

Titre	Aspects de droit international privé de l'économie numérique : Rapport
Document	Doc. préél. No 5A de février 2024
Auteur	BP
Point de l'ordre du jour	Point II.5
Mandat(s)	C&D No 15 du CAGP de 2023
Objectif	Rendre compte de l'état d'avancement des travaux relatifs au projet sur l'économie numérique
Mesures à prendre	Pour décision <input checked="" type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour discussion <input type="checkbox"/> Pour action / achèvement <input type="checkbox"/> Pour information <input checked="" type="checkbox"/>
Annexes	N/A
Documents connexes	Doc. préél. No 5B de janvier 2024 Doc. préél. No 3A de janvier 2023

Table des matières

I.	Introduction	2
II.	Initiatives relatives à l'économie numérique	2
III.	Aspects de droit international privé de l'économie numérique	3
	A. Plateformes numériques	3
	B. L'IA et les contrats automatisés	5
	C. Technologies immersives	6
IV.	Proposition soumise au CAGP	7

Aspects de droit international privé de l'économie numérique : Rapport

I. Introduction

- 1 Lors de sa réunion de mars 2023, le Conseil sur les affaires générales et la politique (CAGP) a pris note des résultats de la Conférence de la HCCH sur le droit commercial, numérique et financier transfrontière de 2022 (Conférence CODIFI), et a invité les Membres à identifier au Bureau Permanent (BP) les résultats de la Conférence CODIFI dont la pertinence et la réalisabilité sont les plus avérées en vue d'éventuels travaux normatifs futurs¹. Le CAGP a enjoint au BP de poursuivre ses travaux, sous réserve des ressources disponibles, à savoir :
- a. continuer à suivre de près l'évolution de la situation en ce qui concerne l'intelligence artificielle (IA), les plateformes numériques et les contrats automatisés, en partenariat avec des experts en la matière et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ;
 - b. continuer à suivre de près les développements dans le domaine de l'économie numérique en vue d'identifier les questions de droit international privé qui pourraient faire l'objet d'éventuels travaux futurs ;
 - c. continuer à organiser des activités concernant des sujets relevant de la Division Droit commercial, numérique et financier international de la HCCH ;
 - d. poursuivre les travaux avec d'autres organisations dans ce domaine, à l'instar de la CNUDCI et de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)².

Le présent Document préliminaire rend compte des travaux réalisés au cours de l'année écoulée dans le cadre de ces mandats.

II. Initiatives relatives à l'économie numérique

- 2 Le BP a continué à assurer la coordination, y compris en participant en tant qu'observateur, par rapport aux travaux menés actuellement par d'autres organisations dans ce domaine. En particulier, le BP coopère et assure une coordination étroite avec la CNUDCI en tant qu'observateur au sein du Groupe de travail IV de la CNUDCI sur le commerce électronique³ et du Groupe de travail V sur l'insolvabilité⁴.
- 3 Le BP a continué à collaborer étroitement avec le Secrétariat de la CNUDCI (de Secrétariat à Secrétariat) sur des projets d'intérêt mutuel. Le Secrétariat de la CNUDCI poursuit ses travaux sur l'élaboration d'un document d'orientation sur les questions juridiques liées à l'utilisation des systèmes de registres distribués dans le commerce, en coopération avec d'autres organisations concernées, conformément à la demande formulée par la Commission de la CNUDCI lors de sa

¹ Conclusion et Décision (C&D) No 14 du CAGP de 2023, disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique » et « Archives 2000-2023 ».

² C&D No 15 du CAGP de 2023, disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse www.hcch.net (voir le chemin d'accès indiqué dans la note 1).

³ Des documents d'information sur les travaux du Groupe de travail IV de la CNUDCI sur le commerce électronique sont disponibles sur le site web de la CNUDCI à l'adresse suivante : https://uncitral.un.org/en/working_groups/4/electronic_commerce.

⁴ Aux fins du présent rapport, le Groupe de travail V de la CNUDCI se penche également sur le traitement des actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité, voir « Aspects de droit international privé de la restructuration et de l'insolvabilité : Actualisation », Doc. pré-l. No 6 de janvier 2024, disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

56^e session de poursuivre et de finaliser ces travaux⁵. La portée des travaux comprend, sans s'y limiter, les services de paiement. Le BP apporte une contribution de fond à ce document d'orientation sur les questions de droit international privé, et le Secrétariat de la CNUDCI prévoit de finaliser un avant-projet pour validation par des experts lors d'une réunion en ligne qui se tiendra en principe à la mi-mars 2024. Le projet de document d'orientation, qui est en cours d'élaboration par le Secrétariat de la CNUDCI avec la contribution du BP, sera transmis à la Commission de la CNUDCI pour examen à la mi-2024 et ce projet devrait s'achever en 2025.

- 4 Afin d'identifier les questions de droit international privé, le BP a également continué à suivre l'évolution des aspects suivants de l'économie numérique au cours de l'année écoulée : les plateformes numériques, l'IA et les contrats automatisés, ainsi que les technologies immersives.

III. Aspects de droit international privé de l'économie numérique

A. Plateformes numériques

- 5 Le BP a continué à suivre l'évolution de l'utilisation et de l'application des plateformes numériques ayant une incidence sur le droit international privé. Les « plateformes numériques » désignent les « infrastructures numériques permettant l'interaction entre plusieurs groupes »⁶. Dans son rapport d'activité de 2020 à la Commission de la CNUDCI, le Secrétariat de la CNUDCI a identifié les plateformes en ligne comme un sujet d'intérêt⁷, et en 2021, le Secrétariat de la CNUDCI a proposé que les travaux exploratoires se poursuivent « en vue de formuler des propositions concrètes pour une harmonisation ou l'élaboration d'orientations législatives à l'échelle internationale »⁸. Lors de la Conférence CODIFI de 2022, le Secrétariat de la CNUDCI a identifié les plateformes en ligne comme l'un des domaines dans lesquels une étude relative aux questions de droit international privé serait la plus opportune et la plus utile. Les experts participant à la Conférence CODIFI ont également noté que les études de cas sur l'harmonisation des plateformes numériques transfrontières, telles que le programme *Hong Kong Stock Connect* et l'*ASEAN Trading Link*, démontraient qu'il était crucial d'établir des cadres clairs sur la loi applicable⁹.
- 6 Au cours de l'année écoulée, le BP a continué à suivre l'évolution des questions de droit international privé relatives aux plateformes numériques et à l'économie de plateforme. Les plateformes numériques opèrent dans des secteurs variés, permettant différents types d'interactions entre différentes catégories de parties. Les questions de droit international privé se manifestent de diverses manières dans l'économie de plateforme, en fonction des relations qui en découlent¹⁰, par exemple :

⁵ CNUDCI, Doc. A/78/17, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v23/063/70/pdf/v2306370.pdf?token=F0AJD3iycZbtvFfaZV&fe=true>, para. 22(e) et 200-202.

⁶ [Traduction du Bureau Permanent] Voir D. Yokomizo, « Digital Platforms and Conflict of Laws », (2021), 64 *Japanese Yb of Int'l Law* 202, p. 202.

⁷ Doc. A/CN.9/1012, à l'adresse <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v20/024/54/pdf/v2002454.pdf?token=FypN5o0CwHjHnzt1Ac&fe=true>, para. 33-35.

⁸ Doc. A/CN.9/1064/Add.3, à l'adresse <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v21/030/61/pdf/v2103061.pdf?token=ZuLBTPcqXI7B02vO4p&fe=true>, au para. 25.

⁹ Angelina Kwan, Ouverture de la piste de la Convention Titres de la HCCH, le 12 septembre 2022, voir Doc. [prél. No 3A de janvier 2023](#), annexe I, para. 20.

¹⁰ Voir T. Lutz, "Private ordering, the platform economy and the regulatory potential of private international law", in I. Pretelli (ed.) *Conflict of Laws in the maze of digital platforms*, (Schultess : 2018), pp. 129-143.

- a. entre la plateforme et l'utilisateur : la relation entre la plateforme et l'utilisateur est généralement contractuelle et, en matière de droit international privé, repose généralement sur des clauses relatives au choix de la loi.
 - b. entre utilisateurs : des questions se posent lorsqu'il n'y a pas de choix de loi valable, comme c'est souvent le cas dans les environnements numériques d'égal à égal ;
 - c. entre la plateforme et / ou son utilisateur et le non-utilisateur : lorsqu'il n'y a pas de relation préexistante entre ces parties, des questions peuvent se poser lorsqu'un préjudice est causé au non-utilisateur, en particulier en ce qui concerne des actions en responsabilité délictuelle. Des questions peuvent également se poser concernant la loi applicable à la détermination de la responsabilité des intermédiaires¹¹.
- 7 Dans les relations entre les plateformes et leurs utilisateurs, trois questions spécifiques se posent en matière de droit international privé :
- a. la détermination de la loi applicable aux contrats entre la plateforme et l'utilisateur n'est généralement pas compliquée (les questions les plus récentes étant celles de la protection des parties faibles). Toutefois, les infractions délictuelles donnent lieu à des questions de loi applicable, étant donné qu'une règle de loi applicable fondée sur le lieu où se trouve l'utilisateur ou sur sa résidence habituelle peut être contraire aux dispositions contractuelles de la plateforme.
 - b. un nombre croissant d'affaires sont portées devant les tribunaux entre des utilisateurs lésés et des plateformes en ligne sur lesquelles les utilisateurs requérants arguent que, lorsqu'ils ont subi un préjudice causé par un autre utilisateur, les hôtes de la plateforme sont obligés de sanctionner l'utilisateur (prétendument) fautif ou de réparer le préjudice d'une autre manière. La question qui se pose est de savoir si les clauses d'élection de for et de loi applicable figurant dans les contrats conclus entre les utilisateurs et les plateformes numériques concernées peuvent aider à résoudre ces questions¹².
 - c. en ce qui concerne la protection des parties faibles, si certains ressorts disposent de règles spécifiques en matière de droit international privé qui protègent les parties faibles telles que les consommateurs et les employés, ces règles sectorielles ne s'appliquent pas à la protection des petites et moyennes entreprises qui participent également à des transactions sur des plateformes numériques, ce qui constitue un vide juridique en matière de droit international privé¹³.
- 8 La finance décentralisée (DeFi) représente le secteur des plateformes numériques en plein essor, en particulier en ce qui concerne les mécanismes de stockage distribué. Ces plateformes DeFi rassemblent un large éventail d'acteurs du marché financier et attirent d'importants capitaux et liquidités dans l'écosystème financier international et transfrontière. Les plateformes DeFi fonctionnent sur des systèmes distribués basés sur des technologies telles que la technologie des registres distribués (TRD). En tant que telles, les plateformes DeFi fonctionnent sans autorité centralisée ni présence physique, permettant ainsi l'exécution automatique des transactions. Ce mode de fonctionnement rend complexe l'attribution d'un lieu pour la détermination de la compétence et de la loi applicable en appliquant les éléments de rattachement traditionnels à une transaction sur une plateforme DeFi (un ensemble d'algorithmes intrinsèquement sans

¹¹ Voir D. Yokomizo, *supra* note 66, à la p. 216.

¹² *Ibid.*, p. 134.

¹³ La plupart de ces lois permettent l'utilisation d'une règle de droit impérative spécifique de la juridiction dans laquelle ces parties plus faibles résident habituellement, voir D. Yokonizo, *supra* note 6, à la p. 225.

frontières impliquant des parties prenantes dans une économie de réseau répartie dans le monde entier)¹⁴.

B. IA et contrats automatisés

- 9 Le BP a continué à suivre de près l'évolution du droit international privé en ce qui concerne l'IA et les contrats automatisés, y compris l'évolution de la législation et de la jurisprudence dans ce domaine. Comme indiqué au paragraphe 2, le BP participe également en tant qu'observateur au Groupe de travail IV de la CNUDCI sur le commerce électronique. Depuis avril 2022, le Groupe de travail IV a fait des progrès en matière de contrats automatisés. En novembre 2022, le Groupe de travail IV a entamé un processus consistant à se fonder sur les dispositions des textes existants de la CNUDCI pour en tirer des principes et à élaborer des principes supplémentaires relatifs aux questions juridiques qui n'étaient pas entièrement traitées dans ces textes en novembre 2022 et, lors de sa 65^e session en avril 2023, le Groupe de travail IV a progressé dans l'élaboration de projets de principes sur le sujet¹⁵. Lors de sa 66^e session en octobre 2023, le Groupe de travail IV a examiné l'ensemble révisé de projets de principes sur « l'utilisation de l'intelligence artificielle et de l'automatisation des contrats », compte tenu également des avis selon lesquels le principe d'équivalence fonctionnelle ne devrait pas guider ses travaux sur le sujet, étant donné que les fonctions assurées par les systèmes automatisés n'avaient pas toujours d'équivalent papier clair¹⁶. Le Groupe de travail IV est convenu de demander au Secrétariat de la CNUDCI d'élaborer un ensemble révisé de principes, reformulés sous forme de dispositions et accompagnés de notes explicatives, pour examen à sa prochaine session en vue de leur finalisation pour adoption par la Commission lors de sa 57^e session en juillet 2024¹⁷.
- 10 Malgré l'absence d'une définition uniformément acceptée de ce qu'implique l'IA¹⁸, l'adoption de l'IA dans les applications, en particulier l'IA générative, a conduit à des innovations dans divers domaines, en particulier les contrats automatisés. Si l'automatisation des contrats n'est pas un concept nouveau, puisqu'elle est à la base d'applications telles que les systèmes de point de vente et l'échange de données informatisées (EDI) depuis de nombreuses décennies, son utilisation s'est considérablement élargie avec la croissance de l'économie numérique¹⁹. Aujourd'hui, l'utilisation de contrats automatisés dans les contrats intelligents, les *computable contracts* et les contrats algorithmiques se traduit par un recours accru à l'IA dans les contrats

¹⁴ D.A. Zetsche, D.W. Arner et R.P. Buckley, « Decentralized Finance », (2020) 6(2) J. Financial Regulation 172, p. 184-185.

¹⁵ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) dans le cadre des travaux de sa soixante-sixième session (Vienne, du 16 au 20 octobre 2023), à l'adresse <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v23/083/24/pdf/v2308324.pdf?token=00ewk0ZONhWBHbqc2o&fe=true>, para. 12.

¹⁶ *Ibid.*, para. 13. L'ensemble révisé de projets de principes est présenté dans CNUDCI, Projet de dispositions relatives aux contrats automatisés : Note du Secrétariat (14 août 2023), UN. Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.182.

¹⁷ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) dans le cadre des travaux de sa soixante-sixième session (Vienne, du 16 au 20 octobre 2023), *supra* note 15, au para. 93.

¹⁸ Conseil de l'Europe, Comité *ad hoc* sur l'intelligence artificielle (CAHAI), « [Étude de faisabilité](#) », 17 décembre 2020, section II. Une définition figure à l'art. 3(1) de la proposition relative à l'intelligence artificielle de l'Union européenne, qui décrit un système d'IA comme « un logiciel qui est développé au moyen d'une ou de plusieurs des techniques et approches énumérées à l'annexe I [par ex., les approches d'apprentissage automatique] et qui peut, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, générer des résultats tels que des contenus, des prédictions, des recommandations ou des décisions influençant les environnements avec lesquels il interagit. » Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle (loi sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM/2021/206. Cette définition est similaire à celle utilisée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), voir OCDE, [Recommandation du Conseil sur l'intelligence artificielle](#), 2019.

¹⁹ F. Martin-Bariteau et M. Pavlović, « AI and Contract Law » in F. Martin-Bariteau et T. Scassa (eds.), [Artificial Intelligence and the Law in Canada Toronto](#) : LexisNexis Canada, [2021], p. 4 et s.

commerciaux et les contrats de licence d'utilisateur final²⁰. En particulier, les transactions effectuées sur des plateformes en ligne et des dispositifs intelligents (y compris les transactions de *trading* à haute fréquence) peuvent impliquer des interactions entre un humain et un système automatisé, ou des interactions entre systèmes automatisés (appelées « contrats M2M »). L'automatisation aux différents stades du cycle de vie du contrat, ainsi que les outils de technologies juridiques qui automatisent les applications dans le cycle de vie du contrat, de la rédaction à la négociation et de la gestion à l'analyse²¹, permettent de simplifier et de systématiser les contrats transfrontières sur les plateformes numériques.

- 11 L'évolution de l'IA et des contrats automatisés a soulevé plusieurs questions en matière de droit international privé :
- a. détermination de la loi applicable : lorsque des technologies pilotées par une IA effectuent des actes ou participent à des transactions, la nature en ligne de la plupart des systèmes pilotés par une IA peut rendre les éléments de rattachement traditionnels difficiles à appliquer.
 - b. compétence : l'utilisation de systèmes pilotés par une IA peut rendre difficile la détermination de la compétence en raison des difficultés liées à la localisation sur les plateformes en ligne (ces difficultés peuvent également inclure l'application de la doctrine du *forum non conveniens*, le cas échéant). Une autre difficulté concerne l'identification du type de préjudice qu'un système piloté par une IA peut causer et la localisation de ce préjudice, étant donné que les éléments de rattachement traditionnellement fondés sur le lieu de survenance du dommage en droit international privé peuvent ne pas être utiles pour établir un lien entre la survenance du dommage et un ressort spécifique. Par exemple, un système en ligne ou en réseau piloté par une IA générative qui n'est pas localisé à un site particulier peut collecter des données d'un site web situé dans un ressort spécifique afin de générer un nouveau contenu sur un autre site web situé dans un autre ressort²².
 - c. reconnaissance et exécution : l'exécution des jugements étrangers peut s'avérer difficile en raison des différentes approches adoptées par les ressorts à l'égard des systèmes pilotés par une IA. Ces divergences peuvent créer des obstacles à la reconnaissance et à l'exécution des décisions et des jugements, notamment lorsque des préoccupations liées à l'ordre public et à d'autres considérations se posent. Ces difficultés se manifestent à la fois dans les situations où les algorithmes et les outils pilotés par une IA sont partiellement impliqués, et lorsqu'ils sont habilités à rendre des décisions finales.

C. Technologies immersives

- 12 Les technologies immersives ont donné naissance à une plateforme virtuelle polyvalente dans laquelle les particuliers, les entreprises et d'autres entités peuvent créer, agir, réagir et effectuer des transactions en rapport avec des éléments réels et virtuels en utilisant la réalité virtuelle et augmentée, ainsi que des méthodes de transaction reposant sur des mécanismes de stockage distribué. Ces technologies sont largement appliquées dans une variété de domaines, allant du

²⁰ *Ibid.*

²¹ Voir M. Ebers, « Artificial Intelligence, contracting and contract law » dans M. Ebers et al (eds.), *Contracting and contract law in the age of artificial intelligence*, (2022 : Bloomsbury) 102.

²² M. Ho-Dac, et C. Pellegrini, *Governance of Artificial Intelligence in the European Union: What Place for Consumer Protection?*, (Bruylant: 2023) p. 303 et s.

divertissement²³ et des jeux²⁴ aux procédures de litige et d'arbitrage²⁵, en passant par l'immobilier et les communications numériques²⁶.

- 13 Les technologies immersives soulèvent des questions de droit international privé non seulement en raison de la nature des plateformes en réseau sur lesquelles elles fonctionnent, mais aussi en raison de l'intégration fluide entre les objets numériques et réels. Dans ce contexte, les éléments de rattachement traditionnels peuvent ne pas s'appliquer, ce qui complique la détermination de la loi applicable (qui peut concerner ou non la plateforme dans son ensemble, ou une seule transaction ou un utilisateur unique). De plus, l'anonymat ou le pseudonymat éventuel avec lequel les utilisateurs interagissent sur les plateformes de technologies immersives ajoute à la complexité. Il devient donc difficile d'établir un lien entre les événements, les actifs et les acteurs qui peuvent ne pas avoir convenu (valablement) de la loi applicable et de la compétence²⁷.

IV. Proposition soumise au CAGP

- 14 Le BP invite le CAGP à prendre note des questions décrites dans le présent Document préliminaire en relation avec l'économie numérique, et soumet les Conclusions et Décisions suivantes à l'attention du CAGP.

Le CAGP enjoint au BP de continuer, sous réserve des ressources disponibles, à :

- a. suivre l'évolution de la situation en ce qui concerne les plateformes numériques, l'IA et les contrats automatisés, ainsi que les technologies immersives, y compris en partenariat avec des spécialistes du domaine et de la CNUDCI ;
- b. collaborer avec la CNUDCI et d'autres organisations disposant d'une expertise pertinente sur les questions relatives aux aspects de droit international privé de l'économie numérique ;
- c. suivre de près les développements dans le domaine de l'économie numérique, en vue d'identifier les questions de droit international privé susceptibles de faire l'objet de travaux futurs ;
- d. organiser des activités concernant des sujets relevant de la Division Droit commercial, numérique et financier international de la HCCH.

²³ Par ex., plus de 12 millions d'utilisateurs ont rejoint la plateforme Fortnite pour assister à un concert virtuel de l'artiste Travis Scott en avril 2020, voir J.H. Park, « [The Direction and Implications of the Content Industry in the Metaverse Era](#) », (2022) 26(6) *KIET Industrial Economic Review* 55.

²⁴ Le nombre d'utilisateurs mensuels de Roblox, un jeu technologique immersif, dépasse les 150 millions, voir B.A. Calli et C. Ediz, « [Top concerns of user experiences in Metaverse games: a text-mining based approach](#) », (mai 2023), 46 *Entertainment Computing* (Elsevier), Science Direct.

²⁵ T.T. Hsieh *et al*, « [Intellectual Property in the Era of AI, Blockchain and Web 3.0](#) », (mars 2023), *Blockchain et Web 3*.

²⁶ Voir généralement D. Mitchell, A. Pearson et T.D. Peters (eds.), *Law, Video Games, Virtual Realities: Playing Law*, (Routledge 2024).

²⁷ Voir généralement Parlement européen, Briefing « [Metaverse Opportunities, risks and policy implications](#) », juin 2022, voir également Grayscale Research, « [The Metaverse](#) », novembre 2021.