

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée  
12 août 2004

Français  
Original: Anglais

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail IV (Commerce électronique)  
Quarante-quatrième session  
Vienne, 11-22 octobre 2004

**Aspects juridiques du commerce électronique****Clauses 2004 de la CCI pour les contrats  
électroniques  
Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par  
voie électronique****Note du secrétariat**

Sous couvert d'une lettre du 30 juillet 2004, la Chambre de commerce internationale (CCI) a transmis au secrétariat un exemplaire de ses *E-Terms 2004* (Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques) comprenant le *ICC Guide to electronic contracting* (Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique), tels que les ont approuvés sa Commission du droit et des pratiques en matière commerciale et sa Commission du commerce électronique, des technologies de l'information et des télécommunications. Dans leur lettre, les deux coprésidents du Groupe de travail de la CCI sur les contrats électroniques indiquent, notamment, que cette dernière attache un très grand intérêt à tout avis de la CNUDCI sur le projet de texte, lequel devrait être examiné à l'automne, à la suite de la quarante-quatrième session du Groupe de travail.

On trouvera annexée à la présente note une traduction du texte de la lettre mentionnée ci-dessus et des *E-Terms 2004* de la CCI comprenant le *Guide to electronic contracting*.





## Annexe I

M. Jernej Sekolec  
Secrétaire  
Commission des Nations Unies pour le droit commercial  
international  
Centre International de Vienne  
Wagramer Strasse  
B.P. 500  
1400 Vienne  
Autriche

30 juillet 2004 JA/ef

Monsieur,

..... Vous trouverez ci-joint un exemplaire des *E-Terms 2004* de la CCI comprenant le *Guide to electronic contracting*, tels que les ont approuvés la Commission du droit et des pratiques en matière commerciale et la Commission du commerce électronique, des technologies de l'information et des télécommunications.

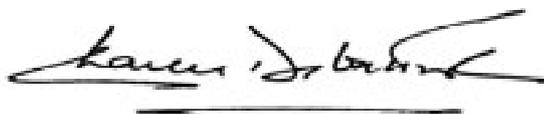
Comme nous l'avons toujours affirmé lors des réunions du Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique, la CCI attache un très grand intérêt aux points de vue du secrétariat de la CNUDCI et des représentants nationaux. Nous espérons vivement que ce texte vous sera utile dans l'élaboration d'une convention de la CNUDCI sur les contrats électroniques à laquelle vous travaillerez au mois d'octobre, et serions très heureux de prendre alors part aux discussions et de répondre à toute question que des représentants nationaux pourraient se poser au sujet de nos travaux. Nous souhaiterions donc que vous considériez le présent document comme un document officiel pour la session d'octobre. Nous prévoyons également d'en envoyer un exemplaire directement aux représentants nationaux.

Il sera aussi mis à la disposition des acteurs privés et des parties prenantes importantes telles que la CNUDCI, et la CCI examinera de près toute observation lorsqu'elle le reverra à l'automne, après la réunion de la CNUDCI prévue en octobre. Étant donné que les *E-Terms 2004* et le *Guide to electronic contracting* sont conçus comme un texte évolutif sujet à modification à mesure de l'évolution des besoins du marché, nous serions heureux de connaître vos points de vue, afin d'en tenir compte lors de l'examen du document.

Veillez agréer, Monsieur, les assurances de notre considération très distinguée.



Christopher Kuner  
Coprésident du Groupe de travail de la  
CCI sur les contrats électroniques



Charles Debattista  
Coprésident du Groupe de travail de la  
CCI sur les contrats électroniques

## **Annexe II**

Commission du droit et des pratiques en matière commerciale  
Commission du commerce électronique, des technologies de  
l'information et des télécommunications

---

### **Groupe de travail sur les contrats électroniques**

**Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques**  
**Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique**

---

## Table des matières

<b>Ce que peuvent vous apporter les Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques . . . .</b>	<b>1</b>
<b>Introduction aux Clauses 2004 de la CCI. . . . .</b>	<b>2</b>
<b>A. Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques. . . . .</b>	<b>3</b>
Clause 1 – Accord de commerce électronique. . . . .	3
Clause 2 – Expédition et réception. . . . .	3
<b>B. Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique. . . . .</b>	<b>4</b>
B.1 Comment appliquer les Clauses 2004 de la CCI . . . . .	4
B.2 Validité juridique des Clauses 2004 de la CCI . . . . .	5
B.3 Les limites des Clauses 2004 de la CCI. . . . .	5
B.4 Qui contracte en votre nom? . . . . .	6
B.5 Avec qui le contrat est-il conclu? . . . . .	8
B.6 Élaboration d'un contrat électronique . . . . .	8
B.7 Spécifications techniques . . . . .	10
B.8 Protection de la confidentialité. . . . .	11
B.9 Défaillances techniques et gestion des risques . . . . .	12



---

## Ce que peuvent vous apporter les Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques<sup>1</sup>

- Les Clauses 2004 de la CCI ont pour objet de renforcer la sécurité juridique des contrats conclus par voie électronique.
- Les Clauses 2004 de la CCI se composent de deux courtes clauses, aisément insérables dans vos contrats, qui indiquent clairement que vous et votre cocontractant avez l'intention d'être liés par un contrat électronique.
- Les Clauses 2004 de la CCI n'ont pas d'incidence sur l'objet du contrat, et n'interfèrent d'aucune manière avec les clauses dont vous pouvez avoir convenu par ailleurs: elles facilitent simplement les procédures et l'utilisation de moyens électroniques dans la conclusion d'un contrat.
- Vous pouvez utiliser les Clauses 2004 de la CCI pour tout contrat de vente ou autre forme de disposition de biens, de droits ou de services.
- Vous pouvez utiliser les Clauses 2004 de la CCI chaque fois que vous passez un contrat par une voie électronique, que ce soit un site Web, le courrier électronique ou l'EDI.

---

<sup>1</sup> *Note:* Texte à insérer lors de la publication sur le site Web de la CCI:

Cliquez pour accéder aux Clauses 2004 de la CCI.

Sur ce site Web, la CCI propose également, pour accompagner les Clauses 2004 de la CCI, un Guide sur la conclusion de contrats par voie électronique. Ce guide explique comment appliquer les Clauses de la CCI à votre contrat et donne une liste de mesures pratiques que vous pouvez prendre dans votre entreprise pour faciliter les contrats électroniques.

## Introduction aux Clauses 2004 de la CCI

La *manière* dont vous passez un contrat – les moyens matériels par lesquels vous *consentez* à être lié à une autre partie commerciale pour un engagement commercial particulier – est importante car elle peut déterminer le *moment* où vous êtes engagé vis-à-vis de l'autre partie (et par conséquent tenu par la transaction). Elle indique aussi les modalités de cet engagement ainsi que les clauses de votre contrat.

Les parties à des transactions commerciales ont depuis longtemps trouvé des moyens d'exprimer leur intention d'être liées les unes aux autres. Le marché a réagi avec rapidité et imagination aux changements technologiques qui se sont succédés à travers les siècles, les parties passant du simple accord oral à la poignée de main, puis à la signature de documents et à leur envoi, enfin au téléphone, au télétexte et à la télécopie. Il a non seulement survécu à chacun de ces changements, mais s'en est aussi nourri pour prospérer – et il ne fait guère de doute que tel sera aussi le cas avec l'utilisation des messages électroniques. La question est, après tout, toujours restée la même: existe-t-il, dans les échanges entre les parties, des éléments suffisants qui prouvent qu'elles ont convenu d'un engagement commercial particulier – un contrat – qui les lie l'une à l'autre?

La CCI propose le présent document au monde des affaires pour lui permettre de relever les défis – et profiter des possibilités – que présentent les nouvelles technologies. Il se divise en deux parties.

La première contient les **Clauses 2004 de la CCI**. En convenant de respecter ces clauses, les parties indiquent clairement aux arbitres et juges chargés de régler les éventuels litiges qui pourraient les opposer sur l'application des clauses de fond du contrat que le litige ne porte pas sur les moyens techniques par lesquels elles ont passé ledit contrat. En choisissant d'appliquer les **Clauses 2004 de la CCI**, les parties ont volontairement convenu de passer contrat par *voie électronique*: ce qui fait déjà un conflit de moins à résoudre, et autant d'argent d'économisé.

La deuxième partie comporte un **Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique**. En effet, la CCI reconnaît que la rapidité et la simplicité de la conclusion de contrats par des moyens électroniques, si elles ouvrent des possibilités, suscitent aussi des préoccupations. Ces dernières peuvent souvent être plus facilement dissipées au sein même de l'entreprise, par l'adoption de mesures de précaution qui allient bon sens, pragmatisme et souplesse, que par l'intermédiaire du droit international ou de clauses contractuelles. Le Guide de la CCI signale donc les mesures que les entreprises peuvent prendre pour se rassurer lorsqu'elles passent des contrats par voie électronique.

Les clauses sont conçues pour les entreprises qui passent des contrats par voie électronique. Elles leur donnent à la fois les moyens d'exprimer leur volonté de passer contrat électroniquement et la capacité de préciser certains des critères nécessaires pour déterminer le moment où ces contrats prennent effet. Elles ne sont pas destinées à s'appliquer à des contrats de consommation entre professionnels et particuliers et ne confèrent pas automatiquement la capacité de passer contrat par voie électronique si la loi applicable à l'objet du contrat n'autorise pas ce mode. N'oubliez pas de vous informer des conditions générales de passation des contrats prévues par la loi applicable avant d'utiliser ces clauses.

## A. Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques

### *Clause 1 – Accord de commerce électronique*

Les parties conviennent:

- 1.1 que l'utilisation de messages électroniques crée entre elles des droits et obligations valides et contraignants;
- 1.2 que, dans la mesure où la loi applicable l'autorise, les messages électroniques sont recevables à titre de preuve, à condition qu'ils soient envoyés aux adresses et, éventuellement, dans les formats désignés expressément ou tacitement par le destinataire; et
- 1.3 qu'elles ne contesteront pas la validité d'une communication ou d'un accord entre elles au seul motif que des moyens électroniques ont été utilisés, que cette utilisation ait ou non été vérifiée par une personne physique.

### *Clause 2 – Expédition et réception*

2.1 Un message électronique est réputé<sup>2</sup>:

- a) avoir été expédié ou envoyé lorsqu'il entre dans un système d'information qui ne dépend pas de l'expéditeur; et
  - b) avoir été reçu au moment où il entre dans un système d'information spécifié par le destinataire.
- 2.2 Lorsqu'un message électronique est envoyé à un système d'information autre que celui qui a été spécifié par le destinataire, il est réputé avoir été reçu au moment où le destinataire en prend connaissance.
- 2.3 Aux fins du présent contrat, un message électronique est réputé avoir été expédié ou envoyé au lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement.

---

<sup>2</sup> Voir Guide sur la conclusion de contrats par voie électronique – section B.3.

## **B. Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique**

### ***B.1 Comment appliquer les Clauses 2004 de la CCI***

Comme nous le verrons par la suite à la section B.2 qui traite de la validité des **Clauses 2004 de la CCI**, il arrivera parfois que les règles légales impératives d'un État créent des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique. Dans la plupart des cas, toutefois, une manifestation claire de l'intention des parties contractantes d'être liées par un échange de messages électroniques indiquera effectivement aux arbitres ou aux juges amenés à trancher un litige entre elles qu'elles ont volontairement et librement conclu un contrat par ce moyen. Par conséquent, il n'y a généralement pas de raison pour que la loi applicable annule un contrat simplement parce que celui-ci a été conclu électroniquement.

Les **Clauses 2004 de la CCI** partent donc du principe que les parties conviennent que l'utilisation de messages électroniques donne naissance à un contrat ayant force obligatoire (voir clause 1.1). Les arbitres et les juges doivent être clairement informés du fait que les parties ont accepté ce principe fondamental énoncé dans les **Clauses 2004 de la CCI** et c'est à ces dernières qu'il incombe avant tout d'exprimer clairement cette acceptation.

Les parties contractantes peuvent signifier leur intention d'adopter les **Clauses 2004 de la CCI** de trois façons:

- a] elles peuvent, dans les limites fixées par toute règle impérative de la loi applicable (voir sur ce point la section B.2) simplement incorporer par référence les **Clauses 2004 de la CCI** dans tout contrat qu'elles concluront par voie électronique, par exemple par courrier électronique ou par une communication au moyen d'une application Web;
- b] elles peuvent signer et échanger une version papier des **Clauses 2004 de la CCI** en indiquant les types de contrat auxquels ces clauses s'appliqueront et pour quelle durée (par exemple, tous les contrats de vente de marchandises conclus entre les parties au cours des deux années suivantes);
- c] elles peuvent simplement échanger des messages électroniques indiquant qu'elles acceptent les **Clauses 2004 de la CCI** puis conclure des contrats par voie électronique, l'établissement d'une telle pratique entre elles laissant présumer que c'est ainsi qu'elles souhaitent conduire leurs affaires.

Lorsque les parties ont la certitude que leur cocontractant est habitué à conclure des contrats par voie électronique et que la loi applicable permet aisément cette procédure, l'option a] est recommandée.

Lorsque les parties s'inquiètent beaucoup de la validité des contrats conclus par voie électronique avec certains cocontractants dans le cadre de certaines lois applicables, l'option b] est recommandée.

L'option c] aura le même effet que l'option a] dans la plupart des pays, mais donne davantage matière à discussion. Les parties devraient choisir l'option applicable en tenant compte de toutes les circonstances de l'opération.

Il est à souligner que, même sans incorporation des **Clauses 2004 de la CCI**, si les parties commencent à exécuter un contrat qu'elles ont conclu par voie électronique, la plupart des arbitres et des juges de la plupart des pays concluront généralement à l'existence d'un contrat.

## ***B.2 Validité juridique des Clauses 2004 de la CCI***

Bien que les contrats électroniques soient, en règle générale, juridiquement valables, la loi d'un pays peut exiger, dans certains cas, que les contrats soient établis sur papier et signés dans un format particulier. La question est de savoir si les **Clauses 2004 de la CCI** auront effet lorsque cette loi est celle qui s'applique au contrat conclu entre les parties.

Cette question ne doit pas inquiéter outre mesure. En effet, l'utilisation toujours plus fréquente des contrats électroniques, avec les économies qu'elle entraîne, montre que la plupart des pays soit approuvent activement soit du moins autorisent passivement la conclusion de contrats par voie électronique. Même lorsque des lois locales partent apparemment du principe que les parties contractantes échangent des documents papier, elles ne sont pas nécessairement impératives et l'effet des **Clauses 2004 de la CCI**, lorsque les parties y ont adhéré, est préservé par le principe fondamental de la liberté contractuelle.

Toutefois, dans certains systèmes juridiques, des règles impératives, autrement dit des règles auxquelles il ne peut être dérogé par simple contrat, excluent catégoriquement la conclusion de contrats par voie électronique en subordonnant la validité d'un contrat à l'échange de documents papier signés.

Si vous vous trouvez dans cette situation, ne partez pas du principe que vous ne pouvez pas passer de contrat par voie électronique: persuadez plutôt votre cocontractant des avantages économiques de ce type de contrat et prenez conseil auprès d'un juriste local pour savoir si la loi autorise la conclusion de contrats par voie électronique ou si elle l'interdit fermement. Dans le second cas, vous aurez probablement un bon motif pour convenir avec votre cocontractant de soumettre votre contrat à un système juridique plus accommodant.

## ***B.3 Les limites des Clauses 2004 de la CCI***

S'il importe de souligner l'utilité des **Clauses 2004 de la CCI**, il importe tout autant d'en connaître les limites. Tout d'abord, il est évident qu'elles ne constituent pas en soi le contrat entre les parties qui énonce les droits et obligations matériels de chacune dans le cadre d'un arrangement, par exemple, pour la vente de marchandises ou la fourniture d'un service. Ainsi, le risque de défaillance dans la transmission des messages, par exemple, sera régi par les dispositions convenues entre les parties et

par la loi applicable. Ces dispositions seront contenues dans le contrat lui-même, dont les **Clauses 2004 de la CCI** facilitent la conclusion mais qu'elles ne remplacent pas.

Ensuite, les **Clauses 2004 de la CCI** ne règlent pas toutes les questions qui peuvent se poser à propos de la conclusion du contrat. Ainsi, si chacune des parties a ses propres conditions types auxquelles elle veut soumettre le contrat, la question de savoir quelles conditions types s'appliquent sera tranchée non pas par les **Clauses 2004 de la CCI** mais par la loi applicable au contrat.

Ce qu'il faut avant tout retenir ici c'est que les **Clauses 2004 de la CCI** ont pour objet d'énoncer des conditions uniformes qui permettent aux parties de contracter électroniquement sans courir le risque de voir l'une ou l'autre invoquer par la suite la nature électronique du contrat pour en contester la validité.

#### ***B.4 Qui contracte en votre nom?***

Bien que la nature des contrats électroniques pose moins de problèmes juridiques qu'on pouvait l'imaginer au départ, les avantages des nouvelles technologies, à savoir la rapidité et la facilité d'utilisation, comportent nécessairement certains risques. Si la conclusion de contrats par voie électronique est facile et rapide, une entreprise pourrait-elle trop facilement se trouver liée par un contrat avant qu'elle soit vraiment disposée à s'engager? Cette question se pose tout particulièrement pour les PME et les entreprises qui ne sont pas habituées à contracter électroniquement.

Cette question en appelle trois autres: 1) qui, dans votre entreprise, peut conclure des contrats par voie électronique? 2) un système électronique peut-il lier votre entreprise par un contrat? et 3) que se passe-t-il en cas d'erreur de manipulation (à savoir lorsqu'une partie commet une erreur pendant le processus de conclusion du contrat)?

##### *Pouvoir de contracter par voie électronique*

Une entreprise ne peut se lier par un contrat sans l'aide d'une personne physique qui s'exprime en son nom et chaque entreprise a ses propres règles internes pour déterminer qui, de ses dirigeants ou employés, a le pouvoir de la lier envers des tiers.

Il faut toutefois savoir:

- i] que, dans de nombreux systèmes juridiques, une entreprise peut être liée envers un cocontractant s'il *semble* à ce dernier qu'un des dirigeants ou employés de l'entreprise agissant en son nom a le pouvoir de le faire, même si les règles internes ne lui confèrent *en fait* pas un tel pouvoir; et
- ii] que c'est la loi applicable en matière de représentation qui tranche la question de savoir si un pouvoir *apparent* est ou non suffisant pour lier l'entreprise.

La facilité avec laquelle des personnes physiques peuvent conclure des contrats électroniquement accroît de ce fait le risque pour une entreprise de se trouver liée par un contrat suite à un acte d'un de ses dirigeants ou employés qui outrepassé ses pouvoirs. Dans un sens, ce risque existe également dans un environnement papier puisqu'un employé peut aussi utiliser sans y être autorisé l'en-tête du papier à lettre de l'entreprise et abuser de son pouvoir en concluant un contrat au nom de cette dernière. Toutefois, il peut être plus facile d'utiliser un clavier à des fins non autorisées et une entreprise aurait tout intérêt, par conséquent, à prendre les précautions suivantes:

- a] rappeler régulièrement aux employés leurs droits de signature et expliquer clairement dans les politiques et procédures internes qui est autorisé à conclure un contrat par voie électronique et pour quel montant;
- b] rappeler régulièrement aux employés que leurs communications électroniques peuvent créer des droits et des obligations pour l'entreprise et qu'ils devraient en conséquence faire preuve de prudence et prendre conseil en interne avant d'envoyer des courriels pouvant laisser présumer que l'entreprise accepte d'être liée par un contrat particulier.

#### *Conclusion automatisée de contrats par voie électronique*

La technologie actuelle permet aux entreprises de communiquer entre elles électroniquement, l'homme n'intervenant que peu, voire pas du tout, dans chaque opération. Ce mode d'interaction est parfois appelé "conclusion automatisée des contrats". Nous sommes habitués depuis longtemps à la passation de contrats à l'aide de machines (par exemple, de distributeurs automatiques). "La conclusion automatisée des contrats" va plus loin en ce que *les deux* cocontractants utilisent des machines, par exemple dans les arrangements d'approvisionnement en flux tendus.

Là encore, l'idée qu'il est plus risqué de conclure des contrats par voie électronique que dans un environnement physique n'est probablement pas conforme à la réalité, puisque les ordinateurs peuvent être protégés contre des opérations non programmées (ou "non autorisées") grâce à une programmation soignée et professionnelle, qui peut être approuvée et modifiée uniquement par des dirigeants et des employés d'un niveau de responsabilité, d'autorité et de compétence suffisamment élevé.

#### *Conclusion involontaire de contrats par voie électronique*

Les mesures décrites ci-dessus devraient protéger autant contre la conclusion involontaire de contrats par voie électronique (par exemple lorsqu'un utilisateur, voire une machine, actionne la touche "confirmation" par erreur) que contre la passation non autorisée de tels contrats. Une certaine prudence est toujours un antidote utile contre le risque d'avoir la main trop leste sur le clavier ou la souris.

On ne saurait trop souligner l'importance d'une conception soignée des sites Web à cet égard. Les sites ambigus ou confus sont des pièges pour les utilisateurs imprudents. Les entreprises souhaitant tirer parti des avantages qu'offre la conclusion de contrats par voie électronique doivent concevoir

leur site Web de sorte que les termes qui y sont employés soient clairs pour l'utilisateur lorsque celui-ci est sur le point de contracter. Des termes dépourvus d'ambiguïté et à connotation juridique (tels que "offre" et "acceptation") aident à avertir les utilisateurs qu'ils sont sur le point de s'engager et qu'ils devraient par conséquent se demander s'ils ont vraiment l'intention de se lier par contrat. On peut par exemple envisager d'intégrer dans un site Web une étape finale indiquant au cocontractant qu'il va s'engager en lui demandant de cliquer sur une touche "j'accepte" avant de conclure le contrat.

### ***B.5 Avec qui le contrat est-il conclu?***

S'il est important d'informer les dirigeants et les employés de l'entreprise sur les questions d'habilitation, il est encore plus important de leur faire prendre conscience de la nécessité d'identifier le cocontractant avec qui ils sont apparemment en communication. Lors d'une passation de contrat par voie électronique, qui s'effectue fréquemment entre différents pays et fuseaux horaires, les employés sont parfois moins au fait des moyens d'identifier le cocontractant. De plus, les sites Web peuvent faire l'objet d'attaques de mystification (*spoofing*) et les adresses électroniques peuvent être usurpées.

Une fois encore, il importe de ne pas exagérer les risques car il faut aussi faire preuve de sens commun dans un environnement papier pour identifier la partie dont semble émaner une lettre à en-tête. Il est vrai, cependant, que la facilité et la rapidité de la passation de contrats par voie électronique peuvent donner aux employés de l'entreprise une impression abusive de sécurité. Il est donc souvent utile de prendre les précautions suivantes:

- a] expliquer aux employés autorisés à contracter par voie électronique les techniques élémentaires de vérification de l'authenticité des courriels, par exemple prendre contact avec l'autre partie par d'autres moyens, vérifier les coordonnées sur d'autres supports, vérifier une signature électronique, etc.;
- b] mettre en place des procédures d'authentification reconnues, telles que des formats spécifiés, des termes identifiants, des adresses électroniques à usage spécifique, le chiffrement et les signatures électroniques.

Il est évident que la nature et l'étendue des procédures à mettre en place dans ce domaine différeront selon les ressources et les compétences techniques disponibles, le niveau de risque auquel les parties sont exposées ainsi que le volume et les types de transaction conclues.

### ***B.6 Élaboration d'un contrat électronique***

Lors de l'examen des limites des **Clauses 2004 de la CCI**, à la section B.3, nous avons vu que ces clauses ne constituent pas en elles-mêmes des clauses contractuelles pour l'opération que les parties entendent conclure; elles facilitent simplement cette conclusion par des moyens électroniques. Une fois qu'elles sont convenues de contracter électroniquement, les parties doivent déterminer quelles

opérations elles souhaitent effectivement réaliser et à quelles conditions. En fait, elles font la même chose que dans un environnement papier: ayant décidé de faire affaire, par exemple après s'être rencontrées plusieurs fois et avoir finalement échangé des documents papier signés, elles rédigeront un contrat qui stipulera les conditions, les droits et les obligations, par lesquels elles souhaitent être liées. Toutes ces clauses seront, dans certains cas, contenues dans un contrat unique rédigé sur mesure et, dans d'autres, dans un contrat type destiné à être utilisé fréquemment.

De même, dans un environnement électronique, les entreprises devront s'interroger sur la manière d'énoncer les clauses qu'elles sont susceptibles d'utiliser de manière habituelle, de rédiger celles qui différeront d'un contrat à l'autre et de "construire" un support électronique ou un site Web permettant d'utiliser les deux. Le niveau de précision variera d'une entreprise à l'autre, en fonction évidemment des ressources disponibles mais également de la nature ponctuelle ou habituelle des opérations de ces entreprises. Celles-ci tireront d'autant mieux parti de la rapidité et des économies promises par les nouvelles technologies qu'elles feront preuve de soin et d'attention au tout début de la conception des sites Web, des logiciels et des processus administratifs qui influent sur la conclusion des contrats électroniques.

Sont énumérés ci-après un certain nombre d'éléments que l'on s'attend normalement à trouver dans la plupart des contrats électroniques bien rédigés, que ce soit sur un site Web ou dans une série de messages électroniques:

- Identité (dénomination sociale) et emplacement géographique applicable de l'entreprise;
- Numéros d'immatriculation ou d'identification de l'entreprise;
- Coordonnées du représentant désigné de l'entreprise (notamment adresse postale, adresse électronique, numéro de téléphone et numéro de fax);
- Coordonnées similaires de tous agents employés;
- Langue(s) de l'accord et de toutes informations connexes, et langue(s) dans laquelle ou lesquelles les communications concernant le contrat doivent avoir lieu;
- Allocation des coûts de communication avec indication du taux de calcul choisi (taux de base ou autre);
  
- Durée de validité de l'offre ou du prix;
- S'il y a lieu, durée minimale du contrat dans le cas de contrats de fourniture de produits ou de services devant être exécutés de manière permanente ou répétée;
- Description des principales caractéristiques des marchandises ou services à fournir;
- Prix des marchandises ou des services, toutes taxes comprises;
- Modalités et coûts de livraison, avec indication, le cas échéant, de l'Incoterm sélectionné;
- Modalités de paiement;
- Conditions, garanties, services après-vente, recours et réparation, par exemple politique en matière de renvoi et/ou de remboursement, possibilités de rétractation ou de résiliation, renvoi, échange, dommages-intérêts, etc.;

- Restrictions, limites ou conditions d'achat, restrictions géographiques ou délais, instructions concernant l'utilisation du produit ou du service, notamment mises en garde concernant la sécurité et la santé;
- Confidentialité des informations échangées entre les parties et responsabilité en cas de violation de cette confidentialité;
- Paramètres techniques/de sécurité des communications/échanges;
- Moyens de vérifier les déclarations concernant l'appartenance à toute association ou organisme d'autoréglementation;
  
- Loi applicable et juridiction compétente;
- Mode alternatif de règlement des litiges.

Une des différences pratiques entre la conclusion de contrats sur papier et par voie électronique est que le support électronique est aussi le message. Par exemple, un site Web est autant un moyen de conclure des contrats qu'un outil de commercialisation. Par conséquent, les informations énumérées ci-dessus doivent être conçues et présentées de manière professionnelle et claire afin d'être faciles à utiliser. Lors de la conception d'un site Web ou d'autres mécanismes pour la conclusion de contrats par voie électronique, il est utile de tenir compte des principes suivants:

- a] *faire en sorte que l'information soit facile à trouver*: les utilisateurs d'un site Web ou d'un service électronique devraient être en mesure de trouver et de consulter aisément les termes juridiques importants sans avoir à parcourir l'intégralité du contrat à chaque recherche;
- b] *faire en sorte que les clauses liées entre elles soient regroupées en un seul lieu électronique et logiquement structurées*: il est à noter, par exemple, que les éléments énumérés ci-dessus ont été regroupés en familles apparentées, ce qui permet à l'utilisateur de se faire plus facilement une idée générale de ses droits et obligations dans différents domaines du contrat;
- c] *faire en sorte que le site Web contienne dès le début un plan permettant de naviguer facilement dans le contrat et le processus de conclusion du contrat*: la page d'accueil du site, ou une page qui en soit le plus près possible, devrait contenir la structure globale du contrat avec des hyperliens qui renvoient facilement vers différentes parties et permettent ainsi de trouver aisément des clauses particulières.

### ***B.7 Spécifications techniques***

Lors de l'élaboration d'un site Web ou d'autres mécanismes pour la conclusion de contrats par voie électronique, il est utile de prendre en considération un certain nombre d'aspects techniques concernant le format des documents, par exemple la taille, la stabilité, l'intégrité et la reproductibilité d'un fichier:

- a] la taille d'un fichier est un facteur important tant pour la transmission que pour l'archivage. Si le format du fichier surcharge considérablement la mémoire, il faudra alors tenir compte de

l'impact que cette surcharge peut avoir sur la transmission (bande passante) et sur l'archivage. Cela peut être le cas lorsque des fichiers images sont utilisés pour saisir l'image d'un document;

- b] les fichiers images se caractérisent par un format et une apparence stables. Pour d'autres types de fichiers (issus de logiciels de traitement de texte), une utilisation de différentes versions du programme pour créer et consulter ou visualiser un document peut entraîner une modification ou une altération des formats. Les questions de compatibilité ascendante revêtent ici la plus grande importance de même que la question de savoir si le programme et le format du support continuent d'être pris en charge;
- c] il est possible que pour des raisons juridiques, fiscales ou commerciales vous deviez conserver des contrats électroniques pendant un certain temps. Les facteurs à prendre en compte dans cette optique sont les suivants: stabilité du format, preuve de l'intégrité du document et de son formatage et aptitude à reproduire les deux. De nouvelles feuilles de style XML et d'autres nouveautés technologiques peuvent aider à résoudre ces problèmes. Toutefois, là encore, les parties doivent déterminer si ces technologies sont applicables à une situation particulière et si elles peuvent les utiliser et les prendre en charge. En raison de la plus grande complexité des techniques, un certain nombre de tiers mettent au point des solutions d'hébergement et de stockage/archivage pour aider les entreprises à répondre à ces nouvelles exigences. L'imagerie de documents et la signature numérique de documents ou d'images sont également utilisées.

### ***B.8 Protection de la confidentialité***

L'information c'est le pouvoir. Ce vieil adage acquiert une importance particulière dans la conclusion de contrats par voie électronique. Souvent, les informations sont commercialement sensibles ou leur utilisation est limitée par la loi, par exemple lorsqu'elles permettent d'identifier une personne, et elles exigent donc un traitement confidentiel. Toutefois, l'environnement électronique dans lequel elles se trouvent est librement accessible et, probablement, plus vulnérable que la normale. Lors de la conception d'une application pour la passation électronique de contrats, telle qu'un site Web, il importe en conséquence d'examiner soigneusement les questions de confidentialité.

Premièrement, ce sont les dirigeants de l'entreprise qui devront décider, au stade de la conception:

- a] quelles informations devront être affichées sur le site Web;
- b] quelles informations devront être demandées aux cocontractants;
- c] si les informations devront être librement accessibles sur le site Web ou si leur accès sera limité et, dans ce cas, comment il sera restreint et contrôlé.

Ces décisions devront s'appliquer non seulement aux informations transmises et reçues au moment de la formation du contrat, mais également aux informations transmises et reçues pendant la durée de ce contrat.

Deuxièmement, il importe d'avertir les dirigeants et les employés de l'entreprise de la responsabilité que cette dernière, ses partenaires et ses clients pourraient être contraints à assumer si les informations étaient diffusées sans autorisation. De plus, cette responsabilité peut, dans certains cas, être régie (et quantifiée) non pas par la loi applicable au contrat mais par la loi d'un autre pays. Les entreprises seraient par conséquent avisées d'établir des procédures internes claires restreignant la diffusion d'informations affichées et acquises par l'intermédiaire d'une application de passation électronique de contrats.

Troisièmement, le contrat lui-même doit aborder les questions de confidentialité et de responsabilité en cas de violation de cette dernière. Il n'existe pas de clause type qui protège les informations de manière appropriée: les clauses de confidentialité doivent être adaptées à la nature et à l'importance des informations ainsi qu'au cadre juridique dans lequel les parties exercent leur activité. Toutefois, lors de la rédaction d'une clause de confidentialité appropriée, il peut être utile de se poser les questions suivantes:

- a] quel type d'information vise le contrat? sensible, confidentielle, donnant des coordonnées, d'importance critique?
- b] quelles sont vos exigences de sécurité pour les informations en question et le contrat crée-t-il les obligations équivalentes pour protéger ces informations?
- c] les informations émanent-elles d'un tiers et, dans l'affirmative, des obligations ont-elles été contractées envers ce tiers?
- d] des mesures de protection appropriées sont-elles prévues pour le cas où des droits de propriété intellectuelle ou des secrets commerciaux seraient en jeu?
- e] ces informations sont-elles soumises à des dispositions légales particulières ou leur transfert est-il soumis à des restrictions dans le pays de l'une ou l'autre partie; dans l'affirmative, avez-vous respecté ces dispositions et restrictions?

### ***B.9 Défaillances techniques et gestion des risques***

Le monde de l'entreprise gère les risques depuis longtemps, en associant judicieusement évaluation, atténuation lorsque cela est possible, couverture par indemnisation ou assurance, et détermination des risques acceptables. Ce processus complexe est bien antérieur à l'ère de l'électronique. S'il est important de reconnaître les dangers propres aux nouvelles technologies, il ne faut pas pour autant les exagérer ou penser qu'ils ne peuvent être gérés suivant le processus qui permet depuis longtemps au commerce de prospérer en faisant face aux circonstances et en en tirant parti.

En règle générale, les décisions concernant les risques et leur atténuation doivent être prises par les hauts responsables de l'entreprise. Par ailleurs, les risques liés aux technologies de l'information et des communications doivent être intégrés dans l'évaluation globale des risques de l'entreprise afin de leur accorder un rang de priorité approprié. Lors d'une telle évaluation, il serait utile de se pencher attentivement sur les questions suivantes:

- À quels risques l'entreprise s'expose-t-elle en utilisant telle ou telle technologie? Qu'advierait-il, par exemple, si certaines informations étaient perdues, endommagées ou révélées, tant du point de vue de la responsabilité envers les cocontractants que de la mauvaise publicité ainsi engendrée?
- Parmi ces risques, lesquels peuvent être acceptables?
- Parmi ces risques, lesquels semblent inévitables?
- Quelles mesures peuvent être prises – d'ordre technique, procédural ou contractuel ou assurance – pour réduire les risques au minimum? Il faudrait envisager des mesures relativement simples comme l'exigence d'un accusé de réception pour éviter qu'une transmission échoue.
- Combien coûtent ces mesures?
- Certains risques ou le préjudice pouvant en découler sont-ils si minimes que les dépenses qu'entraîneraient des mesures de protection ne se justifient pas?

Ce sont les hauts responsables de l'entreprise qui doivent se poser ces questions et y trouver une réponse avec l'aide d'employés bien équipés et formés non seulement aux techniques électroniques mais également à l'évaluation des risques. En outre, les décisions et leurs motifs doivent être consignés et revus régulièrement.