidité plus grandes, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient respectées. Néanmoins, l'adoption de l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle ne devrait pas avoir pour conséquence d'imposer aux utilisateurs des moyens de commerce électroniques des normes de sécurité plus strictes (avec l'augmentation des coûts qui en résulterait) que pour les supports papier. Voir Doc. NU A/60/17, *supra*, note 145 au para. 56.

*Convention CNUDCI* qui reprend les règles fondamentales des articles 6, 7 et 8 de la *Loi type sur le commerce électronique* concernant les critères d'établissement de l'équivalence fonctionnelle entre, d'une part, les communications électroniques et les documents papier<sup>151</sup> et d'autre part, les méthodes d'authentification électronique et les signatures manuscrites.

Un autre principe de droit, est la liberté de la forme. On retrouve ce principe dans le paragraphe 1 de l'article 9 qui reprend le principe général de la liberté de forme défini dans l'article 11 de la *Convention de Vienne*, et cela dans le but de préciser que la référence à d'éventuelles exigences de forme prévues par d'autres lois ne signifierait pas que la *Convention CNUDCI* elle-même impose une quelconque exigence de forme. Cependant, la *Convention CNUDCI* reconnaît néanmoins que des exigences de forme existent et qu'elles peuvent limiter la capacité des parties à choisir leur moyen de communication. Elle énonce les conditions dans lesquelles des communications électroniques peuvent satisfaire aux exigences générales de forme. Toutefois, aucune de ses dispositions ne donne aux parties un droit illimité d'utiliser les techniques ou les supports de leur choix pour les communications en rapport avec la formation ou l'exécution de tout type de contrat afin de ne pas interférer avec l'application des règles de droit qui exigent, par exemple, que certaines méthodes d'authentification soient utilisées en rapport avec certains types de contrats<sup>152</sup>.

On peut dire que l'article 9 établit les prescriptions minimales des normes pour satisfaire aux conditions de forme que peut imposer la loi applicable. En effet, le

---

<sup>151</sup> La *Convention CNUDCI 2005* est destinée à permettre aux États parties d'adapter leur législation interne aux progrès des technologies de communication applicables au droit commercial, sans avoir à éliminer totalement l'exigence même de documents papier ni toucher aux concepts et principes juridiques fondant cette exigence. CNUDCI, *Legal aspects of electronic commerce Electronic contracting: provisions for a draft convention Comments by the International Chamber of Commerce*, Doc. off. CNUDCI NU, 41<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN9/WG.IV/WP.101, (2003) au para. 4.

<sup>152</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, supra note 47 au para. 119.

principe de l'autonomie des parties, consacré par la *Convention CNUDCI*<sup>153</sup> ne signifie pas qu'elle habilite les parties à écarter les exigences légales concernant la forme ou l'authentification des contrats et des opérations. Néanmoins, les dispositions relatives aux prescriptions de forme générales dans la *Convention CNUDCI* n'ont qu'une fonction de facilitation. Le fait pour les parties d'utiliser des méthodes différentes aurait simplement pour conséquences qu'elles ne seraient pas à même de respecter les prescriptions de forme envisagées à l'article 9<sup>154</sup>.

#### 2.2.2.2 La forme de l'écrit

Dans le contexte de notre recherche à analyser la compatibilité d'un concept créé pour l'écrit sur papier et qui doit désormais s'appliquer à un support électronique, et dans le but d'éviter le refus judiciaire des contrats électronique visés par la condition de l'écrit, on doit choisir soit d'admettre qu'un document électronique est un écrit, soit d'appliquer au support électronique un système probatoire et formel distinct. Autrement dit, l'écrit est présent, quel que soit le support utilisé, dès lors que les fonctions de l'écrit papier sont satisfaites. Cette assimilation permet d'éviter qu'un contrat électronique soit déclaré invalide sur la seule base qu'un écrit est nécessaire<sup>155</sup>.

La *Convention CNUDCI*, est intervenue sur le concept d'écrit selon le principe de « l'équivalence fonctionnelle ». Ainsi, elle assimile une communication électronique à un écrit si son contenu peut être consulté ultérieurement. Le modèle retenu comporte une certaine neutralité technologique de l'écrit, qu'il soit papier ou

---

<sup>153</sup> C'est l'article 3 de la *Convention CNUDCI 2005*, qui énonce le principe de l'autonomie des parties. Ce principe figure également dans d'autres instruments de la CNUDCI. Voir notamment *Convention de Vienne, supra* note 26, art. 6.

<sup>154</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 43<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/548, (2004) au para. 122.

<sup>155</sup> Gautrais, *Contrat électronique international, supra* note 54 à la p. 87.

électronique. En effet, le paragraphe 2 de l'article 9 définit le critère de base auquel doivent satisfaire des communications électroniques pour répondre à l'exigence selon laquelle l'information doit être conservée ou présentée par écrit<sup>156</sup>. Néanmoins, l'article 9 ne vise pas à disposer que, dans tous les cas, les communications électroniques doivent remplir toutes les fonctions concevables de l'écrit. Elle vise plutôt à marquer son attachement à l'idée fondamentale que l'information est reproduite et lue. Cette notion est exprimée dans des termes qui ont été jugés comme constituant un critère objectif, à savoir que les renseignements contenus dans une communication électronique doivent être accessibles afin de pouvoir être utilisés comme référence par la suite<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Lors de l'élaboration de la *Convention CNUDCI 2005*, les discussions ont porté leur attention sur les fonctions traditionnellement assurées par divers types d'« écrits » dans un environnement papier. Les lois internes exigent l'utilisation d'un « écrit » pour diverses raisons, par exemple:

- a) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles;
- b) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion d'un contrat;
- c) fournir un document lisible par tous;
- d) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération;
- e) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire des mêmes données;
- f) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature;
- g) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux;
- h) consigner l'intention de l'auteur de l'"écrit" et conserver la trace de cette intention;
- i) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible;
- j) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires;
- et k) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un "écrit" est requis aux fins de validité.

<sup>157</sup> Le mot « accessible » implique qu'une information se présentant sous la forme de données informatisées doit être lisible et interprétable et que le logiciel qui pourrait être nécessaire pour assurer sa lisibilité doit être gardé. Le mot « consultée » vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement par ordinateur. Quant à l'expression "être consultée ultérieurement", elle a été préférée à la notion de « durabilité » ou à celle d'« inaltérabilité », qui auraient constitué des normes trop strictes, et à des notions comme la « lisibilité » ou « l'intelligibilité », qui pourraient constituer des critères trop subjectifs.

### 2.2.2.3 L'exigence relative à la signature

La signature est un élément de formalisme moins problématique que l'écrit. Aussi, il ressort de la plupart des textes nationaux et internationaux deux fonctions fondamentales qui y sont attachées, soit l'identification du signataire et la manifestation de sa volonté. Néanmoins, le recours accru à des techniques d'authentification électroniques au lieu de signatures manuscrites et d'autres méthodes traditionnelles d'authentification a rendu nécessaire un cadre juridique spécifique pour réduire l'incertitude quant à l'effet juridique pouvant résulter de l'utilisation de telles techniques modernes<sup>158</sup>.

La *Convention CNUDCI* prévoit dans le paragraphe 3 de l'article 9 que « lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique ». Dans le contexte du principe général de neutralité technologique cette disposition se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans un environnement papier. Lors de l'élaboration de la *Convention CNUDCI* sur les communications électroniques, les fonctions suivantes remplies par les signatures ont été examinées : l'identification d'une personne, la certitude quant à la participation en personne de l'intéressé à l'acte de signature, l'association de cette personne avec la teneur d'un document. Il a été noté qu'en outre la signature pouvait remplir diverses fonctions, selon la nature du document signé. Par exemple, une signature peut témoigner de l'intention d'une partie d'être liée par la teneur d'un contrat signé, de revendiquer la paternité d'un

---

<sup>158</sup> En vue d'établir des règles uniformes sur les signatures électroniques, la CNUDCI a examiné les diverses techniques de signature électronique qui étaient utilisées ou en cours d'élaboration. L'objectif commun à ces techniques est de fournir des équivalents fonctionnels: a) à la signature manuscrite; et b) aux autres types de mécanismes d'authentification utilisés dans un environnement papier (par exemple sceaux ou cachets). Les mêmes techniques peuvent remplir des fonctions supplémentaires dans le domaine du commerce électronique, qui découlent des fonctions d'une signature mais où elles n'ont aucun équivalent strict dans un environnement papier.

texte, de s'associer à la teneur d'un document rédigé par quelqu'un d'autre, ou du fait que et du moment où une personne se trouvait en un lieu donné<sup>159</sup>.

Il est important de noter que la *Convention CNUDCI* ne tient pas à déterminer des équivalents technologiques précis des différentes fonctions des signatures manuscrites. Elle cherche plutôt à définir les conditions générales dans lesquelles les communications électroniques seraient réputées authentifiées avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables aux vues des exigences en matière de signature<sup>160</sup>. En tenant compte de deux fonctions essentielles d'une signature, soit l'identification du signataire et la manifestation de sa volonté, l'alinéa a du paragraphe 3 de l'article 9 énonce le principe selon lequel, dans un environnement électronique, les fonctions juridiques essentielles d'une signature sont exercées au moyen d'une méthode qui permet d'identifier l'expéditeur d'une communication électronique et, d'indiquer la volonté de l'expéditeur concernant l'information qui y est contenue. Pour suivre la rapidité de l'innovation technologique, la *Convention CNUDCI* prévoit des critères en vue de la reconnaissance juridique des signatures électroniques quelle que soit la technologie employée<sup>161</sup>. Dans le contexte du principe général d'équivalence

---

<sup>159</sup> CNUDCI, *Note explicative sur la Convention de Vienne*, supra note 37, au para. 151

<sup>160</sup> *Ibid.* au para. 153 :

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

<sup>161</sup> La *Convention CNUDCI* prévoit par exemple: signatures numériques fondées sur la cryptographie asymétrique; dispositifs biométriques (permettant l'identification des individus par leurs caractéristiques physiques, que ce soit la forme de la main ou du visage, la lecture des empreintes digitales, la reconnaissance de la voix ou le balayage de la rétine, etc.); cryptographie symétrique; utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN); utilisation, pour authentifier les communications électroniques, d'un objet tel qu'une carte à puce ou un autre dispositif détenu par le

fonctionnelle, cette disposition pose qu'une signature électronique doit permettre d'identifier le signataire et d'indiquer la volonté de ce dernier concernant l'information contenue dans la communication électronique<sup>162</sup>.

En effet, il a été noté que, dans certains cas, la loi pouvait exiger une signature, sans que cette dernière ait pour fonction d'indiquer que le signataire approuvait l'information contenue dans la communication électronique<sup>163</sup>. La formulation de cette disposition vient préciser clairement que la notion de "signature" dans la *Convention CNUDCI* n'implique pas nécessairement, ni dans tous les cas, l'approbation par une partie de la totalité du contenu de la communication à laquelle la signature se rattache<sup>164</sup>.

D'une manière générale, les dispositions du paragraphe 3 de l'article 9 de la *Convention CNUDCI* ne visent qu'à éliminer les obstacles à l'utilisation de signatures électroniques et n'ont pas d'incidence sur les autres conditions de validité de la communication électronique à laquelle la signature se rattache. En vertu de la *Convention CNUDCI*, la simple signature d'une communication électronique par l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite n'est pas censée à elle seule conférer une validité juridique à cette communication. Le point de savoir si une communication électronique qui satisfait à l'exigence de la signature est

---

signataire; versions numérisées des signatures manuscrites; dynamique de la signature; et autres méthodes comme celle consistant à cliquer sur une case « valider ».

<sup>162</sup> Le terme de cet alinéa diffère légèrement de la formulation employée à l'article 7, paragraphe 1 de la *Loi type sur le commerce électronique, supra* note 4, art. de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique 1996*, où il est fait référence à l'indication que le signataire « approuve » l'information contenue dans la communication électronique.

<sup>163</sup> Par exemple, dans de nombreux pays, la loi exige la légalisation d'un document par un notaire ou l'attestation d'une déclaration sous serment par un officier ministériel chargé de recueillir ce type de déclaration. Alors que, la signature du notaire ou de l'officier identifie simplement ces derniers et les associe au contenu du document, mais n'indique pas qu'ils approuvent l'information qui y figure.

<sup>164</sup> *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session, supra* note 145 au para. 64.

juridiquement valable doit être réglé par le droit applicable en dehors de la *Convention CNUDCI*<sup>165</sup>.

#### 2.2.2.4 L'exigence relative aux documents originaux

Parmi les autres éléments de formalisme direct, on trouve l'original du contrat. L'adaptation de cette exigence au support électronique oblige à des contorsions assez complexes<sup>166</sup>. En effet, l'original est parfois prescrit par certaines législations nationales entant que condition de validité de l'acte juridique par exemple, la validité de documents commerciaux tels que les certificats de poids, les certificats agricoles, les certificats de qualité ou de quantité, les rapports d'inspection. Par conséquent la CNUDCI s'est interrogée sur l'adoption de la notion d'original au support électronique Si l'on entend par "original" le support sur lequel l'information a été fixée pour la première fois, dans l'environnement électronique, on ne pourrait pas parler d'original d'une communication électronique. Néanmoins, il serait important de replacer les paragraphes 4 et 5 de l'article 9 de la *Convention CNUDCI* dans un contexte différent. En effet, la notion d'"original" au paragraphe 4 est utile étant donné que, dans la pratique, nombre de différends portent sur la question de l'originalité des documents et, dans le commerce électronique, l'exigence de la présentation d'originaux est l'un des principaux obstacles que la *Convention CNUDCI* essaie d'éliminer<sup>167</sup>.

Divers moyens techniques sont disponibles pour certifier la teneur d'une communication électronique afin d'en confirmer son originalité. Sans cet équivalent

---

<sup>165</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante deuxième session*, supra note 144 au para. 57.

<sup>166</sup> Gautrais, *Contrat électronique international*, supra note 54 à la p. 90.

<sup>167</sup> Bien que, dans certains systèmes juridiques, les concepts « d'écrit », « d'original » et de « signature » puissent se recouper, ils sont traités dans la *Convention CNUDCI 2005* comme trois concepts bien distincts.

fonctionnel de l'original, il serait difficile d'avoir recours au commerce électronique pour la vente de marchandises car les personnes émettant ces documents devraient retransmettre leur communication électronique chaque fois que des marchandises seraient vendues, ou encore les parties devraient utiliser des documents papier en plus des moyens électroniques. On peut considérer que les paragraphes 4 et 5 de l'article 9 comme une déclaration de la condition de forme minimale acceptable à laquelle une communication électronique doit satisfaire pour pouvoir être considérée comme l'équivalent fonctionnel d'un original. Ces dispositions devraient être considérées comme impératives, au même titre que le seraient les dispositions en vigueur relatives à l'utilisation de documents originaux sur support papier. Cependant, il ne faut pas les interpréter comme invitant les États à fixer des conditions plus strictes que celles prévues dans la *Convention CNUDCI*<sup>168</sup>. Elles soulignent l'importance de l'intégrité de l'information pour son originalité et détermine les critères à prendre en considération pour identifier l'intégrité en se référant à l'enregistrement systématique de l'information, à l'assurance que l'information a été enregistrée sans lacune et à la protection des données contre toute altération. Elles lient la notion d'originalité à une méthode d'authentification et mettent l'accent sur la méthode d'authentification à suivre pour satisfaire à l'exigence stipulée

### **2.2.3 L'erreur dans la communication électronique**

La question des erreurs est étroitement liée à l'utilisation des systèmes de messagerie automatisés dans le commerce électronique. Ces erreurs peuvent résulter soit d'actions humaines, par exemple une erreur de dactylographie, soit d'un mauvais fonctionnement du système de messagerie utilisé. La CNUDCI était consciente de la nécessité d'éviter un conflit injustifié avec des notions bien établies en droit des contrats et la création de règles spéciales pour les opérations électroniques pouvant

---

<sup>168</sup> CNUDCI, *Note explicative à la Convention CNUDCI*, supra note 138 au para. 168.

différer de celles qui s'appliquent aux autres modes de négociation. Néanmoins, elle a estimé qu'une disposition spéciale traitant de types d'erreurs étroitement définis était nécessaire étant donné que le risque d'erreur humaine lors d'opérations faites en ligne par l'intermédiaire de systèmes de messagerie automatisés était relativement plus élevé qu'avec les modes plus traditionnels de négociation des contrats<sup>169</sup>. Bien plus, le droit des contrats de certains systèmes juridiques confirme la nécessité de cet article<sup>170</sup>, compte tenu, par exemple, de règles exigeant qu'une partie cherchant à s'exonérer des conséquences d'une erreur prouve que l'autre partie savait ou aurait dû savoir qu'une erreur avait été commise. Mais, s'il y a des moyens d'approuver le cas lorsqu'il y a une personne à chaque extrémité de l'opération, la connaissance de l'erreur est presque impossible à démontrer lorsqu'il y a un processus automatisé à l'autre extrémité<sup>171</sup>. Qu'elle type d'erreur est traité par la convention CNUDCI 2005, et quelle solution juridique pose t'elle pour corriger ces erreurs ?

### 2.2.3.1 Notion et identification de l'erreur

Conformément à l'article 14 de la *Convention CNUDCI* le champ d'application consiste à une situation très précise. En effet, il ne touche que les erreurs qui surviennent dans un échange entre une personne physique et un système de messagerie automatisé lorsque le système ne donne pas à la personne la possibilité de corriger l'erreur. Le soin de déterminer les conditions de retrait ou de résolution

---

<sup>169</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, supra note 39 au para. 105.

<sup>170</sup> Toutefois, des textes législatifs uniformes récents incorporant la *Loi type sur le commerce électronique*, tels que la *Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique*, supra note 48, et l'*Uniform Electronic Transactions germanique*, contiennent des dispositions sur les méprises des personnes physiques ayant affaire au système informatique automatisé d'une autre personne. Elles fixent les conditions dans lesquelles une personne physique n'est pas liée par un contrat lorsqu'elle a commis une erreur substantielle. *Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique*, supra note 48, art. 22 et *Uniform Electronic Transactions germanique*, 15 U.S.C. § 7001, art. 10 [UETA].

<sup>171</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, supra note 154 au para. 18.

d'une communication électronique entachée d'une erreur survenue dans tout autre contexte est laissé à la législation interne<sup>172</sup>. Alors, la situation ne concerne que les erreurs « de saisie », c'est-à-dire les erreurs liées à la saisie de données erronées dans les communications échangées avec un système de messagerie automatisé. Il s'agit généralement de fautes de frappe involontaires que l'on juge potentiellement plus fréquentes dans les opérations effectuées par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés que dans les modes plus traditionnels de négociation des contrats. Par exemple, alors qu'il serait peu probable qu'une personne remette sans le vouloir des documents à un bureau de poste, il y avait dans la pratique des précédents dans lesquels des personnes avaient prétendu ne pas avoir eu l'intention de confirmer un contrat en appuyant sur la touche « Entrée » d'un clavier d'ordinateur ou en cliquant sur l'icône « J'accepte » d'un écran. Cependant, le droit de retrait d'une partie de la communication électronique n'est pas un droit de la personne physique mais de la partie au nom de laquelle elle agissait<sup>173</sup>. Cet article ne vise pas à être technologiquement neutre étant donné qu'il traite une question précise affectant certaines formes de communications électroniques. Ce faisant, il n'infirme pas le droit existant sur l'erreur, mais lui apporte simplement un complément intéressant en insistant sur l'importance qu'il y a à fournir des moyens de corriger l'erreur<sup>174</sup>.

### **2.2.3.2 Les aspects juridiques de la correction de l'erreur**

La partie qui commet une erreur a la possibilité de retirer la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur a été commise si le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger les erreurs. L'article

---

<sup>172</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, supra note 48 au para. 190.

<sup>173</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, supra note 154 au para. 22.

<sup>174</sup> *Ibid.* au para.17.

14 oblige la partie au nom de laquelle le système est exploité d'offrir des moyens de déceler et de corriger les erreurs commises lors de la négociation de contrats électroniques.

Selon la CNUDCI, il serait préférable d'introduire une obligation aussi générale plutôt que de traiter des droits des parties à la suite d'une erreur. Les conséquences en cas de manquement des parties à leur obligation de fournir les moyens de déceler et de corriger les erreurs commises lors de la négociation de contrats électroniques varient considérablement d'un pays à l'autre<sup>175</sup>. Au cours de l'élaboration de la *Convention CNUDCI*, le groupe de travail a estimé que, quelle que soit l'opportunité d'une telle obligation dans l'intérêt d'encourager de bonnes pratiques commerciales, il ne convenait pas d'insérer dans la *Convention CNUDCI*, une sanction complète adaptée à toutes les circonstances<sup>176</sup>. Finalement, il a été convenu que, au lieu d'opposer la possibilité de corriger les erreurs, la *Convention CNUDCI* devrait se contenter de prévoir un recours pour la personne qui commet l'erreur<sup>177</sup>.

Parallèlement au domaine papier, la question de savoir si une erreur de saisie a effectivement été commise ou non doit être tranchée par les tribunaux à la lumière de l'ensemble des preuves et de toutes les circonstances pertinentes, y compris la crédibilité générale des assertions d'une partie<sup>178</sup>. Cependant, dans l'environnement

---

<sup>175</sup> Dans certains pays, un tel manquement constitue un délit administratif passible d'une amende. Dans d'autres, il a pour effet d'autoriser le consommateur à résoudre le contrat ou de prolonger la période durant laquelle il peut unilatéralement annuler une commande. Dans chaque cas, le type de conséquence dépend de l'approche réglementaire du commerce électronique adoptée.

<sup>176</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, *supra* note 39 au para. 108.

<sup>177</sup> L'article 14 de la *Convention CNUDCI* traite de la répartition des risques en cas d'erreurs dans les communications électroniques d'une manière équitable et raisonnable. Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, *supra* note 154 au para. 19.

<sup>178</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, *supra* note 46 au para. 186.

électronique le droit de retrait d'une communication électronique constitue un recours exceptionnel visant à protéger une partie ayant commis une erreur et non une autorisation lui permettant d'annuler des opérations qui lui sont défavorables ou des engagements juridiques par ailleurs valables qu'elle a accepté librement. Néanmoins, le fait de limiter le droit de la partie ayant commis l'erreur de retirer son message ne permettrait pas d'atteindre l'objectif de la disposition, à savoir encourager les parties à prévoir un moyen de corriger les erreurs dans les systèmes de messagerie automatisés. En effet, l'article 14 ne sanctionne pas par l'invalidité une communication électronique dans laquelle une erreur de saisie a été commise. Plutôt il permet à la personne ayant commis l'erreur un droit de « retrait » de la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur a été commise<sup>179</sup>. En outre, il ne prévoit pas un droit de « corriger » l'erreur commise<sup>180</sup>. La CNUDCI est convenue que la personne qui a commis une erreur devrait uniquement avoir le droit de retirer la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur a été commise<sup>181</sup> si le

---

<sup>179</sup> Le terme « retrait » a été délibérément préféré à d'autres variantes comme « exonération des conséquences » de la communication électronique ou d'autres expressions semblables qui pourraient être interprétées comme renvoyant à la validité d'un acte et susciterait à la demande de la partie concernée, un débat quant au fait de savoir si l'acte était entaché de nullité relative ou absolue. *Ibid.* au para. 237.

<sup>180</sup> Lors de l'élaboration de la Convention, il a été dit que le recours devrait être limité à la correction d'une erreur de saisie, de façon à réduire le risque qu'une partie invoque une erreur comme excuse pour se retirer d'un contrat défavorable. Il a aussi été proposé de donner à la personne qui a commis une erreur de saisie le choix de « corriger ou de retirer » la communication électronique dans laquelle l'erreur a été commise. Cette possibilité, a-t-on avancé, engloberait à la fois les situations dans lesquelles la correction était la solution adaptée à l'erreur (en cas, par exemple, de saisie de la mauvaise quantité dans une commande) et celles dans lesquelles le retrait serait préférable (lorsqu'une personne, par exemple, s'est trompée de touche ou a frappé involontairement la touche « J'accepte » et envoyé un message qu'elle n'avait pas l'intention d'envoyer). *Ibid.* au para. 193.

<sup>181</sup> Dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux la conséquence typique d'une erreur est de permettre à la partie qui l'a commise d'annuler les effets de l'opération résultant de son erreur, mais pas nécessairement de rétablir l'intention initiale et d'engager une nouvelle opération. Si le retrait peut dans la plupart des cas équivaloir à l'annulation d'une communication, la correction exigerait la possibilité de modifier la précédente communication. La CNUDCI ne souhaitait pas créer un droit général de « corriger » des communications erronées car cela aurait engendré des coûts supplémentaires pour les fournisseurs de systèmes et créé des recours sans équivalent dans l'environnement papier, résultat qu'elle avait précédemment décidé d'éviter. Un tel droit créerait aussi

système d'information le permet, ce qui a pour double objet d'accorder aux parties la possibilité de corriger des erreurs commises dans des communications électroniques, lorsqu'il n'existe pas de moyen de corriger les erreurs, et de préserver autant que possible les effets du contrat, en ne corrigeant que la partie entachée d'erreur, conformément au principe général de préservation des contrats<sup>182</sup>. Selon les alinéas a et b du paragraphe 1 de l'article 14, l'exercice du droit de retrait par une partie est soumis à deux conditions. La première est celle d'aviser l'autre partie aussitôt que possible<sup>183</sup>. La seconde est celle de ne pas avoir tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie<sup>184</sup>. Le groupe de travail a examiné la question de savoir si le droit de retirer une communication électronique devrait être limité d'une manière quelconque, en particulier étant donné que les conditions envisagées à l'article 14 pouvaient différer des conséquences de la résolution des contrats prévues dans certains systèmes juridiques<sup>185</sup>. Les alinéas a) et b) offraient une base équitable

---

des difficultés pratiques, car les exploitants de systèmes de messagerie automatisés pourraient plus facilement offrir la possibilité d'annuler une communication déjà enregistrée que celle de corriger des erreurs après qu'une opération a été conclue. En outre, le droit de correction aurait obligé l'auteur d'une offre ayant reçu une communication électronique dont l'autre partie dirait ensuite qu'elle était erronée à maintenir son offre initiale puisque l'autre partie aurait effectivement remplacé la communication retirée.

<sup>182</sup> *Ibid.* au para. 195.

<sup>183</sup> Cependant, la partie recevant le message devrait pouvoir se fier à celui-ci malgré l'erreur, jusqu'à ce qu'elle reçoive notification de l'erreur. Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, *supra* note 154 au para. 24.

<sup>184</sup> La CNUDCI a reconnu qu'une telle limitation du droit d'invoquer une erreur pour s'exonérer des conséquences d'un acte juridiquement pertinent n'existait peut-être pas dans le droit général des contrats de tous les systèmes juridiques. Le risque qu'une personne qui parvient à s'exonérer d'un contrat en tire des avantages illégitimes est généralement traité par des théories juridiques comme celle de la restitution ou de l'enrichissement sans cause. Il a néanmoins été estimé que le contexte particulier du commerce électronique justifiait la création d'une règle spécifique pour éviter ce risque.

<sup>185</sup> *Ibid.* au para. 23.

d'exercice du droit de retrait et tendraient également à limiter les abus de parties agissant de mauvaise foi<sup>186</sup>.

D'une manière générale, l'article 14 sert à déterminer un moyen spécifique de rectifier des erreurs de saisie qui surviennent dans des circonstances particulières et non à porter atteinte à la doctrine générale de l'erreur prévue par la législation interne<sup>187</sup>. Si les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont pas remplies (c'est-à-dire si l'erreur n'est pas une erreur de « saisie » commise par une personne physique ou si le système de messagerie automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de corriger l'erreur), les conséquences de l'erreur seraient celles qui sont prévues par une autre loi, y compris la loi sur l'erreur et toute convention entre les parties<sup>188</sup>.

### **2.3 Les obstacles juridiques soulevés par l'émergence du formalisme contractuel électronique via la *Convention CNUDCI***

Il avait proposé que le groupe de travail examine lors de sa trente-deuxième session la possibilité d'élaborer une convention internationale fondée sur les dispositions pertinentes de la *Loi type sur le commerce électronique* et du projet de *Règles uniformes sur les signatures électroniques*<sup>189</sup>. La Commission a été informée qu'un certain nombre de pays s'étaient déclarés intéressés par l'élaboration d'un tel instrument<sup>190</sup>. De plus, le Centre pour la facilitation des procédures et pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission

---

<sup>186</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, supra note 46, au para. 203.

<sup>187</sup> Doc. NU A/60/17, supra note 145 au para. 104.

<sup>188</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, supra note 154 au para. 20.

<sup>189</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente deuxième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 32<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/446, (1998) au para. 212.

<sup>190</sup> *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session*, Rés. AG, Doc. off. AG NU, 53<sup>e</sup> sess. supp. n°17, Doc. NU A/53/17 au para. 209.

économique pour l'Europe (CEE) avait adopté une recommandation en mars 1999<sup>191</sup> 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. On s'est alors déclaré favorable à l'élaboration d'un protocole global visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique. Le groupe de travail commença à examiner ces propositions à sa trente-huitième session, en 2001, sur la base d'un ensemble de notes concernant une éventuelle convention destinée à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions internationales existantes et les contrats électroniques<sup>192</sup>.

### **2.3.1 Les obstacles au niveau de la reconnaissance juridique de communication électronique**

Au départ, l'article 8 parlait de message de données au lieu de communication électronique :

Toute communication, déclaration, demande, notification ou requête que les parties sont tenues de faire ou choisissent de faire [en rapport avec un contrat existant ou envisagé] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution d'un contrat] [, notamment une offre ou l'acceptation d'une offre] peut être exprimée au moyen de messages de données et la validité ou la force exécutoire de celle-ci ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.

---

<sup>191</sup> UNECE et CEFAC, 15<sup>e</sup> sess, *Recommendation to UNCTRAL regarding implementing electronic equivalents to "writing", "signature" and "document" in conventions and agreements relating to international trade*, Doc.off. TRADE/CEFACT/1999/CRP.7 (1999).

<sup>192</sup> Voir CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques: analyse de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Doc. off. CNUDCI NU, 38<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WG.IV/WP.90, (2001).

À titre d'observation générale, il a été jugé qu'il avait une portée ambitieuse, puisque en prévoyant que les communications relatives à un contrat puissent être faites au moyen de messages de données, ce projet d'article semblait énoncer une règle positive permettant l'utilisation de ce type de messages, règle qui allait au-delà du principe de l'équivalence fonctionnelle<sup>193</sup>. La portée du projet d'article a aussi été jugée modeste car la fin du paragraphe 1 se limitait à rappeler le principe de la non-discrimination des messages de données qui avait été posé à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique<sup>194</sup>. On a demandé s'il ne serait pas plus utile d'aller plus loin et d'indiquer des critères positifs généraux concernant la validité des messages de données.

Le groupe de travail a statué sur plusieurs propositions, dont une tendant à subordonner la validité d'un contrat à l'utilisation d'une signature électronique, cette proposition été rejetée car la plupart des systèmes juridiques n'imposaient pas d'obligation de signature comme condition générale de la validité des contrats de tout type. Une autre proposition qui voulait ajouter la possibilité aux parties d'utiliser le moyen technique de leur choix pour les communications en rapport avec la formation ou l'exécution des contrats, fut aussi écartée. Cependant, tout en admettant l'intérêt de reconnaître le principe de la neutralité de la technique et des moyens employés, le groupe de travail a finalement estimé, qu'une affirmation de ce principe sous la forme proposée risquait d'interférer avec l'application des règles de droit qui exigeaient<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> La question se posait si cela signifiait, par exemple, que les messages de données seraient toujours valables dans un contexte contractuel, même si l'une des parties ne s'attendait pas à recevoir de tels messages, voire ne le souhaitait pas.

<sup>194</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante deuxième session*, supra note 144 au para. 40.

<sup>195</sup> Il est noté par exemple, que certaines méthodes d'authentification soient utilisées en rapport avec certains types de contrats. Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, supra note 46 au para. 119.

D'autres suggestions ayant pour objet de préciser que la règle de non-discrimination énoncée par le projet de paragraphe s'appliquait aux deux situations, soit au cas particulier des contrats formés par échange de communications électroniques, soit à l'utilisation générale de moyens électroniques pour communiquer toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande en rapport avec un contrat ont été écartées. Le groupe de travail a finalement convenu que le texte actuel, lorsqu'il était interprété à la lumière des définitions des termes "communication" et "communication électronique" figurant aux alinéas a) et b) de l'article 4, couvrait déjà les deux situations<sup>196</sup>.

### 2.3.2 Les conditions de forme

Les obstacles coïncidents avec l'élaboration des différents types de conditions de forme de l'article 9 touchent la question de l'écrit, de la signature, et de l'original.

#### 2.3.2.1 L'écrit

Dans un contexte général, le groupe de travail a noté que le projet de paragraphe 2, article 9, énonçait les critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier de la même façon que l'article 6 de la *Loi type sur le commerce électronique*. Il s'est interrogé sur ce qu'il faut entendre par l'expression « sous forme écrite » et sur la nécessité de définir ou non ces termes<sup>197</sup>. Il a été proposé de reprendre la solution adoptée dans la *Convention du Cap* où l'écrit est défini comme

une information (y compris communiquée par télétransmission) qui se présente sur un support matériel ou sous une autre forme de support, qui

---

<sup>196</sup> *Ibid.* à la p. 121.

<sup>197</sup> Le groupe de travail est toutefois convenu de ne pas essayer d'en donner une définition dans le projet de convention, estimant que ce terme devrait être expliqué dans des notes explicatives ou un commentaire officiel. CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, *supra* note 39 au para. 116.

peut être reproduite ultérieurement sur un support matériel, ce support indiquant par un moyen raisonnable l'approbation de l'information par une personne<sup>198</sup>.

Cependant, certains se sont opposés à cette proposition parce que la solution retenue dans la *Convention du Cap* avait été d'établir une définition du terme « écrit » qui permette l'utilisation de messages de données. Le groupe de travail a décidé de donner compétence au droit national de définir ce qui constituait un « écrit », préférant fixer des critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents écrits.

Une autre suggestion fut de déterminer dans le projet de paragraphe 2 de l'article 9 un critère supplémentaire d'équivalence fonctionnelle, à savoir l'impossibilité de modifier unilatéralement le message de données. Il a été répondu que l'ajout proposé répondait au souci de garantir l'intégrité du message de données et que, de ce fait, il s'apparentait davantage à la notion « d'original » qu'à celle « d'écrit » étant donné que l'exigence de la forme écrite répondait normalement au souci de garantir l'existence d'un enregistrement accessible mais pas nécessairement à celui de veiller à l'intégrité de cet enregistrement<sup>199</sup>.

### 2.3.2.2 La signature

Dans le cadre de l'exigence d'une signature, la question est de savoir si l'avant-projet de convention devrait se limiter à énoncer une disposition générale sur la

---

<sup>198</sup> *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques*, 16 novembre 2001, art. 1) nn), en ligne : UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf> > (entrée en vigueur : 1er avril 2004) [ci-après : *Convention du Cap*]. Il y a ce jour 34 États parties.

<sup>199</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante deuxième session*, supra note 144 au para. 53.

reconnaissance des signatures électroniques ou s'il devrait fixer plus en détail les conditions de leur reconnaissance juridique<sup>200</sup>.

Dans le premier cas, il est nécessaire d'insérer dans le nouvel instrument une disposition dans la *Loi type sur le commerce électronique*<sup>201</sup>. Cette solution est présentée dans la variante A du paragraphe 3 du projet d'article 9<sup>202</sup>. Dans le second cas, il est nécessaire de faire recours à un texte plus détaillé semblable celui de la *Loi type sur les signatures électroniques*<sup>203</sup>. Cette solution est présentée dans la variante B du paragraphe 3 du projet d'article 9<sup>204</sup>. Le choix entre les deux variantes nécessite

---

<sup>200</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, supra note 13 au para. 89.

<sup>201</sup> Cette disposition doit être insérée à l'article 7 au para. 1.

<sup>202</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, supra note 13 au para. 46

Variante A : (a) Si une méthode est utilisée pour identifier le signataire et pour indiquer que celui-ci approuve l'information contenue dans le message de données; et (b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière

<sup>203</sup> On fait appel ici à l'article 6, para. 3.

<sup>204</sup> La variante B reproduit la définition de la signature électronique figurant à l'alinéa a de l'article 2 la *Loi type sur les signatures électroniques* :

Variante B :... s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

4. Une signature électronique est considérée comme fiable pour ce qui est de satisfaire les exigences visées au paragraphe 3 du présent article si : (a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire; (b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire; (c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et (d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable.

5. Le paragraphe 4 du présent article ne restreint pas la possibilité pour toute personne : (a) D'établir de toute autre manière, aux fins de satisfaire l'exigence visée au paragraphe

de déterminer le niveau de détail souhaitable pour fournir des orientations utiles et assurer un degré d'uniformité acceptable. En tout cas, il sera nécessaire que les règles laissent une marge de manœuvre appropriée pour que les parties et les juges puissent évaluer l'adéquation et la fiabilité des méthodes d'authentification utilisées à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce<sup>205</sup>.

La question posée est de savoir la différence entre les variantes A et B. Il a été souligné que la variante B énonçait des critères détaillés permettant de déterminer la fiabilité d'une signature électronique. Par conséquent, toutes les signatures électroniques répondant aux exigences de la variante A ne satisfaisaient pas à tous les critères énoncés au paragraphe 4 de la variante B. La fiabilité d'une signature électronique pouvait toutefois être démontrée par la partie intéressée conformément au paragraphe 5 de la variante B<sup>206</sup>.

Les défenseurs de la variante A, arguaient qu'elle fixait des critères simples et techniquement neutres pour la reconnaissance des signatures électroniques. Cependant, selon ces détracteurs, la variante A ne garantissait pas un niveau de sécurité suffisamment élevé. Dans ce cadre, il serait préférable d'imposer des normes de sécurité plus élevées pour les communications électroniques en choisissant la variante B<sup>207</sup>. Finalement, malgré une suggestion de fusionner les variantes A et B afin de satisfaire les États où les exigences applicables aux signatures électroniques

---

3 du présent article, la fiabilité de la signature électronique; (b) D'apporter des preuves de la non fiabilité de la signature électronique.

<sup>205</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: informations de base*, supra note 98 au para. 19.

<sup>206</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, supra note 13 au para. 55.

<sup>207</sup> *Ibid.* au para. 57.

devraient être formulées de façon plus précise, le groupe de travail décida de conserver la variante A.

### 2.3.2.3 L'original

Au début, l'idée fondamentale été d'avoir une disposition sur les équivalents électroniques des documents papier originaux, pour promouvoir efficacement l'utilisation de moyens électroniques aux fins de la conclusion de conventions d'arbitrage étant donné que l'exécution d'une sentence arbitrale et le renvoi des parties à l'arbitrage exigeaient que la partie invoquant la convention d'arbitrage produise l'original ou une copie certifiée conforme de cette convention<sup>208</sup>. En effet, sans ces dispositions supplémentaires dans le projet d'article 9<sup>209</sup>, des doutes persisteraient quant à la valeur probante des conventions d'arbitrage électronique, ce qui amène les parties à opter pour la démarche la plus sûre et à revenir à l'utilisation de contrats sur papier<sup>210</sup>.

Cependant, une objection fut soulevée aux nouveaux paragraphes 4 et 5 proposés pour les raisons suivantes. D'une part, telles qu'elles étaient libellées, ces dispositions ne se limitaient pas aux conventions d'arbitrage et pourraient avoir des incidences que le groupe de travail n'était peut-être pas en mesure de prévoir. D'autre part, la règle d'établissement de l'équivalence fonctionnelle n'offrait pas un niveau de sécurité juridique suffisant étant donné la souplesse du critère de fiabilité envisagé à

---

<sup>208</sup> Voir les articles III et IV de la *Convention de New York : Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, 330 R.T.N.U. (entrée en vigueur : 7 juin 1959) [*Convention de New York*]. Cette question avait été examinée par la CNUDCI, au sein du Groupe de travail II (Arbitrage), et sa réaction avait été positive : CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa quarantième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 40<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/547, (2004) aux para. 12 et s.

<sup>209</sup> *Convention CNUDCI*, *supra* note 3, art. 9 aux para. 4-5.

<sup>210</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, *supra* note 46 au para. 130.

l'alinéa 5 b) de l'article 9, ce qui supposait une appréciation au cas par cas. Enfin, même limités aux conventions d'arbitrage, ces paragraphes ne convenaient pas car ils débordaient du cadre purement contractuel et interféraient avec les règles internes de procédure civile en imposant aux tribunaux une règle d'équivalence fonctionnelle qui pourrait ne pas correspondre à celle qui était reconnue dans leur ordre juridique<sup>211</sup>. Finalement, le groupe de travail précisa que les projets de paragraphes 4 et 5 ont pour but de faire face à un problème particulier que posaient les conventions d'arbitrage, mais que leur utilité ne se limitait pas à ce domaine restreint étant donné les obstacles au commerce électronique qui pourraient résulter de diverses autres exigences relatives à la forme originale<sup>212</sup>.

### 2.3.3 Le traitement de l'erreur électronique

La question du traitement des erreurs et méprises dans le commerce électronique est largement liée à celle de l'utilisation de systèmes informatiques automatisés. En effet le risque d'erreur humaine dans les opérations faisant intervenir une personne physique, d'un côté, et un système informatique automatisé, de l'autre, est relativement plus élevé que dans les opérations entre personnes physiques uniquement. Les erreurs commises par une personne physique dans ce cas pourraient devenir irréversibles une fois l'acceptation expédiée<sup>213</sup>. L'obstacle posé est d'examiner, dans ce contexte, si, et dans quelle mesure un système automatisé donnait la possibilité aux parties contractantes de rectifier les erreurs faites lors du

---

<sup>211</sup> *Ibid.* au para. 131.

<sup>212</sup> Malgré des divergences d'opinion quant au bien-fondé de cette conclusion, le groupe de travail ne s'est pas mis d'accord pour limiter l'application des projets de paragraphes 4 et 5 aux conventions d'arbitrage

<sup>213</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session*, *supra* note 27 aux para. 107-08.

processus de conclusion du contrat<sup>214</sup>. Au sens des travaux préparatoires, l'avis largement partagé été qu'il faudrait supprimer le projet d'article 14<sup>215</sup>.

Les raisons avancées étaient d'une part, qu'il traitait de questions de fond du droit des contrats qui ne devraient pas être abordées dans le projet de convention puisque les erreurs entre personnes et systèmes d'information automatisés n'étaient pas fondamentalement différentes des erreurs commises dans les moyens de communication traditionnels, de sorte que des règles spéciales n'étaient ni nécessaires

---

<sup>214</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, *supra* note 13 aux para. 74 et s.

<sup>215</sup> Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, *supra* note 31 aux para. 60 à 65. Le texte du projet d'article 14 était le suivant :

Variante A, [Sauf convention contraire [expresse] des Parties,] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si: a/ Le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur; (règle inspirée du paragraphe 2 de l'article 11 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne)

b/ La personne avise dans les meilleurs délais l'autre partie de l'erreur lorsqu'elle en prend connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans le message de données;

[c/ La personne prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

d/ La personne n'a pas tiré d'avantage matériel, financier ou autre, des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie.]

Variante B, 1. [Sauf convention contraire [expresse] des Parties,] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur. La personne qui invoque l'erreur doit en aviser dans les meilleurs délais l'autre partie et lui signaler qu'elle a commis une erreur dans le message de données.

[2. Une personne ne peut invoquer une erreur en vertu du paragraphe 1: a/ Si elle n'a pas pris des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; ou b/ Si elle a utilisé les biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ou en a tiré un avantage matériel, financier ou autre.]

ni souhaitables<sup>216</sup>. D'autre part, les problèmes susceptibles de se poser dans un environnement électronique ne devraient pas être réglés par le projet de convention, mais régis par le droit applicable puisque que dans sa version actuelle, le projet privait tout le contrat de validité, résultat qui ne serait peut-être pas prévu dans le droit interne<sup>217</sup>. De plus, il fut avancé que le projet de l'article 14 s'inscrivait davantage dans le cadre de la protection des consommateurs que dans celui des opérations commerciales, qui ne seraient pas encouragées par une disposition permettant aux parties de retirer ultérieurement leurs offres ou leurs enchères au motif qu'elles étaient le résultat d'une erreur<sup>218</sup>. Enfin, ces dispositions créeraient de sérieuses difficultés pour les juridictions étatiques, car la seule preuve de l'erreur serait l'affirmation par la partie intéressée qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique<sup>219</sup>.

D'autres obstacles ont été exprimés au sujet de la notion d'erreur. Tout d'abord, la disposition semblait très large, et dépassait le seul cadre des erreurs qui n'étaient pas liées à l'utilisation de communications électroniques. En effet, la référence à « l'erreur » sans précision, dans le projet de disposition, pourrait englober tout type d'erreur, y compris les erreurs telles que la mauvaise compréhension des clauses d'un

---

<sup>216</sup> Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, supra note 152 au para. 15 ; Voir aussi CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, supra note 39 au para. 106.

<sup>217</sup> On s'est dit préoccupé aussi par l'impact éventuel du projet d'article sur les lois existantes sur l'erreur. Alors qu'il s'agissait seulement, dans la version initiale du projet d'article de veiller à ce que des moyens soient disponibles pour corriger des erreurs dans les messages échangés par l'intermédiaire de systèmes informatiques automatisés. Voir CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, supra note 13, Annexe I.

<sup>218</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, supra note 154 au para. 16 ; CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, supra note 39 au para. 110.

<sup>219</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, supra note 46 au para. 185.

contrat ou simplement une mauvaise décision de gestion. Ensuite, le projet de disposition pourrait être utilisé de façon abusive par des parties agissant de mauvaise foi, qui pourraient retirer une offre ou une acceptation contractuelle, si elles n'étaient plus intéressées par la transaction commerciale, en prétendant simplement qu'elles avaient commis une erreur<sup>220</sup>.

Au regard de ces critiques, des propositions tenant à remanier le projet d'article afin de limiter les conséquences susmentionnées, ont été accueillies avec satisfaction par le groupe de travail<sup>221</sup>. Ainsi, l'avis qui prévalut fut de n'utiliser que le mot « retirer », étant donné que la conséquence typique d'une erreur, dans la plupart des systèmes juridiques, était de permettre à la partie ayant commis l'erreur d'annuler les effets de l'opération résultant de son erreur, mais pas nécessairement de rétablir l'intention initiale et d'engager une nouvelle opération<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Selon le groupe de travail, le projet de disposition visait à traiter des erreurs de saisie ou de simples erreurs de frappe se produisant dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie. Le droit au retrait, a-t-on dit, n'était accordé dans cette situation que si le système ne permettait pas de corriger les erreurs. Cela était en soi une limitation considérable du champ d'application spécifique du projet d'article. *Ibid.* aux para. 189-90.

<sup>221</sup> Toutefois, dans la plupart des expressions de soutien aux principes sur lesquels reposait le projet d'article, on a insisté sur la nécessité de modifier la formulation de ce dernier de manière à définir plus étroitement son champ d'application et son dispositif. On a suggéré qu'il se limite aux erreurs survenant dans les interactions entre des personnes et des systèmes d'information automatisés qui n'offraient pas à la personne la possibilité de revoir et de corriger les erreurs. Au lieu d'exiger d'une manière générale que la possibilité soit donnée de corriger les erreurs, le projet d'article devrait se limiter à indiquer ce qui se passerait si cette possibilité n'existait pas. Il a été dit également qu'une telle disposition devrait seulement avoir pour objet d'éviter les effets d'une erreur contenue dans un message de données, sans remettre automatiquement en question la validité du contrat. Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session, supra* note 154 au para. 19.

<sup>222</sup> *Ibid.* au para. 25. Une proposition tendant à remplacer le terme "retirer" par le terme "corriger" a été appuyée pour les raisons suivantes:

- a) le terme « corriger » décrirait mieux le processus consistant à corriger la communication entachée d'une erreur de saisie; et en limitant le recours à la correction d'une erreur de saisie, l'amendement proposé limiterait aussi la possibilité qu'auraient les parties d'invoquer une erreur comme excuse pour se retirer d'un contrat défavorable. Il a été proposé, par ailleurs, d'utiliser

Selon un autre avis contraire, qui a recueilli un large soutien, le projet d'article contenait des dispositions utiles pour faire face aux problèmes particuliers qui se posaient dans le commerce électronique. Le groupe de travail était favorable au maintien de la disposition d'article 14 pour les raisons suivantes. Tout d'abord, il abordait un type d'erreur spécifique du commerce électronique, en raison du risque relativement plus élevé d'erreur humaine dans les communications échangées avec des systèmes de messagerie automatisés que dans les modes plus traditionnels de négociation des contrats<sup>223</sup>. Ensuite, il fournirait une règle uniforme essentielle étant donné les solutions différentes et éventuellement conflictuelles qui pourraient être prévues dans les droits internes. En effet, l'article avait pour objet de traiter une question précise affectant certaines formes de communications électroniques. Néanmoins, il n'infirmerait pas le droit existant sur l'erreur, mais lui apportait simplement un complément intéressant en insistant sur l'importance qu'il y avait à fournir des moyens de corriger l'erreur<sup>224</sup>. En dernier lieu, pour le groupe de travail, l'article n'aggravait pas les difficultés en matière de preuve qui existaient déjà dans

---

b) l'expression « corriger ou retirer ». Cette expression engloberait à la fois les situations dans lesquelles la correction était la solution adaptée à l'erreur (en cas, par exemple, de saisie de la mauvaise quantité dans une commande) et celles dans lesquelles le retrait serait préférable (lorsqu'une personne, par exemple, se trompe de touche ou frappe involontairement la touche « J'accepte » et envoie un message qu'elle n'avait pas l'intention d'envoyer).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, supra note 46 au para. 193.

<sup>223</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente neuvième session*, supra note 39 au para. 105.

<sup>224</sup> On a fait observer que le droit des contrats, dans certains systèmes juridiques, confirmait la nécessité d'un tel article. C'était le cas, par exemple, pour les règles exigeant qu'une partie cherchant à s'exonérer des conséquences d'une erreur prouve que l'autre partie savait ou aurait dû savoir qu'une erreur avait été commise. S'il existait des moyens d'apporter une telle preuve lorsqu'il y avait une personne à chaque bout de l'opération, la connaissance de l'erreur était presque impossible à démontrer lorsqu'il y avait un processus automatisé à l'autre bout. Voir CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, supra note 154 aux para. 17-18.

un environnement papier, où les allégations d'erreur devaient toutefois être évaluées avec soin par les tribunaux à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, y compris la crédibilité générale des assertions d'une partie<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, *supra* note 46 au para. 186.

## CONCLUSION

Le contrat traditionnel est très encadré par rapport au contrat électronique, néanmoins, ce dernier a fait preuve d'une originalité juridique<sup>226</sup>. En effet, selon Vincent Gautrais

le droit des technologies de l'information dispose donc, si ce n'est d'une autonomie, de particularismes dont la pire des choses serait de les nier, de les cacher. Du moins, s'il existe des possibilités de dissimuler certaines de ses « aspérités », notamment par le biais d'outils traditionnels comme les fictions et les présomptions, il existe en revanche des sources d'innovation qu'il faudrait au contraire clairement identifier. Ainsi, sans aucune volonté d'exhaustivité, on ne peut plus nier qu'Internet rend le droit des contrats en bien des cas fort loin de ses principes directeurs...Les « nouvelles technologies » ont environ 15 ans; une adolescence qui demande pour quelques temps encore une plus grande maturité<sup>227</sup>.

On peut poser la question en se demandant si l'institution contractuelle traditionnelle est assez souple pour s'accommoder et donner une pleine valeur aux procédés utilisés maintenant pour s'engager dans un lien de droit.

D'abord, on observe une influence du droit commun des contrats par l'application des règles sur l'obligation précontractuelle d'information en matière de formation de contrat (l'offre et l'acceptation, ainsi que le régime de preuve). L'ensemble de ces règles s'est cependant avérée insuffisante pour tenir compte des

---

<sup>226</sup> Bensoussan, *L'Internet, aspect juridique*, supra note 1 à la p. 86

<sup>227</sup> Vincent Gautrais, « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », en ligne : (2006) 10 :3 *Lex Electronica* à la p.6 <<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/gautrais.htm>>

spécificités du contrat électronique et les règles du commerce électronique sont venues compléter le droit commun des contrats sans le modifier, notamment en ce qui concerne l'obligation précontractuelle d'information sur les différentes étapes de la formation du contrat électronique.

En revanche, au stade de la conclusion du contrat électronique on observe une forte influence des règles du commerce électronique qui ont obligé le droit commun des contrats à s'adapter par une réforme importante. L'influence réciproque du droit commun des contrats et du commerce électronique observée au travers la formation du contrat électronique est riche, notamment au regard de l'erreur et sa correction dans la communication électronique ainsi que pour l'archivage électronique.

Selon la doctrine moderne, les contrats électroniques « sont considérés comme « une méthode de formation d'accord et non comme une subdivision fondée sur un sujet spécialisé quelconque »<sup>228</sup>. Ils ne sont pas considérés comme étant « fondamentalement différents des contrats papier »<sup>229</sup>. Cependant, les modalités de formation des contrats dans le contexte du commerce électronique ne sont pas absolument identiques à celles qui sont suivies pour la formation des contrats par des moyens plus traditionnels. En effet, « un contrat électronique n'est pas un type particulier de contrat mais une méthode pour passer contrat. Ce qui détermine un type particulier de contrat, c'est la matière sur laquelle celui-ci porte et non la manière de le former »<sup>230</sup>. Dans l'ensemble, ces contrats électroniques ne sont pas fondamentalement éloignés des contrats spéciaux que l'on connaît. On retrouve des qualifications communes et les régimes juridiques sont en grande partie

---

<sup>228</sup> Kidd Jr. et Daughtrey Jr., *supra* note 14 à la p. 269.

<sup>229</sup> Pompian, *supra* note 24 à la p. 1479.

<sup>230</sup> Kidd Jr. et Daughtrey Jr., *supra* note 14 à la p. 239.

transposables<sup>231</sup>. La seule spécificité réside dans la manière électronique de contracter. Le contrat électronique n'est donc pas un nouveau contrat *sui generis* mais un nouveau moyen de contracter.

Par conséquent, bien que le travail d'harmonisation internationale visant à éliminer les obstacles juridiques<sup>232</sup> à l'utilisation des moyens modernes de communication puisse ne pas porter principalement sur des questions de droit matériel<sup>233</sup>, une certaine adaptation des règles traditionnelles régissant la formation des contrats pourra être nécessaire pour tenir compte des besoins du commerce électronique. En effet, c'est la *Convention CNUDCI* qui intervient pour fixer les conditions dans lesquelles les exigences en matière de forme peuvent être remplies par des moyens électroniques équivalents par le principe de formalisme contractuel électronique, le principe de neutralité technologique et le principe d'équivalence fonctionnel.

Ensuite, une autre perspective importante à regarder est celle de la mise à jour législative et jurisprudentielle vis-à-vis du développement rapide du commerce électronique. Il s'agit d'un contrat conclu à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données, donc il n'y a pas de restriction concernant la technique de communication. Le législateur a besoin d'adopter une conception large du contrat électronique, qui englobe tout genre de réseaux, fermés et ouverts, et toutes les techniques de messageries, ce qui serait judicieux au regard de la rapidité avec laquelle la technologie évolue. En effet, un concept large sera

---

<sup>231</sup> Bertrand Fages, « Les contrats spéciaux conclus électroniquement », dans *Le contrat électronique*, Travaux de l'Association H. Capitant, Journées nationales, t. 5, Paris, Édition Panthéon Assas, 2002 aux pp. 71 et s.

<sup>232</sup> Voir dans ce sens : *Loi type sur le commerce électronique*, supra note 2 ; *Loi type sur les signatures électroniques*, supra note 65.

<sup>233</sup> CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: informations de base*, supra note 98 au para. 3.

susceptible de couvrir les techniques futures sans que la loi ne devienne obsolète<sup>234</sup>.

Selon Vincent Gautrais,

ceci est d'autant plus vrai que la technique est toujours en phase de renouvellement et que les vérités du jour changent très rapidement. Le juriste, dont le rôle est de fixer, de contrôler le mouvant, doit donc faire face au manque de perspective de cette période de transition. Étant donné la quête de sécurité inhérente à sa profession, il est de son devoir de présenter des mesures qui témoignent de sa diligence, lesquelles dépendent souvent de la capacité des gens d'affaires à les intégrer d'une façon rentable<sup>235</sup>.

Le législateur s'est limité à changer ce qui était incompatible, mais les critères visant à encadrer de manière sécuritaire le commerce électronique font parfois défaut. Il faudra attendre dans un premier temps que les tribunaux se prononcent et interprètent ces nouvelles dispositions<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Voir Olivier Teanu, *Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996.

<sup>235</sup> Vincent Gautrais, « La formation des contrats en ligne », dans *Guide juridique du commerçant électronique*, sous la dir. de Daniel Poulin, Eric Labbé, François Jacquot, Montréal, Thémis, 2003, 83 à la p. 98

<sup>236</sup> Me Jeanne Proulx, *Du rafraîchissement de la législation, en vue de favoriser le renouvellement des façons de faire que permettent les technologies de l'information*, Conférence discussion de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, [non publiée].  
Transcription disponible en ligne : [Chairewilson.ca](http://www.chairelrwilson.ca)  
<<http://www.chairelrwilson.ca/activites/index.html#anterieures>>.

## BIBLIOGRAPHIE

### DOCTRINE : MONOGRAPHIES

- Archambault, Lucile. *La formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur*, thèse de doctorat en droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2004 [non publiée].
- Atiyah, Patrick. S., et Robert Summers. *Form and substance in anglo-american law – A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institution*, Oxford, Clarendon Paerbacks, 1987.
- Barreau du Québec. *Développements récents en droit de l'internet*, vol.160, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001.
- Battisti Michèle. *L'accès à l'information électronique : le contrat en questions*, Paris, ADBS, 2004.
- Bensoussan, Alain. *L'Internet, aspect juridique*, Paris, Hèmes, 1996.
- Benyekhllef, Karim. *Echange de documents informatisés - Contrat type commenté*, Québec, Publication du Québec, 1991.
- Bitonzet, Christine. *Le commerce électronique : création de valeur pour l'entreprise*, Paris, Hermès, 1999
- Boss, Amelia. H., et Wolfgang Kilian *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an in-depth guide and sourcebook*, Alphen Aan Den Rijn : Kluwer Law International, 2008.
- Bresse, Pierre. *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, Paris, Vuiber, 2000.
- Bochurberg, Lionel. *Internet et commerce électronique*, Paris, Delmas, 1999.

- Brazell, Lorna. *Electronic Signatures, Law and Regulations*, 1<sup>è</sup> ed., Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 2004.
- Caprioli, Eric. *Les incertitudes du Droit, Montréal*, Montréal, Thémis, 1999.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil : les obligations*, t. 4, Paris, Thémis, PUF, 2000.
- Cavanillas Múgica, Santiago, et Vincent Gautrais. *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- Chissik, Michaël, et Alistair Kelman. *Electronic commerce, Law and Practice*, 3<sup>ème</sup> édition, Londres, Sweet & Maxwell, 2002
- Deprez, Pierre, et Vincent Fauchoux. *Contrats, lois et usages du multimédia et de l'Internet*, Paris, Dixit, 1997.
- Dimatteo, Larry. *The Law of International Contracting*, 2<sup>è</sup> ed., Austin (Tx), Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- Ecole du barreau du Québec. *Preuve et procédure*, vol. 2, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
- Fecenko Mark J., et Anita M. Huntley. *E-Commerce Corporate-Commercial Aspects*, Makhram (Ont.), LexisNexis Canada, 2005.
- Feral-Schuhl Christiane. *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2<sup>è</sup> ed., Paris, Dalloz, 2000.
- Gautrais, Vincent. *Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques. Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* », Fondation du Barreau du Québec, 2005.
- Gautrais, Vincent. *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002.
- Gautrais, Vincent, et Serge Parisien. *Droit du commerce électronique : documents internationaux*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.
- Gautrais, Vincent. *Le contrat électronique international : encadrement juridique*, Bruxelles, Académia Bruylant, 1998.
- Gerbert, Philipp, Philipp Kaas et Dirk Schneider. *Les nouveaux marchands du net*, Paris, First, 1992.

- Ghestin, Jacques. *Les obligations - le contrat : formation*, LGDJ, Paris, 1988.
- Grosheide, F.W., et K. Boele-Woelki, dir., *Molengrafica 1999-2000*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 2000.
- Guillemard, Sylvette. *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2003 [non publiée].
- Guillien, Raymond, Vicent, Jean. *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz 1993.
- Hallouin, Jean-Claude et Hervé Causse. *Le contrat électronique : au coeur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial?*, Paris, LGDJ, 2005.
- Handa, Sunney, Claude Marseille et Martin Sheehan. *E-Commerce Legislation and Materials in Canada*, Toronto, LexisNexis Canada, 2005.
- Kinsella, Stephan et Andrew F. Simpson. *Online Contract Formation*, 1<sup>è</sup> ed., New York, Oceana Publications, 2004.
- Klander, Lans et Kris Jamsa. *Hacker Proof, The ultimate guide to Network Security*, 2<sup>è</sup> ed., New York, Thomson Delmar Learning, 2002.
- Le Tourneau, Philippe. *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Paris, Dalloz, 2000.
- Michelle, Jean-Baptiste. *Créer et exploiter un commerce électronique*, Paris, Litec, 1998.
- Pascon, Jean-Louis et Isabelle Pottier. *Archivage électronique, aspects juridiques et techniques*, Paris, Éditions AFNOR pratique, 2000.
- Sédaillan, Valérie. *Droit de l'Internet*, Paris, Netpress, 1997.
- Travaux de l'association René Capitant. *Le contrat électronique*, t. 5, Paris, Édition Panthéon Assas, 2002.
- Van Custem, Jean-Pierre, Arnaud Viggria et Olivier Güth. *E-Commerce in the World, Aspects of Comparative Law*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- Verbiest, Thierry. *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique : publicité, contrats, contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2004.

Verbiest, Thierry. *La protection juridique du cyber-consommateur*, Paris, Litec, 2002.

Von Ihering, Rudolph. *L'esprit du droit romain*, trad. par O. de Meulenaere, t. 3, 3e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1888.

#### DOCTRINE : ARTICLES

Bensoussan, Alain. « Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique. Aspect juridique et solutions techniques » *Gaz. Pal.*, 1991, doct. 361.

Benyekhlef, Karim, et Vincent Gautrais. « Contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un réseau ouvert » en ligne : (2003) 8 : 2 *Lex Electronica* <<http://www2.lex-electronica.org/articles/v8-2/benyekhlef-gautrais.htm>>

Braucher, Jean. « Contracting Out of Article 2 Using a 'License' Label : A Strategy that Should Not Work for Software Products » (2007) 40 *Loyola of Los Angeles Law Review* 261.

Caprioli, Eric. « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique » *Petites affiches*, 19 août 1999, n. 165.

De Lamberterie, Isabelle. « Multiplicité des contrats électroniques » en ligne : (2004) 9 :2 *Lex Electronica* <<http://www2.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie2.pdf>>.

Dufresne, E. « Les contrats internationaux de vente » (2000) 32 *Le journal du Barreau* 39

Elsonbaty, E. M. « The electronic signature law: between creating the future and the future of creation » (2005) 2:1 *Digital evidence journal* 60.

Estrella, Faria, J. A., « Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux » (2006) 133:1 *Journal du droit international* 393.

Gautrais, Vincent. « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! » (2004) 106 *Revue du Notariat* 617.

Gautrais, Vincent. « La couleur du consentement électronique » (2003) 16:1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 61.

- Gautrais, Vincent. « Les Principes d'UNIDROIT Face au Contrat Electronique » (2002) 36 R.J.T. 481.
- Gautrais, Vincent. « Les contrats on-line dans la théorie générale du contrat, le contexte nord-américain » (2000) 17 Cahiers du CRID 107.
- Glatt, Christoph. « Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts » (1998) 9:1 International Journal of Law and Information technology 34.
- Gregory, John D. « The Uniform Electronic Commerce Act » en ligne : (2000) 6 : 1 *Lex Electronica* <<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/gregory.htm>>.
- Grynbaum, Lionel. « La directive “commerce électronique” ou l’inquiétant retour de l’individualisme juridique » (2001) 41 La semaine Juridique – Edition entreprise 1617.
- Huet, Jean. « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale » (1997) 116 Petites affiches 6.
- Huet, Jean. « Aspects juridiques de l’EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) » D. 1991 Chron. 181.
- Kerr, Ian, R. « Bots, Babes and the Californication of Commerce » (2004) 1 University of Ottawa Law and Technology Journal 284.
- Kidd Jr., Donnie L. et William Daughtrey Jr., « Adapting Contract Law to Unies Electronic Contracts » (2000) 26 Rutgers Computer and Technology Law Journal 215.
- Kronke, Herbert. « Les Principes d’UNIDROIT et les contrats internationaux : aspects pratiques - profil de la problématique » (2002) 36 R.J.T. 3331.
- Labbé, Éric. « L’efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent » en ligne : (2004) 9 : 2 *Lex Electronica* <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_104.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_104.pdf)>.
- Lemley, Mark. « Terms of Use » (2006) 91 Minnesota Law Review 459.
- Loza, Emile, Kilminster-Hadley Shasta. « The Law of Electronic Contracts: The New United Nations Convention » (2007) 50 The Advocate 40.
- Magdi, Sami Zaki. « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat cadre » (1986) 4 Revue Internationale de Droit Comparé 1065.

- Martin, Charles H. « The Electronic Contracts Convention, the CISG and new sources of e-commerce law » (2008) 16:2 *Tulane journal of international and comparative law* 467.
- Morgan, Charles. « I Click, you Click, we all Click... But Do we Have a Contract ? A Case Comment on *Aspencer1.com v. Paysystems* » (2005) 4 *Canadian Journal of Law and Technology* 109.
- Oppenheimer, Max Stul. « Internet Cookies: When Is Permission Consent? » (2006) 85 *Neb. L. Rev.* 383.
- Pompian, Shawn. « Is the Statute of Frauds Ready for Electronic Contracting? » (1999) 85 *Va L. Rev.* 1487.
- Raymond, A. H. « Electronic commerce and the new UNCITRAL draft Convention » (2006) 19:1 *International law practicum* 66.
- Reynolds, William L. et Moringiello, Juliet M. « Survey of the Law of Cyberspace: Internet Contracting Cases 2004-2005 » (2005) 61 *Business Lawyer* 433.
- Rojinsky, Cyril, et Jérôme Teissonniere. « L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique » en ligne : (2005) 10 : 1 *Lex Electronica* <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_90.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_90.pdf)>.
- Savirimuthu, Joseph. « Online Contract Formation : Taking Technological Infrastructure Seriously » (2005) 2:1 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 105.
- Savirimuthu, Joseph. « Code, Hybrid Models of Consent and the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 » en ligne (2004) 2 *JILT* <[http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004\\_2/savirimuthu/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_2/savirimuthu/)>.
- Sédallan, Valérie. « L'archivage de l'acte électronique », (8 juillet 2002), en ligne : *Juriscom.net* <<http://www.juriscom.net/pro/2/arch20020708.htm>>.
- Smedinghoff, Thomas J. « The legal challenges of implementing electronic transactions » (2008) 41:3 *Uniform Commercial Code law journal* 3.
- Vermeys, Nicolas, Karim Benyekhlef et Vincent Gautrais. « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 643.

Thoumyref, Lionel. « *Preuve et signature numérique* », octobre 1999 en ligne :  
Juriscom.net <<http://www.juriscom.net/int/dpt/dpt19.htm>>.

Electronic messaging services task force, « The commercial use of electronic data interchange – A report and model trading partner agreement » (1990) 45 Bus. Law. 1645.

## DOCUMENTATION INTERNATIONALE

CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique: Note explicative relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Doc. off. CNUDCI, 39<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/608(2006).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante quatrième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 44<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/571, (2004).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa quarantième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 40<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/547, (2004).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante troisième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 43<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/548, (2004).

CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: informations de base*, Doc. off. CNUDCI NU, 42<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WP.104/Add.3, (2003).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante deuxième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 42<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/546, (2003).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante deuxième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 42<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/546, (2003).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 41<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/528, (2003).

- CNUDCI, *Legal aspects of electronic commerce Electronic contracting: provisions for a draft convention Comments by the International Chamber of Commerce*, Doc. off. CNUDCI NU, 41<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WG.IV/WP.101, (2003).
- CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Contrats électroniques: avant-projet de convention*, Doc. off. CNUDCI NU, 39<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WG.IV/WP.95 (2002).
- CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail IV (commerce électronique) sur les travaux de sa quarantième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 40<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/527, (2002).
- CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-neuvième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 39<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/509, (2002).
- CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 38<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/484, (2001).
- CNUDCI, *Aspects juridiques du commerce électronique Travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques: analyse de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Doc. off. CNUDCI NU, 38<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WG.IV/WP.90, (2001).
- CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 36<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/467, (2000).
- CNUDCI, *Rapport sur le groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-cinquième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 35<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/465, (1999).
- CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-deuxième session*, Doc. off. CNUDCI NU, 32<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/446 (1998).
- CNUDCI, *Planning of future work on electronic commerce : digital signatures, certification authorities and related issues*, Doc. off. CNUDCI NU, 31<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/WG. IV/WP.71, (1997).

CNUDCI, *Note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, en ligne : [uncitral.org < http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/CISG-f.pdf >](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/CISG-f.pdf).

CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce international et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation*, New York, Nations Unies, 1996.

*Loi type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international*, Doc. off. AGNU, 51<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/RES/51/162 (1997).

*Loi type sur les signatures électroniques de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international*, Doc. off. AGNU, 56<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/RES/56/80 (2002).

NU, *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*, New York, Nations Unies, 2007.

OMC, *Le commerce électronique et le rôle de OMC*, Genève, OMC, 1998.

*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session*, Rés. AG, Doc. off. AG NU, 53<sup>ème</sup> sess. supp. n°17, Doc. NU A/53/17.

UNECE, CEFAC, 15<sup>e</sup> sess, *Recommendation to UNCTRAL regarding implementing electronic equivalents to "writing", "signature" and "document" in conventions and agreements relating to international trade*,. Doc.off. TRADE/CEFACT/1999/CRP.7 (1999).

## TRAITÉS INTERNATIONAUX

*Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Doc. off. AGNU, 51<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/RES/60/515 (2005) (non entrée en vigueur).

*Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (11 avril 1980), 1489 R.T.N.U. 3, 19 I.L.M. 671 (entrée en vigueur : 1er janvier 1988).

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, 330 R.T.N.U.(entrée en vigueur : 7 juin 1959).

*Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques*, 16 novembre 2001, en ligne : UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>> (entrée en vigueur : 1er avril 2004).

#### DOCUMENTATION NATIONALE

Allemagne, Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB 1/98, 5 avril 2000, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 160/2000, en ligne : Jurpc.de <[www.jurpc.de](http://www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm)> (page consultée le 12 septembre 2003).

Brésil, Tribunal supérieur de justice du Brésil, Déclaration du juge Ruy Rosado de Aguiar Jr., « Comércio eletrônico não tem valor jurídico », en ligne : [www.trabalhodeeconomia.com.br](http://www.trabalhodeeconomia.com.br) <<http://www.trabalhodeeconomia.com.br/juri.html>> (page consultée le 12 septembre 2003).

Canada, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur le commerce électronique*, 1999, en ligne : [ulcc.ca](http://www.ulcc.ca) <<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1ul>>

Canada, EDICC, *Model form of electronic data interchange trading partner agreement and commentary*, Legal and Audit Issues Committee of the EDI Council of Canada, Canada 1990.

Canada, Industrie Canada, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, 29 mai 2001, en ligne <[http://www.ic.gc.ca/epic/site/ocabc.nsf/vwapj/Sales\\_Template\\_fr.pdf/\\$FILE/Sales\\_Template\\_fr.pdf](http://www.ic.gc.ca/epic/site/ocabc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/$FILE/Sales_Template_fr.pdf)>

France, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, *Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, janvier 1998 (Président F. Lorentz).

France, AFTEL, *Internet, les enjeux pour la France*, 1998.

France, Association nationale pour la promotion de la signature électronique, *Les nouveaux tiers de confiance impliqués dans les échanges électroniques*, (Livre blanc), par le Comité IALTA, 29 novembre 1998, en ligne : [ialtafrance.org](http://www.ialtafrance.org) <[http://www.ialtafrance.org/content/production\\_et\\_prise\\_position/livre\\_blanc](http://www.ialtafrance.org/content/production_et_prise_position/livre_blanc)>

France, Observatoire juridique des technologies de l'information, *Valeur juridique des documents conservés sur support photographique ou numérique* (1995, rapport présenté par Dominique Ponsot).

France, AFNOR, Commission AFNOR CG 171/CN3, *norme Z42-013*, juin 1998.

France, Commission du commerce et des échanges, *Contrat type de commerce électronique – Vente de biens et prestations de services*, (juin 2008, présenté par J. Canlorbe), en ligne : [ccip.fr <http://www.etudes.ccip.fr/dossiers/commerce\\_numerique/Contrat-type-commerce-electronique-2008.pdf>](http://www.etudes.ccip.fr/dossiers/commerce_numerique/Contrat-type-commerce-electronique-2008.pdf).

Gouvernement du Québec, Ministère des finances, *Québec on line, Promoting the use of the Internet and the Development of E. Commerce*, Québec, Publications du Québec, 2000.

## LÉGISLATION

France, *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, JO 22 juin 2004.

Colombie, *Ley Número 527 de 1999*: Ley de comercio electrónico.

États-Unis, *Uniform Electronic Transactions Act*, 15 U.S.C. § 7001.

## JURISPRUDENCE

### Canada

*Ontario Inc. et al. c. Nexx Online, Inc.*, [1999] O.J. No. 2246 (CS)

*Aspender1.com Inc. c. Paysystems Corp.*, 2005 CanLII 6494 (QC C.Q.)

*Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, (2002) 58 OR (3d) 299.

*Michael Rudder et Mark La Rochelle v. Microsoft Corporation*, NO. 97-CT-046534CP.

*Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34 (CanLII), [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34.

*Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.*, 2004 CanLII 32168 (C.S.).

*Wei Zhu v. Merrill Lynch HSBC*, 2002 BCPC 0535.

*Bélanger c. Future Électronique inc.*, 2005 QCCRT 0570.

*Big Sky Marketing Co. Ltd. c. Glengor International Pty Ltd*, [2003] B.C.J. No. 2242.

*Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 CanLII 24709 (QC C.S.).

*ITV Technologies Inc. c. Wic Television Ltd.*, 2003 FC 1056.

*R. c. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531.

*Vandal c. Salvas* [2005] IIJCan 40771 QC. C.Q.

### **France**

Cass. civ. 3è, 21 oct. 1975, Bull. III, n° 302.

Cass. Civ. 2è, 30 avril 2003, *SARL Chalets Boisson c/ G*, Juris-Data n° 2003-018798.

Cass. 1re civ., 8 nov. 1989, *Sté Crédicas c/ Cassan*, D. 1990, p. 369, note C. Gavalda.

### **États-Unis**

*Department of Agriculture & Consumer Services v. Haire*, 27 Fla. L. Weekly S683 (Flo 2002).

*Cloud Corporation v. Hasbro, Inc.* 314 F.3d 289 (7th Cir. 2002).

*Shattuck v. Klotzbach*, 14 Mass. L. Rptr. 360 (Mass. Super. Ct. 2001).

*Commonwealth Aluminum Corporation v. Stanley Metal Associates*, 186 F. Supp. 2d 770.

*Central Illinois Light Company (CILCO) v. Consolidation Coal Company (Consol)* 235 F. Supp. 2d. 916 (C.D. 2002).

*Sea-Land Service, Inc. v. Lozen International, Llc.*, 285 F.3d 808 (9th Cir. 2002).

*Superhighway Consulting, Inc. v. Techwave, Inc.*, 98 C.V. 5552 (N.D. 1999).

*America Online, Inc. c. Superior Court (Mendoza)*, 90 Cal. App. 4th 1.

*ProCd c. Zeidenberg*, (1996) 86 F. 3d. 1447 (7th Cir. 1996).

*Hill v. Gateway 2000, Inc.* 105 F. 3d 1147 (7th Cir. Jan. 6, 1997).

*Specht v netscape communications corp* 150 f. supp. 2d 585 (s.d.n.y. 2001).

*State of Connecticut c. Swinton*, SC 16548, May 11, 2004.

*Zubulake c. USB Warburg LLC*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 7939 (S.D.N.Y. May 13, 2003)

### **Allemagne**

Bundesgerichtshof, 29 septembre 1998, Décision n° XI ZR 367/97, en ligne : Jurpc.de [www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm](http://www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm) (page consultée le 12 septembre 2003).

Amtsgericht Bonn, 25 octobre 2001, Décision n° 3 C 193/01, en ligne : Jurpc.de <<http://www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm>> (page consultée le 11 septembre 2003).

### **Brésil**

*Juan Carlos Samper Posada v. Jaime Tapias, Hector Cediél*, Decision 73-624-40-89-002-2003-053-00, July 21, 2003, Municipal Court of Rovira, Tolima en ligne :Alfaredi.org <<http://www.alfaredi.org/documento/alexdiav.pdf>> (page consultée le 12 septembre 2003).

## APPENDICE A

### CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX.

*Les États Parties à la présente Convention,*

*Réaffirmant* leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

*Notant* que l'usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international,

*Considérant* que les problèmes créés par les incertitudes quant à la valeur juridique de l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux constituent un obstacle au commerce international,

*Convaincus* que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et aiderait les États à accéder aux circuits commerciaux modernes,

*Estimant* que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, en tenant compte des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière,

*Désireux* de trouver une solution commune pour lever les obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques d'une manière qui soit acceptable pour les États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

*Sont convenus* de ce qui suit:

## CHAPITRE PREMIER. SPHÈRE D'APPLICATION

### *Article premier. Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents.

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

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

### *Article 2. Exclusions*

1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés portant sur des valeurs mobilières ou sur d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires, ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent.

### *Article 3. Autonomie des parties*

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.

## CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### *Article 4. Définitions*

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme “communication” désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l’acceptation d’une offre, que les parties sont tenues d’effectuer ou choisissent d’effectuer en relation avec la formation ou l’exécution d’un contrat;

b) Le terme “communication électronique” désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;

c) Le terme “message de données” désigne l’information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisé (EDI), la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie;

d) Le terme “expéditeur” d’une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d’avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication;

e) Le terme “destinataire” d’une communication électronique désigne la partie à qui l’expéditeur a l’intention d’adresser la communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication;

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

g) Le terme “système de messagerie automatisé” désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou pour répondre en tout ou en partie à des messages de données ou à des opérations, sans intervention ou contrôle d’une personne physique à chaque action entreprise ou réponse produite;

h) Le terme “établissement” désigne tout lieu où une partie dispose d’une installation non transitoire pour mener une activité économique, autre que la fourniture temporaire de biens ou de services, et à partir d’un lieu déterminé.

### *Article 5. Interprétation*

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

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

#### *Article 6. Lieu de situation des parties*

1. Aux fins de la présente Convention, une partie est présumée avoir son établissement au lieu qu'elle a indiqué, sauf si une autre partie démontre que la partie ayant donné cette indication n'a pas d'établissement dans ce lieu.

2. Dans le cas où une partie n'a pas indiqué d'établissement et a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération aux fins de la présente Convention est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré, compte tenu des circonstances connues des parties ou envisagées par elles avant ou au moment de la conclusion du contrat.

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

4. Un lieu ne constitue pas un établissement du seul fait qu'il s'agit de l'endroit: a) où se trouvent le matériel et la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une partie en relation avec la formation d'un contrat; ou b) où d'autres parties peuvent accéder à ce système d'information.

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

#### *Article 7. Obligations d'information*

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes, incomplètes ou fausses à cet égard.

### CHAPITRE III. UTILISATION DE COMMUNICATIONS

#### ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

#### *Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques*

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

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

#### *Article 9. Conditions de forme*

1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous une forme particulière.

2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

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

*b)* Si la méthode utilisée est:

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

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

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

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

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

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

*a)* L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute

modification susceptible d'intervenir dans le processus normal de la communication, de la conservation et de l'affichage; et

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

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

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

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

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

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

#### *Article 11. Invitations à l'offre*

Une proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation.

*Article 12. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats*

La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique, ou bien par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés, ne peuvent être contestées au seul motif qu'une personne physique n'est pas intervenue ou n'a pas contrôlé chacune des opérations exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte.

*Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles*

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant une partie qui négocie tout ou partie des clauses d'un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre d'une manière déterminée à la disposition de l'autre partie les communications électroniques contenant les clauses contractuelles, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas.

*Article 14. Erreur dans les communications électroniques*

1. Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, peut exercer un droit de retrait de la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si:

a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique; et

b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit régissant les conséquences d'une erreur autre que celle visée au paragraphe 1.

## CHAPITRE IV. DISPOSITIONS FINALES

*Article 15. Dépositaire*

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

*Article 16. Signature, ratification, acceptation ou approbation*

1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du 16 janvier 2006 au 16 janvier 2008.

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

*Article 17. Participation d'organisations régionales d'intégration économique*

1. Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, ratifier, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, elle aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où elle a compétence sur des matières régies par la présente Convention. Lorsque le nombre

d'États contractants est pertinent pour l'application des dispositions de la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme État contractant en plus de ses États membres qui sont des États contractants.

2. Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique effectue auprès du dépositaire une déclaration indiquant les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres lui ont transféré leur compétence. Elle informe sans retard le dépositaire de toute modification intervenue dans la répartition de compétence, y compris de nouveaux transferts de compétence, précisée dans la déclaration faite en vertu du présent paragraphe.

3. Toute référence à "État contractant" ou "États contractants" dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique, lorsque le contexte requiert qu'il en soit ainsi.

4. La présente Convention ne peut prévaloir sur aucune règle contraire d'une organisation régionale d'intégration économique applicable aux parties dont les établissements respectifs sont situés dans les États membres d'une telle organisation, comme précisé par une déclaration faite conformément à l'article 21.

*Article 18. Effet dans les unités territoriales nationales*

1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention,

il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique. 3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État.

#### *Article 19. Déclarations concernant le champ d'application*

1. Tout État contractant peut déclarer, conformément à l'article 21, qu'il appliquera la présente Convention uniquement:

a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention; ou

b) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique. 2. Tout État contractant peut exclure du champ d'application de la présente Convention les matières spécifiées dans une déclaration faite conformément à l'article 21.

#### *Article 20. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales*

1. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir:

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958);

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991);

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995);

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques se rapportant à la formation ou à l'exécution d'un contrat auquel s'applique une autre convention ou un autre traité ou accord international non expressément mentionné au paragraphe 1 du présent article dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir, sauf si cet État a déclaré, conformément à l'article 21, qu'il ne sera pas lié par le présent paragraphe.

3. Un État qui fait une déclaration en application du paragraphe 2 du présent article peut également déclarer qu'il appliquera néanmoins les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution de tout contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international spécifié dont cet État est un État contractant ou peut le devenir.

4. Tout État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international qu'il a spécifié dans sa déclaration et dont il est un État contractant ou peut le devenir, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, même s'il n'a pas exclu l'application du paragraphe 2 du présent article dans une déclaration faite conformément à l'article 21.

#### *Article 21. Procédure et effets des déclarations*

1. Des déclarations peuvent être faites à tout moment en vertu du paragraphe 4 de l'article 17, des paragraphes 1 et 2 de l'article 19 et des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 20. Les déclarations faites lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et leur confirmation sont faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Les déclarations prennent effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Tout État qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la modifier ou la retirer par notification formelle adressée par écrit au dépositaire. La modification ou le retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

*Article 22. Réserves*

Aucune réserve ne peut être faite en vertu de la présente Convention.

*Article 23. Entrée en vigueur*

1. La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Lorsqu'un État ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entre en vigueur à l'égard de cet État le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

*Article 24. Moment de l'application*

La présente Convention et toute déclaration s'appliquent uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle la Convention ou la déclaration entre en vigueur ou prend effet à l'égard de chaque État contractant.

*Article 25. Dénonciation*

1. Un État contractant peut dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire.

2. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à l'expiration du délai en question à compter de la réception de la notification par le dépositaire.

FAIT à New York, ce vingt-troisième jour de novembre de l'an 2005 en un seul original, dont les versions anglaise, arabe, chinoise, espagnole, française et russe font également foi.

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.