

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

par Vincent GAUTRAIS et Karim BENYEKHFLEF

Introduction

Le présent contrat-type constitue une adaptation très directement inspirée d'un précédent contrat qui s'intitulait : « Contrat-type d'Échange de Documents Informatisés (EDI) par le biais des « réseaux ouverts » et disponible à l'adresse suivante : <http://www.lexum.umontreal.ca/fr/texte/contrat98.html>.

Cette précédente version concernait donc les Échanges de Documents Informatisés (EDI) alors que l'actuelle s'est exonérée de la consonance EDI qui prévalait. L'objet de ces modifications est de fournir un contrat-type encore plus général susceptible de s'appliquer à tout type de relation électronique de longue durée. Nous avons donc voulu simplement mettre de côté la particularité de l'EDI pour essayer d'étendre l'applicabilité d'un tel engagement à d'autres types de communications électroniques, quoi qu'elles puissent être. Il apparaît évident que de par sa généralité, ce contrat-type ne peut prévoir toutes les hypothèses possibles et qu'une défiance eu égard aux particularismes des parties est à prendre en compte. Notons aussi que pour des fins de meilleure compréhension, les commentaires ont été reproduit en caractère italique alors que le contrat-type proprement dit est en caractère gras.

Karim BENYEKHFLEF
Centre de recherche en droit public
Université de Montréal

Vincent GAUTRAIS
Université d'Ottawa
Faculté de droit
Section de *common law*

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 protéger la confidentialité des documents électroniques par le biais d'un algorithme qui transforme ces données pour les rendre inintelligibles à qui n'a pas la clé nécessaire pour le déchiffrement.

Commentaires

Le chiffrement (également dénommé « cryptologie » ou « cryptographie ») est une technique qui permet de « coder » une communication électronique afin de la rendre inaltérable et illisible pour ceux qui ne bénéficient pas de la clé nécessaire pour le déchiffrement. Elle peut être utilisée sous forme symétrique (une seule clé privée et pas de clé publique) et asymétrique (deux clés complémentaires, privée et publique).

Chiffrement symétrique :

Moins implanté et sans doute moins « à la mode », il serait néanmoins également applicable dans le cadre d'un contrat d'échange comme celui-ci, qui présuppose une certaine permanence dans la relation commerciale. Une clé privée pourra donc être échangée selon des conditions bien évidemment sécuritaires (généralement, sous forme manuelle, et de toutes les façons selon un échange « physique »). Il est donc indispensable de prévoir, dans le cadre de ce contrat d'échange, comment 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'il règne un haut niveau de confiance entre les partenaires commerciaux.

Chiffrement asymétrique :

Le chiffrement asymétrique apparaît mieux adapté aux réseaux ouverts. En effet, il n'est pas vraiment nécessaire que les parties s'accordent, au préalable, quant aux modalités relatives à la sécurité. Ainsi, la Partie A qui souhaite adresser un document à la Partie B, utilise simplement la clé publique de la Partie B et cette

dernière n'aura qu'à déchiffrer ledit document par le biais de la clé privée, unique clé capable d'y parvenir.

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 l'instrument indispensable pour toute personne qui fait des affaires par le biais d'un réseau ouvert. En effet, en l'état actuel des connaissances en matière de sécurité informatique, c'est sans aucun doute la technique qui apporte le meilleur compromis entre deux composantes assez irréconciliables : d'une part, l'assurance quant à l'identité des personnes, la non-répudiation et l'authentification des messages et, d'une manière générale, la sécurité nécessaire à une transaction. D'autre part, la possibilité d'offrir ces conditions sécuritaires sans être obligé de connaître la personne ou de la rencontrer réellement. En fait, cette technique permet de conserver les atouts du réseau ouvert, à savoir, l'ouverture sur le monde et donc sur un marché potentiellement gigantesque, tout en ayant un standard de sécurité acceptable dans les circonstances.

Infrastructure pour la certification :

L'autorité de certification génère, en principe, la confiance, élément nécessaire pour permettre à des partenaires d'affaires qui ne se connaissent pas de faire des affaires. L'autorité de certification est, en effet, un tiers qui certifie, après s'en être personnellement ou non, assuré 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, un seul échange de document constitutif d'un contrat, peut impliquer le titulaire du certificat (que l'on dénomme généralement l'abonné), l'utilisateur (qui est la personne qui utilise le certificat et donc l'une des parties au contrat, même si elle peut elle-même être un abonné auprès d'une autorité de certification), l'autorité de certification pour chaque partie (en sachant qu'elles peuvent être différentes pour chacune), et éventuellement des sous-traitants de l'autorité de certification (agent de vérification, gestionnaire de clés, etc., si l'on suppose que l'autorité de certification ne fait pas tout elle-même).

Forme du certificat :

Concrètement, le certificat présente un certain mystère pour le néophyte, et il nous semble important d'explicitier brièvement comment on l'utilise. Ainsi, sur le plan de son contenu, un certificat, même si l'on ne peut tout y mettre, dispose de plusieurs champs pour dispenser un certain nombre d'informations. Quoique la recommandation X.509 de l'UIT-T prévoit, de façon imprécise, qu'un certificat doit contenir «[la] clé publique d'un utilisateur ainsi que certaines autres informations rendues infalsifiables...», on 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 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 « micro-contrat », résultat du contrat d'échange qui régit son cadre d'évolution. 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. Le contrat d'échange est traité à l'article 2 de la présente convention et la présente définition y est d'ailleurs explicitée.

d) Contrat sous-jacent

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

Commentaires

Le contrat sous-jacent est traité à l'article 4 de la présente convention et 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 y être incluses (voir notamment l'option 2 de l'article 4.1). Simplement, il est possible de dire en préalable qu'un contrat sous-jacent correspond à un échange de documents électroniques constituant un accord de volontés, conformément à l'encadrement déterminé dans le présent contrat d'échange.

En résumé, nous sommes en présence, d'une part, 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. D'autre part, dans le cadre 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 beaucoup plus limités dans le temps, 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

Les documents électroniques correspondent à toutes les correspondances que les parties s'adressent dans le cours de leurs activités par le biais d'un médium électronique.

Commentaires

Nous avons spécifié précédemment que le présent contrat d'échange, de communication, en est un qui est largement inspiré d'un précédent contrat de type EDI. Or, dans cette dernière situation, une différenciation a été faite entre les documents, dans un sens générique, et les documents EDI qui étaient simplement ceux qui disposaient d'une structure prédéterminée. En l'espèce, la nécessité d'automatisation n'étant pas de mise et particulièrement mise de l'avant, nous n'opérons donc pas cette distinction. Il existe donc une seule sorte de document, les documents électroniques. Néanmoins, une différenciation est faite entre un document électronique et un message, tel que définit plus loin. L'élément de distinction apparaît dans le fait que le premier est fait dans le cours des activités de l'entreprise et à ce titre disposera d'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 d'un expéditeur à un destinataire.

Commentaires

Dans le commerce électronique, plus que dans le commerce traditionnel, on voit apparaître des instances intermédiaires qui participent au processus de communication des informations commerciales. Cela était déjà vrai avec le commerce électronique en réseau fermé ; cela se constate 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 ainsi libellée afin qu'elle n'exclut personne. Ceci semble s'accorder avec la définition donnée dans la Loi-modèle de la CNUDCI relative au commerce électronique, article 2 e).

j) Message

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

Commentaires

Sans répéter les développements qui ont déjà été donnés concernant les documents électroniques, le message correspond à un échange moins formel et pas forcément relié aux activités commerciales en cause. Là encore, la distinction entre document électronique et message provient de l'EDI où le premier est structuré et identifié 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 également réunies dans la signature électronique; en l'occurrence 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 qu'il était loisible de donner à la notion de signature. De plus en plus, et le Code civil du Québec est une illustration de cette tendance (Article 2827 Code civil du Québec), une vision large du concept nous amène à croire que lorsque les deux fonctions précitées sont réunies, une signature peut se voir attachée les conséquences juridiques que l'on lui attribue traditionnellement.

La confirmation en est donnée par la Loi-modèle de la CNUDCI relative au commerce électronique, où son article 7, sur la signature, identifie bien les deux conditions précitées (voir notamment l'alinéa a) du paragraphe 1).

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 faire référence à l'importance de la transaction visée pour qualifier le processus d'authentification comme étant suffisant. Si les parties ne se sont pas accordées expressément sur les modalités applicables à la signature, les usages en vigueur seraient en l'espèce un indice important. (Voir à ce propos l'alinéa b)

du paragraphe 1 du même article du projet de la Loi-modèle précitée qui lie la méthode de signature au degré de 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.

De façon plus récente, et à titre d'illustration, il existe une technique très sécuritaire et qui utilise le procédé du chiffrement préalablement décrit : 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 ne pas la divulguer) et d'une clé publique (qu'il doit transmettre à quiconque veut faire affaire avec lui), en premier lieu, prépare 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, le sommaire est chiffré par l'expéditeur avec sa clé privée. Cela constitue la signature numérique. D'une manière plus précise, il est en fait clair qu'une pareille procédure assure 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 mentionné.

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, 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 3.5, à transmettre les documents qui auront été prédéterminés sous forme électronique selon cette application. Tout document électronique adressé sous une autre forme est considéré comme non avenu.]

Commentaires

La seconde partie de cette clause contractuelle est optionnelle. Elle suppose que les parties ne pourront effectuer les opérations énumérées à l'annexe 1 sous un autre format que celui prédéterminé par les parties. Ce format peut être par exemple toute sorte de communication prédéterminée et excluant notamment toute transaction conclue par un mode traditionnel (poste par exemple). Ces documents adressés ainsi ne sauraient par conséquent bénéficier des clauses de la convention comme, par exemple, celles qui sont relatives à la preuve. Une

partie qui estimerait que la seule manière d'amortir pleinement l'installation d'un réseau de communication électronique est d'en faire le véhicule exclusif de la conclusion de transactions commerciales, sera tentée d'inclure cette clause au contrat. Par ailleurs, cette exclusivité est sujette à exception en cas de panne du système de communication conformément à l'article 3.5.

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 à ce contrat d'échange sont appelées 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 indépendants sont susceptibles de s'appliquer dans cette relation entre les parties, une hiérarchie est donc nécessaire pour pallier les éventuels conflits. Le présent contrat d'échange, de par son caractère général et son importance, doit légitimement avoir préséance. L'idée est d'ailleurs également reprise dans le contrat-type CNUDCI (Article 1.2). Cette stipulation quant à la préséance n'est toutefois pas incompatible avec la précédente 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, par le biais, ou non, d'un représentant, ont toutes deux signé le présent document-papier.

· Option 2 : Le présent contrat d'échange peut être conclu électroniquement. Les parties s'entendent pour que les conditions relatives à la formation du contrat d'échange soient sans équivoque quant à l'identité des signataires, la manifestation de leur consentement, l'existence et le 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 et 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 d'importance qui peut avoir des conséquences sur une période plus ou moins longue (en l'occurrence, voir l'article 2.6 sur la durée du contrat d'échange). Il importe donc d'introduire, dans ce cas précis, des modalités assez rigoureuses quant à la sécurité en général ; que ce soit

pour la signature ou en ce qui concerne le processus contractuel.

En ce qui a trait à l'option 1, la conclusion d'un contrat « papier », l'échange de copies identiques a été mise de côté, préférant, eu égard à l'importance du contrat, un même et seul document où les deux signatures des parties ont été apposées. En effet, cette solution

intermédiaire risque de poser des difficultés quant à la concordance des termes ; de plus, si l'on conserve cette conclusion du contrat d'échange en deux étapes, autant opter directement pour l'option suivante: électronique. Sur le plan psychologique, des partenaires qui entretiennent depuis longtemps des relations commerciales en utilisant du papier et qui décident de faire le saut vers l'électronique vont préférer former cet acte de transition selon la méthode qu'ils connaissent le mieux.

Pour l'option 2, l'avènement du réseau ouvert occasionne une augmentation des chances de devoir gérer des relations commerciales entre des partenaires qui sont situés dans des pays distincts et entre lesquels il n'y a pas de passé commun. De plus, par le « réseau de réseaux », les gens d'affaires peuvent ne pas avoir de relations autres qu'électroniques. Pourquoi pas ne pas continuer ainsi. Il n'en demeure pas moins que le contrat d'échange est, comme dans l'option 1, un engagement qui mérite une certaine solennité. C'est la raison pour laquelle des conditions précises ont été énumérées :

Les conditions relatives à la signature :

Comment nous l'avons vu dans la clause relative à la signature numérique (voir définition à l'article 1 m)) et dans l'article concernant la signature des contrats sous-jacents (voir article 4.3), une signature se doit de correspondre à deux conditions, à savoir, l'identité de la personne signataire et la manifestation du consentement. Eu égard à l'importance du contrat signé, il semble qu'un contrat « électronique » d'échange se doit de se conclure, pour le moins, par le biais d'un certificat, et vraisemblablement, un certificat qui remplisse un certain niveau de sécurité. Il en existe en effet qui ne demande pas que l'autorité de certification exerce un contrôle « physique » de la personne qui s'abonne et il est dans ce cas facile pour un fraudeur de se faire passer pour autrui. Ainsi, l'identité du contractant doit être garantie. En ce qui concerne la manifestation du consentement, il est important que les parties aient conscience que cet acte est équivalent à une opération de signature d'un acte donné.

Néanmoins, si les conditions de la conclusion du contrat d'échange ont été précisées, nous ne nous sommes pas penchés sur la manière de les remplir. En effet, cela dépend trop des circonstances, tant techniques, juridiques que commerciales, qui entourent la relation d'affaires.

2.5 - Modification au contrat d'échange

1 - Quelles que furent 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, tout ajout ou modification, dans le corps du contrat ou dans les annexes, se doit d'être consigné selon les mêmes modalités.

2 - À chaque fois qu'une telle modification ou ajout est proposé, et décidé, la Partie A et la Partie B s'adressent respectivement un document (papier ou électronique selon le cas) signé constituant un amendement valide au présent contrat 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 le contrat d'échange est signé sur un même document papier, il entre en vigueur, sauf mention expresse contraire, le jour de sa signature, et ce, pour une période de () année(s).

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

- À défaut de notification par lettre recommandée, et à l'expiration du précédent délai de () année par la Partie A et la Partie B, 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 par la Partie A et la Partie B, le contrat d'échange est reconduit tacitement 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 s'effectue sur un même document, en un seul temps, alors que dans le second, il s'agit d'un échange exigeant une offre et une acceptation séparées. Par conséquent, le moment de la prise d'effets du contrat d'échange varie dans l'une et l'autre situation.

Étant donné l'importance du contrat d'échange, il importe de bien formaliser l'instant où il prend effet, ainsi que celui où il prend fin. Concernant le contrat papier, le moment d'entrée en vigueur est simple à déterminer, les signatures manuelles constituant cette étape, même si elles ne sont pas concomitantes ; dans

ce cas, c'est la seconde qui entraîne conclusion du contrat. Pour la fin du contrat, il est, par contre, demandé d'adresser une lettre recommandée. Le contrat électronique, quant à lui, présente plusieurs éléments de distinction. D'abord, la formation du contrat d'échange est retardée 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 au courant de l'engagement qui les unit. Quant au moment de la dénonciation du contrat, il était impossible de mettre en place un formalisme qui implique la Partie A et la Partie B, l'une d'elles pouvant ne pas être encline à mettre fin à la relation d'affaires par communication électronique. Dans ce cas, et étant donné le caractère exceptionnel de cette opération, nous nous servons du papier pour signifier l'acte d'une partie. Néanmoins, les techniques de sécurité électronique devant se généraliser très bientôt, il ne faut pas perdre de vue que la fonction à satisfaire est la preuve et la communication formelle d'un acte en particulier et il est facile d'imaginer un tiers de confiance exercer ce rôle pour l'une des parties.

2.7 - Interprétation

La bonne foi préside les communications électroniques entre les parties. Toutefois, en cas de conflit entre la Partie A et la Partie B concernant 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 et ceci vaut tant pour le contrat d'échange que pour les contrats sous-jacents (voir article 4). Il est donc important de faire référence aux usages qui ne manquent pas d'apparaître dans le domaine.

En ce qui concerne la bonne foi, mention est faite de cette notion 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 la sécurité que les parties se doivent de 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 oeuvrent dans le registre technique et sécuritaire avec une certaine diligence pour que l'ensemble des communications électroniques puissent 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 garder 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 réalisable lors 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 du 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 recherche à assurer la fonctionnalité de la communication mais cette fois, davantage sur l'aspect « software » que « hardware ».

Enfin, le troisième paragraphe exige que l'ensemble de ces attributs soient opérationnels 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 dans l'annexe 2.

Commentaires

En certaines situations, les parties peuvent avoir intérêt à normaliser certaines de leurs communications électroniques. Pour ce faire, il est nécessaires pour elles de définir les applications techniques utilisées et il nous semble à cet effet plus logique d'annexer les informations qui y sont reliées dans un document « extérieur » au contrat d'échange stricto sensu. Cela ne veut pas dire que ces données ne sont pas d'importance, bien au contraire, et l'absence d'accord à ce sujet empêche toutes 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'envoyer l'ensemble de leurs correspondances, messages et documents électroniques.

2 - La Partie A et la Partie B établissent que les messages et documents électroniques adressés l'un envers l'autre doivent porter un signe, symbole ou code d'identification distinctif permettant de s'assurer qu'ils proviennent bel et bien de l'expéditeur.

3 - La Partie A et la Partie B énumèrent à l'annexe 3 les documents électroniques qui sont adressés à l'aide d'un certificat.

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, celle-ci, en plus de 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 nécessitent un traitement sécuritaire particulier par le biais du chiffrement. Les documents électroniques qui ont été identifiés dans l'annexe 3, se doivent d'être traités avec une diligence particulière et par une personne responsable.

Commentaires

La présente stipulation concerne les modalités d'émission des documents électroniques envoyés par les parties et traite de leur transmission. À ce sujet, il apparaît une distinction qui avait déjà été faite dans l'article relatif aux définitions, à savoir, entre les messages et les documents. Les seconds faisant l'objet d'un encadrement plus strict, seuls ceux-là peuvent être 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 à () heures a.m. et à () heures p.m., lors de chaque jour ouvrable, leur boîte aux lettres électroniques respectives 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 électroniques

1 - Dans l'hypothèse où la provenance, l'authenticité ou le contenu d'un message ou d'un document électronique apparaît manifestement inhabituel, incomplet, imprécis, inintelligible ou autrement incorrect eu égard aux circonstances habituelles et aux yeux du destinataire, ce dernier 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 soumis 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 même si pas impossible. Dans ce cas, l'attention que le destinataire doit apporter sera diminuée en conséquence. Ensuite, rappelons que « manifestement » implique une certaine évidence 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 vont être 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 de leurs activités et à la capacité de leur matériel. Ces procédures de contrôle doivent être susceptibles de prévenir raisonnablement l'accès non autorisé, la destruction, l'altération ou l'interception des messages et des documents électroniques qui leur sont transmis ou dont ils ont la garde.

Commentaires

La sécurité informatique constitue une priorité qu'on ne saurait négliger (voir les développements à ce sujet). 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 cette stipulation : les mesures de sécurité doivent être adaptées aux besoins de l'entreprise et de ses activités. Il faut également ici prendre en considération les coûts entraînés par de telles mesures de sécurité. Les intermédiaires, 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 des lieux de communication au personnel autorisé seulement, 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 d'un même ordinateur, il importe que la localisation géographique de celui-ci soit dans un environnement « physique » qui assure une sécurité suffisante. Dans l'hypothèse où plusieurs personnes interviennent de leur propre moniteur, cela sous-entend, par exemple, que les mots de passe soient changés et dissimulés. Les parties, à cet égard, sont encouragées à maintenir des contacts étroits concernant la question de la sécurité informatique.

Le maintien d'un certain degré de fiabilité du système de communication électronique est une donnée capitale au bon déroulement de la présente entente. Aussi, la validité des opérations entreprises par ce biais sera dépendante 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 fait souvent référence, en telle situation, à 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, la capacité de leur système de communication des messages et 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 les partenaires, il est recommandé de faire intervenir un tiers afin de vérifier 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 pas statué ici quant à la nature du compte rendu délivré par le vérificateur. Y-a-t-il un compte rendu ? Est-il communiqué aux deux parties ?

Quel est le degré d'investigation ? Autant de questions pratiques qui peuvent être précisées 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 énoncés ci-dessous et à restaurer, ou s'employer à restaurer, le plus rapidement possible la communication.

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 lui-même en panne, elles utilisent alors tout moyen diligent en la circonstance.

Commentaires

Pour un réseau ouvert davantage que pour un réseau fermé, il est nécessaire 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 se questionner sur les motifs d'une telle panne ou sur l'attribution d'une responsabilité quelconque, mais bien de veiller à maintenir les liens de communication. Les parties sont donc autorisées à recourir aux modes usuels de communication afin de conclure des transactions et ce, dans un ordre préétabli. Ainsi, les parties doivent, d'après le deuxième paragraphe, s'en remettre d'abord au télécopieur. Si ce dernier mode de relève s'avère déficient, les parties recourront alors à tout moyen qui paraît le plus approprié étant donné 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'acceptation par les parties, signalée à l'annexe 3, chacun des documents électroniques adressés entre elles se doit d'être confirmé dès réception. Cette opération d'accusé de réception peut se faire automatiquement.

2 - Chaque partie émet promptement un tel accusé dès réception d'un document électronique.

Option 1 :

- Un 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 effective lorsque l'expéditeur dudit document 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 l'assurance qu'elle engendre pour les partenaires. La présence de telles mesures 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, stipule 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'effets du processus contractuel. Plusieurs organisations choisissent de ne pas se prévaloir de l'accusé de réception pour des raisons d'économie de frais de télécommunication ou pour d'autres motifs.

Il faut pourtant admettre que l'accusé de réception n'est pas techniquement difficile à réaliser; l'opération pouvant, de surcroît, être automatisée. Le présent contrat d'échange prévoit donc des stipulations dans l'hypothèse où les parties s'accorderaient à remplir cette exigence dans leurs échanges de documents. La Loi-modèle de la CNUDCI, dans son article 14, développe également l'étude de 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 k)) 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 donc 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 cet article fait état, avec la confirmation de transaction; ce dernier document sert à conclure la transaction, à former le contrat (voir à ce propos l'article 4.2). On y précise, par exemple, qu'on a bien reçu le document envoyé et que le destinataire agrée aux conditions qui y sont énoncées (par exemple, offre d'achat de 500 boîtes de crayons à X \$

l'unité). La partie expéditrice, par ce document, confirme 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 d'agréeer au contenu du document transmis et de conclure une transaction.

On doit également le dissocier 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 ne se fait que lorsqu'un accusé de réception a été reçu. Or, dans ce cas, celui-ci n'a pas qu'un simple rôle fonctionnel mais détermine la conclusion dudit contrat. La portée juridique de l'accusé de réception est dans ce cas bien différente de ceux que l'on utilise ici pour les contrats sous-jacents.

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

À ce sujet, une option est offerte aux parties en faisant retarder lors de chaque échange de documents électroniques, la prise d'effet juridique au moment où l'expéditeur d'un document reçoit l'accusé de réception du destinataire. Cette alternative (l'option 2) est sensiblement différente de la première et a pour conséquence de reculer dans le temps, la formation d'un contrat sous-jacent. Elle nécessite donc une mention spéciale au sein de 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 qu'elle n'en aura pas accusé réception de la part du destinataire. Il peut être en effet 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 simplement préciser qu'on a reçu tel type de document (accusé de réception fonctionnel). Les parties peuvent, au contraire, exiger que l'accusé de réception soit plus complet en ce qu'il répète certaines données apparaissant au document transmis. On peut penser, dans ce dernier cas, à un accusé de réception qui reprend 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 qu'on retrouve dans 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 réception rapidement des documents expédiés. Le mot « promptement » apparaît volontairement vague : son sens dépendra en grande partie de la nature

des liens commerciaux entre les parties. Ainsi, par exemple, dans le domaine de l'alimentation, on comprendra 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 sont offertes dans le cadre des services apportés 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 - La bonne foi préside les relations électroniques. 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 celle que l'article 2.7 (Interprétation) prévoit pour le contrat d'échange.

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

Commentaires

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

3 - La Partie A et la Partie B acceptent d'être liés contractuellement, sous réserve de l'article 4.1, par l'envoi de documents électroniques, 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 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 lors 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 furent élaborées pour régler ce qu'il est commun de dénommer 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 sont 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 retarde la conclusion du contrat au moment où l'offrant a eu connaissance de l'acceptation.

D'une manière générale, une tendance marquée prône la situation où une communication est sensée 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 Code civil du Québec (article 1387) ainsi que dans le cadre de la Loi-modèle de la CNUDCI relatif au commerce électronique (article 15).

Néanmoins, en ce qui concerne le médium informatique, à quel moment se matérialise cette réception? La logique voudrait sans doute que cela se passe lorsque l'information parvient dans la boîte à lettres du destinataire. Dans le cadre de 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 11 heures 45 p.m. Selon la théorie de la réception, le contrat est conclu à 11 heures 46 p.m. (en supposant que le transfert mette une minute) ; selon la théorie de l'information, le contrat est conclu à 10 heures a.m. lorsque la Partie B va vérifier le courrier dans sa boîte électronique. Selon la théorie de la « réception nuancée », le contrat est formé à 8 heures a.m. lors 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 identiquement. En effet, il ne nous semble pas pertinent de les différencier. Cela permet de s'harmoniser 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 sont retardés à la réception de l'accusé de réception.

4.3 - Signature

1 - Tout document électronique, constitutif d'un contrat sous-jacent, transmis entre les Partie A et la Partie B, 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 Code civil du Québec).

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 à l'article 1 permet sans équivoque d'utiliser une signature électronique. Il en est de même de l'article 2827 Code civil du Québec. Néanmoins, cette clause apparaît utile afin d'éviter tout litige qui pourrait apparaître dans l'hypothèse où une disposition statutaire fait 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 nouvelle fois, il nous paraît nécessaire d'être explicite quant aux conditions de réalisation d'une signature et de répéter la définition qui avait 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 complétées 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 remplir, eu égard à l'importance des transactions effectuées. Il s'agit de la même approche que la clause suivante, l'article 4.4, relativement à la catégorisation des contrats sous-jacents, mais cette fois, uniquement au regard 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, elles s'engagent à satisfaire aux conditions de sécurité requises. Ces dernières sont répertoriées en annexe 3.

Commentaires

Cet article 4.4 entend réitérer une notion déjà mentionnée en relation avec la sécurité, à savoir, la diligence déployée par les parties dépend de l'importance des opérations qui sont effectuées. Ainsi, au même titre que l'utilisation, ou non, du chiffrement relativement à la transmission des correspondances, 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 se devront de remplir certaines conditions déterminées en annexe.

Par exemple, pour un contrat sous-jacent qui implique un certain montant d'argent ou une activité emprise d'une grande confidentialité, il semble raisonnable d'établir une procédure qui permette aux parties de confirmer le montant ou le type d'engagement qui vient d'être proposé. Ceci vaut notamment pour les contrats automatisés où le jugement de valeur de la machine est nul, et ne peut être mis en cause en dehors des paramètres qui lui ont été donnés.

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 montre une attitude progressiste 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 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 s'exonérer d'une éventuelle disposition qui prévoirait l'incapacité probatoire de documents électroniques. Cela vise notamment les questions relatives à la règle de la meilleure preuve. Dans le Code civil du Québec, l'article 2860 est suffisamment souple pour, tout en assurant la primauté de l'écrit, permettre le dépôt en preuve d'inscriptions informatisées. 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'il réponde à un processus de transfert sécuritaire.

Commentaires

Cette stipulation en est une que l'on peut qualifier de « raccommodage ». En effet, il existe parfois dans le droit national certaines dispositions qui exigent que les documents, pour être recevable quant à la preuve, se doivent d'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 afin d'être appliquées au commerce électronique. Même si nous croyons qu'il n'est pas logique de les appliquer au support électronique, dans un souci de sécurité, nous préférons introduire 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 concernant l'écrit et l'article 8 relativement à l'original. Concernant le Code civil du Québec, il nous apparaît que le législateur a voulu introduire une distinction entre la notion d'écrit et celle d'inscriptions informatisées (articles 2837 à 2839 Code civil du Québec). Même dans ce dernier cas, il est néanmoins plus sûr de prévoir le cas où on imposerait les obligations du papier à l'électronique.

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 puisse 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 indispensable 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, se basant sur cette notion d' « enregistrement fidèle et inaltérable de leur contenu ».

Relativement à ce standard général quant à la qualité de la conservation, la Loi-modèle de la CNUDCI contient un article spécifique sur cette question. En résumant, les critères retenus sont l'accessibilité, l'indication de l'origine, de la destination et 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 prévoit, 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, plus facile à consulter à l'occasion, utilisant moins de place, etc., il présente une multitude d'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, laissant cela à la discrétion des parties. C'est la même chose quant aux méthodes d'archivage : soit elles archivent le document et son contenu. Soit elles gardent seulement l'occurrence du document. En d'autres termes, elles n'archivent pas le contenu complet du document, mais simplement le fait qu'il ait été transmis. On en conserve donc une trace purement formelle. Le

choix de l'une ou 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 comportant pas suffisamment d'intérêt pour nécessiter la mise en place de ces conditions de conservation. Ce principe apparaît d'ailleurs dans 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 vellétés 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 individus qui, dans le cadre de leurs fonctions usuelles, sont appelés 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, une personne expressément désignée. Cette pratique est, par exemple, préconisée dans le Code civil du Québec lorsque l'on change des documents de support, et donc, quand il y a reproduction (articles 2840, 2841 et 2842 C.c.Q.).

Éventuellement, et sans que ce soit incompatible avec la détermination 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), 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 un registre des documents électroniques transmis et reçus sans modification pendant six (6) années.

Commentaires

Conformément à ce que nous avons pu dire plus haut, la conservation sur une certaine durée doit se faire sur support électronique. Quant à la durée, la période de six ans peut être changée par les parties. En ce qui nous concerne, nous l'avons choisi 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 obliger à allonger davantage ce délai. Ainsi, eu égard au faible coût du stockage de l'information, une durée de six nous semble raisonnable.

4 - Conformément à l'annexe 3, la Partie A et la Partie B préparent, tous les _____ (mois), une copie imprimée de son registre des documents électroniques, certifiée par la ou les personnes responsables, et la fait parvenir à l'autre partie.

Commentaires

L'utilisation d' « instantané » 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, ou non, qui pourraient être données suite à la non-conformité des conditions d'archivage établies par les parties.

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

5.3 - Modalités de sécurité supplémentaires

Des modalités de sécurité supplémentaires relatives à la preuve des documents électroniques transmis par la Partie A et la Partie B peuvent être reproduites en annexe 3.

Commentaires

Cette clause est vraie pour l'ensemble des stipulations du présent contrat d'échange ; en effet, les parties peuvent ajouter ce qu'elles souhaitent voir intégrer, 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 elles disposent, etc. L'annexe 3, relative aux considérations sécuritaires, est évidemment l'endroit où ces données se doivent d'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 peut faire l'objet d'une entente à l'amiable, est soumise à un (1) arbitre devant l'organisation eResolution.

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 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 ce souci 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. D'autant plus que cette convention est appelée à jouer essentiellement en matière commerciale entre deux partenaires appelés, en général, à 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, eResolution, est proposé étant donné, d'une part, qu'il s'agit d'un organisme d'origine canadienne qui, d'autre part, se spécialise dans les questions reliées au commerce électronique en général.

Enfin, l'affirmation selon laquelle la décision de la cour d'arbitrage est sans appel constitue seulement une formule très souvent 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 en conformité avec 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 ou supprimée afin de la rendre conforme à la loi, 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 spécifique. 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 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

Cet 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 prestataires de services, voire réseau à valeur ajoutée). Il pourrait s'agir également de tiers de confiance ou aussi autorité de certification. Or, dans une telle situation, non 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 établit que les parties sont responsables des dommages causés par l'intermédiaire que chacune d'elles utilisent. Le second, dans le cas où les parties utilisent le 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 il est stipulé dans la clause 6.3 (3), la possibilité de condamner le manque d'application d'une des parties lorsque ledit comportement a pour conséquence de causer un préjudice auprès de 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 remarque, en vertu du paragraphe 1, que si le dommage est le fait d'un intermédiaire, ce sera à la partie qui utilise ses services d'en assumer la responsabilité. Par ailleurs, il est clair que cette partie pourra éventuellement se retourner contre son intermédiaire afin qu'il réponde de son action ou omission fautives. 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 faire porter 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 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 intenterait un recours de type contractuel contre l'autre partie qui est loin d'être assuré étant donné que la cause du dommage lui est extérieure. Il lui reste alors un recours extra-contractuel contre le tiers fautif, mais cet exercice peut s'annoncer hasardeux, eu égard à la délocalisation des acteurs, à la détermination des éléments de responsabilité (plus difficile à prouver que dans un rapport contractuel).

Le choix de cette répartition des responsabilités s'explique donc ainsi. D'autant, que chaque partie est la mieux à même de juger des qualités de son intermédiaire. Cela constitue en effet une raison supplémentaire de faire attention dans la détermination du prestataire dont on retiendra les services.

Éventuellement, il est toujours possible pour une partie de se procurer une assurance pour prendre en charge d'éventuels dommages de communication (tant pour la communication stricto sensu que pour la sécurité des échanges).

Notons aussi, qu'eu 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 mêmes commentaires de la précédente clause sont également applicables ici.

3 - Le comportement de la Partie A ou de la Partie B peut être sujet à responsabilité lorsqu'un préjudice provient d'un manque de diligence dont l'un 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 élément 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.), dans la mesure où ils correspondent à une communication dotée d'un faible niveau de sécurité. Cela est vrai dans la limite où les parties n'agissent pas avec un manque de diligence 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 tenus responsables d'aucun dommage résultant de l'exécution du contrat d'échange, ou de l'un des contrats sous-jacents, lorsque les circonstances y donnant lieu relèvent de la force majeure.

Commentaires

Il s'agit d'une clause contractuelle usuelle. Cette clause réitère simplement le libellé de l'article 1470 Code civil du Québec qui prévoit qu'un débiteur n'est pas tenu aux dommages-intérêts lorsque l'inexécution de son obligation est causée par cas fortuit ou 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 être le fruit d'une cause extérieure à l'activité de la partie qui invoque 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 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-ci et une négation volontaire des droits à la confidentialité comme celle proposée dans l'article 7.3. Deux

variantes incompatibles sont donc ici présentées. Une fois encore, cela 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 Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1 et 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 maintenir 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, comme 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 électroniques 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 électronique, il est également possible de présumer dès le départ, que ces données ne sont pas confidentielles. 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 individus 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 (voir article 4.5). Dans d'autres situations, on peut imaginer que la divulgation de données sera la cause de conséquences préjudiciables. Quoiqu'il en soit, il est important de noter l'éventualité d'une telle stipulation, un accord sur ce point ayant pour vertu de simplifier la relation électronique, les acteurs n'ayant pas à suivre de précautions particulières à ce sujet.

En ce jour du _____ 199_

Signé à _____

par la PARTIE A et la PARTIE B

ANNEXE 1 - LISTE DE DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES SPÉCIALEMENT IDENTIFIÉS

Pour différentes fins, et notamment 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 avec des standards d'opération prédéterminés.

ANNEXE 2 – CONSIDÉRATIONS TECHNIQUES

ANNEXE 3 - MODALITÉS DE SÉCURITÉ

Les modalités de sécurité correspondent au niveau d'exigences que les parties en cause entendent remplir dans ce contrat d'échange. Elles doivent être déterminées par elles et dépendent des conditions de confiance, du montant des enjeux, de la fréquence des relations, etc. Toujours est-il qu'en raison de la nature évanescence des documents et documents électroniques, il est fortement conseillé que la Partie A et la Partie B respectent les exigences ci-dessous proposées.

Néanmoins, conscient qu'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, par le biais de l'article 2.5.

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 quant 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 sécurité supérieure pour les contrats sous-jacents les plus importants
- Article 5.2.2 : identification d'une personne responsable, dans 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)