

***Contrat de communication
électronique de longue durée entre
commerçants utilisant un
« réseau ouvert »***

Karim Benyekhlef
Professeur au CRDP, Faculté de droit, Université de Montréal
karim.benyekhlef@umontreal.ca.

Vincent Gautrais
Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal
Codirecteur de la Maîtrise pluridisciplinaire en commerce
électronique
Vincent.gautrais@umontreal.ca <http://www.gautrais.com>

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES.....	2
AVANT-PROPOS.....	4
CONTRAT DE COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE DE LONGUE DURÉE ENTRE COMMERÇANTS UTILISANT UN « RÉSEAU OUVERT ».....	5
ARTICLE 1 – DÉFINITIONS.....	5
a) Chiffrement	5
b) Certificat.....	6
c) Contrat d'échange (ou contrat de communication).....	6
d) Contrat sous-jacent.....	7
e) Datation et horodation	7
f) Destinataire.....	7
g) Document électronique.....	7
h) Expéditeur.....	8
i) Intermédiaire	8
j) Message	8
k) Signature électronique.....	9
ARTICLE 2 – MODALITÉS RELATIVES AU CONTRAT D'ÉCHANGE	9
2.1 - Portée	9
2.2 - Intégralité du contrat d'échange	10
2.3 - Préséance.....	10
2.4 - Formation du contrat d'échange.....	11
2.5 - Modification au contrat d'échange.....	12
2.6 - Durée du contrat d'échange	12
2.7 - Interprétation.....	13
ARTICLE 3 – MODALITÉS RELATIVES AUX EXIGENCES TECHNIQUES ET SÉCURITAIRES.....	13
3.1 - Installation.....	14
3.2 - Normalisation.....	14
3.3 - Processus de communication des messages et documents électroniques	15
3.4 - Processus de consultation des messages et documents électroniques.....	15
3.5 - Provenance ou contenu manifestement incertain d'un message ou document électronique	15
3.6 - Procédures de contrôle	16
3.7 - Panne de communication (ou processus de contingence).....	17
ARTICLE 4 – MODALITÉS RELATIVES AUX CONTRATS SOUS-JACENTS.....	18
4.1 - Modalités relatives aux accusés de réception.....	18
4.2 - Modalités relatives à la formation d'un contrat sous-jacent	20
4.3 – Signature du contrat sous-jacent.....	22
4.4 - Catégorisation des contrats sous-jacents.....	22
ARTICLE 5 - PREUVE.....	23
5.1 - Force probante des documents électroniques	23
5.2 - Archivage.....	24
5.3 - Modalités supplémentaires de sécurité	26
ARTICLE 6 - RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	26
6.1 - Clause d'arbitrage.....	26
6.2 - Droit applicable	27
6.3 - Responsabilités	27
6.4 - Force majeure.....	29

ARTICLE 7 – CONFIDENTIALITÉ DES DONNÉES	29
7.1 - Confidentialité	29
7.2 - Renseignements personnels	30
7.3 – Non-confidentialité des documents électroniques	30
ANNEXE 1 - LISTE DE DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES SPÉCIALEMENT IDENTIFIÉS ..	32
ANNEXE 2 – CONSIDÉRATIONS TECHNIQUES	33
ANNEXE 3 - MODALITÉS DE SÉCURITÉ.....	34

AVANT-PROPOS

Le contrat type que voici est une adaptation d'un précédent contrat dont l'intitulé était « Contrat type d'échange de documents informatisés (EDI) par le biais des « réseaux ouverts ».

La première version de ce contrat type visait expressément, on l'aura compris, les échanges de documents informatisés (EDI); notre nouvelle version est délestée de l'excès de poids que leur présence aurait constitué par rapport à l'équilibre du texte si on y avait laissé en l'état tous les éléments présents à l'origine. Nous avons voulu mettre au point un contrat type beaucoup plus général, susceptible de convenir à tout type de relation électronique de longue durée. En renonçant à focaliser l'attention sur les EDI, nous avons pu étendre l'applicabilité de l'acte juridique envisagé à d'autres types de communications électroniques, quels qu'ils puissent être. Évidemment, à cause de sa généralité, un contrat type ne peut couvrir toutes les hypothèses. Il faudra tout spécialement prendre garde aux situations particulières qui pourraient naître de la présence au contrat de parties dont les besoins et les goûts tout autant que les intérêts et les exigences seront forcément très divers.

Notons que pour rendre plus facile la consultation de ce texte, nous présentons nos commentaires en italiques alors que le texte du contrat type proprement dit est en caractères gras.

Karim Benyekhlef
Centre de recherche en droit public
Université de Montréal

Vincent Gautrais
Faculté de droit
Université de Montréal

CONTRAT DE COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE DE LONGUE DURÉE ENTRE COMMERÇANTS UTILISANT UN « RÉSEAU OUVERT »

Les parties signataires du présent contrat, à savoir

la Partie A

et

la Partie B

s'engagent à respecter les stipulations suivantes :

ARTICLE 1 – DÉFINITIONS

a) Chiffrement

Technique employée pour assurer la confidentialité des documents électroniques : un algorithme transforme les données pour les rendre inintelligibles à qui n'a pas la clé nécessaire au déchiffrement.

Commentaires

Le chiffrement (également appelé « cryptologie » ou « cryptographie ») est une technique qui permet de « coder » une communication électronique afin de la rendre inaltérable et illisible pour ceux qui ne possèdent pas la clé nécessaire au déchiffrement. Le chiffrement peut être utilisé sous forme symétrique (une seule clé privée et pas de clé publique) ou asymétrique (deux clés complémentaires, l'une privée et l'autre publique).

Chiffrement symétrique :

Peu implanté et sans doute pas très « à la mode », il est néanmoins applicable dans le cadre d'un contrat d'échange comme celui-ci, qui présuppose une certaine permanence dans la relation commerciale. En cas de chiffrement symétrique, chaque détenteur d'une clé privée donne celle-ci à son cocontractant, dans des conditions sécuritaires bien évidemment (remise en main propre le plus souvent, mais remise « matérielle » dans tous les cas). Il est donc indispensable de prévoir au contrat de quelle façon les parties vont accéder à leurs clés respectives et, éventuellement, comment elles se doivent de les conserver. D'une manière générale, on recommande l'utilisation du chiffrement symétrique lorsqu'un haut niveau de confiance règne déjà entre les partenaires commerciaux.

Chiffrement asymétrique :

Le chiffrement asymétrique paraît mieux adapté aux réseaux ouverts. En effet, pour y recourir, il n'est pas vraiment nécessaire que les parties se soient préalablement mises d'accord quant aux modalités relatives à la sécurité, et le détenteur d'une clé privée n'a pas à en livrer le secret à son cocontractant. Ainsi, la Partie A, si elle souhaite adresser un document à la Partie B, utilise simplement la clé publique de la Partie B; cette dernière n'aura qu'à déchiffrer ledit document au moyen de sa clé privée, unique clé pouvant y donner accès.

b) Certificat

Document électronique qui permet de faire un lien entre le titulaire d'une clé privée et sa clé publique incorporée dans ledit certificat.

Commentaires

Le certificat est un instrument indispensable pour toute personne qui fait des affaires par réseau ouvert. En effet, dans l'état actuel des connaissances en matière de sécurité informatique, c'est sans aucun doute la technique qui constitue le meilleur compromis entre deux composantes qu'il faut réconcilier : d'une part, le besoin de tranquillité d'esprit quant à l'identité des personnes, à la non-répudiation et à l'authentification des messages, c'est-à-dire, d'une manière générale, la sécurité nécessaire à une transaction et, d'autre part, la possibilité d'offrir ces conditions sécuritaires sans qu'il soit nécessaire de connaître la personne ou de la rencontrer – s'il s'agit d'une personne physique – ou de visiter ses bureaux, mettons – s'il s'agit d'une personne morale. En fait, cette technique permet de conserver les atouts d'un réseau ouvert, à savoir l'ouverture sur le monde et donc sur un marché potentiellement gigantesque sans que cette ouverture entraîne renonciation à un standard de sécurité acceptable dans les circonstances.

Infrastructure de la certification :

En principe, l'intervention d'une autorité de certification vise à créer un climat de confiance; cet élément est nécessaire pour permettre à des partenaires d'affaires qui ne se connaissent pas de faire des affaires. L'autorité de certification est un tiers qui certifie, après s'en être personnellement assuré ou pas, que le titulaire de tel certificat est bien celui qu'il prétend être. Ainsi, et il s'agit de l'un des inconvénients de cette technique, l'usage d'un certificat présuppose une certaine infrastructure qui peut être, et qui se doit d'être, assez lourde. En effet, l'échange de ne fût-ce qu'un document constitutif d'un contrat peut concerner à la fois le titulaire du certificat (que l'on appelle généralement l'abonné), l'utilisateur (c'est la personne qui utilise le certificat et donc l'une des parties au contrat, même si celle-ci peut elle-même être un abonné auprès d'une autorité de certification), l'autorité de certification pour chacune des parties (les parties n'ont pas à recourir à la même autorité de certification), et éventuellement les sous-traitants de l'autorité de certification (agent de vérification, gestionnaire de clés, etc., s'il se trouve que l'autorité de certification ne fasse pas tout elle-même).

Forme du certificat :

Concrètement, le certificat présente un certain mystère pour le néophyte, et il nous semble important d'expliquer brièvement la façon de l'utiliser. Ainsi, sur le plan de son contenu, un certificat, même si l'on ne peut tout y mettre, présente plusieurs champs où placer un certain nombre d'informations. Quoique la recommandation X.509 de l'UIT-T prévoie, de façon imprécise cependant, qu'un certificat doit contenir « [la] clé publique d'un utilisateur ainsi que certaines autres informations rendues infalsifiables... », on y trouve généralement, en plus, des renseignements sur le titulaire du certificat, mais aussi sur l'autorité de certification qui le délivre. Ce dernier point est important également dans la mesure où il est capital de savoir quelle est la qualité du certificat, et par voie de conséquence, celle de l'autorité de certification (par exemple, l'utilisateur devrait être capable de se renseigner sur les modalités selon lesquelles l'autorité de certification vérifie l'identité du titulaire du certificat).

c) Contrat d'échange (ou contrat de communication)

Ensemble des sept (7) articles et des trois (3) annexes prévus dans la présente convention conclue entre la Partie A et la Partie B.

Commentaires

La présente convention cadre est ce que nous appelons le contrat d'échange (ou le contrat de communication). Elle se doit d'être distinguée du contrat sous-jacent qui, quant à lui, peut être perçu comme un « microcontrat » résultant du contrat d'échange, lequel régit le cadre d'évolution du contrat sous-jacent. En effet, il est capital de bien faire une distinction entre ces deux niveaux contractuels. Le contrat d'échange a pour but de régir dans le temps l'ensemble des contrats sous-jacents qui vont être conclus. L'article 2 de la présente convention traite des modalités relatives au contrat d'échange; la ci-devant définition y est d'ailleurs explicitée.

d) Contrat sous-jacent

Contrat conclu dans le cours de l'exécution du contrat d'échange par l'envoi d'abord d'un ordre d'opération par une Partie et par l'envoi subséquent d'une confirmation de cet ordre d'opération par l'autre Partie.

Commentaires

L'article 4 de la présente convention traite de la question du contrat sous-jacent; la présente définition y est d'ailleurs explicitée. Il est en effet important de se référer à cet article dans la mesure où certaines précisions et atténuations peuvent éclairer la présente définition (voir notamment l'option 2 de l'article 4.1). Simplement, il est possible de dire dès maintenant qu'un contrat sous-jacent suppose un échange de documents électroniques et qu'il rend compte d'un accord de volontés respectueux de l'encadrement déterminé dans le présent contrat d'échange.

En résumé, nous sommes en présence, au départ, d'un contrat d'échange qui régit, sur le long terme, l'ensemble des relations commerciales que les signataires entendent développer de façon électronique. Les modalités du contrat d'échange sont prévues à l'article 2. Par la suite, au cours de la mise en exécution de cette entente, les parties concluent des contrats sous-jacents conformément aux stipulations prévues à l'article 4. Ces derniers, plus ponctuels, sont conclus en vue d'une durée beaucoup plus limitée, dans le sens où ils correspondent à une action déterminée (vente d'un produit par exemple). On pourrait dire que le contrat d'échange « régit », alors que le contrat sous-jacent « agit ».

e) Datation et horodation

Fixation informatique et enregistrement de l'heure et de la date d'émission ou de réception d'un message ou d'un document électronique.

f) Destinataire

Partie au contrat sous-jacent qui reçoit un message ou un document électronique en provenance de l'expéditeur.

g) Document électronique

On appelle documents électroniques toutes les correspondances que les parties s'adressent dans le cours de leurs activités au moyen de transmissions électroniques.

Commentaires

Nous avons précisé plus haut que le présent contrat d'échange, ou de communication, est largement inspiré d'un précédent contrat de type EDI. Une distinction avait été faite lors de la préparation de ce précédent contrat entre les documents, au sens générique, et les documents EDI, ces derniers étant simplement ceux qui présentaient une structure prédéterminée. En l'espèce, la nécessité d'automatisation n'étant pas de mise et pas particulièrement mise de l'avant, nous ne faisons plus cette distinction. Aux fins du présent contrat, il n'existe donc qu'une sorte de documents, les documents électroniques. Néanmoins, il faut distinguer le document électronique du message, qui sera défini plus bas. L'élément différenciateur réside dans le fait que le document électronique est celui qui est créé dans le cours des activités spécifiques de l'entreprise, et que pour cette raison, il recevra un traitement distinct, plus sécuritaire, que de simples communications plus fonctionnelles.

h) Expéditeur

Partie à un contrat sous-jacent qui envoie un message ou document électronique au destinataire.

i) Intermédiaire

Tierce partie (aussi appelée « prestataire de services ») dont la fonction est de transmettre, traiter, conserver ou sécuriser les messages ou documents électroniques qui vont d'un expéditeur à un destinataire.

Commentaires

Dans le commerce électronique plus que dans le commerce traditionnel, on voit apparaître des intermédiaires qui participent au processus de communication des informations commerciales. Cela était déjà vrai pour le commerce électronique en réseau fermé; cela se vérifie encore davantage dans le commerce électronique ouvert, dans la mesure où la composante sécuritaire oblige généralement à l'intervention d'autrui (par exemple, en matière de certification).

Il est donc important que la définition de l'intermédiaire soit formulée de façon à n'exclure personne. Ceci semble être le cas de la définition donnée dans la Loi modèle de la Commission des Nations Unies (CNUDCI) qui porte sur le commerce électronique, à l'article 2 e).

j) Message

Communication purement fonctionnelle ou préparatoire à la transmission de documents électroniques.

Commentaires

La notion de document électronique a été définie plus haut (article 1 g)); le message constitue un échange moins formel, pas forcément relié aux activités commerciales en cause. Soulignons-le de nouveau, la distinction entre document électronique et message découle des notions déjà vues au sujet de l'échange de documents informatisés, l'EDI : le premier est structuré et identifié – de façon explicite ou pas – en tant que document alors que le second est plus informel.

k) Signature électronique

Code informatique numérique, alphabétique, alphabético-numérique ou manuel permettant au destinataire de s'assurer de façon sécuritaire eu égard aux enjeux en cause que l'identité et le consentement de l'expéditeur d'un document électronique sont respectés.

Commentaires

Les deux fonctions principales qu'il est habituel d'attribuer à la signature doivent être présentes dans la signature électronique également, soit l'identification de celui qui s'oblige et l'acceptation du contenu (manifestation de consentement) auquel elle se rapporte. Une tendance liée à l'avènement des nouvelles technologies a fortement modifié l'acception classique de la notion de signature. De plus en plus – et le Code civil du Québec (C.c.Q.) donne une illustration de cette tendance (article 2827 C.c.Q.) –, une vision large de ce concept tend à établir que lorsque les deux fonctions mentionnées plus haut sont réunies, une signature électronique peut entraîner les conséquences juridiques que l'on attribue traditionnellement à une signature.

La Loi modèle de la CNUDCI relative au commerce électronique n'est pas étrangère à cette tendance : son article 7, qui porte sur la signature, identifie bien les deux conditions susdites (voir notamment l'alinéa a) du paragraphe 1) de cet article.

D'une manière générale, étant donné que les procédés de signature peuvent désormais présenter des degrés de sécurité assez variables, il pourrait être judicieux de se référer à l'importance de la transaction visée pour qualifier le processus d'authentification comme étant suffisant. Si les parties ne se sont pas expressément mises d'accord sur les modalités relatives à la signature, les usages en vigueur seraient en l'espèce un indice important quant à la valeur à accorder à celle-ci. (Voir à ce propos l'alinéa b) du paragraphe 1 du même article 7 du projet de la Loi modèle susmentionnée qui lie le degré de fiabilité à la méthode de signature, fiabilité « appropriée au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé »). Nous en reparlerons à l'article 4.3 du présent contrat type.

À titre d'illustration, mentionnons l'existence d'une technique plus récente et très sécuritaire qui recourt au procédé du chiffrement, déjà décrit à l'article 1 a) du présent contrat, la signature numérique. Sur le plan du fonctionnement, le processus de signature numérique peut être décortiqué de la façon suivante : chaque titulaire d'une clé privée (qu'il garde pour lui en faisant preuve de diligence pour que le secret en soit préservé) et d'une clé publique (qu'il doit transmettre à quiconque veut faire affaire avec lui) prépare en premier lieu un message qu'il traite avec un « algorithme de hachage » (que l'on appelle le « sommaire » étant donné qu'il effectue une compression du message) afin que toute modification subséquente puisse être facilement détectée. En deuxième lieu, l'expéditeur chiffre le sommaire avec sa clé privée. Cela constitue la signature numérique. D'une manière plus précise, il est en fait clair qu'une pareille procédure donne l'assurance que le document électronique vient de l'expéditeur et qu'il n'a pas été répudié. Encore faut-il que l'autre condition de la signature, le consentement (ou manifestation de consentement), soit clairement mentionnée.

ARTICLE 2 – MODALITÉS RELATIVES AU CONTRAT D'ÉCHANGE

2.1 - Portée

1 - La Partie A et la Partie B entendent soumettre à la présente convention l'ensemble des messages et documents électroniques qu'elles se transmettront dans le cadre des relations commerciales qu'elles auront entre elles.

Commentaires

Tant les messages (voir définition, article 1 j)) que les documents électroniques (voir définition, article 1 g)) sont soumis à la présente convention. En sont exclus les simples échanges qui n'ont pas de rapport avec les activités commerciales entre les parties A et B.

2 - (optionnel) [La partie A et la Partie B s'engagent, sous réserve de l'article 3.7, à se transmettre sous forme électronique (« en format électronique ») tous les documents dont l'envoi aura été prédéterminé ainsi. Tout document électronique expédié sous une forme autre est considéré comme non avenu.]

Commentaires

La seconde partie de la clause contractuelle 2.1 est optionnelle. Elle stipule que les parties ne pourront effectuer les opérations énumérées à l'annexe 1 sous un format autre que celui qu'elles auront elles-mêmes prédéterminé. Ainsi, si les parties conviennent que seul le format électronique doit servir aux communications ou transactions dont la liste (par types) est établie à l'annexe 1, la possibilité de recourir à un moyen de communication autre pour ces opérations (la poste par exemple) est exclue. Les documents expédiés de façon non conforme au format déterminé dans la convention ne sauraient par conséquent être régis par les clauses de celle-ci, les documents relatifs à la preuve par exemple. Une partie qui estimerait que la seule manière d'amortir pleinement le coût de l'installation de son réseau de communication électronique est d'en faire le véhicule exclusif de la conclusion de transactions commerciales sera tentée d'inclure une telle exigence au contrat. Par ailleurs, selon l'article 3.7 du présent contrat, cette exclusivité est sujette à exception en cas de panne du système de communication.

2.2 - Intégralité du contrat d'échange

Le contrat d'échange est constitué par l'ensemble des sept (7) articles du présent contrat et des trois (3) annexes ci-après mentionnées. Ces annexes sont partie intégrante dudit contrat et doivent être transmises aux Parties A et B avant la formation du contrat d'échange.

2.3 - Préséance

Les différentes annexes au présent contrat d'échange sont destinées à le compléter. Toutefois, en cas d'ambiguïté et en cas d'incompatibilité, les termes du contrat ont préséance sur lesdites annexes.

Commentaires

Dans la situation où, comme ici, plusieurs documents n'ayant aucun lien entre eux sont susceptibles d'entrer dans la relation entre les parties, une hiérarchie est nécessaire pour pallier les éventuels conflits. Le présent contrat d'échange, de par son caractère général et de par son importance, doit légitimement avoir préséance. Cette précaution est d'ailleurs également présente dans le contrat type CNUDCI (Article 1.2). Cette stipulation quant à la préséance n'est toutefois pas incompatible avec celle qui la précède, soit la stipulation relative à l'intégralité du contrat d'échange.

2.4 - Formation du contrat d'échange

Option 1 : Le présent contrat d'échange est conclu dès lors que la Partie A et la Partie B, personnellement ou par l'intermédiaire d'un représentant, ont toutes deux signé le présent document papier.

Option 2 : Le présent contrat d'échange peut être négocié et conclu par voie électronique. Les parties s'entendent pour que toutes les conditions relatives à la formation du contrat d'échange soient présentes au moment de la conclusion dudit contrat, sans aucune incertitude quant à l'identité des signataires, à la manifestation de leur consentement, à l'existence et au contenu dudit contrat.

Commentaires

La présente stipulation ne dépend pas du degré de sécurité ou de formalisme que les parties entendent donner à leur contrat d'échange. Chacun des deux supports (papier, électronique) peut en effet offrir des niveaux de sécurité comparables. Néanmoins, dans les deux cas, il faut bien voir que conclure un contrat d'échange est un acte juridique important susceptible d'avoir des conséquences pendant une période plus ou moins longue (en l'occurrence, voir l'article 2.6 sur la durée du contrat d'échange). Il importe donc de prévoir, dans ce cas précis, des modalités assez rigoureuses quant à la sécurité en général, que ce soit pour la signature du contrat ou pour ce qui concerne le processus contractuel.

En ce qui a trait à l'option 1 – la conclusion d'un contrat « papier » –, la possibilité que deux actes identiques, une fois dûment signés, soient remis aux parties a été écartée. Eu égard à l'importance du contrat d'échange, nous avons préféré que n'existe à son endroit, en tout et pour tout, qu'un seul et même document papier où la signature de chacune des parties serait apposée. L'autre solution – deux versions identiques du contrat papier – risque de poser des difficultés quant à la concordance des termes ou à d'éventuels codicilles; de plus, si l'on garde les exemplaires du contrat d'échange en des lieux différents, autant choisir carrément l'option 2, celle de la voie électronique. Reste que pour des raisons psychologiques surtout, des partenaires qui entretiennent depuis longtemps des relations commerciales en utilisant le contrat papier et qui décident un jour de faire le saut vers l'électronique préféreront sans doute former l'acte de transition qui les liera en cette matière sous le format auquel ils sont habitués, le contrat papier.

Pour ce qui est de l'option 2, il faut reconnaître que l'avènement du réseau ouvert augmente les chances de devoir gérer des relations commerciales entre des partenaires qui ont (ou ont élu) domicile dans des pays distincts et entre lesquels il n'y a pas de passé commun. De plus, grâce au « réseau de réseaux », les gens d'affaires peuvent ne pas avoir entre eux de relations autres qu'électroniques. Quelles raisons auraient-ils de ne pas s'en tenir à cela?

Retenons que le contrat d'échange est, dans l'option 1 comme dans l'option 2, un engagement qui mérite une certaine solennité. C'est la raison pour laquelle des conditions précises ont été énumérées quant à la conclusion de ce contrat :

Les conditions relatives à la signature :

Comme nous l'avons vu à propos de la signature numérique (voir les Commentaires qui suivent l'article 1 k), au dernier paragraphe) et à l'article portant sur la signature des contrats sous-jacents (voir l'article 4.3), une signature se doit de répondre à deux conditions, à savoir, l'établissement de l'identité de la personne signataire et la manifestation du consentement. Eu égard à l'importance du contrat signé, il va de soi que la conclusion d'un contrat « électronique » d'échange doit être assortie pour le moins d'un certificat, et vraisemblablement d'un certificat qui garantisse un certain niveau de sécurité. Certains en effet n'exigent pas que l'autorité de certification exerce un contrôle « physique » de la personne qui s'abonne aux services offerts par cette autorité; dans ce cas, il est facile pour un fraudeur de se faire passer pour autrui. Il faut à

tout le moins que l'identité du contractant soit garantie. En ce qui concerne la manifestation du consentement, il est important que les parties aient conscience que cet acte équivaut à une opération de signature d'un acte juridique.

Nous avons précisé les conditions de la conclusion du contrat d'échange, mais sans nous pencher sur la manière de les remplir parce que, croyons-nous, cela dépend trop des circonstances techniques, juridiques ou commerciales qui entourent la relation d'affaires.

2.5 - Modification au contrat d'échange

1 - Quelles qu'aient été les modalités selon lesquelles le contrat d'échange entre la Partie A et la Partie B a été signé, sur support papier ou sur support électronique, toute modification ou tout ajout, dans le corps du contrat ou dans les annexes, doivent être consignés selon les mêmes modalités.

2 - Chaque fois qu'une telle modification ou qu'un tel ajout sont soit proposés, soit acceptés, la Partie A et la Partie B doivent se faire réciproquement parvenir un document signé (papier ou électronique, selon le cas) constituant un amendement valide au contrat original ou à l'une de ses annexes.

2.6 - Durée du contrat d'échange

1 - Option 1 (contrat d'échange sur support papier) :

- Dans l'hypothèse où les parties ont signé le contrat d'échange sur un unique et même document papier, ce contrat entre en vigueur, sauf mention expresse à l'effet contraire, le jour de sa signature, et ce, pour une période de _____ () année(s).

- Dans l'hypothèse où les parties ont signé le contrat d'échange sur un unique et même document papier, ce contrat peut être dénoncé par la Partie A ou par la Partie B par l'envoi d'une lettre recommandée. Ledit contrat d'échange est dès lors automatiquement nul et non avenu _____ () jour(s) après la réception de ladite lettre recommandée.

- À défaut de notification par lettre recommandée provenant soit de la Partie A soit de la Partie B, et à l'expiration du précédent délai de _____ () année(s), le contrat d'échange est reconduit tacitement pour une période équivalente à celle énoncée au premier paragraphe.

2 - Option 2 (contrat d'échange sur support électronique) :

- Dans l'hypothèse où le contrat d'échange est signé par échange de documents sur support électronique, il entre en vigueur lorsque l'expéditeur de l'acceptation de la dernière version du contrat a reçu un accusé de réception électronique de la part du destinataire (offrant).

- Dans l'hypothèse où le contrat d'échange est signé par échange de documents sur support électronique, il peut être dénoncé par la Partie A ou la Partie B par un envoi cumulatif et successif d'un document électronique et d'une lettre recommandée.

- À défaut de cette formalité, et à l'expiration du précédent délai de _____ () année(s), le contrat d'échange est tacitement reconduit pour une période équivalente à celle énoncée au premier paragraphe.

Commentaires

L'entrée en vigueur du contrat d'échange doit être analysée différemment selon qu'il est signé sur papier ou sur support électronique étant donné que, dans le premier cas, le contrat est établi sur un même document, en un seul temps, alors que dans le second cas, le contrat implique une offre et une acceptation séparées dans le temps. Par conséquent, le moment de la prise d'effet du contrat d'échange varie de l'une à l'autre option.

Étant donné l'importance du contrat d'échange, il devient nécessaire de bien formaliser l'instant où il prend effet, ainsi que celui où il prend fin.

Pour ce qui est du contrat papier, le moment de son entrée en vigueur est facile à déterminer, les signatures manuelles constituant cette étape, même si leur simultanéité n'est pas absolue; en cas de délai, c'est la seconde signature qui entraîne conclusion du contrat. Pour la fin du contrat, par contre, la lettre recommandée est exigée.

Le contrat électronique, quant à lui, présente plusieurs éléments différents. D'abord, on reporte la formation du contrat d'échange au moment où « l'expéditeur de l'acceptation de la dernière version du contrat a reçu un accusé de réception électronique de la part du destinataire ». Cela permet d'être sûr que les parties sont bien informées quant à l'engagement qui les unit. Pour ce qui est du moment de la dénonciation du contrat, il nous a paru impossible de suggérer un formalisme qui mettrait à contribution et la Partie A et la Partie B, l'une d'elles pouvant ne pas être encline à mettre fin à une relation d'affaires par communication électronique. Dans ce cas, et étant donné le caractère exceptionnel de cette opération, il faut recourir au papier pour faire connaître la volonté d'une partie. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que les techniques de sécurité électronique se généraliseront très bientôt et que les fonctions à satisfaire ici portent sur la preuve et sur la communication formelle d'un acte en particulier : il est facile d'imaginer la présence d'un tiers de confiance qui s'occuperait de ces questions à la demande de l'une ou de l'autre des parties.

2.7 - Interprétation

Les communications électroniques entre les parties doivent être marquées au coin de la bonne foi. Toutefois, en cas de conflit entre elles relativement à l'interprétation à donner au présent contrat d'échange, il doit être donné préséance à la stipulation qui s'accorde le mieux avec les usages en vigueur.

Commentaires

Tout ne peut être prévu dans un contrat; ceci vaut tant pour le contrat d'échange que pour les contrats sous-jacents (voir article 4). Il est donc important de se reporter aux usages qui ne manquent pas d'apparaître dans le domaine.

Soulignons qu'en ce qui concerne la bonne foi, la mention en est faite dans la Loi modèle de la CNUDCI relative au commerce électronique, à son article 3.

ARTICLE 3 – MODALITÉS RELATIVES AUX EXIGENCES TECHNIQUES ET SÉCURITAIRES

L'article 3 vise à répondre aux questions de nature technique, en particulier à celle de la sécurité. Les parties se doivent d'y satisfaire afin que leurs communications soient transmises dans les meilleures conditions. Dans un domaine comme celui de la téléinformatique, il est en effet indispensable que le juridique soit en conjonction parfaite avec la composante technique. D'une manière générale, les diverses stipulations de cet article réclament que la Partie A et la Partie B œuvrent dans le registre technique et sécuritaire avec une certaine diligence pour que l'ensemble

des communications électroniques puisse se faire dans les meilleures conditions. Cette exigence a un rapport direct avec la question de la responsabilité des parties, prévue à l'article 6.3.

Dans la mesure du possible, les différentes sous-sections de l'article 3 tentent de respecter un certain ordre chronologique.

3.1 - Installation

1 - Les parties obtiennent, installent, testent et maintiennent, à leurs frais, tout le matériel informatique nécessaire à l'envoi des messages et documents électroniques nécessaires à l'accomplissement du présent contrat d'échange.

2 - Les parties doivent être en mesure de s'assurer de la compatibilité et de l'adéquation de leurs systèmes respectifs quant à la réception et à l'envoi des messages et documents électroniques.

3 - Sauf mention contraire, cette exigence doit être déjà réalisée au moment de la conclusion du contrat d'échange.

Commentaires

Les parties s'engagent respectivement à faire toutes les démarches nécessaires afin de voir à l'installation de toutes les composantes de leur système électronique. Il est clair, à la lecture du premier paragraphe de l'article 3.1, que chaque partie assume ses coûts d'installation et d'opération. Cette obligation est par ailleurs continue en ce que les parties doivent s'assurer que leur système respectif est en mesure d'accomplir, de manière constante et ininterrompue, les prestations énoncées au contrat d'échange.

Le deuxième paragraphe cherche à garantir la fonctionnalité de la communication, mais cette fois, davantage quant à l'aspect « software » que « hardware ».

Enfin, le troisième paragraphe exige que l'ensemble du système soit opérationnel dès le début de la relation contractuelle, une collaboration technique précédant la formalisation juridique.

3.2 - Normalisation

La Partie A et la Partie B doivent s'entendre quant aux modalités relatives à la normalisation des documents électroniques. À cet effet, les standards de communication, les formes d'expression nécessaires et les protocoles utilisés devraient être identifiés à l'annexe 2.

Commentaires

En certaines situations, les parties peuvent avoir intérêt à normaliser certaines de leurs communications électroniques. Pour ce faire, il leur faut définir les applications techniques utilisées et il nous semble à cet effet plus logique d'annexer les informations pertinentes dans un document « extérieur » au contrat d'échange stricto sensu. Cela ne veut pas dire que ces données sont sans importance, bien au contraire : l'absence d'accord à ce sujet bloque toutes les communications.

3.3 - Processus de communication des messages et documents électroniques

1 - La Partie A et la Partie B se doivent d'agir avec diligence dans la manière d'expédier leurs correspondances, messages et documents électroniques.

2 - La Partie A et la Partie B stipulent que les messages et documents électroniques qu'ils se transmettent doivent porter un signe, un symbole ou un code d'identification distinctif permettant à chacun d'entre eux de s'assurer de leur provenance.

3 - La Partie A et la Partie B énumèrent à l'annexe 3 quels types de documents électroniques parmi ceux qu'ils prévoient échanger devront être assortis d'un certificat au moment de leur expédition.

Commentaires

Ces stipulations sont relatives à l'authentification d'identité des parties. Il ne faut néanmoins pas les confondre avec la signature qui n'est requise que dans l'hypothèse de contrat (que ce soit un contrat d'échange ou un contrat sous-jacent). En effet, la signature, en plus d'établir l'identité d'une personne, suppose une manifestation de consentement.

4 - La Partie A et la Partie B énumèrent à l'annexe 3 les documents électroniques qui exigent un traitement sécuritaire par chiffrement. Les documents électroniques qui auront été identifiés à l'annexe 3 devront d'être traités avec une diligence particulière et par une personne responsable.

Commentaires

La présente stipulation porte sur les modalités d'émission des documents électroniques envoyés par les parties et traite de leur transmission. Voici que réapparaît, à ce sujet, la distinction entre messages et documents électroniques déjà mentionnée dans l'article consacré aux définitions. Les seconds font l'objet d'un encadrement plus strict, et il est possible que ceux-là seuls soient répertoriés et chiffrés.

3.4 - Processus de consultation des messages et documents électroniques

1 - La Partie A et la Partie B se doivent d'agir avec diligence dans la manière de consulter l'ensemble de leurs correspondances, messages et documents électroniques.

2 - La Partie A et la Partie B se doivent de consulter chacune sa propre boîte aux lettres électronique à _____() heures et à _____() heures (notation française de l'heure, de 1 à 24), chaque jour ouvrable, afin de s'enquérir de la réception des messages et documents électroniques.

Commentaires

La présente stipulation concerne les modalités de réception des messages et documents électroniques envoyés par les parties.

3.5 - Provenance ou contenu manifestement incertain d'un message ou document électronique

1 - Dans l'hypothèse où, aux yeux du destinataire, la provenance, l'authenticité ou le contenu d'un message ou d'un document électronique sont manifestement inhabituels,

incomplets, imprécis, inintelligibles ou autrement incorrects eu égard aux circonstances habituelles, celui-ci doit en aviser promptement l'expéditeur.

2 - L'expéditeur doit alors, dans les plus brefs délais, corriger, rectifier ou compléter le message ou le document électronique et le retransmettre ou prendre toute autre mesure raisonnable dans les circonstances.

Commentaires

D'une manière générale, il est possible de dire que chaque partie est responsable des correspondances qu'elle envoie. Néanmoins, lorsque ladite communication apparaît manifestement déraisonnable eu égard aux circonstances, le destinataire doit en aviser l'expéditeur rapidement. Il est vrai que ce réflexe est sujet à des limites. D'abord, les communications électroniques peuvent se faire de façon automatisée et, dans ce cas, le contrôle du destinataire est beaucoup plus difficile, voire impossible. La qualité de l'attention que le destinataire est tenu de lui accorder sera réduite en conséquence. Ensuite, rappelons que l'adverbe « manifestement » implique une certaine évidence de l'insolite et une certaine démesure quant au contenu de la communication.

En pareils cas, nul doute que la prise en compte des relations entre les parties, du type d'activité, des pratiques communes et des usages de la profession seront des indices sérieux quant à l'appréciation de ces notions.

3.6 - Procédures de contrôle

1 - Procédure de contrôle interne

- La Partie A et la Partie B établissent, ou font établir, des procédures de contrôle interne adaptées aux besoins que font naître leurs activités et à la capacité d'action de leur matériel. Ces procédures de contrôle doivent être susceptibles de prévenir raisonnablement tout accès non autorisé aux messages et aux documents électroniques qui leur sont transmis ou dont elles ont la garde, de même que leur destruction, leur altération ou leur interception.

Commentaires

La sécurité informatique constitue une priorité qu'on ne saurait négliger (témoins la recherche et les développements qui se font en ce domaine). Cette clause n'énonce pas d'exigences précises. De telles exigences sont en effet tributaires du type de relations commerciales qu'entretiennent les parties. Cela explique le libellé de la présente stipulation : les mesures de sécurité doivent être adaptées aux besoins de l'entreprise et de ses activités. Il faut également prendre ici en considération les coûts engendrés par de telles mesures de sécurité. Les intermédiaires, les prestataires de services informatiques par exemple, tendent à offrir un degré relativement élevé de sécurité. Les mesures de sécurité que les parties peuvent adopter sont multiples : codes d'identification pour accéder à l'ordinateur, mots de passe, restriction au personnel autorisé de l'accès aux lieux de communication, verrouillage des lieux de communication, présence de gardiens de sécurité, archivage des données dans des lieux autres que ceux de communication (back-up), modification continue des codes d'identification, formation des personnes responsables, etc. Pour le moins, dans l'hypothèse où les opérations électroniques se font toutes à partir d'un même ordinateur, il importe que la localisation précise de celui-ci ne mette pas en danger la sécurité jugée idoine. Si plusieurs personnes sont appelées à intervenir depuis leur propre moniteur, cela sous-entend, par exemple, que les mots de passe soient fréquemment changés et toujours dissimulés. Les parties, à cet égard, sont encouragées à maintenir des contacts étroits entre elles au sujet de la sécurité informatique.

Le maintien d'un certain degré de fiabilité du système de communication électronique est une donnée essentielle au bon déroulement de la présente entente. Aussi, la validité des opérations entreprises grâce à ce système dépendra de la diligence avec laquelle les parties entretiendront leur propre matériel. Cette obligation réciproque des partenaires correspond à la nécessaire coopération qui scelle les contrats de ce type. On invoque souvent à ce propos la notion de diligence raisonnable dont doivent faire preuve les parties l'une envers l'autre.

2 - Procédure de contrôle externe

- Les parties s'entendent pour qu'un vérificateur indépendant examine périodiquement, à une date prédéterminée chaque fois, la puissance ou la capacité d'action de leur système de communication de messages et de documents électroniques.

- Le vérificateur est nommé d'un commun accord par les parties avant la signature du contrat d'échange. Le nom du vérificateur est consigné à l'annexe 3. Les parties pourront, d'un commun accord, changer de vérificateur et modifier en conséquence l'annexe 3, conformément à l'article 2.5.

Commentaires

Même si la diligence des parties est exigée à plusieurs étapes du processus de communication entre elles, il est recommandé de faire intervenir un tiers qui vérifiera que le système est opérationnel et sécuritaire. Ainsi, un même vérificateur peut être mandaté pour apprécier la fiabilité technique des deux systèmes. Le fait d'utiliser le même tiers permet aussi d'effectuer des comparaisons, la logique voulant qu'il n'y ait pas trop de distorsions qualitatives entre les deux systèmes.

Nous n'avons rien prévu ici quant à la nature du compte rendu que devra fournir le vérificateur. Exigera-t-on un compte rendu ? Sera-t-il communiqué aux deux parties ? Jusqu'où le vérificateur doit-il pousser son investigation ? Autant de questions pratiques qui peuvent être réglées dans l'annexe prévue à cet effet.

3.7 - Panne de communication (ou processus de contingence)

1 - Si le réseau par lequel les documents électroniques sont transmis tombe en panne, pour quelque raison que ce soit, la Partie A et la Partie B s'engagent à maintenir leurs communications par les modes alternatifs de communication identifiés plus bas, et à restaurer – ou à s'employer à restaurer – la communication le plus rapidement possible.

2 - En cas de panne du réseau par lequel les documents électroniques sont transmis, les parties utilisent le télécopieur. Si ce dernier mode de communication tombe aussi en panne, elles utilisent alors tout moyen expéditif approprié aux circonstances.

Commentaires

Dans un réseau ouvert plus encore que dans un réseau fermé, il est indispensable de prévoir une clause qui prenne en compte les situations de rupture de communication.

Cette clause a pour objet de maintenir les relations commerciales des parties en dépit d'une panne du réseau de communication. Il ne s'agit pas ici de s'interroger sur les causes d'une telle panne ou sur l'attribution d'une responsabilité quelconque, mais bien de veiller à maintenir les communications. Les parties sont donc autorisées à recourir aux modes usuels de communication afin de conclure des transactions et ce, selon un ordre préétabli. Ainsi, les parties doivent, selon le deuxième paragraphe, s'en remettre d'abord au télécopieur. Si ce mode de

transmission fait défaut aussi, les parties recourront alors au moyen de communication le plus approprié dans les circonstances.

Par ailleurs, l'article 3.7 oblige les parties à restaurer le plus rapidement possible le réseau de communication. La panne peut être le fait du système de l'une des parties, laquelle a dès lors l'obligation de faire réparer son système le plus vite possible. La panne peut également être le fait de l'intermédiaire de l'une des parties. Dans ce cas, cette partie doit voir à ce que son intermédiaire rétablisse promptement son système de transmission.

ARTICLE 4 – MODALITÉS RELATIVES AUX CONTRATS SOUS-JACENTS

4.1 - Modalités relatives aux accusés de réception

1 - Sous réserve d'accord en ce sens entre les parties – la possibilité en est signalée à l'annexe 3 –, celles-ci doivent accuser réception de chacun des documents électroniques échangés dès réception. Cette opération d'accusé de réception peut se faire automatiquement.

2 – Dès réception d'un document électronique, chaque partie émet promptement un tel accusé de réception.

Option 1 :

- L' accusé de réception a un rôle purement indicatif et a pour objet d'informer l'expéditeur de la bonne réception de son document électronique. L'expéditeur n'a pas à accuser réception d'un accusé de réception reçu.

Option 2 :

- La prise d'effet d'un document électronique est acquise lorsque l'expéditeur dudit document en a reçu un accusé de réception. L'expéditeur n'a pas à accuser réception d'un accusé de réception reçu.

Commentaires

Mise en place des accusés de réception :

La pratique des accusés de réception est une procédure très souvent préconisée étant donné la certitude qu'elle engendre pour les partenaires. Cette pratique n'est néanmoins pas obligatoire et les parties pourraient raisonnablement décider de ne pas s'y soumettre. À cet égard, l'article 3.2.1 du contrat type CNUDCI dispose que, sous réserve de prévision contraire, la réception d'un message peut ne pas être notifiée par son destinataire. Il est alors considéré que cette formalité n'est pas nécessaire pour qu'il y ait prise d'effet du processus contractuel. Plusieurs organisations choisissent de ne pas émettre ou exiger d'accusé de réception pour des raisons d'économie (de frais de télécommunications) ou pour d'autres motifs.

Il faut pourtant admettre que l'accusé de réception n'est pas techniquement difficile à réaliser; l'opération peut, de surcroît, être automatisée. Le présent contrat d'échange stipule donc les modalités requises dans l'hypothèse où les parties décideraient de se plier à la pratique d'accuser réception dans leurs échanges de documents. À son article 14, la Loi modèle de la CNUDCI consacre quelques lignes à cette technique, même si celle-ci n'est pas d'ordre public.

Nature de l'accusé de réception (option 1) :

L'accusé de réception a pour but de rassurer l'expéditeur quant à la réception du document transmis. Un accusé de réception ne constitue pas un document électronique au sens de la convention (article 1 g)). Il s'agit simplement d'un message (article 1 j)) qui s'intègre à un ensemble de documents et dont la fonction est purement informative. L'accusé de réception informe la partie expéditrice que le destinataire a bel et bien reçu le document transmis. L'accusé de réception permet aux parties de poursuivre leurs transactions sans se demander si l'autre partie a reçu et pris connaissance du document transmis. Il s'agit donc d'un document purement formel.

Il faut bien distinguer l'accusé de réception dont le présent article fait état de la confirmation de transaction; ce dernier document sert à conclure la transaction ou à former le contrat sous-jacent (voir à ce propos l'article 4.2). La confirmation de transaction précise, par exemple, qu'on a bien reçu le document envoyé et que le destinataire agréé aux conditions qui y sont énoncées (par exemple, offre d'achat de 500 boîtes de crayons à X \$ l'unité). Par la confirmation de transaction, la partie expéditrice certifie en quelque sorte qu'elle donnera suite à la transaction selon telle ou telle modalité. Il ne s'agit pas de simplement signaler au destinataire qu'on a bel et bien reçu son document, mais plutôt de donner son agrément au contenu du document transmis et de conclure une transaction.

On doit également dissocier cet accusé de réception (celui dont l'article 4.1 traite) de l'accusé de réception dont nous avons parlé relativement au contrat d'échange, à l'article 2.6. En effet, dans le cadre de l'option 2, soit la conclusion électronique du contrat d'échange, l'entrée en vigueur n'a lieu que lorsqu'un accusé de réception a été reçu. Or, dans ce cas, ce document n'a pas qu'un simple rôle fonctionnel; il détermine la conclusion dudit contrat. La portée juridique de l'accusé de réception est dans ce cas bien différente de celle des accusés de réception que l'on utilise ici pour les contrats sous-jacents.

Nature de l'accusé de réception (option 2) :

Ici, une option est offerte aux parties lors de chaque échange de documents électroniques : il s'agit de reporter la prise d'effet juridique au moment où l'expéditeur d'un document reçoit l'accusé de réception du destinataire. Ce choix (l'option 2) est sensiblement différent du première et a pour conséquence de repousser dans le temps la formation d'un contrat sous-jacent. Le choix de l'option 2 entraîne l'apparition d'une mention à ce sujet à l'article 4.2. Pour donner plus de poids à cette exigence, l'option 2 précise que la partie expéditrice ne saurait agir en exécution du document qu'elle a elle-même transmis tant et aussi longtemps que le destinataire n'en aura pas accusé réception. Il peut en effet être important pour la partie expéditrice d'être informée de la réelle réception du document par le destinataire avant qu'une transaction ne soit véritablement conclue. L'accusé de réception constitue dans ce cas un outil efficace pour déceler les erreurs de transmission ou de toute autre nature (voir article 3.5).

Dans le cas de cette option, il est clair que l'accusé de réception constitue un document électronique en cas de prédétermination à l'annexe 1.

Forme de l'accusé de réception :

La forme que doit prendre l'accusé de réception doit être prévue à l'annexe 3. Les parties peuvent à ce propos se contenter d'un accusé de réception qui ne fait que préciser qu'on a reçu tel type de document (accusé de réception fonctionnel), sans plus. Les parties peuvent, au contraire, exiger que l'accusé de réception soit plus complet et qu'il mentionne certaines des données apparaissant au document transmis. On peut penser, dans ce dernier cas, à un accusé de réception qui reprendrait les points essentiels du document expédié. S'il s'agit d'une offre de vente, l'accusé de réception ferait état, par exemple, des grandes lignes de celle-ci : 5000 crayons à 10¢ l'unité, offre valable pour 30 jours, etc.

Temps de réponse de l'accusé de réception :

La mise en place d'un système électronique a notamment pour but d'accélérer le rythme de conclusion des contrats. Il est donc tout à fait normal qu'une partie accuse sans délai réception des documents expédiés. Plutôt imprécis, le mot « promptement » (à l'article 4.1, paragraphe 2) a été choisi à dessein : son sens dépendra en grande partie de la nature des liens commerciaux tissés entre les parties. Dans le domaine de l'alimentation, par exemple, on comprendrait que le mot « promptement » peut se traduire par « quelques heures ».

Par ailleurs, les parties peuvent utiliser une boîte à lettres électronique. Il s'agit simplement d'un espace mémoire où sont stockés des documents et messages transmis par un tiers. Ces boîtes à lettres électroniques constituent l'un des services fournis par un intermédiaire. Le présent article oblige donc les parties à consulter régulièrement leur boîte à lettres électronique afin de savoir si elles ont reçu des documents ou des messages, conformément à ce qui est prévu à l'article 3.4.

4.2 - Modalités relatives à la formation d'un contrat sous-jacent

1 - Les communications électroniques entre les parties doivent être marquées au coin de la bonne foi. En cas de conflit entre la Partie A et la Partie B sur l'interprétation à donner aux contrats sous-jacents, il doit être donné préséance à la stipulation qui s'accorde le mieux avec les usages en vigueur.

Commentaires

Cette clause, somme toute classique, est la reproduction appliquée aux contrats sous-jacents de la stipulation faite à l'article 2.7 (Interprétation) au sujet du contrat d'échange.

2 - La Partie A et la Partie B acceptent d'être liées contractuellement, sous réserve de l'article 4.1, par l'envoi de paires de documents électroniques qui se répondent, en conformité avec les normes électroniques qui seront éventuellement utilisées. La somme de ces deux documents électroniques constitue l'offre et l'acceptation constitutives du contrat.

Commentaires

Cette clause naît d'un doute : et si le droit en vigueur, en l'occurrence le droit québécois, n'acceptait pas de voir des contrats se former par voie électronique? Même si le principe de la liberté contractuelle trouve à s'appliquer en l'espèce, et que la pratique judiciaire reconnaît le recours aux nouvelles technologies, il est sans doute plus prudent de préciser les modalités de leur utilisation. La présente clause a deux fonctions : d'une part, elle peut servir à éviter que les parties prétendent à l'invalidité d'un contrat sous-jacent sur la base de son seul caractère électronique (voir article 5 de la Loi modèle) et d'autre part, elle permet de déterminer précisément comment le contrat sous-jacent doit d'être formalisé pour avoir force de droit.

3 - La Partie A et la Partie B acceptent d'être liées contractuellement par l'envoi de documents électroniques, sous réserve de l'article 4.1, dès lors que l'offre et l'acceptation sont identifiées sans équivoque.

4 - Dans l'hypothèse où l'option 2 de l'article 4.1 est choisie par les parties, le contrat sous-jacent est supposé être conclu lors de la réception de l'accusé de réception par l'expéditeur de la confirmation de l'ordre d'opération.

Commentaires

Conformément à l'article 4.1, option 2, le contrat sera considéré comme formé dès que l'acceptant (expéditeur de la « confirmation de commande ») aura reçu l'accusé de réception de l'offrant (destinataire de la « confirmation de commande »).

5 - Le contrat sous-jacent est conclu au moment et au lieu où le document électronique effectuant la confirmation de l'ordre d'opération est accessible normalement par celui qui le reçoit. Ce moment ne peut se situer que durant les heures ouvrables de cette partie.

Commentaires

En matière juridique, il peut être d'une grande importance de parvenir à déterminer avec précision à quel moment une manifestation de volonté a été transmise à un correspondant. Un certain nombre de théories ont été élaborées pour réglementer ce qu'il est commun de désigner comme les « contrats entre non-présents ». La première, la théorie de la déclaration, prévoit que le contrat est conclu dès lors que le consentement est exprimé (lors de la rédaction de la confirmation de l'ordre d'opération). En deuxième lieu, il y a la théorie de l'émission, selon laquelle le contrat est formé au lieu et au moment où l'acceptation est envoyée (c'est-à-dire un peu plus tard que dans la première situation). En troisième lieu, il y a la théorie de la réception, où, comme son nom l'indique, le contrat est conclu lors de la réception de l'acceptation par l'offrant. Enfin, en quatrième lieu, la théorie de l'information reporte la conclusion du contrat au moment où l'offrant a eu connaissance de l'acceptation.

D'une manière générale, une tendance marquée privilégie la situation où une communication est censée produire des effets de droit à partir du moment où le destinataire l'a reçue. C'est la théorie de la réception, consacrée d'ailleurs, et ce, sans équivoque, par le C.c.Q. (article 1387) ainsi que par la Loi modèle de la CNUDCI relative au commerce électronique (article 15).

Néanmoins, en ce qui concerne le réseau informatique, à quel moment se matérialise cette réception? La logique voudrait sans doute que cela se passe lorsque l'information tombe dans la boîte à lettres du destinataire. Dans le cadre du contrat d'échange, nous avons choisi la théorie dite de « réception nuancée », c'est-à-dire le moment à prendre en compte est celui où le destinataire qui reçoit le document électronique est en mesure de le faire. Cette solution est « nuancée », car ce n'est pas tout à fait la théorie de la réception ni tout à fait celle de l'information. Prenons un exemple. Imaginons la Partie A qui envoie son acceptation (confirmation de commande) à 23 heures 45. Selon la théorie de la réception, le contrat est conclu à 23 heures 46 (en supposant que le transfert mette une minute); selon la théorie de l'information, le contrat serait conclu à 10 heures le lendemain, moment où la Partie B va vérifier le courrier dans sa boîte aux lettres électronique. Selon la théorie de la « réception nuancée », le contrat est formé à 8 heures ce lendemain, au moment de l'ouverture des bureaux de la Partie B.

Notons que le moment et le lieu de formation du contrat sous-jacent ont été traités de façon identique. En effet, il ne nous semble pas pertinent de les différencier. Cela permet une harmonisation avec les références susmentionnées.

6 - Lorsque l'option 2 de l'article 4.1 est choisie par les parties, le contrat sous-jacent est conclu au moment et au lieu où l'accusé de réception du destinataire du document électronique qui confirme l'ordre d'opération est reçu par l'expéditeur. Ce moment ne peut se situer que durant les heures ouvrables de cette partie.

Commentaires

Comme dans la clause précédente, le moment et le lieu de conclusion du contrat sous-jacent sont reportés au moment de la réception de l'accusé de réception.

4.3 – Signature du contrat sous-jacent

1 - Tout document électronique constitutif d'un contrat sous-jacent et transmis entre les Parties doit être signé par l'expéditeur.

Commentaires

Nous avons tenu pour acquis que seuls les documents électroniques constitutifs d'un contrat sous-jacent ont besoin d'être signés et non pas les simples messages, ni même les simples documents ou documents électroniques qui ne sont pas constitutifs d'un contrat sous-jacent (voir article 4.2). D'ailleurs, la signature n'est exigée en droit que dans le cas où il y a un acte sous seing privé (conformément à l'article 2826 C.c.Q.).

2 - La Partie A et la Partie B conviennent que la signature électronique utilisée pour les documents électroniques a la même valeur qu'une signature manuscrite.

Commentaires

Cette clause tente d'assurer une meilleure sécurité même si elle est, selon nous, un peu redondante. En effet, notre définition de la signature électronique (à l'article 1 k) permet sans équivoque d'utiliser celle-ci. Il en est de même de l'article 2827 C.c.Q. Néanmoins, cette clause paraît utile afin d'éviter tout litige qui pourrait apparaître dans l'hypothèse où une disposition statutaire ferait référence à l'obligation d'une signature manuscrite.

3 - Une signature électronique constitue une signature dès lors qu'elle permet à son titulaire de s'identifier ainsi que de manifester son consentement.

Commentaires

Une fois encore, il nous paraît nécessaire d'être explicite quant aux conditions de réalisation d'une signature et de reprendre la définition de celle-ci qui a déjà été donnée.

4 - La signature doit être fiable. Le niveau de sécurité accordé à la signature dépend de la nature du document électronique transmis. À cet effet, les modalités de sécurité peuvent être remplies par la Partie A et la Partie B dans l'annexe 3.

Commentaires

Les parties doivent préciser le niveau de sécurité et d'assurance qu'elles entendent atteindre, eu égard à l'importance des transactions effectuées. Il s'agit de la même approche que celle que nous avons retenue à l'article 4.4 relativement à la catégorisation des contrats sous-jacents, mais cette fois, uniquement à l'égard de la signature.

Dans l'annexe 3, il faudra déterminer, d'une part, quelles sont les conditions de réalisation pour qu'un contrat sous-jacent soit assujéti à un niveau supplémentaire de sécurité de la signature et, d'autre part, quelle sorte de sécurité sera mise en place.

4.4 - Catégorisation des contrats sous-jacents

Lorsque l'intérêt du contrat sous-jacent projeté entre la Partie A et la Partie B dépasse un seuil lui-même déterminé par les parties, celles-ci s'engagent à satisfaire aux conditions de sécurité requises. Ces dernières sont répertoriées à l'annexe 3.

Commentaires

Cet article 4.4 entend réitérer une notion déjà mentionnée en relation avec la sécurité, à savoir que la diligence que les parties doivent déployer dépend de l'importance des opérations qui sont effectuées. Ainsi, au même titre que l'utilisation, ou non, du chiffrement pour la transmission des correspondances, et au même titre également que l'usage, ou non, des certificats quant à l'identification des partenaires, cette clause cherche à établir des balises à partir desquelles les contrats sous-jacents devront répondre à certaines conditions déterminées en annexe.

Par exemple, pour un contrat sous-jacent qui met en cause une certaine somme ou une activité requérant une grande confidentialité, il semble raisonnable d'établir une procédure qui permette aux parties de confirmer la somme d'argent ou le type d'engagement qui vient d'être proposé. Ceci vaut notamment pour les contrats automatisés (le jugement de valeur de la machine est nul, et ne peut être mis en cause en dehors des paramètres qui ont été donnés à celle-ci).

ARTICLE 5 - PREUVE

En matière de contrat d'échange, la question de la preuve est primordiale en raison de la dématérialisation des transactions. Néanmoins, il n'y a rien d'insurmontable. D'une part, le Code civil du Québec est empreint de l'attitude progressiste du législateur québécois – l'adoption toute récente de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information par ce dernier confirme cette assertion – et, d'autre part, les règles de preuve ne sont pas jugées d'ordre public lorsque les parties au contrat sont des partenaires commerciaux. On peut donc y déroger par contrat. L'article 5 constitue ce que l'on appelle généralement une convention sur la preuve.

5.1 - Force probante des documents électroniques

1 - La Partie A et la Partie B s'accordent sur le fait que les documents électroniques sont admissibles en preuve dans tout litige ou dans toute procédure arbitrale, judiciaire, quasi judiciaire ou administrative et font preuve de leur contenu comme s'il s'agissait de documents originaux.

Commentaires

Cette première stipulation a pour objet de permettre aux parties de s'exonérer d'une éventuelle disposition législative qui prévoirait l'incapacité probatoire de documents électroniques. Cela vise notamment les questions relatives à la règle de la meilleure preuve. Au C.c.Q., l'article 2860 est suffisamment souple pour, tout en assurant la primauté de l'écrit, permettre le dépôt en preuve de documents technologiques (voir l'article 80 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.Q., 2001, c. 32). La Loi modèle de la CNUDCI, quant à elle, prévoit à son article 9 une admissibilité générale des documents électroniques et une force probante qui s'apprécie selon les circonstances.

2 - La Partie A et la Partie B reconnaissent également la qualité d'écrit original aux documents électroniques imprimés, comme s'il s'agissait de documents sur support papier, dès lors qu'ils répondent à un processus de transfert sécuritaire.

Commentaires

Cette stipulation en est une que l'on peut qualifier de « accommodage ». En effet, il existe parfois dans le droit national certaines dispositions qui exigent que les documents, pour être recevables quant à la preuve, doivent être d'une part sous forme écrite et d'autre part sous forme originale. Or, tant la notion d'écrit que celle d'original sont des notions qui ont été créées pour le papier et qui demandent des contorsions conceptuelles de la part de quiconque tenterait de les

appliquer au commerce électronique. Même si nous croyons qu'il n'est pas logique de les appliquer au support électronique, nous préférons, dans un souci de sécurité, présenter une clause qui prévoit cette situation.

La Loi modèle de la CNUDCI a, à ce propos, prévu un article pour chacun de ces concepts : l'article 6 pour ce qui est de l'écrit et l'article 8 relativement à l'original. En droit québécois, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (précitée) a prévu des critères à respecter pour qu'un document technologique puisse tenir le fort autant que les documents présentés sous un format plus courant, et ce, sur la base du principe d'intégrité. Même alors croyons-nous, il est plus sûr de prévenir les difficultés, au cas où on imposerait au monde de l'électronique des obligations calquées sur celles du monde du papier.

3 - La Partie A et la Partie B renoncent à soulever toute objection relative à l'utilisation en preuve des messages et documents électroniques sur la seule base de leur caractère électronique.

Commentaires

Cette clause est une assurance supplémentaire que la seule nature électronique des documents électroniques ne pourra être invoquée dans l'hypothèse d'un différend entre les parties.

5.2 - Archivage

1 - La Partie A et la Partie B prennent les mesures nécessaires afin que les documents électroniques transmis et reçus soient conservés de manière à constituer un enregistrement fidèle, durable et inaltérable de leur contenu.

Commentaires

Cette clause est de nature générale. Si la tenue des registres des opérations semble une exigence incontournable dans le cadre d'un contrat d'échange étant donné l'immatérialité des documents électroniques transmis, il importe de développer un mécanisme permettant aux parties de les retrouver facilement. Cette première stipulation vise donc à poser un standard raisonnable de conservation basé sur cette notion d'« enregistrement fidèle et inaltérable de leur contenu ».

Relativement à ce standard général applicable à la qualité de la conservation des documents électroniques transmis et reçus, notons que la Loi modèle de la CNUDCI contient un article spécifique sur cette question. En bref, les critères retenus sont l'accessibilité, l'indication de l'origine, de la destination, de la date et de l'heure, ainsi que l'obligation plus vague selon laquelle le « message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues ».

De façon plus précise, il faut remarquer que le contrat d'échange stipule, selon les cas, sous quelle forme cette conservation doit se faire : papier ou électronique. D'une manière générale, il est possible de faire une distinction entre deux situations : d'une part, lorsque l'objectif est de simplement conserver des informations, le support le mieux approprié est sans doute l'électronique. Moins coûteux, le support électronique est plus facile à consulter occasionnellement; il tient moins de place, etc. Il offre donc de très nombreux avantages dès lors que l'archivage présente certaines qualités élémentaires de crédibilité. D'autre part, lorsqu'on a besoin d'avoir un « instantané » de l'état d'une situation donnée, le papier, de par sa matérialité, présente des atouts indiscutables également. Or, les deux objectifs doivent être réalisés conjointement.

Par contre, à part les éléments d'importance qui ont été isolés ci-après, les présentes stipulations sont très vagues quant aux modalités générales d'archivage. Ainsi, nulle mention expresse n'est faite quant à la fréquence des compilations et des vérifications; cela est laissé à la discrétion des parties. C'est la même chose quant aux méthodes d'archivage : ou on archive le document et son contenu, ou on garde seulement une note relative à l'occurrence du document. En d'autres termes, selon cette seconde méthode, ce n'est pas le contenu du document qui est intégralement archivé, mais le seul fait qu'il ait été transmis. On en conserve donc une trace purement formelle. Le choix de l'une ou de l'autre des méthodes est évidemment tributaire de la nature des relations commerciales des parties.

Notons enfin que seuls les documents électroniques sont susceptibles d'archivage : les messages ne présentent pas assez d'intérêt pour qu'on mette en place ces conditions de conservation. Ce principe se retrouve d'ailleurs à l'article 10.2 de la Loi modèle de la CNUDCI.

2 - La Partie A et la Partie B peuvent respectivement désigner et identifier, sous réserve d'une mention à l'annexe 3, une ou plusieurs personnes responsables des registres des opérations.

Commentaires

L'intervention de personnes responsables est une voie à privilégier. En effet, cette intervention ne peut qu'atténuer les velléités de contestation liées au droit de la preuve. Ces personnes seront susceptibles de témoigner dans le cadre d'un litige relatif à l'authenticité ou au contenu incertain d'un document afférent à une transaction. Leur statut de personnes responsables leur confèrera un poids indéniable lorsque ce type de mésentente surgira.

Les parties auront intérêt à désigner comme personnes responsables des personnes qui, dans le cours de leurs fonctions usuelles, sont appelées à traiter des transactions conclues par leur entreprise. On pense ici, par exemple, au vérificateur de l'entreprise, au directeur de l'informatique ou au directeur de la comptabilité; quoi qu'il en soit, il faut penser à une personne expressément désignée.

Éventuellement, et sans que ce soit incompatible avec la désignation d'une personne responsable, le contrat d'échange peut – en ce qui concerne l'archivage des données transactionnelles – faire intervenir un vérificateur externe. Comme dans l'hypothèse de contrôle externe du système informatique (voir article 3.6, paragraphe 2), on peut facilement imaginer un tiers qui viendrait vérifier la concordance des données commerciales.

3 - La Partie A et la Partie B conservent sur support électronique, pendant six (6) années, un registre des documents électroniques transmis et reçus, sans modifications.

Commentaires

Conformément à ce que nous avons pu dire plus haut, la conservation de ce registre pendant une certaine durée doit se faire sur support électronique. Quant à la durée de cette conservation, les parties peuvent opter pour une durée autre que la période de six ans. En ce qui nous concerne, nous l'avons choisie car elle est supérieure au délai de prescription applicable en matière de droit personnel ou de droit réel mobilier (article 2925 C.c.Q.). Par contre, des contingences fiscales pourraient mener à une prolongation imposée de ce délai. Ainsi, eu égard au faible coût du stockage de l'information, une durée de six ans nous semble raisonnable.

4 - Conformément à l'annexe 3, la Partie A et la Partie B préparent, tous les ____ (mois), un double imprimé de leur registre des documents électroniques, double certifié par la ou les personnes responsables, et elles le font parvenir à l'autre partie.

Commentaires

L'utilisation d' « instantanés » de la situation des parties est aussi une technique intéressante dans le cadre d'un commerce dématérialisé. Par contre, des variantes peuvent apparaître quant à l'utilisation du registre obtenu, et des sanctions qui pourraient éventuellement être imposées par suite du non-respect des conditions d'archivage arrêtées par les parties.

5 - Les documents électroniques constitutifs d'un contrat sous-jacent sont archivés dans un fichier indépendant.

5.3 - Modalités supplémentaires de sécurité

Des modalités supplémentaires de sécurité portant sur la preuve relative à des documents électroniques transmis par la Partie A et la Partie B peuvent être reproduites à l'annexe 3.

Commentaires

Cette clause vaut pour l'ensemble des stipulations du présent contrat d'échange; en effet, les parties peuvent ajouter ce qu'elles souhaitent aux annexes, dès lors que cela se fait en correspondance avec l'article 2.5. Néanmoins, nous croyons nécessaire d'insister sur cette prérogative des parties, la preuve étant souvent reliée à des considérations techniques, très pratiques, qui peuvent dépendre des habitudes des parties, des circonstances en général, du type d'activité, de la fréquence des échanges, du matériel dont les parties disposent, etc. L'annexe 3, relative aux considérations sécuritaires, est évidemment l'endroit où ces données devraient être colligées.

ARTICLE 6 - RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

6.1 - Clause d'arbitrage

1 - Toute contestation relative au présent contrat d'échange, ou à l'un des contrats sous-jacents en découlant, qui ne pourrait faire l'objet d'une entente à l'amiable, sera soumise à un (1) arbitre devant l'organisme connu sous le nom de _____.

2 - L'arbitrage a lieu en français et au Québec.

3 - La décision de l'arbitre est finale et sans appel.

Commentaires

Cette clause d'arbitrage a pour objet de faciliter le règlement des litiges qui pourraient éventuellement survenir entre les parties quant à l'interprétation ou à l'application du contrat d'échange et des contrats sous-jacents.

Comme les parties décident de recourir à l'électronique dans un souci d'économie de temps et d'argent, il semble que cet objectif serait sérieusement compromis si elles devaient déférer leurs éventuelles mésententes aux tribunaux judiciaires. Par conséquent, il appert qu'une clause d'arbitrage répond mieux à leurs attentes, et ce d'autant plus que cette convention est appelée à jouer essentiellement en matière commerciale entre deux partenaires désireux, en général, de continuer à transiger ensemble en dépit de certains conflits. La voie de l'arbitrage apparaît dès lors comme la solution la plus adéquate en raison de sa rapidité et de ses coûts peu élevés.

De surcroît, la composante « réseau ouvert » que nous avons intégrée dans le présent contrat d'échange est davantage sujette à l'internationalisation. Or, il est clairement établi que c'est justement dans les différends internationaux que l'arbitrage est le plus communément employé.

Autre point à souligner, le choix de la Chambre d'arbitrage _____ est proposé étant donné, d'une part, qu'il s'agit d'un organisme canadien qui, d'autre part, se spécialise dans les questions liées au commerce électronique en général.

Enfin, l'affirmation qui veut que la décision de la Cour d'arbitrage soit sans appel est une formule fréquemment utilisée dans le domaine de l'arbitrage et qui a très généralement été considéré comme valide par les juges nationaux.

6.2 - Droit applicable

1 - Le présent contrat d'échange ainsi que les contrats sous-jacents qui en découlent doivent être interprétés selon les lois du Québec.

2 - L'incompatibilité d'une clause du contrat d'échange avec toute loi applicable n'entraîne pas la nullité de l'ensemble dudit contrat. Cette clause peut être modifiée – afin de la rendre conforme à la loi – ou supprimée sans affecter la validité des autres stipulations.

Commentaires

Les parties ont la faculté, en vertu du droit civil québécois, de choisir la loi qui s'appliquera à l'interprétation de leur contrat. Ce choix est évidemment tempéré par certains principes, comme l'ordre public ou l'exception de fraude à la loi. En d'autres termes, le choix de la loi applicable, déterminé par les parties au contrat, sera généralement respecté à moins qu'il ne soit entaché d'une volonté de fraude.

Une telle clause est importante lorsque l'on sait qu'une entreprise peut être appelée à transiger avec une compagnie d'un autre pays ou d'une autre province. Ainsi, par exemple, une compagnie A, dont le siège social est au Québec, peut très bien transiger avec une compagnie B établie en Ontario. Afin d'éviter des surprises, les parties décident alors de soumettre leur contrat à la loi d'une province donnée. Il s'agit dès lors pour les parties d'analyser leur loi respective afin de déterminer, dans leur optique, la loi qui semble la plus avantageuse au règlement d'éventuelles mésententes quant à la portée ou à l'interprétation de leur contrat. Il faut toutefois rappeler que ce choix sera respecté par les tribunaux s'il n'est pas entaché de fraude ou s'il ne heurte pas le principe de l'ordre public.

6.3 - Responsabilités

Ce nouvel ensemble de clauses est un peu plus complexe, dans la mesure où il entend régir la question des responsabilités. Le mot doit être employé au pluriel. En effet, deux situations doivent être prises en compte. D'abord, celle où un ou plusieurs intermédiaires interviennent dans la transmission des messages ou des documents électroniques. Il s'agit évidemment des intermédiaires (ou des prestataires de services, voire de réseaux à valeur ajoutée). Il pourrait s'agir également de tiers de confiance ou d'une autorité de certification. Or, dans une telle situation, qui n'est pas strictement bilatérale, il importe de régler la question de la responsabilité du fait d'autrui. C'est ce à quoi répondent les deux premiers alinéas de l'article 6.3. Le premier stipule que les parties sont responsables des dommages causés par l'intermédiaire auquel chacune d'elles recourt. Le second, dans le cas où les parties se sont adressées au même intermédiaire, prévoit que la responsabilité incombe à la partie qui a expédié le message ou le document électronique cause du dommage.

En résumé, on peut établir deux grandes formes de responsabilités applicables aux relations électroniques. Il y a d'abord, comme le prévoient les deux premiers paragraphes de l'article 6.3, une répartition de la responsabilité sans réelle prise en compte du caractère fautif de la partie responsable. Il y a ensuite, comme le stipule la clause 6.3 (3), la possibilité de condamner le manque de diligence ou d'application d'une des parties lorsque ledit comportement a pour conséquence de causer un préjudice à l'autre partie.

1 - Lorsque la Partie A ou la Partie B a recours aux services d'un intermédiaire pour transmettre, traiter ou stocker des documents électroniques, chaque partie est responsable à l'endroit de l'autre partie du dommage résultant d'un acte ou d'une omission de l'intermédiaire dont elle a retenu les services.

Commentaires

On notera qu'en vertu du paragraphe 1, la responsabilité du dommage qui est le fait d'un intermédiaire sera imputée à la partie qui utilise ses services. Par ailleurs, il est clair que cette partie pourra éventuellement se retourner contre son intermédiaire afin qu'il réponde de son action ou omission fautive. Ce dernier recours relève de la relation contractuelle entre la partie et son intermédiaire même si, en pratique, le contrat d'adhésion qui est alors signé est généralement doté d'une clause d'exemption ou de limitation de responsabilité. C'est une autre question de droit, un autre contrat, qui ne doit pas avoir d'incidence sur la présente convention. Il semble en effet juste et raisonnable de rejeter la responsabilité d'une faute de l'intermédiaire sur les épaules de la partie qui a retenu ses services.

Cette répartition correspond à ce que l'on qualifie de responsabilité stricte (ou objective), à savoir, la survenance ou non d'une faute n'entre pas en compte dans la détermination de la responsabilité. En pratique, en l'absence d'une telle clause, la partie victime tenterait un recours de type contractuel contre l'autre partie, mais le succès de son recours serait loin d'être certain étant donné que la cause du dommage est extérieure à la partie défenderesse. Il reste alors à la partie victime un recours extracontractuel contre le tiers fautif, mais cet exercice peut s'avérer hasardeux, eu égard à la délocalisation des acteurs et à la difficile détermination des éléments de responsabilité (plus difficiles à prouver que dans un rapport contractuel).

C'est ainsi que s'explique le choix que nous avons fait quant à la répartition des responsabilités, chaque partie étant par ailleurs mieux à même de juger des qualités de son propre intermédiaire. Notre choix constitue en outre une raison supplémentaire pour les parties de faire preuve d'une grande prudence lors du choix d'un prestataire de services.

Éventuellement, il est toujours possible pour une partie de se procurer une assurance qui devrait la protéger en cas de coûts liés à d'éventuels dommages nés lors des communications (tant pour la communication stricto sensu que pour la sécurité des échanges).

Notons aussi qu'en égard au caractère peu sécuritaire des messages, aucune responsabilité ne peut découler de leur envoi ou de leur réception.

2 - Lorsque la Partie A et la Partie B ont recours aux services d'un même intermédiaire pour transmettre, traiter ou stocker des documents électroniques, la partie expéditrice est responsable du dommage résultant d'un acte ou d'une omission quant à l'envoi de ce document électronique.

Commentaires

Les commentaires qui suivent la précédente clause sont également valables ici.

3 - Le comportement de la Partie A ou de la Partie B peut donner lieu à la responsabilité lorsqu'un préjudice provient d'un manque de diligence dont l'une a fait preuve à l'égard de l'autre.

Commentaires

Dans ce troisième alinéa, il reste à considérer la question de la responsabilité entre la Partie A et la Partie B. Sur ce point, une simple obligation de diligence a été établie, comme nous avons pu nous en rendre compte tout au long de ce contrat d'échange.

Autre point qu'il nous semble nécessaire de soulever : nous avons préalablement affirmé que les messages ne sont pas assortis de responsabilités (voir commentaires de l'article 6.3.1, in fine), dans la mesure où ils correspondent à une communication pour laquelle un faible niveau de sécurité est attendu. Cela est vrai dans la limite où les parties n'ont pas agi pas sans diligence aucune en envoyant un message pour une opération qui, au regard de son importance, aurait mérité une protection supplémentaire (par l'utilisation soit d'un document, soit d'un document électronique).

6.4 - Force majeure

La Partie A et le Partie B ne sont tenues responsables d'aucun dommage résultant de l'exécution du contrat d'échange ou de l'un ou l'autre des contrats sous-jacents lorsque les circonstances y ayant donné lieu relèvent de la force majeure.

Commentaires

Il s'agit d'une clause contractuelle usuelle. Cette clause réitère simplement le contenu de l'article 1470 C.c.Q. qui prévoit qu'un débiteur n'est pas tenu aux dommages intérêts lorsque l'inexécution de son obligation est causée par un cas fortuit ou une force majeure. Trois éléments caractérisent le cas de force majeure : l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'extériorité. L'événement doit être irrésistible : on ne saurait y résister. Il doit être imprévisible. Et, finalement, il doit résulter d'une cause extérieure à l'activité de la partie qui invoque la force majeure.

ARTICLE 7 – CONFIDENTIALITÉ DES DONNÉES

7.1 - Confidentialité

Certains documents ou messages peuvent contenir des renseignements confidentiels. Les parties maintiennent la confidentialité de ces renseignements en prenant toutes les mesures raisonnables à cette fin. Elles doivent notamment informer leur personnel respectif ayant accès à ces documents de l'obligation de ne pas divulguer d'une manière ou d'une autre ces renseignements, ni de les utiliser à d'autres fins que celles qui sont prévues par les parties. Cette obligation ne doit pas être interprétée comme empêchant la réalisation des prestations inhérentes à la conclusion des transactions commerciales menées dans le cadre de la présente convention.

Commentaires

Il peut arriver que certains documents ou messages transmis contiennent des informations confidentielles concernant l'une des parties. Il faut alors s'assurer que le récepteur de ces informations prenne les mesures nécessaires pour protéger la confidentialité de celles-ci. À cet

égard, il suffit simplement d'informer le personnel du caractère confidentiel de ces renseignements et de l'obligation de ne pas les divulguer.

Cette obligation de confidentialité ne doit évidemment pas inhiber le personnel et l'empêcher de voir à la réalisation des transactions commerciales, objectif fondamental qui sous-tend toute cette convention. En d'autres mots, le personnel est autorisé à utiliser ces renseignements confidentiels dans la réalisation d'ententes contractuelles entre les parties.

L'article 7.1 prévoit donc un régime de confidentialité des informations transmises entre les participants à l'entente. Il faut savoir qu'un choix est possible à ce sujet entre une protection comme celle dont il est question ici et une renonciation volontaire à ses droits à la confidentialité comme celle que propose l'article 7.3. Deux régimes incompatibles sont donc en présence. Une fois encore, le choix dépendra de la nature de l'échange de documents.

7.2 - Renseignements personnels

1 - Lorsqu'une des parties au contrat est un organisme public au sens de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, les parties au contrat doivent s'engager, lorsque les documents ou messages transmis contiennent des renseignements nominatifs au sens de l'article 54 de ladite loi, à respecter l'esprit et la lettre du chapitre III de ladite loi.

2 - La présente convention doit être interprétée de manière à respecter les principes fondamentaux en matière de gestion de l'information personnelle au sens de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1 et ceux aussi de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1.

Commentaires

Il peut arriver que les documents ou messages transmis contiennent des renseignements nominatifs au sens de la Loi. Il importe alors de sauvegarder la protection offerte à ces renseignements par la Loi. À ce propos, les dispositions de la loi applicable guideront les partenaires dans le traitement des documents ou messages contenant des données à caractère nominatif.

Par ailleurs, il faut être bien conscient qu'il sera relativement rare que des documents ou messages contiennent des renseignements à caractère personnel. Toutefois, on remarque que les citoyens, donc les clients, sont de plus en plus sensibles au respect du droit à la vie privée. Au surplus, de plus en plus d'entreprises du secteur privé, les banques ou les compagnies d'assurances par exemple, se sont dotées de codes de conduite en matière de protection des renseignements personnels. Ces codes reprennent, en général, l'essentiel des principes énoncés dans les deux lois précitées.

7.3 – Non-confidentialité des documents électroniques

[Les parties reconnaissent que les informations communiquées par voie électronique et assujetties à la présente entente ne sont pas, sous réserve de contradiction avec le droit en vigueur, considérées comme étant confidentielles.]

Commentaires

Plutôt que de traiter spécifiquement de la confidentialité des informations transmises par voie électronique, il est possible d'opter dès le départ pour une présomption de non-confidentialité. Cette solution est proposée par le contrat type CNUDCI. Bien sûr, la pertinence de cette clause dépendra de la nature des relations entre les usagers. Néanmoins, dans la plupart des cas, les commerçants qui contractent par voie électronique sont des entreprises qui entendent régir ainsi une relation continue, qui s'effectue dans le cours normal de l'activité commerciale. Dans d'autres situations, on peut imaginer que la divulgation de données entraînera des conséquences préjudiciables. Quoi qu'il en soit, il est important de noter la possibilité de faire une telle stipulation, un accord sur ce point ayant pour vertu de simplifier la relation électronique, les acteurs n'ayant pas à adopter de précautions particulières à ce sujet.

En ce jour du _____ 200_

Signé à _____

par la PARTIE A et la PARTIE B

ANNEXE 1 - LISTE DE DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES SPÉCIALEMENT IDENTIFIÉS

Pour différentes fins, et notamment pour des objectifs d'automatisation, les parties peuvent identifier certains types de documents électroniques afin de les normaliser. En conformité avec ce qui se fait en matière d'EDI, les parties peuvent ainsi prévoir que certaines opérations se feront d'une certaine manière et selon des standards d'opération prédéterminés.

ANNEXE 2 – CONSIDÉRATIONS TECHNIQUES

ANNEXE 3 - MODALITÉS DE SÉCURITÉ

Les modalités de sécurité correspondent au niveau d'exigence que les parties en cause entendent établir dans leur contrat d'échange. Ces modalités doivent être déterminées par les parties et dépendent du climat de confiance régnant entre elles, du montant des enjeux, de la fréquence des relations, etc. Toujours est-il qu'en raison de la nature évanescence des messages et documents électroniques, il est fortement conseillé que la Partie A et la Partie B respectent les exigences énumérées plus bas.

Néanmoins, puisqu'il est impossible de tout prévoir, une liste de modalités de sécurité non encore identifiées est établie, conformément à l'article 5.3. Ainsi, si la Partie A et la Partie B considèrent qu'il est judicieux d'ajouter diverses procédures, elles pourront le faire, soit avant la signature du contrat d'échange, soit une fois le contrat signé, en s'appuyant sur l'article 2.5 du présent contrat.

La Partie A et la Partie B doivent s'obliger aux conditions suivantes dès lors que les cases appropriées ont été cochées :

1 - LISTE DES MODALITÉS DE SÉCURITÉ MENTIONNÉES DANS LE CONTRAT D'ÉCHANGE

- Article 3.3.3 : liste des documents électroniques adressés avec certificat.
- Article 3.3.4 : liste des documents électroniques chiffrés.
- Article 3.6.2 : nom du vérificateur du système informatique.
- Article 4.1.1 : installation d'un procédé d'accusés de réception pour l'envoi des documents électroniques.
- Article 4.3.4 : modalités relatives à la signature de certains contrats sous-jacents;
 - modalités relatives au niveau de sécurité;
 - modalités relatives aux types de contrats sous-jacents concernés;
- Article 4.4 : détermination d'un seuil quant à l'application de normes supérieures de sécurité pour les contrats sous-jacents les plus importants;
- Article 5.2.2 : identification d'une personne responsable, pour chaque partie, des registres des opérations :
 - personne responsable pour la partie A : _____
 - personne responsable pour la partie B : _____
- Article 5.2.4 : transmission régulière d'une copie imprimée des archives des documents électroniques tous les _____ () mois.

2 - LISTE DES MODALITÉS DE SÉCURITÉ SUPPLÉMENTAIRES QUE LA PARTIE A ET LA PARTIE B PEUVENT DÉCIDER D'AJOUTER AU BESOIN (article 5.3).