

Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques*

Nicolas W. VERMEYS**, Karim BENYEKHFLEF***
et Vincent GAUTRAIS****

Résumé

Dans ce texte, les auteurs tentent d'abord d'élucider le cafouillis terminologique qui hante le domaine encore embryonnaire du commerce électronique. Pour le juriste, la prolifération de « buzzwords » et d'acronymes liés aux affaires électroniques peut être problématique dans la mesure où elle laisse planer une grande confusion quant à la réelle place qu'occupent ces différentes technologies. Une fois cette confusion quelque peu dissipée, les auteurs s'attardent à la qualification juridique des intermédiaires et outils informatiques auxquels auront potentiellement recours les parties à un contrat électronique. Cette

Abstract

In this paper, the authors attempt to elucidate the terminological hotchpotch that plagues the still nascent World of e-commerce. For jurists, the proliferation of buzzwords and acronyms connected to e-business can be problematic in a sense that it makes it difficult to establish the proper place of such technologies in the contractual relationship that arises between the participants to a web or other IT based transaction. Having somewhat dissipated this cloud of confusion, the authors address the judicial labelling of the computer intermediaries and tools which could potentially be used by the parties to a computer contract.

* Cette étude a été rendue possible grâce au financement du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH), programme INÉ (initiative pour la nouvelle économie).

** L.L.M., Université de Montréal. Avocat chez Legault Joly Thiffault s.e.n.c.

*** Professeur au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

**** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Directeur de la Maîtrise en commerce électronique.

étape propose aussi d'évaluer les apports de ces différents outils lors de relations contractuelles et, de la sorte, permet de spéculer quant à la responsabilité de l'inexécution d'obligations de part et d'autre. Est finalement abordée la question du rapport existant entre les parties à un contrat électronique, les places de marché virtuelles ou cybermarchés, ainsi que les gestionnaires de ces sites, toute une série de facteurs forçant la réévaluation et la redéfinition des notions d'intermédiaire et de mandataire.

This step will make it possible to evaluate the contribution of each one of these tools to the contractual relationship and, therefore, will allow us to speculate on liability issues stemming from the nonfulfilment of contractual obligations due to the malfunction of said computer tools. Will finally be addressed the issue of the relationship existing between the parties to an electronic contract, the e-marketplace used for this transaction, as well as the owner of such marketplace, a series of reports which necessitate the reassessment of the legal doctrine of agency in light of new developments in the field of e-business.

Plan de l'article

Introduction	645
I. Vocabulaire des affaires électroniques : à la recherche d'une constante	646
A. Les technologies associées aux affaires électroniques	654
1. Les réseaux privés	654
2. Le réseau Internet : l'approvisionnement en ligne.....	658
B. Les modèles d'affaires électroniques	659
1. Les modèles privés	661
a. Le sourçage stratégique ou sourçage en ligne.....	661
b. L'approvisionnement en ligne (logiciels <i>e-procurement, Buy-side solutions, Desk Purchasing Systems</i> ou plates-formes d'achat) ...	663
c. La distribution en ligne (<i>sell-side solution</i> ou <i>e-distribution</i>)	666
2. Les modèles publics : les cybermarchés (places de marché électroniques, place d'affaires électroniques (PAE), place de marché en ligne, place de marché Internet, place de marché virtuelle (PDMV))	667
a. Les places d'échange de marchandise (<i>barter</i>).....	668
b. Les places d'échange en offre et demande (<i>Exchanges</i>)	669
c. Les sites de ventes aux enchères	669
d. Les catalogues (<i>aggregators</i>)	670
e. Les systèmes d'échange négocié (<i>post and browse markets</i>)	670

Conclusion de la partie I	671
II. La responsabilité des acteurs dans le cadre des relations d'affaires électroniques	673
A. Les rôles et responsabilités des parties au contrat électronique.....	681
1. Le rôle et la responsabilité des parties au contrat électronique « désintermédié »	681
2. Le rôle et la responsabilité des parties au contrat électronique conclu par un agent électronique	682
B. Le rôle des intermédiaires : mandataires, cocontractants ou tiers à la transaction?	687
1. Le rôle et la responsabilité des intermédiaires techniques lors de transactions électroniques	689
2. Le rôle et la responsabilité des gestionnaires de places de marchés lors de transactions électroniques	691
a. La place de marché en tant qu'intermédiaire favorisant la transaction	691
i. <i>Le gestionnaire de place de marché : intermédiaire entre les parties?</i>	693
ii. <i>Le gestionnaire de place de marché est-il, même accessoirement, un mandataire?</i>	694
iii. <i>La place de marché, en tant qu'outil transactionnel, pourrait-elle être considérée la mandatrice du vendeur?</i>	701
b. La place de marché en tant qu'intermédiaire de paiement	701
c. La place de marché en tant que tiers certificateur.....	706
Conclusion	708

De plus en plus d'entreprises conçoivent présentement l'utilisation du réseau Internet dans une optique d'affaires interentreprises, c'est-à-dire pour communiquer avec leurs partenaires, accéder à leurs systèmes informatiques centraux et effectuer des transactions commerciales¹, le tout dans le but de simplifier les processus commerciaux et ainsi d'accroître la productivité². En effet, comme l'expliquent Nieuwbourg et d'Hondt, « [l]a simplicité apportée par Internet en matière de télécommunication et la baisse du coût de celles-ci [sic] a permis de développer ces connexions directes »³.

Malheureusement, la « simplicité » apportée par le réseau n'a pu se transposer dans le vocabulaire employé pour en définir les attributs. Affaires électroniques, e-commerce, approvisionnement en ligne, services Web, cybermarchés, toutes ces étiquettes sont tour à tour employées pour représenter les divers modèles d'affaires disponibles pour faciliter le commerce électronique entre entreprises⁴.

Pour le juriste ou pour l'homme ou la femme d'affaires dont le XML (*Extensible markup language* ou langage de balisage extensible) n'est pas la langue maternelle, bref pour celui ou celle pour qui une maîtrise générale et superficielle des concepts informatiques s'avère essentielle mais suffisante, il devient difficile de se retrouver dans cet amas d'acronymes et de néologismes pour lesquels même les informaticiens trouvent difficilement une définition généralement acceptable.

Le présent article vise donc, dans un premier temps, à clarifier la situation du vocabulaire associé au commerce électronique entre entreprises en tentant d'effectuer le tri des concepts et d'en vulgariser la représentation.

Dans un second temps, un tel ménage sémantique nous permettra d'établir les bases de la qualification juridique des relations créées par l'informatisation des échanges. En effet, la transposition

¹ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, 2002, disponible à l'adresse : [<http://www.granddictionnaire.com/>] (site visité le 15 juillet 2002).

² *Id.*

³ Philippe NIEUWBOURG et Hubert d'HONDT, *Places de Marché sur Internet : Nouvelles règles pour le commerce du XXI^e siècle*, France, BNTP, 2000, p. 74.

⁴ Notons, par ailleurs, que cette courte liste est loin d'être exhaustive!

de relations tant communicationnelles que transactionnelles en ligne nécessite inévitablement le recours à une série d'intermédiaires techniques, intermédiaires pour lesquels le régime de responsabilité demeure, dans plusieurs cas, quelque peu nébuleux.

Il importe par ailleurs de noter que le présent article, bien qu'il soulève des problématiques internationales, se veut local de par son analyse limitée aux lois québécoises. Il suppose ainsi que tous les acteurs sont localisés au Québec ce qui, nous le concédons, apparaît peu probable dans le contexte d'Internet.

I. Vocabulaire des affaires électroniques : à la recherche d'une constante

Comme le disait Louis Aragon, « c'est un grand moment de la vie d'un peuple que celui où tout le monde, ou presque tout le monde, s'applique à employer les mots dans leur sens véritable »⁵. Mais encore faut-il s'entendre sur ce que devrait être « le sens véritable » des vocables associés aux affaires électroniques puisque, « comme c'est le cas pour toute technologie à ses débuts et tout secteur d'activité relativement nouveau, la terminologie [relative aux affaires électroniques entre entreprises] est souvent mal définie et n'est pas d'utilisation universelle »⁶.

C'est ce que nous permet de constater l'amas d'anglicismes, de néologismes et d'acronymes émergeant de l'esprit des concepteurs de ces technologies et dont les interprétations disparates témoignent d'un manque considérable de recul, voire d'immaturité, quant à notre compréhension de ces outils informatiques.

L'identification même du concept de relations inter-entreprises sur le Web fait l'objet de dissensions. En effet, plusieurs individus

⁵ Louis ARAGON, *Servitude et Grandeur des Français*, Buenos Ayres, Viau-Feugère, 1946.

⁶ CENTRE D'ENTREPRENEURIAT, *Les affaires électroniques – Guide de l'entrepreneur*, Ottawa, 2001, p. 10. C'est aussi ce qui est mis de l'avant par Richard St-Pierre, Directeur du commerce électronique chez CGI : « [C]omme dans le cas de n'importe quel nouveau concept, les perceptions de la signification de la terminologie sont aussi diversifiées que les gens concernés, d'où la confusion ou la mauvaise utilisation que cela entraîne souvent » : STATISTIQUES CANADA (Richard ST-PIERRE), *Une vérification de la réalité pour définir le commerce électronique*, 1999, p. 12/44, disponible à l'adresse : [<http://www.statcan.ca/francais/research/88F0006XIF/88F0006XIB1999006.pdf>].

ont adopté, erronément semble-t-il, l'expression « commerce électronique entre entreprises » ou C3E pour définir cette nouvelle fonctionnalité du réseau. Cependant, comme le soulignent certains auteurs⁷, l'expression « affaires électroniques » s'avère plus juste :

*Les affaires électroniques précèdent et prolongent les échanges purement transactionnels liés au commerce électronique. Leur domaine d'application est plus large que le commerce électronique. Il concerne aussi bien l'organisation du travail dans l'entreprise que sa façon de communiquer et d'échanger des données avec ses clients, ses sous-traitants, ses fournisseurs et ses partenaires.*⁸

Sans réellement nous éclairer sur la portée exacte à donner aux termes « affaires électroniques » et « commerce électronique », cette définition a tout au moins pour mérite de souligner le fait que la distinction entre ceux-ci est souvent difficile à faire et semble plutôt artificielle, la rendant d'ailleurs négligeable pour la majorité des grands joueurs de l'industrie qui les considèrent comme étant interchangeables⁹. Elle présente cependant le défaut de définir les affaires électroniques à partir d'un concept tout aussi flou, celui de « commerce électronique »¹⁰, expression qu'il nous faudra maintenant définir.

⁷ Tim RICHARDSON, «What is the difference between eCommerce and eBusiness?», dans *What is eBusiness?*, 2002, disponible sur le site *Richardson.net*: [<http://www.tim-richardson.net/professionnal/aboutebus.html>] (dernière modification : 30 avril 2002).

⁸ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

⁹ Voir : T. RICHARDSON, *loc. cit.*, note 7. Voir également : CENTRE D'ENTREPRENEURIAT, *op. cit.*, note 6, p. 10; voir aussi : Roger CLARKE, «Electronic Commerce Definitions», (1999), disponible à l'adresse : [<http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/EC/ECDefns.html#CatMspace>] : «*Note, however, that "EC" is often used in a much broader sense, to mean essentially the same as "electronic business"*». L'auteur donne, par ailleurs, des exemples d'activités qui peuvent être qualifiées d'affaires électroniques, mais qui ne constituent pas du commerce électronique : «*Examples of EB that are not EC include registration and licensing processes, student enrolment, and court administration*».

¹⁰ «*Defining electronic commerce is problematic; its versatility and intuitiveness ensure that often it is not defined, or that it is defined in an all-encompassing fashion where it is taken to refer to any transaction conducted over a network*» : Howard WILLIAMS, Jason WHALLEY et Feng LI, «Interoperability and Electronic Commerce: A New Policy Framework for Evaluating Strategic Options», (2000) 5 *J.C.M.C.*, disponible sur le site : [<http://www.ascusc.org/jcmc/vol5/issue3/williams.htm#ab>].

Bien que les définitions de l'expression « commerce électronique » pullulent¹¹, il semble difficile pour les prétendus experts du milieu de s'entendre sur les limites du concept¹², ce qui se répercute dans les divergences faramineuses entre les statistiques d'organismes distincts¹³. Comment concilier les projections de retombées économiques associées au commerce électronique de groupes tels *Forrester Research* et *International Data Corporation* alors qu'elles diffèrent de plus de deux milliards de dollars américains pour la même année¹⁴, si ce n'est que parce que ces projections n'utilisent pas les mêmes balises¹⁵?

C'est d'ailleurs ce que soulignent certains observateurs du milieu : « *The definitions differ with respect to the media under consideration. Some focus on the Internet, some include all sorts of direct electronic distribution channels (e.g., TV-shopping), and others include all forms of electronic market places (e.g., electronic trading systems on stock exchanges)* »¹⁶. Malheureusement, puisqu'il en coûte des mil-

¹¹ Stephan W. SCHMITZ, dans son article « The Effects of Electronic Commerce on the Structure of Intermediation », (2000) 5 *J.C.M.C.*, disponible à l'adresse : [http://www.ascusc.org/jcmc/vol5/issue3/schmitz.html] reproduit une kyrielle de définitions, toutes issues de sources fiables (OCDE, WTO, etc.), dont le sens diffère. Voir également : H. WILLIAMS, J. WHALLEY et F. LI, *loc. cit.*, note 10, qui font un exercice similaire.

¹² C'est ce qui ressort de l'étude de STATISTIQUES CANADA, *op. cit.*, note 6 : « Depuis ses débuts, la définition du commerce électronique a été la source de bien des débats. De définitions très larges qui englobent tout à des définitions très précises, les définitions du commerce électronique ont une portée qui varie beaucoup suivant la source ».

¹³ Comme on peut le constater dans la comparaison faite par INDUSTRIE CANADA, « Statistiques », 2001, disponible à l'adresse : [http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ss00010f.html]. Ceci semble néanmoins s'expliquer par des définitions distinctes entre les divers organismes. Voir : [http://strategis.ic.gc.ca/pics/ssf/stats-fr.pdf] pour une liste non exhaustive de ces définitions.

¹⁴ Les projections pour 2003 sont respectivement de 1,6 et 3,979 milliards de dollars américains pour les deux groupes. Voir : Jean-Sébastien MARSAN, « Statistiques sur le commerce électronique : crois ou meurs », (2001), *Multimédium*, disponible à l'adresse : [http://www2.canoe.com/techno/nouvelles/archives/2000/08/20000802-171337.html].

¹⁵ Voir : Joel STECKEL, « Stormy Weather? The Art and Science of Forecasting Online Shopping », (2000) *Stern Business*, disponible à l'adresse : [http://www.stern.nyu.edu/Sternbusiness/fall_winter_2000/shopping.html].

¹⁶ S.W. SCHMITZ, *loc. cit.*, note 11. Voir également : H. WILLIAMS, J. WHALLEY et F. LI, *loc. cit.*, note 10 : « *Such definitions are broad, embodying in a single phrase a disparate range of activities which includes email as well as database access,*

liers de dollars pour mettre la main sur la majorité de ces études, leur méthodologie demeure secrète¹⁷. Il devient ainsi nécessaire, pour les entreprises ne pouvant déboursier de tels montants, de se référer à des informations imparfaites qui prétendent que 87 % des entreprises ont adopté une forme de commerce électronique en 2002¹⁸, laissant croire à une croissance marquée de l'importance du réseau Internet pour les entrepreneurs. Or, s'il va de soi que le commerce électronique ne saurait se limiter à l'utilisation du réseau Internet¹⁹, l'inclusion de médiums tels les boutiques de téléachats semble destinée à brouiller les données pour ainsi faire valoir que l'informatisation du processus de vente connaît une expansion fulgurante²⁰.

trading support mechanisms for the online sale of goods and services, electronic data interchange and payment systems. Consequently, it is possible to point to the large value of transactions conducted electronically».

¹⁷ Voir : J.-S. MARSAN, *loc. cit.*, note 14. Voir également : J. STECKEL, *loc. cit.*, note 15.

¹⁸ Il s'agirait des statistiques pour les entreprises britanniques selon le site *Intekom*, ([<http://lion.intekom.com/moketni0744/news.html>]). Pourtant, selon le *Actinic Ecommerce Report 2003*, disponible à l'adresse : [<http://www.actinic.co.uk/docs/Ecreport03.pdf>], seulement 26% des PME britanniques ont eu recours au commerce électronique durant cette même année. Une telle disparité entre les chiffres ne fait que donner plus de poids à la position historique de Benjamin Disraeli : « *There are three kinds of lies : lies, damn lies, and statistics* ».

¹⁹ Voir : Henry C. LUCAS Jr, *Strategies for Electronic Commerce and the Internet*, Cambridge, The MIT Press, 2002, p. 35.

²⁰ C'est d'ailleurs ce qui ressort d'une étude effectuée par Statistiques Canada en 1999. Selon cette étude, « [l]es descriptions du commerce électronique varient énormément suivant leur origine. Souvent positionnées à des fins de marketing, les définitions du commerce électronique se sont surtout avérées bien utiles à des impératifs commerciaux précis plutôt qu'à des fins de mesure pratiques. [...] L'enjeu, c'est la croissance économique. Les principaux acteurs dans l'industrie apportent donc actuellement leur propre définition, orientée par des impératifs de marketing. De telles stratégies sont conçues pour tirer profit de la numérisation de l'économie » : STATISTIQUES CANADA, *op. cit.*, note 6, p. 8/44 et 12/44; voir également : J.-S. MARSAN, *loc. cit.*, note 14. On peut aussi penser à la vague de procédures judiciaires qui ont été initiées suite à la récession de mars 2000. En effet, plusieurs personnes se plaignaient du fait que certains analystes faisant état des potentialités énormes du domaine étaient en situation de conflits d'intérêts dans la mesure où ils vendaient en plus des actions de ce domaine. *A contrario*, voir : Jacques NANTEL, « La Net-économie et ses mythes », dans Hervé FISHER (dir.), *Les défis du cybermonde*, Québec, P.U.L., 2003, p. 55, aux pages 56 et 57, faisant état des études de Forrester Research (1999) et de eMarketer (2001) qui étaient en deçà de ce qui s'est réellement passé.

La question demeure donc : qu'est-ce que le commerce électronique? Celui qui se procure un bien via le réseau Internet fait-il du commerce électronique? Sans aucun doute. Mais qu'en est-il de celui qui transige par échange de données informatisées (EDI)²¹? De celui qui consulte son compte bancaire en ligne²²? De celui qui utilise une carte de crédit²³? De celui qui a recours aux services d'un tiers pour la création d'une page Web²⁴?

Il devient alors essentiel de bien baliser l'expression « commerce électronique », afin de limiter autant que possible l'apparition de « cas limites discutables »²⁵.

Afin de mieux comprendre le sens à donner à l'expression « commerce électronique », Richard St-Pierre propose l'analyse suivante :

Le fondement de la définition du commerce électronique découle de deux mots : électronique et commerce. Le terme électronique suppose que l'activité est réalisée grâce à l'utilisation de bits plutôt que d'atomes. Commerce, par ailleurs, peut s'appliquer tant dans le domaine des bits

²¹ Selon H.C. LUCAS Jr (*op. cit.*, note 19, p. 35), cela va sans dire. Voir également : R. CLARKE, *loc. cit.*, note 9.

²² Brigitte Poussart inclut les « transactions financières telles que des remises gouvernementales, le paiement de cartes de crédit ou la consultation de soldes bancaires » dans les statistiques de son étude : Brigitte POUSSART, *L'adoption du commerce électronique par les entreprises québécoises en 2001*, coll. « L'économie du savoir », Québec, Institut de la Statistique du Québec, Direction des statistiques économiques et sociales, 2002, p. 33, disponible à l'adresse [http://www.stat.gouv.qc.ca/PUBLICATIONS/savoir/pdf/isq_tic2001.pdf]

²³ « *The broadest definitions [of electronic commerce] include electronic funds transfer and credit card transactions* » : H. WILLIAMS, J. WHALLEY et F. LI, *loc. cit.*, note 10.

²⁴ Selon S.W. SCHMITZ, *loc. cit.*, note 11, les coûts associés à la mise en place de sites Web sont entrés dans les calculs d'une étude produite par l'OCDE en 1999.

²⁵ Comme le souligne H.L.A. Hart : « Ce n'est pas le propre de termes complexes comme "droit" et "système juridique" de nous forcer à reconnaître l'existence à la fois de cas types clairs et de cas limites discutables. C'est maintenant un fait bien connu que cette distinction peut être faite à propos de presque tous les termes généraux que nous utilisons pour désigner les traits caractéristiques de la vie humaine et du monde dans lequel nous vivons. Parfois, la différence entre le cas type ou l'exemple clair de l'emploi d'une expression et le cas problématique n'est qu'une question de degré » : H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 16 et 17.

que dans celui des atomes et suppose traditionnellement une activité commerciale d'un type quelconque.²⁶

Cette réflexion a par ailleurs débouché sur la définition suivante du commerce électronique: «Transactions utilisant des canaux informatisés incluant le transfert de propriété ou le droit d'utilisation d'actifs tangibles ou intangibles»²⁷. Malgré l'intérêt de cet énoncé, les termes «canaux informatisés» nous semblent trop vagues puisqu'ils pourraient inclure le téléphone ou le télécopieur²⁸, mais excluent certaines technologies en devenir. Nous considérons donc qu'en substituant l'expression «technologies de l'information»²⁹ à celle de «canaux informatisés», cette définition viendrait mieux refléter la réalité actuelle et laisserait place à une certaine évolution dans les canaux employés.

Ainsi, par souci de clarté, nous emploierons les termes «affaires électroniques» pour désigner toute relation inter-entreprises facilitée par l'intégration de technologies de l'information³⁰, alors que l'expression «commerce électronique» sera réservée au processus

²⁶ STATISTIQUES CANADA, *op. cit.*, note 6, p. 17/44.

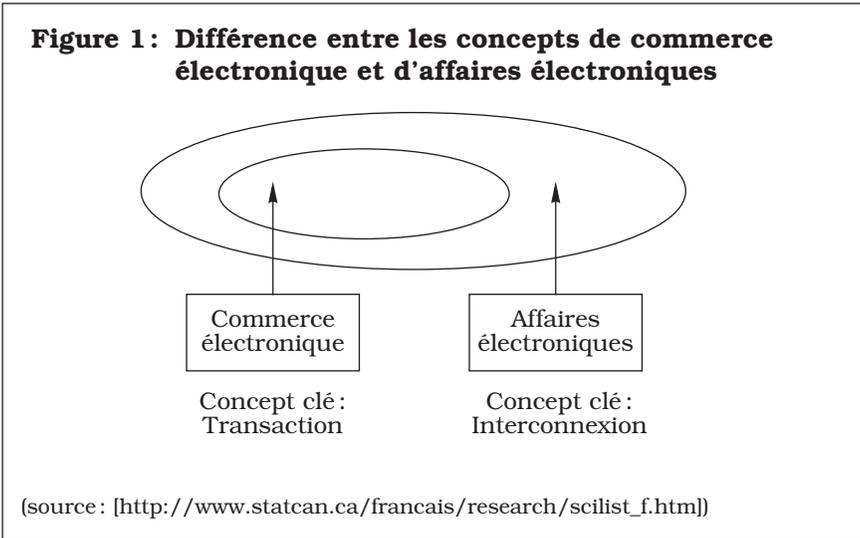
²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*, p. 30/44. Notons cependant que l'auteur précise qu'il ne considère pas le télécopieur comme étant un outil de commerce électronique.

²⁹ C'est d'ailleurs l'expression employée dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.R.Q., c. C-1.1) qui vient préciser, au paragraphe 2 de l'article 1, que cette expression englobe toutes les nouvelles technologies, «qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres».

³⁰ R. CLARKE (*loc. cit.*, note 9) offre une définition similaire: «*the conduct of business with the assistance of telecommunications and telecommunications-based tools*». Cette définition se veut plus large que celle proposée par STATISTIQUES CANADA (*op. cit.*, note 6, p. 8/44), qui limite les affaires électroniques aux «activités utilisant des canaux informatisés», puisqu'elle tient compte d'autres technologies pouvant servir au commerce électronique telles celles définies par l'article premier de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (précitée, note 29). Ceci étant dit, Internet et ses dérivés peuvent être utilisés pour faire de la «recherche d'informations sur les prix et les caractéristiques des fournitures à acheter», un «suivi de la concurrence (au niveau des prix, des nouveaux produits et services, etc.)», des transactions financières (remises gouvernementales, paiement de cartes de crédit, consultation de soldes bancaires, etc.), du «marketing ciblé (listes de distribution, courriels personnalisés, publicités, Web, etc.)», ou du «réseautage avec l'industrie par l'entremise d'une place d'affaires électroniques». Ce sont les activités qui ont été identifiées dans une étude conduite par l'Institut de la statistique du Québec: B. POUSSART, *op. cit.*, note 22, p. 33.

de la transaction effectuée grâce à ces mêmes technologies³¹, c'est-à-dire toute «[t]ransaction effectuée [...] par l'intermédiaire d'un réseau informatique, tel Internet»³².



Nous examinerons ainsi les technologies propres aux affaires électroniques (A), soit les réseaux privés (1) et Internet (2), pour ensuite faire état des différents modèles d'« affaires électroniques » élaborés afin de permettre la mise à profit de ces technologies (B), à savoir les modèles privés (1) – sourcing stratégique, approvisionnement en ligne, distribution en ligne – et les modèles publics (2), soit les cybermarchés.

Il est à noter que la disposition et l'intitulé des différentes sections du présent article reflètent un désir de classer les nombreuses possibilités offertes par les affaires électroniques entre entreprises afin de permettre au lecteur d'en saisir les principes. Néanmoins, nous réitérons la problématique liée aux néologismes et au manque de concertation en la matière, puisque le nombre de grilles de classification des affaires électroniques est quasi identique au nombre d'auteurs ayant tenté d'établir une quelconque distinction entre les différents modèles d'affaires présents en ligne. Ce phénomène est

³¹ CENTRE D'ENTREPRENEURIAT, *op. cit.*, note 6, p. 11.

³² OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *loc. cit.*, note 1.

accentué par l'apparition périodique de nouveaux « *buzzwords* » souvent destinés à renouveler l'engouement pour certaines technologies sans pour autant être associés à de nouvelles méthodes d'affaires. Ainsi, comme le soulignent les avocats de la firme Baker & McKenzie :

*Various names such as B2B exchanges, B2B websites, b-webs, Internet trading houses, and virtual marketplaces [...] refer to the same concept – “a distinct system of suppliers, distributors, commerce service providers, infrastructure providers and customers that use the Internet for communications and transactions”.*³³

De plus, toute scission relative aux catégories d'affaires électroniques entre entreprises s'avère artificielle puisque l'objectif même de ces technologies demeure l'intégration des différentes méthodes en un amalgame complet permettant une gestion des achats plus efficace³⁴. Ainsi, il serait préférable, comme le suggère l'entreprise CISCO Systems³⁵, d'envisager les différents modèles d'affaires électroniques comme une évolution constante dans la complexité des processus rendant toute tentative de balisage purement cosmétique. De plus, comme nous le verrons plus loin, ces distinctions seront de peu d'importance dans le cadre de poursuites judiciaires puisque les relations juridiques entre les différents participants demeurent similaires quel que soit le modèle employé.

³³ David A. CLANTON, Sergio A. LEISECA, David J. LAING et Heiko E. BUROW, « Comments Submitted to Federal Trade Commission Workshop on Competition Policy for B2B Electronic Marketplaces », (2000), p. 3, disponible à l'adresse : [http://www.bmck.com/ecommerce/ftc-comments.doc]. À l'inverse, « [c]ertains utilisent de façon interchangeable Internet, l'échange de données informatisées (EDI), les affaires électroniques, l'économie électronique, le Web, le commerce électronique et les services électroniques » (STATISTIQUES CANADA, *op. cit.*, note 6, p. 13/44), raison de plus de bien définir chaque technologie associée au commerce électronique. R. CLARKE (*loc. cit.*, note 9) fait une constatation similaire : « *Electronic commerce is usefully defined as: the conduct of commerce in goods and services, with the assistance of telecommunications and telecommunications-based tools [...]. Some people use the term “electronic trading” to mean much the same thing. Others use “electronic procurement”, “electronic purchasing” or “electronic marketing”.* ».

³⁴ L'entreprise Biomni utilise l'expression « réseau découplé » (*decoupled network*) pour représenter cette tendance vers l'amalgamation : BIOMNI, *e-Procurement Models: What are the options*, disponible à l'adresse : [http://www.biomni.com/Filestore/PDFs/e-Procurement_Models_White_Paper1.pdf].

³⁵ [http://www.cisco.com/global/CH/en/solutions/smb/partner/eproc/ep_whatishome.shtml].

A. Les technologies associées aux affaires électroniques

Selon certaines sources, la notion d'affaires électroniques représente un « mode de fonctionnement qui consiste à transformer les principaux processus commerciaux d'une entreprise, en y intégrant les technologies Internet »³⁶. Cependant, comme le souligne justement Henry C. Lucas Jr :

*There is some controversy about the definition of electronic commerce. Most articles assume that commerce is electronic only if it involves the Internet. For years, there have been millions of electronic purchases among companies using Electronic Data Interchange.*³⁷

C'est donc dire que la notion d'affaire électronique ne devrait pas être limitée aux technologies utilisant le réseau Internet (2), mais doit nécessairement englober les transactions électroniques effectuées par le biais de réseaux privés (1).

1. Les réseaux privés

Par l'expression « réseau privé », nous désignons tout « [r]éseau de lignes de communication destiné à une entreprise ou à un groupe d'entreprises, ou loué à des abonnés »³⁸, ce qui inclut tant les intranets³⁹ et les extranets⁴⁰ que les réseaux à valeur ajoutée (RVA) et les connexions point à point. Cependant, dans la mesure où les intranets et extranets sont employés dans une optique de connectivité au réseau Internet, leur analyse s'insère dans la catégorie des réseaux publics⁴¹. Toutefois, en ce qui concerne les RVA et les connexions point à point, la question est tout autre.

Le RVA (*value added network*) représente un « [r]éseau de communication qui achemine l'information en lui apportant une amélioration, par exemple en assurant la gestion et le suivi des

³⁶ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

³⁷ H.C. LUCAS Jr., *op. cit.*, note 19, p. 35.

³⁸ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

³⁹ « Réseau informatique privé qui utilise les protocoles de communication et les technologies du réseau Internet » : *id.*

⁴⁰ « Réseau informatique à caractère commercial, constitué des intranets de plusieurs entreprises qui communiquent entre elles, à travers le réseau Internet, au moyen d'un serveur Web sécurisé » : *id.*

⁴¹ Voir *infra* I.A.2.

envois »⁴². Ce type de réseau constitue un lien de communication à la fois fiable et sécurisé dont la gestion est normalement assurée par un tiers⁴³.

Les connexions point à point ou liaisons spécialisées, sont, quant à elles, constituées de lignes réservées, privées ou louées, offrant une liaison directe et permanente entre deux ordinateurs⁴⁴.

Tant l'une que l'autre de ces technologies sont communément associées à l'EDI. Cette association a, par ailleurs, fait place à une erreur récurrente dans la grande majorité de la littérature. En effet, bien que l'EDI représente, au sens large, l'« [é]change entre différentes organisations, de données structurées, directement émises et traitées par des ordinateurs, et dont l'efficacité repose sur l'utilisation de messages préétablis et de procédures normalisées »⁴⁵, une majorité d'auteurs lui ont accordé un sens beaucoup plus restreint au cours des trois dernières années. La doctrine d'aujourd'hui nous présente plutôt l'EDI comme simple précurseur des affaires électroniques⁴⁶, en la qualifiant d'« *Electronic communication of business transactions [...] between organizations [...] using established technical standards other than the World Wide Web* »⁴⁷. Pourtant, comme l'évoque Claude Charmot, un tel discours témoigne d'une grande confusion :

Actuellement un grand enthousiasme engendre chez certains le mélange de concepts comme le fait de dire que Internet va remplacer ou supprimer l'EDI. Il s'agit d'une confusion entre contenu et contenant. [...] Internet fait référence à la partie réseau (contenant) et ne doit pas être confondu avec l'aspect contenu qui est la préoccupation de l'EDI (échange d'un contenu sémantique à transmettre à un partenaire pour traitement). Ceci

⁴² OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

⁴³ Vallier LAPIERRE, *Pour un commerce électronique entre entreprises gagnantes*, Saint-Hyacinthe, Isabelle Quentin, 2001, p. 89.

⁴⁴ Claude CHARMOT, *L'échange de données informatisé (EDI)*, coll. « Que Sais-Je? », Paris, PUF, 1997, p. 85.

⁴⁵ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *loc. cit.*, note 1.

⁴⁶ P. NIEUWBOURG et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 167.

⁴⁷ NC E-PROCUREMENT @ YOUR SERVICE, « Glossary », disponible à l'adresse : [http://www.ncgov.com/eprocurement/asp/section/glossary/gloss_EDI.asp]. Nous soulignons.

étant précisé, il est tout à fait possible d'utiliser la messagerie électronique sur Internet⁴⁸ pour procéder aux échanges EDI.⁴⁹

Ainsi, les technologies RVA et point à point permettent « le transfert direct de données précises d'ordinateur à ordinateur »⁵⁰. Ce sont ces données, une série de messages structurés répondant à un ensemble de règles syntaxiques prédéfinies⁵¹ et prenant la forme de normes⁵², qui constituent l'EDI.

L'extinction inévitable des réseaux point à point et RVA est annoncée depuis plusieurs années maintenant, puisque ceux-ci

⁴⁸ Cette dernière possibilité, maintenant connue sous le vocable « Web-EDI », permet « aux partenaires équipés seulement d'un micro-ordinateur et d'un modem ou d'une carte Numéris de mettre en oeuvre des échanges électroniques avec les plates-formes EDI des autres partenaires. Des formulaires électroniques de saisie accessibles à partir d'un simple navigateur Web permettent ainsi aux plus petits partenaires d'entrer leurs informations manuellement dans le Système d'Informations du leader de la communauté (administration ou entreprise) : PRICE WATERHOUSE COOPERS, « Le commerce électronique interentreprises – Son impact dans le secteur automobile – annexe 6 : Glossaire », disponible à l'adresse : [<http://www.telecom.gouv.fr/documents/autom/ann6.htm>]. Mentionnons toutefois que, comme l'explique Phil Woodworth, vice président du développement commercial chez QRS, il ne s'agit pas de la seule interprétation de la notion de web-EDI : « *These range from sending standardized EDI transactions using the Internet instead of a value-added network (VAN), to sending EDI documents accessed by the receiver using a PC and browser. Although the term "Web-based EDI" has been applied to both applications, most industry experts prefer the term Internet EDI or Internet Protocol EDI (IP EDI) for these cases, and define "Web-based EDI" as human-readable transactions accessed via a browser* » : Kit DAVIS, « Web-based EDI Begins To Take Hold », (2001), disponible à l'adresse : [http://www.consumergoods.com/issue/april_01_webbased_edi_take%20_hold.html].

⁴⁹ C. CHARMOT, *op. cit.*, note 44, p. 70 et 71. Nous soulignons.

⁵⁰ V. LAPIERRE, *op. cit.*, note 43, p. 87.

⁵¹ *Id.* Voir également : Karim BENYEKHLEF et Vincent GAUTRAIS, *Contrat-type d'échange de documents informatisés (EDI) par le biais des « réseaux ouverts »* (version 1998), disponible à l'adresse : [<http://www.lexum.umontreal.ca/fr/texte/contrat98.html>].

⁵² À savoir la norme ANSI X12 (surtout répandue en Amérique du nord) ou la norme EDIFACT/ONU (surtout répandue en Europe).

seraient trop restrictifs⁵³ et trop dispendieux⁵⁴ lorsque comparés aux technologies propres à Internet. Il n'en demeure pas moins que la quasi totalité des commandes électroniques de marchandises entre entreprises effectuées en sol québécois le sont grâce à ces technologies⁵⁵. Ce refus de migrer vers Internet chez les entreprises québécoises peut s'expliquer par deux réalités distinctes. D'abord, la mise sur pied de tels réseaux s'est avérée très onéreuse pour les entreprises ayant adopté cette technologie⁵⁶. Celles-ci désirent donc rentabiliser leur investissement avant même de concevoir un quelconque changement. Ensuite, la sécurité des transactions demeure un critère décisif aux yeux d'une majorité d'entreprises. Le RVA, de par son aspect privé et direct, « n'en demeure pas moins le système le plus sécuritaire et le plus fiable, à plus forte raison lorsqu'il est entretenu par des professionnels consciencieux »⁵⁷. En effet, malgré la possibilité d'une utilisation privée d'Internet permettant aux entreprises de garder plus ou moins confidentielles les informations dont elles sont propriétaires⁵⁸, le Web EDI n'offre pas la même sécurité que les RVA, où l'accès restreint aux seuls parte-

⁵³ « A chain [...] burdens innovation by locking in a defined set of suppliers and locking out entrepreneurs with innovative products but no access to the locked-in sales channel », « Electronic Contracting ». Voir : INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *General Usage for International Digitally Ensured Commerce* (GUIDEC) – version II.

⁵⁴ Selon Frédéric Vezon de la Caisse de dépôt et de placement du Québec, avec qui nous avons eu un entretien téléphonique le 27 juin 2002, le coût de l'automatisation demeure trop élevé pour la majorité des PME. Ces dernières vont donc fonctionner avec un système de bons de commande qu'ils informatiseront manuellement par la suite pour les envoyer par EDI.

⁵⁵ Telle est l'observation de Frédéric Vezon (*id.*). Une situation similaire existe aux États-Unis où « [a]lthough the Internet is now considered to embody the future of electronic commerce, most business-to-business applications are still mounted on non-Internet platforms. Electronic Data Interchange remains the most common business-to-business platform » : Richard HAWKINS et Pascal VERHOEST, « Transaction Structure Approach to Assessing the Dynamics and Impacts of 'Business-to-Business' Electronic Commerce », (2002) 7 *JCMC*, disponible à l'adresse : [<http://www.ascusc.org/jcmc/vol7/issue3/hawkins.html#Abstract>].

⁵⁶ V. LAPIERRE, *op. cit.*, note 43, p. 91.

⁵⁷ *Id.*, p. 90.

⁵⁸ P. NIEUWBOURG et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 74. Les auteurs font ici référence, par exemple, au réseau privé virtuel (RPV ou VPN pour *virtual private network* en anglais).

naires assure la protection de tout le flux d'information qui y circule⁵⁹.

Pour ces raisons, l'EDI « conventionnel » demeurera utilisé par les grands donneurs d'ordre peu disposés à sacrifier les investissements importants qu'ils ont faits pour avoir accès à cette technologie. Ceux-ci pourront ainsi recourir aux RVA dans leurs communications avec les cybermarchés⁶⁰ qui, à leur tour, feront l'usage de techniques plus récentes et moins dispendieuses dans leurs communications avec les fournisseurs⁶¹.

2. Le réseau Internet : l'approvisionnement en ligne

L'approvisionnement électronique, ou *e-procurement* consiste en la vente et l'achat de produits et services via le réseau Internet⁶². Ainsi, le principe du *e-procurement* est de permettre aux utilisateurs enregistrés d'une entreprise de rechercher des acheteurs ou des vendeurs de biens et de services via différents outils électroniques (Extranet, Internet, etc.)⁶³, outils permettant plusieurs types d'applications comme la simple exécution électronique d'une activité du processus d'approvisionnement, ou encore la modification des approches de gestion des approvisionnements pour certaines catégories de produits⁶⁴. C'est donc dire que toute forme d'approvisionnement ayant recours au réseau Internet peut être considérée comme constituant du *e-procurement* au sens large⁶⁵.

Afin de permettre la mise en œuvre de tels outils, on a fait appel au langage XML. Le XML est un langage informatique permettant une meilleure interopérabilité entre systèmes, par le fait qu'il bénéficie d'une architecture plus ouverte que les normes ANSI X12 et

⁵⁹ V. LAPIERRE, *op. cit.*, note 43, p. 47.

⁶⁰ Voir *infra* I. B. 2.

⁶¹ V. LAPIERRE, *op. cit.*, note 43, p. 63.

⁶² Vince GALLONI, « What is eProcurement: eProcurement 101 », (2002) *Mellon Update* 3.

⁶³ PRICE WATERHOUSE COOPERS, *loc. cit.*, note 48.

⁶⁴ André TCHOKOGUÉ, Jean NOLLET et Loubna BOUTALEB, *Enjeux et défis stratégiques du E-procurement*, Montréal, École des hautes études commerciales, 2002, p. 3.

⁶⁵ Il est important de distinguer le *e-procurement* au sens large (outils de *e-procurement*) et au sens strict (logiciels de *e-procurement*). Ces derniers seront définis *infra*, à la section I.B.1.b.

EDIFACT/ONU normalement associées à l'EDI, ou même que le HTML (*hypertext markup language*) utilisé dans la confection de pages web. Cette fonctionnalité de l'XML pousse plusieurs à prétendre que ce langage risque de clouer le cercueil de l'EDI « conventionnel ». En effet,

*XML itself cannot replace EDI, but can be used as the underlying technology to do so. An XML-based replacement to EDI would benefit users by allowing easier implementations, providing a human-readable version of documents previously meant to be exchanged only by computers, and would allow the development of much more rich functional documents such as RFQ documents that are used in the early, high-value phases of purchasing and design.*⁶⁶

Ainsi, plusieurs conçoivent l'XML comme un langage standard permettant l'interopérabilité des systèmes. Cependant, comme l'expliquent Nieuwbourg et d'Hondt, « la véritable standardisation est rare [...] et les opérateurs de places de marché, tout comme les éditeurs de progiciels qu'ils utilisent, adaptent le standard XML pour en décliner des versions spécifiques, destinées soit à verrouiller leur marché, soit à lui apporter de nouvelles fonctionnalités »⁶⁷.

B. Les modèles d'affaires électroniques

Maintenant que nous avons fait le survol des technologies associées aux affaires électroniques, il devient opportun d'étudier les diverses méthodes employées lors de leur exploitation. Cependant, avant même d'aborder les différents modèles d'affaires électroniques, il importe d'établir une distinction entre les notions d'achats de production (*direct procurement, supply chain management*) et d'achats hors-production (achats de fonctionnement, *indirect procurement*) – terminologies que nous utiliserons – puisque le type de marchandise convoité risque bien souvent de guider le choix de modèle d'approvisionnement.

On entend par « achats de production » l'approvisionnement en marchandises directement reliées à un secteur d'activité (*direct*

⁶⁶ Sam KINNEY, « An Overview of B2B and Purchasing Technology », (2000), disponible à l'adresse : [http://mba.tuck.dartmouth.edu/anderson/kinney_white_paper.html].

⁶⁷ P. NIEUWBOURG et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 64.

materials)⁶⁸. Ainsi, l'achat de production « *involves the organisational planning and management of procurement and supply chain activities associated with acquiring the raw materials, parts, and assemblies necessary to manufacture finished products* »⁶⁹.

Pour ce qui est de la notion d'« achat de fonctionnement », elle représente l'approvisionnement en marchandises non directement reliées à notre secteur d'activité (*indirect materials*)⁷⁰. Ainsi, l'achat de fonctionnement « *involves the selection, purchase, and management of a wide range of non-production goods and services – from basic office supplies to complex business services, such as printing, advertising, and temporary labour* »⁷¹. Quoique cette distinction soit valide pour tous les modèles d'affaires électroniques, nous verrons qu'elle s'avère surtout utile lorsqu'il s'agit de logiciels d'*e-procurement*.

Afin de comprendre le rôle et les fonctionnalités des différents outils d'*e-procurement*, il devient opportun d'explorer ces différents modèles, à savoir les modèles privés (1) – sourcing stratégique, approvisionnement en ligne, distribution en ligne – et les modèles publics (2) – les cybermarchés –, distinction fondée sur le nombre de joueurs (acheteurs ou vendeurs) potentiels.

Comme le démontre la figure 2 ci-dessous, les modèles privés sont ceux où le nombre d'acheteurs ou de vendeurs est limité à un, alors que les modèles publics permettent l'interaction entre un

⁶⁸ *Direct materials describe the raw materials and components that companies convert into end products. If the buyer is an assembly-oriented manufacturer, direct materials consist of the parts and sub assemblies that are incorporated into their own end product through their assembly operations. If the buyer is in a process industry like chemicals, direct materials are the feedstock, fuel, and additives they convert into finished products.*
S. KINNEY, *loc. cit.*, note 66.

⁶⁹ ABERDEENGROUP, « Best Practices in e-Procurement », (2001), disponible à l'adresse : [<http://knownet.hhs.gov/ec/Docs/AberdeenoneProcurement.pdf>].

⁷⁰ *Indirect materials describe all the other purchases that are necessary to run the business, but that do not become part of the manufacturer's end products. Indirect materials include categories such as office furniture, computers, lubricants, and shop supplies. While manufacturers have a high proportion of spending for direct materials, other types of companies such as financial service firms buy predominantly materials that would be classified as "indirect."*
S. KINNEY, *loc. cit.*, note 66.

⁷¹ ABERDEENGROUP, *loc. cit.*, note 69.

nombre important d'intervenants peu importe leur rôle commercial.

Figure 2 : Types d'affaires électroniques selon le nombre de participants

Acheteur Vendeur	Un	Plusieurs
Un	Approvisionnement en ligne (extranet) ou EDI	Site de commerce électronique
Plusieurs	Approvisionnement en ligne (centrales d'achat ou consortiums)	Places de marché

Légende :

- modèles privés
- modèles publics

Il importe une fois de plus de souligner que la distinction effectuée entre modèles publics et privés découle d'un désir de simplification et de respect de la classification effectuée par la doctrine actuelle. Cependant, comme nous le verrons plus loin, cette distinction peut s'avérer quelque peu problématique lorsqu'une relation d'affaires sort des critères mis de l'avant dans ce tableau.

1. Les modèles privés

Comme nous venons de le souligner, la notion de « modèles privés » (*private models, closed-business models*) réfère à toute forme d'*e-procurement* où le nombre d'acheteurs ou de vendeurs est limitatif, c'est-à-dire des relations d'un à un (sourcing stratégique (a)), des relations où il n'y a qu'un seul ou quelques acheteurs (approvisionnement en ligne (b)) ou encore un seul ou quelques vendeurs (distribution en ligne (c)).

a. Le sourcing stratégique ou sourcing en ligne

« *Strategic sourcing is the willful selection of suppliers based on the strategic impact they will have on a company* »⁷², c'est-à-dire

⁷² COMMERCE ONE, « Strategic Sourcing », (2001) 1, disponible à l'adresse : [http://www.commerceone.com/download/collateral/cmrc_strat_sourc_wp.pdf].

selon une évaluation transversale des atouts de chaque partenaire potentiel et non en se basant strictement sur le prix de leur marchandise⁷³. En effet, toute entreprise doit tenir compte d'une série de facteurs – capacité de production, accessibilité, fiabilité, politique de service après-vente, etc. – lorsqu'elle choisit un fournisseur, la valeur des biens qu'elle désire se procurer n'étant souvent que secondaire. Ainsi, choisir une source offrant une bonne qualité et un prix compétitif s'avère inutile si cette entreprise ne peut produire un nombre suffisant d'exemplaires ou si elle ne peut livrer la marchandise à temps⁷⁴.

La transposition du processus de sourçage en ligne permet également de rationaliser l'identification de partenaires éventuels. En utilisant Internet, le processus s'avérerait plus rapide, plus efficace et plus complet, ce qui entraînerait des économies liées à l'affectation du personnel ainsi qu'à une baisse du temps et de l'argent consacrés à cette tâche⁷⁵.

Le sourçage, en soit, ne fait pas partie des modèles d'*e-procurement*. Il s'agit plutôt, comme l'explique A. Mello, d'une étape préalable permettant l'identification de partenaires clés : « *Sourcing shouldn't be confused with procurement, which is the process of regularly executing those contracts and making the specific orders for goods so the buyer has them in time for its manufacturing cycle* »⁷⁶. Nous avons cependant décidé, comme plusieurs auteurs⁷⁷, d'inclure cette étape dans notre discussion puisqu'elle fait usage des outils qui seront subséquemment présentés.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Adrian MELLO, « Straight from the Source », (2002), disponible à l'adresse : [<http://www.zdnet.com/filters/printerfriendly/0,6061,2851163-92,00.html>].

⁷⁵ *Traditional sourcing involves sending out requests for quotes, requests for proposals and requests for information to a number of potential suppliers, comparing and contrasting the results before finally negotiating and contracting with the best supplier. It usually is entirely paper based, making it time consuming. The system does nothing to foster relationships or partnerships.*

FIRST INDEX, « B2B Evolution: Six Ways to Make It Work », (2001) 6.

⁷⁶ A. MELLO, *loc. cit.*, note 74.

⁷⁷ Voir : BIOMNI, *loc. cit.*, note 34; ABERDEENGROUP, *loc. cit.*, note 69.

b. L'approvisionnement en ligne (logiciels e-procurement, Buy-side solutions, Desk Purchasing Systems⁷⁸ ou plates-formes d'achat⁷⁹)

L'approvisionnement en ligne est un mode d'approvisionnement « qui consiste à automatiser le traitement des commandes entre les clients et leurs fournisseurs, simplifiant ainsi la gestion des achats hors production effectués par les entreprises »⁸⁰. Ces dernières, disposant d'un fort pouvoir d'achat, peuvent imposer ce mode de distribution à leurs fournisseurs, beaucoup plus nombreux et plus petits, avec l'objectif de faire diminuer leurs coûts d'approvisionnement⁸¹.

L'approvisionnement en ligne est pratiqué seul ou en collaboration (consortiums ou centrales d'achat) par les grandes entreprises concurrentes d'un même secteur, et qui joignent leurs forces avec celles d'un offreur de solutions de plates-formes logicielles⁸² ou un fournisseur de services applicatifs⁸³. Ces plates-formes regroupent les catalogues de différents fournisseurs entreposés sur le réseau

⁷⁸ A. TCHOKOGUÉ, J. NOLLET et L. BOUTALEB, *op. cit.*, note 64, p. 3.

⁷⁹ Dang NGUYEN, *L'entreprise numérique*, Paris, Economica, 2001, p. 166.

⁸⁰ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1. Une telle définition nous pousse à soumettre que certains modèles d'approvisionnement en ligne utilisant le langage XML ne sont que des échanges de données informatisées (EDI) faisant appel à une nouvelle norme. En effet, la limite à établir entre EDI et approvisionnement en ligne semble floue lorsqu'elle ne repose que sur le langage de balisage employé, à savoir l'EDIFACT/ONU ou l'XML, surtout lorsque l'on considère les explications déjà fournies. (Voir, *supra*, I.A.).

⁸¹ D. NGUYEN, *op. cit.*, note 79, p. 166.

⁸² *Id.*, p. 170.

⁸³ Un fournisseur de services applicatifs (*Application Service Provider* ou ASP) est une « [s]ociété qui loue, notamment en ligne, des progiciels ou des logiciels d'application destinés aux entreprises, avec tous les services afférents » : OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1. Voir également : R.M. LANE et N.P. LANE, *The Essential E-Procurement Guide for Executives*, Norcross, CoreHarbor, 2000, p. 52 :

An application Service Provider (ASP) is a third party that hosts and manages applications from a centrally managed facility. Some ASPs bundle components, making applications available to multiple customers and thus increasing their own economies of scale. Customers generally pay a flat monthly "subscription" fee to "rent" access to an application. Customers access the remotely managed application via the Internet using a Web-browser anywhere, anytime. Various types of value-added services and levels of ongoing management and support are offered depending on the type of service provider.

informatique de l'acheteur, permettant ainsi aux employés de ce dernier d'utiliser une même interface pour tous leurs achats⁸⁴. Les logiciels utilisés permettent une gestion efficace des commandes en faisant circuler celles-ci vers les canaux nécessaires à leur approbation⁸⁵. Il n'est cependant pas nécessaire d'avoir recours à une place de marché lorsque vient le temps d'acheter. En effet, la commande peut être passée par courrier électronique (*e-mail*), par télécopieur ou encore via une connexion Internet avec le site Web du fournisseur⁸⁶.

La dernière tendance dans le contexte de l'approvisionnement en ligne est de traiter de « services web » (*web services*), un concept « enfermé dans un jargon technico-acronymique difficilement accessible »⁸⁷ et dont la définition demeure nébuleuse⁸⁸. Bien qu'il soit

⁸⁴ BIOMNI, *loc. cit.*, note 34, 9.

⁸⁵ R.M. LANE et N.P. LANE, *op. cit.*, note 83, p. 29. D'un aspect plus technique, *E-procurement systems are usually integrated with corporate enterprise systems and organizational intranets. They typically consist of two parts. One part resides on the top of the company's intranet behind its firewall, where employees can search and place order for desired supplies. The purchase orders, after they have been approved and consolidated, are sent out to a third party, usually a neutral electronic marketplace. This is where the second part of the e-procurement system resides. At the electronic marketplace, these orders are transformed into various formats according to different protocols so that they can be received and processed by different suppliers. The major benefits of adopting e-procurement systems are reduced operating costs and searching costs, which lead to high returns on investments.*

Voir : Qizhi DAI et Robert J. KAUFFMAN, « Business Models for Internet-Based e-Procurement Systems and B2B Electronic Markets: An Exploratory Assessment », (2000) 6, disponible à l'adresse : [http://www.hicss.hawaii.edu/HICSS_34/PDFs/INBTB02.pdf].

⁸⁶ R.M. LANE et N.P. LANE, *op. cit.*, note 83, p. 29.

⁸⁷ Michel LEBLANC, « Les Web services : Définitions, technologies, acteurs, impacts sur les entreprises et problèmes », (2002) 5, disponible à l'adresse : [www.michelleblanc.com/recherches_et_publications.htm].

⁸⁸ À cette fin, notons les observations de David Berlind, journaliste technologique pour Zdnet :

At last fall's Gartner Symposium, just before an icebreaker session on Web services, I asked several attendees – presumably C-level technology executives – if they could give me a definition of Web services. Their answers fell into one of three camps : Web hosting, Internet service provider, and application service provider. No one knew. Before the session's end, over half the attendees had left because they were expecting a discussion about something else. Judging by the e-mail I receive almost daily, most everyone is still confused about what Web services are.

impossible de trouver une description de cette technologie pouvant satisfaire tous et chacun, soulignons simplement que les services web regroupent des « portions de programmes informatiques qui sont disponibles et accessibles à tous via les infrastructures et les protocoles Web standard »⁸⁹.

Il importe de souligner que le principe à la base des services web n'est pas réellement innovateur, voire original⁹⁰, ne s'agissant que d'une technologie visant à permettre l'accès à des logiciels via le réseau Internet⁹¹, fonctionnalité déjà offerte par les fournisseurs de services applicatifs⁹².

Cependant, cette « nouvelle race de services distribués » que constituent les services web se distinguent des technologies précédentes par l'utilisation du langage XML et du protocole SOAP (Simple Object Access Protocol)⁹³, ces derniers rendant possible l'interconnectivité entre logiciels et bases de données, peu importe le langage de programmation⁹⁴. Comme l'explique Ethan Cerami, « *programs written in Java and running on Solaris can find and call code written in C# that run on Windows XP, or programs written in Perl that run on Linux, without any concern about the details of how that service is implemented* »⁹⁵. Bref, les services web constituent « une technologie permettant à des applications de dialoguer à distance via Internet, et ceci indépendamment des plates-formes et des langages sur lesquels elles reposent »⁹⁶.

David BERLIND, « What are Web services anyways », (2002), disponible à l'adresse : <http://techupdate.zdnet.com/techupdate/stories/main/0,14179,2846997,00.html>.

⁸⁹ M. LEBLANC, *loc. cit.*, note 87, 8.

⁹⁰ Patrick COONEY, « Web Services », (2002), disponible à l'adresse : <http://www.alistapart.com/stories/webservices/>.

⁹¹ *Id.*

⁹² Voir : David ORCHARD, « Web Services Pitfalls », (2002), disponible à l'adresse : <http://webservices.xml.com/lpt/a/ws/2002/02/06/webservices.html>.

⁹³ « Protocole de communication s'appuyant sur le XML et le HTTP, qui permet l'interopérabilité des applications à travers le Web » : OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

⁹⁴ D. BERLIND, *loc. cit.*, note 88. Voir également : Ethan CERAMI, *Web Services Essentials*, Sebastopol, O'Reilly, 2002.

⁹⁵ E. CERAMI, *op. cit.*, note 94.

⁹⁶ Antoine Crochet DAMAIS « Les services Web en neuf questions », (2001), disponible à l'adresse : http://solutions.journaldunet.com/0109/010924_faqweb_services.shtml.

Une telle technologie, si elle réussit à dépasser sa phase embryonnaire actuelle, pourrait s'avérer utile pour l'établissement de plates-formes d'achat moins coûteuses et plus rapides en permettant l'interconnexion de différentes applications⁹⁷.

**c. La distribution en ligne
(*sell-side solution*⁹⁸ ou *e-distribution*⁹⁹)**

La distribution en ligne représente simplement la création d'une boutique virtuelle directement dirigée vers les entreprises. Elle contient généralement un catalogue des produits offerts par le vendeur¹⁰⁰, lui permettant ainsi d'obtenir une plus grande visibilité et d'élargir ses canaux de distribution, tout en réduisant les coûts associés à la diffusion de l'information sur ses produits¹⁰¹. Bref, la structure des portails de distribution en ligne est semblable à celle des sites de commerce B2C (*business-to-consumer*), tout en étant axée sur la vente aux entreprises¹⁰².

Il est à noter que ces sites sont surtout destinés aux acheteurs occasionnels. Or, plusieurs entrepreneurs désirent signer des ententes à long terme pour la fourniture de produits, afin d'éviter de devoir négocier les différents aspects de ces contrats à chaque fois qu'ils doivent renouveler leur marchandise, ce qui réduit l'attrait de tels sites aux yeux de certains¹⁰³.

Nonobstant ce qui précède, ce modèle s'avère tout de même intéressant pour ces entreprises lorsqu'il possède les applications technologiques lui permettant d'être jumelé à un logiciel d'*e-procurement*. Comme l'explique le groupe BIOMNI, certains standards tels OBI

⁹⁷ Alain LEFEBVRE, «The True Nature of Web Services», (2002), disponible à l'adresse : [http://www.intranetjournal.com/articles/200106/pap_06_13_01a.html].

⁹⁸ «*A sell-side solution is one seller to many buyers using Internet technology*» : R.M. LANE et N.P. LANE, *op. cit.*, note 83, p. 10.

⁹⁹ D. NGUYEN, *op. cit.*, note 79, p. 166.

¹⁰⁰ BIOMNI, *loc. cit.*, note 34, 4.

¹⁰¹ R.M. LANE et N.P. LANE, *op. cit.*, note 83, p. 18.

¹⁰² Le site *Premier* de l'entreprise *Dell* ([www.dell.com]) constitue l'exemple classique de distribution en ligne.

¹⁰³ S. KINNEY, *loc. cit.*, note 66.

(*Open Buying on the Internet*)¹⁰⁴ et *Ariba PunchOut*¹⁰⁵ peuvent être employés pour intégrer la technologie des sites de distribution en ligne et celle de l'approvisionnement en ligne, ce qui permet aux fournisseurs d'offrir certaines fonctionnalités qui ne sont pas disponibles sur les simples sites de vente¹⁰⁶.

2. Les modèles publics : les cybermarchés¹⁰⁷ (places de marché électroniques, place d'affaires électroniques (PAE), place de marché en ligne, place de marché Internet, place de marché virtuelle (PDMV))¹⁰⁸

Par modèles publics (*public models, open-business models*), on entend toute forme d'*e-procurement* où le nombre d'acheteurs ou de vendeurs est indéterminé et ouvert, c'est-à-dire les cybermarchés.

Un cybermarché est un site web où se rencontrent acheteurs et vendeurs afin d'échanger produits et services pour ainsi optimiser les processus d'achat et de vente traditionnels¹⁰⁹. « La plate-forme met en oeuvre des outils permettant de gérer des processus, des règles et des méthodologies propres à chaque entreprise, au sein d'un espace privé virtuel sécurisé qui lui est réservé »¹¹⁰.

¹⁰⁴ [<http://www.openbuy.org/>].

¹⁰⁵ [http://www.ariba.com/solutions/punch_out.cfm].

¹⁰⁶ « *By providing this functionality within a web shop and making it accessible to buy-side software, suppliers can ensure that all electronic orders are received through a single gateway, greatly simplifying integration with back-end systems* » : BIOMNI, *loc. cit.*, note 34, 4 et 5.

¹⁰⁷ Une liste assez exhaustive des places de marchés disponibles via le réseau Internet peut être trouvée à l'adresse : [<http://www.sourceguides.com/markets/index.shtml>]. Cependant, il est à noter que ce site n'est plus tout à fait à jour.

¹⁰⁸ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

¹⁰⁹ PRICE WATERHOUSE COOPERS, *loc. cit.*, note 48. Voir également : J.A. MATTHEWSON, *e-Business: a Jargon-free Practical Guide*, Oxford, Butterworth-Heinemann, 2002., p. 51, où l'auteur définit le terme de façon similaire : « *An e-marketplace is a platform for collaboration between buyers and sellers. It unites end-users, wholesalers and suppliers to streamline business procedures, automate procurement, improve productivity and reduce costs* ».

¹¹⁰ PRICE WATERHOUSE COOPERS, *loc. cit.*, note 48.

Ces places de marché peuvent être horizontales¹¹¹ (multi-industries), verticales¹¹² (destinées à une filière)¹¹³ ou encore géographiques, c'est-à-dire limitées à un territoire donné. Il y a une distinction à faire entre « places de marché horizontales et verticales » et « achats de production ou hors-production ». Dans le premier cas, la distinction concerne le nombre d'industries visées – une ou plusieurs – alors que, dans le second, ce sont les biens offerts qui permettent la catégorisation (biens essentiels à la fabrication du produit ou biens secondaires tels les fournitures de bureau). Quoiqu'en pratique, les places de marché verticales vont surtout offrir des biens de production, cela n'est pas nécessairement toujours le cas.

Selon nos recherches, il est possible de distinguer cinq (5) modèles de places de marché différents : les places d'échange de marchandise, les places d'échange entre offre et demande, les sites de ventes aux enchères, les catalogues et les systèmes d'échange négocié. Ces modèles ne sont cependant pas exclusifs. En effet, il est possible, voire habituel, pour une place de marché de combiner plusieurs de ces systèmes.

a. Les places d'échange de marchandise (*barter*)

Les places d'échange de marchandise reprennent la bonne vieille technique du troc pour offrir un système selon lequel marchandises et services sont échangés contre d'autres marchandises ou services et non contre de l'argent¹¹⁴. Ce type de place de marché peut s'avérer très intéressant d'un point de vue fiscal¹¹⁵.

¹¹¹ Voir : Julian S. MILLSTEIN, Jeffrey D. NEUBURGER et Jeffrey P. WEINGART, *Doing Business on the Internet: Forms and Analysis*, Law Journal Press, 2001, § 2.04A : « *Horizontal B2B marketplaces, provide industry-neutral goods or services, such as office supplies or temporary staffing, to a variety of different industries* ».

¹¹² « *Vertical B2B marketplaces automate the procurement process within an industry by bringing buyers and sellers at different levels of distribution together to transact business* » : *id.*

¹¹³ PRICE WATERHOUSE COOPERS, *loc. cit.*, note 48.

¹¹⁴ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

¹¹⁵ Pour plus d'information sur les places d'échange de marchandise, nous référons le lecteur au site [<http://www.barteritonline.com>], l'un des chefs de file dans le domaine.

b. Les places d'échange en offre et demande (Exchanges)

Les places d'échange en offre et demande utilisent une technique similaire à celle des marchés boursiers, c'est-à-dire qu'acheteurs et vendeurs misent constamment sur les biens et services offerts¹¹⁶. Comme l'explique Julian S. Millstein :

*Upon receipt, an order to buy or sell is automatically matched, if possible, with a complementary message already in the system. If it cannot be matched, the order is stored in the system until a complementary message arrives. Thus, the trading engine of exchanges typically provides for a "central limit order book," extending priority to orders that have the best price (lowest ask or highest bid order) while matching orders with equal price terms according to time of receipt. The matching is typically anonymous and based upon real-time pricing.*¹¹⁷

c. Les sites de ventes aux enchères

Les sites de ventes aux enchères B2B fonctionnent de la même manière que les sites de B2C tels *eBay* et *Yahoo! Auctions*, c'est-à-dire qu'un vendeur affiche un bien dont il veut se départir et fixe le prix minimum ainsi que le moment de clôture de l'enchère. Les acheteurs intéressés n'ont alors qu'à miser sur le produit¹¹⁸.

Certains sites offrent également des enchères inversées (*buyer-driven* au lieu de *seller-driven*) où vendeurs et acheteurs changent de position. Il s'agit, en fait, d'une nouvelle appellation pour le processus familier d'appel d'offres¹¹⁹.

¹¹⁶ J.S. MILLSTEIN, J.D. NEUBURGER et J.P. WEINGART, *op. cit.*, note 111. Notons les sites [<http://www.virtualchip.com/>] et [<http://www.brokerforum.com/>] comme exemples de cette technologie dans le domaine des composantes informatiques. Une liste assez exhaustive des places de marché offrant un service d'«*exchange*» peut être trouvée à l'adresse: [<http://www.sourceguides.com/markets/byS/ex/Exchange.shtml>].

¹¹⁷ J.S. MILLSTEIN, J.D. NEUBURGER et J.P. WEINGART, *op. cit.*, note 111.

¹¹⁸ Une liste assez exhaustive des places de marchés offrant un service de vente aux enchères peut être trouvée à l'adresse: [<http://www.sourceguides.com/markets/byS/fauc/FAuction.shtml>].

¹¹⁹ Une liste assez exhaustive des places de marchés offrant un service d'enchères inversées peut être trouvée à l'adresse: [<http://www.sourceguides.com/markets/byS/rauc/RAuction.shtml>].

d. Les catalogues (*aggregators*)

Ces types de places de marché sont en fait très semblables aux simples sites de distribution en ligne, mais offrent l'accès à des milliers de produits issus de plusieurs vendeurs au lieu d'un seul. Ces sites comportent normalement des engins de recherche permettant une comparaison des prix, qualités, quantités disponibles, etc. Ce type de place de marché est particulièrement intéressant pour les biens d'une faible valeur pour lesquels il n'est pas efficace de négocier¹²⁰.

e. Les systèmes d'échange négocié (*post and browse markets*)

Présentés sous la forme de babillards électroniques¹²¹, ces systèmes permettent aux vendeurs et acheteurs potentiels d'afficher leur intérêt pour l'achat ou la vente de certains biens¹²² tout en restant anonymes¹²³:

*Ces mécanismes permettent à l'acheteur ou au vendeur de créer une transaction précisant les produits ou les services désirés pour l'achat ou la vente. [...] Dans le cadre de ce système, l'initiateur peut créer et définir la transaction ou le document. Il précise les détails de la transaction, incluant les attributs qui sont négociables, et peut choisir les partenaires commerciaux du marché auxquels sera acheminée cette demande.*¹²⁴

Il est intéressant de souligner que la négociation entre les parties n'aura pas lieu en ligne. En effet, lorsque les deux parties auront manifesté leur intention de poursuivre les négociations, la place de marché dévoilera leur identité à leur vis-à-vis afin que ces derniers puissent finaliser l'entente¹²⁵.

¹²⁰ J.S. MILLSTEIN, J.D. NEUBURGER et J.P. WEINGART, *op. cit.*, note 111. Une liste assez exhaustive des places de marchés offrant un service de catalogues peut être trouvée à l'adresse: [<http://www.sourceguides.com/markets/byS/cat/Catalog.shtml>].

¹²¹ Arthur B. SCULLEY et W. William A. WOODS, *B2B Exchanges*, Hamilton, ISI-publications, 1999, p. 35.

¹²² *Id.*

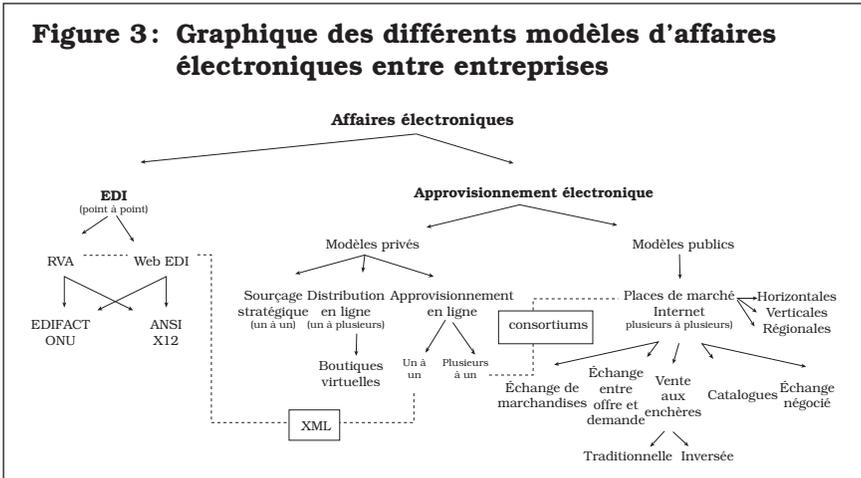
¹²³ D.A. CLANTON, S.A. LEISECA, D.J. LAING et H.E. BUROW, *loc. cit.*, note 33, 6.

¹²⁴ Jeffrey F. RAYPORT et Bernard J. JAWORSKI, *Commerce électronique*, Montréal, Chenelière, 2002, p. 387.

¹²⁵ D.A. CLANTON, S.A. LEISECA, D.J. LAING et H.E. BUROW, *loc. cit.*, note 33, 6.

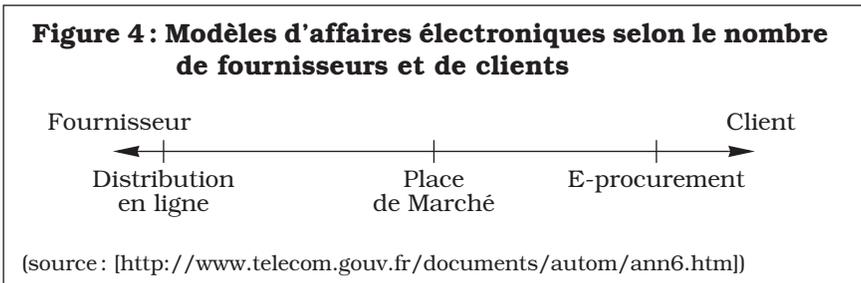
Conclusion de la partie I

Afin de mieux situer le lecteur, nos propos de la présente section peuvent être résumés par ce tableau :



Découle de ce tableau que la distinction effectuée entre les notions de modèles publics et privés, si elle permet une meilleure compréhension des concepts de base associés aux affaires électroniques entre entreprises, témoigne toutefois d'un manque de flexibilité. En effet, la rigidité de ce modèle ne laisse pas place aux zones grises. Comment, par exemple, qualifier un consortium où il existe cinq acheteurs, ou un catalogue opéré par deux entreprises associées? S'agit-il alors d'une place de marché?

C'est pourquoi certains auteurs préfèrent une représentation linéaire où le nombre d'acheteurs et de vendeurs progresseraient de façon opposée :



Ainsi, un nombre de vendeurs (fournisseurs) limité relèverait du modèle de distribution en ligne. Si, à l'inverse, le nombre d'acheteurs (clients) s'avérait limité, nous serions dans un cas d'approvisionnement en ligne (*e-procurement*). L'entre-deux relèverait, quant à lui, du modèle de place de marché. Toute autre relation d'affaires électroniques, si elle ne saurait entrer dans l'une ou l'autre de ces catégories, pourrait dès lors y être assimilée. Ainsi, un consortium pourrait être qualifié de modèle d'approvisionnement en ligne se rapprochant du modèle de place de marché.

Une telle gymnastique linguistique, si elle sait reconforter le lecteur et le situer quant aux caractéristiques propres à chaque modèle d'affaires électroniques, nous démontre à quel point le vocabulaire employé dans ce secteur peut renfermer diverses significations pour différents auteurs. Pour le juriste, cette multiplicité de définitions donne lieu à bon nombre de problématiques quant à l'identification de la responsabilité des parties dans le cadre de relations d'affaires électroniques.

Comment, en effet, un professionnel du droit peut-il espérer identifier un modèle d'affaires électroniques alors que les experts du milieu ont de la difficulté à s'entendre sur la terminologie à employer? Advenant la réussite d'un tel exploit, comment ensuite qualifier juridiquement les relations tripartites où personnes et logiciels deviennent interchangeables?

Il est présentement difficile, voire utopique, de trouver réponses à ces questions complexes, puisque celles-ci seront forcément le fruit de plusieurs années de réflexions de la part de la doctrine et des tribunaux. Il nous est cependant possible, grâce aux notions de droit civil actuellement applicables aux relations d'affaires, de rationaliser notre problématique en observant l'incidence juridique du vocabulaire utilisé pour identifier les différentes transactions électroniques. Ainsi, dans *Lainé c. Béland*, la Cour suprême du Canada affirmait ce qui suit :

[I]l est de jurisprudence constante que les tribunaux ne sont pas liés par la qualification que les parties ont donnée à leurs conventions. Ils peuvent, sans dénaturer le contrat, lui restituer son véritable caractère par une appréciation des circonstances de la cause et de l'intention constatée des contractants.¹²⁶

¹²⁶ (1896) 26 R.C.S. 419, 425.

Cette position a depuis été codifiée en droit québécois sous l'article 1425 C.c.Q. qui précise que l'« on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés ». La même logique pourrait être mise de l'avant ici, à savoir que le juriste n'est pas lié par le vocabulaire employé par les promoteurs des différents modèles d'affaires électroniques, mais bien par les relations en découlant. Ainsi, pour reprendre les termes des avocats de la firme Baker & McKenzie exposés précédemment :

*Various names such as B2B exchanges, B2B websites, b-webs, Internet trading houses, and virtual marketplaces [...] refer to the same concept – “a distinct system of suppliers, distributors, commerce service providers, infrastructure providers and customers that use the Internet for communications and transactions”.*¹²⁷

C'est donc à l'intérieur de ce « concept », ou plus particulièrement de ses composantes, que le juriste pourra lui-même faire le tri entre les différents modèles d'affaires électroniques, tri effectué non pas à partir de la technologie utilisée, mais bien selon la nature – transactionnelle ou communicationnelle – des interactions, ainsi que selon les acteurs concernés, à savoir les fournisseurs, les distributeurs, les fournisseurs d'accès Internet, les fournisseurs d'infrastructures et les clients.

II. La responsabilité des acteurs dans le cadre de relations d'affaires électroniques

Le portrait que nous venons de dresser des différents modèles d'affaires électroniques n'est qu'une esquisse d'une technologie qui ne cesse d'évoluer. Par exemple, les places de marché ont de plus en plus vocation à être connectées à terme à d'autres éléments du système d'information. Selon Nieuwbourg et d'Hondt, le réseau idéal verra le système de gestion des ventes d'une entreprise dialoguer avec la gestion des achats d'une autre par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs places de marché, le tout sans intervention humaine¹²⁸.

¹²⁷ D.A. CLANTON, S.A. LEISECA, D.J. LAING et H.E. BUROW, *loc. cit.*, note 33, 3. Nous soulignons.

¹²⁸ P. NIEUWBOURG, et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 47.

Ce scénario verrait donc une augmentation des profits et de l'efficacité d'une entreprise ayant recours à la technologie des cybermarchés et à la notion d'interopérabilité¹²⁹.

Une telle prévision laisse toutefois présager une interrogation quant à la notion de « désintermédiation » souvent associée aux affaires électroniques et prônée par ses architectes de réseau : peut-on réellement parler de désintermédiation alors que les affaires électroniques font souvent appel à l'intervention de tiers parties?

Comme l'explique Jacques Nantel, « [l']intermédiation est la capacité offerte à une entreprise de baisser ses coûts d'approvisionnement, de production ou de vente par le biais d'une impartition¹³⁰ à une entreprise externe d'une partie ou de la totalité de ses activités »¹³¹. Cependant, avec l'arrivée du commerce électronique et, plus particulièrement, d'Internet, outil pouvant hypothétiquement lui aussi servir à « baisser les coûts d'approvisionnement, de

¹²⁹ H. WILLIAMS, J. WHALLEY et F. LI, *loc. cit.*, note 10 :

The growth of electronic commerce depends critically on one issue: interoperability between different systems. [Interoperability consists of] the technical features of a group of interconnected systems [...] which ensures [sic] end-to-end provision of a given service in a consistent and predictable way. Thus, interoperability links systems together. For example, it enables banks to link together their cash-point networks, extending the number of points at which service can be provided in a consistent and predictable fashion even though ownership remains split between the individual banks.

¹³⁰ « Acte par lequel un agent économique, par exemple une entreprise, fait participer un autre agent, de quelque manière que ce soit, à la production d'un bien ou à la prestation d'un service, plutôt que d'en assurer lui-même la réalisation d'ensemble » : OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

¹³¹ Jacques NANTEL, « Opportunités d'affaires et l'Internet : où en sommes nous? », (2002), disponible à l'adresse : [<http://www.hec.ca/~p054/publications/recherche/gestion02.htm>]. En effet, comme le soulignent Judith GEBAUER et Arno SCHARL, « Between Flexibility and Automation: An Evaluation of Web Technology from a Business Process Perspective », (1999) 5 *JCMP*, disponible à l'adresse : [<http://www.ascusc.org/jcmc/vol5/issue2/gebauer.html>] :

Transactions usually involve three categories of participants: buyers, sellers, and intermediaries. Buyers and sellers are the active groups in terms of exchanging goods and services (sellers) for some form of compensation (buyer). The third group, intermediaries, offers a variety of services to support and facilitate transactions. It includes financial institutions such as banks, credit-card companies, and insurance brokers; providers of shipping, logistics, and warehousing services; and consultants, industry associations, and market researchers offering advice, product data, or market information. Providers of information technology to automate transactions, or to help set up electronic marketplaces can be characterized as intermediaries as well.

production ou de vente » de façon significative, certains auteurs¹³² soumettent que les intermédiaires seront partiellement ou même entièrement éliminés, c'est-à-dire que nous assisterons à une désintermédiation¹³³ des échanges commerciaux¹³⁴. En effet, si les intermédiaires offrent une valeur ajoutée, ils ajoutent également des coûts, ce qui est reflété dans le prix final des biens¹³⁵. Or, « [t]he most obvious way to reduce agency costs, [...] is to abolish the agent altogether. This would imply that the principal has to perform the task herself, thereby reducing costs by saving the agent's compensation »¹³⁶, tâche qui serait facilitée par le réseau Internet¹³⁷.

Plusieurs économistes¹³⁸ ont depuis remis en question l'efficacité d'une éventuelle désintermédiation, le rôle des intermédiaires

¹³² Voir, entre autres : R. GELLMAN, « Disintermediation and the Internet », (1996) 13 *Government Information Quarterly* 1.

¹³³ Voir : S.W. SCHMITZ, *loc. cit.*, note 11 : « *Disintermediation is the displacement or elimination of market intermediaries, enabling direct trade with buyers and consumers without agents* ».

¹³⁴ Alina M. CHIRCU et Robert J. KAUFFMAN, « Impacts of Electronic Commerce on Optimal Market Structure », (2001), disponible à l'adresse : [http://misc.umn.edu/workingpapers/fullpapers/2001/0138_091001.pdf].

¹³⁵ Mitra Barun SARKAR, Brian BUTLER et Charles STEINFELD, « Intermediaries and Cybermediaries : A Continuing Role for Mediating Players in the Electronic Marketplace », (1996) 1 *JCMP*, disponible à l'adresse : [http://www.ascusc.org/jcmc/vol1/issue3/sarkar.html].

¹³⁶ S.W. SCHMITZ, *loc. cit.*, note 11.

¹³⁷ Judy SCOTT, « Emerging Patterns from the Dynamic Capabilities of Internet Intermediaries », (2000) 5 *JCMC*, disponible à l'adresse : [http://www.ascusc.org/jcmc/vol5/issue3/scott.html].

Early predictions for electronic commerce were relatively simplistic. Based on transaction cost theory, they predicted disintermediation for organizations that communicated between producers and consumers. The rationale was that lower transaction costs would enable producers to bypass intermediaries and deal directly with consumers. While the benefits to producers would be a greater share of the profits, the benefits to the consumer would be lower overall prices.

Voir également : Linda D. GARCIA, « Networking and the Rise of Electronic Commerce : The Challenge for Public Policy », (1995) 30 *Business Economics* 7.

¹³⁸ Voir, par exemple : M.B. SARKAR, B. BUTLER et C. STEINFELD, *loc. cit.*, note 135; A.M. CHIRCU et R.J. KAUFFMAN, *loc. cit.*, note 134; Yannis BAKOS, « The Emerging Role of Electronic Marketplaces on the Internet », (1998) *Communications of the ACM*, disponible à l'adresse : [http://www.wu-wien.ac.at/am/Download/ae/emkts-cacm.pdf]; Alina M. CHIRCU et Robert J. KAUFFMAN, « Reintermediation Strategies in Business-to-Business Electronic Commerce », (2000) 4 *International Journal of Electronic Commerce* 7; S.W. SCHMITZ, *loc. cit.*, note 11.

étant, à leurs yeux, beaucoup plus important que ne veulent l'admettre les entreprises offrant des services d'affaires électroniques. En effet, les subtilités du cerveau humain n'ayant pas encore été répliquées par les informaticiens, il demeure qu'une machine ne peut, dans certains cas, accomplir la tâche d'un intermédiaire aussi efficacement que ce dernier¹³⁹. Par exemple, un intermédiaire habitué de travailler avec une entreprise repérera une erreur dans la commande et pourra souligner celle-ci afin de s'assurer de l'intention de l'acheteur. L'ordinateur ne fera que passer la commande sans se soucier de tels détails¹⁴⁰. Ainsi, l'éventail varié de tâches effectuées et de services rendus par les intermédiaires commerciaux¹⁴¹ laisse présager que leur disparition éventuelle, si elle survient, n'est pas pour demain¹⁴². En effet :

Most [...] authors emphasize the increasing, rather than decreasing, role for traditional and new intermediaries on the Internet, providing the downstream services that firms require to make their goods and services more available to consumers [...]. It now seems safe to conclude that electronic commerce results in significant new opportunities for providers of intermediary services, and that producers of goods who prema-

¹³⁹ Voir l'article de Margaret Jane RADIN, «Humans, Computers, and Binding Commitment», 75 *Ind. L.J.* 1125, 1137 (1999), qui illustre assez bien cette réalité :

Consider the practice of employing a personal shopper for gifts, or a (human) agent to purchase art for a collection. The human agent can be empowered to make binding purchases for me without my consent to each purchase. It will be more difficult to program a computer to make judgments about what will fit in my collection and what will not, and how it will "know" when it needs to get my approval on a specific item which might be borderline. The kinds of transactional safeguards that will be needed will be different. Fooling a computer is a different sort of operation than defrauding a human. Computers are more easily fooled in many ways. They do not know when you are joking, or when you meant 100 even though you typed 1000. They do not know when a painting is genuine.

¹⁴⁰ F. VEZON, précité, note 54.

¹⁴¹ Notons, par exemple, l'entreposage d'inventaire, la diffusion d'information (S.W. SCHMITZ, *loc. cit.*, note 11), le pouvoir d'achat, la confiance associée à un nom connu, la facilitation des échanges, la recherche de partenaires commerciaux : Joseph P. BAILEY et Yannis BAKOS, «An Exploratory Study of the Emerging Role of Electronic Intermediaries», (1997) 1 *International Journal of Electronic Commerce* 7; Clayton P. GILLETTE, «Reputation and Intermediaries in Electronic Commerce», (2002) 62 *La. L. Rev.* 1165.

¹⁴² S.W. SCHMITZ, *loc. cit.*, note 11.

*turally seek to bypass existing and new digital intermediaries are engaging in risky business.*¹⁴³

En fait, plusieurs auteurs prétendent que nous assistons plutôt à une réintermédiation, c'est-à-dire « *that process through which a competitor that has once been disintermediated, or pushed out of a profitable market niche as a middleman, is able to compete again as an electronic commerce-able intermediary* »¹⁴⁴. En effet, les places de marché sont en réalité une nouvelle forme d'intermédiation¹⁴⁵, ce qui implique que « *[w]hile the growth of Internet marketplaces may lead certain types of intermediaries to extinction, [...] electronic marketplaces will more than compensate for this by promoting the growth of new types of electronic intermediaries* »¹⁴⁶.

¹⁴³ Charles W. STEINFELD, Alice P. CHAN et Robert E. KRAUT, «Computer Mediated Markets: An Introduction and Preliminary Test of Market Structure Impacts», (2000) 5 *JCMC*, disponible à l'adresse: [<http://www.ascusc.org/jcmc/vol5/issue3/steinfield.html>]. J. NANTEL (*loc. cit.*, note 131) confirme cette prétention: « Pour l'instant, dans le domaine du commerce électronique, deux domaines d'intermédiation se sont particulièrement développés, soit celui des services financiers (incluant la sécurisation des transactions) et celui de la logistique (Fedex, UPS, Postes Canada, etc.). D'autres occasions sont en émergence dont les principales sont la gestion de bases de données clients (CRM) et, liée à celle-ci, la gestion de l'effort de vente ».

¹⁴⁴ A. M. CHIRCU et R. J. KAUFFMAN, *loc. cit.*, note 134; voir également: Jonathan W. PALMER, Joseph P. BAILEY et Samer FARAJ, «The Role of Intermediaries in the Development of Trust on the WWW: The Use and Prominence of Trusted Third Parties and Privacy Statements», (2000) 5 *JCMC*, disponible à l'adresse: [<http://www.ascusc.org/jcmc/vol5/issue3/palmer.html>].

¹⁴⁵ J. NANTEL, *loc. cit.*, note 131. Voir également: Tobias KOLLMANN, «Measuring the Acceptance of Electronic Marketplaces: A Study Based on a Used-car Trading Site», (2001) 6 *JCMC*, disponible à l'adresse: [<http://www.ascusc.org/jcmc/vol6/issue2/kollmann.html>]:

The role of electronic marketplaces is to act as an intermediary between supply and demand. [...] Operators of electronic marketplaces offer a co-ordination service for economic transactions on the WWW as economically independent entrepreneurs. The existing resources in computer technology really do make it possible for them to assume the role of proactive market managers. Not only do they determine the rules of trade under which the business transactions take place, they also collect requests for transactions from both market actors and attempts to match these using criteria of efficiency and effectiveness.

¹⁴⁶ Y. BAKOS, *loc. cit.*, note 138.

Quoique l'on tende vers l'admission d'une cohabitation entre intermédiaires conventionnels et intermédiaires électroniques¹⁴⁷, ce débat à saveur économique sur les notions de désintermédiation et de réintermédiation est loin d'être terminé. Le juriste, s'il n'est pas directement affecté par un tel débat, doit tout de même en comprendre les enjeux. En effet, dans la mesure où la désintermédiation implique l'exécution de transactions via un médium électronique, alors que la réintermédiation annonce l'entrée en jeu de « cyber-intermédiaires » dont la nature juridique reste à définir, les praticiens du droit ont tout intérêt à se questionner sur l'impact qu'aura ce recours à des outils informatiques sur les principes juridiques guidant la responsabilité tant délictuelle que contractuelle. En effet, quelle est donc la responsabilité des parties au contrat (A) et des « cyberintermédiaires » (B) dans le cadre de relations d'affaires électroniques? Avant de répondre à cette question, encore nous faut-il qualifier juridiquement ces relations d'affaires électroniques.

Comme nous l'avons déjà mentionné, les affaires électroniques consistent en des « échanges purement transactionnels liés au commerce électronique », ainsi qu'en « l'organisation du travail dans l'entreprise [et] sa façon de communiquer et d'échanger des données avec ses clients, ses sous-traitants, ses fournisseurs et ses partenaires »¹⁴⁸. Il s'agit donc, dans le premier cas, d'un contrat de vente ou de service, alors que le second cas reflète plutôt les démarches facilitant la formation de ce contrat ou encore son exécution.

Les notions d'« échanges transactionnels » ou de « transaction » sont employées ici dans le sens commercial du terme, c'est-à-dire

¹⁴⁷ M.B. SARKAR, B. BUTLER et C. STEINFELD, *loc. cit.*, note 135 :

How will an ubiquitously interconnected data network infrastructure affect the role of the intermediary in the exchange process between producers and consumers? Are they, as current notions espouse, a threatened breed? Or is it likely that the mediating function will be present in the electronic marketplace, with traditional intermediaries benefiting from network-based transactions to solidify their role in exchange, and with new types of network-based entities which function as "Cybermediaries?" Although we agree that direct producer-consumer linkages will proliferate over the NII, we disagree that this will cause intermediaries to disappear. Analysis of the nature of consumer needs, particularly in a computer-mediated environment, suggests that there will be a role for both traditional and new types of intermediaries that broker the relationship between producers and consumers.»

¹⁴⁸ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

un acte, soit un document constatant légalement un fait¹⁴⁹, « conclu entre deux parties soit dans le commerce (opération commerciale, opération financière), soit dans le domaine des valeurs mobilières (opération sur valeurs), ou dans la vie de tous les jours »¹⁵⁰. Bref, il s'agit d'un contrat¹⁵¹ concernant généralement la vente de biens¹⁵², la prestation de services¹⁵³ ou l'accord d'une licence.

Peu importe le médium utilisé, qu'il s'agisse de l'EDI, d'une place de marché ou d'un logiciel d'*e-procurement*, la relation demeure la même : un échange de prestations entre le vendeur et l'acheteur. De ce fait, la méthode de fixation des prix (demande d'information, demande de proposition, appel d'offres, vente aux enchères – qu'elles soient vraies ou fausses¹⁵⁴ –, vente aux enchères inversée,

¹⁴⁹ Hubert REID, *Dictionnaire de droit canadien et québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 10.

¹⁵⁰ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1.

¹⁵¹ Soit, selon l'article 1378 C.c.Q., un « accord de volonté par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ».

¹⁵² « La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer » (art. 1708 C.c.Q.). À cette notion est assimilable celle de contrat d'échange : « L'échange est le contrat par lequel les parties se transfèrent respectivement la propriété d'un bien, autre qu'une somme d'argent » (art. 1795 C.c.Q.), puisque les règles du contrat de vente sont applicables à celui-ci (art. 1798 C.c.Q.).

¹⁵³ « Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer » (art. 2098 C.c.Q.).

¹⁵⁴ Comme l'explique l'article 321-3 du *Code de commerce* français, « [l]es opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties, ne constituent pas une vente aux enchères publiques ». C'est donc dire qu'il existe de « vraies » ventes aux enchères, celles gérées par un encanteur selon les articles 1757 à 1766 C.c.Q. et de fausses ventes aux enchères, c'est-à-dire celles qui ont lieu sur des sites web tels eBay (www.ebay.com). À cette fin, voir l'article 3.1 des Conditions d'utilisation de l'entreprise eBay (<http://pages.ebay.fr/help/community/png-user.html>) :

Notre rôle n'est pas celui d'une « société de ventes aux enchères ». Au contraire, notre site n'est qu'un support en ligne dont l'objet est de permettre à n'importe qui, n'importe où et n'importe quand, d'offrir, de vendre ou d'acheter pratiquement tout ce qu'il ou elle souhaite, selon différentes modalités, notamment selon un système « d'achat immédiat » et un système d'enchères, communément appelé

échange entre offre et demande¹⁵⁵), ainsi que la nature du paiement (argent, crédit ou, dans le cas du troc, un autre bien) sont sans conséquence quant à la nature intrinsèque de la relation acheteur-vendeur. Les intermédiaires seront donc des tiers à cette relation, leur degré de responsabilité pouvant varier selon le rôle occupé lors de la transaction.

Les relations communicationnelles, quant à elles, regroupent les échanges d'information et de données entre partenaires commerciaux ou entre entreprises désirant le devenir. Ainsi, tant le sourçage stratégique que les demandes de soumission ou de renseignements constituent des formes de communication au sens de la présente étude puisqu'ils n'engagent pas l'acheteur potentiel à contracter¹⁵⁶. Par conséquent, toute relation strictement communicationnelle effectuée à l'extérieur d'un cadre contractuel défini ne

«enchères en ligne». Nous n'adjugeons pas les biens mis en vente. Nous n'intervenons pas dans la transaction entre acheteurs et vendeurs. En conséquence, nous n'exerçons aucun contrôle sur la qualité, la sûreté ou la licéité des articles répertoriés, la véracité ou l'exactitude dans les annonces mises en ligne, la capacité des vendeurs à vendre lesdits biens ou services ni la capacité des acheteurs à payer lesdits biens ou services. Nous ne pouvons assurer que le vendeur ou l'enchérisseur concluront la transaction.

Voir également : Nicolas W. VERMEYS, «Le régime de responsabilité réservé aux "cyber-encanteurs" en droit québécois», (2003), *juriscom.net*, disponible à l'adresse : [<http://www.juriscom.net/documents/resp20031003.pdf>].

¹⁵⁵ J.F. RAYPORT et B.J. JAWORSKI, *op. cit.*, note 124, p. 387.

¹⁵⁶ Il faut cependant souligner que, outre les cas de demandes de renseignements généraux (coordonnées, etc.), la relation risque d'être considérée transactionnelle dans le cas du vendeur potentiel. En effet, toute forme de sourçage ou de demande de soumission nécessite, de la part du vendeur potentiel, l'élaboration d'une proposition. Cette dernière pourrait constituer une offre de contracter et donc lier le promettant si elle contient certains des éléments édictés à l'article 1388 C.c.Q.

Un élément matériel, soit l'initiative elle-même, la « proposition »; puis, un élément plutôt psychologique, qualifiant la proposition: celle-ci doit tendre de manière ferme à la conclusion d'un contrat donné: il doit être évident, en effet, que le pro- posant entend être lié par le contrat projeté dès l'acceptation de la proposition; autrement, il s'agit d'une autre initiative contractuelle, comme une invitation à entrer en pourparlers, ou une invitation à faire une offre, mais non d'une offre au sens ou nous l'entendons; enfin un troisième élément, plus proprement juridique celui-là: la proposition doit, pour se qualifier d'offre, contenir en son sein tous les germes du contrat à conclure: l'article 1388 impose la présence dans la propo- sition de « tous les éléments essentiels » du contrat projeté. Ainsi, une « offre de vente » qui décrirait le bien à vendre mais serait rigoureusement silencieuse sur le prix, ne serait pas une offre de vente, malgré son apparente fermeté, puisqu'il

saurait créer d'obligations pour les intervenants autres que celles découlant des bonnes mœurs et des règles relatives à la diffamation et à la fraude. De ce fait, notre étude portera seulement sur les relations transactionnelles, c'est-à-dire sur le commerce électronique au sens premier.

A. Les rôles et responsabilités des parties au contrat électronique

Comme nous l'avons esquissé ci-haut, le contrat électronique demeure, d'abord et avant tout, un contrat, c'est-à-dire un « accord de volonté par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation »¹⁵⁷. Il s'agit donc d'une relation acheteurs et vendeurs¹⁵⁸.

Il nous faut donc d'ores et déjà établir en quoi la nature électronique des échanges peut influencer la relation entre les parties du point de vue de la responsabilité contractuelle (1), pour ensuite étudier l'impact qu'aura l'utilisation d'outils ou d'« agents » électroniques sur celle-ci (2).

1. Le rôle et la responsabilité des parties au contrat électronique « désintermédié »

Soulignons d'abord que la notion de contrat électronique désintermédié est en soi une fiction, l'information devant nécessairement transiter par un réseau pour qu'une transaction puisse être qualifiée de « contrat électronique ». Un certain nombre d'intermédiaires¹⁵⁹

lui manquerait un des éléments essentiels de la vente, le prix, qui doit être déterminé ou, tout au moins, déterminable : elle ne serait qu'une proposition, mais non une offre de contracter; son acceptation ne saurait former le contrat :

Didier LLUELLES, avec la collaboration de Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 275, p. 139 et 140.

¹⁵⁷ Art. 1378 C.c.Q.

¹⁵⁸ Notons, par ailleurs, que, dans le cadre de relations de C3E, ces appellations peuvent représenter différentes entités. C'est en effet ce que confirment J. GEBAUER et A. SCHARL, *loc. cit.*, note 131 : « *In the case of business-to-business transactions, both buyers and sellers are business organizations, [...] the group of the sellers includes manufacturers, producers, and other organizations providing goods and services as the objects of a transaction, including wholesalers and distributors* ».

¹⁵⁹ Voir la description de ces intermédiaires, *infra*, II.B.

vont donc certainement entrer en jeu (fournisseur d'accès ou gestionnaire de réseau, etc.). Cependant, dans la mesure où ces intermédiaires ne sont que des tiers au contrat, il demeure pertinent de parler d'une relation désintermédiée au sens où aucun intermédiaire « conventionnel » (agent, courtier, etc.) ne prend part à la transaction.

Une étude sémantique de la notion de contrat électronique nous révèle que celle-ci renvoie, comme nous l'avons déjà mentionné, à la notion de contrat, soit un accord de volonté, accord manifesté de manière électronique, c'est-à-dire « [c]réé, enregistré, transmis ou mis en mémoire sous forme numérique ou sous une autre forme intangible par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou par d'autres moyens capables de créer, d'enregistrer, de transmettre ou de mettre en mémoire de façon similaire à ceux-ci »¹⁶⁰.

Bref, si la méthode de manifestation de volonté diffère des contrats conventionnels, les principes généraux demeurent les mêmes : le contrat électronique constitue, d'abord et avant tout, un contrat¹⁶¹. Il s'ensuit que les parties à un contrat électronique ont les mêmes obligations que dans tout autre contrat, à savoir le devoir d'honorer les engagements qu'elles ont contractés¹⁶². Ainsi, la partie qui manquerait à ce devoir sera « responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables »¹⁶³.

2. Le rôle et la responsabilité des parties au contrat électronique conclu par un agent électronique

Nous avons traité, au point précédent, de la responsabilité des parties au contrat lorsqu'elles effectuent elles-mêmes la transaction. Mais qu'en est-il lorsque cette même transaction est effectuée

¹⁶⁰ *Loi uniforme sur le commerce électronique*, art. 1, disponible à l'adresse : [<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/index.htm>].

¹⁶¹ Dans le même ordre d'idée, l'article 5 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (précitée, note 29) vient accorder la même valeur juridique aux contrats électroniques qu'aux contrats « papier ».

¹⁶² Art. 1458 C.c.Q.

¹⁶³ *Id.*

non pas par les parties, ni par un tiers, mais par un intermédiaire informatique¹⁶⁴, propriété de l'une ou de l'autre des parties? C'est ce que nous abordons maintenant en traitant de la notion d'«agent électronique».

Par «agent électronique», nous désignons tout programme informatique ou moyen électronique permettant «d'entreprendre une action ou de répondre à des documents électroniques ou à des actions en tout ou en partie, sans examen par une personne physique au moment de la réponse ou de l'action»¹⁶⁵. Malgré un usage courant de tels outils par le milieu des affaires, la communauté juridique persiste à débattre de la validité d'une transaction effectuée par ceux-ci, les parties ne pouvant manifester leur consentement lors de la transaction. Dans la mesure où l'étude de la responsabilité des parties pour une transaction effectuée par le biais d'un agent électronique implique nécessairement la reconnaissance de la validité de cette transaction, nous prendrons pour acquis, comme le souligne l'article 21 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique*¹⁶⁶, qu'«[u]n contrat peut être formé par l'interaction d'un agent électronique et d'une personne physique ou par l'interaction de plus d'un agent électronique», et laisserons à d'autres¹⁶⁷ le soin de poursuivre le débat quant à la validité d'une telle prétention.

¹⁶⁴ Par exemple les logiciels d'*e-procurement* décrits *supra*, partie I.

¹⁶⁵ *Loi uniforme sur le commerce électronique*, précitée, note 160, art. 19. Il faut cependant noter que, malgré son appellation, ce document n'est pas un texte législatif contraignant, mais bien un document rédigé lors de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Les textes américains utilisent des définitions semblables : «*Electronic agent*” means a computer program or an electronic or other automated means used independently to initiate an action or respond to electronic records or performances in whole or in part, without review or action by an individual»: *Uniform Electronic Transactions Act* (1999), § 2; «*Electronic agent*” means a computer program, or electronic or other automated means, used independently to initiate an action, or to respond to electronic messages or performances, on the person’s behalf without review or action by an individual at the time of the action or response to the message or performance»: *Uniform Computer Information Transactions Act*, (2001), § 102.

¹⁶⁶ Précitée, note 160.

¹⁶⁷ Voir notamment : Anthony J. BELLIA Jr., « Contracting with Electronic Agents », 50 *Emory L.J.* 1047 (2001); Ian R. KERR, « Les dispositifs électroniques autonomes dans la *Loi sur le commerce électronique* », disponible à l'adresse : [http://www.ulcc.ca/fr/cls/fkerr.pdf]; Yves POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », (2000) 17 *C.R.I.D.* 127.

L'ensemble de la doctrine s'accorde présentement pour avancer que l'entreprise qui fait appel à un agent électronique devrait normalement être tenue responsable des dommages entraînés par le mauvais fonctionnement de l'outil¹⁶⁸. S'il semble exister un consensus quant à cette question, la justification juridique de l'attribution d'une telle responsabilité fait, quant à elle, toujours l'objet de débats. Ainsi, entre l'agent électronique et son titulaire de droit, il n'est pas rare de voir des personnes évoquer l'idée de « délégation », de « lien de responsabilité », d'« intention apparente¹⁶⁹ ou indirecte », de « représentation », de « mandat », et bien sûr de « lien d'attribution »¹⁷⁰.

La majorité de ces théories repose sur l'idée de l'agent électronique en tant qu'agent ou mandataire du vendeur, dans la mesure où l'outil informatique représente le vendeur dans l'accomplissement d'un acte juridique¹⁷¹. Comme l'explique Ian R. Kerr, une telle proposition n'est pas sans fondement puisque :

*Lorsqu'un mandant autorise un mandataire à contracter en son nom, l'intention contractuelle pertinente appartient en fait au mandant et non au mandataire. Lorsque le mandant autorise de façon expresse une transaction, son mandataire est, du point de vue juridique, l'instrument par lequel l'intention contractuelle du mandant est exprimée. Par conséquent, la capacité et l'intention du mandataire sont accessoires à la transaction, dans la mesure où le mandataire peut manifester le consentement du mandant au contrat.*¹⁷²

Or, les agents électroniques « *are also usually autonomous entities and can work on their own, and have the authority to make decisions for their own* »¹⁷³. Ces outils auraient donc le pouvoir de « manifester le consentement » du vendeur. Mais peut-on réellement qualifier les agents électroniques « d'agents », c'est-à-dire de mandataires? Comme le soulignait le juge Mahoney dans l'affaire *Apple Compu-*

¹⁶⁸ Voir notamment : A.J. BELLIA Jr., *loc. cit.*, note 167; I.R. KERR, *loc. cit.*, note 167; Y. POULLET, *loc. cit.*, note 167.

¹⁶⁹ Sur la théorie de l'apparence, voir : Y. POULLET, *loc. cit.*, note 167, 141 et suiv.

¹⁷⁰ Pour une critique de cette théorie, voir : Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique International*, 2^e éd., 2002, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, p. 139 et suiv.

¹⁷¹ Art. 2130 C.c.Q.

¹⁷² I.R. KERR, *loc. cit.*, note 167, 60.

¹⁷³ Samtani AMIL, « An Overview of the Law of Internet Commerce and an Introduction to the Law of Software Agents », (2001) 8 *EDI Law Review* 1, 24 et 25.

ter¹⁷⁴, « [l]a difficulté principale que j'ai rencontrée en l'espèce procède du caractère anthropomorphique de presque tout ce qui est pensé, dit ou écrit au sujet des ordinateurs. [...] Les métaphores et analogies que nous utilisons pour décrire leurs différentes fonctions ne demeurent que des métaphores et des analogies »¹⁷⁵. Or :

*When a computer does something "for" me that I have allowed it to be programmed to do, it is only an "agent" in a mechanical sense; it carries out the instructions of the program automatically so I will not have to do it manually. The term "agent" means something else when we are considering human "agency." Human "agency" refers to the freedom of autonomous beings. Human "agency" figures prominently in the traditional picture of contract-as-consent: it takes a human "agent" to be able to give voluntary consent.*¹⁷⁶

Cette précision est d'autant plus pertinente en droit québécois à la lumière du texte de l'article 2130 C.c.Q. :

*Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer.*¹⁷⁷

Ainsi, l'agent électronique ne pourrait pas être considéré comme étant le mandataire du vendeur pour deux raisons : d'abord, et c'est l'évidence même, il ne s'agit pas d'une personne au sens du Code. Par ailleurs, même si l'on accordait la personnalité juridique aux agents électroniques¹⁷⁸, il demeure que de tels outils sont incapa-

¹⁷⁴ *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, (1987) 18 C.P.R. (3d) 129.

¹⁷⁵ *Id.*, par. 38.

¹⁷⁶ M.J. RADIN, *loc cit.*, note 139, 1130.

¹⁷⁷ Nous soulignons.

¹⁷⁸ Ce qui a été proposé par certains auteurs. Voir, par exemple : Tom ALLEN et Robin WIDDISON, « Can Computers Make Contracts », 9 *Harv. J.L. & Tech.* 25 (1996). Cependant la personnification d'un agent électronique impliquerait l'attribution d'un patrimoine à ce dernier, ce qui mènerait à une certaine incohérence dans la mesure où un tel outil sera inévitablement insolvable. Voir : A.J. BELLIA Jr., *loc. cit.*, note 167, 1067 :

A right that has been advocated for personified software is the right to make contracts as either principal or agent. The corresponding duty as principal presumably would be to fulfill the obligation, and as agent to account to the principal for any malfunction. The purpose this fiction would serve, it is argued, is to protect those who reasonably rely on the actions of the software. The fiction, however, would not serve its intended purpose. As Jean-Francois Lerouge has asked, "What is the point in declaring a computer liable if it lacks personal

bles d'accepter, c'est-à-dire de manifester leur volonté, voire de consentir¹⁷⁹, à un quelconque mandat contrairement à ce qui est exigé par l'article 2130 C.c.Q.¹⁸⁰. Pourrait-on plutôt parler d'apparence de mandat, le cocontractant étant porté à croire qu'il y a une relation de mandataire-mandant entre le vendeur et l'agent électronique? La réponse à cette question doit être négative. En effet, dans la mesure où, pour qu'il y ait l'apparence d'un mandat, il faut nécessairement qu'il y ait possibilité d'un mandat¹⁸¹, une telle position se buterait aux problèmes déjà énoncés pour le mandat¹⁸².

assets?" A corporation can have contractual rights and duties because it also has the right to hold assets to satisfy a judgment (or to receive in satisfaction of a judgment). Unlike a corporation, software is not an association of persons who, as an association, can hold assets. A party may proceed directly against a personified ship because the ship as an asset itself may satisfy a judgment. What sense would it make to proceed against a software agent in rem? Indeed, what would the agent be? The hardware? The CD-ROM? The bits? Even if the agent could be identified, its value would bear no relation to a contractual dispute in the way that the value of a ship may relate to an admiralty dispute. It has been suggested that software could satisfy a judgment if the law required that it be insured for that purpose. In that case, however, the responsible party would not be the computer, but rather the party responsible for procuring the insurance—presumably the user. If the law requires the user to insure its software, the user is ultimately liable, not the computer. Why deem software a person if the user bears all risk of loss?

Pour une discussion sur la notion de personnalité juridique eu égard aux agents électroniques, voir : Y. POULLET, *loc. cit.*, note 167, 137-139.

¹⁷⁹ H. REID, *op. cit.*, note 149, p. 4.

¹⁸⁰ Les mêmes conclusions peuvent être tirées en droit américain : « *Agency with actual authority requires consent between the principal and the agent. Software cannot consent to act as a user's agent. If agency principles are to apply to bots, the law must dispense with the consent of the "agent"* » : A.J. BELLIA Jr., *loc. cit.*, note 167, 1060 et suiv.

¹⁸¹ Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, 1995, Montréal, Éditions Thémis, p. 107 et suiv.

¹⁸² Voir : A.J. BELLIA Jr., *loc. cit.*, note 167, 1062 :

If a person uses a bot to transact business, would not the bot have apparent authority to bind the user based on the manifestation the user makes merely by using the bot? Insofar as apparent authority rests on the objective theory of contract, it is arguable that the use of a bot would not be apparent to the third party until after a binding legal obligation exists, if it exists at all. Moreover, for there to be apparent authority, the manifestation to the third party must be not merely that this is my bot, but that this is my agent. Apparent authority thus presupposes a capacity for actual authority. [...] Arguably, the law must recognize a capacity in software to exercise actual authority before a representation that it has authority would give rise to the appearance of authority.

Mais si l'agent électronique ne peut être considéré l'agent ou le mandataire du vendeur, qu'en est-il de sa qualification juridique? Il serait, selon nous, préférable d'assimiler ce type « d'intermédiaire » au télécopieur, ou à tout autre dispositif de télécommunication. Il s'agit simplement d'un outil¹⁸³ permettant au vendeur d'extérioriser et de diffuser son offre, d'un « support technique prolongeant la volonté de l'utilisateur »¹⁸⁴. Cette position fait l'objet de certaines critiques, dans la mesure où « [s]i l'on considère l'agent électronique comme un outil de la volonté de l'utilisateur, on doit conclure que l'utilisateur sera toujours engagé par les transactions initiées par le programme, même si les messages ne correspondent pas à la volonté de leur « auteur » »¹⁸⁵. Ceci n'est pas tout à fait exact. En effet, si, selon l'article 1465 du Code, « [l]e gardien d'un bien est tenu de réparer le préjudice causé par le fait autonome de celui-ci », cette responsabilité peut être écartée s'il « prouve n'avoir commis aucune faute »¹⁸⁶. Ainsi, si l'outil fait défaut, ce sera à son propriétaire d'établir sa diligence dans l'« entretien » et l'utilisation de celui-ci¹⁸⁷.

B. Le rôle des intermédiaires : mandataires, cocontractants ou tiers à la transaction?

Comme nous l'avons déjà précisé, les intermédiaires lors de transactions électroniques, à savoir les fournisseurs d'accès Internet et les fournisseurs d'infrastructures, ce qui inclut tant les gestionnaires de places de marché et les propriétaires de réseaux EDI que les fournisseurs de logiciels d'approvisionnement, demeurent

¹⁸³ « As the term "electronic agent" has come to be recognized, it is limited to a tool function ». Voir les commentaires dans le *Uniform Electronic Transactions Act* (1999), précité, note 165.

¹⁸⁴ Isabelle de LAMBERTERIE (dir.), *La vente par voie télématique – Rapport intérimaire*, Ivry, Centre de la recherche scientifique, 1988.

¹⁸⁵ Y. POULLET, *loc. cit.*, note 167, 140. Il est intéressant, par ailleurs, de noter qu'il s'agit de la position adoptée dans le UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*, précité, note 164), dont l'article 107 d) précise : « A person that uses an electronic agent that it has selected for making an authentication, performance, or agreement, including manifestation of assent, is bound by the operations of the electronic agent, even if no individual was aware of or reviewed the agent's operations or the results of the operations ».

¹⁸⁶ Art. 1465, *in fine* C.c.Q.

¹⁸⁷ David D. WONG, « The Emerging Law of Electronic Agents: E-Commerce and Beyond... », 33 *Suffolk U. L. Rev.* 83, 104 (1999).

des tiers à la transaction principale, soit le contrat signé entre acheteur et vendeur. Toutefois, le degré d'immixtion de ces tiers pouvant varier, il importe de qualifier juridiquement leur rôle afin d'établir subséquentement leurs devoirs. Pour ce faire, il importe de se référer aux étiquettes juridiques établies par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁸⁸. En effet, comme le souligne Pierre Trudel :

*Au Québec, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information adoptée en juin 2001 prévoit des règles balisant la responsabilité des prestataires de services agissant à divers titres, en tant qu'intermédiaires dans la recherche, l'hébergement, l'archivage ou la transmission de documents. Ces règles sont énoncées à l'article 22, pour la conservation et la référence à des documents, à l'article 26 pour la conservation et aux articles 36 et 37 pour la transmission. Ces dispositions précisent les règles permettant de déterminer la responsabilité des intermédiaires techniques. Elles complètent les principes généraux de la responsabilité civile énoncés à l'article 1457 du Code civil.*¹⁸⁹

Il devient donc utile d'examiner à quel prestataire de services prévu par la loi les différents intermédiaires lors de transactions électroniques pourront être assimilés.

Nous avons choisi, pour la présente section, d'établir une distinction entre les intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès Internet, services de messagerie et gestionnaires de RVA) (1) et les gestionnaires de places de marché (2). Comme nous le verrons plus loin, cette distinction ne découle pas réellement du régime de responsabilité applicable aux parties, mais bien du fait qu'il soit beaucoup plus complexe d'arriver à qualifier juridiquement la relation existant entre le gestionnaire d'une place de marché et les parties au contrat de vente que de qualifier le rôle du fournisseur d'accès.

Ajoutons, par ailleurs, que certains des intervenants mentionnés dans la section I du présent article sortiront nécessairement du cadre d'application de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁹⁰, leur rôle n'étant pas assimilable à celui d'un prestataire de service, mais plutôt à celui d'un vendeur ou dis-

¹⁸⁸ Précitée, note 29.

¹⁸⁹ Pierre TRUDEL, «La responsabilité des acteurs du commerce électronique», dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 611.

¹⁹⁰ Précitée, note 29.

tributeur de logiciels. En effet, la responsabilité de toute entreprise ne faisant que vendre des logiciels permettant l'approvisionnement en ligne, par exemple, sera inévitablement régie par le contrat de vente, de service ou de location signé par les principaux intéressés, ainsi que par l'article 1458 C.c.Q.

1. Le rôle et la responsabilité des intermédiaires techniques lors de transactions électroniques

La responsabilité des fournisseurs d'accès Internet, des services de messagerie et des gestionnaires de RVA dans le cadre de transactions effectuées en ligne, par opposition à la responsabilité des gestionnaires des places de marché, s'avère assez simple à définir. En effet, le fait que la relation entre l'acheteur et le vendeur soit transactionnelle ou communicationnelle n'affecte en aucun cas le rôle de ces intermédiaires, ceux-ci servant de canaux de communication, c'est-à-dire, comme le souligne Pierre Trudel, qu'ils ont un rôle de simples transporteurs d'information¹⁹¹. Or, l'article 36 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* vient limiter le type de responsabilité pouvant être attribué à ces intermédiaires :

36. *Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques sur ce réseau n'est pas responsable des actions accomplies par autrui au moyen des documents qu'il transmet ou qu'il conserve durant le cours normal de la transmission et pendant le temps nécessaire pour en assurer l'efficacité.*

Il peut engager sa responsabilité, notamment s'il participe autrement à l'action d'autrui :

- 1° en étant à l'origine de la transmission du document;*
- 2° en sélectionnant ou en modifiant l'information du document;*
- 3° en sélectionnant la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès;*
- 4° en conservant le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission.¹⁹²*

¹⁹¹ P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 189, 639.

¹⁹² Précitée, note 29.

Par ailleurs, cette position n'est pas propre au législateur québécois, ses homologues nord-américains¹⁹³ et européens¹⁹⁴ ayant adopté une position similaire. C'est donc dire que les intermédiaires techniques n'auront guère de responsabilité découlant du contenu des messages transigeant via leurs systèmes. Ces intermédiaires ne sont toutefois pas exempts de toute forme de responsabilité civile. En effet, le deuxième alinéa de l'article 26 de la même loi vient ajouter :

*Le prestataire de services est tenu, durant la période où il a la garde du document, de voir à ce que les moyens technologiques convenus soient mis en place pour en assurer la sécurité, en préserver l'intégrité et, le cas échéant, en protéger la confidentialité et en interdire l'accès à toute personne qui n'est pas habilitée à en prendre connaissance. Il doit de même assurer le respect de toute autre obligation prévue par la loi relativement à la conservation du document.*¹⁹⁵

Ainsi, comme l'explique Ian Walden et selon les critères présentés, « [t]he failure of the communications facility provider to convey a properly constituted message from the originator to the recipient will give rise to a liability by the provider »¹⁹⁶. Dans certains cas, cette responsabilité pourra être limitée contractuellement. Il appartiendra alors aux parties de s'entendre sur la part de risque qu'elles sont prêtes à accepter.

¹⁹³ Voir : *Uniform Computer Transactions Act*, précité, note 165, § 112 g).

¹⁹⁴ Voir : *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* (« directive sur le commerce électronique »), disponible à l'adresse : [http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_300L0031.html], art. 12.

¹⁹⁵ Les critères de responsabilité retenus par cet article s'avèrent par ailleurs équivalents aux devoirs des gestionnaires de réseaux RVA, à savoir :

- transmettre le message dans le bon format et selon le bon protocole;
- adopter des mesures raisonnables afin d'empêcher la corruption du message;
- assurer que le message se rende à destination;
- assurer la confidentialité et la sécurité du message.

Ian WALDEN, *EDI and the Law*, London, Blenheim Online, 1989, p. 50.

¹⁹⁶ *Id.*, p. 51.

2. Le rôle et la responsabilité des gestionnaires de places de marchés lors de transactions électroniques

Comme l'explique Thierry de Galard :

*La place de marché est en réalité tripartite : les acheteurs qui signalent leurs demandes sur le site, les vendeurs adhérents à cette place de marché qui placent leurs offres sur le site, et l'intermédiaire qui gère ou anime la place de marché de façon plus ou moins indépendante.*¹⁹⁷

Ce sont donc les obligations de cet « intermédiaire qui gère ou anime la place de marché », le gestionnaire de la place de marché, que nous tenterons de définir. Cependant, il importe de souligner dès maintenant que ces obligations pourront varier selon l'importance du rôle du gestionnaire de la place de marché lors de la transaction, à savoir s'il agit comme simple intermédiaire favorisant la transaction (a), comme intermédiaire financier (b), ou encore comme agent de certification (c).

a. La place de marché en tant qu'intermédiaire favorisant la transaction

Établir la responsabilité du gestionnaire de la place de marché dans le cadre de relations transactionnelles implique la qualification de la relation entre cette place de marché et les parties au contrat de

¹⁹⁷ Thierry de GALARD, « Les places de marché en ligne et le droit », (2001) 132 *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* 18, 19. L'expression « plus ou moins indépendante » renvoie au fait que :

it is possible to distinguish between two general types of marketplaces on the World Wide Web: markets with and markets without a central operator who brokers the transactions between buyer and seller. Markets without a central operator are merely electronic trading forums. They feature a thematic listing (links) of potential trading partners but do not offer the buyer any concrete buying opportunities. The result is a so-called electronic shopping mall or market community, which provides consumers with a catalog of suppliers in a specific product field. In marketplaces with a central operator, the organizer or broker intervenes directly in the market process. The operator gathers product offerings and buyer wishes and matches this information within its database according to defined co-ordination criteria. This proactive intermediation service between supplier and customer is offered as an entrepreneurial product. The result is an online auction or electronic marketplace that facilitates transactions for certain items.

T. KOLLMANN, *loc. cit.*, note 145. C'est à cette « intermédiation proactive » que nous nous référons lorsque nous abordons la responsabilité des gestionnaires de places de marché.

vente. Or, l'attribution d'une quelconque étiquette juridique à cette relation s'avère plus complexe qu'il ne peut sembler.

En droit français, les animateurs de places de marché ont un statut de courtiers libres¹⁹⁸. En effet, « [l']animateur de la place de marché est un courtier indépendant et non pas un mandataire des acheteurs ou des vendeurs, ni un commissionnaire. [...] L'animateur courtier "présente les parties, il ne les représente pas". Il doit être un intermédiaire indépendant, bien que souvent il dépende en fait des vendeurs ou des acheteurs »¹⁹⁹.

Malheureusement, la transposition d'une telle qualification en droit québécois semble difficile, voire impossible, d'abord parce que les catégories juridiques et la réglementation détaillée du droit français « n'ont pas cours chez nous »²⁰⁰; ensuite parce que la notion générale de courtage semble être disparue avec l'ancien Code.

En effet, bien que le *Code civil du Bas Canada* définissait le courtier comme personne exerçant « le commerce ou la profession de négociant entre les parties les achats et ventes ou autres opérations licites »²⁰¹, une telle définition générale du terme ne figure plus dans le Code actuel. Ainsi, le droit québécois contemporain préfère subdiviser la notion de courtage en attribuant au courtier un rôle bien précis dans la sphère des valeurs mobilières, de l'immobilier ou des assurances. Bref, en droit québécois, le courtier, en tant qu'intermédiaire de commerce générique faisant « profession d'offrir ses services à deux ou plusieurs personnes »²⁰² n'existe plus. Il possède désormais un rôle bien défini selon son domaine de pratique et est soumis à une réglementation spécifique à celui-ci²⁰³.

Cette absence de définition du contrat de courtage « générique » laisse plusieurs auteurs perplexes quant à sa qualification juridique.

¹⁹⁸ T. de GALARD, *loc. cit.*, note 197, 19.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ A. POPOVICI, *op. cit.*, note 181, p. 204.

²⁰¹ Art. 1735 C.c.B.C.

²⁰² H. REID, *op. cit.*, note 149, p. 147.

²⁰³ Ainsi, la *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73.1, identifie les pouvoirs du courtier ou de l'agent d'immeubles, la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., c. D-9.2, encadre le rôle du courtier d'assurances et la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, énonce les devoirs propres au courtier en valeurs mobilières.

Ainsi, si l'ancien Code classifiait clairement (à tort diront certains²⁰⁴) le courtage sous l'auspice du mandat, le silence du *Code civil du Québec* en la matière laisse planer un certain doute quant à la relation à établir entre contrat de courtage et mandat. Selon une doctrine majoritaire, « le contrat de courtage comporte un caractère dualiste. Entre les parties contractantes, on tient compte des règles du contrat de service : comme expert, le courtier est un prestataire de services. Toutefois, vis-à-vis les tiers, le courtier agit à titre de représentant de son client, dont il engage la responsabilité: en tant qu'intermédiaire, le courtier est un mandataire »²⁰⁵.

Il devient ainsi pertinent d'aborder séparément les composantes de ce « caractère dualiste » du courtage pour voir s'il est possible d'assimiler la relation entre les parties et le gestionnaire d'une place de marché à un contrat de courtage.

i. Le gestionnaire de place de marché : intermédiaire entre les parties?

Comme le souligne le professeur Popovici, le courtier est d'abord et avant tout un intermédiaire, un entremetteur²⁰⁶, un prestataire de services qui ne pose pas d'actes juridiques au nom ou pour l'une ou l'autre des parties²⁰⁷.

Limiter notre analyse à ce premier volet de la définition de « courtier », viendrait soutenir l'application de la solution française à notre droit puisque, comme nous l'avons vu, la place de marché est un « [s]ite portail destiné au commerce interentreprises, [...] qui permet de faire [...] des affaires directement entre acheteurs et fournisseurs »²⁰⁸. En acceptant cette définition de la place de marché, nous reconnaissons implicitement que, puisque les affaires sont conduites « directement » entre les parties, ce sont ces dernières qui

²⁰⁴ Voir : Claude BARSALOU, « Le contrat de courtage immobilier résidentiel : contrat de service et de consommation », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, Barreau du Québec, 1997, p. 367.

²⁰⁵ Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 607.

²⁰⁶ A. POPOVICI, *op. cit.*, note 181, p. 206.

²⁰⁷ *Id.*, p. 337.

²⁰⁸ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *op. cit.*, note 1. Nous soulignons.

effectuent les actes juridiques²⁰⁹, l'objectif principal des places de marché étant de mettre fin à l'intermédiation en remplaçant les tiers par un agent électronique.

Mais peut-on prétendre que le recours à un agent électronique demeure dans les limites du courtage? Selon le professeur Popovici, le courtier ne doit pas être considéré comme un simple messenger ou un agent d'exécution, voire un robot²¹⁰. Par messenger, il signifie tout intermédiaire pouvant être remplacé par une machine²¹¹.

Or, comme nous venons de le souligner, le gestionnaire de la place de marché, dans son rôle d'«intermédiaire» entre les parties, non seulement peut, mais va manifestement être remplacé par un agent informatique, sans quoi la place de marché n'offrirait aucun avantage comparatif. C'est donc à se demander si la notion de courtage est conciliable avec celle de cybermarché.

ii. Le gestionnaire de place de marché est-il, même accessoirement²¹², un mandataire?

Selon l'article 2130 C.c.Q., le mandat «est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer». Ainsi, pour qu'il y ait mandat, il faut d'abord qu'il y ait accomplissement d'un acte juridique. Or, le gestionnaire de la place de marché accomplit-il un acte juridique pour le compte du vendeur?

Comme le rappelle le professeur Popovici en citant un passage rédigé en 1947 par Charles Beudant :

Le mandat suppose que dans certaines circonstances le mandataire appréciera par lui-même l'opportunité ou les conditions de l'acte juridique à conclure. S'il doit au contraire se déterminer soit par des directives fixées d'avance, soit même par des règles optatives – le choix entre elles devant

²⁰⁹ Nous reviendrons plus loin sur cette question du réel auteur des actes juridiques.

²¹⁰ A. POPOVICI, *op. cit.*, note 181, p. 337.

²¹¹ *Id.*, p. 241.

²¹² «Le courtier n'est certes pas un préposé de son client, il n'en est pas le simple messenger, il est un mandataire, au moins accessoirement et à l'égard du tiers» : *id.*

*s'exprimer suivant l'événement ou la défaillance de certains faits prévus par le maître et indépendants de la volonté du messenger –, alors l'opération n'est pas un mandat.*²¹³

Ainsi, même en admettant que l'agent informatique constitue le prolongement de la personne du gestionnaire de la place de marché²¹⁴ et que c'est cet agent qui fait l'offre, il demeure que celle-ci se détermine « par des directives fixées d'avance »²¹⁵, puisqu'il appartient aux vendeurs de « dresser la liste des produits et services qu'ils proposent, et de la mettre à disposition sur la place de marché »²¹⁶. Cette réalité est par ailleurs normalement soulignée dans les contrats d'adhésion aux places de marché :

*GWS is not a party to transactions between Members. Consequently, GWS makes no representation or warranty regarding the following: i) prices, terms of contracts, or the quality, security, conformity or legality of products offered for sale; ii) the capacity of Members to sell or purchase products; iii) the conclusion and execution of sales; iv) the payment or compiling of offers made and bids placed on the Site; v) the quality control, compatibility, security or legality of products offered on the Site, or the control of the truthfulness or accuracy of information displayed on the Site.*²¹⁷

Il importe de souligner que le texte de Beudant cité plus haut a été rédigé à un moment où les ordinateurs n'avaient pas le potentiel de discernement actuel. En effet, comme l'explique la Cour dans *Bennett c. La société coopérative agricole de Sherbrooke*²¹⁸, le rôle de messenger se limite au « travail d'aller chercher un chèque et une lettre ». Il s'agit là d'une tâche beaucoup plus simple que la gestion d'enchères.

Cette distinction nous apparaît toutefois sans importance dans la mesure où prétendre que le gestionnaire d'une place de marché pourrait être le mandataire d'une ou l'autre des parties à un contrat de vente négocié par le biais de son réseau démontre une mauvaise

²¹³ Charles BEUDANT, cité par A. POPOVICI, *op. cit.*, note 181, p. 240 et 241.

²¹⁴ Ce qui, comme nous le verrons, n'est pas le cas.

²¹⁵ C. BEUDANT, cité par A. POPOVICI, *op. cit.*, note 181, p. 240 et 241.

²¹⁶ P. NIEUWBOURG et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 47.

²¹⁷ « Usership Agreement Between Global Wine & Spirits (GWS) and the Member (Terms and Conditions of Access and Use) », disponible à l'adresse : [<http://www.globalwinespirits.com/wx?/WXMain/WXMainIndexRed.html>].

²¹⁸ [1975] C.A. 611, 613.

compréhension du rôle du gestionnaire. Ce dernier ne s'immisce pas dans les négociations entre les parties, il n'exerce aucun contrôle sur les prix demandés ou sur les offres faites. Son rôle se limite en fait à fournir des formulaires à remplir pour le vendeur ou le donneur d'ouvrage et à l'hébergement de ces formulaires sur son réseau afin d'en permettre l'accès à des acheteurs potentiels²¹⁹. « Le rôle de l'organisateur de la place de marché est de rendre cohérents [les] différents catalogues de produits et services, pour faciliter la recherche des informations et harmoniser leur présentation »²²⁰.

Pourrait-on, dans ce cas, comparer le rôle du gestionnaire d'une place de marché à celui d'un publicitaire? Dans l'affirmative, il serait tout de même possible de considérer que le gestionnaire de la place de marché est le mandataire du vendeur puisque « dans la mesure où une offre est un acte juridique, on peut affirmer que le publicitaire est le mandataire de son client [...] avec pouvoir de représentation à l'égard de [l'acheteur], dans un acte juridique unilatéral »²²¹. En effet, la publicité pouvant être considérée comme étant une modalité de l'offre²²², le publicitaire pose un acte juridique au nom du vendeur en affichant son produit, ce qui nous ramène à la définition du mandat énoncée à l'article 2130 C.c.Q.

Cependant, contrairement à la relation vendeur/publicitaire, le vendeur ne demande pas au gestionnaire d'afficher une offre sur le réseau; il fait lui-même une offre aux acheteurs potentiels via le réseau du gestionnaire. La distinction est non négligeable.

Afin de mieux saisir les subtilités de cette affirmation, prenons l'exemple suivant. Vous vous procurez au bureau de poste une enveloppe, du papier à lettre et un timbre. Vous rédigez une offre de

²¹⁹ Voir: T. KOLLMANN, *loc. cit.*, note 145:

In contrast to a traditional exchange of goods between two parties, a third partner intervenes here in the bilateral exchange relationship between buyer and seller. In this configuration all parties (seller/buyer/marketplace operator) are in direct contact with each other and the goods or services can only be exchanged when all three parties participate in the transaction. The third partner in the exchange, the marketplace operator, does not transform the exchanged goods or services. The operator simply provides an information channel which is requisite to the conclusion of the transaction and which reduces the costs of this transaction. (nous soulignons)

²²⁰ P. NIEUWBOURG, et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 48.

²²¹ A. POPOVICI, *op. cit.*, note 181, p. 248.

²²² *Id.*

contracter sur ce papier à lettre, signez, scellez l'enveloppe et remettez le tout au préposé du comptoir postal. Postes Canada achemine la lettre à votre cocontractant potentiel, qui en prend connaissance. Peut-on prétendre que Postes Canada ou même le préposé du comptoir postal est votre mandataire? Bien sûr que non puisque le simple transport d'un message ne constitue pas «l'accomplissement d'un acte juridique»²²³, élément primordial à l'existence d'un mandat.

Bien que cette relation ne soit pas en tout point identique à celle unissant un vendeur potentiel et une place de marché, les similitudes sont importantes. Comme Postes Canada, le gestionnaire de la place de marché n'est rien de plus qu'un simple messenger: il héberge les annonces rédigées par les vendeurs potentiels et y permet l'accès aux acheteurs potentiels. C'est le vendeur, au moyen d'un logiciel, qui fait l'offre²²⁴; le logiciel est l'outil du vendeur, non pas du gestionnaire: «*a software agent is defined as a piece of software that acts on behalf of its user and tries to meet certain objectives or complete tasks without any direct input or direct supervision from its user*»²²⁵.

C'est d'ailleurs ce qu'est venu souligner le juge Kelleher dans l'affaire américaine *Hendrickson c. Ebay, Inc.* :

*eBay is not actively involved in the listing, bidding, sale and delivery of any item offered for sale on its website. [...] all arrangements to consummate the transaction are made directly between the buyer and seller. eBay has no involvement in the final exchange and generally has no knowledge whether a sale is actually completed (i.e., whether payment exchanges hands and the goods are delivered). If an item is sold, it passes directly from the seller to the buyer without eBay's involvement.*²²⁶

²²³ Art. 2130 C.c.Q.

²²⁴ C'est, par ailleurs, ce qu'a énoncé un tribunal allemand dans l'affaire *Rolex c. eBay GmbH*: «[Q]uand bien même l'utilisateur peut recourir à un agent lui permettant d'émettre automatiquement des offres de prix, on ne peut prétendre que les défenderesses prennent activement part aux processus d'enchères. Cet "agent offrant", remarque le Tribunal, n'est en fait qu'un logiciel produisant des offres de manière automatisée. Ces offres ne peuvent donc pas être considérées comme ayant été fournies par les défenderesses ou par leurs collaborateurs». Voir: Lionel THOUMYRE, «Responsabilité des intermédiaires: le cas des sites de ventes aux enchères», (2003) 110 *Petites affiches* 8, 9 et 10.

²²⁵ S. AMIL, *loc. cit.*, note 173, 24. Nous soulignons.

²²⁶ 165 F.Supp.2d 1082, 1094.

Bien que le site eBay vise les échanges B2C et non les affaires entre entreprises, il demeure que le fonctionnement du site est très similaire à celui d'une place de marché.

À la lumière de tout ce qui précède, il ressort que la relation entre le vendeur (ou l'acheteur) et le gestionnaire de la place de marché ne concerne que la connexion au cybermarché, ainsi que « toutes les prestations de nature "secondaire" ou "accessoire" y étant reliées »²²⁷. La doctrine actuelle semble s'accorder pour qualifier ce type de relation de contrat de service²²⁸ puisqu'il s'agit immanquablement d'un contrat par lequel une personne s'engage envers une autre (le client) à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer²²⁹. Nous partageons cette opinion.

Concernant la responsabilité attribuable au gestionnaire d'une place de marché, celle-ci découlera des articles 2098 et suivants C.c.Q., ainsi que des clauses prévues au contrat. Ainsi, le gestionnaire de la place de marché sera tenu d'agir avec prudence et diligence tout en s'assurant que « le service fourni est conforme au contrat »²³⁰, le tout suivant les usages et règles de son art. Le contrat de service implique par ailleurs la fourniture des outils nécessaires à l'exécution de celui-ci²³¹. Toute autre obligation devant être spécifiée au contrat, il devient important pour le gestionnaire de limiter sa responsabilité pour des cas de force majeure²³² comme, par exemple, pour des attaques informatiques, des pannes de courant, etc.

En ce qui concerne la responsabilité du gestionnaire d'une place de marché envers les acheteurs potentiels dans les cas où ces

²²⁷ Antoine LEDUC, « Le contrat de création et le contrat d'hébergement d'un site Web : éléments de négociation, de rédaction et d'interprétation », dans *Développements récents en droit de l'Internet*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 185.

²²⁸ *Id.* Une certaine doctrine française qualifie ce type de contrat de service de « contrat de référencement », contrat visant également les moteurs de recherche. Voir : Arnaud DIMÉGLIO, « Les contrats de référencement dans l'Internet », (2001) 3 *Communication - Commerce Électronique* 14, 17.

²²⁹ Art. 2098 C.c.Q.

²³⁰ Art. 2100 C.c.Q.

²³¹ Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 124.

²³² Blandine POIDEVIN, « La responsabilité des places de marché », (2001) disponible à l'adresse : [http://www.jurisexpert.com/site/fiche.cfm?id_fiche=1358].

derniers seraient victimes de mauvaises représentations de la part du vendeur, l'inclusion d'une clause d'exonération telle celle-ci semble être d'usage courant :

4.2 The Member hereby releases GWS and agrees to hold it harmless against all claims, demands and damages of any kind or nature arising from paragraph 4.1²³³ hereof. The purpose of this paragraph is not to exonerate GWS from the damages which may be sustained by a Member due to the negligence of GWS or its employees with regard to their obligations concerning the protection of confidential information.²³⁴

Une telle clause, si elle n'est pas nécessaire dans la mesure où elle vient simplement rappeler ce qui est établi par l'article 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²³⁵, vient tout de même clarifier le rôle de la place de marché et rendre les chances de réussite d'une poursuite ultérieure assez faibles.

C'est donc dire que le gestionnaire d'une place de marché n'aura d'autres obligations envers les acheteurs potentiels que celles prévues au contrat de service, soit de permettre l'accès aux offres²³⁶. Ceci implique par ailleurs que l'acheteur se basant sur une information erronée située sur une page rédigée par le vendeur,

²³³ La clause 4.1 se lit comme suit :

GWS is not a party to transactions between Members. Consequently, GWS makes no representation or warranty regarding the following: i) prices, terms of contracts, or the quality, security, conformity or legality of products offered for sale; ii) the capacity of Members to sell or purchase products; iii) the conclusion and execution of sales; iv) the payment or compiling of offers made and bids placed on the Site; v) the quality control, compatibility, security or legality of products offered on the Site, or the control of the truthfulness or accuracy of information displayed on the Site.

²³⁴ « Usership Agreement Between Global Wine & Spirits (GWS) and the Member (Terms and Conditions of Access and Use) », *loc. cit.*, note 217.

²³⁵ Précitée, note 29 :

37. *Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour conserver sur un réseau de communication les documents technologiques que lui fournit son client et qui ne les conserve qu'à la seule fin d'assurer l'efficacité de leur transmission ultérieure aux personnes qui ont droit d'accès à l'information n'est pas responsable des actions accomplies par autrui par le biais de ces documents.*

²³⁶ La politique d'adhésion de la place de marché *Global Wine and Spirits* ([www.globalwinespirits.com]), par exemple, précise que : « GWS undertakes to ensure the proper operation of the Site in order to provide access at all times to the Members and Designated Employees, and in order to maintain and update its technical and functional infrastructure ».

mais dont l'erreur est due à un mauvais fonctionnement du logiciel, n'aura d'autre choix que de se retourner vers son vendeur pour exiger réparation²³⁷. Il appartiendra donc au vendeur de s'assurer que l'offre qui est affichée sur la place de marché est conforme à son intention, c'est-à-dire qu'il lui faudra notamment consulter les pages associées à ses produits afin de s'assurer qu'aucune erreur ne s'y soit glissée. Si tel s'avère être le cas, le vendeur pourra par ailleurs se retourner contre le gestionnaire de la place de marché puisque ce dernier n'aura pas assuré la sécurité ou préservé l'intégrité de son offre²³⁸.

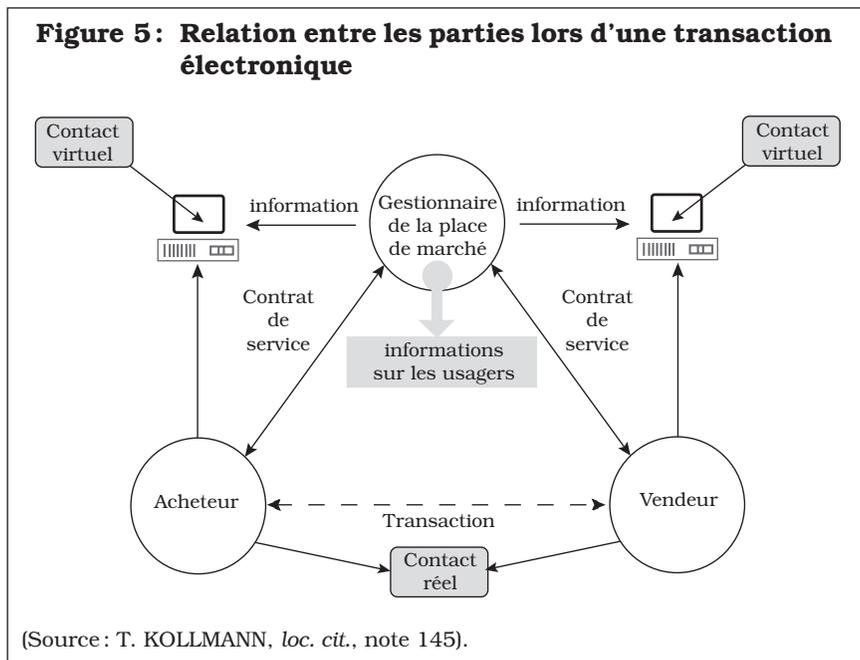
²³⁷ Comme le souligne Y. POULLET (*loc. cit.*, note 167, 141 et suiv.), il serait possible de recourir à la théorie de l'apparence pour engager la responsabilité d'un vendeur lorsqu'une erreur causée par son agent électronique produit des transactions non désirées. Notons cependant que cette théorie possède ses critiques puisqu'elle suppose une certaine prévisibilité des risques associés à l'utilisation d'agents électroniques, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Voir : S. AMIL, *loc. cit.*, note 173, 27. Nous ne partageons pas cet avis puisqu'un vendeur diligent et raisonnable devrait s'assurer du bon fonctionnement de son agent électronique. Voir : Nicolas W. VERMEYS, « Computer "Insecurity" and Viral Attacks: Liability Issues Regarding Unsafe Computer Systems Under Quebec Law », (2004) 9, n 1 *Lex Electronica*.

²³⁸ L'article 26 al. 2 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (précitée, note 29) prévoit en effet ce qui suit :

Le prestataire de services est tenu, durant la période où il a la garde du document, de voir à ce que les moyens technologiques convenus soient mis en place pour en assurer la sécurité, en préserver l'intégrité et, le cas échéant, en protéger la confidentialité et en interdire l'accès à toute personne qui n'est pas habilitée à en prendre connaissance. Il doit de même assurer le respect de toute autre obligation prévue par la loi relativement à la conservation du document.

Il faut toutefois noter que cet article n'est pas d'ordre public et qu'il sera possible pour le gestionnaire de la place de marché de limiter contractuellement sa responsabilité selon les articles 1413 et 1474 C.c.Q. (*a contrario*). Les conditions d'utilisation du site Web de *Covisint* ([www.covisint.com]), par exemple, exemptent l'entreprise pour toute forme de dommages « *arising in any way out of the availability, use, reliance on, or inability to use the web site, even if COVISINT or its registered agent have been advised of the possibility of such damages* ». Notons toutefois que la mention « *even if COVISINT or its registered agent have been advised of the possibility of such damages* » risque d'être ignorée par les tribunaux québécois, puisqu'elle pourrait être interprétée comme constituant une clause d'exclusion de responsabilité pour une faute lourde, ce qui s'avère impossible selon l'article 1474 C.c.Q.

Figure 5: Relation entre les parties lors d'une transaction électronique



iii. La place de marché, en tant qu'outil transactionnel, pourrait-elle être considérée la mandatrice du vendeur?

Comme il est question de dissocier le gestionnaire de la place de marché, simple messenger, et le logiciel de la place de marché, outil permettant la transaction, serait-il possible de prétendre que le logiciel devient alors le mandataire du vendeur? Comme nous l'avons vu précédemment, cela s'avère impossible dans la mesure où seules les personnes peuvent être mandatées et que le logiciel de place de marché n'est pas une personne au sens du Code.

b. La place de marché en tant qu'intermédiaire de paiement

Le paiement constitue une barrière importante au développement des affaires électroniques. En effet, « *the absence of simple payment infrastructure reduces the chance for passive web-based relationships in favor of more complex, negotiated relationships*

between parties»²³⁹. Ainsi, une majeure partie des paiements pour les transactions B2B s'effectue toujours hors ligne selon les bonnes vieilles méthodes d'échange de devises²⁴⁰ et cette tendance ne s'estompera pas tant et aussi longtemps que les mécanismes de certification des parties et les transferts de fonds électroniques ne seront pas plus répandus²⁴¹:

*The only difficulty with e-commerce in a business-to-business environment is that since the purchases are likely to be that much bigger, the security issues are that much more serious. The end result is that entering a credit card number and awaiting product delivery is not an option when it comes to obtaining goods, and indeed businesses do not operate in this way often anyway.*²⁴²

Afin de contrecarrer cette problématique, sont apparus l'Electronic Funds Transfer²⁴³ (EFT) et les Purchasing Cards (P-Cards)²⁴⁴, des outils électroniques destinés à faciliter le transfert de fonds en ligne. Cependant, pour diverses raisons qu'il n'est pas opportun d'aborder ici, ces techniques de paiement ne se répandent pas très rapidement.

Le paiement en ligne devient également complexe lorsque l'on aborde la question du moment où il doit avoir lieu. Ordinairement, le paiement se fait suite à la réception et à l'inspection des marchandises ou, entre partenaires réguliers, par crédit²⁴⁵. Ces pratiques imposent cependant un certain nombre de risques au vendeur, à savoir « le risque d'insolvabilité de l'acheteur, les risques politiques, les risques de dévaluation de la monnaie, etc. »²⁴⁶. Afin de contrer

²³⁹ S. KINNEY, *loc. cit.*, note 66.

²⁴⁰ ORBIAN, *The Finance and Settlement Solution for Business-to-Business Trading*, (2001), p. 3.

²⁴¹ V. LAPIERRE, *op. cit.*, note 43, p. 47.

²⁴² « E-Commerce: How to... Understand B2B Commerce », (2000), disponible à l'adresse : [http://bcs.businesseurope.com/cmn/viewdoc.jsp?cat=ec&ct=ht&docid=BEL1_Doing_0000004372].

²⁴³ « EFT refers to an electronic check sent through the Automated Clearing House » : R.M. LANE et N.P. LANE, *op. cit.*, note 83, p. 61.

²⁴⁴ *Id.* : « PCards are similar to consumer credit cards, but have more controls, more information, and different payment terms. Also, P-Cards are often used with e-Procurement systems as a "ghost card": a secure, restricted charge account, without physical plastic in an employee's hands ».

²⁴⁵ P. NIEUWBOURG et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 93.

²⁴⁶ Nicole L'HEUREUX et Édith FORTIN, *Droit bancaire*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 220 et 221.

ces risques, les cocontractants auront occasionnellement recours aux crédits documentaires, soit :

[...] *l'opération par laquelle une banque – appelée banque émettrice ou banque apéritrice – accepte, à la demande d'un acheteur – appelé donneur d'ordre ou ordonnateur –, de mettre des fonds à la disposition du vendeur – appelé bénéficiaire – contre remise de documents constatant la bonne exécution d'une vente.*²⁴⁷

Malgré l'efficacité du crédit documentaire, il importe de souligner que cette technique nécessite la participation d'intervenants supplémentaires, soit la banque émettrice et, dans certains cas, une banque intermédiaire²⁴⁸ et/ou réalisatrice²⁴⁹. La présence d'une étape additionnelle à la transaction est donc inévitable. Les ententes relatives au crédit documentaire s'effectueront par ailleurs hors ligne, le crédit documentaire informatisé offrant, pour l'instant, une sécurité juridique inadéquate²⁵⁰. Les partisans d'une informatisation complète du processus transactionnel auront donc tout intérêt à trouver une alternative numérique au crédit documentaire.

Une telle alternative pourrait résider dans l'utilisation des places de marché comme intermédiaires de paiement. En effet, il pourrait être intéressant pour l'acheteur potentiel « de payer non pas le vendeur mais l'animateur de la place de marché »²⁵¹. Ce dernier garderait les fonds qui ne seraient « versés au vendeur que le jour de la réception conforme de la marchandise »²⁵². Une telle situation procurerait les mêmes avantages aux parties que le crédit documentaire,

²⁴⁷ Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 390. Voir également les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (RUU 500) de la Chambre de commerce internationale (CCI).

²⁴⁸ Comme l'explique T. BONNEAU (*id.*, p. 399), l'intervention d'une banque intermédiaire « s'explique par le fait que la banque émettrice est généralement une banque du pays de l'acheteur et que, pour des raisons de confiance [...] et de facilités matérielles [...], le vendeur préfère avoir affaire à une banque de son pays ».

²⁴⁹ Il s'agit de la banque chargée de réaliser le crédit, « ce peut être la banque émettrice, la banque confirmatrice ou tout autre banque désignée » : *id.*

²⁵⁰ Au sujet de cette question, voir : Marc LACOURSIÈRE, *La sécurité juridique du crédit documentaire informatisé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, notamment aux pages 167 et 168.

²⁵¹ T. de GALARD, *loc. cit.*, note 197, 20.

²⁵² *Id.*

à savoir une garantie que les prestations réciproques seront remplies²⁵³, tout en limitant le nombre d'intervenants.

Cependant, les places de marché qui proposeront la validation et le paiement intégral d'une quelconque transaction par leur intermédiaire, pourraient, selon les juridictions, se voir attribuer un rôle de séquestre des fonds²⁵⁴, voire d'intermédiaire financier²⁵⁵, étiquettes pouvant avoir de lourdes conséquences tant juridiques que financières pour leurs gestionnaires²⁵⁶. Comme le soulignent les auteurs Philippe Nieuwbourg et Hubert d'Hondt :

*[...] son implication est beaucoup plus forte que lorsqu'elle se contente de mettre deux entreprises en relation. En cas de litige entre le fournisseur et son client, il y a fort à parier que la place de marché qui aurait enregistré la commande, facturé et encaissé le montant, même si elle s'est en cela substituée juridiquement au fournisseur, sera impliquée dans le litige et devra en répondre, éventuellement même devant les tribunaux. Du point de vue financier, le rôle d'intermédiaire risque de modifier le métier initial de la place de marché, en lui faisant jouer un rôle de banquier [...] Les sommes en jeu peuvent être importantes et un tel fonctionnement nécessitera certainement la mise en place de garanties auprès d'établissements financiers.*²⁵⁷

Selon le droit applicable au Québec, le gestionnaire d'une place de marché ou toute autre entreprise désirant offrir ses services comme intermédiaire financier, devra faire rédiger un contrat d'entiercement aux parties, c'est-à-dire un « [c]ontrat par lequel une personne s'engage à confier la garde d'un bien mobilier à un tiers jusqu'à l'exécution d'une condition ou la réalisation d'un événement prévues par la convention »²⁵⁸. Un tel engagement implique

²⁵³ Matthew I. PETERS et Richard G. TREMBLAY, « Escrow Agreements: You Do Not Have To "Trust" The Terminology », (2001) 12 *Canadian Current Tax* 13, 14.

²⁵⁴ T. de GALARD, *loc. cit.*, note 197, 20.

²⁵⁵ P. NIEUWBOURG, et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 94.

²⁵⁶ *Id.*

²⁵⁷ *Id.*, p. 94 et 95.

²⁵⁸ H. REID, *op. cit.*, note 149, p. 218. Les auteurs M.I. PETERS et R.G. TREMBLAY (*loc. cit.*, note 253, 13 et 14) donnent une définition plus complète de ce type de relation :

An escrow arrangement generally refers to a conditional delivery of property from one party (transferor) to another party (transferee). The transferor delivers the property to an intermediary (escrow agent/trustee) who then delivers the

nécessairement la naissance d'un mandat²⁵⁹, la place de marché s'engageant à accomplir un acte juridique pour la personne de l'acheteur²⁶⁰, à savoir le paiement du bien acheté.

Le gestionnaire de la place de marché se verra donc dans l'obligation de délivrer le montant au vendeur dès qu'il aura eu notification de la réception du bien par l'acheteur, sans quoi il pourrait engager sa responsabilité civile en vertu de l'article 1458 C.c.Q. Le gestionnaire de la place de marché pourrait également engager sa responsabilité s'il effectue le paiement avant la délivrance du bien.

Notons que tout mandat découlant du contrat d'entiercement conclu entre les parties demeure accessoire au contrat de service déjà présent entre la place de marché et l'acheteur. Les rapports entre ces derniers resteraient donc assujettis au régime du contrat de service²⁶¹ tel que précédemment défini. Ce caractère accessoire du contrat de mandat implique également qu'en cas d'inexécution ou d'exécution partielle de la part de la place de marché, le vendeur, étant un tiers à la relation mandataire/mandant, devra se retourner contre son acheteur pour être dédommagé, son contrat de service avec la place de marché étant distinct du contrat en litige. En effet, comme le souligne l'article 2157 du Code, « le mandataire qui [...] s'oblige au nom et pour le compte du mandant, n'est pas personnellement tenu envers le tiers avec qui il contracte ».

Il existe par ailleurs une éventuelle problématique découlant de cette double relation entre les intervenants, à savoir le mandat issu du contrat d'entiercement, ainsi que les contrats de services liant chacune des parties à la place de marché. L'article 2138 C.c.Q. vient souligner la nécessité, pour le mandataire, « d'agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et

property to the transferee only after the transferee has fulfilled the requisite condition(s) stipulated in the escrow agreement. Once the delivery of the property to the escrow agent is complete, the transferor loses all ability to deal with the property and the escrow agent must deliver it to the transferee when the conditions are fulfilled. If the conditions are not fulfilled within a reasonable time, the escrow agent must return the property to the transferor.

²⁵⁹ M.I. PETERS et R.G. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 253, 14.

²⁶⁰ Art. 2130 C.c.Q.

²⁶¹ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *op. cit.*, note 231, vol. 3, p. 333.

celui de son mandant»²⁶². Or, dans les faits, l'intérêt principal du gestionnaire de la place de marché réside dans la croissance ou, tout au moins, le maintien de son nombre d'abonnés²⁶³. Cette prétention s'avère d'autant plus plausible si les abonnés doivent payer des frais d'accès périodiques au gestionnaire de la place. Il est à se demander si cette réalité n'entre pas en contradiction avec l'objectif du mandat contracté, les intérêts économiques du gestionnaire de la place de marché étant mieux servis lorsque celui-ci favorise un vendeur dont les chiffres d'affaires sont importants (si les frais d'utilisation sont au pourcentage), ou dont la présence incite l'inscription de nouveaux membres (si les frais sont fixes).

c. La place de marché en tant que tiers certificateur

L'un des éléments le plus couramment employé pour expliquer le manque d'enthousiasme manifesté pour le commerce électronique réside dans la notion de confiance²⁶⁴. En effet, l'utilisation d'un médium électronique tel Internet rend difficile l'évaluation de la fiabilité d'un éventuel partenaire commercial²⁶⁵ et les coûts associés à la recherche d'informations sur ceux-ci dépassent souvent les économies reliées à l'achat en ligne. Bref, les commerçants sont souvent réticents à contracter avec de purs inconnus.

Afin de contrer cette réticence sont apparue une série d'« intermédiaires de confiance » (en anglais *Trusted third parties* ou TTP)²⁶⁶, organismes émetteurs de sceaux de certification visant à rassurer d'éventuels créanciers ou débiteurs sur la fiabilité de certaines entreprises.

²⁶² Nous soulignons.

²⁶³ Voir : T. KOLLMANN, *loc. cit.*, note 15, où l'auteur précise, en parlant des gestionnaires de places de marché, que : « *Their goal is to win over suppliers and customers for their own intermediation platform and to match buyers and sellers for a fee* ».

²⁶⁴ « *Trust is a particularly essential component in Internet commerce. Trust has been shown to be essential in exchange relationships due to the embeddedness of actors in an ongoing system of social relations, and the uncertainty existing between trading partners. In the electronic commerce literature, trust is emerging as a potentially potent strategic element in organizational Web site development* » : J.W. PALMER, J.P. BAILEY et S. FARAJ, *loc. cit.*, note 144.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ Le site [www.verisign.com] est un exemple de tels intermédiaires.

Dans un contexte de responsabilité civile, la relation entre l'autorité de certification et l'utilisateur constitue un vecteur des plus intéressants dans la mesure où sa qualification est équivoque. Imaginons un utilisateur qui, sur la base du certificat, contracte avec l'abonné titulaire du certificat. Malheureusement pour le premier, l'identité du second n'est pas fiable, le certificat n'assure pas le degré de sécurité exigé. Or, l'utilisateur « victime » n'est nullement lié par contrat avec l'autorité de certification qui demeure pourtant une des rares personnes contre laquelle il peut se retourner.

Si cette situation a antérieurement laissé place à une certaine incertitude²⁶⁷, celle-ci est aujourd'hui écartée par les articles 61 et 62 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁶⁸ qui rendent l'autorité de certification (le « prestataire de service de certification » selon le texte de loi) responsable « de la réparation du préjudice causé par l'inexactitude du renseignement inscrit au certificat »²⁶⁹. En effet :

62. *Dans le cadre d'une transaction effectuée au moyen d'un document technologique appuyé d'un certificat approprié à la transaction, conformément aux paragraphes 4^o et 6^o du premier alinéa de l'article 52^[270], chacune des personnes visées à l'article 61^[271] est responsable de réparer le préjudice résultant de l'inexactitude ou de l'invalidité du certificat ou d'un renseignement contenu au répertoire, à moins de démontrer qu'elle n'a pas commis de faute dans l'exécution de ses obligations.*

²⁶⁷ Une certaine doctrine américaine semblait avancer l'application de la responsabilité civile extracontractuelle à une telle relation (voir, par exemple: Michael FROOMKIN, « The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce », 75 *Oregon Law Review* 49, 92 et suiv. (1996)), alors que la doctrine française prônait plutôt la possibilité d'appliquer la responsabilité délictuelle dès que l'on pouvait constater l'existence d'un « groupe de contrats » (voir, par exemple: Mireille BACACHE-GIBEILLI, *La relativité des conventions et des groupes de contrats*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 268, Paris, L.G.D.J., 1996.

²⁶⁸ Précitée, note 29.

²⁶⁹ P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 189, 647.

²⁷⁰ « L'énoncé de politique d'un prestataire de services de certification ou de répertoire indique au moins: [...] 4^o les limites à l'utilisation d'un certificat et d'une inscription contenue au répertoire, dont celle relative à la valeur d'une transaction dans le cadre de laquelle ils peuvent être utilisés; [...] 6^o la façon d'obtenir de l'information additionnelle, lorsqu'elle est disponible mais non encore inscrite au certificat ou au répertoire, particulièrement en ce qui a trait à la mise à jour des limites d'utilisation d'un certificat [...] ».

²⁷¹ C'est-à-dire « [l]e prestataire de services de certification et de répertoire, le titulaire visé par le certificat et la personne qui agit en se fondant sur le certificat ».

*Lorsque plus d'une d'entre elles sont responsables, l'obligation de réparer est conjointe; si leur part de responsabilité ne peut être établie, elle est répartie à parts égales. De plus, en l'absence de faute de la part de toutes ces personnes, elles assument la réparation du préjudice conjointement et à parts égales.*²⁷²

Incombe donc à l'autorité de certification une obligation de moyen²⁷³. Par ailleurs, dans la mesure où soit le titulaire visé par le certificat, soit la personne ayant agi en se fondant sur le certificat aurait contribué au préjudice, ces derniers seront tenus conjointement²⁷⁴ responsables des dommages.

Ainsi, les places de marché qui, dans une optique de désintermédiation des échanges commerciaux, viseraient à fournir à leurs abonnés un service de certification seraient liées par ces récentes dispositions législatives. Il importe par ailleurs de souligner que l'article 62 de la loi est d'ordre public²⁷⁵ et qu'il serait donc impossible pour ces gestionnaires de réduire leur part de responsabilité contractuellement lors de l'abonnement d'un membre à la place de marché. Cependant, si le gestionnaire ne peut limiter sa responsabilité, rien ne l'empêche de l'accentuer en offrant une obligation de résultat ou de garantie.

*
* *

Les affaires électroniques entre entreprises constituent donc une avenue importante quant au développement du cyberspace. Pour le monde des affaires, il s'agit là d'un outil présentant un potentiel intéressant quant à la diminution des coûts et à l'optimisation des transactions. Cependant, la relative nouveauté de ce médium, sa complexité, ainsi que l'évolution constante tant dans le vocabulaire associé aux affaires interentreprises que dans la tech-

²⁷² Nous soulignons.

²⁷³ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 29, art. 61.

²⁷⁴ Selon l'article 1478 C.c.Q., « [l]orsque le préjudice est causé par plusieurs personnes, la responsabilité se partage entre elles en proportion de la gravité de leur faute respective. La faute de la victime, commune dans ses effets avec celle de l'auteur, entraîne également un tel partage ».

²⁷⁵ L'article 62, *in fine*, précise en effet qu'« [a]ucune de ces personnes ne peut exclure la responsabilité qui lui incombe en vertu du présent article ».

nologie utilisée contribuent à ralentir l'engouement pour l'informatisation des échanges.

Bien que la présente étude se veuille locale de par son analyse limitée aux lois québécoises, elle nous permet d'énoncer certaines conclusions générales quant aux problèmes auxquels devra faire face la communauté juridique internationale.

En effet, pour le juriste, les difficultés liées à la précarité des différents modèles d'affaires électroniques interentreprises sont nombreuses. Il doit – s'il compte circonscrire les relations contractuelles et délictuelles liées aux affaires électroniques et ainsi bien conseiller son client – tenter de maîtriser un vocabulaire technique, éparpillé et mal défini, tout en essayant de comprendre une technologie en constante évolution. Il doit également tenir compte du contexte international favorisé par les transactions électroniques, ce qui implique une connaissance du corpus législatif international régissant les affaires électroniques, corpus qui ne cesse d'être augmenté à chaque fois qu'un quelconque législateur désire voir son État entrer dans l'ère numérique...

Il n'y a toutefois pas de raison de s'inquiéter pour le juriste québécois puisque, malgré les différents avantages offerts par les divers modèles de cybermarchés, leur quasi inexistence en sol québécois démontre une réticence de la part du monde des affaires d'évoluer vers l'informatisation de ses échanges commerciaux. En effet, le manque d'intérêt des joueurs lié à leurs réserves quant à la sécurité et à la réelle efficacité de telles plates-formes (sans compter la nouveauté de la technologie) semble freiner l'engouement manifesté par les agences de recherche. Cependant, comme l'expliquent Honda et Martin, « *the biggest resistance to B2B exchanges resulted from resistance to change. Many buyers, after decades of relationships with suppliers, had negotiated favorable terms through long-term contracts that they were unable to relinquish* »²⁷⁶.

Présentement, aux yeux de plusieurs entreprises, la seule réelle utilité²⁷⁷ des cybermarchés consiste en la possibilité d'y trouver de l'information, des fournisseurs, des partenaires et même des

²⁷⁶ Gail HONDA et Kipp MARTIN, *The Essential Guide to Internet Business Technology*, New Jersey, Prentice Hall, p. 178 (2002).

²⁷⁷ F. VEZON, précité, note 54.

clients²⁷⁸. D'autres n'utiliseront les cybermarchés que lorsqu'ils auront à écouler de la marchandise ou des produits très spécifiques²⁷⁹.

De plus, même si l'utilisation de la technologie peut répondre à plusieurs situations d'approvisionnement distinctes, il ne faudrait pas prétendre que l'automatisation mettra fin à tous les maux liés aux commandes. En effet :

*Even companies that succeed in automating their relationships with their biggest suppliers will still be left with a considerable volume of business that resists automation. Suppliers will continue to submit their invoices on paper. Invoices will continue to throw up the familiar anomalies: no PO number, mismatches between the sums billed and those authorized, purchases that are off contract or out of tolerance.*²⁸⁰

Finalement, certaines entreprises résisteront simplement à l'automatisation pour des raisons sociologiques (dans l'industrie automobile européenne, le modèle basé sur des concessionnaires exclusifs, représentant la marque et signant les bons de commande prévaut²⁸¹), logistiques²⁸², pratiques²⁸³ ou encore juridiques²⁸⁴.

Pour toutes ces raisons, les investissements associés à la création de places de marché en ligne demeurent minimes lorsque la grandeur du marché potentiel est prise en compte. En effet, les bénéfices récoltés par les gestionnaires de cybermarchés découlant souvent d'un pourcentage sur les ventes effectuées via le réseau, un tel climat de méfiance ou de manque d'intérêt ralentit considérablement le développement de tels sites.

²⁷⁸ V. LAPIERRE, *op. cit.*, note 43, p. 47.

²⁷⁹ F. VEZON, précité, note 54.

²⁸⁰ « Why is eProcurement Failing? » (2002), disponible à l'adresse : [http://www.tranmit.co.uk/newsroom/0401_sm.html].

²⁸¹ P. NIEUWBOURG, et H. d'HONDT, *op. cit.*, note 3, p. 29

²⁸² B. POUSSART, *op. cit.*, note 22.

²⁸³ « You cannot take it for granted that small trading partners have the sophistication to even use a browser. They may go home and use AOL, but computers are not a part of their business » : K. DAVIS, *loc. cit.*, note 48.

²⁸⁴ Une étude menée par l'Institut de la statistique du Québec souligne que « l'incertitude concernant les contrats de vente » constitue un frein important au commerce électronique québécois : B. POUSSART, *op. cit.*, note 22.