



**COMMISSION DES RESSOURCES GÉNÉTIQUES POUR
L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE DANS L'EXERCICE DE
SES FONCTIONS DE COMITÉ INTÉrimAIRE POUR LE TRAITÉ
INTERNATIONAL SUR LES RESSOURCES PHYTOGÉNÉTIQUES
POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE**

**MOYENS D'EXPRESSION DE L'ACCEPTATION DES MODALITÉS
ET CONDITIONS DES ACCORDS DE TRANSFERT DE
MATÉRIEL: ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » ET CONVENTIONS
D'ACHAT « AU CLIC »**

par

Sebastian Moore¹ et Gerald Moore²

Le présent document a été établi à la demande du Secrétariat de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans l'exercice de ses fonctions de Comité intérimaire pour le traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Il a pour but de donner des informations de base sur les accords « sous plastique » et les conventions d'achat « au clic » au Groupe de contact pour la rédaction de l'Accord type de transfert de matériel, qui a été créé par le Comité intérimaire lors de sa deuxième réunion.

Les auteurs sont seuls responsables de la teneur du présent document qui ne reflète pas nécessairement le point de vue de la FAO ou de ses Membres.

¹ Sebastian Moore est un avocat. Il exerce à Londres et est spécialiste des questions de propriété intellectuelle.

² Gerald Moore est consultant à la FAO, membre titulaire honoraire de l'Institut international des ressources phytogénétiques et ancien conseiller juridique à la FAO.

Table des matières

	Pages
RÉSUMÉ	1
CHAPITRE 1: INTRODUCTION	2
CHAPITRE 2: CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	3
CHAPITRE 3: ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » ET CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC »	4
CHAPITRE 4: UTILISATION DES ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » ET DES CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC » POUR LE TRANSFERT DE RESSOURCES PHYTOGÉNÉTIQUES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE	5
CHAPITRE 5: LE CARACTÈRE EXÉCUTOIRE DES ACCORDS « SOUS PLASTIQUE »	6
5.1 <i>Législation relative à la protection du consommateur</i>	6
5.2 <i>Autorité</i>	7
CHAPITRE 6: APERÇU DE LA FORCE EXÉCUTOIRE DES ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » DANS QUELQUES JURIDICTIONS	8
6.1 <i>États-Unis</i>	8
6.2 <i>Angleterre</i>	8
6.3 <i>France</i>	8
6.4 <i>Allemagne</i>	9
6.5 <i>Pays-Bas</i>	9
6.6 <i>Singapour</i>	9
6.7 <i>Hong Kong</i>	9
6.8 <i>Canada</i>	9
CHAPITRE 7: SUGGESTIONS POUR QUE LA FORCE EXÉCUTOIRE DES ACCORDS DE TRANSFERT DE MATÉRIEL « SOUS PLASTIQUE » SOIT RECONNUE	11
CHAPITRE 8: CHOIX DU RÉGIME JURIDIQUE	12
CHAPITRE 9: CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC »	13
CHAPITRE 10: CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	14

MOYENS D'EXPRESSION DE L'ACCEPTATION DES MODALITÉS ET CONDITIONS DES ACCORDS DE TRANSFERT DE MATÉRIEL: ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » ET CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC »

RÉSUMÉ

1. La méthode traditionnelle d'acceptation des conditions d'un contrat consiste à apposer une signature écrite. Cependant, la signature écrite n'est pas une obligation légale pour qu'un contrat soit contraignant. En fait, de nombreux contrats sont conclus quotidiennement sans signature écrite. La difficulté d'obtenir une signature écrite et le retard qui peut s'ensuivre ont favorisé l'émergence de nouvelles formes de consentement contractuel, notamment par le biais des technologies de l'information. Citons, par exemple, les contrats dits « sous plastique » et les contrats d'achat « au clic ». Pour des motifs analogues, les centres GC (Groupe consultatif) utilisent les contrats « sous plastique » pour leurs accords de transfert de matériel. Cette pratique est conforme au Traité international, qui exige que l'accès aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le cadre du Système multilatéral soit accordé sans délai. Il faut cependant reconnaître que la validation de telles formes contractuelles par les systèmes juridiques nationaux n'en est qu'au stade préliminaire. Il convient donc de faire une large publicité aux modalités et conditions des accords de transfert de matériel, notamment de l'Accord type sur le transfert de matériel, pour que l'applicabilité de ces types de contrat se généralise. Le contrat d'achat « au clic » est peut-être le plus facile à faire reconnaître dans le droit national, dans la mesure où il peut être considéré comme une acceptation expresse des conditions du contrat de transfert de matériel par le bénéficiaire des ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

MOYENS D'EXPRESSION DE L'ACCEPTATION DES MODALITÉS ET CONDITIONS DES ACCORDS DE TRANSFERT DE MATÉRIEL: ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » ET CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC »

CHAPITRE 1: INTRODUCTION

2. Le Groupe d'experts sur les conditions de l'accord type relatif au transfert de matériel a identifié trois options pour garantir que les bénéficiaires soient liés par l'Accord type lorsqu'ils acceptent du matériel provenant du Système multilatéral. La première est une disposition fondée sur la notion de contrat « sous plastique »³. La seconde est un contrat signé et la troisième un contrat à double finalité, qui peut être signé ou non, selon la décision du bénéficiaire. Le présent document présente certains éléments de réflexion pouvant conduire à choisir l'une de ces possibilités, l'accent étant mis sur l'applicabilité des accords « sous plastique » dans les différents systèmes juridiques nationaux.

³ Cette expression désigne un contrat inclus dans un emballage scellé contenant le produit auquel il fait référence. Il peut être également imprimé sur l'emballage. L'ouverture de l'emballage équivaut à une acceptation du contrat.

CHAPITRE 2: CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

3. La méthode traditionnelle d'expression du consentement à être lié par un accord juridique est la signature d'une personne dûment autorisée. Exiger l'apposition d'une signature permet notamment de préciser:

1. que les conditions de l'accord sont expressément acceptées par le bénéficiaire; et
2. que la personne signataire est dûment autorisée à signer et, de ce fait, à astreindre le bénéficiaire à respecter les conditions de l'accord.

4. La signature d'un accord par une personne dûment autorisée est incontestablement la manière la plus efficace de s'assurer que le bénéficiaire est lié juridiquement par le contrat. La signature a pour avantage supplémentaire d'être une méthode reconnue dans tous les systèmes juridiques.

5. La signature d'un accord écrit, bien que juridiquement souhaitable, n'est pas indispensable à l'établissement d'un contrat juridiquement contraignant entre deux parties. La plupart des systèmes juridiques, sinon tous, reconnaissent les contrats non écrits qui laissent clairement apparaître la volonté des parties de s'engager dans une relation contractuelle contraignante et exécutoire. La vente des produits de détail est un exemple de tels contrats non écrits.

6. Même lorsque le contrat est écrit, le fait d'exiger une signature écrite peut retarder de manière inacceptable la conclusion d'un accord juridiquement contraignant et la remise de l'objet de l'accord. Pourtant, cette signature est indispensable lorsqu'un accord juridiquement contraignant est une condition préalable au transfert du matériel concerné. C'est pour cette raison que le secteur des technologies de l'information, notamment, utilise de nouvelles formes contractuelles, telles que les contrats dits « sous plastique » ou les contrats d'achat « au clic », qui évitent le recours à la signature écrite.

CHAPITRE 3: ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » ET CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC »

7. Les accords « **sous plastique** » sont utilisés dans le secteur du logiciel depuis au moins 20 ans. Le contrat est fourni avec l'emballage du logiciel. En général, la notice d'emballage indique que l'utilisateur s'engage à respecter les clauses de l'accord en ouvrant l'emballage « sous plastique », en utilisant le logiciel ou en suivant une autre procédure spécifiée. L'utilisateur ne signe pas l'accord. L'expression « sous plastique » vient de ce que ces contrats sont souvent inclus dans un emballage sous plastique transparent, scellé et livré avec le logiciel. Bien que des doutes puissent subsister quant à l'applicabilité des accords « sous plastique » dans certaines juridictions, le manque de solutions de rechange viables a généralisé et pérennisé leur utilisation.

8. Dans les conventions d'achat « **au clic** », une partie contractante consent à être liée par des conditions affichées électroniquement (en ligne) après avoir eu la possibilité de les lire. La partie contractante exprime son consentement en saisissant les mots qui indiquent son acceptation (« saisie et clic ») ou en cliquant sur une icône spécifiée (« clic d'icône »). Les conventions d'achat « au clic » sont très courantes pour les ventes électroniques réalisées sur l'Internet et pour les ventes de logiciel, l'acceptation des conditions de vente étant exigée avant la première installation et utilisation du logiciel.

CHAPITRE 4: UTILISATION DES ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » ET DES CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC » POUR LE TRANSFERT DE RESSOURCES PHYTOGÉNÉTIQUES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE

9. À l'heure actuelle, la plupart des transferts de ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui ont lieu dans le monde sont effectués par l'intermédiaire du Réseau international de collections *ex situ* placé sous les auspices de la FAO. Il s'agit des collections détenues par les Centres internationaux de recherche agricole du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI), ou « centres GC ». Les accords de transfert de matériel utilisés s'inspirent des dispositions types figurant dans l'accord par fidéicommissé signé avec la FAO en 1994.
10. Les centres GC utilisent les contrats « sous plastique » pour le transfert de matériel de leurs collections depuis près de dix ans.
11. À l'origine, les centres GC exigeaient la signature d'un accord de transfert de matériel (ATM) écrit avant d'accéder à une demande de matériel génétique. Cette exigence entraînait des retards dans le transfert de ce matériel. À la demande des utilisateurs de matériel génétique, notamment ceux des pays en développement, les centres du GCRAI ont adopté un modèle simplifié d'ATM inspiré de la forme contractuelle dite « sous plastique ». En vertu de ce type de contrat, en ouvrant l'emballage scellé du matériel et en acceptant le matériel qui y est inclus, l'utilisateur s'engage à accepter juridiquement les conditions de l'ATM. Le GCRAI a informé le Groupe d'experts que le contrat « sous plastique » accélère sensiblement le processus. Selon lui, entre 700 000 et 1 000 000 d'échantillons ont été livrés depuis l'entrée en vigueur de l'accord par fidéicommissé signé avec la FAO. À ce jour, aucun bénéficiaire n'a remis en question la légalité d'un ATM reposant sur cette forme contractuelle.
12. Les centres GC utilisent encore très peu les conventions d'« achat au clic ». Ces conventions supposent en effet l'utilisation d'ordinateurs pour placer une commande. On a considéré jusqu'ici que les agriculteurs et les obtenteurs des pays en développement seraient considérablement désavantagés si les centres ne répondaient qu'aux demandes formulées électroniquement.
13. Dans le cas des transferts de ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le cadre du Système multilatéral établi par le Traité international, l'accès doit être accordé sans délai – c'est une exigence juridique – sans qu'il soit nécessaire de suivre individuellement les entrées. L'utilisation de formes simplifiées d'ATM, y compris l'accord dit « sous plastique », permet aux Parties contractantes et aux centres GC de respecter plus facilement les dispositions du Traité à cet égard.
14. Il convient cependant de mettre en balance la simplicité de cette approche et la situation en ce qui concerne sa force exécutoire. Les chapitres suivants étudient la question de la force exécutoire des contrats « sous plastique » dans les différents systèmes juridiques et donnent un bref aperçu de la situation quant aux accords d'achat « au clic ».
15. Avant de poursuivre, il est peut-être utile d'émettre une réserve quant à la portée des informations présentées. Si les contrats « sous plastique » et les conventions d'achat « au clic » sont courants dans la plupart des juridictions, ils n'en sont pas moins une nouvelle forme contractuelle qui mettra du temps à être pleinement acceptée et appliquée par tous les pays. Par ailleurs, les systèmes juridiques nationaux ont une expérience quelque peu mitigée de ces deux formes contractuelles, notamment du contrat dit « sous plastique ». Cette étude portera successivement sur les accords « sous plastique » et sur les conventions d'achat « au clic ».

CHAPITRE 5: LE CARACTÈRE EXÉCUTOIRE DES ACCORDS **« SOUS PLASTIQUE »**

16. Les principes juridiques qui régissent la force exécutoire des accords non signés varient selon les juridictions. En général, les problèmes que pose l'exécution de ces accords dans la pratique commerciale courante sont les suivants:

- i) l'absence de consentement explicite de l'une des parties à être liée par l'accord;
- ii) les restrictions dues aux lois relatives à la protection des consommateurs (qui s'appliquent généralement lorsqu'une activité commerciale débouche sur des dispositions contractuelles standard entre une partie et des consommateurs); et
- iii) le fait que les conditions sont souvent portées à la connaissance de l'une des parties après la conclusion de la transaction contractuelle.

17. Bien que les licences « sous plastique » soient courantes dans la plupart des juridictions, il n'existe que très peu de décisions judiciaires dans le monde concernant leur force exécutoire. Pour qu'un contrat entre en vigueur, les lois de la plupart des juridictions exigent que les parties concluent un accord (en général, une partie soumet une offre qu'une autre partie accepte) et conviennent d'être liées juridiquement. L'accord « sous plastique » ne faisant l'objet d'aucun accord verbal ou écrit, sa force exécutoire peut poser des problèmes dans certaines juridictions.

5.1 Législation relative à la protection du consommateur

18. Les accords « sous plastique » n'étant pas négociés individuellement, les législations nationales sur la protection du consommateur peuvent limiter l'application de certaines ou de l'ensemble des dispositions contractuelles. En général, ces législations s'appliquent lorsque l'une des parties – le producteur – soumet une offre commerciale à une autre partie – le consommateur – qui l'accepte dans le cadre d'une relation contractuelle. La principale raison d'être d'une législation de ce type est, bien entendu, de protéger le consommateur, notamment dans le cas classique où une grande entreprise impose les conditions de vente de son produit, généralement pour dégager un profit. La situation de l'Accord type de transfert de matériel, adopté par l'Organe directeur du Traité à la demande des États souverains devenus Parties au Traité et dans l'intérêt public, présente une certaine analogie avec le cas mentionné précédemment, en ce que le bénéficiaire sera tenu d'accepter ou de rejeter l'accord type, sans pouvoir le modifier. En revanche, le fait que l'Accord type soit rédigé par l'Organe directeur d'un Traité auquel de nombreux États souverains sont devenus parties, et le fait qu'il soit rédigé dans l'intérêt public, le distinguent quelque peu du cas de l'entreprise imposant ses conditions au marché. La question de savoir si un accord entre un fournisseur de ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et un bénéficiaire sera visé par une législation protégeant le consommateur dépendra, bien entendu, du droit national. Quoi qu'il en soit, tout contrat se doit d'être conforme aux principes généraux d'équité qui sont généralement à la base des lois sur la protection du consommateur.

19. Le bénéficiaire n'est donc pas forcément lié aux conditions dont il n'a pas pu véritablement prendre connaissance avant la conclusion du contrat et aux dispositions qu'il considère comme exagérément coûteuses ou inéquitable⁴. Si l'Organe directeur souhaite garder ouverte l'option du contrat « sous plastique », il conviendra de veiller à ce que les conditions de l'Accord type de transfert de matériel soient largement diffusées auprès des différents acteurs du secteur d'activité considéré.

⁴ Voir, par exemple, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

20. Une clause relative au choix de la juridiction (y compris une clause d'arbitrage) peut être invalidée par une législation sur la protection du consommateur lorsqu'elle est jugée indûment coûteuse pour le consommateur. Il ne semble pas qu'une clause d'arbitrage international puisse être soumise à cette critique.

5.2 Autorité

21. Lorsque le bénéficiaire est une société et qu'une forme contractuelle de type « sous plastique » est utilisée, la force exécutoire du contrat sera la plupart du temps contestée en arguant du fait que la personne ayant consenti aux conditions de l'ATM en acceptant le matériel n'avait pas l'autorité requise pour lier sa société. On notera, toutefois, que l'utilisation du matériel pour un programme de sélection peut être une indication claire de l'acceptation des conditions.

CHAPITRE 6: APERCU DE LA FORCE EXÉCUTOIRE DES ACCORDS « SOUS PLASTIQUE » DANS QUELQUES JURIDICTIONS⁵

6.1 États-Unis

22. Les tribunaux fédéraux américains ont adopté l'approche la plus pragmatique et la plus souple à l'égard des accords « sous plastique » et d'achat « au clic ».

23. Le Septième circuit a estimé que les licences « sous plastique » sont exécutoires lorsque 1) l'emballage indique à l'acheteur que le logiciel est soumis à licence; 2) l'acheteur peut prendre amplement connaissance des conditions de la licence; 3) l'acheteur a la possibilité de rejeter la licence en renvoyant le logiciel contre remboursement⁶.

6.2 Angleterre

24. Il n'y a pas de décisions dans le droit anglais concernant la validité et le caractère exécutoire des accords « sous plastique ». Il existe cependant une décision de la Cour de session d'Écosse⁷ qui confirme le caractère exécutoire d'un contrat « sous plastique ».

25. Les tribunaux anglais peuvent juger déterminante la question de savoir à quelle phase le contrat entre le bénéficiaire et le fournisseur des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture est considéré comme conclu, et si le bénéficiaire a eu connaissance des modalités du contrat avant que celui-ci ne soit juridiquement conclu.

26. Dans la décision de la Cour écossaise susmentionnée, le tribunal a estimé qu'un contrat associé à la vente d'un logiciel ne s'appliquait pas avant que l'acquéreur n'ait lu et accepté les conditions du contrat « sous plastique ». Un tribunal anglais pourrait adopter le même raisonnement. Certes, il existe un certain nombre de précédents dans le droit anglais qui montrent que des conditions portées à la connaissance du client seulement après la conclusion évidente de la transaction ont été néanmoins considérées comme incorporées dans le contrat⁸. On pourrait également défendre l'idée que le contrat est conclu au moment où le client paie le produit et que les conditions portées à sa connaissance ensuite ne sont pas incorporées dans le contrat⁹. Dans le cas de l'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le cadre du Système multilatéral, il n'est bien entendu pas question de payer pour accéder au matériel. S'il apparaît clairement dans l'Accord type de transfert de matériel que les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture peuvent être renvoyées au fournisseur en cas de désaccord avec les dispositions de l'ATM, la forme « sous plastique » de l'ATM aurait, semble-t-il, plus de chances d'être déclarée exécutoire dans le droit anglais.

6.3 France

27. Là encore, il n'existe apparemment pas de décisions concernant le caractère exécutoire des accords « sous plastique ». Il semble, toutefois, que la France soit plus réticente que l'Angleterre à l'égard de cette forme contractuelle.

28. En droit français, un contrat n'est conclu que lorsqu'une offre claire et précise est acceptée sans réserve. Or, cette condition offre-acceptation peut être considérée comme non

⁵ Les informations figurant dans cette section, à l'exception de celles relatives au Royaume-Uni et aux États-Unis, proviennent principalement de sources accessibles sur l'Internet. Elles ne donnent donc qu'une vision incomplète de la situation dans chaque juridiction.

⁶ Voir par exemple ProCDInc c. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (Septième Cercle 1996) et Hill c. Gateway 105 F.3d 1147 (Septième Cercle 1997).

⁷ Beta Computers (Europe) Limited c. Adboe Systems (Europe) Limited (1995).

⁸ Par exemple, les clauses d'exclusion concernant les billets de train (Parker c. E.E. Railway Co (1877) 2 CPD 416).

⁹ Voir, par exemple, la décision de Lord Denning dans Thornton c. Shoe Lane Parking Ltd [1971] 1 All ER 686.

remplie lorsque l'acheteur ne prend connaissance des dispositions du contrat « sous plastique » qu'une fois la transaction achevée. Toutefois, aussi bien en droit français qu'en droit anglais, le fait que les dispositions d'un Accord type sur le transfert de matériel puissent être largement connues des acteurs de ce secteur d'activité avant qu'un transfert ne soit demandé ou effectué pèsera sur toute décision juridique prise en la matière.

6.4 Allemagne

29. Il ne semble pas y avoir non plus de décisions concernant le caractère exécutoire des accords « sous plastique » en Allemagne. Le droit allemand exige que les parties contractantes acceptent explicitement les conditions du contrat. Cela signifie qu'un acheteur doit avoir la possibilité d'examiner (puis de rejeter ou d'accepter) les conditions d'un contrat « sous plastique » avant d'accepter les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Là encore, le fait que les dispositions puissent être largement connues dans ce domaine d'activité et qu'aucun paiement ne soit exigé pour le transfert des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture aura son importance dans toute décision juridique prise en la matière.

6.5 Pays-Bas

30. Il est peu probable que ce type d'accord soit exécutoire si le client n'a pas la possibilité d'examiner les conditions de l'accord « sous plastique » parce qu'ils sont, par exemple, dans la boîte ou dans une enveloppe contenant le logiciel.

6.6 Singapour¹⁰

31. Il ne semble pas qu'il y ait de décisions définitives concernant le caractère exécutoire des accords « sous plastique » à Singapour. En droit local, si une partie exige que des conditions soient incorporées dans un accord, celles-ci doivent être portées à l'attention de l'autre partie *avant* que le contrat ne soit conclu. Plus les conditions sont astreignantes, plus il faut prendre soin de les faire connaître au client.

6.7 Hong Kong¹¹

32. Le droit contractuel de Hong Kong s'inspire du droit anglais. Il n'existe aucune loi concernant expressément la conclusion de contrats en ligne ou la validité d'accords « sous plastique ». Dans ces conditions, il est probable que les accords « sous plastique » ou d'achat « au clic » auront la même force exécutoire qu'en droit anglais.

6.8 Canada¹²

33. Selon la « common law » canadienne, trois éléments sont requis pour qu'un contrat soit valable et exécutoire: une offre, une acceptation et l'existence d'une contrepartie.

34. Au niveau des provinces, plusieurs lois exigent que certains contrats soient écrits ou accompagnés d'une signature pour être valables¹³. La sous-section 19(1) de la loi de l'Ontario sur la protection du consommateur, R.S.O. c. C-31 (« OCPA ») exige que tous les contrats exécutoires¹⁴ contiennent des informations détaillées et soient rédigés. La sous-section 19(2) de

¹⁰ E-Com Legal Guide. Singapour. <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/singapec.html>.

¹¹ E-Com Legal Guide. Hong Kong. <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/hongkong.html>.

¹² E-Com Legal Guide. Canada. <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/canadaapec.html>.

¹³ Par exemple, la loi sur les fraudes, (Ontario) R.S.O. 1990, c. S-19, impose que, entre autres, les contrats de garantie ou de vente de biens fonciers ou assimilés soient rédigés.

¹⁴ Les contrats exécutoires sont les contrats dans lesquels les parties contractantes ne reçoivent pas le produit ou le paiement associé simultanément.

l'OCPA stipule que ces contrats doivent être signés et que chaque partie doit recevoir un exemplaire du contrat original.

35. Il semble que l'exigence d'un contrat écrit dans certains scénarios soit un obstacle à l'utilisation des contrats en ligne au Canada. Cependant, les autorités fédérales et provinciales sont conscientes des avantages et de la croissance du commerce électronique et pourraient légiférer afin d'adapter les lois en vigueur aux nouveaux besoins commerciaux.

CHAPITRE 7: SUGGESTIONS POUR QUE LA FORCE EXÉCUTOIRE DES ACCORDS DE TRANSFERT DE MATÉRIEL « SOUS PLASTIQUE » SOIT RECONNUE

36. Les paragraphes qui précèdent témoignent de la nouveauté des dispositions législatives sur le caractère exécutoire des accords « sous plastique » plutôt que d'un rejet de tels accords. Ils n'en montrent pas moins que les tribunaux accorderont une grande importance à la question de savoir si les conditions d'un accord étaient connues ou non du bénéficiaire avant la conclusion du contrat, et si l'on peut estimer qu'il a accepté ces conditions.

37. Lorsque les conditions et le mode d'exécution des ATM seront largement connus, le bénéficiaire aura plus de difficultés à faire valoir qu'il n'a pas accepté d'être lié par ces conditions. En conséquence, toute publicité relative aux ATM (par le biais, par exemple, de lettres d'information, de sites Internet ou d'autres médias) devrait renforcer l'acceptation des ATM « sous plastique ». Le fait que l'Accord type soit adopté par l'Organe directeur dans le cadre du Traité international et dans l'intérêt général renforcera encore le caractère exécutoire des ATM « sous plastique », à condition, bien entendu, que cette approche soit retenue par l'Organe directeur.

38. Afin de réduire les risques que les ATM soient inapplicables au regard de certaines législations nationales sur la protection des consommateurs, les conditions doivent être énoncées de manière aussi claire et précise que possible.

39. Les clauses relatives à la résolution des litiges ne doivent pas spécifier d'institutions ou de langues de procédure constituant une charge inéquitable pour le bénéficiaire.

40. Dans le cas des ATM « sous plastique », l'acheteur doit pouvoir lire clairement sur l'emballage que la vente est soumise à des dispositions contractuelles placées à l'intérieur.

41. Le bénéficiaire doit pouvoir examiner à loisir les termes de l'ATM avant d'exprimer son consentement ou son refus. Dans le cas d'un accès aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le cadre du Système multilatéral, le bénéficiaire n'est à aucun moment tenu de payer pour le matériel. La conclusion du contrat ne correspond donc pas à un moment précis. Pour avoir les meilleures chances d'être considéré comme exécutoire, l'Accord type devrait laisser un certain temps au bénéficiaire pour qu'il puisse examiner les conditions du contrat et éventuellement renvoyer le matériel génétique. Le fait de ne pas renvoyer le matériel dans les délais accordés équivaudrait à une acceptation des conditions de l'Accord. La procédure de renvoi du matériel devrait être aussi simple que possible.

42. Si l'acceptation tient au fait d'ouvrir l'emballage dans lequel le matériel génétique est livré et s'il n'existe aucune disposition permettant de renvoyer le matériel une fois l'emballage ouvert, les conditions devraient dans ce cas être présentées de telle sorte qu'elles puissent être lues dans leur intégralité avant l'ouverture de l'emballage. Le bénéficiaire devrait pouvoir renvoyer l'emballage non ouvert s'il n'accepte pas les conditions du contrat.

CHAPITRE 8: CHOIX DU RÉGIME JURIDIQUE

43. La plupart des juridictions permettent aux parties contractantes de choisir le droit qui s'applique au contrat concerné, du moins lorsque celui-ci revêt une dimension internationale. Les contrats qui prévoient l'arbitrage pour le règlement des différends sont en général plus souples. Il s'agit, par exemple, des contrats dans lesquels les principes généraux du droit reconnus dans le domaine d'activité concerné peuvent être choisis comme constituant le droit applicable. La référence à ces principes devrait faciliter la reconnaissance du caractère exécutoire des contrats « sous plastique », notamment parce que ces contrats sont utilisés pour le transfert de matériel génétique, au moins lorsque des centres GC sont impliqués.

44. Cependant, une clause laissant le choix de la loi applicable n'est pas nécessairement déterminante dès lors qu'il s'agit de savoir si le bénéficiaire s'est véritablement engagé contractuellement avec le centre fournissant les ressources phytogénétiques. En d'autres termes, un tribunal peut très bien considérer que la forme d'un accord ne suffit pas à démontrer le consentement des deux parties à être liées par un contrat juridiquement contraignant. Dans un cas semblable, la mention de l'arbitrage dans le contrat défailant n'aurait aucun effet juridique.

CHAPITRE 9: CONVENTIONS D'ACHAT « AU CLIC »

45. Les décisions juridiques relatives au caractère exécutoire des conventions d'achat « au clic » sont aussi rares que celles concernant les accords « sous plastique ». Les conventions d'achat « au clic » devraient cependant être plus faciles à exécuter que les accords « sous plastique » pour les raisons suivantes: 1) le bénéficiaire a la possibilité d'examiner les conditions contractuelles avant d'acheter les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture; et 2) l'acceptation des conditions découle d'une action et non d'une omission. Des problèmes peuvent se poser lorsque les lois régissant les modalités de la conclusion des contrats interdisent la conclusion de contrats par des moyens électroniques¹⁵. Ainsi, les tribunaux fédéraux américains¹⁶ ont considéré que les accords d'achat « au clic » étaient exécutoires. Bien qu'il n'y ait aucune décision semblable dans le droit **anglais**, une convention d'achat « au clic » du type de celui considéré dans la section 6.3 ci-dessous devrait être exécutoire en vertu des principes du droit contractuel anglais. Par ailleurs, en décembre 2001, la Commission du droit a conclu, après examen des exigences formelles liées aux transactions commerciales, que cliquer sur un bouton affiché sur une page d'un site Internet revenait à accepter les conditions d'un accord¹⁷. La **France**, l'**Allemagne**, les **Pays-Bas** et **Singapour** seraient susceptibles, au moins en théorie, de reconnaître le caractère exécutoire des conventions d'achat « au clic ».

46. À l'exemple des contrats « sous plastique », des mesures peuvent être prises pour faciliter cette reconnaissance.

47. Le consentement du bénéficiaire aux conditions contractuelles doit être exprimé par un acte aussi précis que possible. Dans l'idéal, le bénéficiaire devrait utiliser un mécanisme de type « saisir et cliquer » pour marquer son consentement. Il pourrait également avoir à faire défiler sur l'écran les conditions contractuelles avant de cliquer sur un bouton « J'accepte » et de saisir la commande. Il ne devrait pas être en mesure de passer la commande avant d'avoir accepté les conditions contractuelles. Le bénéficiaire devrait également avoir la possibilité de rejeter les conditions en cliquant sur un bouton « Je refuse » ou une expression équivalente. Si les conditions du contrat sont rejetées, le bénéficiaire doit pouvoir revenir à une page précédente (par exemple, la page d'accueil). Il devrait aussi avoir la possibilité d'imprimer et de sauvegarder ces conditions avant de les accepter. Des boutons actifs doivent être prévus à cet effet¹⁸. La réception de la commande doit faire l'objet d'un accusé de réception et la date et l'heure du consentement du bénéficiaire doivent être enregistrées et conservées pour pouvoir servir de preuve.

¹⁵ Voir la directive de l'UE sur le commerce électronique (00/31/CE) qui exige que les États Membres veillent à ce que leurs systèmes juridiques autorisent la conclusion des contrats par des moyens électroniques (sous réserve de dérogations possibles mais limitées, décrétées par l'État Membre).

¹⁶ Hotmail c. Money Pie, Inc (47 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1020 (N.D. Cal 1998); Hughes c. AOL Inc, USDC, district du Massachusetts, référé, action civile n° 2001.

¹⁷ <http://www.lawcom.gov.uk/files/e-commerce.pdf> Pages 18-19.

¹⁸ Exigé par la loi américaine sur la signature électronique (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 2000).

CHAPITRE 10: CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

48. Ce document d'information sur les moyens d'expression de l'acceptation des modalités et conditions des ATM, axé sur le caractère exécutoire des accords « sous plastique », est soumis au Groupe de contact pour information. En résumé, les conclusions suivantes peuvent être tirées:

1. La méthode normale d'expression du consentement aux contrats formels est la signature. De tels contrats auront force exécutoire dans pratiquement toutes les juridictions.
2. On observe une généralisation de l'utilisation des formes contractuelles « sous plastique » et d'achat « au clic », due à la pression du secteur économique et à leur facilité d'emploi.
3. La législation relative au caractère exécutoire des accords « sous plastique » et des conventions d'achat « au clic » en est encore au stade embryonnaire. La reconnaissance du caractère exécutoire de ces contrats pourrait encore poser des problèmes dans de nombreuses juridictions.
4. Les décisions judiciaires concernant la force exécutoire des accords « sous plastique » reposeront bien souvent sur des faits relevant du cas d'espèce: le bénéficiaire a-t-il effectivement pris connaissance des conditions de l'accord et les a-t-il effectivement acceptées? Peut-on considérer que de toute façon, il a agi en connaissance de cause?
5. Les moyens ne manquent pas de faire reconnaître plus largement la force exécutoire de ces contrats, par exemple en accordant une large publicité aux conditions d'un Accord type de transfert de matériel (ATM).
6. Le fait qu'un Accord type de transfert de matériel ait été élaboré par l'Organe directeur d'un Traité dans l'intérêt public augmentera certainement ses chances d'être considéré comme exécutoire.
7. Les conventions d'achat « au clic », dans la mesure où leur force exécutoire est déjà largement reconnue, pourraient être utilisées chaque fois que possible, dans les Accords type de transfert de matériel.
8. Le bénéficiaire pourrait aussi avoir le choix entre un accord « sous plastique », une convention d'achat « au clic » ou la signature écrite, selon la formule reconnue dans la juridiction concernée. Il faudrait pour cela établir la liste des juridictions dans lesquelles ces différentes formes contractuelles sont exécutoires, tâche qui pourrait s'avérer difficile compte tenu de l'état embryonnaire du droit dans ce domaine.