

## DROIT COMMERCE ÉLECTRONIQUE INTERNATIONAL : LES TEXTES FONDATEURS DE LA CNUDCI<sup>1</sup>

Par Eric A. Caprioli, Avocat à la Cour de Paris, Docteur en droit, membre de la délégation française auprès de la CNUDCI, expert aux Nations Unies. [www.caprioli-avocats.com](http://www.caprioli-avocats.com)

-----

Le droit du commerce électronique connaît un essor important avec le développement de l'usage des technologies de l'information et des communications dans la plupart des systèmes juridiques de la planète. Les entreprises utilisent de plus en plus les communications électroniques dans leurs relations commerciales tant en droit interne qu'à l'international. Il en va de même des administrations, entre elles et avec les usagers.

Le droit du commerce électronique international est marqué par les travaux de nature législative émanant de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) et notamment par l'adoption de deux lois-types et d'une convention internationale venant apporter des dispositions de nature à préciser son cadre juridique. L'ensemble de ces travaux est le fruit de longues réflexions dans le domaine du commerce électronique<sup>2</sup>. Il est à souligner qu'une première recommandation avait été émise par la CNUDCI lors de sa dix-huitième session, reprise par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 11 novembre 1985 concernant l'utilisation des traitements automatiques de l'information<sup>3</sup>. Le texte préconisait aux Etats de réexaminer leurs règles juridiques qui faisaient obstacle à l'utilisation des enregistrements informatiques (en tant que preuve notamment) et aux transmissions informatisées de messages et de fichiers. A la suite de cette

---

<sup>1</sup> LA PRÉSENTE ÉTUDE S'INSPIRE LARGEMENT DE L'OUVRAGE : ERIC A. CAPRIOLI, *DROIT INTERNATIONAL DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE*, PRÉFACE DE RENAUD SORIEUL, PARIS, LITEC, 2007, VOIR SPÉC. P.79 À 98.

<sup>2</sup> Pour les travaux d'autres organisations internationales, v. notamment : OMC (ex : la déclaration sur le commerce électronique global de 1998, disponible sur le site [www.wto.org](http://www.wto.org)), ONU et UIT (à la suite du Sommet Mondial sur la Société de l'Information à Tunis, Rapport sur l'inventaire des activités au Sommet Mondial sur la Société de l'Information, disponible à l'adresse : <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/5-fr.pdf>), OMPI (Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adoptés à Genève le 20 décembre 1996, disponible sur le site [www.wipo.int](http://www.wipo.int)). Voir plus récemment, la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe du 23 novembre 2001 : [www.coe.int](http://www.coe.int) ; Les lignes directrices de l'OCDE régissant la sécurité des systèmes et réseaux d'information : vers une culture de la sécurité, Recommandation du Conseil de l'OCDE lors de sa 1037ème session, le 25 juillet 2002, disponible sur le site : [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>3</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, Quarantième session (1985), suppl. n°17 (A/40/17), §360, texte reproduit dans l'Annuaire CNUDCI, Vol. XVI, 1985, p.45 s., n°360.

recommandation, les Etats ont demandé à la CNUDCI d'élaborer des modèles de dispositions législatives de sorte qu'ils puissent les incorporer dans leur droit interne. Le besoin de normes législatives traduisait leur souci d'apporter la sécurité juridique nécessaire au développement des échanges électroniques. L'explosion de l'internet et du commerce électronique international depuis plus d'une décennie a confirmé ce besoin. Ainsi, les premiers travaux ont abouti à des instruments juridiques internationaux de nature non contraignante et souple : les lois-types. Pourtant force est de constater, que si ces lois-types ont été assez bien suivies par les législateurs nationaux sur tous les continents, on reste dans un système qui n'est pas du droit uniforme, en ce sens que ce droit reste régi par la loi nationale applicable<sup>4</sup>.

La loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique constitue pour une grande partie des Etats, la principale inspiration des législateurs dans le domaine du commerce électronique : cette loi-type a ainsi promu l'utilisation des communications sans support papier en définissant les principaux concepts du commerce électronique et en suivant l'idée d'une équivalence entre données informatisées et données papiers. Cinq ans plus tard, en 2001, la loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques vient apporter des précisions sur la notion de signature électronique définie à l'article 7 de la loi-type sur le commerce électronique. Elle propose un ensemble de règles relatif à un usage raisonnable et plus sûr des signatures électroniques. Les deux lois-types seront présentées dans un premier temps (I). Dernière contribution récente de la CNUDCI en la matière, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux a pour vocation de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale lorsque des communications électroniques sont utilisées pour la passation de contrats internationaux. L'entrée en vigueur de cette Convention constituera un acte fondateur pour le commerce électronique international. Ce texte sera examiné dans un second temps (II).

L'internet a été introduit au Vietnam en 1997. Depuis le 29 novembre 2005, avec l'adoption de sa loi sur les transactions électroniques, la République du Vietnam s'inscrit résolument dans la perspective de l'harmonisation du droit du commerce électronique. Le décret n°57/2006/ND-CP du 9 juin 2006 sur le commerce électronique est venu compléter le dispositif. Le décret reprend les dispositions contenues dans la Convention de la CNUDCI de 2005. D'autres textes ont été adoptés,

---

<sup>4</sup> Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul, *Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, JDI (Clunet) 1997, p. 376.

notamment : en 2006, une loi et des règlements (décret et circulaires) sur les technologies de l'information ; en 2007, le décret sur les signatures numériques et les services des autorités de certification, le décret sur les transactions électroniques dans la finance (avec des circulaires), le décret sur les transactions électroniques dans les activités bancaires ; en 2008, le décret de lutte contre le spamming et les messages électroniques commerciaux non sollicités (avec des circulaires). De plus, des textes de droit pénal relatifs à la cybercriminalité et aux sanctions administratives ont complétés le dispositif. On peut le constater, le Vietnam a réalisé un important travail législatif et réglementaire en se fondant sur les textes internationaux de référence.

## **I. Les deux lois-types de la CNUDCI**

Les deux lois-types ont été intégrées dans le droit interne de la République du Vietnam par la loi sur les transactions électroniques. La loi vietnamienne comporte une particularité à signaler : elle traite à la fois des transactions électroniques de nature civile et commerciale et celles organismes publics (article 1 de la loi : « *Champ d'application matériel* »).

Les deux lois-types seront présentées tour à tour dans leur ordre d'adoption.

### **A) La loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996**

La loi-type sur le commerce électronique doit être considérée comme le texte fondateur du droit du commerce électronique international<sup>5</sup>. Adoptée le 12 juin 1996 après plusieurs années de travail, elle est destinée à faciliter l'utilisation des moyens modernes de communication et de stockage de l'information<sup>6</sup>. Constatant « *que les opérations commerciales internationales recourent de plus en plus souvent à l'échange de données informatisées* », les Nations Unies, dans leur résolution du 30 janvier 1997<sup>7</sup>, sont convaincues que la loi type, accompagnée de son guide explicatif pour son incorporation en droit interne, facilitera le recours au commerce électronique

---

<sup>5</sup> Draetta, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Paris et Bruxelles, F.E.C. et Bruylant, Collection feduci, 2003, p. 101 s.

<sup>6</sup> Le texte de la décision de la Commission est reproduit dans la publications de la CNUDCI et sur son site internet : « *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation (1996) avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998* » et in Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Suppl. n°17 (A/51/17), § 209.

<sup>7</sup> Résolution de l'Assemblée générale A/RES/51/162, 51<sup>ème</sup> session, point 48 de l'ordre du jour, disponible sur [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html).

« et pourrait contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques harmonieuses ».

Pour ce faire, la loi-type contient des dispositions relatives à la reconnaissance juridique des messages de données. La définition de « *message de données* » est très large et couvre les diverses modalités des communications électroniques. Cela « 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. » (Article 2-a). Son article 5 prévoit que « l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données ». Du fait de cette reconnaissance juridique, les messages de données sont également admissibles devant un tribunal et « aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données » (article 9). Le principe de non discrimination à l'égard des « *messages de données* » est importante. Les effets juridiques du message de données ne pourront être déniés au seul motif que l'information est sous cette forme. Le principe de non-discrimination se retrouve à l'article 11 de la loi de 2005 du Vietnam sur les transactions électroniques.

Afin d'atteindre ces objectifs, la CNUDCI s'est fondée sur les principes de non discrimination à l'égard des messages électroniques, de neutralité technologique ainsi que sur la théorie des équivalents fonctionnels. Cette théorie se fonde sur la définition fonctionnelle de certains concepts essentiels dans le commerce tels que l'écrit, la signature ou l'original, qui s'affranchissent désormais du support papier. Assurer l'équilibre fonctionnel dans une loi, c'est indiquer que tous les procédés, mécanismes ou objets capables d'accomplir une fonction déterminée ont un statut juridique équivalent. Pour ce faire, la CNUDCI a analysé les principaux instruments juridiques que l'on retrouve dans tous les pays pour en déterminer les fonctions juridiques de base. Cette technique permet aux Etats d'adapter leur législation en fonction des progrès techniques des communications, sans modifier pour autant en profondeur le système juridique préexistant.

Ainsi, au sujet de l'écrit, la loi type prévoit en son article 6 la disposition suivante : « Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour

être consultée ultérieurement. ». L'écrit se définit par sa fonction d'accessibilité pour une consultation ultérieure. Il faut remarquer que cette définition est large, mais selon le Guide pour l'incorporation de la loi type qui lui est associé, cela s'explique parce que l'écrit constitue « *la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme* ». En effet, celui-ci peut être signé et peut avoir la qualité d'original... ce qui renvoie aux deux articles suivants chronologiquement de la loi-type. La notion d'écrit ainsi définie doit être comprise comme le plus petit dénominateur commun existant dans l'ensemble des Etats membres de la CNUDCI. Par ailleurs, l'article 13-1, al. 2 de la loi sur les transactions électroniques, reprend l'article 8-3-a) de la loi-type de la CNUDCI qui est très utile dans le cadre des procédures d'archivage électronique. « *L'information est considérée comme intégrale si elle n'a pas été modifiée, exception faite des modifications de forme intervenant dans le cadre normal de la communication, de la conservation et de l'exposition.* » Cette disposition est très importante, car elle rappelle que la notion d'intégrité en droit est différente de celle que l'on connaît du point de vue technique. En effet, ce qu'il est essentiel juridiquement de préserver intègre c'est le contenu informationnel du document. En outre, le terme « *intégrale* » de la loi vietnamienne devrait être remplacé par le mot « *intègre* », cette coquille étant vraisemblablement due à une erreur de traduction en français.

La signature est définie comme tout procédé « *utilisé pour identifier la personne* » et constitutif d'une manifestation de volonté, si et seulement si « *la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message a été créé ou communiqué* »<sup>8</sup>. Les deux fonctions clés de la signature sont l'identification et l'approbation du contenu de l'acte ; elles figurent à l'article 21 de la loi sur les transactions électroniques du Vietnam (« *...pouvant être utilisée pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue.* »).

L'exigence d'originalité d'un écrit est, quant à elle, définie par référence à sa fonction de conservation depuis son origine. Outre le fait que les informations doivent pouvoir être présentées autant de fois que nécessaire, la condition essentielle pour qu'un message de données constitue un original est qu'il puisse satisfaire à une exigence de garantie fiable de l'intégrité de l'information depuis « *le moment où elle a*

---

<sup>8</sup> Article 7 de la loi type précitée.

*été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ».*

A ce stade, on peut observer que le droit français modifié par la loi du 13 mars 2000 ne donne pas la même définition à l'écrit sous forme électronique (article 1316-1 c. civ.) que celle figurant à l'article 6 de la loi-type : il doit assurer les fonctions d'identification et d'intégrité à compter de son établissement et pendant toute la durée de sa conservation. Toutefois, l'article 1316 c. civ. fixe une définition plus large de la preuve littérale ou par écrit, neutre quant au support et aux modalités de transmission (ce qui correspondrait plutôt à celle de l'article 6 de la loi-type).

Si l'on se place du point de vue de la loi-type et que l'on combine les définitions des articles 6, 7 et 8 de la loi-type, un écrit original est un écrit signé (identification du signataire et intégrité de l'information).

Comme on peut le constater, la loi-type de la CNUDCI construit le cadre du commerce international électronique sur une approche fonctionnelle des concepts généraux tout en instaurant une réserve essentielle : la fiabilité du procédé technique utilisé qui s'apprécie « *au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives* » (article 8-3-b).

Par ailleurs, la loi-type a vocation à s'appliquer à toute information, « *de quelque nature que ce soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales* » (article 1). La loi ne fait pas de discrimination à l'égard des technologies. Cela est très important en la matière puisqu'à la vitesse à laquelle évoluent les technologies de l'information, de telles restrictions pouvaient avoir des conséquences catastrophiques sur le commerce. La loi prévoit par ailleurs que ce champ d'application puisse être élargi ou au contraire restreint selon les orientations politiques choisies par le législateur national souhaitant, par exemple, inclure ou non les relations entre administrations et professionnels ou exclure ou non les relations avec les consommateurs. C'est la voie que la République du Vietnam a choisi en étendant le champ d'application de la loi sur les transactions électroniques aux administrations.

Toutefois, les dispositions du chapitre 2 comprenant, entre autres, les définitions de l'écrit, de la signature et de l'original, devraient ne pas pouvoir être modifiées par convention selon la CNUDCI (article 4-2). Mais au regard de la nature

juridique de l'instrument, cette disposition n'a qu'une valeur indicative étant donné qu'il appartient aux Etats de l'incorporer dans leur système juridique.

L'interprétation de la loi doit se faire conformément aux principes généraux du commerce international, et notamment de la bonne foi, dans le but d'une application uniforme des règles proposées (article 3). Cet article s'adresse aux arbitres qui seraient amenés à trancher un litige sur le fondement de la loi-type.

On peut également noter que la CNUDCI est à nouveau intervenue au sujet de la loi type en 1998 pour y insérer un article 5 bis qui traite de l'incorporation par référence<sup>9</sup>. Une telle disposition n'avait pu être prise dès 1996, faute d'un accord en raison des grandes différences qui existaient sur ce point entre les différents systèmes juridiques nationaux. Cet article a pour objet de donner aux conditions contractuelles, qui ne sont pas énoncées en totalité mais auxquelles il est simplement fait référence par renvoi au moyen d'un lien hypertexte par exemple dans un message de données ou sur un site internet, les mêmes effets juridiques que si elles avaient été énoncées entièrement dans le texte dudit message ; elles sont donc incorporées par référence audit message. Le guide pour son incorporation explique qu'il s'agit en fait d'adopter les mêmes règles d'incorporation par référence en matière électronique que celles existant pour le papier.

Enfin, la loi-type se divise en deux parties, l'une sur le commerce électronique en général, et l'autre sur le commerce électronique dans certains domaines d'activité. Mais la seconde ne comprend qu'un unique chapitre 1er dédié au transport de marchandises (deux articles). « *Historiquement, cette limite s'explique par les travaux du groupe qui avait recommandé des travaux sur les documents négociables et la cessibilité des droits sur les marchandises dans un environnement informatique* ». Plusieurs dispositions de la loi-type sur le commerce électronique traitent de la question du passage des documents de transport au support numérique, dont celle des documents négociables particulièrement délicate à régler.

Cette loi-type de la CNUDCI a connu un réel succès puisque un grand nombre d'Etats qui entendaient apporter une réponse aux problèmes juridiques du commerce électronique l'ont utilisé comme modèle ou s'en sont inspirés pour légiférer<sup>10</sup>. En

---

<sup>9</sup> Adopté par la Commission des Nations Unies à sa trente et unième session, en juin 1998, disponible sur [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html).

<sup>10</sup> E. Caprioli, *Un texte précurseur en matière de commerce électronique : la loi type de la Commission des Nations Unies pour le commerce international (CNUDCI)*, D.I.T. 96/3, p. 88. On peut citer de manière non exhaustive, la loi fédérale russe relative à la signature électronique du 14 janvier 2002 ; la loi argentine relative

effet, des textes législatifs reprenant l'approche mise en place ont été adoptés dans au moins une trentaine d'Etats et de territoires différents, dont la France en 2000 ou le Vietnam en 2005 ; et des lois uniformes s'inspirant de la loi type et des principes sur lesquels elle repose ont aussi été élaborées aux Etats-Unis et au Canada. Même s'il n'est pas question d'unification du droit, mais d'harmonisation, son effectivité est indéniable. En fait, l'Assemblée générale des Nations Unies le reconnaît elle-même puisqu'elle déclare dans sa résolution à propos de la loi-type sur les signatures électroniques que la loi type sur le commerce électronique « *est universellement tenue pour une référence indispensable en droit du commerce électronique* »<sup>11</sup>.

### **B) La loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques de 2001**

Le 5 juillet 2001, la CNUDCI a adopté la loi-type sur les signatures électroniques et le guide pour son incorporation<sup>12</sup>. Les travaux pour sa conception avaient commencé tout de suite après l'adoption de la première loi-type (fin 1996). Il aura donc fallu près de cinq ans pour parvenir à son adoption à l'issue de longs débats. Cela s'explique par le fait que la signature, aussi bien manuscrite qu'électronique, revêt une importance majeure dans les systèmes juridiques qu'il soit de Common law comme d'inspiration civiliste. C'est « *consciente de la grande utilité de la nouvelle technologie communément appelée 'signature électronique'* » que l'Assemblée

---

à la signature électronique du 15 août 2001 ; la loi allemande sur la signature électronique du 14 février 2001 ; l'ordonnance des Antilles néerlandaises contenant les règles concernant les actes conclus électroniquement de décembre 2000 ; la loi autrichienne du 19 août 1999 relative à la signature électronique ; la loi belge du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification ; la loi n°161 québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information ; la loi colombienne du 18 août 1999 relative au commerce électronique, aux signatures digitales et aux autorités de certification ; la loi uniforme américaine relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international de juin 2000 ; le décret espagnol de septembre 1999 sur la signature électronique et la loi sur la société de l'information et le commerce électronique de juin 2002 ; la loi estonienne sur la signature digitale de mars 2000 ; la loi finlandaise sur les services électroniques dans l'administration de janvier 2000 ; la loi anglaise sur les communications électroniques de mai 2000 et le règlement sur les signatures électroniques de 2002 ; l'ordonnance de Hong-Kong sur les transactions électroniques du 7 janvier 2000 ; la loi indienne sur les technologies de l'information du 16 mai 2000 ; la loi irlandaise sur le commerce électronique de 2000 ; la loi italienne du 15 mars 1997 relative à l'amélioration de l'activité administrative en son art.15 et le décret présidentiel d'application du 10 novembre 1997 ; la loi japonaise concernant les signatures électroniques et les services de certification entrée en vigueur en 2001 ; la loi luxembourgeoise sur l'E-commerce du 14 août 2000 ; la loi tunisienne n° 2000-83 du 9 août 2000, relative aux échanges et au commerce électronique. Pour plus de détails, voir le site [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>11</sup> V. notamment le Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006), Doc. A/CN.9/594, disponible sur le site [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) ainsi que l'ensemble des travaux du Groupe de travail III sur le Droit des transports.

<sup>12</sup> Guide pour l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, 2001, A/CN.9/493, disponible sur [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html).

générale recommande aux Etats cette nouvelle loi-type destinée à compléter utilement la première et à assurer la sécurité juridique par l'harmonisation des règles pour les signatures électroniques<sup>13</sup>. Il était, en effet, largement admis qu'un seuil minimum d'harmonisation devait exister en la matière.

Avant d'approfondir la loi-type, une observation chronologique peut être faite. Contrairement à la CNUDCI, la Commission européenne et les législateurs nationaux ont préféré d'abord légiférer sur la signature, puis sur le commerce électronique. Ainsi en France, la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques a été transposée par une loi du 13 mars 2000 et un décret du 30 mars 2001, soit avant l'adoption de la loi type sur les signatures électroniques tandis que la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000<sup>14</sup> n'était transposée que le 21 juin 2004, par la loi n°2004-575 pour la Confiance dans l'Economie Numérique. Il convient cependant de rappeler que la Commission européenne avait commencé ses travaux sur la base de ceux entrepris par la CNUDCI, comme en témoigne la notion de « *signature électronique avancée* » communautaire qui s'inspire de celle de « *signature électronique renforcée* » que l'on retrouve dans les travaux initiaux de la CNUDCI. La législation française contient également des dispositions similaires à la loi-type, par exemple en ce qui concerne la signature électronique sécurisée reprise de la directive européenne. Toutefois, la chronologie des textes ne remet pas en cause l'homogénéité des concepts.

Le champ d'application de la loi est défini à l'article premier et vise « *le contexte d'activités commerciales* ». Il s'agit d'un champ d'application relativement large, mais les Etats peuvent le réduire, et ces règles « *ne se substituent à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur* ». Il est également prévu que les parties puissent déroger à la loi dans sa totalité ou la modifier par accord des parties (article 5). Cette loi-type repose sur les mêmes principes directeurs posés par la loi-type sur le commerce électronique, à savoir la théorie de l'équivalent fonctionnel, la non discrimination et la neutralité technique et médiatique. De plus, l'interprétation de la

---

<sup>13</sup> Résolution de l'Assemblée générale du 24 janvier 2002, Doc. A/RES/56/80, disponible sur le site [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>14</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE L 178 du 17/07/2000 p. 1-16. Sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), v. Eric A. Caprioli et Pascal Agosti, *La confiance dans l'économie numérique*, les petites affiches, 3 juin 2005, p.4 s. et les contributions du numéro spécial de la Revue Communication Commerce électronique de Septembre 2004.

loi-type doit se faire, comme pour la loi-type de 1996, compte tenu de son internationalité et de la nécessité d'une interprétation uniforme, au regard des principes généraux et notamment de la bonne foi.

La signature électronique est définie à l'article 2 comme désignant « *des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associé audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue* ». Les deux fonctions juridiques de la signature sont d'une part, l'identification et d'autre part la manifestation du consentement. Cette définition reprend donc celle que l'on trouve dans l'article 7 de la loi type sur le commerce électronique (que l'on retrouve à l'article 1316-4 du code civil français ou à l'article 22-1 de la loi sur les transactions électroniques du Vietnam). De façon plus concrète, la loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques vient préciser les critères de fiabilité laissés à la libre appréciation du juge lors de l'adoption de l'article 7 de la loi-type sur le commerce électronique. Des Etats membres de la CNUDCI avaient demandé que de telles précisions soient apportées.

Le principe d'égalité de traitement des techniques de signature est réaffirmé à l'article 3. Il ressort de cet article qu'à partir du moment où une méthode de création de signature satisfait aux exigences de fiabilité de l'article 6-1 ou de la loi applicable, la signature doit recevoir le même traitement qu'une signature manuscrite. La neutralité technique est donc préservée, ainsi que l'égalité de traitement juridique entre la signature du papier et celle d'un support numérique. A ce sujet une distinction doit être établie entre la norme internationale et les normes communautaire et nationale. Ces dernières font en effet, une référence implicite dans leur formulation à l'usage de clés asymétriques ou cryptographiques (on parle de dispositif de création ou de vérification sécurisé de signature électronique). Ce parti pris s'explique par la fiabilité de la technique employée et par le recours à un tiers en charge de s'assurer – indirectement – de l'identité d'une personne par l'émission d'un certificat d'identification : le Prestataire de Services de Certification Electronique (P.S.C.E.).

L'absence de référence de la loi-type à une technique particulière s'explique par le fait que certaines délégations se sont opposées à ce qu'il soit fait référence à l'intervention de tiers afin que le marché ne soit pas influencé par les règles juridiques

applicables. Néanmoins, les tiers « de confiance » ont également leur place dans la loi-type eu égard notamment aux normes de conduite qu'ils doivent respecter.

L'article 6-3 précise les quatre conditions dans lesquelles une signature sera considérée comme fiable :

- les données de création de la signature doivent être liées exclusivement au signataire
- les données afférentes à la création de signature doivent être sous le contrôle exclusif du signataire au moment de la signature ;
- toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature doit être décelable ;
- le message signé doit être intègre (« *toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable* »).

L'exigence d'intégrité du message est propre à la signature électronique, une signature manuscrite ne certifiant jamais l'intégrité du document sur lequel elle repose (dans ce cas, le contrôle est visuel). Cet article 6-3 de la loi-type a été repris à l'article 22-1 de la loi sur les transactions électroniques du Vietnam.

Outre la neutralité technique, le principe de non discrimination s'applique également eu égard à la reconnaissance des signatures et certificats électroniques étrangers (article 12). Le lieu d'origine ne peut être un facteur déterminant pour apprécier la validité juridique d'une signature ou d'un certificat. Il est ensuite précisé que la signature ou le certificat peuvent être reconnus à l'étranger s'ils présentent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent, et ce, sur la base des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents. Actuellement l'équivalence des signatures électroniques entre Etats ou P.S.C.E. n'est pas encore mise en œuvre.

La question de la responsabilité des différents acteurs en matière de signature électronique est traitée dans la loi-type. Néanmoins, même s'il s'agit bien de responsabilité, ce terme lui-même n'apparaît pas. Il lui a été préféré l'expression « *assume les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences* » en raison des divergences qui peuvent exister entre les différents systèmes juridiques. Par conséquent, et cela semble parfaitement logique, la loi-type opère ici un renvoi au droit national pour la mise en œuvre des responsabilités de chacun.

Tout d'abord l'article 8 définit les normes de conduite du signataire qui, à défaut, pourrait voir sa responsabilité engagée. Ainsi, il doit prendre des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données de création de signature, aviser les personnes qui se fient à sa signature ainsi que les prestataires de services de certification si les données de création de signature sont compromises ou risquent de l'être, s'assurer que toutes les déclarations essentielles, concernant ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes. Cela étant, il n'est exigé du signataire qu'un niveau de diligence raisonnable.

Ensuite, les prestataires de services de certification sont également soumis à certaines obligations conformément à l'article 9. Ils doivent agir selon les dispositions de leur politique de certification et à leurs déclarations de pratiques de certification, documents normatifs où les procédures d'émission et de gestion des certificats sont précisées, et prendre des dispositions raisonnables pour s'assurer que toutes les déclarations contenues dans les certificats sont exactes et complètes. La partie qui se fie au certificat doit pouvoir déterminer un certain nombre d'éléments (identité du prestataire, méthode utilisée pour identifier le signataire, validité des données, disponibilité d'un service de révocation, etc.), que ce soit en vérifiant le certificat ou par tout autre moyen (par exemple : l'incorporation par référence dont il a été traité ci-avant). Le prestataire doit également utiliser des systèmes informatiques, des procédures organisationnelles et des ressources humaines fiables pour les services de certification qu'il offre. L'article 10 apporte des précisions quant à cette fiabilité au moyen de lignes directrices sur lesquelles porterait le contrôle des autorités nationales. Cet article correspond en fait à une demande des pays en développement. A contrario, le décret français présente une plus grande complétude que la loi-type, sur ce point, s'inscrivant dans le cadre de la transposition des annexes de la directive européenne de 1999<sup>15</sup>.

Enfin, la partie qui se fie à la signature ou au certificat doit aussi respecter des normes de conduite (article 11). Celle-ci assumera les conséquences juridiques de ses actes si elle ne prend pas de mesures raisonnables pour vérifier la fiabilité de la signature, et, le cas échéant, si le certificat est valide et libre de toute restriction (par exemple, cela peut porter sur des limitations d'utilisation ou sur des limites de valeur des transactions).

---

<sup>15</sup> Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE L 13 du 19/01/1999, p. 12-20. Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique : JO 31 mars 2001, p. 5070 ; Eric Caprioli, *Commentaires du décret n°2001-272 du 20 mars 2001 relatif à la signature électronique*, Rev. Dr. B. Fin. 2001, mai-juin, p.155.

A tout le moins, on se réjouira de cette disposition qui précise ce que devrait être le comportement raisonnable d'une partie qui se fie : elle doit vérifier le certificat associé à la signature qui figure sur le document électronique qu'il a reçu. La vérification portera sur le certificat : sa date de validité, celle de la signature, s'il a été révoqué (liste des certificats révoqués), la signature de l'autorité de certification signataire du certificat (éventuellement sur la signature de la autorité de certification racine)

Pour conclure sur le succès de cette loi-type, nous pouvons d'ores et déjà dire qu'il sera moindre que celui de la première. Cela s'explique tout simplement par le fait que plusieurs pays, comme par exemple les Etats membres de l'Union européenne, s'étaient déjà dotés d'une législation en la matière à la suite de la directive européenne du 13 décembre 1999. A ce jour, la CNUDCI ne recense que quatre pays ayant de textes législatifs fondés sur la loi type sur les signatures électroniques : la Thaïlande, le Vietnam, le Mexique et la Chine<sup>16</sup>.

S'agissant du Vietnam, les dispositions de la loi-type sur la signature électronique sont reprises dans son droit interne. Ces dispositions laissent de la souplesse, comme par exemple le fait de ne pas rendre obligatoire la certification des prestataires de services de certification (article 22-3 de la loi sur les transactions électroniques : « *peut être certifiée par un prestataire de services de certification des signatures électroniques* »).

## **II. La Convention de la CNUDCI sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux**

Lancés dès 2001 après la loi-type sur les signatures électroniques, les travaux sur une Convention internationale relative aux communications électroniques dans les contrats internationaux ont abouti le 23 novembre 2005 avec l'adoption du texte par l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>17</sup>. Cette Convention a pour objectif de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale lorsque les communications en matière de contrats internationaux se font par le biais de messages de données. Pour ce faire, elle requiert des pays signataires la reconnaissance de la

---

<sup>16</sup> V. le site [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>17</sup> Résolution de l'Assemblée générale A/RES/60/21, 60<sup>ème</sup> session, point 79 de l'ordre du jour, disponible sur [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html).

validité et la preuve des communications électroniques. Elle contient des dispositions traitant des problèmes qui surgissent généralement dans les contrats électroniques. Force est de constater que l'expression « *communications électroniques* » fait son entrée dans le langage onusien, à l'instar du droit européen (la directive n°2002/58/CE « *vie privée et communications électroniques* » du 12 juillet 2002) ou du droit français avec la loi du 9 juillet 2004 dite « *paquet télécoms* ».

La Convention a reçu le soutien de la Chambre de Commerce Internationale qui a participé aux réunions du groupe de travail lors de son élaboration. On ne peut que s'en féliciter dans la mesure où cette organisation non gouvernementale est censée représenter les milieux d'affaires et la pratique.

La République du Vietnam a introduit le contenu de la Convention dans le cadre de son décret du 9 juin 2006 sur le commerce électronique. Cette solution permet la mise en œuvre de la Convention dans son droit interne, certainement dans l'attente de l'entrée en vigueur de la Convention.

Le choix opéré par la CNUDCI quant à la forme juridique que doit revêtir le nouveau texte est intéressant. En effet, il a été décidé d'abandonner la technique de la loi-type au profit de la technique des traités. Une convention internationale est un instrument contraignant lorsque le pays l'a ratifié ou y a adhéré. Il s'agit dans les deux cas d'un texte de nature législative, mais leurs objectifs et leurs techniques diffèrent. La convention a pour but d'unifier le droit : si les Etats décident de signer une convention et de l'inclure dans leur système juridique, elle fera partie dudit système sans nécessairement passer par un texte de transposition ou d'harmonisation. Au contraire, la loi-type ne vise qu'à « *inspirer seulement les législateurs nationaux* ». Les destinataires des deux types de textes diffèrent également. Les lois-types sont destinées à inspirer les législateurs tandis que les conventions sont au contraire destinées aux Etats.

A l'aide de son article 20, la Convention étend son application aux contrats auxquels s'appliquent des conventions internationales telles que la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales du 10 juin 1958, la Convention de Vienne sur le vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, mais également à toutes les autres conventions internationales qu'aurait ratifié un Etat contractant à la présente Convention, sauf stipulation contraire conforme à l'article 21. Ainsi la Convention permet à elle seule que les communications électroniques puissent

être utilisées dans le cadre d'autres conventions internationales, sans qu'il soit nécessaire de les renégocier ou de les amender. Une telle démarche, outre les questions techniques de droit des traités, aurait pris un temps considérable.

La Convention n'a pas vocation à régir le droit interne et ne s'intéresse qu'à « *l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre les parties ayant leur établissement dans des Etats différents* » (article 1). Le champ d'application de la présente Convention est très large, puisque contrairement aux lois-types qui ne s'appliquaient qu'en matière commerciale, les rédacteurs de la Convention ont préféré une application générale de celle-ci en excluant au cas par cas certains domaines, tels que la sphère privée (« Consumer to Consumer ») et certaines opérations bancaires ou boursières énumérées à l'article 2 (la délégation des Etats Unies n'est pas étrangère à cette exclusion). Autrement dit la Convention est applicable dans les relations avec les consommateurs. « *Ni la nationalité, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération* »(article 1.3).

Le critère d'application de la Convention est donc l'établissement des parties situées dans des Etats différents. La Convention nous renseigne en son article 6 sur les critères permettant de déterminer le lieu de situation des parties. Elle pose une présomption simple (et non une présomption irréfragable) selon laquelle la partie a son établissement au lieu indiqué par ses soins. En l'absence d'indication, l'établissement à prendre en compte est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré avant ou au moment de la conclusion du contrat (article 6). Ceci n'est pas sans rappeler l'article 10 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980. Par ailleurs, la nouvelle Convention précise que l'affiliation d'un nom de domaine à un pays particulier n'emporte aucune présomption quant au lieu d'établissement (ex : le .fr, le .uk, le .de, etc.). Il est également prévu les critères de détermination du moment et du lieu de l'expédition et de la réception des communications électroniques à l'article 10. Ces lieux sont supposés être les lieux d'établissement des parties. On peut regretter que le texte n'ait pas fixé des obligations d'information à la charge des personnes qui font du commerce en ligne à l'image de la directive européenne dite « *commerce électronique* » (article 6)<sup>18</sup>. Sur le plan

---

<sup>18</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE L 178 du 17/07/2000 p. 1-16.

judiciaire, cette carence risque de se traduire par l'absence de la raison sociale, de la mention du siège social, de l'adresse physique où se situe le défendeur potentiel<sup>19</sup>.

La Convention définit une communication comme « 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 du contrat »<sup>20</sup>. Ainsi sont comprises les communications précontractuelles et contractuelles, obligatoires ou facultatives. Les communications électroniques sont celles qui s'effectuent au moyen de messages de données<sup>21</sup>.

La Convention se base une fois de plus sur les principes de non discrimination, d'égalité de traitement et d'équivalents fonctionnels. En effet, « la validité ou la force exécutoire d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique » (article 8). Par ailleurs, au sujet des conditions de forme, la Convention reprend les définitions de l'écrit, de la signature et de l'original qui figurent dans les lois types de 1996 et 2001, reprenant ainsi l'approche fonctionnelle pour l'ensemble des communications utilisées pour la passation d'un contrat international.

En ce qui concerne les règles précontractuelles, la Convention s'inspire largement du système anglo-saxon, puisqu'une proposition de conclure un contrat qui n'est pas adressée à une personne en particulier doit être considérée comme une invitation à l'offre de contracter, sauf si elle indique clairement l'intention de la partie d'être liée par l'acceptation.

Le contrat peut également se former par l'interaction d'un système de messagerie automatisé avec un autre système de messagerie automatisé ou une personne. En outre, il recevra le même traitement que les contrats dans lesquels une personne physique est intervenue. Cet article vise par exemple les sites internet offrant des produits ou des services à la vente qui sont totalement informatisés, tels que la

---

<sup>19</sup> V. l'article 4, « Place d'affaires des parties », du décret du 9 juin 2006 sur le commerce électronique : « la place d'affaires d'une partie est celle que ladite partie a indiquée... ».

<sup>20</sup> L'article 3-1 du décret du 9 juin 2006 du Vietnam substitue dans ses définitions, le terme « document » à celui de « communication » mentionné dans la Convention de la CNUDCI de 2005.

<sup>21</sup> V. l'article 3-13 du décret du 9 juin 2006 du Vietnam.

vente de billet de train ou de billets d'avion en ligne et plus généralement, les relations qui se nouent entre des agents électroniques, avec des sites internet<sup>22</sup>.

Pour ce qui concerne la mise à disposition des clauses contractuelles, l'article 13 de la Convention dispose : « *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 elles s'exposerait en ne le faisant pas.* » La formulation reste neutre sur ce point, tout va dépendre de la loi applicable : contient-elle des dispositions spécifiques pour régler la question des modalités de la mise à disposition ? La mise à disposition renvoie à une question connexe, l'accessibilité. Il ne semble pas que la mise à disposition vise l'action de « pousser » le document vers l'autre partie. Il suffira de le mettre à disposition dans une base par le biais d'un lien informatique. Mais l'accessibilité doit-elle être libre ou réservée ? Doit-elle faire l'objet d'une information à son sujet par courrier électronique ou suffit-il qu'elle figure sur le site web ?

La Convention prévoit les conséquences d'une erreur de saisie qui ne peut être corrigée dans les communications électroniques avec des systèmes automatisés de messageries. La partie qui a commis l'erreur peut exercer un droit de retrait si elle en avise l'autre aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et si elle n'en a pas tiré d'avantage matériel (article 14). Cette disposition s'inspire de la loi uniforme canadienne sur le commerce électronique et non du texte communautaire (art. 11 de la Directive « *Commerce électronique* »).

Plusieurs pays ont signé la Convention : République centrafricaine, Liban, Madagascar, Sénégal, la Chine, Sierra Leone, Singapour et Sri Lanka. Si d'autres pays devraient suivre, il semble que pour l'Union européenne, la Commission européenne

---

<sup>22</sup> V. Eric A. Caprioli, *L'agent électronique et le contrat*, in *Les deuxièmes journées internationales du droit commerce électronique*, éd. Litec, sous la direction de Eric Caprioli, Coll. Actualités du droit de l'entreprise, 2005. Cet article est consultable sur le site : [www.caprioli-avocats.com](http://www.caprioli-avocats.com). L'article 3-7 du décret sur le commerce électronique du 9 juin 2006 du Vietnam, définit le système automatique d'information comme : « *un programme informatique, un moyen électronique ou automatique, destiné à déclencher une action ou à répondre aux messages de données et ce sans intervention ou contrôle humain.* »

ne souhaite pas la signature de la Convention par les Etats membres. Pour entrer en vigueur, le texte devra recevoir 3 dépôts d'instruments<sup>23</sup>.

**Au final, il reste à souhaiter que la République du Vietnam, après l'adoption du décret sur le commerce électronique le 9 juin 2006, ratifie le texte de la Convention de la CNUDCI de 2005 le plus rapidement possible. Cet acte de politique juridique contribuera de manière utile et efficace à l'unification du droit du commerce électronique international.**

---

<sup>23</sup> Pour l'état complet des signatures et ratifications des Etats, voir le site : [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).