



**II<sup>ème</sup> PARTIE :**

**LA FORMATION DES CONTRATS DU  
COMMERCE ELECTRONIQUE**



*D'une manière fondamentale, tout contrat est un acte juridique bilatéral. Le contrat est par nature « une opération juridique (negotium) consistant en une manifestation de volonté (plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique »<sup>257</sup>. La particularité du contrat du commerce électronique est le support sur lequel il se forme : le media informatique. Dans une large mesure, le Droit des contrats demeure applicable aux contrats électroniques et en constitue le droit commun.*

*Néanmoins, les contrats électroniques posent un certain nombre de problèmes juridiques particuliers auxquels contribuent la rapidité, l'interaction simultanée, l'ouverture et la globalité, l'anonymat caractéristique de l'Internet. Ces caractéristiques influent sur l'appréhension des modalités de formation du contrat en même temps qu'ils accentuent le risque de contracter et le besoin d'encadrement juridique. L'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des messages échangés par voie électronique, la preuve de la naissance des liens de droit sur le media informatique sont autant des questions qui se posent avec acuité en matière de formation du contrat électronique.*

*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : « le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation »<sup>258</sup>. Ces conditions demeurent d'application dans le cadre de la formation des contrats par voie électronique.*

*C'est ainsi que nous explorerons les modalités particulières d'appréhension par le droit de la validité des contrats électroniques en insistant d'une part sur l'échange de consentement puisque cet aspect comporte à lui seul autant de spécificité dans le droit du commerce électronique que d'autre part, les autres conditions (à savoir : capacité, objet et cause) du contrat électronique.*

---

<sup>257</sup> G. CORNU, Op. cit., p 16

<sup>258</sup> Article 8 du Décret du 30 juillet 1888, code civil congolais, livre troisième.



### CHAPITRE III : ECHANGE DE CONSENTEMENT DANS LE COMMERCE ELECTRONIQUE

Acte bilatéral, le contrat implique nécessairement la volonté des deux parties. Pour qu'il y ait contrat, il faut que les deux parties manifestent clairement et librement leur intention et leur volonté de se lier, leur volonté d'accepter tout le contenu de leur contrat. Toutefois, le Code civil congolais se limite à parler du « consentement de celui qui s'oblige ». Le Code civil ne dit rien de la manière processuelle dont se forme le contrat. Les sources secondaires viennent combler cette lacune.

#### Section 1. La réalisation du concours des volontés par voie électronique

Très tôt, les juristes ont examiné l'échange de consentement en terme de rencontre de l'offre et de l'acceptation, « les volontés mises en présence doivent consentir, il faut se donner des rendez-vous sur le même terrain ». L'acceptation doit répondre à la proposition, pour ainsi dire, mot pour mot. Autrement, il y aurait une chose offerte et une autre chose acceptée ; il n'y aurait plus consensus *in idem placitum*, il n'y aurait plus convention<sup>259</sup>.

Même en droit belge qui a inspiré le Droit congolais, le processus de l'échange de consentement n'est pas réglementé par le Code civil. A quelques rares exceptions près, ce dernier n'emploie du reste pas les termes « offre » et « acceptation ». Les rares fois de l'usage de ces termes coïncident avec les « offres réelles » en matière de paiement ou en matière d'acceptation des donations ou d'acceptation du mandat par le mandataire<sup>260</sup>. « Ce volet de l'analyse juridique pouvait être ignoré tant que la plupart des contrats se concluaient entre parties présentes face à face, éventuellement par représentants interposés »<sup>261</sup>.

Lorsque la conclusion du contrat se déroule en un seul trait de temps, il n'y a aucun problème. Le concours des volontés se réalisera

---

<sup>259</sup> L. Larombière, *Théorie et pratiques des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1862, art. 1101, p.10

<sup>260</sup> Michele Vanwijck et Alexandre et Patric Very (sous la direction de), *Le processus de formation du contrat*, commission Université-Palais, Université de Liège, Larcier, sept. 2004, p.10

<sup>261</sup> M. Fontaine "Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ?", in *Mélanges offerts à P. Van Ommeshaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 116, n°3

alors au moment même de cette conclusion du contrat et à ce lieu là. C'est le cas ordinaire des contrats conclus par téléphone entre les deux parties intéressées. Dans ces conditions, le concours des volontés est instantané sauf en ce qui concerne le lieu. Mais la situation change lorsque la manifestation des volontés doit se faire en deux ou plusieurs phases : l'une des parties faisant une offre (ou sollicitation), l'autre partie devant accepter cette offre. C'est le cas des contrats par correspondances ou entre personnes non présentes ou personnes éloignées<sup>262</sup>.

Néanmoins, les contrats électroniques présentent aussi la spécificité d'être conclus avec les machines en l'absence de tout contact physique, direct et simultané. Le commerce électronique est caractérisé par la dépersonnalisation, la dématérialisation, et la délocalisation des échanges par Internet. Dès lors, au regard des contrats traditionnels, les transactions électroniques posent les questions inédites du moment et du « lieu » de formation des contrats.

Ces questions méritent d'être vérifiées dans le cadre des contrats du commerce électronique. Bien souvent, l'analyse du contrat dans le commerce électronique est totalement artificielle au regard de ce découpage compte tenu de l'impossibilité de déterminer qui, du consommateur ou du professionnel, a pris l'initiative de la relation contractuelle. En effet, l'interactivité entraîne une confusion dans la délimitation traditionnelle des rôles.

### **1. L'offre ou sollicitation par voie électronique**

Indifféremment de la forme, du reste libre, que l'offre peut revêtir sur le *web* (a), d'une manière générale, l'offre proposée sur un site web présente certaines caractéristiques (b), produit certains effets avant son acceptation (c), et peut être révoquant ou caduque (d).

#### **a. La forme de l'offre en ligne**<sup>263</sup>

- *Le principe de la liberté de la forme*

L'offre en ligne est véhiculée sur un mode audiovisuel par des vecteurs de communications (câble, lignes téléphoniques, téléphone). Le

<sup>262</sup> Kalongo Mbikayi, op. cit., p. 44 et 45

<sup>263</sup> Christiane Féral SCHUHL, *Cyberdroit - le Droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, Paris, 2006, p.220-221

droit commun ne s'oppose pas à ce qu'une offre soit portée sur un réseau audiovisuel puisque le seul critère de validité du contrat résulte de la rencontre de l'offre et de l'acceptation<sup>264</sup>.

En vertu du principe du consensualisme, l'offre pas plus que l'acceptation n'obéit à aucune exigence de forme particulière. C'est qui est essentiel est que le pollicitant – c'est-à-dire celui qui prend l'initiative de contracter – extériorise sa volonté d'une manière telle qu'elle puisse parvenir à la connaissance des tiers. Ainsi, il a été jugé que l'enchère faite au cours d'une vente publique volontaire constitue une offre d'achat<sup>265</sup>. « L'offre repose nécessairement sur un comportement actif (positif) »<sup>266</sup>. Ce principe est soutenu par la loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique, tel que complété en 1998. L'article 5 de cette loi – relatif à la reconnaissance juridique des messages de données – prévoit que « L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données ».

Toutefois, le contrat électronique trouble la notion d'initiative de la relation contractuelle, telle qu'elle résultait du schéma classique, puisqu'il y a difficulté à déterminer ce qui, du site en accès ouvert, ou de la visite du consommateur, a constitué l'initiative de la conclusion du contrat. En outre, la technique interactive du *push and pull* permet un dialogue et des échanges pratiquement simultanés et, d'une manière générale, l'interactivité rend possible pour les entreprises le fait de présenter des offres personnalisées grâce aux réponses fournies en ligne par les consommateurs et à la gestion de la fabrication à la commande<sup>267</sup>.

---

<sup>264</sup> O. ITEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996, p.80, cité par Murielle-Isabelle CAHEN, *La formation des contrats de commerce électronique*, sept. 1999

<sup>265</sup> «La volonté peut en général s'exprimer en n'importe quelle forme : parole, écrit, signe convenu ou non douteux comme le fait de lever le doigt dans une vente aux enchères ou dans une offre à une foule.» R. Demogne *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923, t.I, p.279. Cass, 13 janv. 1966, Pas. 1966, I, p. 613 voir Michèle Vanwijck, op. cit, p. 24.

<sup>266</sup> Alfred Rieg, "Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français", in *Travaux de l'Association Henri Capitant journées suisses*, t. xx, 1968, Paris, Dalloz, p. 44.

<sup>267</sup> David Roch GNAHOUI, *Transactions et commerce électronique*, deuxième partie : Transactions électroniques, Cours de Master, Université Gaston Berger, 2006. [Inédit]



- *La limitation en droit français de la forme linguistique de l'offre*

L'offre doit être rédigée en français. La loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française impose, en son article 20, que « l'offre soit rédigée en français ou dans une traduction en langue française jointe dans des documents de présentation ». Une action en justice relative à l'emploi de langue française sur un site web a été intentée par une association de défense de la langue mais s'est conclue par une transaction en 1998<sup>268</sup>.

- *L'offre publique sur Internet : la prospection*

- *Prospection indirecte*

Dans le commerce électronique, les internautes se voient offrir la possibilité de visiter les sites commerciaux des entreprises. Dans ce cadre, le site commercial réalise l'offre du professionnel. Il s'agit de la prospection, entendue comme la « recherche systématique de la clientèle (notamment par des envois de circulaires, des visites de représentants, etc.) »<sup>269</sup>.

En tant que support de prospection multiforme, la prospection sur l'Internet se décline sur le *web* sous forme soit d'une page *html*, soit d'un bandeau ou d'une bannière ou d'une icône qui s'affiche sur l'écran, permettant à l'internaute, d'un simple clic, de se connecter sur la page ou le site de l'annonceur, soit d'un message visuel animé et parfois sonore, de quelques secondes intercalées entre deux pages de présentation d'un site web ou d'un forum, dénommé « interstitiel ». Convivial et interactif, le message publicitaire est dans certains cas évolutif dans son contenu. Il permet de passer commande du produit ou du service concerné, voir tout simplement d'obtenir plus des renseignements auprès de l'annonceur.

Par ailleurs, l'Internet s'avère également un moyen compétitif de prospection. La collecte des données par l'intermédiaire notamment des *cookies*, permet à l'annonceur de cibler les consommateurs en fonction de leurs habitudes de consultation du *web*. Dans ce cas, l'offre sera réalisée par un moyen de prospection directe.

---

<sup>268</sup> Deux associations de protection de la langue française ont assigné une école d'ingénieur d'origine américaine dont le site Web est en grande Bretagne mais hébergé par un serveur français. La loi du 4 août 1994 est-elle applicable ? L'article 11 de la loi exempte les écoles étrangères de l'emploi de la langue française du contenu des cours, des examens, des thèses ([www.gtl.georgiatech-metz.fr](http://www.gtl.georgiatech-metz.fr)).

<sup>269</sup> *Le Petit Larousse illustré*, Larousse/VUEF 2003, p. 813

- *Prospection directe*

La prospection directe est caractérisée par « l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services ».

Le conseil d'Etat français proposait en 1998 dans son rapport *Internet et les réseaux numériques*, deux critères d'appréciation de la prospection directe.

Le premier est celui de « la finalité du message, critère déterminant, dont l'objet est d'assurer la promotion d'un bien, d'un service, d'une entreprise » ; cela permet d'écartier des messages purement « informationnels » dont la finalité, par exemple, est de faire connaître une marque.

Le second critère est celui de « la destination d'un message qui doit être adressé au public ». Ce deuxième critère induit une communication à un ensemble d'individus indifférenciés. Cela suscite une interrogation car la conception du courrier électronique permet de faire parvenir simultanément à un grand nombre d'individus un même message. Si cette technique peut être utilisée pour lancer une invitation de type privé, elle peut aussi être utilisée pour diffuser un message publicitaire. Ici, il y a bien individualisation, puisque chaque boîte aux lettres conservera toutefois sa nature publicitaire. Si la *mailist list* a recours au message individuel, elle n'en constitue pas moins, surtout lorsqu'elle est adressée à grande échelle, un message adressé au public.

Dans tous les cas, il n'est pas toujours exigé que l'offre soit adressée à une personne déterminée, l'offre au public est également admise sur le même pied<sup>270</sup>.

***b. Les caractéristiques de l'offre en ligne : obligations en matière de prospection en ligne***

- *Caractères traditionnels de l'offre applicables dans le e-commerce*

L'offre électronique devra revêtir les mêmes caractéristiques que dans le commerce juridique traditionnel. L'élément psychologique de

---

<sup>270</sup> Néanmoins, dans un contrat *intuitu personae*, la détermination de la catégorie des personnes susceptibles d'accepter l'offre doit être bien établie. – Kalongo Mibikayi, op. cit., p.46.

l'offre consistera ainsi dans la volonté de l'auteur de l'offre de se lier (fermeté de l'offre). L'élément matériel de l'offre se traduira par l'exigence de précision suffisante de la situation juridique dont l'offre est la préfiguration (...). Pour être reconnue par le droit, la volonté du pollicitant doit être extériorisée. Cette exigence fait de l'offre un acte réceptif, du moins lorsqu'elle est destinée à une personne<sup>271</sup>.

L'offre au sens juridique du terme, doit être à la différence d'une simple proposition de pourparlers : ferme, non équivoque, précise et complète. En d'autres termes, elle doit être l'expression d'une volonté bien nette de conclure le contrat en cas d'acceptation de l'offre, être exempte de quelque doute et doit pouvoir contenir tous les éléments du contrat à conclure de façon à ce que l'acceptant agisse en connaissance des causes.

L'offre doit contenir tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat (désignation du produit et prix par exemple). L'offre ne pourra contribuer à la formation du contrat qu'à la condition d'être précise, ferme et dépourvue d'équivoque<sup>272</sup>. Car, quoique n'étant pas défini par le code civil congolais livre troisième, ni par le code civil français, l'offre découle de l'exigence du consentement de ses articles 9 pour la RDC et 1109 pour la France : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

- *Obligations spécifiques afférentes à la prospection (offre en ligne)*

La prospection sur Internet se décline sur le *web* sous la forme soit d'une page html, soit d'un bandeau ou d'une bannière ou d'une icône qui s'affiche sur l'écran, permettant à l'internaute, d'un simple clic, de se connecter sur la page ou le site de l'annonceur, soit encore d'un message

---

<sup>271</sup> En ce qui concerne l'offre, il y a lieu de faire le départ entre les promesses déterminées et celles faites au public. Dans le 1<sup>er</sup> cas, l'offre constitue un acte réceptif : pour produire quelque effet, il faut qu'elle soit portée à la connaissance du bénéficiaire par l'offrant ou son mandataire. Pour les promesses publiques envers des créanciers indéterminés ou visant un nombre élevé de créanciers déterminés qu'il est possible d'avertir sans recourir à des motifs individuels, l'extériorisation résulte de la publicité donnée à l'engagement de façon qu'elle puisse être connue de tous. (ce qui n'implique pas qu'elle le soit effectivement) – Michèle Vanwijck et al, op. cit., p. 12.

<sup>272</sup> L. THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », in Juriscom.net, 15 mai 1999.

visuel animé et parfois sonore, de quelques secondes d'intervalle entre deux pages de présentation d'un site *web* ou d'un forum, dénommée « interstitiel ». Nous l'avons déjà dit

La prospection ou l'offre en ligne ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique en Droit congolais. Il existe en Droit congolais des législations en matière de publicité ou encore en matière d'affichage du prix qui pourraient s'appliquer. Toutefois de *lege ferenda*, pour une législation particulière pour le commerce électronique, nous nous inspirerons des obligations ou conditions auxquelles la prospection en ligne est soumise en Droit français.

- *Obligation de transparence dans l'offre en ligne*

Cette obligation se décline en quatre modalités : identification de l'éditeur professionnel<sup>273</sup> ; identification de l'auteur de l'offre<sup>274</sup> ; détermination aussi bien du prix<sup>275</sup> que des caractéristiques de l'objet de l'offre<sup>276</sup> ; et identification de la publicité comme telle<sup>277</sup>.

---

<sup>273</sup> Il s'agit de deux éléments sous-jacents : 1) Mentions obligatoires (Personnes physiques : nom, prénom, domicile et numéro de téléphone, le numéro de leur inscription au registre du commerce ou au répertoire des métiers) – ( Personnes morales dénomination ou raison sociale et leur siège social, numéro de téléphone et numéro d'inscription au registre du commerce des sociétés et capital social et adresse du siège social), et 2) *Standards ouverts* (mises à la disposition du public de ces informations par tout protocole d'interconnexion, de communication ou d'échange et tout format de données interopérables qui sont sans restriction d'accès ni de mise en œuvre).

<sup>274</sup> Il s'agit de l'identification du cybermarchand qui est Idem que précédemment, mais sans le second élément de "standard ouvert".

<sup>275</sup> Il s'agit de l'indication non équivoque du prix (Ces précisions s'imposent très en amont de la démarche commerciale « même en l'absence d'offre de contrat », dès le stade de la proposition de fourniture de biens ou de services par la voie électronique et cela même si le cybermarchand ne fournit que des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche « (Côte de Consommation Français, art. L113-3 et L121-18).

<sup>276</sup> Il s'agit d'indiquer les caractéristiques essentielles du bien ou du service (caractéristiques qualitatives et quantitatives). Il doit également figurer les modalités de livraison et d'exécution ainsi que la date de livraison avec possibilité pour le consommateur de dénoncer la commande par lettre recommandée avec accusé de réception dans les soixante jours à compter de la date indiquée pour la livraison du bien ou l'exécution de la prestation. Les produits et services réglementés font l'objet d'obligations de certaines mentions particulières.

<sup>277</sup> Il s'agit *primo* de l'identification claire de la publicité comme telle et de l'annonceur pour le compte duquel la publicité est réalisée. Une obligation d'identification préexistante requiert la séparation par des écrans reconnaissables à leurs caractéristiques optiques et acoustiques avant comme après leur diffusion. *Secundo*, la mention non équivoque de la publicité doit apparaître. Cependant, cette obligation de transparence butte sur certaines contraintes technologiques, car la notion de publicité sur Internet laisse une frontière étroite entre publicité et simple annonce, frontière sur Internet qui n'est pas facile à appréhender.

- *Obligation de loyauté dans l'offre en ligne*

Cette obligation vise à bannir les pratiques interdites ainsi que la publicité mensongère. La publicité mensongère n'appelant pas de grands commentaires<sup>278</sup>, les pratiques interdites sont constituées de pratiques trompeuses (le fait d'annoncer un produit et de refuser toute commande ou de le livrer), ainsi que des pratiques agressives (le harcèlement, une contrainte ou une influence injustifiée sur le consommateur).

Il sied par ailleurs de faire état des pratiques déloyales sur le *web*. Les cybermarchands ou les annonceurs peuvent user des techniques abusives de référencement. Certaines techniques permettent à un site donné d'obtenir un meilleur classement dans les résultats de recherche.

- *Obligation du respect de la vie privée d'autrui dans les offres en ligne*

Autour de cette obligation, sont advenues des controverses en Europe sur la règle du consentement préalable et la condamnation du spamming.

*1° La règle de l'opt-in (consentement préalable de l'internaute).*

Cette règle a été consacrée en France et en Europe pour exiger le consentement préalable du consommateur (système de l'opt-in) pour les courriers électroniques, le fax et les systèmes d'appels automatiques<sup>279</sup>. Il y a cependant exception au consentement préalable :

- lorsque les coordonnées ont été recueillies directement auprès de lui à l'occasion d'une précédente vente ou fourniture de prestations de service portant sur des biens ou des services analogues. (CPCE, art L-33-41(III) ;
- lorsque le message est envoyé à des personnes physiques « au titre de la fonction qu'elles exercent dans l'organisme privée ou public qui leur a attribué cette adresse ».

En revanche, dans tous le cas, le destinataire doit toujours se voir offrir la possibilité de s'opposer (droit d'opposition), de manière effective à l'utilisation de ses coordonnées (règles de l'opt-out).

---

<sup>278</sup> A part qu'elle est passible de sanctions pénales.

<sup>279</sup> La loi belge du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information (article 14) a également retenu le système de l'opt-in (journal des tribunaux 31 janvier 2004 n°6125, p.86)

### 2° *L'abus de prospection directe*

Le spamming est caractérisé par trois éléments : (i) « un envoi massif » des messages, (ii) à de très nombreux destinataires, (iii) à l'initiative d'un expéditeur. Il porte atteinte à la vie privée, trompe les consommateurs et provoque des surcoûts pour les entreprises et fournisseurs d'accès<sup>280</sup>.

- *Obligation de respect de l'ordre public et des mineurs pour l'offre en ligne*

Cette obligation nous rapproche des limites de l'objet du contrat. Quoi de plus normal ! Puisque le contenu de l'offre une fois accepté, celui-ci constituera ce à quoi les parties s'obligent.

- *Conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs*

Il est interdit de vendre, louer ou passer toute convention portant sur le corps humain, sur des sépultures ou encore de faire du commerce des choses illicites ou immorales sous peine de nullité de la convention.

- *Obligation générale de protection des jeunes sur Internet*<sup>281</sup>

Cela consacre un chapitre à la protection des jeunes internautes. « La publicité diffusée sur l'Internet, sous quelque forme qu'elle se présente, doit respecter les règles déontologiques spécifiques aux enfants et adolescents » ; le contenu visuel, sonore ou écrit de la publicité ne doit pas porter atteinte à l'intégrité physique ou morale du jeune public. Dans ce contexte, une attention toute particulière sera portée à : ne pas valoriser des comportements illicites, agressifs dangereux ou antisociaux ; ne pas dévaloriser l'autorité des parents des éducateurs ; ne pas exploiter l'ignorance et la crédulité du jeune public.

---

<sup>280</sup> Il constitue un délit prévu et sanctionné par l'article 226-18 du Code pénal français avec des sanctions pouvant aller jusqu'à 5 ans de prison et 300000 euros d'amende.

<sup>281</sup> Des efforts dans ce sens ont été fournis en France par le Bureau de vérification de la publicité (BVP) en date du 13 mai 2005 a été mise au point avec les professionnels de l'internet (agences interactives, agences medias, régies Internet éditeurs de sites, portails, annonceurs, etc.).  
<http://www.bvp.org>

*c. Les effets de l'offre avant acceptation : inefficacité ou efficacité de l'offre ?*

Des solutions sont controversées en Droit comparé sur la force obligatoire de l'offre.

Le principe de l'inefficacité de l'offre en matière contractuelle postule que l'offre peut être révoquée à tout moment par son auteur tant que cette dernière n'était pas encore acceptée par son destinataire.

Sur cette question de principe, les droits de la famille romano-germanique n'épousent pas le même point de vue. Il existe une divergence légale, doctrinale et jurisprudentielle entre le Droit congolais, le Droit allemand, Droit Belge et le Droit français sur le principe de l'inefficacité de l'offre non acceptée ou pas.

Ces solutions controversées sur la force obligatoire de l'offre témoignent de la problématique ontologique de l'offre en ligne eu égard aux divergences de solutions juridiques. La situation de l'internaute pollicitant est différente selon la législation du pays dont il est tributaire. Le destinataire indifférencié ou ciblé de l'offre ne dispose pas des mêmes garanties face à une offre du commerce électronique, encore qu'il doive savoir de quel type de législation le pollicitant relève.

La question qui se pose est celle de savoir si avant son acceptation l'offre a une force obligatoire ou pas. Le Droit allemand tranche sur la force obligatoire de l'offre avant acceptation. L'article 145 du Code civil allemand dispose que l'offrant se trouve lié par le seul fait de son offre et doit donc la maintenir pendant un certain délai.

Cependant, les codes civils français et congolais quant à eux ne traitent pas expressément de la question mais leurs jurisprudences et doctrines tranchent sur le principe de la non efficacité de l'offre non acceptée. En règle générale, aucun effet obligatoire n'est attaché à l'offre pour lier la pollicitation. Déjà l'article 932 du Code Napoléon de 1804 faisait une application de ce principe d'inefficacité de l'offre, en disposant que « la donation entre vifs n'engage le donateur que du jour où elle a été acceptée. Cette acceptation devant survenir du vivant du donateur ».

Cette position du Droit français et congolais a pour conséquence que l'offre non encore acceptée est révocable par l'offrant ou peut devenir caduque si le pollicitant meurt ou devient incapable avant l'acceptation. Les exceptions à la révocabilité et caducité de l'offre en France et en RDC demeurent minces et s'illustrent dans deux cas de figure. Le premier est celui de la promesse de contracter ou d'avant-contrat, car il s'agit là véritablement d'une promesse bilatérale de contracter. Le second cas exceptionnel de la force obligatoire de l'offre intervient lorsqu'un délai est prévu expressément ou lorsqu'il est présumé suivant les usages liés à la nature et aux circonstances du contrat escompté car il est toujours prévu un délai raisonnable à l'acceptant<sup>282</sup>.

Par ailleurs, en Droit belge, la solution a évolué depuis qu'il a été décidé à deux reprises dans les années 80, par la Cour de Cassation belge, que « la force obligatoire de l'offre trouve son fondement dans un engagement résultant de la manifestation d'une volonté unilatérale<sup>283</sup> ». Cette position de la Cour est demeurée en Droit belge en dépit de l'abondante critique de la doctrine. En effet, selon la doctrine, la principale critique s'assied sur le fait que « l'admission de l'engagement unilatéral doit logiquement conduire à la possibilité pour l'auteur de se délier par une nouvelle manifestation de sa [propre] volonté<sup>284</sup> ». Parmi les arguments militant en faveur de cette position belge et allemande qui adopte l'efficacité de l'offre culmine « la séduisante proposition de fonder la force obligatoire de l'offre sur la protection de la légitime confiance que la pollicitation a suscité dans le chef du destinataire<sup>285</sup> ».

#### ***d. De la durée de validité de l'offre en ligne et de son retrait***

La force obligatoire de l'offre oblige le pollicitant à la maintenir dès lors qu'elle a été extériorisée. En l'absence de précision quant à la durée de validité de l'offre, l'offrant doit la maintenir pendant un délai

<sup>282</sup> Marty et Raynaud, *Droit civil*, T.II, Sirey, 1962, vol n°102.

<sup>283</sup> Cass. 9 mai 1980, Pas., 1980, I, P.1120 ; Entr. et Dr., 1981, p. 146 et note M. SENELLE ; Cass. 9 mai 1980, Pas. 1980, I, p.1127 ; Cass, 16 mars 1989, Pas. 1989, I, p.737

<sup>284</sup> Critique formulée par R. ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Thèse, Paris, 1909, pp. 62 et 63, [De surcroît], « en vertu de l'engagement par la volonté unilatérale, l'offre devrait obliger son auteur indépendamment du comportement de son destinataire, alors que selon la doctrine, la force obligatoire de l'offre ne prend effet qu'à sa réception par la contrepartie. », comme le relève aussi Michèle Vanwijck et al, op. cit., p. 24

<sup>285</sup> X DIEUX, *Le respect dû à l'anticipation légitime d'autrui*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 102 et s.



raisonnable, que les juges apprécient en fonction des circonstances. Ce délai peut dépendre des moyens du secteur, de la complexité de la proposition contractuelle et du temps raisonnablement nécessaire pour l'étudier utilement. Une fois le temps minimum écoulé, il doit être possible pour l'offrant d'émettre une volonté contraire pour l'avenir, sans aucun besoin de formalisme<sup>286</sup>, de façon notamment à éviter tout doute quant au maintien de la promesse.

« L'offre doit être maintenue pendant un certain temps et en l'absence de toute stipulation, expresse ou implicite, l'offre est librement révocable à moins qu'elle soit adressée à une personne déterminée, dans ce cas là, les juges imposent un délai moral qu'ils fixent d'après les circonstances, la nature du contrat et les usages, et qui correspond au temps raisonnablement nécessaire et suffisant pour examiner et apprécier la proposition reçue »<sup>287</sup>. En Droit français, pour les offres promotionnelles, les concours et jeux promotionnels, le cybermarchand est lié par son offre tant qu'elle demeure accessible par voie électronique « de son fait »<sup>288</sup>.

Une question qui se pose en ce qui concerne l'offre en ligne est celle de savoir comment le retrait<sup>289</sup> de l'offre s'effectue. Avant de fournir les éléments de réponse à cette question, deux conditions cumulatives, sur le plan technique et juridique, déterminent l'existence de l'offre : son insertion au serveur et son accessibilité au public.

---

<sup>286</sup> Quoique certaines positions – comme celle de L. CORNELIS ou encore celle isolée de O. ITEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996, p.83 – affirme qu'un préavis ou une mise en demeure est nécessaire, les travaux sur la formation des contrats conduit sous la direction de Michèle Vanwijck, Alexandre et Patrick VERY, op. cit., p.25 démontrent le contraire.

<sup>287</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Les obligations*, Armand Colin, 1994, p.105.

<sup>288</sup> C.Civ. Français art. 1369-4.

<sup>289</sup> Il y a lieu de préciser que le terme « retrait » comprend la « révocation » et la « rétractation ». D'une part, il peut s'agir de la libération de l'offrant avant que l'offre ne prenne effet (rétractation). Tel est le cas de l'« annulation » d'une commande par télécopie ou par courrier électronique d'une commande préalablement expédiée par la poste. D'autre part, aussi longtemps que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, ce dernier est libre de revenir sur sa parole indépendamment de l'existence ou non du délai d'acceptation stipulé dans l'offre (révocation). En droit belge et allemand, la révocation ne saurait être de mise pour les raisons évoquées plus haut. La caducité peut également être citée dans le même ordre d'idées, comme un cas de retrait automatique du fait de la survenance d'un événement postérieur qui fait tomber dans un état de non valeur un acte initialement valable suite au défaut de réalisation de la condition de la non réalisation de la condition à laquelle sa validité était suspendue.

L'offre aura disparu à partir du moment où elle sera retirée d'un site Web. Elle ne sera plus accessible au public, même si l'offre subsiste au sein du serveur. Toutefois, si l'offre a été acceptée avant d'avoir disparu, le contrat sera formé et plus aucune rétractation n'est possible.

L'offre est-elle caduque lorsque le serveur qui présentait une offre a disparu ? La disparition définitive du site ou du serveur fait disparaître l'offre car le maintien de l'offre dépend de la permanence du serveur ou du site. La disparition temporaire, due à un problème technique, suspendrait l'existence de l'offre. Par contre, le changement d'adresse électronique, où se trouve désormais localisée l'offre, ne la fait pas disparaître si le serveur primaire renvoie à un serveur secondaire accessible au public par des liens hypertextes<sup>290</sup>.

## **2. L'acceptation**

### ***a. Portée de l'acceptation***

« L'acceptation peut se définir comme l'intention définitive du destinataire de l'offre, de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant, et à ces conditions seulement : l'acceptation doit être identique à l'offre »<sup>291</sup>. Lorsque l'offre est acceptée sans réserve par le destinataire, l'on peut considérer le contrat comme définitivement formé. L'acceptation est le consentement d'une personne à une offre de contrat qui lui a été destinée. Il y a donc un expéditeur de l'offre (pollicitant) et un destinataire de l'offre (l'acceptant). Dans les échanges électroniques, la confusion des rôles d'expéditeur et de destinataire peut rendre difficile l'identification de l'origine de l'acceptation. Cette question est réglée par l'article 13 de la loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI. Nous y reviendrons dans le cadre des questions spéciales du consentement en ligne.

Toutefois, il y a lieu de noter que l'acceptation donnée par voie électronique demeure valable. « Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et l'acceptation

---

<sup>290</sup> Quelle est la nature juridique du lien hypertexte, telle est la question posée au tribunal de Los Angeles. Microsoft a référencé sur ses pages web, un site qui vend des places de spectacles. Ce dernier s'oppose à cette " citation " : Expertises, Mai 1997, p.3

<sup>291</sup> Voir Murielle-Isabelle CAHEN, *op. cit.*, p. 29

d'une offre peuvent être exprimées par un *message de données*<sup>292</sup>. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé ». (*article 11 – formation et validité des contrats, loi type sur le commerce électronique*).

***b. Modalités d'échanges de consentements sur Internet***

Les contrats du commerce électronique se forment de différentes manières. Cela dépend de la manière dont l'acceptation est communiquée au regard de l'offre. Trois principales modalités de communication d'échange de consentement sont possibles.

- *Echange de courriers électroniques*

Le contrat peut se former par un échange de courriers électroniques entre les parties. Pratiquement, l'offrant expédiera par e-mail un fichier attaché contenant le contrat et invitera son client à le lui retourner muni de sa signature électronique. A l'évidence, ce mode de communication permet également une forme de négociation entre les parties (offre, contre-offre).

- *La contractualisation en ligne sur le web : le double clic contre accusé de réception*

Le contrat peut être conclu sur le Web : l'offre prend ici la forme d'un catalogue interactif que l'internaute consulte directement à l'écran. Pour passer le contrat, il est invité à compléter un formulaire (ou bon de commande) électronique et à payer, soit en transmettant son numéro de carte de crédit, soit en remplissant un bulletin de virement électronique, le tout étant ainsi effectué en ligne. Les différentes phases de la démarche contractuelle (publicité, offre, acceptation, paiement, voire livraison) s'enchaînent rapidement, au rythme des « clics » successifs commandés par la souris de l'internaute.

Dans ce cas, le processus de contractualisation se scinde en deux clics et en accusé de réception. Le premier clic concerne la vérification de la commande, tandis que le second concerne la confirmation de la commande. Le code civil français est très éloquent sur la question. Les

---

<sup>292</sup> L'article 1<sup>er</sup> de cette loi type définit le message des données comme « l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.

nouveaux alinéas 1 et 2 de l'article 1359-5, insérés par ordonnance du 16 juin 2005, dissèquent sur le plan juridique ces deux étapes. D'une part, le destinataire de l'offre « doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et de son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation ». D'autre part, le destinataire de l'offre « doit confirmer sa commande pour exprimer son acceptation ». Le même alinéa 2 exige du cybermarchand d'accuser « réception sans délai injustifié et par voie électronique » de la commande qui lui a été adressée.

Toutefois, cet accusé de réception constitue une simple étape technique, déconnecté du lien contractuel qui naît dès le moment de l'acceptation par le client de l'offre lui faite par le cybermarchand. D'où il importe peu que l'émission de l'accusé de réception soit automatiquement réalisée par le système informatique du professionnel<sup>293</sup>.

- *Les contrats entre « absents » ou entre « non présents »*

Les contrats peuvent être conclus moyennant une communication directe entre les applications des correspondants, sans intervention humaine. L'automatisation complète est la caractéristique la plus remarquable de l'échange de données informatisées (bien connues sous le nom d'EDI)<sup>294</sup>.

L'EDI représente une méthode transactionnelle propre aux entreprises et s'inscrit dans le cadre de relations d'affaires continues au sein de réseaux sectoriels et fermés. A ce titre, les règles applicables à pareil mode de communiquer et de contracter peuvent aisément faire l'objet d'un réaménagement contractuel, moyennant un accord d'échange auquel tous les participants sont tenus d'adhérer.

Par contre, l'approche conventionnelle se conçoit plus difficilement sur les réseaux ouverts, où chacun peut passer des contrats à

---

<sup>293</sup> Cet accusé de réception n'emporte pas pour autant validation contractuelle des échanges. En effet, il n'a qu'un « rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle », comme cela résulte des avis lors des débats parlementaires en France. L'avis n°608, présenté par M<sup>me</sup> Michèle Tabarot, députée, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. Voir à ce sujet Christianne Feral Schuhl, op. cit., p.201

<sup>294</sup> Le terme « échange de données informatisées (EDI) » désigne le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information. (Article 2 de la loi type sur le commerce électronique)

distance avec une variété de partenaires occasionnels. A cet égard, on note l'apparition d'agents électroniques intelligents : il s'agit de systèmes programmés capables de négocier et de conclure en toute autonomie des opérations contractuelles.

Le fait que sur Internet, les parties au contrat ne sont pas physiquement présentes soulève la question de savoir si tous les contrats en ligne ne sont pas des contrats entre absents. Il n'est pas vrai de dire que le contrat en ligne sur Internet est toujours un contrat entre absents. Les contractants peuvent être dans un espace virtuel commun grâce à des systèmes en temps réel tels que la téléphonie ou la visiophonie sur Internet<sup>295</sup>. Le contrat en ligne sur Internet peut donc aussi être un contrat en temps réel entre personnes virtuellement présentes. Il faudra tenir compte de cette précision de taille pour la question du lieu et du moment de réalisation du concours de volonté en ligne à étudier plus loin.

### *c. Le droit de rétractation après acceptation*

En principe, la révocation postérieure à l'offre n'est pas possible en droit commun des contrats, sauf cas de vice de consentement<sup>296</sup> ou de force majeure. Si déjà le volte-face de l'offrant pendant la durée de validité de l'offre risque d'engager sa responsabilité, après l'acceptation les parties sont définitivement liées. Une révocation de l'offre ou de l'acceptation qui intervient par la suite est évidemment inefficace.

Cependant, dans le cadre de la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, la directive européenne du 20 mai 1997, transposée en France par l'ordonnance du 23 août 2001 (Code de consommation, art. L.121-20) accorde le bénéfice d'un délai de rétractation de sept jours francs. L'exercice de ce droit de rétractation exclut toutes pénalités (à l'exception le cas échéant des frais de retour) et n'exige aucune indication des motifs. Ce délai court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations

---

<sup>295</sup> D. Khames, Visiophonie, De numéris à Internet, Le journal du téléphone, Novembre - Décembre 1996, p.110 : Plusieurs produits de visiophonie sont proposés tels que CU-See Me de White Pine Software, Share Vision PC 3000 de Creative Labs....

<sup>296</sup> Par exemple, l'erreur qui fonderait un garagiste à dédire son offre acceptée après avoir constaté qu'il s'est mépris sur l'âge réel du véhicule du client. Là encore il s'agit d'un vice de consentement. Mais le cas d'une rectification-révocation pouvant s'apparenter au mode extrajudiciaire de résolution ou d'annulation est à étudier avec beaucoup de prudence en vue d'éviter une remise en question trop facile de la solution de non rétractation après acceptation.

de services, étant précisé qu'aucune indication n'est donnée par le texte sur le support utilisé par le consommateur pour notifier sa décision de rétractation<sup>297</sup>.

En cas d'exercice de ce droit de rétractation en France (code de consommation, art. L.121-20-1), il y a lieu à remboursement du consommateur sans délai et dans les trente jours au maximum, sauf si le prix en est couvert entièrement ou partiellement par un crédit ; dans lequel cas le contrat de crédit doit être résilié.

En revanche, selon la même directive (article 3, paragraphe 2), le droit de rétractation ne s'applique pas « aux contrats de fourniture de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisir, lorsque le fournisseur s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée ». Dans un arrêt du 10 mars 2005, la Cour de justice des Communautés européennes a inclus dans cette énumération les services de locations de voitures en ligne, considérant qu'ils étaient visés par l'expression « contrats de fourniture de services [...] de transport »<sup>298</sup>.

## **Section 2. Les questions spéciales de la manifestation du consentement en ligne**

Dans la pratique du commerce électronique, la formulation de certaines solutions contractuelles particulières s'avère nécessaire pour surmonter les obstacles juridiques au développement de ce type de commerce. Ces solutions ont également pour but de donner des réponses aussi claires qu'appropriées aux problèmes de droit que posent les TIC dans les tranchées traditionnelles du droit commun.

Sur le *point précis*<sup>299</sup> de la réalisation du consentement par la rencontre de l'offre et de l'acceptation se posent plusieurs questions, notamment :

---

<sup>297</sup> Sur ce point Christianne Féral Schuhl, op. cit., p. 203 cite A-M Leroyer, « Réflexions critiques sur la protection du consommateur en ligne », dans Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois, Presses Universitaires Limoges, 2004.

<sup>298</sup> CJE, 10 mars 2005, aff. C-336/03, comm.. B. Tabaka, <http://tabaka.blogspot.com/-2005/3/pas-de-droit-de-rtractation-en-matire.html>

<sup>299</sup> Les questions relatives à la reconnaissance de l'échange électronique ainsi que des obligations attachées à l'offre en ligne feront l'objet d'autres points. Il existe d'autres questions comme celle de l'identification des parties contractantes que nous étudierons dans le régime des capacités. Il peut également être cité la question de la preuve et bien d'autres encore. Ici, il est seulement épinglé les questions relatives à la manifestation du consentement c- à-d au concours de volonté.

- celle de la date, de l'heure du contrat ainsi que de sa localisation ;
- celle intimement liée à la précédente de connaître l'origine du message d'offre ou d'acceptation ;
- celle de la vérification des conditions nécessaires à l'échange électronique d'un consentement valide.

### **1. La question du moment et du lieu de naissance du contrat en ligne**

#### ***a. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données***

Le commerce électronique est caractérisé par la dépersonnalisation, la dématérialisation, et la délocalisation des échanges par Internet. De même, le processus contractuel par voie électronique, et le régime de l'établissement ou de la résidence des opérateurs sont empreints d'une grande spécificité par rapport aux conditions dans lesquelles s'effectue le commerce traditionnel.

A cet égard, il est souvent affirmé que les contrats électroniques opèrent simplement, par rapport aux contrats traditionnels, une modification du support de l'échange, mais pas de la nature juridique du rapport qui resterait un contrat. Néanmoins, les contrats électroniques présentent la spécificité d'être conclus avec les machines en l'absence de tout contact direct et simultané. Dès lors, au regard des contrats traditionnels, les transactions électroniques posent les questions inédites du moment et du « lieu » de formation des contrats.

Une fois, l'offre acceptée, le contrat naît. Mais, la question se pose de savoir à quel moment précis on peut dire qu'il y a acceptation. La réponse réservée à cette question revêt un intérêt pratique et théorique considérable tant en matière de droit international privé qu'en matière de procédure judiciaire ou administrative. Car, c'est de la solution à la question que l'on pourra déterminer le moment dont l'intérêt juridique se mesure dans la détermination de la loi applicable dans le temps, du point de départ de computation des délais de prescription ou autres préfix, de la détermination de la capacité des parties, etc.

En outre, c'est de cette même réponse que sera déterminé le lieu de la formation du contrat avec en filigrane la question connexe de compétence territoriale, quoique sur Internet, espace numérique, il est très difficile de déterminer le lieu de naissance du contrat.

- *S'agissant du lieu*, le code civil congolais n'a pas tranché.

En France, c'est le principe du pays d'origine qui est applicable. Dans un espace dématérialisé, la question de savoir quel est le droit applicable pour trancher un éventuel conflit est déterminante. La directive sur le commerce électronique pose le principe du pays d'origine, ce qui signifie que, à l'intérieur du territoire de la Communauté européenne, le droit applicable est celui du pays dans lequel est établi le prestataire de service. Ce principe est désormais inscrit à l'art. 14 de la LCEN.

Au Canada, la question du lieu de formation du contrat se posait déjà dans les relations entre commerçants et consommateurs depuis l'adoption de Loi sur la protection du consommateur en 1978. Celle-ci considère systématiquement que le contrat à distance a été « conclu à l'adresse du consommateur »<sup>300</sup>.

- *Quant au moment*, le code civil congolais ne fournit pas de réponse sur le sujet. « Les solutions proposées pour résoudre cette question restent jusqu'à ce jour controversées en doctrine comme en jurisprudence. Les uns entendent que le contrat se forme lorsque l'acceptation est émise (c'est le système de l'émission), les autres, qu'il n'est conclu qu'au moment où l'acceptation a été portée à la connaissance de l'offrant (c'est le système de la réception ou de l'information). A ces deux systèmes [...] s'ajoute une troisième position doctrinale selon laquelle la solution ne peut être recherchée que dans l'intention des parties »<sup>301</sup>.

Le droit québécois a le mérite incontestable d'avoir mis fin à l'incertitude environnante dans son nouveau Code civil. Ainsi, l'article 1387 du Code civil québécois dispose que « Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires ».

Aux USA, la solution envisagée par la Mailbox rule, introduite aux Etats-Unis sous l'influence de l'arrêt anglais *Adams v. Lindsell*<sup>302</sup>,

---

<sup>300</sup> Article 21 LPC : " Le contrat à distance est considéré comme conclu à l'adresse du consommateur. "

<sup>301</sup> Kalongo Mbikayi, *op.cit.*, p 47

<sup>302</sup> *Adams v. Lindsell*, (1818) B. & Ald. 681, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse de doctorat déposée à l'Université de Montréal, 1998



selon lequel une acceptation faite par courrier valide le contrat dès qu'elle est postée. La théorie de l'expédition prédomine donc en droit américain pour la plupart des contrats à distance, peu importe la synchronicité des moyens de communication envisagés.

C'est à juste titre que « lorsqu'il a été élaboré et adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (loi type), la CNUDCI était consciente du fait que, pour les Etats qui modernisent leur législation, la Loi type serait un outil plus efficace si des informations de base et des explications sont données aux gouvernements et aux parlements pour les aider à l'utiliser<sup>303</sup> ». Nous reprendrons donc les solutions inscrites à l'article 14 de cette Loi Type.

L'on remarquera cependant que c'est la théorie de la réception qui reçoit le plus souvent les faveurs du commerce international. Elle a d'ailleurs été proposée au sein de la loi-type de la CNUDCI en son article 15. Une nuance devra être apportée, car c'est la théorie de l'information qui l'emportera lorsque l'expéditeur se trompe dans la désignation du système d'information qu'il aurait prévu pour la réception de l'acceptation.

La loi type du CNUDCI en son article 14 propose des solutions juridiques en matière d'accusé de réception. Si l'expéditeur n'est pas convenu avec le destinataire que l'accusé de réception sera donné sous une forme ou selon une méthode particulière, la réception peut être accusée : *a*) par toute communication, automatisée ou autre, émanant du destinataire, ou *b*) par tout acte du destinataire, suffisant pour indiquer à l'expéditeur que le message de données a été reçu. Si l'expéditeur a déclaré que l'effet du message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception, le message de données est considéré comme n'ayant pas été envoyé tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu. Cela demeure applicable dans le cas où l'expéditeur, avant ou au moment d'envoyer un message de données ou dans ce message même, a demandé au destinataire un accusé de réception ou est convenu avec lui qu'il aurait un accusé de réception.

---

<sup>303</sup> *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)*, Nations Unies, [http://www.uncitral.org/pdf/french/-texts/electcom/05-89451\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/-texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf)

Par contre, si l'expéditeur n'a pas déclaré que l'effet du message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception et s'il n'a pas reçu d'accusé de réception dans le délai fixé ou convenu ou, quand aucun délai n'a été fixé ni convenu, dans un délai raisonnable, l'expéditeur peut : *a*) aviser le destinataire qu'aucun accusé de réception n'a été reçu et fixer un délai raisonnable dans lequel l'accusé de réception doit être reçu ; et *b*) si l'accusé de réception n'est pas reçu dans le délai visé à l'alinéa *a* ci-dessus, et sur notification adressée au destinataire, considérer que le message de données n'a pas été envoyé ou exercer tout autre droit qu'il peut avoir.

Lorsque l'expéditeur reçoit l'accusé de réception du destinataire, le message de données en question est réputé avoir été reçu par le destinataire. Cette présomption n'implique pas que le message de données correspond au message reçu. Lorsque l'accusé de réception indique que le message de données en question est conforme aux conditions techniques soit convenues soit fixées dans les normes applicables, ces conditions sont présumées remplies. Sauf dans la mesure où il concerne l'expédition ou la réception du message de données, le présent article n'a pas pour objet de régler les conséquences juridiques qui pourraient découler soit de ce message, soit de l'accusé de réception.

Ainsi, le moment de la conclusion du contrat dépend de l'une ou l'autre hypothèse.

***b. La détermination de l'auteur de l'échange informatique***<sup>304</sup>

Un message de données émane de l'expéditeur s'il a été envoyé par l'expéditeur lui-même. En ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé : *a*) par une personne autorisée à agir à cet effet au nom de l'expéditeur ; ou *b*) par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement.

En ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire, le destinataire est fondé à considérer qu'un message de données émane de l'expéditeur et à agir en conséquence : *a*) si, pour s'assurer que le message de données émanait de l'expéditeur, il a correctement appliqué une procédure que l'expéditeur avait

---

<sup>304</sup> V. Article 13. - Attribution des messages de données, de la loi type du CNUDCI sur le commerce électronique.

précédemment acceptée à cette fin ; ou *b*) si le message de données tel qu'il l'a reçu résulte des actes d'une personne qui, de par ses relations avec l'expéditeur ou un agent de celui-ci, a eu accès à une méthode que l'expéditeur utilise pour identifier comme étant de lui les messages de données.

Toutefois, il y a exception : *a*) dès lors que le destinataire a été avisé par l'expéditeur que le message de données n'était pas de lui et qu'il a eu un délai raisonnable pour agir en conséquence ; ou *b*) lorsque le destinataire savait, ou aurait dû savoir s'il avait pris des dispositions raisonnables ou utilisé une procédure convenue, que le message de données n'émanait pas de l'expéditeur.

Le destinataire est fondé à considérer comme distinct chaque message de données reçu et à agir en conséquence, à moins que le message ne soit la répétition d'un autre et que le destinataire ne sache, ou n'aurait dû savoir s'il avait pris des dispositions raisonnables ou utilisé une procédure convenue, qu'il s'agissait du même message.

## **2. L'intégrité du consentement comme condition de validité du contrat en ligne**

### ***a. Enoncé des principes en matière de vice de consentement***

Au terme du Code civil congolais livre troisième, il n'y a pas de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol. (Article 9)

L'intégrité du consentement est une condition de validité du contrat électronique. Si le consentement de l'un des contractants est vicié, le contrat est susceptible d'être annulé. Il est entaché de nullité permettant aux parties de mettre à néant leur contrat. Du point de vue du degré d'action dans l'anéantissement du contrat, il existe des modes d'extinction qui agissent sur l'*objet de l'obligation*<sup>305</sup> et ceux qui agissent sur l'*acte contractuel*<sup>306</sup> lui-même. La nullité est de ce dernier ordre.

Précisément, le consentement semble particulièrement vulnérable lors des échanges dématérialisés. En effet, les réseaux numériques impliquent la virtualité des protagonistes et des produits, tout

---

<sup>305</sup> Exemple : la perte d'une chose par cas fortuit

<sup>306</sup> Exemple : la nullité ou la condition résolutoire

comme celle du processus de formation du contrat. Les risques d'erreur, de violence ou de dol paraissent donc accrus par rapport aux schémas contractuels traditionnels pour lesquels les parties et les marchandises sont physiquement identifiables.

Par exemple, l'automatisation des étapes de formation du contrat ne facilite-t-elle pas la tromperie émanant de l'un des contractants? De même, en l'absence de présence physique des parties, comment être certain de l'identité de la personne avec laquelle on contracte, ou des qualités essentielles de la chose que l'on acquiert? Quelques illustrations permettent d'évaluer les risques d'annulation d'un contrat électronique pour vice de consentement<sup>307</sup> ?

L'article 9 du Code civil congolais livre troisième définit quant à lui trois cas dans lesquels le consentement est considéré comme vicié, ce qui entraînera la nullité de la convention. Il s'agit *primo* de l'erreur entendue comme une représentation ou conception faussée ou inexacte de la réalité qui a conduit une personne à contracter alors qu'elle ne l'aurait pas fait si elle avait connu la vérité; *secundo* de la violence contrainte physique ou morale exercée sur une personne pour l'obliger à souscrire un contrat; *tertio* du dol entendu comme tromperie de l'une des parties ayant pour objectif de conduire l'autre à conclure une convention. Le dol tient lieu des « manœuvres frauduleuses, tromperies, artifices mensongères, réticences dont une personne peut se servir pour en tromper une autre à l'occasion d'un contrat<sup>308</sup> ». Ces dispositions sont applicables à tout contrat y compris aux conventions souscrites sous forme électronique.

#### ***b. Etude de trois cas de vice de consentement pour les contrats en ligne***

- *L'erreur*

L'erreur peut porter sur l'objet, sur la nature du contrat, sur l'objet du contrat, etc. Mais, le code civil congolais lui-même minimise les perspectives de nullité de la convention. Car, plusieurs erreurs sont indifférentes<sup>309</sup>. L'article 10 du CCCL3 aborde deux cas d'erreur

<sup>307</sup> Voir PISCI, Portail de cryptologie Internet et Sécurité de l'information, « L'intégrité du consentement dans les contrats électroniques », in [http://picsi.org/fiche\\_33.html](http://picsi.org/fiche_33.html)

<sup>308</sup> Marty et Raynaud, op. cit., n°133

<sup>309</sup> L'erreur sur la qualité non substantielle d'une prestation, l'erreur sur la solvabilité du contractant, l'erreur sur l'évaluation de l'objet (hormis cas de lésion), l'erreur sur les motifs (car

entraînant la nullité : celle sur la substance de la chose qui en est l'objet et celle sur la personne avec qui l'on a l'intention de contracter.

D'abord, concernant les caractéristiques du bien objet du contrat, le même article 10 du Code civil ne permet l'annulation du contrat que si l'erreur porte sur la substance de cette chose, c'est-à-dire aussi bien la matière dont elle est faite que la qualité substantielle, essentielle du produit, celle qui a conditionné le consentement du contractant.

Dans les échanges dématérialisés où les produits et les services ne sont pas matériellement appréhendables, et où le processus de formation du contrat est automatisé, les dangers de nullité de la convention sur le fondement d'une erreur sur les qualités substantielles sont réels. Malgré tout, on peut penser que le demandeur en nullité, surtout s'il s'agit d'un simple particulier, se heurtera en pratique à d'importantes difficultés probatoires lorsqu'il tentera de démontrer sa croyance erronée sur les qualités de la chose.

Ensuite, quant à l'erreur sur la personne, une telle erreur n'est sanctionnée que si la considération de la personne du contractant constitue la cause principale de la convention. Or, généralement, les contrats proposés sur les réseaux numériques s'adressent à un public indéterminé. Dès lors que l'identité du contractant est indifférente, la validité du contrat ne pourra pas être remise en cause.

C'est donc en pratique uniquement dans de rares hypothèses, où la convention est conclue en considération de la personne, que la partie qui contracte avec un autre protagoniste que celui escompté pourra demander en justice la nullité de la convention. Si les dangers d'anéantissement des conventions sous forme électronique semblent ainsi négligeables, on peut penser qu'ils peuvent encore être réduits par l'utilisation de procédés techniques d'authentification fiables, telle que la signature électronique sécurisée qui fait aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance juridique sous d'autres cieux que la RDC.

Sur cette dernière question d'erreur sur la personne, les internautes agissent en connaissance de cause face aux offres

---

les mobiles qui déterminent une personne à s'obliger sont plus variables, trop divers que le droit puisse en tenir compte). Voir Kalongo Mbikayi, op. cit, p.56 et Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil*, T.II, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1964, n°332.

indifférenciées qui, par nature, pullulent sur Internet. Nous y reviendrons au point relatif à la capacité.

Sans entrer dans les considérations liées à la protection du cyberconsommateur, il y a lieu de préciser que le consentement sur des réseaux numériques se donne généralement par double clic de souris d'ordinateur. Celui qui clique par erreur (voir par excès de vitesse) peut-il invoquer l'erreur vice de consentement ? La réponse est négative puisqu'il s'agit là d'une question d'existence du contrat plutôt que de vice de consentement. En effet, dans le fait de cliquer par erreur, il n'y a aucune fausse représentation sur l'un ou l'autre aspect substantiel du contrat. En pareil cas, le contractant auteur du clic involontaire peut faire recours à son droit de rétractation<sup>310</sup> (si cela lui est reconnu en Droit, sachant que le droit congolais ne le consacre pas).

- *Le dol*

En cas de dol, l'une des parties use d'un artifice ou d'une manœuvre pour induire son cocontractant en erreur et le déterminer à contracter. Le rapport entre ces deux vices de consentement (erreur et dol) est évident, sans toutefois qu'ils se confondent. Seulement toute erreur n'entraîne pas une nullité, tandis que toute celle résultant d'un dol entraîne la nullité du contrat. En plus de l'annulation en cas de dol, il est possible à la partie victime de demander des dommages et intérêts puisque le dol est une faute. Le dol ne se présume pas. Il doit être prouvé par celui qui l'invoque (article 17 du CCCL3). Sa preuve semble donc plus facile à administrer que celle de l'erreur. Car, pensons-nous que le dol est un « fait d'autrui » et l'erreur « un fait de soi ».

Le dol civil est plus large et englobe le dol criminel visé par l'article 16 du code civil congolais livre troisième<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> Cette position est aussi partagée par RAYNOUARD (A.), « La formation du contrat électronique », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique*, Journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 15 et s. cité par Nathalie MOREAU dans son Mémoire de DEA, *la formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et mode alternatif de règlement des conflits M.A.R.C.*, Université de Lille2, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, année académique 2002/2003, sous la direction de Mme le Professeur Anne Penneau, p.55.

<sup>311</sup> Article 16 du CCCL3: « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie ne l'aurait pas contracté ».

L'on comprend aisément que sur le web qui est un milieu prospectif compétitif par excellence, les annonceurs puissent aller au-delà de la *réclame*<sup>312</sup> en annonçant pour leurs biens (cas de vente de médicaments en ligne) et services des vertus dont ces derniers ne disposent pas forcément. Compte tenu de la difficulté de vérification sur Internet pour les parties qui n'ont pas le don d'ubiquité, il peut aisément être fait recours d'une mise en œuvre matérielle de machinations ou des actes combinés, par exemple, emploi du faux en écriture ou du faux témoignage ou encore d'une publicité trompeuse. Ce qui en plus de constituer une infraction pénale, constitue un dol civil.

Il est fréquent de trouver dans sa boîte e-mail une offre de produits expérimentaux, ou du moins peu connus, accompagnée de visage de personnes « avant » et « après ». C'est-à-dire avant d'avoir usé du produit et après en avoir usé, le contraste du résultat d'avec l'aspect initial est frappant. Mais, rien n'empêche des cybermarchands peu scrupuleux de se livrer à des montages d'acteurs pour appâter le client. C'est lorsque l'on mord à l'hameçon – que l'on devient victime du dol.

- *La violence*

La violence se conçoit bien dans la contractualisation en ligne, car cette dernière peut être extérieure aux parties ou alors être le fait d'une des parties qui a inspiré à l'autre la crainte nécessaire pour lui extorquer son acceptation de l'offre.

D'après les articles 12 et 13 du Code civil congolais<sup>313</sup>, la violence est le fait d'inspirer à une personne la crainte d'un mal pour elle ou pour un de ses proches. Dans ce contexte, le consentement a lieu mais à la suite d'une coercition.

La violence peut consister non seulement en la crainte d'un mal physique (menaces, sévices, tortures), mais également en la crainte d'un mal d'ordre moral ou pécuniaire. La violence physique constitue des voies de fait ou des menaces sur la personne de l'une des parties au

<sup>312</sup> Vanter sa marchandise de manière excessive n'est pas un dol, mais aller jusqu'à lui attribuer une qualité fautive que le contractant considère comme particulièrement importante devient un dol civil.

<sup>313</sup> Article 12 du CCCL3: « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard en cette matière à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Article 13 CCCL3 : « La violence est une cause de nullité du contrat non seulement lorsqu'elle exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur des descendants ou ses ascendants. »

contrat. La violence morale quant à elle est celle qui résulte de la menace d'un mal qui sera infligé à un de ses proches, si l'on n'accepte pas soi-même de contracter. La violence matérielle, par opposition à la violence physique ou corporelle, vise un mal qui porte atteinte à sa fortune (dynamiter son usine ou ses biens...). Le mal dont on est menacé peut être présent ou futur. Pour entraîner la nullité du contrat pour vice de consentement, la violence doit être d'une certaine gravité, injuste et illicite. Comme cela apparaît, la violence a toujours un effet psychologique.

Toutefois, il y a lieu de s'interroger sur la particularité des contrats passés entre personnes éloignées les unes des autres et surtout des contrats passés automatiquement par des machines. Comment une machine agissant sous le contrôle automatisé d'un programme informatique en l'absence de toute présence humaine peut être victime de violence ? Comment un être informatique dénué de sentiment peut se voir inspiré une « crainte » qui l'oblige à contracter. Nous pensons que dans cette hypothèse, le forçage des programmes par des virus informatiques ou par des moyens informatiques illicites pour troubler le fonctionnement normal de la machine constitue une violence sur cette dernière pour arracher son feedback, valant acceptation et acte de naissance contractuel.





## **CHAPITRE IV : AUTRES CONDITIONS DE VALIDITE DU CONTRAT ELECTRONIQUE**

Hormis le consentement des parties étudiées précédemment comme une des conditions de validité du contrat, nous abordons à présent, la capacité ainsi que l'objet et la cause comme éléments essentiels à la conclusion d'un contrat, soit-il conclu par « voie électronique ».

### **Section 1. La capacité de contracter sur le réseau informatique**

Le droit civil des personnes de même que le droit civil des obligations réservent l'aptitude de contracter aux seules personnes aptes à être titulaires de droit et à les exercer, sous peine de nullité de leur acte juridique. En droit congolais, les principes généraux de la capacité sont définis par les articles 211 à 218 du code de la famille ainsi que les articles 23 et 24 du code des obligations. Il semble cependant que la réalité informatique a donné lieu à de nouvelles pratiques qui ne mettent pas toujours aux prises les personnes entre elles, ni toujours des personnes capables.

Ce sont, d'une part, ces principes généraux de la capacité de contracter (1) et, d'autre part, les solutions aux questions spéciales de la capacité juridique en matière de contrat électronique (2) que nous approfondirons ici.

#### **1. La portée des incapacités dans les contrats électroniques**

Les principes généraux de la capacité et leur application en matière des contrats électroniques

##### ***a. L'énoncé du principe***

La loi empêche-t-elle certaines personnes de consentir valablement à certains types de contrats dans le but de les protéger, ou de respecter l'ordre public ? En fait, la capacité ne peut se confondre avec le consentement : une personne peut être mentalement capable de donner un consentement mais être déclarée incapable de le faire par la loi. Dans ce cas, son consentement pourrait être qualifié de « virtuel ». Celui-ci existe bel et bien, mais la loi ne permet pas de lui donner les effets escomptés dès lors qu'elle empêche son actualisation.

Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi<sup>314</sup>. L'état de la capacité des personnes, ainsi que leur rapport de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent<sup>315</sup>.

De ces dispositions du code civil congolais, doivent être dégagées trois observations pertinentes. *La première*, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. *La seconde*, l'état de la capacité peut différer d'un Etat à un autre dans le commerce juridique international ; l'appréciation de la possibilité de contracter dépend de la loi dont chaque personne étrangère relève avec possibilité de conflit de lois. *La troisième*, la loi s'attache aux personnes physiques ou morales capables de donner leur consentement.

C'est là que l'échange informatique apporte un bémol dans le sens que la réalité virtuelle qui place les hommes derrière des machines et que même les machines agissent de manière automatique pour consentir en lieu et place des humains.

Il s'avère donc intéressant d'étudier ces principes de capacité contractuelle au regard des personnes et au regard des acteurs du cyberspace dont la sphère semble dépasser les personnes au sens traditionnel pour embrasser l'intelligence automatique.

#### ***b. La capacité des personnes à contracter en général***

Sauf les exceptions établies par la loi, toute personne jouit des droits civils depuis sa conception, à condition qu'elle naisse vivante<sup>316</sup>. Toute personne capable peut exercer ses droits civils conformément à la loi et à la coutume, sauf exception établie par la loi<sup>317</sup>. La capacité des personnes morales est réglée par les dispositions qui les concernent<sup>318</sup>.

La capacité concerne la possibilité de contracter. Ainsi l'incapacité juridique organisée par la loi n'affecte pas la responsabilité délictuelle de la personne, si elle a le discernement<sup>319</sup>. Sont incapables : les mineurs, les majeurs aliénés interdits ; les majeurs faibles d'esprit, prodigues, affaiblis par l'âge ou infirmes placés sous curatelle. En droit congolais, la capacité de la

<sup>314</sup> Article 23 du Décret du 30 juillet 1888 portant Code civil congolais livre troisième.

<sup>315</sup> Article 24 du Décret du 30 juillet 1888 portant Code civil congolais livre troisième.

<sup>316</sup> Article 211 de la Loi 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille en RDC.

<sup>317</sup> Article 212 de la Loi 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille en RDC.

<sup>318</sup> Article 213 de la Loi 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille en RDC.

<sup>319</sup> Article 214 de la Loi 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille en RDC.

femme mariée trouve certaines limites. La femme mariée doit obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne<sup>320</sup>.

L'incapacité ne peut résulter que d'un texte légal dont l'interprétation est toujours stricte. Pour les étrangers, l'on se réfère à leur loi nationale pour déterminer leur capacité ou leur incapacité. C'est dire qu'à cet égard, ce qui vaut en droit étranger n'est pas nécessairement repris dans le droit congolais. A titre d'exemple, l'âge de la capacité peut varier d'un pays à un autre.

Lorsqu'un individu est incapable d'exercer personnellement des droits, notamment passer des actes juridiques et conclure des contrats, il ne peut le faire qu'étant représenté, autorisé ou assisté. Il y a donc trois régimes juridiques protégeant les incapables.

La représentation peut être volontaire comme résultant d'un mandat ou légale lorsque le pouvoir du représentant provient de la loi. Sous ce régime sont placés : les mineurs, l'aliéné qui n'a pas de discernement, l'interdit<sup>321</sup>.

L'assistance est comme un pouvoir de veto détenu par un assistant en présence de qui le *mineur émancipé*<sup>322</sup> et les *personnes placées sous curatelle*<sup>323</sup> passent leurs actes juridiques. L'*autorisation*<sup>324</sup> est relative à la femme mariée au sens de l'article 448 du Code de la famille énoncé supra.

---

<sup>320</sup> Article 448 de la Loi 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille en RDC.

<sup>321</sup> Il s'agit de tout majeur ou tout mineur émancipé qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur même si cet état présente des intervalles lucides (articles 215 et 304 de la Loi 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant code de la famille).

<sup>322</sup> Il s'agit, en droit congolais, d'un mineur qui par le fait du mariage passe du régime de la tutelle à celui de l'assistance.

<sup>323</sup> Il s'agit, au sens de l'article 314 du code congolais de la famille, des prodiges, des faibles d'esprit auxquels il est défendu de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner ou de grever leurs biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommée par le tribunal.

<sup>324</sup> Il y a eu controverse sur le sujet en Droit du travail congolais... Dans une de ses réflexions titrées, « le silence coupable », le Professeur Jean-Michel Kumbu, enseignant le droit du travail à l'UPC estime que la femme est libre de contracter et que l'opposition du mari est une exception. Ce qui change la lecture communément répandue de penser que l'autorisation du mari était un préalable.

*c. La sphère des acteurs du cyberspace et la limite des principes traditionnels de la capacité*

Les contrats électroniques concernent les commerçants ou prestataires de services et leurs clients qui peuvent contracter à titre professionnel ou pour les besoins privés (consommateurs). Les rapports sont de trois ordres : B to B (*business to business*) ; B to C (*business to consumer*) et C to C (*consumer to consumer*). Un quatrième rapport se présente : c'est le B to A (*business to administration*). Mais il faut l'écartier en raison de la spécificité du droit administratif. La clientèle électronique est abstraite et le plus souvent ciblée électroniquement par la définition de « géotypes »<sup>325</sup>.

En effet, la technologie a rendu le commerce réellement global. Les interactions entre entreprises et particuliers (« B2C ») ou interentreprises (« B2B ») sont plus rapides que jamais. L'e-mail supplante de plus en plus le papier dans les communications professionnelles. La durée des échanges écrits, contrats ou autres, ne se mesure plus en jours mais en heures, voire en minutes. La possibilité de converser en temps réel permet aux entreprises de prendre connaissance des besoins et des problèmes de leurs clients et associés instantanément – voir même d'apporter une solution pendant l'échange. Les numéros verts deviennent obsolètes. Rapidité et efficacité réduisent le temps des transactions, ce qui est apprécié à la fois des clients et des fournisseurs. La technologie a transformé chaque industrie, en rendant la communication universelle, plus économique et extrêmement rapide<sup>326</sup>.

Dans cette lancée de la rapidité informatique, les personnes physiques n'échangent pas toujours directement leurs consentements. Le consentement devient automatisé. La machine agit là où la volonté humaine aurait dû s'exprimer par la voix de l'homme.

Dès lors, il devient évident que nous quittons le domaine des transactions effectuées directement entre personnes juridiques pour étudier celui des consentements échangés au travers d'une interface automatisée. L'automatisation du consentement se manifeste sous deux formes principales<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> DAVID Roch GNAHOUI, *Transactions et commerce électronique*, deuxième partie : Transactions électroniques, Cours de Master, Université Gaston Berger, 2006.

<sup>326</sup> Danielle Zilliox, op. cit., p.5

<sup>327</sup> Lionel THOUMYRE, « *L'échange des consentements dans le commerce électronique* », 1998 in <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>

La première se caractérise par l'offre permanente d'un site commercial dont les caractéristiques essentielles du contrat qu'elle propose sont automatiquement définies et présentées au public grâce à un logiciel qui peut tenir compte de plusieurs données : un indice des prix, une synthèse de questionnaires proposés en ligne, ou au travers des cookies<sup>328</sup>. En effet, par l'observation automatique des évolutions d'un consommateur sur un site Web, les cookies fournissent des informations au logiciel qui dressera alors le profil commercial des visiteurs. Ceci permet par exemple d'adapter les pages à un utilisateur particulier, et de lui proposer des prix personnalisés (réductions, offres promotionnelles).

La seconde forme d'automatisation que nous proposons d'aborder concerne plus spécifiquement les rapports entre professionnels au travers de l'EDI (Echange de Documents Informatisés)<sup>329</sup>. L'EDI permet en effet de déléguer à un ordinateur préalablement programmé la conclusion de contrats commerciaux. Cette automatisation atteint aussi bien l'offre que l'acceptation.

Dans ces deux cas, l'intervention d'une personne juridique ne devient alors qu'accessoire.

Il est indubitable que la contractualisation sur le réseau numérique recourt à ce mode machinal (au sens littéral) d'échanges de consentement. Les acteurs directs deviennent des machines comme instrument au service de l'homme (le contraire aurait du reste été surréaliste). La question qui se pose est celle du traitement juridique de la capacité de ces acteurs et de la reconnaissance du consentement ainsi exprimé.

---

<sup>328</sup> Sur la fonctionnalité des cookies, voir Jean-Marc DINANT, « *Les traitements invisibles sur Internet : un nouveau défi pour la protection des données à caractère personnel* », <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.html>. (Selon le dictionnaire Larousse 2004, le cookie est un « petit bloc de données transmis par un site Web, à l'insu de l'utilisateur d'un système informatique pour être stocké sur la machine et récupéré par le serveur à la connexion suivante ». Dans ce contexte, il n'a rien à voir avec son homonyme dans l'art culinaire qui désigne un petit gâteau se composant des éclats de chocolats, de fruits confis, etc.

<sup>329</sup> L'EDI permet d'effectuer des transactions par la communication entre les parties de messages codés et standardisés. Selon Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul : " *cette technique suppose la programmation des opérations commerciales, industrielles et administratives qui s'enchaînent automatiquement sans intervention humaine, ainsi que l'utilisation de messages normalisés.* ", Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, " Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales ", *JDI*, 2, 1997 ;

## **2. Les approches des solutions aux questions spéciales en matière de capacité de contracter entre absents en ligne**

Plusieurs questions particulières se soulèvent sur la question de la capacité de contracter dans le commerce électronique. Le risque du consentement virtuel n'est pas plus surprenant que dans le cas des contrats hors ligne. Toutefois avec Internet, la vérification de la capacité des contractants par la maîtrise de leurs identités est plus aléatoire. Très facilement, le consentement peut être échangé avec des personnes incapables.

Par ailleurs, il y a lieu de se pencher sur la question de l'échange des consentements effectués entre personnes, avec une entreprise ou même avec une machine... si consentement il y a ! Ainsi, nous nous interrogerons sur le fait de savoir si un consentement a réellement été exprimé par l'une de ces entités, à savoir : une personne juridique, comment s'en assurer (a) ou une machine dans lequel cas l'interrogation est de savoir s'il ne s'agit pas plutôt d'un consentement « virtuel » (b).

### ***L'expression de la volonté des personnes juridiques et leur authentification***

Nous identifierons ici deux principaux problèmes posés lors de la formation des contrats à distance : le consentement échangé avec un incapable et l'erreur sur l'identité du contractant. Parmi les solutions, il y a l'authentification des contractants.

- *Les solutions au problème de consentement échangé avec un incapable*

Face à la dépersonnalisation des transactions sur Internet qui n'assure guère les parties quant à la capacité de leurs cocontractants, l'authentification s'avère indispensable car elle permet de vérifier la capacité des contractants (1<sup>o</sup>) grâce à la signature électronique (2<sup>o</sup>).

#### *- La vérification de la capacité des contractants*

Cette question ne poserait pas plus de difficultés sur les inforoutes que d'ordinaire, si le commerçant avait la possibilité d'évaluer directement la capacité de la personne qui accepte son offre. Mais, au

premier abord, la séparation – pour ne pas dire l'éloignement – des acteurs dans le cadre du commerce électronique pourrait tout à fait favoriser la formation des contrats juridiquement virtuels.

Afin de responsabiliser les fournisseurs d'accès télématiques, le législateur français a modifié en 1994, l'article 227-14 du Nouveau Code pénal en insérant le délit d'atteinte à la moralité d'un mineur<sup>330</sup>. Cet article est complet puisqu'il permet d'englober le réseau Internet par l'utilisation du terme « *quel qu'en soit le support* ». Mais, le réseau Internet ne permet pas à l'heure actuelle d'identifier celui qui contracte depuis son ordinateur. Un message d'avertissement précisant que le service est réservé aux majeurs n'empêcherait pas un mineur de se connecter et de contracter.

En fait, certains « webmasters » se sont déjà équipés de systèmes permettant d'identifier l'âge de leurs visiteurs. Ceux-là fonctionnent souvent par le biais d'une institution intermédiaire (Adultcheck, Adultsign, etc...) qui demande au client la délivrance d'une preuve de majorité, le plus souvent par la fourniture du numéro d'une carte de crédit. En retour, le client reçoit un numéro d'identification et un mot de passe qu'il pourra utiliser pour ouvrir les pages d'un site dont le contenu pourrait être préjudiciable pour les mineurs.

A l'origine, ces systèmes n'ont pas été conçus pour former des contrats valides, mais bien plutôt pour protéger le diffuseur d'informations préjudiciables contre des poursuites judiciaires. L'on aurait pu proposer leur utilisation dans le but de s'assurer de la capacité d'un cocontractant, s'ils ne présentaient pas les deux inconvénients suivants :

- la simple délivrance du numéro d'une carte de crédit n'est pas une condition suffisante pour s'assurer de la majorité d'un acteur. Nombreux sont les cas de piratage des numéros de carte ;
- les commerçants ne désirent pas alourdir les procédures d'acceptation qui, en elles-mêmes, exigent souvent la délivrance d'un numéro de carte de crédit pour effectuer le paiement du produit ou du service souhaité.

---

<sup>330</sup> V. O. ITEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996, p.55



Enfin, le commerçant se souciera très rarement de la capacité de son cocontractant dès lors que, la vente étant effectuée, les risques d'action en nullité de l'acte restent minimes<sup>331</sup>.

- *L'identité des contractants en ligne et la signature électronique*

Si l'environnement des inforoutes ne permet pas de s'assurer de l'âge de la personne avec laquelle on contracte, a fortiori ne peut-on déceler l'identité de celle-ci. Or l'identité est intimement liée à la question de la capacité en ce qu'elle permet la maîtrise des éléments d'individualisation de la personne du contractant. C'est la maîtrise de l'ensemble des données de fait et de droit (acte et lieu de naissance, nom, prénom, filiation, etc.) qui permettent d'individualiser quelqu'un.

En raison de la dépersonnalisation des échanges, il n'est pas possible de savoir qui est derrière l'écran, lors de la conclusion d'un contrat électronique. Or, cette interrogation est de nature à avoir des répercussions sur la validité de l'engagement contractuel, dans la mesure où le professionnel ne peut être certain de la capacité à s'engager de son cocontractant.

La personne derrière l'écran peut très bien être un «hacker familial», ou bien ne même pas appartenir à la famille puisque le commerce électronique permet à de multiples utilisateurs de se connecter au moyen d'un seul et même ordinateur. Les multi utilisateurs sont possibles puisque les mots de passe et clefs électroniques peuvent très bien être préenregistrées.

La multi utilisation constitue une différence avec la carte de crédit, censée n'être utilisée que par son titulaire, grâce à la signature manuscrite ou par code. Cela constitue également une différence avec les systèmes qui exigent la signature électronique, qui permet à la fois d'authentifier la transaction et de s'assurer du consentement du signataire.

Deux catégories d'incapables peuvent se rencontrer sur l'Internet : les prodiges et les mineurs. C'est surtout les mineurs, par l'usage que font de l'Internet les jeunes générations, qui posent la question des incapacités. Tous les pays connaissent l'incapacité de

---

<sup>331</sup> L.THOUMYRE. « L'échange des consentements dans le commerce électronique », 1999, in <http://www.juriscom.net>

contracter dérivant de la minorité, mais ils ne fixent pas l'âge de celle-ci de manière uniforme non plus que la sanction qui l'assortit. Normalement, le contrat ne peut prospérer si l'incapacité est connue des deux parties et donc le vendeur sera en mesure de récupérer le produit vendu en restituant le prix dès qu'il aura connaissance de l'incapacité. Les indications relatives à l'âge que peut donner un mineur lors d'une commande ne suffisent évidemment pas à purger l'incapacité. En revanche, on pourrait se poser la question d'une « *culpa in contrahendo* » pour le fournisseur qui négligerait de vérifier une mention relative à l'âge destinée à établir l'incapacité de son client.

De manière générale, il existe une solution technique<sup>332</sup> et une solution purement juridique. Les parties pourront remédier aux deux problèmes cités ci-dessus en ayant recours aux méthodes d'identification par signature électronique et certification<sup>333</sup>. Celles-ci seront le plus souvent utilisées dans le cadre des rapports contractuels entre professionnels. En effet, les multiples contrats d'adhésion proposés aux consommateurs sur le Web s'adressent en général à un public indéterminé.

En l'absence de mentions relatives à l'âge, enseigne DAVID Roch GNAHOU<sup>334</sup>, l'impossibilité pour le vendeur de vérifier la capacité de son client aboutit à l'application de la théorie de l'apparence : ce sont les parents qui sont supposés avoir contracté et qui seront débiteurs du prix. Il appartient donc à ces derniers de limiter les risques par la mise en place de certains contrôles logiciels restreignant l'accès aux sites marchands susceptibles d'intéresser leur mineur à charge. En effet, cette théorie prétorienne tient en compte le fait que l'une des parties a cru avoir traité avec une personne présentant tous les aspects extérieurs d'une personne capable. C'est justement le cas de l'Internet où les parties au contrat se trouvent face à « ce qui, dans une situation juridique, peut être connu, sans recherches approfondies ».

---

<sup>332</sup> La norme technique fait partie du droit du cyberspace. Cela a été étudié supra dans le chapitre relatif aux cybernormes.

<sup>333</sup> Sur cette question voir notamment : Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE & Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

<sup>334</sup> *Transactions et commerce électronique*, deuxième partie : Transactions électroniques, Cours de Master, Université Gaston Berger, 2006.

La théorie de l'apparence est donc cette théorie en vertu de la quelle la seule apparence suffit à produire les effets juridiques à l'égard des tiers, qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité. Il en est ainsi des contrats conclus par un mandataire apparent, qui obligent la personne que celui-ci paraissait représenter<sup>335</sup>.

- *Du consentement informatique automatisé à la volonté humaine*

- *La problématique des transactions automatisées*

Au regard de l'aptitude à donner un consentement valide que constitue la capacité, il y a lieu de soulever la problématique posée par les transactions automatisées. La capacité se réfère à la possibilité de contracter. Cette possibilité peut bien procéder d'une instrumentalisation. Il peut s'agir de l'EDI permettant d'effectuer des transactions par la communication entre les parties de messages codés et standardisés.

Selon Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul<sup>336</sup> : « cette technique suppose la programmation des opérations commerciales, industrielles et administratives qui s'enchaînent automatiquement sans intervention humaine, ainsi que l'utilisation de messages normalisés ».

Les questions qui se posent sont les suivantes : peut-on dire que les conditions essentielles de formation des contrats ont été respectées ? Un ordinateur a-t-il la capacité de consentir ? Y a-t-il eu « échange des consentements » au sens juridique ? Le consentement de l'une des parties peut-il être exprimé par un système automatique ?

Selon une vision classique du droit des contrats, basée sur le principe de l'autonomie de la volonté, les parties doivent s'accorder elles-mêmes sur l'ensemble des éléments essentiels de la convention. Le consentement formulé par l'intermédiaire d'un système automatisé ne semble donc pas satisfaire aux exigences du droit positif. Et pourtant, le « consentement automatisé » existe bel et bien dans les faits. Comment concilier la pratique avec le droit positif ?

---

<sup>335</sup> G. CORNU, op. cit., p. 60 et 61

<sup>336</sup> Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, " Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales ", JDI 2, 1997

- *La recherche d'une solution*

Face à la problématique soulevée, des nombreuses pistes de solutions sont possibles en se basant sur les propositions émises par plusieurs auteurs<sup>337</sup>. Certaines consistent à donner à la machine une personnalité juridique et d'autre à lui donner la qualité de mandataire ou simplement à la considérer comme intimement rattachée à la personnalité.

Lionel THOUMYRE<sup>338</sup> a effectué une excellente sélection analyse et critique de cinq solutions que nous rapprochons du droit congolais. Tour à tour, l'on passera en revue les solutions suivantes : (i) l'attribution des qualités de la personnalité juridique à la machine ; (ii) l'ordinateur comme simple outil de communication ; (iii) l'ordinateur perçu comme mandataire du contractant ; (iv) l'établissement d'un lien d'obligation entre (v) l'ordinateur et la personne juridique et la technique EDI.

Ces solutions aboutissent à une conclusion mixte entre le traditionalisme du droit du consentement fondé sur l'autonomie de la volonté et le pragmatisme du droit dans ses réponses au phénomène de contractualisation automatisée sur le réseau informatique. Aussi, malgré les atteintes portées au dogme de l'autonomie de la volonté pour des raisons de justice sociale, nous avons bien vu qu'il était impossible d'admettre l'engagement d'un acteur juridique sans se référer à la réalité de son consentement.

---

<sup>337</sup> Tom ALLEN & Robin WIDDISON, " *Can computers make contracts?* ", Harvard Journal of Law and Technology, 9-1, 1996. Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, " *Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales* ", JDI 2, 1997; Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Op. Cit. ; et Charles GAGNON, « *L'échange de consentement et le commerce électronique -- de l'autonomie de la volonté à la "volonté" de la machine* », 1998, in <http://www.droit.umontreal.ca/~gagnonc/travaux/consentement.html>.

<sup>338</sup> Lionel THOUMYRE, op. cit. « L'on pourrait nous reprocher d'avoir soutenu la nécessité d'encadrer le phénomène du "consentement réflexe" d'une personne juridique, alors que, d'un autre côté, nous avons accepté la plénitude du consentement exprimé au travers d'un système automatisé. Bien que notre objectif n'était pas de privilégier l'acte informatisé par rapport à l'automatisme humain, il nous semble concevable que l'ordinateur puisse être le support d'une volonté plus éclairée que celle d'un consommateur manipulé. Nous nous sommes simplement attaché à transposer les valeurs actuelles et le pragmatisme du droit positif dans le cadre du commerce électronique. Ses valeurs impliquent la protection des parties faibles. Son pragmatisme nécessite de répondre aux incertitudes professionnelles au moyen des outils juridiques dont nous disposons. »

Cependant, nous avons remarqué qu'il était possible d'en retrouver les traces dans la conclusion d'un accord assisté par un outil technologique. C'est pourquoi nous ne croyons pas que les situations étudiées ci-dessous puissent remettre en cause la théorie générale des contrats, dès lors que celle-ci n'a pas su remettre en cause le caractère dogmatique du principe de l'autonomie de la volonté.

✓ *L'attribution des qualités de la personne juridique à la machine*

Une machine peut-elle donner un consentement valide au regard de la théorie générale des contrats ? Concernant la *Common Law*, Tom Allen et Robin Widdison rappellent qu'il est généralement admis que les personnes naturelles et les personnes juridiques sont capables de former des contrats entre-elles<sup>339</sup>. Pour leur part, les systèmes juridiques du Code civil posent comme condition essentielle de la formation des contrats que le consentement ait été donné par une personne capable, juridiquement reconnue comme tel<sup>340</sup>.

Ainsi, Tom Allen et Robin Widdison envisagent une solution qui pourrait paraître absurde au premier abord. Celle-ci consisterait à conférer à l'ordinateur les attributs d'une personne juridique « capable ».

Rappelons tout d'abord ce qui définit la personne juridique. Selon Grzegorzcyk, « la personnalité juridique n'a rien à voir avec la qualité d'être humain »<sup>341</sup>, elle est plutôt, selon le mot de J.M. Grossen « une qualité juridique conférée par le droit, un don de la loi »<sup>342</sup>. Ainsi, la personnalité juridique définit le rôle et l'existence d'une entité pré-juridique sur la scène du droit. Ce rôle peut également être assumé par des groupements humains et parfois même par « des êtres totalement

<sup>339</sup> Sur la base du Restatement (second) of Contracts §3 (1979) et du U.C.C. § 1-201 (1994), les auteurs déclarent : " *It is generally accepted that both natural persons and legal persons are capable of entering contracts* ", Tom ALLEN & Robin WIDDISON, " *Can computers make contracts?* ", Harvard Journal of Law and Technology, 9-1, 1996, p. 30.

<sup>340</sup> Voir l'article 1385 du C.c.Q : " *Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter (...)* ", ou l'article 1108 du C.c.F qui pose " *la capacité de contracter* " de la partie qui s'oblige comme condition essentielle pour la validité d'une convention.

<sup>341</sup> Christophe GRZEGORCZYK, " Trois modèles de l'homme juridique ", in *L'image de l'homme en droit*, mélanges publiés à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, p. 208.

<sup>342</sup> J.M. GROSSEN, Les personnes physiques, *Traité de droit privé suisse*, Tome II, 2, Fribourg 1974, p. 3, cité par Christophe GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 208.

*fictifs* »<sup>343</sup>. En effet, la loi reconnaît déjà la personnalité juridique à de nombreux organismes non-humains : corporations, associations, sociétés, organisations internationales, l'Etat... La voie semblerait donc ouverte pour faire monter l'ordinateur sur la scène juridique.

Néanmoins, il serait bien difficile de lui conférer la personnalité juridique dès lors que le patrimoine devient la caractéristique principale de celle-ci. Selon la théorie du patrimoine consacrée par Aubry et Rau, toute personne possède un patrimoine et tout patrimoine possède un titulaire qui est la personne. De même, Huber insiste sur le fait que « *la personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquérir ; effectivement, elle n'existe, au sens juridique du mot, que par la faculté qu'elle a de prendre sa part des biens de la collectivité* »<sup>344</sup>. L'ordinateur ne pouvant posséder de patrimoine, il devient impossible de procéder à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

Nous pensons pousser la réflexion plus loin en disant que l'ordinateur à qui l'on attribuerait une capacité demeure au service de l'objet, une de ses propriétés. (Le gérant d'affaire n'exerce pas le droit de propriété sur la maison en feu qu'il secourt lorsque le propriétaire lui-même est absent). A moins d'une dérive beaucoup plus liée à la science fiction, l'ordinateur ne dispose pas de volonté propre.

Ainsi l'homme lui confie la gestion d'une parcelle de sa volonté pour des stéréotypes bien précis. Ce que l'ordinateur ne l'oblige pas, mais celui au service de qui il est programmé. Autant les conséquences qui devraient en découler devraient s'inscrire au passif ou à l'actif du patrimoine de la personne propriétaire. La faiblesse de la présentation de cette solution est de vouloir détacher l'ordinateur de l'homme au titre d'une entité à part entière alors même que les théories existentialistes démontrent la servilité ontologique de la machine en nette opposition à la liberté existentielle de la personne humaine.

---

<sup>343</sup> Christophe GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 209.

<sup>344</sup> E. HUBER, Introduction au Code civil suisse, cité par Christophe GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 212-213. Pour une argumentation en droit positif sur le lien existant entre la personnalité juridique et l'acquisition du patrimoine, voir notamment l'article 2 du Code civil du Québec : " *Toute personne est titulaire d'un patrimoine* " ou l'article 12 du Code civil suisse : " *Quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquiescer et de s'obliger* " (le Code civil suisse est disponible à l'URL suivante : [www.adm.ch/ch/fr/c210.html](http://www.adm.ch/ch/fr/c210.html)).

Partant, cette solution devrait être ramenée à la reconnaissance de la gestion d'attribut de la personnalité au PC. Mais, notre commentaire trouve un bémol dans la solution suivante.

✓ *L'ordinateur comme outil de communication : une fiction théorique*

L'ordinateur pourrait tout simplement être considéré comme un outil de communication classique, tel que le téléphone ou le télécopieur<sup>345</sup>. Ainsi, il n'exprimerait pas sa propre volonté, ni celle de la personne qui en est responsable. Plutôt que d'utiliser le terme d'« expression », il s'agirait de revenir à la notion de « transmission d'information ». L'ordinateur, devient alors l'objet par lequel sera transmise la volonté du véritable acteur juridique de la transaction. Ainsi, l'on ne devrait plus dire que l'ordinateur a conclu automatiquement un contrat pour le compte de la personne dans l'intérêt de laquelle il agit. Bien au contraire, c'est la personne qui a conclu le contrat au travers d'un outil de communication chargé de transmettre sa volonté.

Cette solution propose en quelque sorte de jouer sur les mots. Il s'agit d'employer le bon terme pour contourner une évidence : en fixant elle-même certains éléments essentiels du contrat (prix et/ou quantité de marchandise), la machine fait plus que transmettre la simple volonté de l'acteur juridique. Elle comble des zones de négociation au sein desquelles la volonté directe et immédiate de l'utilisateur n'intervient plus. Un simple téléphone ne prend jamais ce genre d'initiatives !

Le fait de considérer les actes perpétrés par un ordinateur au même titre qu'une conversation téléphonique relève donc d'une véritable fiction théorique. Celle-ci présente pour seul avantage de ne pas remettre en cause notre ordre juridique comme c'était le cas dans la première proposition. Ainsi, nous quittons le monde du virtuel pour aborder celui du fictif ou encore du « simulacre ». Dans ce cas là, le droit se propose d'ignorer simplement l'autonomie de la machine de manière à ne pas bouleverser le scénario juridique écrit avant l'arrivée des acteurs du commerce électronique.

---

<sup>345</sup> Il s'agit là d'une nouvelle proposition de Tom ALLEN & Robin WIDDISON, *Op. Cit.*, p. 46-47 : " *We could choose to ignore its autonomy and treat it as no more than a passive adjunct or extension of the relevant human trader. In effect, we would adopt the legal fiction that anything issuing from the computer really issues directly from its human controller. By doing so, we would treat the computer as we do a telephone or fax machine.* "

Le risque est indéniable : si les juges adoptent cette théorie, l'acteur juridique devra irrémédiablement supporter les conséquences désastreuses qui pourraient survenir d'un *bug* informatique, d'une erreur de calcul ou d'un défaut de programmation<sup>346</sup>. Il sera tenu de l'ensemble des termes contractuels réorganisés ou « décidés » par la machine comme si ceux-là émanaient directement de sa propre volonté<sup>347</sup>.

Alors que la première solution se proposait de personnaliser la machine, la seconde décide d'ignorer purement et simplement son pouvoir décisionnel. Peut-être existe-t-il une issue raisonnable entre ces deux extrêmes.

✓ *L'ordinateur, mandataire du cocontractant*

John Fischer<sup>348</sup> nous propose une nouvelle solution. Etant donné que les acteurs du commerce électronique délèguent un pouvoir déterminant à l'ordinateur, il s'agirait de considérer que la machine a été mandatée pour agir en leur nom et pour leur compte. Cette vision se rapproche effectivement de la réalité et trouverait, d'après John Fischer, ses bases légitimes dans les objectifs du droit de l'*agency* en *Common Law*<sup>349</sup>.

Fischer ajoute une nuance : l'on devra se garder de transposer l'ensemble du droit des mandats à l'ordinateur, tels que le devoir de loyauté et la responsabilité du mandataire.

Un problème se pose cependant en *Common Law* : le mandataire doit accepter son mandat. Le mandataire ne peut donc être une machine qui, dépourvu de personnalité juridique, n'a pas le pouvoir de passer des

---

<sup>346</sup> Dans leur article, " *Can computers make contracts?* ", paru dans *Harvard Journal of Law and Technology*, 9-1, en 1996, Allen et Widdison le reconnaissent : " *But if the courts adopt the legal fiction that a computer never operates autonomously, they give themselves no room to maneuver. Considering the variety of situations which are likely to arise in practice, this hardly seems desirable.* ", *Id.*, p. 47

<sup>347</sup> Le caractère impératif des dispositions de la plupart des Codes civils, y compris celui de la RD Congo, veut que: " *Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité où la loi* " " *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* "

<sup>348</sup> Voir John P. FISCHER, " *Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2* ", *Indiana L. J.*, 72, 1997.

<sup>349</sup> " *Indeed, the provisions discussed below dealing with EDI's capability to form a contract without human awareness or consent [proposed article 2 U.C.C. Draft] reach precisely the same results as agency law would reach if applied to the computers which enter into contracts.* ", John P. FISCHER, *Op. Cit.*, p. 557.



actes juridiques. Les traditions du Code civil ne sont pas moins restrictives<sup>350</sup> : 1.- au niveau des rapports mandant/mandataire : le mandataire doit avoir la volonté d'agir pour le compte du mandant et manifester cette volonté ; 2.- au niveau des rapports mandataire/co-contractant du mandant : la volonté du mandataire doit exister, elle ne doit pas non plus être entachée de vices.

Ainsi, nous voyons que, pour qu'un ordinateur puisse être mandataire, il faudrait en revenir à la première proposition, à savoir lui conférer la capacité juridique de contracter<sup>351</sup>.

✓ *L'établissement d'un lien d'obligation entre l'ordinateur et la personne juridique*

L'on pourrait contourner les obstacles juridiques liés à la théorie du mandat en créant un lien d'obligation entre la machine et la personne pour le compte duquel elle agit. Cette création pourrait provenir du législateur. Deux projets vont dans ce sens.

Premièrement, le projet de modification du *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) américain qui aborde la notion d'agent électronique définit comme « *a computer program or other electronic or automated means used, selected, or programmed by a person to initiate or respond to electronic messages or performances without review by any individual* »<sup>352</sup>. Cet agent électronique constituerait en fait une nouvelle forme de mandat palliant les obstacles évoqués ci-dessus. Le projet américain a sans doute subi l'influence de Raymond T. Nimmer qui s'est consacré à élaborer une théorie de l'« attribution »<sup>353</sup> dont le but est de créer un véritable lien d'obligation entre le message et la personne pour le compte de laquelle il a été automatiquement transmis. Nous retrouvons la même proposition au sein de la loi-type de la *CNUDCI* (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International) qui a pour vocation d'être intégrée dans l'ordre législatif des Etats qui l'auront adoptée.

<sup>350</sup> Voir par exemple, Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, T2, Montchrestien, Paris, 1966, p. 105

<sup>351</sup> C'est pourquoi, Isabelle de Lamberterie avait-elle rejeté cette possibilité en 1988, Isabelle de LAMBERTERIE (Dir.), *La vente par voie télématique - Rapport intérimaire*, Ivry, CNRS, 1988, p. 27

<sup>352</sup> Article 2B-102 (version février 1998), <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2/2b298.htm>, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 237.

<sup>353</sup> Raymond T. NIMMER, "Electronic Contracting : Legal Issues", *Journal of Computer & Information Law*, 14, 1997, p. 217-218.

Deuxièmement, la loi-type de la *CNUDCI* : en son article 12, intitulé « Attribution des messages de données », la loi-type stipule notamment qu'« un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé (...) par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement ».

Vincent Gautrais ne se satisfait pas de l'adoption de cette théorie dont l'utilisation serait vouée à l'échec dans le cadre des contrats automatisés. Selon lui, le lien d'obligation ne peut s'établir en raison du fait qu'il fait intervenir un acteur incapable juridiquement<sup>354</sup>. Nous ne pouvons que souscrire à cette remarque au regard de l'échec de la théorie du mandat. Néanmoins, nous devons nuancer cette affirmation au regard de la responsabilité du fait des choses.

Selon le Code civil congolais (article 260), l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait ... des choses que l'on a sous sa garde. Au sens de l'article 1054 Code civil québécois ou son équivalent en droit français (article 1384 du code civil français), la faute du gardien de la chose qui a causé le dommage est toujours présumée. Pour engager la responsabilité du gardien, il suffit que le dommage ait été « causé » par une « chose ».

Sans entrer dans les détails, le fait qu'un ordinateur, encore considéré comme une chose, ait provoqué une situation matérielle ou morale préjudiciable pour un tiers engage irrémédiablement la responsabilité du gardien. Un lien d'attribution entre le gardien et le message envoyé par la machine a donc bien été créé par cet acteur « incapable juridiquement »<sup>355</sup>. Bien que nous nous situions ici en matière délictuelle, nous voyons que le droit civil n'est pas totalement réfractaire à ce genre de situation. Etant donné sa complexité, la présente étude laissera cette question en suspens. La question pourrait faire l'objet d'autres recherches...

---

<sup>354</sup> Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Op. Cit., p. 241.

<sup>355</sup> Encore faudra-t-il déterminer si le message ayant créé un préjudice répond aux exigences de la jurisprudence pour mettre en œuvre la responsabilité du fait des choses. S'agit-t-il par exemple d'un " fait autonome de la chose " ?

✓ *Le recours à l'accord EDI*

Les transactions automatisées EDI sont encadrées par une convention visant à définir les modalités relatives à l'utilisation et à l'échange des données informatiques. Il s'agit d'un contrat formé par les parties avant toute intervention de la machine. Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul précisent que « *les contrats d'échange contiennent des dispositions contractuelles à caractère juridique (validité et formation des contrats par EDI, preuve, responsabilité, loi applicable...)* »<sup>356</sup>. Bien qu'automatisés, les actes sous-jacents qui en découlent pourraient donc être le fruit du consentement des parties que l'on ferait remonter à la conclusion de l'accord EDI. Ainsi, le contrat général exprimerait le consentement « virtuel » des parties, qui s'actualiserait dans chacun des actes sous-jacents<sup>357</sup>.

Plusieurs arguments nous empêcheraient cependant d'adopter cette solution. Tout d'abord, les deux auteurs précités rappellent que la pratique et la doctrine estiment que l'accord EDI doit traiter exclusivement de la communication des données informatisées et non du contrat commercial sous-jacent, régi par le droit commun. Pourtant, ajoutent-ils, il semble difficile d'ignorer que la forme agit sur le fond et vice-versa. Par exemple, *l'Américain Bar Association* adopte une approche inverse en intégrant dans un contrat unique à la fois les dispositions sur les communications électroniques et celles sur les aspects commerciaux entre les partenaires.

Si un doute subsiste encore, Vincent Gautrais désire l'effacer en remarquant que la définition de l'accord EDI se rapproche fortement de celle du contrat-cadre<sup>358</sup>, qui exclut, selon lui, l'expression de la volonté

---

<sup>356</sup> Voir Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, " Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales ", *JDI*, 2, 1997

<sup>357</sup> Dans ce sens Charles Gagnon dira qu' " il est possible d'affirmer que les parties peuvent à l'avance, par contrat, décider ce que constituera pour eux un contrat valablement formé (...). Il s'agit ni plus ni moins d'une volonté différée (...)", Charles GAGNON, « *L'échange de consentement et le commerce électronique -- de l'autonomie de la volonté à la "volonté" de la machine* ». Cité par L. THOUMYRE, op.cit.

<sup>358</sup> Selon la définition de Magdi S. Zaki, " Le contrat-cadre désigne l'accord qui à pour objet non la livraison d'une chose ou la prestation d'un service mais la prescription du contenu, des modalités et de la forme des futurs actes juridiques ", Magdi S. ZAKI, " Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre ", *Revue internationale de droit comparé*, 4, 1986, p.

des parties lors de sa rédaction<sup>359</sup>. Vincent Gautrais ajoute un second argument en se basant sur l'article 1583 C.c.F, selon lequel la vente est parfaite « *dès qu'on est convenu de la chose et du prix* ». Or, tel n'est pas l'objectif du contrat-cadre. Ces modalités, essentielles à la formation du contrat de vente, seront définies au sein des actes sous-jacents automatisés. Vincent Gautrais conclut que « *lors d'un contrat automatisé par le biais de l'EDI, l'on ne peut faire remonter le consentement à la formation du contrat-cadre* »<sup>360</sup>.

Cependant, ne serait-il pas possible de stipuler au sein d'une convention spécifique que les parties consentent entre elles à ce qu'un système informatisé puisse prévoir, pour leur compte, le prix et la quantité de la marchandise à fournir ? La pratique contractuelle pourrait tout simplement intégrer les propositions définies par les projets législatifs. Malgré tout, il serait bien difficile de déroger, par exemple, à la disposition impérative de l'article 1583 C.c.F<sup>361</sup>, et soumettre les parties au risque de l'aléa informatique.

✓ *L'empreinte suffisante du consentement*

Malgré les difficultés liées aux propositions précédemment étudiées, nous ne pensons pas qu'il est impossible de retrouver le consentement des parties au sein des actes automatisés. Il suffirait de rechercher dans les actes effectués par un système informatique une empreinte suffisante de la volonté des acteurs juridiques. Cette solution risque d'entraîner des effets négatifs similaires à ceux dévoilés par l'assimilation de l'ordinateur à un outil de communication classique.

Cependant, il existe une exception de taille, dans la mesure où il n'est pas tenu pour acquis que l'ensemble des manifestations de la machine portent une empreinte suffisante de la volonté des acteurs juridiques. En cas de litige, par exemple lorsque l'une des parties estime que l'ordinateur aurait « contracté » pour une quantité aberrante de marchandise, le juge cherchera alors quelle fut la volonté réelle des

---

1066, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Op. Cit., p. 225.

<sup>359</sup> Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Op. Cit., p. 225.

<sup>360</sup> *Id.*, p. 226.

<sup>361</sup> Selon lequel article, la vente est parfaite « *dès qu'on est convenu de la chose et du prix* »

cocontractants. Il pourra se baser sur un faisceau d'indices tels que les pratiques commerciales habituelles des acteurs en présence, l'indice auquel devait se référer le programme de l'ordinateur, la logique inhérente du marché ou encore la fiabilité de la machine.

Il ne s'agit nullement d'une proposition novatrice puisque les droits positifs congolais, français et québécois<sup>362</sup> prennent déjà en considération la volonté interne des parties dans certaines circonstances pour la mettre en balance avec la volonté déclarée en fonction des intérêts en cause. La volonté interne peut être prouvée par tous moyens s'agissant par exemple d'établir qu'un fait juridique a vicié le consentement de l'une des parties. La preuve de la défaillance de la machine pourrait alors suffire.

Bien sûr, une telle acceptation soumettrait la volonté réelle des parties à l'interprétation des juges. Elle ferait alors peser une certaine incertitude sur chacun des actes effectués par les systèmes automatiques. Cela pourrait sembler insupportable dans certaines relations commerciales. Une telle solution aura cependant le mérite de poser comme principe la validité des conventions automatisées.

Ainsi, nous pouvons nous accorder avec l'allocation doctrinale de Jean Carbonnier : « *l'essentiel du consentement, c'est la volition, le déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit* »<sup>363</sup>. Virtuel, le consentement des parties n'en est pas moins réel, même si son actualisation se manifeste au travers de la mise en œuvre d'un programme informatique.

## **Section 2. L'objet certain et la cause licite dans le commerce en ligne**

La distinction est bien nette entre l'objet et la cause, le premier désigne ce à quoi on s'engage (quid debetur), le second « le but immédiat et déterminant en vue duquel le débiteur s'engage avec le créancier »<sup>364</sup>.

Dans le cadre du statut du contrat du commerce électronique, nous avons choisi d'étudier l'objet des obligations et la cause des contrats sous le même paragraphe eu égard au fait que dans le cadre des contrats

---

<sup>362</sup> Identiques à quelques mots près aux termes de l'article 54 du Code civil congolais, Les termes de l'article 1425 C.c.Q sont assez explicites : " *Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.* "

<sup>363</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil - t. 4: Les obligations*, Paris, Thémis, PUF, 1992, p. 84.

<sup>364</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, n°173, p.156.

synallagmatiques<sup>365</sup> – qui en notre sens, constituent la modalité normale du commerce lucratif<sup>366</sup>, – l’objet respectif pour lequel les parties contractent se sert mutuellement de cause. Nous insisterons d’une part sur quelques caractères de l’objet (déterminable, certain, possible,...) pour insister ensuite sur la licéité et la moralité de l’objet du contrat électronique – cela vu aussi sous l’angle inverse de la cause du contrat pour l’autre partie.

Cette approche nous permettra de couvrir tous les caractères afférents à l’objet et à la cause *mutatis mutandis* sans pour autant revenir sur les mêmes éléments qui s’appliquent aux deux.

### **1. L’objet des obligations dans le commerce électronique**

Il y a lieu de constater que le code civil congolais emploie indifféremment les expressions « objet du contrat » et « objet de l’obligation ». Le contrat perçu comme source des obligations a pour finalité de créer un rapport de droit entre le créancier et le débiteur, le professionnel et le consommateur. Vu sous cet angle, un contrat n’a pas à proprement parler d’objet, mais a pour effet d’engendrer des obligations, et c’est chacune de ces obligations qui a un objet. L’objet de l’obligation est la prestation due<sup>367</sup>.

L’objet du contrat, au sens technique, est en effet, l’ensemble des droits et des obligations que le contrat est destiné à faire naître. C’est en ce sens que la vente a pour objet de transférer la propriété et le bail de conférer la jouissance du bien moyennant loyer. En ayant choisi de titrer ce point « objet des obligations » plutôt que « objet des contrats », nous avons ciblé la finalité du contrat consistant à faire naître une obligation précise, la prestation due.

---

<sup>365</sup> Suivant l’article 2 du CCCL3, “le contrat est synallagmatique ou bilatéral, lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres”.

<sup>366</sup> C’est nous qui insistons pour montrer que le commerce, au sens purement économique du terme, n’est pas gratuit parce que conduit par la recherche du lucre. L’intention libérale qui constituerait une cause unique pour l’une des parties est rare ; et ce, même si nous assistons de plus en plus sur le *web* à des échanges « gratuits » de logiciels. Dans le commerce, c’est du donnant-donnant : l’objet de l’obligation de l’un sert de cause à autrui et vice versa. Certes, l’on dira qu’il existe des contrats unilatéraux et que contrat à titre onéreux n’est pas forcément bilatéral, mais dans le contexte du commerce électronique, les obligations des parties sont en principe réciproques. Celles naissant à charge de chacune des parties se servent réciproquement de cause. Voir à ce sujet le Prof Kalongo Mbikayi, op. cit., p.28 et ss.

<sup>367</sup> V. Kalongo MBIKAYI, op. cit., p. 76 et G. CORNU, op. cit., p. 615.

**a. La particularité de l'objet d'obligation née du contrat électronique**

Le domaine contractuel étant celui de la liberté, aucune borne n'existe à la création de nouveaux contrats. On observe d'ailleurs un foisonnement de contrats électroniques<sup>368</sup> : contrats d'hébergement, contrats de conception d'un site marchand ou d'une boutique virtuelle, contrats pour les galeries marchandes virtuelles ; contrats de référencement, contrats de portail, contrats d'achat et de vente d'espace publicitaires, contrats de hot-line en tant que contrat d'entreprise, qui confère une assistance téléphonique fournie par un tiers intervenant auprès des clients pour le compte d'une entreprise, contrats d'accès au réseau dont l'objet est de définir les conditions dans lesquelles un utilisateur/abonné, moyennant le paiement d'un abonnement, accède au réseau Internet ainsi qu'à un service en ligne (exemple de Club Internet et de Wanadoo)<sup>369</sup>, contrats de vente en ligne, contrats sur les biens informationnels (journaux, musiques, logiciels...), contrats d'assurance et de crédit ou encore contrats de prestation de service de culture, de tourisme, d'enseignement, de recherche ou de loisirs.

Il existe donc une multitude de ces contrats électroniques dont la liste sera toujours loin de l'exhaustivité<sup>370</sup>. Cette liste pourra toujours davantage servir pour une étude sur les principaux contrats usuels que sur une théorisation générale sur l'objet des obligations du contrat électronique. Car d'une manière générale, l'objet de l'obligation n'est pas tellement une chose matérielle dans le sens d'une *res*. C'est plutôt d'une façon générale, la prestation engendrée qui est elle-même l'effet d'un contrat.

Dans l'ensemble, ces contrats électroniques ne sont pas fondamentalement éloignés des contrats spéciaux que l'on connaît. On retrouve des qualifications communes et les régimes juridiques sont en grande partie transposables. La seule spécificité réside dans la manière électronique de contracter. Le contrat électronique n'est donc pas un nouveau contrat sui generis mais un nouveau moyen de contracter.

---

<sup>368</sup> Michel VIVANT, *Les contrats du commerce électronique*, Coll. Approfondir, Litec, 1999.

<sup>369</sup> Voir aussi DEPRESZ (P.), FAUCHOUX (V.), *Les contrats de l'internet et du multimédia*, éd. Dixit, 2000, p. 15 s. 14.

<sup>370</sup> Loin d'être exhaustive, on voit se développer de nouvelles pratiques contractuelles comme par exemple le retour de services gratuits, tels que l'échange de fichiers et de logiciel ou le contrat de loto électronique, et la pratique de l'achat groupé qui consiste pour les cyberconsommateurs désirant contracter sur le même site à se regrouper pour espérer obtenir un meilleur prix.

Du point de vue des prestations dues (objet d'obligation), le contrat du commerce électronique est « celui par lequel un professionnel propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou services dans le cadre d'une activité économique »<sup>371</sup>.

Ainsi se vérifie la teneur de l'article 25 du Code civil congolais Livre trois, « tout contrat (*sic*) a pour objet une chose qu'une partie s'engage à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. »

Seulement, il y a lieu de constater que sur le réseau informatique, la transaction objet de l'obligation contractuelle peut être une opération de vente ou de service classique, tout autant qu'il peut s'agir d'une prestation entièrement dématérialisée.

D'une part, une transaction sous le couvert du contrat électronique peut se limiter à passer commande d'un produit qui fera l'objet d'une livraison physique (par voie postale ou autre mode de transport) ou d'un service qui sera fourni en dehors du réseau (commerce électronique indirect). Il s'agit d'une opération classique qui ne soulève guère de difficultés particulières sur le plan du droit des contrats. L'on s'en rapporte aux règles usuelles.

D'autre part, les prestations de services immatériels (services informatiques) et de fourniture des biens immatériels (biens numériques) font l'objet d'un encadrement juridique particulier dans d'autres pays (hors RDCongo).

#### ***b. Limites de l'objet d'obligation du contrat électronique***

Trois limites concernent, l'objet de l'obligation. Il doit être déterminée et déterminable, possible, licite et moral. Ces trois limites applicables aux contrats du commerce électronique découlent des articles 28 et 29 du code civil congolais livre 3. « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut

---

<sup>371</sup> Voir « *contrat type de commerce électronique - vente de biens ou prestation de services commerçants – consommateurs* », Rapport présenté par M. Jérôme CANLORBE, au nom de la Commission du commerce et des échanges de la Chambre de commerce français, et adopté au Bureau du 15 décembre 2005 selon la procédure d'urgence



cependant, renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

Les caractères possibles et déterminable de l'objet (*primo*) dépendent de ce à quoi les parties veulent s'obliger<sup>372</sup>, tandis que le caractère licite et moral de l'objet dépend de l'encadrement législatif (*secundo*). Cet encadrement pour les contrats électroniques s'avère plus restrictif que dans le commerce traditionnel hors-ligne. La liste des choses hors commerce électronique semble plus longue et spécifique que dans le commerce juridique off line.

- *Les limites façonnables de l'objet d'obligation par les parties*

- *Principes généraux du caractère déterminable et possible de l'objet*

Quant à l'objet déterminé ou déterminable, la prestation que doit engendrer l'obligation contractuelle doit être précisée par les parties quant à son contenu, sa nature, quant aux divers éléments de leurs prestations réciproques. Pour les obligations de donner (dans le cadre d'une vente en ligne), la chose qui fera l'objet du transfert de propriété devra être bien déterminée pour éviter des équivoques et pour circonscrire l'objet sur lequel porteront es droits du créancier. Pour les obligations de faire ou de ne pas faire cela porte sur la prestation elle-même, sur l'acte positif ou négatif attendu.

Quant à l'objet possible, la potentialité de réalisation de la prestation doit être de mise. Il peut s'agir d'une existence présente ou future, mais à condition que la prestation ne soit pas dans l'ordre de l'inaccessibilité générale ou individuelle. L'appréciation de cette impossibilité absolue ou relative dépend de la disponibilité des moyens des parties au moment de la conclusion du contrat.

---

<sup>372</sup> Sauf pour les contrats nommés pour lesquels la nature des prestations est déjà précisée par la loi.

- *Difficulté du distinguo entre obligation de donner et de faire dans l'e-commerce*

Dans le cadre de notre étude, les prestations dues du fait du contrat du commerce électronique se réalisant totalement en ligne nous intéressent particulièrement.

En dehors des cas de contrats conclus en ligne mais dont les prestations se déroulent dans la vie hors cyberspace, cette catégorie des prestations (obligation de faire ou de ne pas faire) ou ces choses (obligation de donner) ne peut porter exclusivement que sur les biens et services immatériels. Les choses incorporelles ne sont pas une nouveauté pour le droit. Le Droit connaît l'impalpable, l'immatériel qui échappent à toute appréhension matérielle par opposition aux biens corporels.

Dans cet ordre de choses incorporelles, propriétés industrielles, droits sur une clientèle, peuvent faire l'objet d'une vente, et les services immatériels de mise à jour des programmes informatiques d'un site *web* peuvent faire l'objet d'un contrat. Quoi de plus naturel, « le commerce électronique implique à la fois des produits électroniques et des services numériques »<sup>373</sup>.

Il y a lieu cependant de noter qu'en France, l'article 98C du Code général des Impôts fait une énumération des prestations de services immatériels, notamment<sup>374</sup> : la fourniture d'images, de textes et d'informations et la mise à disposition de bases de données, la fourniture de logiciels et la mise à jour de ceux-ci. Il est toutefois curieux de constater – sans entrer dans le débat sur la nature juridique, des opérations énumérées – que certains de ces « services » consistent au transfert de propriété des choses incorporelles. Un effort de distinguo devrait être effectué quant à la nature de ces opérations, même si le but du code des impôts est fiscal.

En effet, l'obligation de donner (objet de la vente) fait naître d'autres obligations corollaires (transfert immédiat de propriété, transfert de risque, obligation de livrer matériellement la chose), que l'obligation

---

<sup>373</sup> Voir à ce sujet Somkiat TANGKITVANICH, « Vues du Sud, les politiques du commerce électronique planétaire », in *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement*, numéro un, PNUD, New York, 2001, pp.18-19.

<sup>374</sup> Inst. Adm. 3 A-3-03, \* sept. 2003, <http://alize.finances.gouv.fr> cité par Christiane FERALSCHUHL, op. cit., p. 222.

de faire ou de ne pas faire ne saurait produire. Encore que pour les obligations de donner, l'exécution directe ou en nature est possible (du moins pour ce qui concerne le corollaire de la délivrance de la chose) tandis que pour l'obligation de faire, une telle obligation « se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution ».

- *Les limites impératives : de licéité et de moralité de l'objet*

- *Les notions de licéité et de moralité de l'objet en droit congolais*

Les notions de licéité et de moralité sont certes proches mais distinctes. Elles concernent respectivement la contrariété à la loi et aux règles impératives de droit, spécialement à l'ordre public, et la contrariété à la moralité, à la conformité aux normes morales admises dans un milieu de référence.

Le droit congolais des contrats fait deux applications d'objets d'obligations interdits. « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions »<sup>375</sup>. « On ne peut, cependant, renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation de celui de la succession duquel il s'agit »<sup>376</sup>.

D'une part, les contrats portant sur des choses hors commerce par leur nature comme les étoiles, les astres et choses communes sont interdits et frappés de nullité. Il en est de même des choses mises hors commerce par la loi ainsi que les prestations qui y ont trait. Ce qui est notamment le cas pour : les biens du domaine public de l'Etat<sup>377</sup>, les droits de la personnalité<sup>378</sup>, les fonctions publiques, la liberté du travail<sup>379</sup>. Dans cet ordre d'idées, la loi apporte des restrictions à la circulation de certains biens dans l'intérêt de l'ordre public qui comprend aussi bien l'intérêt des particuliers que de la communauté nationale. Ainsi la loi congolaise interdit des contrats entre particuliers portant sur des substances vénéneuses et toxiques<sup>380</sup>, les animaux atteints ou soupçonnés d'être atteints de maladies contagieuses<sup>381</sup>, les armes de guerre et les explosifs.

---

<sup>375</sup> Article 27 du CCCL3

<sup>376</sup> Article 29, alinéa 2 du CCCL3

<sup>377</sup> qui sont inaliénables

<sup>378</sup> état et capacité des personnes

<sup>379</sup> Car au sens de l'article 428 du CCCL3, "on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise bien déterminée"

<sup>380</sup> Article 38 de l'ordonnance du 15 mai 1933 concernant les substances toxiques et vénéneuses.

<sup>381</sup> Article 151 du Décret du 28 juillet 1938 relatif à la police sanitaire des animaux domestiques.

D'autre part, à l'instar des législations belges et françaises qui prohibent les pactes sur les successions futures, toutes conventions portant sur des successions non encore ouvertes sont prohibées. Cette interdiction vaut aussi bien pour sa propre succession que pour les successions d'autrui. En effet, les premières privent l'individu (*le de cuius*) de la liberté dont il doit jouir jusqu'à sa mort de régler la dévolution de son patrimoine. Les secondes entraînent la spéculation sur la mort d'une personne, d'un parent encore vivant et conduit à la prodigalité des héritiers présomptifs. D'où leur immoralité manifeste<sup>382</sup>.

Ces limitations tirées de la loi congolaise peuvent se relativiser au contact du cyberspace.

- *La problématique de la licéité et la moralité de l'objet dans le commerce électronique*

Dans le cyberspace, la mobilité, l'anonymat, l'omniprésence et l'invisibilité ont donné du zèle aux organisateurs d'activités illicites. Derrière des petites annonces du genre « A louer bataillon de robots », se concluent des contrats illicites dont l'objet justement est la mise à dispositions des virus informatiques aux fins d'opérer des destructions de PC d'autrui. Des *hackers* ont mis sur pied des sites e-commerce proposant des « exploits » privés capables de contourner des logiciels de sécurité. Encore plus surprenant, deux sites *web* vendaient des chevaux de Troie indétectables par les antivirus conventionnels<sup>383</sup>.

Nous l'avons rappelé, au sens de l'ensemble des législations modernes, l'objet du contrat, y compris celui du e-commerce, doit être licite et porter sur des choses qui sont dans le commerce. En R.D.C, comme ailleurs, une règle s'est dégagée depuis fort longtemps : « est nul tout contrat qui serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Certes, certaines pratiques sont l'objet d'une condamnation générale; ainsi, seront contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs : le matériel pornographique, les médicaments, la documentation raciste,

---

<sup>382</sup> L'une des rares exceptions permises en la matière demeure l'assurance sur la vie au profit d'autrui.

<sup>383</sup> Voir Eric FILIOL et Philippe Richard, *Cybercriminalité – Enquêtes sur les mafias qui envahissent le web*, DUNOD, Paris, 2006, p.5-6 et p. 197 et s.

les stupéfiants<sup>384</sup>, etc. La vente des informations couvertes par une protection privative telle que le droit d'auteur est également illicite. Il en va de même des attributs de la personnalité et du commerce illicite d'organes humains. Seulement ce qui change c'est le contenu que chaque législation ou chaque société donne au permis et au prohibé.

Les notions de licéité et de moralité sont forcément relatives en ce sens qu'elles varient suivant les pays et le temps. Le e-commerce revêt naturellement un caractère transfrontière. La licéité d'un produit diffère considérablement selon les législations. La vente d'armes, qui peut s'avérer en Droit congolais hors commerce pour les contrats entre particuliers, peut s'avérer libre dans le commerce américain, sous réserve de quelques restrictions. Ce qui est licite pour une partie peut ne pas l'être pour l'autre. Comment apprécier donc la licéité de l'objet du contrat ? Suffit-il que l'objet soit illicite pour l'une des parties pour qu'il entache tout le contrat ?

En vue de répondre à ce questionnement, il y a lieu de voir d'abord en Droit comparé la liste d'objets interdits dans les contrats du commerce électronique.

## **2. Les régimes spéciaux d'interdiction et de restriction d'objet d'obligations du e-commerce en droit comparé français<sup>385</sup> et congolais**

### ***a. Présentation de la teneur des lois***

Certains produits ou services ainsi que certains commerces sont soumis à une réglementation spécifique. C'est le cas, par exemple, de l'offre de voyage et de séjours qui est réservée aux seules agences de voyage dont le statut est fixé par la loi française du 13 juillet 1992, aujourd'hui insérée dans le code du tourisme. C'est également le cas des produits d'assurance qui ne peuvent être proposés que par une compagnie d'assurance dûment habilitée et visée par le Code français des assurances. On s'attachera ici plus particulièrement à certains produits et services tels que l'alcool, le tabac, les médicaments ou encore les jeux d'argent et les services financiers.

Pour le commerce électronique, la question de la licéité même d'un site offrant la vente des alcools et produits d'alcools se pose. Et ce, à

---

<sup>384</sup> Encore qu'ici, l'on assiste actuellement à la dépenalisation de la consommation et de la vente des drogues dites douces.

<sup>385</sup> Voir pour ce point avec force détails, Christianne FERAL-SCHUHL op. cit, p. 229-268 – spécialement « Titre 6: les Produits et services réglementés. »

raison de l'interdiction de fournir des boissons alcooliques au moyen de distributeurs automatiques en vertu du Code de santé publique en France (article L. 3322-8). Selon certains auteurs, cette interdiction englobe la vente via internet<sup>386</sup>.

Le contrat électronique, prévu par les articles 1369-1 et suivant du Code civil français, a un champ d'application limité matériellement. Outre les limitations imposées aux conventions en général (interdiction des conventions de mère porteuse, etc.), les actes sous forme électronique ne peuvent, aux termes de l'article 1108-2 du Code civil, porter sur un acte sous seing privé relatif au droit de la famille et des successions, ni sur des actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale.

A ces conditions s'ajoutent les règles relatives au commerce électronique. Ainsi, selon l'art. 16 I de la loi française pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), le commerce électronique ne peut, sauf disposition contraire, concerner les jeux d'argent, y compris sous forme de paris et de loteries, les activités de représentation et d'assistance en justice, et les activités exercées par les notaires. De plus, les personnes établies dans un État membre de la Communauté européenne doivent respecter les conditions posées à l'art. 16 II LCEN.

Lorsque la conclusion d'un contrat électronique conduit à l'importation de certains produits, il faut respecter la réglementation douanière et les conditions posées par des textes spécifiques<sup>387</sup>.

Il existe une jurisprudence illustrative en matière de restriction d'objet d'obligations contractuelles du commerce électronique. Les produits

---

<sup>386</sup> Thibault Verbiest, "Alcool et Internet", Journal du Net 4 nov. 2003, <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique031104.shtml>

<sup>387</sup> Voir [http://fr.jurispedia.org/index.php/Objet\\_du\\_contrat\\_%C3%A9lectronique\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Objet_du_contrat_%C3%A9lectronique_(fr)) sont concernés : Les moyens de cryptologie (art. 29 et s. LCEN) ; Le tabac (BOD du 22 juin 2004, texte n° 04-054, II, modifié par BOD du 21 avril 2005, n° 6625, texte n° 05-030, v. également réponse du ministère de l'Économie à une question écrite, JO Sénat du 17 février 2005, p. 469) ; Les livres (art. 1er, loi n° 81-766 du 10 août 1981) ; Certains végétaux, comme par exemple les bonsaïs (L 251-1 à L 251-21 Code rural) ; Les médicaments à usage humain (art. L 5121-5 CSP) ; Les produits cosmétiques (L 5131-2 CSP) ; Les substances et préparations vénéneuses (L 5132-8 CSP) ; Les réactifs (L 5133-3 CSP) ; Les insecticides et acaricides (L 5136-3 CSP) ; Les matières premières à usage pharmaceutique (L 5138-1 CSP) ; Les micro-organismes et toxines (L 5139-2 CSP) ; Les médicaments vétérinaires (art. L 5141-1 et s. CSP) ; Les produits tels que poudres et substances explosives, des matériels de guerre, armes et munitions, des biens et technologies à double usage.

ou services paramédicaux, les produits financiers et d'assurances, les armes à feu, les tabacs et boissons alcoolisées sont réglementées par les textes généraux. En pratique, il est possible de commander en ligne des lentilles de contact, qui doivent normalement être prescrites par des médecins et délivrées par des opticiens diplômés d'État.

A ce sujet, le Tribunal de Grande Instance de Paris a été saisi d'une vente de lentilles de contact dans le cadre du réseau Internet. Il a considéré dans une ordonnance de référé rendue le 24 novembre 1998 que la vente de ces produits requiert la présence effective et permanente d'un opticien-lunetier et a en conséquence ordonné la suspension de la vente de lentilles de contact par l'Internet<sup>388</sup>.

Les jeux d'argent sont également concernés. Ces techniques de jeux à distance sont dangereuses car elles font abstraction des frontières territoriales et risquent de ne pas protéger le consommateur. Face aux risques engendrés, certains États ont commencé à réglementer les paris sportifs sur Internet<sup>389</sup>. En France, une loi ancienne du 21 mai 1836 interdit les jeux<sup>390</sup>. Les loteries commerciales sont réglementées dans le Code de la consommation à l'article L. 121-36. Elles sont permises s'il n'y a pas d'obligation d'achat. Les faux concours sont sévèrement sanctionnés par la jurisprudence<sup>391</sup>.

En droit congolais, le Code pénal interdit sous peine de graves sanctions les jeux d'argent ainsi que les loteries non autorisées. Il s'agit de l'Arrêté du Gouverneur général du 19 janvier 1901 sur les jeux de hasard et du Décret du 17 août 1927 sur les loteries. L'Article 1<sup>er</sup> de l'Arrêté du Gouverneur dispose que : « les jeux de hasard sont interdits dans les lieux publics ou ouverts au public ou dans tout autre lieu non clôturé sur lequel le public peut avoir directement une vue. L'article 2 de ce même Arrêté dispose que l'organisateur de ces jeux dans les endroits publics et ses joueurs sont passibles d'une peine d'emprisonnement d'au maximum 2 mois et d'une amende.

---

<sup>388</sup> TGI Paris Ord. ref, 24/11/1998 n° 63197/98(BF)- Gazette du Palais du 23-24 juillet 1999.

<sup>389</sup> Expertises, janvier 1997, p.5 : « un juge du Minnesota estime que les autorités de l'Etat de l'union avaient le droit de réglementer les jeux et paris organisés sur les réseaux en ligne ».

<sup>390</sup> LAMY, Droit de l'informatique, 1999, n°2088, p.1217.

<sup>391</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mars 1995 : L'organisateur de la loterie doit être condamné à verser la somme à la personne trompée par le mise en scène.

Par ailleurs, le Décret de 1927, précité, sur les loteries réputent comme loteries, toutes opérations offertes au public et destinées à procurer un gain par la voie du sort. L'article 2 du Décret punit les auteurs, les entrepreneurs ... préposés ou agents de loterie d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 50 francs à 3.000 francs de l'époque.

Il existe aussi en droit pénal congolais l'Ordonnance-loi 11-141 du 16 mai 1951 sur les concours pronostics sportifs ou autres.<sup>392</sup>

Malheureusement aujourd'hui ces dispositions ne font plus obstacles, dans l'économie numérique congolaise, aux activités de pari par SMS que développent les opérateurs congolais de télécoms dans leurs réseaux ouverts au public...

#### ***b. Le contournement de la loi sur Internet et l'approche de solution***

Les variations législatives existent d'un pays à un autre sur le plan de ce qui est permis et de ce qui est prohibé de contracter. La tentative est grande pour les cybermarchands de créer sur Internet des nids échappant aux législations les plus prohibitives en vue de commercialiser des produits que leurs Etats interdisent ou régulent.

En France, les contrats en ligne vocaux type audiotel doivent respecter un certain nombre de contraintes légales dont une interdiction de faire du commerce avec des messages à caractère pornographique ou violent<sup>393</sup>. Certains opérateurs ont préféré délocaliser leurs serveurs dans des pays où la législation était moins contraignante<sup>394</sup>.

Face à ce détournement ou contournement de la loi, l'association des industries d'informations européenne (EIIA) a proposé de soumettre les services en ligne à la loi du lieu de consultation des services par l'utilisateur. Cette proposition pourrait être transposée au contrat en ligne sur Internet puisque techniquement le modem ne fait que rapatrier des paquets IP sur un poste client. La consultation aurait lieu sur le poste client et devrait être soumise à la loi du lieu de la consultation.

---

<sup>392</sup> Les codes Larcier République Démocratique du Congo, Tome II, Droit pénal, Edition 2003, Larcier, Bruxelles, p. 40 et 41

<sup>393</sup> L'article 222-7 du Nouveau Code Pénal français.

<sup>394</sup> O. ITEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996, p.33.



D'ailleurs, l'article 5 de la Convention de Rome de 1980 concernant les contrats conclus par les consommateurs dispose que la loi applicable est la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. Appliqué au contrat en ligne, la loi du lieu de la consultation est la loi de la résidence du consommateur.

Une autre illustration et approche concerne la vente en ligne du tabac et des produits du tabac, qui est un contrat parmi d'autres dans le e-commerce. Cette dernière est illicite en France dès lors qu'il est impossible de se conformer aux exigences de la législation nationale<sup>395</sup>. Cette problématique, n'est pas spécifique à la France, puisque d'autres législations interdisent la vente de ces produits. Par exemple, la législation américaine interdit la vente à distance de cigarettes et autres produits du tabac à destination des particuliers. Dans ce contexte, l'Internet favorise la création de sites qui, à partir de l'étranger, offrent aux consommateurs français ou américains ces produits. De nombreux sites ont ainsi proliféré pour proposer des cigarettes après l'annonce des mesures fiscales visant à accroître la fiscalité sur les produits de tabac (v. CGI art. 179)

---

<sup>395</sup> Le principe de l'attribution du monopole de la vente des produits du tabac aux débits de tabac est posée par le Code général des impôts (CGI, art.568). La création d'un tel débit n'est pas libre et doit répondre à plusieurs critères, notamment un besoin réel des consommateurs qui n'est pas normalement satisfait par le réseau existant. Ces critères sont en principe appréciés par la direction régionale des douanes compétentes.

**III<sup>ème</sup> PARTIE :**

**L'EXECUTION DES CONTRATS DU  
COMMERCE ELECTRONIQUE**



*Les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi. Le principe de l'article 33 du Code civil congolais livre troisième fait suite à la formation du contrat du commerce électronique entre parties dans les conditions étudiées aux deux chapitres précédents. Une fois formé, le contrat acquiert une force obligatoire qui le rend irrévocable entre les parties et les obligent à respecter le contenu de leur accord. Ainsi les parties doivent-elles exécuter de bonne foi le fruit de leurs propres volontés.*

*A cet effet, elles sont tenues de coopérer, elles ont le devoir de collaborer à cette bonne exécution : elles doivent se faciliter la tâche. C'est la jurisprudence qui a dégagé ce devoir de coopération des contractants. Celui-ci se traduit notamment par l'obligation de renseignement qui peut incomber à l'un des contractants pour faciliter à l'autre une meilleure exécution de ses obligations<sup>396</sup>.*

*Nous ne devons pas perdre à l'esprit que les contrats du commerce électronique concernent également des produits immatériels et services numériques dont la livraison et l'exécution relève certaines particularités que le droit se doit d'encadrer. Car, comme le disait le Professeur Karim Benyekhlef<sup>397</sup>, « le commerce électronique doit être intégré. En d'autres termes, on doit, par le même medium, pouvoir acheter et payer. L'apparition des mécanismes de paiement électronique représente donc une étape logique dans l'évolution d'un univers économique dématérialisé ».*

---

<sup>396</sup> En ce sens. B. STRACK, *Droit civil : obligations*, Paris, lib. Techniques, 1972 n°1899 à 1902 cité par Kalongo Mbikayi, op. cit., p. 111

<sup>397</sup> Karim Benyekhlef, « *Commerce électronique : normes et politiques, options politiques* », juin 1998, version pdf, p. 13in [www.irpp.org/po/archive/jun98/benyekhl.pdf](http://www.irpp.org/po/archive/jun98/benyekhl.pdf) (Québec)

*La finalité de la formation d'un contrat est son exécution. Il peut toutefois arriver que le contrat ne trouve pas une exécution normale ou qu'il ne soit pas valablement formé. Dans ce cas, il est fait recours à la loi applicable en vue de régler la question de droit en l'espèce.*

*Deux difficultés majeures se dégagent donc sur le plan du droit du commerce électronique, difficultés dont nous avons fait l'objet des chapitres V et VI : l'exécution normale du contrat électronique (autrement dit le « paiement »<sup>398</sup>) et le droit applicable aux contrats du commerce électronique (y compris dans leurs aspects corollaires de responsabilité contractuelle, de preuve et de contentieux).*

---

<sup>398</sup> Voir précisions infra. (section 1, chapitre V de la présente étude)

## CHAPITRE V : L'EXECUTION DU CONTRAT ELECTRONIQUE

Avant d'aborder la section première de ce chapitre en rapport avec l'exécution des contrats du commerce électronique, il convient :

- d'une part, de préciser certaines notions, d'abord le paiement tout court ou pur et simple, comme mode normal d'exécution de contrat, et, ensuite, le paiement en ligne qui n'est qu'une modalité (en pleine émergence) d'exécution des contrats dans le e-commerce ;
- d'autre part, la loi applicable au commerce électronique, spécialement dans les aspects liés à la compétence des lois et des juridictions en matière de contrat du commerce électronique, de responsabilité contractuelle et de preuve électronique.

### **Section 1. La notion de paiement en matière d'obligations contractuelles**

La face de *Janus*<sup>399</sup> du paiement : mode d'extinction et d'exécution ? Notion générale ou notion particulière ?

#### **1. Des notions de droit vers le paradigme d'exécution de vente en ligne**

La notion juridique « paiement » est à distinguer de celle du langage courant. Alors que dans le langage courant, il s'entend comme le versement par le débiteur d'une somme d'argent à son créancier, en droit, le paiement est l'exécution de la prestation due par le débiteur quel qu'en soit l'objet. En d'autres termes, le paiement est l'exécution de son obligation par le débiteur. Comme le dit l'article 133 du code civil congolais livre troisième, tout paiement suppose une dette ou une obligation. La prestation faite par le débiteur a donc pour cause et pour but d'éteindre son obligation. Ainsi le paiement apparaît en droit comme le mode le plus normal d'extinction des obligations<sup>400</sup>.

La notion de paiement est à l'image de la double face de Janus. Il y a en premier lieu le paiement qui, plus comme mode d'extinction du rapport d'obligation, est plutôt le mode parfait d'exécution de ce rapport.

---

<sup>399</sup> Dans la mythologie romaine, *Janus* est un dieu à une tête mais deux visages opposés, gardien des passages et des croisements, divinité du changement, de la transition, auquel le mois de janvier est consacré. (Myriam Philibert, *Dictionnaire des mythologies celtique, égyptienne, gréco-latine, germano-scandinave, iranienne, mésopotamienne*, maxi-poche, Paris, 2002, p.139

<sup>400</sup> V. Kalongo Mbikayi, op cit, p. 246-247 et G. CORNU, op. cit., p. 640.

On peut cependant l'étudier aussi sous cet aspect de l'obligation comme le fait le code civil congolais (article 132 et suivants.) il est à noter que certains auteurs étudient ce problème dans la rubrique « exécution des obligations », tandis que d'autres l'étudient comme mode d'extinction du rapport d'obligation.

Dans le commerce électronique, les contrats peuvent se former par voie électronique et s'exécuter par le même media informatique dans le cyberspace ou alors s'exécuter totalement ou entièrement hors du cyberspace. L'hypothèse la plus intéressante dans le cadre du présent chapitre est celui qui se réfère au contrat purement électronique : contrat en ligne qui se conclut et s'exécute en ligne. Mais mieux encore, nous avons retenu pour le besoin d'illustration, le contrat en ligne qui se forme dans le cyberspace et qui s'exécute en partie dans le cyberspace et en partie dans l'espace géographique naturel.

***Le choix du paradigme d'exécution des contrats de vente en ligne***

Le nombre de clients qui réalisent des transactions sur Internet grimpe en flèche : le montant des transactions entre entreprises et particuliers (« B2C ») a atteint 33.1 milliards d'euros en 1999, et continue à progresser fortement au taux extraordinaire d'environ 85% par an.<sup>401</sup> Les prévisions relatives au commerce électronique étonnent par leur disparité : certaines parlent de 40 millions de dollars d'ici l'an 2000 alors que d'autres avancent plutôt le chiffre de 5 milliards de dollars. Ce dernier chiffre apparaît plus réaliste eu égard aux études *de Ernst et Young Report, Internet, shopping, janvier 1998*. Sans entrer dans une querelle de chiffres, il semble acquis que le commerce électronique est appelé à croître de manière significative...<sup>402</sup>

Ces chiffres démontrent que le cyberspace, en tant qu'espace numérique est caractérisé par une rapidité et un volume de transaction quasi infini en termes de possibilité et de facilité qu'il offre dans la conclusion et l'exécution des contrats<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Danielle Zilliox, op. cit, p. 3

<sup>402</sup> Karim Benyekhlef, op.cit, p. 12

<sup>403</sup> « La différence d'avec l'ordre public classique, c'est qu'il est saisissable dès l'instant qu'il atteint un certain niveau de précision alors que le cyberordre juridique obéit au paradigme du flou et vogue vers l'infini. » A. Cissé, « L'art de réformer ou la construction d'un nouveau droit dans la pensée de Mireille Delmas-Marty », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Société de

Ce n'est pas à tort que dans le cybermarché le terme générique « vente » est largement appliqué. Les statistiques démontrent une forte augmentation du recours à la vente en ligne pour l'acquisition des biens et services. A titre d'exemple pour le Canada, les chiffres de 2000 à 2003<sup>404</sup> puis d'avril 2007<sup>405</sup> (*ci-dessous*) sont éloquentes sur le recours aux ventes en ligne. Ainsi, nous prendrons comme paradigme de notre étude sur l'exécution des contrats, l'exécution d'une vente en ligne qui procède du paiement électronique d'un prix et de la livraison matérielle d'une chose. Le paiement s'inscrit donc comme une phase d'exécution du contrat.

A titre d'illustration : les statistiques de la cyberéconomie canadienne mise à jour en Avril 2007.

- *Enquête sur le commerce électronique et la technologie, 2006*
  - Valeur des ventes en ligne (secteurs privé et public) en 2006 = 49,9 milliards de dollars (2005 = 35,8 milliards de dollars)
  - Valeur des ventes en ligne (secteur privé seulement) en 2006 = 46,5 milliards de dollars (2005 = 32,8 milliards de dollars)
  - Valeur des ventes des entreprises aux consommateurs en 2006 = 15,1 milliards de dollars (2005 = 9,4 milliards de dollars)
  - Valeur des ventes interentreprises en 2006 = 31,4 milliards de dollars (2005 = 23,4 milliards de dollars)
- *Entreprises canadiennes utilisant Internet pour l'achat de biens ou de services (%), 2000-2003*
  - Entreprises faisant des achats en ligne en 2003 -- 37,2 %
  - Entreprises faisant des achats en ligne en 2002 -- 31,7 %

---

législation comparée, 2005, Vol. 9, pp. 133-143. Si, comme disait Vareilles Sommières, l'ordre public est un « supplice pour l'esprit », le cyberordre juridique dicte aux juristes d'inventer une nouvelle approche du droit qui soit plus en adéquation avec l'objet étudié dans le cyberspace

<sup>404</sup> *Sources de renseignements :*

Statistique Canada : Enquête sur le commerce électronique et la technologie, 2003, 16 avril 2004

Statistique Canada : Enquête sur le commerce électronique et la technologie, 2002, 2 avril 2003

EUIM : Statistique Canada, Enquête sur l'utilisation d'Internet par les ménages à la maison, 2003, 23 septembre 2004

EUIM : Statistique Canada, Enquête sur l'utilisation d'Internet par les ménages à la maison, 2002, 18 septembre 2003, in <http://www.desmondes.com/-ecommerce/statistique.html>

<sup>405</sup> L'économie numérique du Canada, statistiques sur l'économie numérique, in [http://e-com.ic.gc.ca/epic/site/ecic-ceac.nsf/fr/h\\_gv00032f.html](http://e-com.ic.gc.ca/epic/site/ecic-ceac.nsf/fr/h_gv00032f.html)



- Entreprises faisant des achats en ligne en 2001 -- 22,4 %
- Entreprises faisant des achats en ligne en 2000 -- 18,2 %
- *Entreprises canadiennes utilisant Internet pour la vente de biens ou de services (%), 2000-2003*
- Entreprises vendant des biens ou des services en ligne en 2003 -- 7,1 %
- Entreprises vendant des biens ou des services en ligne en 2002 -- 7,5 %
- Entreprises vendant des biens ou des services en ligne en 2001 -- 6,7 %
- Entreprises vendant des biens ou des services en ligne en 2000 -- 6,4 %
- *Dépenses par Internet des ménages canadiens, 1999-2003 (EUIM)*
- 2003 (Dépenses par Internet des ménages canadiens) -- 3,0 milliards \$CAN
- 2002 (Dépenses par Internet des ménages canadiens) -- 2,4 milliards \$CAN
- 2001 (Dépenses par Internet des ménages canadiens) -- 2,0 milliards \$CAN
- 2000 (Dépenses par Internet des ménages canadiens) -- 1,1 milliards \$CAN
- 1999 (Dépenses par Internet des ménages canadiens) -- 417 millions \$CAN

## **2. Le Paiement en ligne : un exemple d'exécution du contrat du commerce électronique**

Il s'agit ici de comprendre le processus de vente électronique ainsi que les possibilités nombreuses de paiement sur Internet, sans oublier les obligations particulières attachées à cette modalité d'exécution en ligne : d'une part, transfert de propriété et de risque et d'autre part paiement du prix.

### ***a. La schématisation de la vente et du paiement en ligne***

Le paiement en ligne souscrit à un enchaînement de séquences en ligne, d'actions assez standard. Dans son « Kit d'initiation au e-commerce », Danielle Zilliox<sup>406</sup> effectue un brillant panorama, une claire décomposition des phases d'exécution des contrats de vente en ligne.

---

<sup>406</sup> Danielle Zilliox, op. cit., p. 105-124. Les lignes qui suivent en rapport avec cette schématisation sont carrément recopiées de l'essentiel de son panorama.

Cette exécution qui procède du paiement en ligne ou électronique, peut se schématiser comme suit : initiation, confirmation de commande, information au client, vérification de paiement, écran de confirmation et transfert par *batch*.

- *L'Initiation*

Le client démarre le processus d'achat en décidant d'acheter un produit particulier. En consultant une page de catalogue, il clique sur le bouton ou lien « acheter cet article » ou bien « achat ». Le client est alors transféré du catalogue virtuel vers le site d'achat. A ce stade, le client interagit avec un serveur sécurisé. Toutes les informations qu'il fournit seront cryptées et protégées des pirates, à l'exception des préférences ou d'enquêtes personnelles. Il est recommandé, de ne jamais demander d'information personnelle avant que le client ne soit protégé de manière appropriée.

- *Confirmation de commande*

Les premiers écrans vus par un client rappellent de manière résumée la liste des produits qu'il a choisis, il est maintenant libre d'adapter la commande : en fonction du produit, il modifiera le nombre commandé, choisira la couleur ou la taille, personnalisera l'article, ou ajustera toute autre caractéristique. Le client peut également changer d'avis. L'application doit offrir des boutons « retour » et « annuler l'achat ». En cliquant dessus, le client sera transféré sur la dernière page consultée du catalogue. Autrement, une fois satisfait de sa commande, le client peut choisir d'« accepter ».

- *L'Information client*

Une fois son intention d'achat confirmée le client doit se sentir à l'aise pour entrer des données personnelles. Cette page doit être un formulaire contenant des champs pour entrer l'adresse de livraison souhaitée et l'adresse personnelle, si elle est différente.

Les entreprises ont le choix de proposer également des options comme l'emballage cadeau gratuit et payant, expédition rapide, ... sur cette page. Date et heure de livraison sont indiquées au client. Il est recommandé aux entreprises de surestimer toujours celui-ci, surprendre un client par une livraison anticipée est toujours plus plaisant pour lui que de le faire attendre deux semaines un article supposé arrivé en deux ou trois jours.

C'est enfin, à ce niveau que les informations de paiement peuvent être évoquées. En général, les clients choisiront de payer par carte de crédit si pour une raison quelconque, le client souhaite payer par chèque ou un autre mode, il faudra sauter les étapes de vérification suivantes. Une fois toutes ces informations entrées, le client doit voir un prix TTC et finaliser la transaction en cliquant sur « accepter » ou « envoyer la commande ».

- *La vérification de paiement*

À ce stade, le client doit attendre que le cybermarchand vérifie les demandes relatives au paiement auprès du partenaire banquier du cyberacheteur. Cela prend en général moins de trente secondes. Dans l'intervalle, il est indiqué au client que sa commande est en cours de traitement – avec au besoin une estimation du temps requis. Ainsi il y a des temps morts pendant lesquels le client s'interroge sur le caractère normal de la transaction.

- *L'écran de confirmation*

Une fois le paiement approuvé, le client est finalement dirigé vers une fenêtre de confirmation, qui conclut le processus d'achat. Dans cette page, le client est remercié, si possible nominativement et sa date de livraison est confirmée. Le cybermarchand peut même rappeler la liste des articles commandés pour qu'il soit tout à fait rassuré sur le contenu de l'achat. Le client doit alors pouvoir retourner vers le catalogue – peut-être grâce à un bouton « retour au menu principal ».

À ce moment, le transfert des fonds entre le compte du client et celui du cybercommerçant est effectif. Au cybermarchand de livrer un produit de qualité dans les délais.

- *Le transfert par batch*

Une fois que le client a terminé sa commande, celle-ci sera stockée sur le *web* en attente du prochain transfert par *batch*. L'expression « transfert par batch » désigne le processus par lequel le système du cybermarchand en ligne envoie le dernier lot de commandes au réseau informatique interne du cybermarchand. C'est en ce moment que les commandes seront officiellement reconnues par l'entreprise qui pourra commencer à les traiter jusqu'à l'expédition de la marchandise. Le cybermarchand peut également mettre à jour ses niveaux d'inventaire.

Des transactions par batch ont lieu en des moments prédéterminés, en fonction des besoins. Les petites entreprises auront un ou deux transferts par jour, les grandes pourront aller jusqu'à un par minute !

***b. Les possibilités de paiement électronique libérateur dans les ventes en ligne***

Le recours aux cartes de crédit a été très fréquent. Malheureusement, les cartes de crédit ne sont pas parfaites. Toutes pratiques qu'elles soient, elles ont quand même des inconvénients. Heureusement la nécessité stimule l'invention. Presque même avant que le problème ne se produise, des entrepreneurs ont commencé à chercher des alternatives à la carte de crédit. Ils ont été couronnés de succès puisqu'à ce jour, des dizaines d'entreprises ingénieuses ont créé des méthodes alternatives de paiement en ligne. Aucune n'est parfaite, mais chacune a des avantages spécifiques. Une liste de plus commune est proposée ci-dessous.

- *La carte de crédit*

La carte de crédit est à juste titre le moyen de paiement privilégié sur Internet. D'abord elle est très pratique pour le client qui n'a presque rien à faire pour ordonner la dépense. Il a juste besoin d'une carte valide. Après avoir rempli un petit formulaire, il peut souvent espérer recevoir sa commande en quelques jours. Le cybercommerçant la trouve également très facile à utiliser dans la mesure où les transactions financières sont généralement bouclées en 48 heures. Les paiements sont réalisés immédiatement pendant la passation de la commande sans aucun échange par e-mail. On évite ainsi les longues périodes d'attente, postérieures à la commande, liées aux chèques traditionnels. On peut même créditer le compte bancaire des clients pendant l'attente. En choisissant cette option, aucune commande ne sera confirmée avant le paiement effectif.

Le délai induit est négligeable et cela permet aux deux parties d'éviter tout problème de paiement. Si le cybermarchand permet l'achat en ligne, il doit autoriser le paiement par carte de crédit ; leur liste classique comprend Visa, American express, MasterCard, Discover, et parfois même Diner's Club. Les détails pratiqués à l'*aquiescer* sont connus au moment de la création du compte cybercommerçant.

Les ISP ou le sous-traitant industriel du cybermarchand pourront en général gérer la transaction elle-même. Le cybermarchand peut malgré tout accepter le paiement en espèces ou par chèque mais ceux-ci ne peuvent être vérifiés en ligne. Ils sont plus adaptés aux entreprises ne proposant pas l'achat en ligne ou pour les clients qui ne souhaitent et ne peuvent pas utiliser des cartes de crédit. Ces moyens traditionnels vont entamer les délais de livraison habituelle. Les clients ne recevront pas leurs achats en moins de deux semaines.

D'abord tout le monde n'en possède pas. Certaines personnes ont une situation de crédit trop fragile. D'autres n'ont jamais pris la peine de soumettre une demande. Et d'autres encore se sentent plus à l'aise en utilisant du liquide ou des chèques. De plus, un grand nombre de détenteurs préfèrent en limiter son usage à des cas exceptionnels. L'autre problème réside dans les frais prélevés par la banque sur chaque transaction. Lorsque les articles sont moins coûteux comme dans le cas d'aimants ou de pièces automobiles, les frais ajoutés entament sérieusement le profit. Personne ne souhaite perdre la moitié de 10 euros pour frais bancaires.

- *La monnaie électronique*

Elle est actuellement en pleine croissance de popularité dans la mesure où elle associe la simplicité de paiement en espèce traditionnel aux transactions électroniques. Comment cela est-il possible ? Une entreprise tierce, comme par exemple Cybercash, MercantilBank et DigiCach acceptent de servir d'intermédiaire entre le vendeur et l'acheteur. Le client achète un produit en ligne mais le règle en utilisant un compte spécial tenu par un fournisseur de monnaie électronique. Le site marchand reçoit immédiatement le paiement sur son propre compte ouvert chez le même fournisseur.

Evidemment, ces opérations nécessitent un travail préparatoire par les deux parties : le client Internet doit ouvrir un compte dans l'un de ses « bureaux » de service et l'alimenter. Dans le même temps, le cybercommerçant doit également avoir un compte chez le fournisseur de monnaie électronique au cours de la transaction elle-même, un simple transfert des fonds se produit entre deux comptes Internet. Certes, le processus est un peu lourd car vendeurs et acheteurs doivent subir beaucoup de tracas avant de pouvoir conclure une transaction par ce biais.

Qu'est-ce qui rend la monnaie électronique attrayante alors ? Il y a deux raisons principales : la première est tout simplement que beaucoup de personnes sont plus rassurées par le fait de pouvoir communiquer des données confidentielles par le biais d'Internet. La monnaie électronique constitue alors une alternative attractive dans la mesure où les comptes peuvent être activés par téléphone. Des informations personnelles ne sont communiquées qu'une seule fois et non pas lors de chaque achat. Cela réduit les chances de voir un pirate s'emparer des numéros de carte de crédit ou prendre une fausse identité. Les gens se sentent par ailleurs plus confiants quand ils communiquent avec une personne réelle que lorsqu'ils doivent remplir un formulaire générique.

La seconde raison expliquant la popularité de la monnaie électronique est qu'elle peut être utilisée pour des micro paiements. Les frais fixes prélevés par les banques dans la plupart des transactions par carte de crédit sont prohibitifs. Dans le cas d'achats mineurs, sur un article à 3 euros par exemple, vous risquez presque de finir par perdre. Dans ce cas, les cartes de crédit sont inadaptées.

La monnaie électronique permet en revanche des décaissements de paiements comptants. Cybercash a ouvert la voie dans cette direction, avec la mise sur le marché des cybercoins. Les clients peuvent retirer leur argent de leurs comptes bancaires pour le déposer sur un compte électronique. Ils peuvent ensuite effectuer le retrait de tout montant y compris quelques centimes ou euros sur celui-ci jusqu'à atteindre un solde nul. Contrairement aux émetteurs des cartes de crédit, cybercash facture des frais adaptés aux achats de faible valeur.

La commodité de la monnaie électronique est discutable. Pendant la transaction, le paiement est à peu près aussi rapide qu'avec une carte de crédit. Cependant l'intermédiaire est autorisé à différer le paiement au marchand pendant un certain temps – qui peut atteindre deux mois – en fonction de certains critères, le client est également soumis au tracasserie de la création d'un compte.

Au-delà de ces petits soucis, les problèmes majeurs de la monnaie électronique sont qu'elle requiert que les deux parties y adhèrent faute de quoi elle est inutile.

- *Les traites à vue*

Celles-ci constituent une autre bonne option pour le client qui préfère le paiement par chèque. Mais ne veulent pas subir le désagrément d'une longue attente de traitement. Les traites à vue sont des chèques que l'émetteur n'a pas besoin de remplir et de traiter. Il suffit d'appeler un bureau tiers et de donner ses coordonnées bancaires au téléphone : banque, numéro de compte, numéro de téléphone, etc. L'entreprise de service imprime alors un chèque qui ressemble énormément à un chèque personnel normal, exceptée la signature. Bien entendu, elle dépose le paiement, et les fonds sont envoyés à l'entreprise du cybercommerçant ; moins la commission de transaction que le tiers prélève.

Les traites à vue sont très utiles au commerçant ; elles diminuent fortement le temps d'attente associé au chèque personnel posté par leurs clients. Il y aura toujours à payer des frais d'installation de l'ordre de la centaine d'euros mais les frais de traitement sont usuellement moins que ceux facturés par les intermédiaires de cartes de crédit. Les traites à vue pouvant être gérées de manière répétée, elles sont idéales pour les paiements récurrents comme les prêts ou tout autre facture de même nature. Non seulement les clients peuvent les utiliser pour payer en ligne, mais également pour mettre en place le paiement automatique de paiement périodique. Les deux parties sont bénéficiaires.

Il faut faire simplement attention de respecter la réglementation très stricte attachée aux traites à vue. Dans la mesure où elles induisent un paiement sans présence physique de l'émetteur, les professionnels doivent à tout prix éviter d'être accusée de fraude.

- *Le chèque électronique*

Les chèques électroniques sont un nouveau mode de paiement qui ressemble à des traites à vue dernier cri. Un client s'enregistre chez un cybercommerçant en lui fournissant toutes les coordonnées bancaires. L'information est alors stockée chez les marchands qui les réutilisent dans toutes les transactions futures parce que le chèque électronique – comme les traites à vue – induisent un courant d'affaire régulier, elles sont maintenant presque exclusivement utilisées pour payer des factures récurrentes.

Le client peut vérifier sa facture en ligne peut-être grâce à un mot de passe permettant l'accès à son compte chez le marchand. Est simplement validé le paiement sans avoir ressaisi les coordonnées

bancaires à chaque fois. Selon son bon vouloir, il peut également recevoir sa facture par e-mail ou par lettre. Dans la mesure où ce moyen de paiement est dématérialisé et rapide, il est à parier que les entrepreneurs l'adapteront bientôt pour un usage dans d'autres situations. Amazon utilise un système derrière son option d'achat en un clic, par lequel le magasin facture ses clients habituels en utilisant des informations conservées. Les clients peuvent réellement acheter des articles en un clic de souris !

La seule différence est que le système utilisé par Amazon<sup>407</sup> est fondé sur les cartes de crédit. Nous verrons bien si les chèques électroniques, attachés pour leur part à des comptes bancaires réels remplaceraient un jour les cartes de crédit préférées pour faire des achats.

***c. Les obligations accessoires dans l'exécution d'une vente en ligne***

La gestion des fraudes ainsi que des retours d'articles font partie intégrante de l'exécution par le cybermarchand de son obligation de donner. Il prend le risque du transfert de la bonne marchandise et s'assure d'une obligation de sécurité pour les Internautes qui fréquentent « sa galerie virtuelle de vente ». En droit des contrats usuels, la vente est, en effet, assortie pour le vendeur d'une obligation de garantie contre le vice caché ainsi que contre l'éviction.

Une autre obligation accessoire est née spécialement pour les ventes en ligne – que nous verrons en matière de preuve électronique. Il s'agit de l'obligation d'archive des contrats du commerce électronique à charge du contractant professionnel.

- *Les obligations de sécurisation des paiements électroniques*

- *Le devoir de sécurité dans la vente en ligne*

La sécurité des paiements effectués par voie électronique est un élément indispensable au développement du commerce électronique. Pour le consommateur, il s'agit de garantir le montant prélevé et la confidentialité des informations bancaires transmises. Pour le fournisseur, il s'agit de garantir l'effectivité du paiement. La lutte contre la fraude en la matière exige également la mise en place des mesures préventives et de contrôle. Il

---

<sup>407</sup> [www.amazon.fr/](http://www.amazon.fr/)



appartient par exemple aux sites marchands de vérifier, à l'aide des moyens techniques à leur disposition, que les opérations de paiement ne sont pas réalisées au moyen de carte périmée, non valide ou annulée<sup>408</sup>.

En acceptant le paiement par carte de crédit, le cybermarchand et le cyberconsommateur seront exposés un moment donné à la fraude bancaire. Les personnes essaieront d'acheter en utilisant des cartes volées ou bien des clients feront un achat et nieront ensuite avoir reçu leurs produits. Dans une boutique traditionnelle, il est aisé de parer à ces éventualités en demandant une pièce d'identité au moment du paiement et en utilisant les signatures apposées sur le reçu en cas de contestation de la dépense. Bien entendu sur le web, ces deux opérations sont impossibles à réaliser et les criminels le savent. C'est pourquoi, le cybermarchand doit utiliser tous les moyens à sa disposition pour prévenir les achats frauduleux.

Il pèse donc sur le cybermarchand un risque de paiement à distance. Plusieurs opérateurs ont développé des systèmes mettant en place des relations transactionnelles tripartites où un intermédiaire intervient entre contractants afin de les identifier et de les authentifier, et, enfin, de sécuriser par les moyens techniques de la *cryptologie*<sup>409</sup> les échanges d'information.

- *La solution du tiers certificateur*

Une question se soulève : comment un commerçant peut-il être assuré que la personne avec qui il fait affaire dans le cyberspace, est bien la personne qu'elle prétend être ?

La solution est, sans doute, de recourir aux services d'un tiers qui pourra confirmer l'identité des parties impliquées dans une transaction électronique. On assiste dans divers pays à la mise sur pied d'autorité de certification. Ces autorités ont justement pour but de faciliter le commerce en assurant l'identité des parties. Mais ces organes ont essentiellement une autorité nationale. Les certificats d'identification qu'elles émettent ne sont pas encore reconnus par leurs homologues étrangers.

---

<sup>408</sup> C. FERAL SCHUHL, *Cyberdroit - le Droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, Paris, 2006, p.220-221

<sup>409</sup> Un examen complet de la législation congolaise en matière de cryptographie ne peut être rendu au tout dernier chapitre du présent ouvrage se rapportant à la sécurisation des transactions et intérêts du commerce électronique. On aurait bien voulu passer en revue la cryptographie en RDC sur les aspects suivants : historique, état des lieux législatifs, différentes techniques et évaluation des risques des moyens de la cryptographie.

Il s'agit là des tiers certificateurs qui peuvent également gérer les relations avec les organismes bancaires et devenir ainsi des centres de paiement sécurisés. L'opérateur peut également proposer au consommateur de créditer un porte-monnaie électronique, préalablement à ces achats, supprimant ainsi les relations a posteriori avec la banque. Cette monnaie dématérialisée peut enfin être détenue directement sur un logiciel présent dans l'ordinateur du consommateur ou dans une carte à puce, supprimant alors la présence d'un tiers détenteur<sup>410</sup>.

Le défi demeure alors d'harmoniser les législations nationales pour permettre, ce qu'il est convenu d'appeler, la certification croisée, c'est-à-dire la reconnaissance par une autorité A du certificat d'identification émis par une autorité B localisée dans un pays étranger<sup>411</sup>.

- *La solution du système de vérification d'adresse*

Ce système, connu sous le nom d'AVS, est l'élément clé de prévention de la fraude. De nombreuses banques proposent ce service lorsque l'on possède un compte de cybercommerçant. Ce qui requiert de l'utiliser à bon escient. L'AVS vérifie les adresses personnelles et des factures des clients du cybermarchand en les comparant avec les données de sa propre base – et informe ce dernier de toute incohérence.

Théoriquement, l'utilisateur de la carte devrait se faire livrer à l'adresse du possesseur de la carte, c'est-à-dire à son adresse personnelle. Il existe des exceptions bien sûr, les criminels tirent profit de l'option « cadeaux » disponibles sur beaucoup de sites marchands qui permet de faire livrer l'article à quelqu'un d'autre. Ils saisiront leur propre adresse ou boîte postale et feront facturer la victime inconsciente. L'on peut déjouer cette tactique en demandant au client de saisir sa propre adresse en même temps que celle du destinataire.

D'autres expectations se produiront également lorsqu'une personne vient de déménager. Dans ce cas, le cybermarchand devra demander une confirmation de l'adresse et une pièce d'identité par fac-similé. Cela peut sembler sévère, mais permettra d'éviter ainsi des problèmes ultérieurs.

---

<sup>410</sup> C. FERAL SCHUHL, *Cyberdroit - le Droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, Paris, 2006, p. 220-221.

<sup>411</sup> Karin Benyekhlef, *op. cit.*, p. 13.

- *Les reçus signés*

Même si le client ne peut signer aucun reçu au point d'achat, il peut au moins en signer au moment de la livraison. Il y a lieu pour le cybermarchand d'exiger toujours une signature à la livraison et conserver soigneusement les originaux de ces reçus. Ils constitueront son unique défense en cas de contestation par le client.

- *La gestion des « rétrofacturations »*

L'AVS devrait éviter au cybermarchand la plupart des fraudes. Cependant malgré toutes les précautions, celui-ci aura finalement à gérer des rétro facturations. Celles-ci se produisent lorsqu'un client conteste un débit sur sa carte bancaire et obtient gain de cause<sup>412</sup>.

Le cyberacheteur dispose de quelques jours après réception de sa facture pour accomplir les démarches administratives nécessaires auprès de son émetteur de carte de crédit. Une fois que le cybermarchand est informé, il dispose lui-même de trente jours pour contester la rétrofacturation. Il a la charge de prouver que l'achat était valide et ordonné par le détenteur de la carte. S'il a passé avec succès le contrôle AVS, le cybermarchand peut essayer d'utiliser l'argument du reçu que le client a signé et que le cybermarchand a conservé prudemment. A part cela, le commerçant en ligne a peu de chance. C'est pourquoi il lui est requis de prendre toutes les précautions possibles avant de clôturer la vente.

Pourquoi est-ce si important de prévenir les rétrofacturations ? D'abord parce que leur gestion est pénible et consommatrice de temps. Les rétrofacturations perturbent par ailleurs les systèmes mais, pire que tout, trop de rétrofacturations dégradent la situation de crédit si l'*acquirer*<sup>413</sup> décide que l'entreprise du cybermarchand est trop risquée, il peut se débarrasser de cette dernière. Le cybercommerçant doit donc faire attention de conserver un taux de rétrofacturation aussi bas que possible.

---

<sup>412</sup> Cet état des choses est confirmé par la chambre commerciale de la Cour de cassation française, le 23 juin 2004, sous le visa de l'article 1937 du code civil français qui prévoit que « le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui lui a confiée, ou à défaut à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir. » Les juges français ont considéré qu'en présence d'un paiement intervenu à distance, « sans utilisation physique de la carte, ni saisie du code confidentiel, la contestation de ce débit par le titulaire du compte oblige la banque à procéder à la restitution de la somme débitée ». Comm. L. Grynbaum, comm. Com. Elect. Déc. 2004, p. 34s.

<sup>413</sup> Expression Internet désignant, en anglais, une banque qui offre des services aux cybercommerçants.

- *Les garanties accessoires à la vente en ligne*

La passation de commande ne se termine pas forcément après le passage en caisse. C'est-à-dire après le paiement en ligne.

Beaucoup d'acheteurs novices sont perturbés par la simplicité du processus d'achat en ligne (tel que décrit dans la schématisation *supra*). Ils remplissent un petit formulaire, cliquent sur un bouton, voient un écran de remerciement et sont redirigés vers un menu principal. Comment peuvent-ils savoir que le cybercommerçant a même reçu la commande et que cela se passe bien ?

- *La solution « Garanti ou remboursé » : une approche marketing*

Pourquoi offrir ces types de garantie si l'on souhaite s'éviter les ennuyeux retours de marchandises ? Les managers expérimentés répondront rapidement parce que beaucoup de gens n'achètent pas sans cette option. Les clients peuvent être extrêmement capricieux surtout lorsqu'ils font leurs courses en ligne. L'absence de filet de sécurité les rendra dès le début moins disposés à la dépense.

Dans le monde réel, les personnes peuvent compter à raison sur leurs capacités à remettre des produits de qualité. Et même ainsi, les entreprises traditionnelles proposent une politique de retour. Il y a lieu d'imaginer donc l'importance que cela peut avoir dans le cyberspace. En ligne, les clients demandent au commerçant de parier leur chemise sur la qualité de leurs produits. Personne ne force un cybermarchand à rien mais un environnement compétitif pourra faire réfléchir : si un cybercommerçant ne favorise pas un processus de retour, d'autres le feront.

Toutefois, en suivant cette voie, il vaut mieux pour le cybercommerçant stipuler en revanche librement quelques conditions et poser une limite temporelle à la validité de la garantie. Un délai de trente jours est généralement considéré comme raisonnable. La pratique est d'exiger également du client qu'il fournisse au cybermarchand une preuve d'achat, généralement le reçu en cas de retour pour se prémunir contre les fraudes.

Dans tous les cas, l'idée est de séduire les indécis et non de plaire aux acheteurs confirmés.

- *La solution légale : « la garantie des défauts de la chose vendue »*

Il convient cependant de se référer aux précisions fournies par le code civil congolais livre troisième<sup>414</sup> pour nuancer l'impression d'une solution « Garanti ou Remboursé » libre de toutes restrictions.

Le vendeur, en l'occurrence le cybercommerçant, est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

Le cybercommerçant n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il sera obligé à aucune garantie. En droit congolais, l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans le délai de soixante jours, non compris le jour fixé pour la livraison. En droit français, il est prévu une faculté de rétractation du client dans les 7 jours.

Cette divergence de délais avec les autres droits qui semblent limiter ce droit à trois mois constitue un bon exemple de l'intérêt à résoudre la question du Droit applicable en cas de conflit de lois. Nous reviendrons sur cette question à la section suivante.

- *La faculté de rétractation du consommateur*<sup>415</sup>

En droit français, l'article L 121-20 du Code des consommateurs, issu de l'ordonnance du 23 août 2001<sup>416</sup> dispose que le consommateur bénéficie d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation. Le délai court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation pour les services.

Ce délai est prolongé de trois mois, lorsque les informations que le vendeur est censé fournir sur le fondement de l'article L.121-19 du même code n'ont pas été communiquées au consommateur. Mais cette extension n'est pas appliquée si le vendeur se met ensuite en conformité avec cette

<sup>414</sup> Articles 318 et s. du CCCL3. Nous avons remplacé le terme original de « vendeur » par celui de « cybermarchand ».

<sup>415</sup> Vincent Fauchoux et Pierre Duprez, *Le Droit de l'Internet – Lois, contrats et usages*, Lexis-Nexis SA/Litec, Paris, 2002, p. 112.

<sup>416</sup> Ord. n°2001-741, 23 août 2001, JO 25 août 2001 (l'Ordonnance transpose la directive européenne n°97/7/CE du Parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance).

dernière disposition et fournit les informations exigées à la fin du délai de trois mois. Dans ce cas, le délai de sept jours mentionné à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 121-20 court du jour où les informations ont été fournies.

Le consommateur n'a aucune justification à donner quant à sa décision de se rétracter. D'ailleurs, nul ne peut subir aucune pénalité, « à l'exception, le cas échéant, des frais de retour », étant précisé que les frais d'envoi initial doivent – en plus du prix du produit retourné – être remboursés par le vendeur professionnel (la nouvelle rédaction de l'article L.121-20-1)<sup>417</sup> visant le remboursement de la « totalité des sommes versées par le consommateur. »

- *La responsabilité de plein droit du vendeur professionnel*

Il s'agit d'une spécificité issue de la LCEN en France concernant l'exécution des contrats à distance en général et des contrats sur Internet en particulier ; à savoir : la responsabilité de plein droit des opérateurs.

En effet, l'article 15 de la LCEN dispose que l'opérateur du commerce électronique est « responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par [lui]-même ou par d'autres prestataires de services ». Cette responsabilité de plein droit du vendeur et du prestataire a également été codifiée à l'article L121-20-3 du Code de la consommation dans le cadre des rapports entre professionnels et consommateurs en prévoyant que le professionnel est responsable de plein droit « à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance. »

Aux termes de ces dispositions, le vendeur à distance ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'à la condition de rapporter la preuve « que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable :

- Soit à l'acheteur ;
- Soit au fait imprévisible et insurmontable d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat ;
- Soit à un cas de force majeure. »

En application de ces dispositions, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 4 novembre 2005 (Inédit, RG, n° 05/09824) a ainsi

---

<sup>417</sup> V. Article 31 de la loi française n°2008-3 du 3 janvier 2008 (dite « Loi chatel »)

considéré qu'un fournisseur d'accès tenu pour responsable par l'un de ses abonnés du fait de l'impossibilité pour ce dernier de se servir de sa connexion. La Cour a en effet retenu l'existence d'une cause étrangère en l'espèce, consistant dans le fait que la situation dépendait exclusivement d'un tiers, en l'occurrence de l'opérateur historique propriétaire du répartiteur téléphonique.

Toutefois, dans une espèce similaire, le TGI de Paris <sup>418</sup> a considéré qu'un « incident technique survenu sur le réseau de France Télécom » et ayant privé un abonné pendant plusieurs mois de sa connexion Internet doit « suffisamment connu » du fournisseur d'accès, de telle sorte qu'il ne peut être considéré comme imprévisible et exonérer ce dernier de sa responsabilité.

## **Section 2. Les régimes juridiques particuliers au paiement et à la preuve électroniques en Droit congolais, Africain et Européen**

### *Introduction sur l'état de la question en RDC*

En Droit congolais, le secteur bancaire et, partant, le transfert des fonds (par voie électronique ?) est sous le régime de droit commun, à savoir : l'ordonnance loi n°72/004 du 14 janvier 1972 relative à la protection de l'épargne et au contrôle des intermédiaires financiers, le Décret-loi n°004/2001 du 31 janvier 2001 du 31 janvier 2001 relatif au régime des opérations en monnaies nationale et étrangères en RDC, la réglementation de change, l'Instruction administrative n°3006 du Gouverneur de la Banque centrale portant réglementation de l'activité des messageries financières<sup>419</sup>.

C'est dans cet ordre d'idées qu'il faut situer la compétence dévolue à la Banque Centrale du Congo d'attribuer à certains opérateurs évoluant dans ce secteur d'activités la qualité de messagerie financière selon certaines conditions. Pour l'essentiel, la réglementation congolaise se limite à définir les habilitations de cette catégorie d'opérateurs, mais

---

<sup>418</sup> 5<sup>e</sup> chambre, 1<sup>er</sup> section, jugement du 26 juin 2007 in [www.leganis.net](http://www.leganis.net)

<sup>419</sup> Cfr. Jennifer ISERN et al., Diagnostic du cadre réglementaire et politique sur l'accès aux services financiers en République Démocratique du Congo, CGAP, avril 2007, p. 53.

au-delà il n'existe pas de législation spécifique sur les paiements électroniques en RDC. Une réforme est engagée par la Banque Centrale du Congo comme rappelé *supra*<sup>420</sup>.

C'est ce que les journées scientifiques de la faculté de droit de l'UPC confirment. En effet, « Il existe trois sortes de cartes bancaires [ : carte de retrait, carte de paiement et carte de crédit]. Toutes ces cartes ne connaissent aucune réglementation en droit congolais bien que certaines banques de la place ont lancé depuis peu cet instrument de paiement d'une importance incontestable. Mais en France, la loi n°91-1382 du 30/12/1991, ayant ajouté deux dispositions propres aux cartes dans le décret-loi du 30/10/1935, fait la distinction entre deux catégories de cartes : la carte de retrait et la carte de paiement. A ces deux catégories, la pratique ajoute une troisième, dénommée carte de crédit. Les différentes catégories de carte ne peuvent être émises que par des établissements bancaires »<sup>421</sup>.

Il en est de même de la question de la preuve électronique. De nombreuses législations ont donné la même valeur *ad probationem* à l'écrit sur papier et à l'écrit sur support électronique. Et pourtant le commerce international vogue sur la vague de l'Internet.

En rapport avec la légalité de la preuve, le législateur civil congolais distingue cinq types de preuve hiérarchisée<sup>422</sup>. A coté de la preuve littérale confondue depuis toujours en droit civil avec son support traditionnel qu'est le papier, il apparaît la preuve électronique qui peut être un e-mail, des données stockées dans un serveur informatique ou une signature électronique. Cela implique une nouvelle définition, un nouveau mode d'élaboration et des nouveaux effets juridiques à reconnaître à la preuve et à la signature électroniques en droit civil (car relativisons, en droit commercial, la preuve est libre)<sup>423</sup>. D'autant plus qu'il peut paraître un confit

<sup>420</sup> V. dans le présent ouvrage : Partie 1, chapitre 1, section 2, point relatif aux acteurs du cyberspace.

<sup>421</sup> ENGWANDA ADJUBA Wickler, « Monétique : "les moyens de paiement à l'ère du Net" », in Droit et Développement – Actes des journées scientifiques organisées pour la faculté de droit les 27 et 28 avril 2007, Revue de la faculté de Droit, n°5, 2007, p. 381.

<sup>422</sup> Article 199 du CCL3 : la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment.

<sup>423</sup> Le siège de la matière se situe en droit congolais dans le «Titre I, Chapitre VI : De la preuve des obligations et de celle du paiement » du CCCL3 (articles 197-245).



entre un e-mail et une « preuve traditionnelle », le travail du juge appelé à trancher ne sera mieux balisé que par une législation sur la matière<sup>424</sup>.

D'où le regard jeté sur les autres droits comparés africain et européen pour ce qui est de la preuve et des paiements électroniques, en espérant que ces expériences inspireront le Législateur congolais.

## **1. L'encadrement juridique des systèmes de paiements dans l'UEMOA et en Droit Européen**

### ***a. Le cadre juridique de l'UEMOA sur le paiement électronique***<sup>425</sup>

La Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) a initié, en mars 1999, un projet de modernisation des systèmes de paiement en vue de conforter la solidité du système financier et l'intégration économique au sein de l'Union dans les huit (8) Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) : Bénin, Burkina, Côte d'Ivoire, Guinée- Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

L'entrée en production des nouveaux systèmes de paiement de la BCEAO a été entamée en 2004 et se poursuit en 2006.

- *Objectifs des nouveaux systèmes de paiement de l'UEMOA*

Les principaux objectifs assignés aux nouveaux systèmes de paiement de l'UEMOA se résument comme suit :

- améliorer l'efficacité des systèmes de paiement et accroître leur sécurité, en réduisant les délais de traitement des opérations ainsi que leur coût, conformément aux normes internationales ;
- minimiser l'utilisation des paiements en espèces, en mettant à la disposition des agents économiques des instruments de paiement modernes répondant à leurs besoins et en facilitant leur accès aux services bancaires et financiers ;
- faciliter les relations économiques et commerciales entre les acteurs économiques.

---

<sup>424</sup> L'assistant Alidor KAHISHA de la faculté de droit de l'UPC a livré une communication orale lors de la conférence sur le thème « le Droit congolais à l'épreuve des NTIC » tenue à l'UPC/Kinshasa, le 29 avril 2005 [Inédit]

<sup>425</sup> V. Communiqué de presse, « Entrée en production des nouveaux systèmes de paiement de l'UEMOA : un nouveau chantier majeur initié par la BCEAO » , 03 novembre 2006 in <http://www.bceao.int/internet/bcweb.nsf/pages/cpr445>

Au total, les nouveaux systèmes de paiement de l'UEMOA, en contribuant à la promotion des paiements scripturaux, devraient se traduire, pour les agents économiques, à un accès plus facile aux services financiers et un recours accru au système bancaire. A cet égard, il importe que l'ensemble des acteurs concernés (opérateurs économiques, administrations, associations des consommateurs...) s'approprient ces nouveaux outils.

- *La description des nouveaux systèmes de paiement*

Les nouveaux systèmes de paiement de l'UEMOA s'articulent autour des axes majeurs suivants :

- la modernisation du système d'échange et de règlement des transactions de gros montants avec la mise en place d'un système de règlement brut en temps réel pour les paiements d'importance systémique, notamment les virements de trésorerie, les transferts, les opérations du marché monétaire, le règlement des opérations de bourse, le règlement de la dette publique, etc. Il porte l'appellation Système de Transfert Automatisé et de Règlement dans l'UEMOA (*STAR-UEMOA*) ;
- la modernisation du système d'échange et de règlement des transactions de petits montants, à savoir les paiements de masse : virements, cartes, avec le démarrage d'un système de compensation multilatérale automatisé, dénommé Système Interbancaire de Compensation Automatisé dans l'UEMOA (*SICA-UEMOA*) ;
- le développement d'un système de carte interbancaire sous-régional à mettre en place par le secteur bancaire sous l'impulsion de la BCEAO.

- *Mesures d'accompagnement des systèmes de paiement*

Les nouveaux systèmes sont régis par un cadre juridique et réglementaire solide et un arsenal de principes de gestion respectant les normes internationales en matière de sécurité, de délai de paiement et de gestion des risques, en particulier les textes suivants sont en vigueur :

- le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les états membres de l'UEMOA<sup>426</sup> ;

---

<sup>426</sup> V. Les bulletins officiels de l'UEMOA (l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine), Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), in [http://www.izf.net/affiche\\_oscar.php?num\\_page=3711](http://www.izf.net/affiche_oscar.php?num_page=3711)

- la Directive n° 08/2002/CM/UEMOA portant sur les mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux ;
- l'Instruction n° 01/2003/SP du 8 mai 2003 relative à la promotion des moyens de paiement scripturaux et à la détermination des intérêts exigibles en cas de défaut de paiement.

Enfin, le dispositif de Centralisation des Incidents de Paiement mis en place par la BCEAO et qui constitue un outil de sécurisation des instruments de paiement sera rénové par la mise en œuvre d'une nouvelle application informatique dont le démarrage avait été fixé au cours de l'année 2006. Ce nouveau dispositif devait permettre notamment de restaurer la confiance du public à l'endroit de la monnaie scripturale.

- *Cartographie des Systèmes de paiement électronique de l'UEMOA*

Trois systèmes de paiement sont mis en place à l'initiative de la BCEAO dans le cadre de la modernisation du système de paiement de l'UEMOA :

- *Le Système Interbancaire de Compensation Automatisée de l'UEMOA (SICA-UEMOA)*

Autrement appelé télécompensation, il a débuté le 17 novembre 2005 avant de s'étendre au Burkina-Faso au Sénégal et en Côte d'Ivoire, Togo, Niger et Guinée Bissau. Grâce à ce système, les banques transmettent des fichiers électroniques de leurs opérations en compensation (chèques, effets de commerce et virements) depuis leurs locaux et dans toutes les villes où la BCEAO est représentée.

L'avantage majeur demeure, de l'avis des spécialistes, la réduction des délais d'encaissement. En effet, grâce à ce système : (i) le règlement de virement intervient le jour même de sa présentation ; (ii) le règlement de chèque s'effectue le lendemain (J+1) de la présentation à la télécompensation.

- *Le Système de Transfert Automatisé et de Règlement de l'UEMOA (STAR-UEMOA)*

La STAR est caractérisée entre autres par une rapidité d'exécution des opérations, une grande sécurité, une disponibilité

appréciable et un coût abordable. En outre, il sied de faire remarquer que le système de transfert automatisé et de règlement dans l'UEMOA a été conçu pour les virements interbancaires de gros montants. Il utilise une infrastructure de sécurité fiable basée notamment sur un mode de certification des participants et des utilisateurs conformes aux normes internationales édictées en la matière. Notons à ce propos qu'il existe un dispositif de contrôle au niveau de chaque banque de sorte que les agents habilités par la BCEAO disposent des moyens leur permettant d'accéder au système par un code secret connu d'eux seuls.

- *Le système régional de paiement par carte bancaire*

L'un des principaux objectifs de la mise en place de l'interbancaire se situe au niveau de la promotion de l'interbancaire au sein de l'UEMOA. Ce qui, par voie de conséquence, implique que la carte bancaire s'analyse comme un réel instrument de paiement, accepté par tous à l'instar de la monnaie fiduciaire.

Autant dire qu'à la faveur de la mise en place du système de paiement par carte bancaire, la BCEAO joue un rôle fédérateur et d'impulsion de l'interbancaire régionale. C'est dans cet ordre d'idées que l'on a, tour à tour, institué le Groupement Interbancaire monétique de l'UEMOA (GIM-UEMOA) en février 2003 et le Centre de traitement monétique interbancaire en janvier 2005. Le centre de traitement monétique interbancaire de l'UEMOA (CTMI-UEMOA) qui ont permis qu'à l'issue des négociations avec les émetteurs internationaux, les cartes bancaires régionales UEMOA jouissent d'une acceptation mondiale<sup>427</sup>.

***b. L'encadrement juridique des systèmes de paiement en Droit européen***<sup>428</sup>

Les législations nationales européennes ont transposées la recommandation européenne 97/489/CE du 30 juillet 1997 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire.

---

<sup>427</sup> Abdoullah Cissé, Systèmes de paiement électronique, cours de Master en droit du cyberspace africain, UGB, Saint-Louis, juin 2006, [Inédit].

<sup>428</sup> Anne Salaun, « Paiements électroniques : présentation de la loi du 17 juillet 2002 » in <http://www.droit-technologie.org/actuality-615/paiements-electroniques-presentation-de-la-loi-du-17-juillet-2002.html>

- *La recommandation européenne*

La recommandation européenne du 30 juillet 1997 a été adoptée dans le but de parvenir à une confiance totale des utilisateurs dans les paiements électroniques, et d'assurer un degré élevé de protection des titulaires d'instruments de paiement. Le choix d'une recommandation – texte juridiquement non contraignant pour les Etats membres destinataires et les institutions visées – démontre la volonté de la Commission européenne de ne pas imposer de cadre strict pour la mise en œuvre des principes dictés, et de n'envisager l'adoption d'un texte contraignant qu'en cas d'échec dans la prise en compte du texte.

En 2001, une étude a été réalisée à la demande de la Commission européenne afin d'examiner de quelle façon les émetteurs d'instruments de paiement tenaient compte – ou non – des principes posés par la recommandation : le constat est édifiant, seul un pays (le Danemark) se conformait à la recommandation. Cela devrait logiquement amener la Commission à adopter une directive si elle voulait voir les titulaires réellement protégés contre les pratiques des émetteurs...

- *La législation belge : la loi du 17 juillet 2002<sup>429</sup>*

*En Belgique*, le législateur avait choisi en 1999, lors de la transposition de la directive européenne relative aux contrats à distance (Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.) dans la loi sur les pratiques du commerce (Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, M.B. 29 août 1991), d'intégrer une partie des dispositions de la recommandation. L'actuel article 81 § 5 reprend les principes de partage de responsabilité entre l'émetteur et le titulaire d'un instrument de paiement, principes qui constituent l'essentiel de la recommandation. Toutefois, devant les conséquences d'une transposition partielle (champ d'application plus restreint, bénéficiaires limités, etc.), le législateur a choisi de proposer une loi exclusivement dédiée aux paiements électroniques, reprenant l'ensemble des dispositions de la recommandation.

---

<sup>429</sup> Il s'agit plus précisément de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds.

La loi du 17 juillet 2002 a pour mérite de clarifier la relation entre émetteur et titulaire d'instruments de transfert électronique de fonds. La volonté politique du texte de protéger les titulaires ne cache pas la situation peu enviable des émetteurs, mais il a semblé opportun au législateur de mettre fin à la situation actuelle où le titulaire se trouve démuné face à un émetteur qui définit les règles en son avantage.

Enfin, signalons qu'un large processus de consultation a été lancé au niveau européen en mai 2002 sur « un possible cadre juridique pour l'espace unique de paiement dans le marché intérieur », qui englobe le domaine des instruments de transfert électronique de fonds. De cette consultation pourrait résulter un instrument législatif plus large dans lequel les principes de la recommandation de 1997 seraient repris. Le législateur belge devra s'assurer que son texte reste conforme aux principes européens.

## **2. Le régime de la preuve électronique des transactions du commerce électronique**

La rédaction d'un écrit signé est une règle de prudence pour toutes les conventions importantes : une preuve littérale est ainsi constituée en vue d'une contestation éventuelle. Cette preuve n'est pas dans la logique du commerce électronique qui tend, soit à multiplier les engagements répétitifs qui ne donnent pas lieu à la rédaction d'un écrit, soit à fixer l'information sur des types de supports plus ou moins éloignés des écrits traditionnels et difficilement assimilables par le droit classique de la preuve (disques durs, bandes magnétiques, microfilms, etc.).

Prouver c'est établir la vérité d'un fait contesté. En droit plus spécialement, c'est établir la vérité d'un fait d'où découlent des conséquences juridiques<sup>430</sup>.

### ***a. Commerce électronique et règles classiques de preuve***

La valeur probante des documents informatiques n'est pas à confondre avec les usages informatiques, ni avec la preuve de faits en relation avec l'activité informatique. A la différence de la coutume qui ne se prouve pas, l'usage doit être prouvé lorsque son existence est discutée. Cette preuve peut se faire par tous moyens.

---

<sup>430</sup> Kalongo Mbikayi, op. cit. p. 323.

Les questions de preuve factuelle peuvent être très délicates et nécessitent l'intervention d'un expert, mais il ne s'agit pas d'un problème tenant à la nature informatique d'un mode de preuve.

Les difficultés relatives à la réception par le droit des traces et documents informatiques pouvant servir de preuve ne concernent que le droit commun de la preuve. En effet, en matière commerciale, la preuve est libre. Cette observation ramène le problème de la preuve informatique à de justes proportions : de très nombreuses transactions ne sont pas intéressées puisqu'elles ont lieu entre professionnels. Mais évidemment cela ne saurait concerner le B to C (*business to consumer*) puisque, dans la grande majorité des cas, le client ne sera pas un commerçant (actes mixtes).

Le droit distingue entre les faits juridiques et les actes juridiques. Les premiers peuvent être prouvés par tous moyens, les seconds, en revanche, doivent être prouvés par un écrit pour toute transaction supérieure à un certain montant (articles 1326 ; 1341 du code civil français : 800 euros ; article 14 du code des obligations civiles et commerciales sénégalais : 20.000 FCFA). Le système probatoire traditionnel est assuré de fonctions rassurantes : l'écrit assure une fonction de mise en alerte ; le papier est un support qui fournit des garanties (document fidèle et durable). Autant l'écrit traditionnel possédait d'emblée ces deux qualités, autant le propre de l'informatique est de les exclure. Le document informatique ne recherche pas la stabilité et n'est pas fait pour durer physiquement<sup>431</sup>.

Pour rendre un document informatique durable, il faut le sortir de la chaîne des traitements (inscription sur un cédérom, sortie microfilmée, bande plombée) ; autrement dit l'archiver, c'est-à-dire échapper à l'informatique en temps réel qui est notamment celle de l'Internet et de ses déclinaisons (Intranet, Extranet, Outnet)<sup>432</sup>.

La fidélité recouvre deux significations : non altérabilité des contenus et permanence de la forme. Sur la question de la sécurité des contenus, on s'accorde pour retenir que l'informatique permet de fiabiliser la transmission des fichiers jusqu'à la sécurité absolue

---

<sup>431</sup> Thioye Moussa, Transaction et commerce électroniques – Première partie : Preuve (par écrit) et signature électroniques, cours de Master en Droit du cyberspace africain, UGB, Saint-Louis, 2006 – 2007, [Inédit].

<sup>432</sup> Idem.

(protocoles et chiffrages). Sur la question de la permanence des formes, la rédaction d'un écrit présente un avantage pour lequel l'informatique ne fournit pas de substitut. En effet, en informatique la notion de mise en page physique stable n'existe pas.

***b. L'adaptation de la preuve aux transactions électroniques***

Dans ce point, après avoir parcouru en Droit congolais et africain puis en droit français, cette adaptation, il y aura lieu de retenir une obligation particulière inscrite en droit français, celle d'archiver les contrats du commerce électronique.

- *Situation en Droits congolais et Africain*

En Droit congolais, cette adaptation n'a pas encore eu lieu<sup>433</sup>.

En cette matière, le Droit congolais pourrait s'inspirer de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. L'article 9 de la loi-type sur la CNUDCI dispose qu'« aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve : a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données ; ou b) S'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale. L'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Celle-ci s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente ».

Par ailleurs, dans le droit de l'UEMOA, l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité<sup>434</sup>.

---

<sup>433</sup> Le siège du droit commun de la preuve demeure le chapitre VI du Titre premier du Livre III du code civil congolais comprenant les articles 197 et 245, traitant de la preuve littérale, de la preuve testimoniale, des présomptions, de l'aveu de la partie, du serment.

<sup>434</sup> Article 19 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)



La conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de cinq ans et dans les conditions suivantes : l'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement ; le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont on peut démontrer qu'elle n'est susceptible ni de modification ni d'altération dans son contenu et que le document transmis et celui conservé sont strictement identiques ; les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent<sup>435</sup>.

La signature électronique consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve du contraire, lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat qualifié<sup>436</sup>.

Une signature électronique ne peut être déclarée irrecevable au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature. La signature électronique sécurisée liée à un certificat électronique qualifié a la même force probante que la signature manuscrite<sup>437</sup>.

Un dispositif de création de signature électronique ne peut être considéré comme sécurisé que s'il satisfait aux exigences définies ci-après et s'il est certifié conforme à ces exigences dans les conditions prévues ci-dessous.

Un dispositif sécurisé de création de signature électronique : doit garantir, par des moyens techniques et des procédures appropriés, que les

---

<sup>435</sup> Article 20 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

<sup>436</sup> Article 21 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

<sup>437</sup> Article 22 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

données de création de signature électronique ne peuvent être : établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée; trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ; protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers ; ne doivent entraîner aucune modification du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer.

Un dispositif sécurisé de création de signature électronique doit être certifié (conforme aux exigences définies) par des organismes agréés par la Banque Centrale et selon des règles définies par instruction prise à cet effet par elle. La délivrance d'un certificat de conformité est publiée dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou selon les modalités fixées par instruction de la Banque Centrale de l'UEMOA<sup>438</sup>.

Un certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique établi hors du territoire de l'UEMOA a la même valeur juridique que celui délivré par un prestataire de services de certification établie sur ce territoire<sup>439</sup>.

- *Situation en Droit français sur la preuve électronique*

En France, la loi du 13 mars 2000 et son décret d'application du 30 mars 2001 ont introduit une réforme considérable. L'esprit de la loi repose sur une assimilation. L'article 1316-1 de cette loi dispose « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans les conditions de nature à en garantir l'intégrité* »<sup>440</sup>.

Une trace informatique, pour avoir la valeur d'un écrit numérique, doit se conformer à un certain nombre d'exigences. Il existe désormais un écrit numérique lequel peut être porteur d'une signature numérique.

<sup>438</sup> Article 23 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

<sup>439</sup> Article 24 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA). V. conditions : Si le prestataire satisfait aux exigences fixées à l'article 27 du présent Règlement ; Ou si un accord auquel la BCEAO est partie le prévoit expressément.

<sup>440</sup> Voir aussi Vincent Fauchoux et Pierre Duprez, op. cit., p. 177.

Les documents électroniques susceptibles de constituer des preuves ne peuvent être recensés exhaustivement étant donné le caractère évolutif de la technique. On citera comme états : les écrans, les listes d'imprimante, les e-mails, et comme supports de ces états : les « *hard copies* » d'écran, les listes en sortie d'imprimantes, les microfilms, les supports optiques, les bandes et disques magnétiques, les cédéroms, les mémoires flash, etc.

Le document informatique lorsqu'il répond aux conditions posées par la loi, à savoir « *que l'auteur de l'écrit puisse être dûment identifié* » et que l'écrit soit « *établi et conservé dans des conditions de nature à garantir l'intégrité* », vaut alors comme preuve de premier rang. Mais si ce n'est pas le cas, il peut être considéré comme une copie ou un commencement de preuve par écrit.<sup>441</sup>

Devant les difficultés qui risquent de surgir en matière de preuve, les parties contractantes peuvent envisager que certains résultats de traitement informatique constitueront la preuve des opérations intervenues entre elles. Le principe est que les règles du droit de la preuve ne sont pas d'ordre public (ordre juridique français ; en droit sénégalais les règles de répartition de la charge de la preuve sont d'ordre public).

Le droit français donne désormais foi à la signature électronique. Il authentifie le document électronique et son usage comme un moyen de preuve. Une signature électronique abstraite, peut être mise en œuvre par n'importe quelle personne. D'où la nécessité absolue d'organiser une vérification de provenance, un système de certificat, qui ne peut valablement être assumée que par un tiers à la transaction concernée : ce sera le tiers certificateur.

Les rapports pouvant naître entre l'émetteur et le destinataire d'un document électronique sont pris en charge et il existe des règles de conservation du document électronique (conservation sur un support électronique avec toutes les données relatives).

Certains éléments doivent être inclus dans le certificat : l'identité du titulaire, l'identité de la personne qui l'a émis et sa signature électronique, les éléments de vérification de la signature du titulaire du

---

<sup>441</sup> La preuve de l'écrit sous forme électronique, acte authentique (C.C.F., art. 1317 et s.) ou acte sous seing privé (C.C.F., art. 1322 et s.) est admise dès lors que sont remplies les deux conditions de l'article 1316 du code civil français.

certificat, les domaines d'utilisation du certificat. L'existence du fournisseur de services de certification électronique se présente comme étant l'ajout d'un tiers certificateur qui vient assurer un maximum de garanties au commerce et échanges électroniques. Le fournisseur de services de certification électronique est tenu du secret professionnel et ne peut en aucun cas divulguer ou traiter les données personnelles sans l'accord préalable des titulaires du certificat concerné.

***c. Obligations d'archiver les contrats du commerce électronique***<sup>442</sup>

Dans le cadre des règles du Droit français en matière de la preuve de l'écrit électronique, il y a lieu de noter une obligation particulière aux contrats du commerce électronique : leur archivage par le cybercommerçant professionnel.

En effet, l'article L 134-2 du Code de la consommation français prévoit que les contrats conclus par voie électronique et qui portent sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret<sup>443</sup> doivent être archivés par le contractant professionnel. Ce dernier doit en assurer la « conservation » et en « garantir l'accès » au consommateur si celui-ci en fait la demande ».

En tout état de cause, la commission des clauses abusives considère que les clauses des conditions générales de vente stipulant que la sauvegarde et l'édition des documents à conserver relèvent de la seule responsabilité du consommateur sont abusives en ce qu'elles peuvent avoir pour effet de priver le consommateur de la faculté d'invoquer le contenu du contrat<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> Cfr Vincent Fauchoux et Pierre Deprez, op. cit., p. 116.

<sup>443</sup> Le Décret n°2005-137 du 16 février 2005 précise en France les modalités d'application de cette disposition, d'une part quant au montant (120 euros) et d'autre part, quant à la durée de conservation des contrats conclus par voie électronique : dix ans à dater de la conclusion du contrat « lorsque la livraison du bien ou l'exécution de la prestation est immédiate ». Dans le cas contraire, le délai court à compter de la conclusion du contrat jusqu'à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci ».

<sup>444</sup> Recommandation n°07-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par Internet.



## **CHAPITRE VI : LA LOI APPLICABLE ET LA JURIDICTION COMPETENTE AUX CONTRATS DU COMMERCE ELECTRONIQUE**

Les contrats du commerce électronique tombent dans une large mesure dans la catégorie des contrats commerciaux internationaux avec les difficultés que cela soulève.

### **Section 1. Les problèmes posés par le contrat commercial international (conclu par voie électronique)**

#### **1. Les données principales de la problématique**

Si un contrat est conclu via l'Internet ou un autre réseau (commande par échange d'e-mails, via un formulaire d'achat sur le web, par téléphone mobile etc.) entre des personnes établies dans des Etats différents, et qu'un litige survient entre elles (défaut de livraison par le cybervendeur, défaut de paiement dans le chef de l'acheteur etc.), la partie qui entend engager des poursuites judiciaires devra en premier lieu identifier le tribunal compétent pour connaître de l'affaire, et ensuite la loi qui régira le litige<sup>445</sup>.

Vendre, prêter, assurer, transporter... tout peut devenir opération du commerce international. En effet, le commerce international donne lieu à des opérations à caractère juridique entre les différents acteurs du commerce international. Ces opérations sont généralement les opérations d'échange des biens, de prestation de service, de crédit et de financement des échanges. Toutes ces opérations se déroulent à travers les Etats dont les différentes législations peuvent avoir quelques difficultés à les régir. C'est là une source de difficulté compte tenu du fait qu'il n'existe pas de législateur universel habilité à formuler des règles pouvant s'appliquer à de telles opérations.

Le problème qui se pose ici est celui de la loi applicable aux opérations du commerce international. Deux méthodes ont été utilisées pour venir à bout de ces difficultés :

---

<sup>445</sup> Thibault Verbiest, « Commerce électronique : loi applicable et juridiction compétente (une synthèse) », 21 octobre 2002, in Portail du Droit des Nouvelles Technologies, in <http://www.droit-technologie.org/actuality-590/commerce-electronique-loi-applicable-et-jurisdiction-competente-une.html>

- soit recourir aux techniques du droit international privé et principalement à la technique de conflits des lois ;
- soit unifier les différentes législations dans des matières précises. Ces deux techniques ou méthodes sont cumulativement appliquées en droit du commerce international.<sup>446</sup>

Autrement dit, le régime des opérations du commerce international émane de deux sources : le droit uniforme (étatique et professionnel) et le règlement des conflits.

## **2. Les problèmes spécifiques du Contrat commercial international**

### ***a. La qualification du contrat international : une définition difficile***

Si la principale question soulevée par le contrat commercial international est celle de la recherche du Droit qui lui est applicable, il y a néanmoins une question préalable qu'il faut résoudre. Celle-ci est relative à la définition même du contrat commercial international. En d'autres termes, il s'agit de déterminer les critères selon lesquels un contrat peut être qualifié de contrat international.

Le problème du droit applicable ne se pose que pour un contrat interne. En effet, lorsque le contrat est interne, il est soumis au droit interne. D'où la nécessité de pouvoir distinguer un contrat interne d'un contrat international.

Dans beaucoup de pays, il n'existe pas de texte définissant le contrat international. Même la convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels est muette sur la définition du contrat international.

La jurisprudence française a essayé de définir le contrat international dans un arrêt rendu par la cour de cassation en 1930. En effet, la Haute cour avait décidé qu'il était licite d'opter une clause prohibée par la loi française « si le contrat mettant en jeu les intérêts du commerce international était soumis à une loi étrangère ».

Selon la Cour de cassation, le contrat international est, selon cette décision, le contrat qui met en jeu les intérêts du commerce

---

<sup>446</sup> Grégoire Bakandja wa Mpungu, *Le Droit du commerce international: les peurs justifiées de l'Afrique face à la mondialisation*, Afrique Editions / De Boeck&Larcier, Kinshasa/Paris, Bruxelles, 2001, p. 121

international. Si l'on prend en compte l'ensemble de ces éléments, on peut définir le contrat international comme étant celui dont le point de rattachement ou le centre de gravité ne sont pas enfermés dans le cadre d'un seul Etat. On peut également le définir comme un contrat qui a des liens avec deux ou plusieurs Etats en vertu des actes relatifs à sa conclusion et à son exécution, à la localisation de son objet et accessoirement à la nationalité des parties ou du lieu de leur domicile<sup>447</sup>.

C'est une définition plus juridique que celle de la jurisprudence.

Toutefois, la logique marchande se heurte à de sérieuses difficultés dans le cyberspace. Il n'est pas besoin d'insister sur les qualités particulières du cybermonde qui rendent difficiles l'application des règles juridiques classiques : délocalisation, intangibilité, caractère résolument international des échanges, méconnaissance des frontières nationales et, partant du principe de la territorialité même de l'exercice de souveraineté nationale, anonymat, etc., toutes ces difficultés font du cyberspace un lieu peu sûr sur le plan juridique<sup>448</sup>.

#### ***b. Le droit applicable au contrat (électronique) international***

Il appartient à chaque Etat de déterminer quelle est la loi applicable au contrat international. C'est grâce à une règle de conflit que cette désignation de la loi applicable se réalise. La plupart des systèmes juridiques nationaux adoptent la solution qui consiste à soumettre le contrat international à la loi expressément ou implicitement désignée par les parties au contrat. C'est l'application du « principe de la loi d'autonomie », principe consacré en jurisprudence dans les systèmes de tradition française depuis le début du XXe siècle.

On admet que la loi applicable au contrat tant en ce qui concerne leur formation, que leurs effets et conditions est celle que les parties ont adoptées. Cette règle s'applique au fond du contrat.

En revanche, cette liberté reconnue aux individus de choisir la loi applicable à leur contrat comporte des limites :

---

<sup>447</sup> V. Fontaine, M. Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction des clauses, Paris, LGDI, 1989

<sup>448</sup> Benyekhlef, Karim, « Commerce électronique : Normes et politiques », in Policy Options politiques, juin 1998, vol.19, no.5 Gouvernement du Canada, The Canadian, p. 12



- d'une part, il n'est pas permis aux parties d'écarter l'application des règles internationales réglementant impérativement certains contrats lorsque ces règles réalisent les conditions de leur application ;
- d'autre part, il est admis que la volonté des parties dans le choix du droit applicable ne saurait être arbitraire, c'est-à-dire que les parties doivent choisir un droit qui présente un lien avec le contrat.

Sous réserve de ces deux atténuations, le juge doit appliquer la loi choisie par les parties. Mais, à supposer que les parties n'aient choisi expressément aucune loi pour régir leurs relations contractuelles. Il se pose alors le problème de savoir quelle loi va devoir appliquer le juge lorsqu'un litige survient entre les parties.

C'est pour dire que le commerçant international est un citoyen privilégié. Il est libre de choisir le juge qui sera compétent pour traiter le litige issu du contrat international qu'il a signé. Il peut aussi préférer confier le règlement de ses différends à une justice privée et professionnelle.

L'inobservation des règles professionnelles pourrait aussi être sanctionnée non par les tribunaux étatiques mais par des juridictions arbitrales. La *lex mercatoria* serait constituée par des règles élaborées par certaines associations professionnelles pour les branches données du commerce international. Il en est ainsi de l'association des vendeurs de céréales-contrat type. Mais le véritable problème que pose la *lex mercatoria* est celui de savoir si les Etats sont prêts à sacrifier une parcelle de leur souveraineté au profit des personnes privées.

***c. Un mot sur les conventions applicables<sup>449</sup> aux contrats électroniques internationaux***

- *La convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes mobilières internationales*

La convention de la Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes mobilières internationales est d'un intérêt mineur dans la mesure où elle ne lie plus que neuf pays. La Belgique et la France l'ont toutes deux dénoncées. Nous retiendrons que : la convention s'applique au

---

<sup>449</sup> Thibault Verbiest et Etienne Wery, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Larcier, Bruxelles, 2001, p. 501.

consommateur<sup>450</sup>. En l'absence de choix par les parties, la loi applicable est celle de la résidence habituelle du vendeur ; s'agissant du commerce électronique, elle ne s'appliquera pas en cas de prestation de services ou de vente par téléchargement dans la mesure où elle ne vise que la vente d'objets mobiliers corporels.

- *La convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises*

La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises a été élaborée sous l'égide des Nations Unies. Elle lie une quarantaine de pays et vise à instituer des règles matérielles uniformes concernant la vente internationale de marchandises (règles de formation du contrat, du contenu des obligations de chacune des parties, de la modification et de la fin du contrat). La convention n'est pas une convention sur le droit international privé, elle ne désigne donc ni le juge compétent ni la loi applicable.

La convention s'applique aux ventes entre professionnels (B2B: business to business) et aux ventes entre non-professionnels (C2C : consumer to consumer). Les ventes entre professionnels et consommateurs (B2C ; business to consumer) ne sont pas soumises à la convention (art.2). La convention de Vienne régit les contrats de vente de biens mobiliers<sup>451</sup>, dans la mesure où ils sont conclus entre deux parties qui ont leur établissement dans les Etats membres différents, ou dès lors que le droit d'un Etat contractant est applicable<sup>452</sup>.

Ainsi, dans les ventes franco-belges, les dispositions de la Convention de Vienne s'appliqueront si les parties n'ont rien spécifié quant au droit applicable, ou si elles ont choisi le droit français ou le droit belge. Toutefois, en vertu de l'article 6 de la Convention, les parties ont le droit d'écarter l'application de la Convention en stipulant expressément qu'elles entendent soumettre leur contrat à un droit interne, à l'exclusion des dispositions de la convention.

---

<sup>450</sup> En matière de contrats conclus avec les consommateurs, son application est toutefois écartée par la Convention de Rome.

<sup>451</sup> La Convention de Vienne n'aborde pas les problèmes du transfert de propriété de la chose vendue, de responsabilité du fait du produit en cas de préjudice corporel et de capacité des parties au contrat.

<sup>452</sup> Dans ce cas, les parties doivent être établis dans les Etats différents.

S'agissant du commerce électronique, il faut mentionner l'existence de l'article 13 qui précise que toute référence dans la Convention à la notion d' « écrit » vise également le télégramme et le fax. Les communications électroniques ne sont pas visées, et pour cause la convention datant de 1980. Nous<sup>453</sup> pensons toutefois que l'inclusion de telles communications dans la notion générique d' « écrit » ne devrait pas rencontrer d'objection de principe, étant conforme à la finalité poursuivie par la convention particulièrement suite à l'adoption du projet de loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique<sup>454</sup>.

## **Section 2. Les solutions du Droit communautaire européen sur le juge compétent et le droit applicable<sup>455</sup>.**

### **1. Juridiction compétente : un régime européen récemment modifié**

En matière de compétence juridictionnelle, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, a été remplacée par un Règlement communautaire du Conseil du 22 décembre 2000 « concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ».

Ce Règlement, qui est directement applicable et dont l'une des finalités est de tenir compte des spécificités du commerce électronique, est entré en vigueur au 1er mars 2002 pour tous les Etats membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark qui a décidé de ne pas souscrire à cette réglementation).

Dans les Etats de l'AELE (notamment la Suisse), la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 reste applicable, mais devrait sous peu être mise en concordance avec le nouveau Règlement communautaire.

#### ***a. La compétence des tribunaux et contrats en ligne***

Conformément à l'article 2 du Règlement de Bruxelles, le critère de compétence général est déterminé par le territoire du domicile

<sup>453</sup> Les auteurs et notre point de vue aussi.

<sup>454</sup> Voyez p. ex., Commission des Nations Unies pour le Droit international, Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-troisième session (New York, 29 juin – 10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998. Voy. <http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm>

<sup>455</sup> Le contenu de la section est recopié du pertinent et complet article de Thibault Verbiest, Commerce électronique : loi applicable et juridiction compétente (une synthèse) – du même auteur "Responsabilité sur Internet : loi applicable et compétente" in [www.droitnouvellestechologies.com](http://www.droitnouvellestechologies.com)

du défendeur : les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.

L'article 5, alinéa 1 donne compétence « au tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à l'action a été ou doit être exécutée ». Le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse s'avérera difficile à déterminer lorsque l'exécution a lieu en ligne, par exemple en cas de téléchargement d'un logiciel. S'agira-t-il du lieu où est situé, au moment de l'exécution, le serveur du vendeur ou de son hébergeur depuis lequel le téléchargement est opéré, ou s'agira-t-il du lieu où est situé l'ordinateur (voire le téléphone portable !) de l'acheteur ?

Le Règlement communautaire distingue à cet égard la vente de marchandises de la fourniture de services. Lorsqu'il s'agit d'une vente de marchandises, le lieu d'exécution sera celui où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées. En ce qui concerne la fourniture de services, ce lieu sera celui où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. Dès lors, dans l'hypothèse d'une exécution en ligne, sera compétent le juge du lieu où ont été reçues les données téléchargées et non le juge du lieu depuis lequel elles ont été envoyées.

***b. Les clauses de prorogation de compétence en ligne***

Les parties peuvent déroger à ces principes en convenant d'une clause attributive de compétence (sous réserve de la protection spéciale instituée au profit des consommateurs, comme exposé infra).

Des conditions de forme sont toutefois requises. Ainsi, la convention attributive de juridiction, pour être valable, doit notamment être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite.

Le Règlement précise à cet égard que « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

La conclusion de conditions en ligne contenant une clause attributive de juridiction sera indubitablement valable si les conditions sont confirmées par l'envoi d'un courrier électronique, dans la mesure où il s'agira d'une information consultable ultérieurement sur le disque dur de l'ordinateur de l'acheteur, tandis que le seul affichage à l'écran des conditions, suivi de leur impression à titre d'archivage, sera probablement jugé insuffisant.

## **2. Les tribunaux compétents et contrats conclus avec les consommateurs**

Le consommateur est la personne qui s'engage dans un contrat pour un usage qui peut être considéré comme étranger à son activité professionnelle.

Sans préjudice du droit pour les parties d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originaire, l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie (le vendeur via un site web, par exemple) ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, tandis que l'action intentée par le consommateur contre l'autre partie peut être portée, à sa discrétion, soit devant les tribunaux de son domicile soit devant ceux du domicile de l'autre partie, et ce dans les hypothèses suivantes :

- lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ;
- lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liée au financement d'une vente de tels objets ;
- lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales et professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre, ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Le Règlement communautaire substitue au critère du démarchage préalable par le fournisseur consacré par la Convention de Bruxelles celui « d'activités dirigées » vers l'État membre du consommateur ou « vers plusieurs pays dont cet État membre ».

Ainsi, lorsqu'un consommateur de l'Union européenne achètera un CD sur un site étranger, il pourra toujours saisir ses tribunaux nationaux (même si les conditions générales du site prévoient la compétence exclusive des tribunaux du domicile du cyber-vendeur) dès lors que le site « dirige » ses activités vers le pays de l'acheteur (ou plusieurs pays dont le sien).

Une déclaration du Conseil de l'Europe précise à cet égard : « que le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent ».

Le Parlement européen avait, quant à lui, adopté le 21 septembre 2000 une résolution plus tranchée : « la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un État membre constitue une activité dirigée vers cet État lorsque le site commercial en ligne est un site actif en ce sens que l'opérateur dirige intentionnellement son activité, de façon substantielle, vers cet autre État.

***a. La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles***

Les États membres de la Communauté économique européenne ont adopté la Convention de Rome du 19 juin 1980 afin d'instaurer des règles communes de désignation de la loi applicable aux obligations contractuelles.

La Convention de Rome consacre le principe fondamental de la « loi d'autonomie » qui stipule que les parties sont en principe libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, et ce même si la loi qu'elles désignent n'a aucun lien avec le contrat (sous réserve d'une fraude à la loi, et de l'application par le juge saisi de ses lois de police ou d'ordre public).

A défaut de choix des parties sur la loi applicable à leur contrat, la Convention de Rome désigne la loi « du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits » (article 4 alinéa 1er).

L'article 4 alinéa 2 présume que « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale.

Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement ».

Dans un contrat de vente par voie électronique, la prestation caractéristique sera toujours la livraison du bien par le vendeur. La loi applicable sera donc celle du pays de son domicile au moment de la conclusion du contrat.

***b. Loi applicable aux contrats conclus avec les consommateurs***

L'article 5.2 introduit une importante dérogation au principe de l'autonomie de la volonté : la liberté de choix ne peut pas avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle dès lors que l'une des deux hypothèses suivantes est rencontrée :

- la conclusion du contrat a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
- le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande dans ce pays.

L'on rangera parmi les « lois impératives » notamment la loi du 14 juillet 1991 sur la protection du consommateur en Belgique et le Code de la consommation en France

Sur l'Internet, il est très délicat de déterminer dans quelle mesure la conclusion du contrat en ligne a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité par voie électronique.

Certains insistent sur le fait qu'en naviguant sur le web, le consommateur se rend lui-même sur le site où s'opère la transaction et décide d'y conclure un contrat, ce qui constitue donc dans le chef du prestataire une attitude « passive » qui échappe à l'application de l'article 5.2 de la Convention de Rome. Opérant un raccourci, ceux-ci limitent généralement l'article 5.2 aux offres non sollicitées envoyées par courriers électroniques (le prestataire adopte alors une attitude « active »). Pareille analyse doit être nuancée.

S'il est vrai que le simple fait de se rendre volontairement sur le site web d'un fournisseur est insuffisant à caractériser dans son chef une prestation « active », il faut toutefois avoir égard aux nombreuses autres possibilités techniques de démarchage qu'offre l'Internet.

A titre illustratif, un prestataire peut, avec l'aide d'une société de marketing spécialisée en la matière, faire en sorte qu'une bannière renvoyant directement à son site transactionnel apparaisse à l'écran d'un moteur de recherche lié à la société de marketing, chaque fois qu'un internaute introduit un mot clé évocateur des services offerts par le prestataire dans la fenêtre de soumission du moteur.

Il semble que cette technique, de plus en plus couramment utilisée, relève de l'attitude active visée à l'article 5.2 de la Convention de Rome. En effet, l'internaute n'est initialement pas demandeur du service proposé. Toutefois, en pratique, il sera souvent difficile, voire impossible, pour le consommateur de prouver qu'il a acheté tel bien ou souscrit tel service suite à l'apparition de cette bannière publicitaire par définition fugace, plutôt que consécutivement à une recherche volontaire.

Cela étant posé, contrairement à l'avis de certains auteurs, il nous semble excessif de considérer que toute publicité susceptible d'être reçue dans l'État du consommateur justifie la mise en œuvre de la protection spéciale du consommateur instituée par l'article 5 de la Convention. En effet, sauf à dénaturer complètement l'esprit de la protection instituée par article 5 de la Convention, la publicité préalable doit être conçue comme une invitation spécifiquement dirigée vers le consommateur.

Cette question connaîtra probablement des rebondissements. S'agissant de la question de la juridiction compétente, le Règlement de Bruxelles supprime le critère du démarchage au profit de celui d'« activités dirigées ». Certaines voix se font déjà entendre pour étendre ce critère à la question de la loi applicable aux contrats conclus avec les consommateurs dans le cadre de la future révision de la Convention de Rome (dont les travaux ont déjà commencé).

### ***c. La directive sur le commerce électronique et la clause du marché intérieur***

L'article 3.1 de la directive sur le commerce électronique stipule que « Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournies par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné ».



Toutefois, l'article 3.3 prend soin de préciser que cette disposition ne s'applique pas aux domaines visés à l'annexe, dans laquelle on retrouve « les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs».

Les États membres peuvent en outre prendre des mesures qui dérogent à la clause de marché intérieur si le but poursuivi est la protection de l'ordre public, de la santé publique, de la sécurité publique ou la protection des consommateurs, pour autant que ces mesures visent spécifiquement le service qui représente un danger pour ces objectifs et que la mesure soit proportionnelle à ces objectifs. Ces mesures sont soigneusement contrôlées par la Commission européenne grâce à un système de notification.

Par ailleurs, l'article premier prend soin de souligner que la directive « n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions »

**IV<sup>ème</sup> PARTIE :**

**LA SECURITE JURIDIQUE DES TRANSACTIONS ET  
INTERETS DANS LE CYBERMONDE**



## **CHAPITRE VII : L'OBJET DES DEFIS AU CENTRE DES PREOCCUPATIONS DE SECURITE JURIDIQUE DANS LE CYBERMONDE**

L'objet du présent chapitre est de présenter les grands défis de sécurité juridique du cyberspace<sup>456</sup>. Ces défis de sécurité juridique tiennent lieu de plusieurs facteurs qui peuvent paraître hétéroclites, mais qui pris globalement équivalent au type spécial de société en présence, le cyberspace. Parmi ces défis, il apparaît un dénominateur commun la nouveauté des phénomènes du cyberspace qui ne permet pas toujours de trouver des réponses claires et tranchées dans le Droit. Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur le fait que le Droit étant un rempart commun pour tous et pour chacun, la porosité de ce rempart est porteuse d'insécurité juridique.

Ce chapitre a pour objet de retracer les différentes facettes de la problématique de sécurité juridique que suscitent le cybermonde lui-même, les transactions qui s'y déroulent et les intérêts qu'il contient. Cette problématique pour le cybermonde en tant que contenant est étudiée sous le titre « Sécurité et cyberordre juridiques », tandis que la problématique liée au contenu du cybermonde est étudiée sous le titre « Phénomènes du cybermonde objet de sécurité juridique ».

### **Section 1. Sécurité et Cyberordre juridiques**

#### **1. Société de l'information et ordre juridique**

La société<sup>457</sup>, comprise comme milieu humain de vie, a subi de nombreuses migrations, depuis la société primitive de type féodal, en passant par la société industrialisée et la société de consommation, jusqu'à l'émergence à ce jour de la société de l'information. Quel que soit le stade d'évolution de la société, un dénominateur commun demeure, à savoir : l'interaction humaine.

---

<sup>456</sup> Le second chapitre par ailleurs apportera ensuite la lumière sur les efforts entrepris sur le plan juridique pour donner des réponses à ces phénomènes en vue de créer, d'une manière générale, la confiance et la paix sociale dans le cyberspace.

<sup>457</sup> Pris au sens premier d'ensemble d'individus vivant en groupe organisé, un milieu humain de vie caractérisé par ses institutions, ses lois et ses règles. De ce point de vue, elle peut être dite Sociétés primitive, féodale, capitaliste. (Le petit Larousse illustré, 2004, p. 946)

Ce postulat place l'homme au centre des préoccupations de la société et, partant, du droit qui régit la vie en société. La sécurité recherchée l'est pour le bien et le service de l'homme. « Quel que soit le milieu social où il s'applique le droit a le même fondement parce qu'il a toujours la même fin : il vise partout l'homme et rien que l'homme. Cela est tellement évident, qu'il serait inutile d'y insister si les brumes de la souveraineté n'avaient pas obscurci les vérités les plus élémentaires ».

Le développement des rapports sociaux a trouvé un terrain de prédilection dans la toile d'araignée mondiale, le World Wide Web, le Net. Ce phénomène de type nouveau soulève un questionnement sur ce milieu humain dématérialisé qui sert de milieu propice au déroulement de ces rapports sociaux. Il en est de même des règles et institutions qui au sein de ce milieu tendent à garantir le bien-être et la paix sociale en ligne.

Seulement, le développement fulgurant de l'Internet et des autres supports de transactions électroniques place en avance le fait par rapport au droit. Dans le phénomène de globalisation de l'économie mondiale, l'Internet est un outil idoine de « fédération » de la population mondiale. Cet outil est d'autant plus puissant qu'il transcende les contraintes naturelles pour accorder des gains de temps et d'efforts considérables dans le déroulement de l'activité humaine. « Au fur et à mesure que le cyberspace devient un milieu de vie, s'accroît l'importance d'y trouver des règles du jeu adaptées et équilibrées »<sup>458</sup>, soulignait Pierre Trudel pour marquer l'incontournable cyberdroit devant régir le cyberspace.

Le concept de sécurité peut être envisagé dans le fait comme dans l'esprit. Dans le fait, il correspond à la situation de ce qui se trouve protégé. Dans l'esprit, il correspond au sentiment de confiance en cette situation. « S'il est vrai qu'il n'existe pas de société humaine sans droit, la société de l'information ne peut pas se concevoir sans cyberdroit. En effet, le droit est un procédé de mise en ordre social qui procède d'un double mouvement d'une part d'affirmation de valeurs et d'autre part de

---

<sup>458</sup> P. Trudel et alii, *Droit du cyberspace*, Université de Montréal, Ed. Thémis, 1997.

disqualification de l'envers ou de la transgression de la valeur »<sup>459</sup>. De ce point de vue, la sécurité juridique se confond avec l'ordre social établi.

Dans toute société organisée, les relations humaines se développent sous un ordre juridique établi. L'ordre juridique se caractérise par les règles qui s'imposent avec une force particulière et par extension celles qui présentent ce caractère obligatoire. De cette précision se dégagent deux considérations qui nous semblent importantes à retenir pour la suite de notre réflexion. L'ordre juridique correspond à la norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions. Il s'agit là d'une limite à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elle protège contre les abus de la liberté. L'ordre public tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache<sup>460</sup>.

Les sujets de cet ordre juridique se plient à ses exigences moins dans la mesure de leur conviction sur son bien-fondé que dans la mesure des moyens de coercition qui s'y rattachent. Si, chacun pouvait se soustraire à la contrainte publique, voire à la clameur publique, le respect de l'ordre public en serait gravement affecté.

« La différence d'avec l'ordre public classique, c'est qu'il est saisissable dès l'instant qu'il atteint un certain niveau de précision alors que le cyberordre juridique obéit au paradigme du flou et vogue vers l'infini »<sup>461</sup>. La société de l'information pose avec acuité la question d'insécurité juridique du simple fait de la non rigidité des règles devant s'y appliquer en vue de garantir le bien commun.

## **2. Le cyberspace et sécurité juridique**

Autant il est vrai que l'homme peut s'offrir dans ses pensées l'accès à un univers intérieur, solitaire et intime ; autant il est vrai que le simple clic de souris d'un ordinateur peut transporter l'individu dans un univers cybernétique à la rencontre de ses pairs internautes.

---

<sup>459</sup> Lascoumes (P) et Poncela (P) cités par Abdoullah Cissé, *Objet du droit du cyberspace*, cours de Master en droit du cyberspace, UGB, 2005-2006 [Inédit]

<sup>460</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire des termes juridiques*.

<sup>461</sup> A. Cissé, « L'art de réformer ou la construction d'un nouveau droit dans la pensée de Mireille Delmas-Marty », in Mireille Delmas-Marty et les années UMR, *Société de législation comparée*, 2005, Vol. 9, pp. 133-143. Si, comme disait Vareilles Sommières, l'ordre public est un « supplice pour l'esprit », le cyberordre juridique dicte aux juristes d'inventer une nouvelle approche du droit qui soit plus en adéquation avec l'objet étudié dans le cyberspace.

L'Internet est une composante essentielle du cyberspace, qui lui-même est une composante de la société de l'information. Dans le cyberspace, l'espace physique s'estompe, le temps devient une variable, les machines et les réseaux deviennent les interfaces permettant aux citoyens du monde libre de communiquer depuis toutes les régions habitées du globe. Le cyberspace est un type de milieu social intégré et globalisant. Sa configuration pose d'emblée des préoccupations quant à ses principes d'accès universel et quant aux garanties qui sont attachées aux valeurs fondamentales de ce milieu. La hiérarchie de ces valeurs laisse culminer l'information qui est l'objet et l'objectif d'accès à cette sphère publique par excellence.

« Le cyberspace est par essence un outil jailli de la mise en réseau des ordinateurs. Un outil étrange, qui se contient lui-même. Il lit et écrit les langages formels, les codes en binaire pour opérer. Il répond à nos demandes lorsqu'elles sont conformes à ses règles. Il est capable d'autorégulation, de décision, d'évolution, d'autonomie (...) »<sup>462</sup>. Il s'agit d'un « espace numérique, avec Internet comme exemple le plus représentatif, d'un « espace médiatique qui se construit dans le Web, les forums, les chats et d'autres applications informatiques de télécommunications (SMS, MMS, appels téléphoniques.). « En tant que machine universelle, l'ordinateur ouvre un champ du possible qui n'est limité que par notre capacité « rhétorique » de programmer - un art en mutation permanente »<sup>463</sup>.

Le transbordement dans le cyberspace place l'homme bien au-delà de l'espace physique circonscrit dans les frontières administratives. Le contraste est évident : l'espace, qui en Droit public correspond au territoire, présente le caractère de support matériel, géographique, visible et préhensible. En revanche, le cyberspace procède d'un substrat immatériel dont l'architecture est formée des programmes informatiques, des mailles d'interconnexion et des ordinateurs localisés sur le territoire de plusieurs Etats et reliés les uns aux autres en toute autonomie.

---

<sup>462</sup> Michaël Thévenet, « Autour du cyberspace, esquisse pour un approfondissement du dialogue humain-machine », Mémoire de DEA "Enjeux sociaux et technologies de la communication", Université Paris-8 Vincennes-Saint-Denis, 2002-2003, p. 6.

<sup>463</sup> Bernhard Rieder, op.cit.

Il est évident que le cyberspace nous sort des limites du territoire national sur lequel l'Etat déploie traditionnellement les moyens de contrainte publique et exerce sa puissance publique pour faire régner l'ordre public. Il se pose précisément la question de l'ordre juridique qui règne dans un tel environnement en vue de régir les rapports sociaux qui s'y tissent. Aujourd'hui, « la société de l'information dicte à la technique juridique la reconnaissance de nouveaux phénomènes. (...) Le cyberspace est un espace, de type nouveau, dominé par une nouvelle rationalité, celle de la cybernétique »<sup>464</sup>.

La théorie du Léviathan ou encore celle du contrat social<sup>465</sup> a fait de l'être juridique, qu'est l'Etat, le gardien du bien commun et le garant des libertés publiques. Pour ce faire, l'Etat secrète des règles (droit objectif) dont la finalité ontologique est d'assurer l'ordre en société, partant de la sécurité publique. Le droit s'avère pour chacun le rempart commun, car le jour où l'obligation légale fut imposée, la liberté naquit. Cette schématisation de l'ordre juridique des sociétés contemporaines, construite autour d'un idéal de droit projeté par l'Etat, a connu une grande mutation par l'usage des technologies de diffusion de l'information et de réception de feedback, les TIC.

Le cyberspace offre également plusieurs facilités aux individus à savoir : le moindre coût d'accès, l'anonymat, le gain de temps, l'accès universel à la société de l'information, etc. Ces facilités peuvent être utilisées pour l'essor des activités licites tout autant qu'elles peuvent servir pour des fins criminelles et immorales. Puisque l'humanité demeure la même en dépit des outils à sa portée, il convient de saisir les

---

<sup>464</sup> Cybernétique, « Employé à l'origine dans le roman neuromancien de William Gibson, édité en 1984, traitant de la mise en réseau d'ordinateurs intelligents » [www.avodroits-ntic.com/lexique.cgi](http://www.avodroits-ntic.com/lexique.cgi)

<sup>465</sup> Thomas Hobbes *Le Léviathan, ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, an 1651. Ce livre traite de la structure de la société, comme le montre l'allégorie sur le frontispice représentant l'Etat-nation composé des individus. Hobbes y discute la thèse d'un contrat social et de règles venant d'un souverain. Il développa l'idée selon laquelle, que ce soit le chaos ou la guerre civile, ces situations relèvent de l'Etat de nature et de la (désormais) célèbre formule *Bellum omnium contra omnes* (« guerre de tous contre tous » en latin), et ne peuvent être évitées que par un solide gouvernement central. A partir du moment où le contrat social est fait pour instituer un Etat cherchant à assurer « la paix et la sécurité » des citoyens, le contrat s'annulerait dès l'instant où un gouvernement cesserait de protéger la population, comme la raison pour se soumettre disparaîtrait. En vertu de ce fait, l'homme retournerait automatiquement à un état de nature, jusqu'à ce qu'un nouveau contrat soit proposé. [http://fr.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9viathan\\_%28Hobbes%29](http://fr.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9viathan_%28Hobbes%29)



considérations d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou d'ordre économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une transaction, concernent, attirent, préoccupent une personne.

L'activité de l'homme ne se déroule pas sans danger pour soi, pour la société ou pour autrui. L'utilisation des moyens technologiques a davantage accru la préoccupation de disposer de mécanismes garantissant à tous et à chacun la sauvegarde des valeurs patrimoniales et extrapatrimoniales qui sont aujourd'hui cruellement exposées aux risques inhérents au commerce juridique dans le cyberspace. Le rôle du droit est de premier ordre dans la recherche de cette confiance dans le cyberspace. Le droit contribue à la mise en place d'un cadre protecteur pour l'exercice de la libre entreprise dans l'environnement numérique.

## **Section 2. Les phénomènes du cybermonde objet de sécurité juridique**

### **1. Les transactions et intérêts de l'espace numérique**

Il y a lieu de faire cas d'une approche simpliste consistant à considérer l'activité informatique dans le cyberspace comme des transactions dans un espace imaginaire, à l'instar d'Alice au pays des merveilles peut-être. Il n'en demeure pas moins que l'imaginaire dans le cyberspace est virtuel, mais porteur d'effets tangibles dans la sphère économique, sociale, culturelle et matérielle. Les activités du cyberspace font partie du quotidien des individus.

L'état actuel du Droit se caractérise par un effort considérable d'appréhension juridique aussi bien du cyberspace lui-même que du contenu de cet espace virtuel. Certes, l'approche simpliste, voire absurde, serait celle qui se limiterait à la métaphore d'un monde imaginaire, fréquenté d'illuminés passionnés d'un media informatique. Les TIC constituent le moteur visible de la « révolution numérique »<sup>466</sup> derrière lequel n'est pas toujours perceptible l'intelligence artificielle (l'information et son traitement), le moteur immatériel de ladite révolution.

---

<sup>466</sup> En accord avec une citation du Doyen Yves Poulet (Directeur du Centre de Recherche Informatique et Droit des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur (Belgique), nous penchons plutôt sur la relativité de cette révolution numérique, qui semble davantage être une évolution numérique. Selon le Doyen Y. Poulet, « l'informatique, et plus largement les technologies de l'information et de la communication, invitent bien plus à une relecture du droit qu'à une révolution ».

Notre réflexion ne se focalisera pas uniquement sur les moyens matériels des TIC qui constituent la partie émergente d'une réalité dématérialisée. La passerelle vers ce monde parallèle est le moyen et non la fin du processus de mise en réseau des valeurs recherchées par les utilisateurs des TIC.

Les moyens matériels et organisations structurelles qui sont actuellement standardisées sous forme de protocole permettent d'accéder aux valeurs marchandes et non marchandes qui, dans le cyberspace, servent à la satisfaction des besoins de l'utilisateur des TIC. Les medias utilisés sont les mêmes par tous, mais les valeurs recherchées sont diverses<sup>467</sup>.

Néanmoins, dans leur diversité, ces valeurs concernent exclusivement les personnes et les choses. Les opérations qui se déroulent dans le cyberspace sont donc classifiables par rapport à ces deux axes. Par conséquent, de ces deux axes, peut se dégager la trame des rapports qui intéressent exclusivement le droit, à savoir : *primo*, les rapports de sujet de droit à sujet de droit ; *secundo*, les rapports entre sujets de droit et objet de droit ; *tertio*, l'informatique met aux prises les relations d'objet à objet à travers la mise en réseau des ordinateurs et l'interopérabilité des programmes.

La sécurité juridique escomptée est donc celle qui accompagne l'ensemble de ces rapports.

En outre, selon les termes de notre sujet de recherche, les « transactions dans le cyberspace » se rapportent au e-commerce, tandis que les « intérêts dans le cyberspace » se rapportent aux valeurs extrapatrimoniales liées à la personne. S'agissant précisément de ces d'intérêts, le droit du cyberspace est « en quête permanente d'équilibre entre les considérations juridiques et éthiques, le droit et la technologie, les valeurs marchandes et non marchandes ». La nouveauté du phénomène des TIC a provoqué le glissement de nombreux paradigmes

---

<sup>467</sup> Il nous semble bien à propos d'illustrer notre raisonnement par la métaphore d'Henri Bergson, « on a reproché aux américains d'avoir tous le même chapeau. Mais la tête doit passer avant le chapeau. Faites que je puisse meubler ma tête selon mon goût propre, et j'accepterai pour elle le chapeau de tout le monde. » La tête est utile sans le chapeau, mais le chapeau n'a d'utilité que la tête. (Henri Bergson, les deux sources de la Morale et de la Religion, Presses universitaires de France, in Victor BURHENNE et René-François COTTON, Profils et perspectives, 2<sup>ème</sup> édition, Afrique-Edition, Kinshasa, 1999, p. 22)

du droit classique qui a fait penser à une révolution juridique. Les paradigmes de classification du droit (la *suma divisio*) n'épousent pas toujours la forme floue du cyberdroit.<sup>468</sup>

Il se pose donc en définitive un défi de réaligement des boucliers de sécurité juridique lorsque toute la clef de voûte de notre ordonnancement juridique ne circonscrit pas toujours l'ensemble des transactions et intérêts du cyberspace.

## **2. L'émergence de nouveaux centres de pouvoir**

### ***a. Le renversement de la balance des forces entre acteurs***

Il se crée dans le cyberspace un risque permanent de collision entre acteurs disposant des forces et des statuts différents. Ces acteurs sont de nature et de tailles différentes ; il s'agit des Etats, des groupes privés et des cyberconsommateurs. Il serait plus rassurant que la balance des forces se renverse profondément au profit de l'Etat, garant de l'ordre et de la sécurité. Cependant, dans l'environnement dématérialisé, la taille classique de chaque acteur devient relative parce que cet espace procédural ne requiert pas les mêmes doses d'énergie et de moyens pour peser au cours ou à l'issue de l'interaction.

A titre d'exemple, si, sur son espace physique, l'Etat exerce tous les attributs de la souveraineté sur les autres acteurs, ces rapports de sujétion se renversent considérablement dans le cyberspace. Les groupements économiques privés<sup>469</sup> ont consenti de gros investissements dans la construction des réseaux informatiques, dans les moyens de production de l'information, de sa mise à disposition au public et de son autogestion. De ce fait, les groupes privés sont en avance sur l'Etat. Le « désengagement subséquent <sup>470</sup> » de l'Etat dans ce milieu laisse champs libre aux pratiques « imposées » par les opérateurs privés. L'aile marchante de l'avancée numérique devient le privé qui tire souvent l'Etat sur la remorque.

<sup>468</sup> C'est ainsi qu'on a commencé, devant l'impossibilité de le ranger dans une catégorie connue à saisir ce qu'il n'était pas (droit de l'immatériel) en n'oubliant que l'immatériel ne se limite pas au cyberspace, avant de mettre l'accent sur ce qu'il est (droit du numérique) sans avoir au préalable réduit sa réalité à une de ses facettes (droit de l'informatique) et puis à d'autres comme le droit de l'Internet pour découvrir que celui-ci n'était pas le seul réseau (droit des réseaux) ni le seul médium (droit du multimédia) pour in fine observer tous les efforts s'effondrer, tel un château de cartes, devant la convergence des médias.

<sup>469</sup> Il peut s'agir aussi d'opérateurs économiques, personnes physiques ou d'entités morales. Mais nous ne souhaitons pas désagréger cette composante d'acteurs en vue de mieux illustrer la confrontation entre ces agrégats de l'espace numérique.

<sup>470</sup> Allusion est faite à la déréglementation du secteur des communications électroniques.

Comme en réalité personne ne constitue le noyau de l'univers numérique, les acteurs évoluent comme des électrons libres dont les orbites les moins floues trouvent leur contour dans les limites de la norme technique. La lutte entre acteurs étatiques et privés du cyberspace place les cyberconsommateurs dans une situation très délicate. Dans ce contexte, les cyberconsommateurs ne bénéficient pas de la même protection que sur le territoire étatique. Le cyberconsommateur ne peut brandir le bouclier d'une législation de source étatique qui elle-même s'avère : soit en déphasage par rapport aux faits, soit en déficit de coercition, soit en défaut d'opposabilité. Cet état des choses est donc porteur d'insécurité juridique au sein du cyberspace.

***b. L'hégémonie d'un nouveau type de pouvoir : l'information***

Aux cotés des autres composantes de la société de l'information que sont le cyberspace et ses acteurs, il apparaît une composante essentielle qu'est l'information. Le cyberspace est un espace dans lequel l'information constitue la ressource économique stratégique par excellence. L'information est la composante centrale pour laquelle le cyberspace est et autour de laquelle les autres acteurs existent dans le cyberspace. L'information devient le centre du pouvoir dans le cyberspace. L'enjeu est de la contrôler ou du moins d'y accéder. Les technologies sont les instruments au service de l'information dans sa forme interactive ou non interactive dans sa nature publique ou confidentielle.

Au-delà du fait que l'information devient un bien et un service, il est une véritable source de pouvoir dans l'espace numérique. L'Etat est loin de disposer du monopole de contrôle de cet attribut du pouvoir. Ce qui renverse les rapports des forces auquel l'Etat est confronté par rapport aux autres sujets. Du rôle de législateur, il devient régulateur dont l'autorité précaire est constamment remise en question par des arguments factuels. Il arrive constamment que l'Etat lui-même devienne l'utilisateur des applications offertes par le cyberspace et que lui-même ait besoin des garanties technologiques mises à sa disposition par l'état de la technique dont il n'est pas le maître absolu.

Que devient la notion d'intérêt général ? L'intérêt général a ceci de sécurisant qu'il permet de niveler les intérêts particuliers toujours en deçà du « droit de la force ». Le constat dans le cyberspace démontre

que l'intérêt général est supplanté par un faisceau d'intérêts privés difficilement convergents. Les impératifs économiques dictés par les opérateurs privés supplantent la recherche de l'intérêt général cher aux collectivités publiques de type étatique. Comme le souligne à juste titre l'UNESCO, « il existe un risque sérieux que les impératifs économiques du commerce électronique ne conduisent à des compromis avec les droits de l'homme et les libertés fondamentales malgré leur caractère universel, inaliénable et indivisible »<sup>471</sup>.

Certains auteurs (G. Braibant, H. Maisl), devant l'expansion et l'emprise grandissante des nouvelles technologies de l'information et des modes de communication de plus en plus compréhensifs, ont même avancé l'idée de droits de l'homme de la quatrième génération, sur un mode très chronologique, proposant d'y inclure notamment l'habeas data, c'est-à-dire le droit de l'individu à la maîtrise des données nominatives le concernant (cfr. Art. 35 de la Constitution portugaise de 1976 telle que révisée en 1982 et 1989)<sup>472</sup>. L'on assiste véritablement à l'explosion informationnelle, au développement du pouvoir de l'information et, partant, de son instrument médiatique, le pouvoir de l'informatique. Ce qui est aussi porteur d'insécurité juridique lorsque l'on connaît les moyens (licites ou illicites) que les hommes déploient pour accéder au pouvoir, en l'espèce celui de l'information.

### ***c. La globalisation et l'accès universel***

Dans l'ordre des intérêts en péril figure l'accès de tous et de chacun au cyberspace. L'insécurité juridique se crée aussi par la différence d'accès de tous les acteurs au cybermonde. Ce qui induit que certains disposent de plus de moyens d'accès à l'information que d'autres. La fracture numérique est porteuse d'insécurité juridique pour les intérêts dans le cyberspace. Quoique immatériel, l'espace numérique se fonde sur le déploiement d'une infrastructure médiatique qui elle-même est conditionnée par des investissements importants. En tant qu'espace, le cyberspace donne lieu à des approches de sectorisation. La différence entre l'hémisphère Nord et l'hémisphère Sud, entre pays

---

<sup>471</sup> [http://www.unesco.org/society/cybersociete/Cyberspace\\_droits\\_homme\\_ecom.htm](http://www.unesco.org/society/cybersociete/Cyberspace_droits_homme_ecom.htm)

<sup>472</sup> Louis FAVOREU et al, Droit des libertés fondamentales, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2002, Paris, page 47

développés et pays en voie de développement, entre pays pauvres et pays riches, a un lien évident sur l'état de déploiement des activités du cyberspace dans les milieux à faible taux de pénétration des TIC. Il va de soi que le faible taux de pénétration rime avec le faible taux de participation au concert du monde numérique. Le Sud ne porte pas assez sa voix au chapitre dans la formation du cyberdroit lui-même. Le danger de déphasage est grand.

Or, la sédimentation de la norme juridique s'avère une source matérielle de constitution de la norme cyberjuridique. C'est-à-dire que c'est au contact avec les réalités du cyberspace, c'est au choc des contradictions que le cyberdroit se forme par le fait des acteurs usant des procédés collaboratifs. Il y a danger pour ceux qui restent à l'écart de ce concert de se voir « obligés » de consommer un « droit importé ». Dans le contexte de mondialisation de l'économie, la fracture numérique est porteuse d'insécurité pour les intérêts des Etats pauvres. Ceux qui sont en dehors de l'espace numérique pour des déficits technologiques ne pourront pas contribuer à la transposition de leur vécu numérique en règles pouvant régir leurs activités et garantir leurs intérêts.

De ce qui précède s'ajoute la faible participation physique de l'Afrique aux forums interrégionaux où se discutent de tels enjeux. L'UNESCO invite les Etats à « promouvoir dans le cyberspace le principe de l'accès universel et abordable, dans l'intérêt de tous, en luttant contre toute barrière de nature privée ou publique à cet accès et en veillant à l'équilibre entre l'intérêt particulier des individus ou des entreprises (comme le droit des auteurs à une juste rémunération) et l'intérêt général de la société (comme la large diffusion des œuvres de l'esprit), équilibre qui constitue le bien commun auquel doit contribuer le cyberspace »<sup>473</sup>. Que deviennent dans ce contexte la garantie des intérêts de l'Africain dans le cyberspace ?

---

<sup>473</sup> [http://www.unesco.org/society/cybersociete/Cyberspace\\_droits\\_homme\\_ecom.htm](http://www.unesco.org/society/cybersociete/Cyberspace_droits_homme_ecom.htm)



## **CHAPITRE VIII : LA SECURISATION DES TRANSACTIONS ET INTERETS DANS LE CYBERESPACE**

Si le chapitre précédent a permis de présenter les grands défis de sécurité juridique du cyberespace, celui-ci apporte la lumière sur les efforts entrepris sur le plan juridique pour donner des réponses à ces phénomènes en vue de créer, d'une manière générale, la confiance et la paix sociale dans le cyberespace.

L'analyse des efforts de sécurisation du cybermonde, de ses transactions et intérêts permet de dégager deux niveaux d'avancement dans leur perfectibilité ou dans leur rigidité en tant que solutions aux questions d'insécurité juridique du cybermonde. D'une part, il y a donc des dispositifs dont la praxis est entièrement nouvelle et qui se trouvent encore à mi-chemin pour devenir des solutions péremptoires face au phénomène cyberespace.

Dans le cadre de notre étude, ces nouveaux dispositifs, nous avons choisi de les titrer « Approches globales de sécurisation du cyberespace ». Il y a, par ailleurs, des dispositifs juridiques qui font leur preuve d'une manière plus franche, mais qui requièrent des derniers réglages par rapport aux particularités que présentent les phénomènes du cyberespace. Ces dispositifs sont tirés et adaptables à partir du droit commun. Nous les avons appelés « Quelques dispositifs rigides de prévention et de répression ».

### **Section 1. Les approches globales de sécurisation du cyberespace**

#### **1. La problématique de détermination de la loi applicable et de la compétence des juridictions nationales pour les transactions en ligne comme source d'insécurité juridique**

##### ***a. Problématique***

Un élément important de la sécurité juridique demeure le principe de la légalité ainsi que la connaissance par un sujet de droit de son juge naturel. Le principe du *nemo censetur ignorare legem*, (nul n'est censé ignorer la loi), s'applique-t-il avec autant d'assurance dans le cyberespace ? Les différents sujets qui interagissent dans le cyberespace ne connaissent souvent pas la nationalité de leurs interlocuteurs, ni les lois en vigueur dans leurs pays respectifs. C'est peut être là une réalité déjà



connue du droit international, mais il y a un paramètre glissant : l'aspect transfrontière qui rend immatériel les transactions elles-mêmes. La « loi du for » ou la « lex loci » peut-elle permettre à un sujet de droit de revendiquer l'application de la loi de son pays en évoquant le fait qu'une transaction électronique s'est faite sur son territoire ? La question n'est pas triviale. L'intérêt de la question peut être illustré en matière de responsabilité sur le point de savoir comment être indemnisé pour un préjudice subi suite d'une transaction passée sur Internet.

En matière de commerce électronique comme dans les autres champs d'activités du web, deux questions juridiques se posent : d'une part, quel est le droit national applicable à une transaction et, d'autre part, le juge national compétent pour connaître du différend qui en découlerait ? Ces questions se posent également dans d'autres domaines, que ce soit celui de la propriété intellectuelle ou celui de la responsabilité civile extracontractuelle. Evidemment les règles du droit international privé peuvent venir en aide à l'interprète. Force est cependant de constater que ces règles s'avèrent difficiles d'application et, plus important encore, les enjeux ne justifient pas toujours le recours aux tribunaux judiciaires.

Or, ce recours et la sanction des droits du plaignant constituent l'objet ultime des règles du droit international privé. Est-il réaliste cependant d'envisager la saisine par un tribunal national d'un désaccord relatif à l'achat électronique d'une collection de disques laser ? De même, une PME québécoise aurait-elle intérêt à intenter un recours judiciaire en Afrique du Sud, par exemple, pour une transaction de 10,000USD alors qu'elle a eu justement recours aux environnements électroniques pour des raisons d'économie ? Il importe dès lors de développer des normes susceptibles de tenir compte des particularités des environnements électroniques<sup>474</sup>.

***b. Les approches de l'OMC sur la « loi applicable »***

Dans le régime de l'OMC, le commerce électronique soulève plusieurs questions difficiles. Pour commencer, il y a deux questions essentielles :

---

<sup>474</sup> Karim Benyekhlef, op. cit, p. 12

- traditionnellement, les transactions transfrontières sont réglées par l'Accord général sur les tarifs et le commerce (GATT) ou par l'Accord général sur le commerce et les services. Comme le commerce électronique implique à la fois des produits électroniques et des services numériques, lequel des deux accords faut-il appliquer ?
- si le commerce électronique est classé parmi les services, doit-il entrer dans le Mode 1 ou dans le Mode 2 ? Le Mode 1 concerne la fourniture de services à travers une frontière, par un fournisseur de services d'un pays donné à un consommateur d'un autre pays, le Mode 2 concerne la « consommation à l'étranger », un client d'un pays se rendant dans un autre pays pour obtenir un service de consultation par exemple.

Le problème concernant la fourniture de services en ligne est que personne ne sait où exactement le consommateur et le fournisseur du service se rencontrent dans le cyberspace. En outre, à ces modes s'appliquent des régimes, des limitations d'engagements et des avantages différents.

De nombreuses positions ont été avancées pour résoudre ces difficultés, notamment les trois options analysées par Tinawi et Berkey (1999) :

1. combiner les services de Mode 1 et de Mode 2 résoudrait le problème de classification, mais créerait un problème plus difficile encore de conciliation des divergences dans les engagements souscrits antérieurement par les Etats en ce qui concerne ces deux modes.
2. une deuxième idée consisterait à créer un nouveau mode pour les services en ligne – le Mode 5 (les Modes 3 et 4 ne s'appliquent pas ici). Cela résoudrait le problème de classification et ne compliquerait pas les engagements existants. Cependant, on ne voit pas clairement si un service en ligne devrait être classé dans le Mode 1, le Mode 2 ou le Mode 5. Par exemple, si un médecin donne une consultation par téléphone, ce service est-il classé comme Mode 1 ou comme Mode 5 ? Le classement change-t-il si cette consultation est acheminée par Internet ?
3. une troisième solution consiste à classer tous les services en ligne comme services de Mode 2, comme le proposent certains chercheurs américains. Cela entraînerait automatiquement un régime commercial très libéral pour le commerce électronique.

- *L'approche de l'harmonisation des lois sur le commerce électronique*

L'expansion du commerce électronique mondial dépend de l'aptitude des participants à obtenir une certitude raisonnable concernant les risques auxquels ils s'exposeraient du fait de leur responsabilité en cas de dommage causé par eux. Les disparités entre les régimes des dommages-intérêts et les incertitudes qui entourent le choix de la juridiction compétente risquent d'alourdir considérablement le coût des litiges qui, en fin de compte, seraient à la charge des consommateurs.

C'est pourquoi, les autorités américaines préconisent l'adoption d'un ensemble international de principes commerciaux uniformes devant régir le commerce électronique, dans des enceintes internationales et notamment à la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI).

La CNUDCI a rédigé une loi type s'appliquant au commerce électronique et favorable à l'utilisation commerciale des contrats internationaux dans ce genre de commerce. La loi type établit des règles et des normes qui valident et attestent les contrats conclus par des moyens électroniques, en fixant des règles s'appliquant par défaut à la formation des contrats. Elle définit aussi les caractéristiques de l'écriture électronique valide et d'un document faisant foi, organise l'acceptabilité des signatures électroniques pour des fins juridiques et commerciales et facilite l'admission de documents informatiques comme commencement de preuve dans les tribunaux et les procédures d'arbitrage.

L'organisation des services de certification fiables facilitant l'utilisation de signatures électroniques, afin de permettre aux usagers de savoir avec qui ils communiquent sur l'Internet, revêt aussi une grande importance.

Pour encourager l'essor d'un environnement commercial électronique fiable, il est indispensable d'harmoniser la législation de la signature électronique. La CNUDCI a élaboré une loi type sur le sujet. Cette loi vise à offrir un cadre permettant de déterminer les attributions et les responsabilités des parties : les détenteurs d'une signature, les parties qui le transmettent et les émetteurs de signature. La loi fixera également une norme pour la reconnaissance des signatures émises à l'étranger, afin d'éviter les pratiques discriminatoires.

Plus de 10 pays ont déjà adopté une loi sur le commerce électronique fondée sur la loi type de la CNUDCI afin d'harmoniser le code commercial pour faciliter le commerce électronique.

Il existe donc déjà sur Internet une pluralité de sources normatives. Les législateurs nationaux, tout comme le secteur privé, ne sauraient ignorer cette réalité. Ils doivent, au contraire, en tenir compte dans l'élaboration de leurs propres normes. Cet entrelacement normatif suppose un jeu constant de permutations entre les différents niveaux de normes. La place du législateur n'est plus prééminent – législateur déclarant du haut de son Olympe les tables de lois – mais apparaît plutôt complémentaire, consolidant. Complémentaire en ce que les principes généraux du droit ne cesseront d'alimenter l'émergence et l'élaboration des normes par les acteurs concernés. Consolidant en ce que le législateur pourra cristalliser dans ses lois les normes acceptées et agréées par la communauté des internautes. Il se dessine alors une sédimentation de la norme qui emprunte sa force à la diversité des ses auteurs.

On ne peut donc aborder la régulation des environnements électroniques uniquement selon les modes normatifs usuels. Les protagonistes doivent alors tenir compte du fait que des normes existent déjà, que d'autres se dessinent et que les auteurs de celles-ci doivent participer activement à l'encadrement juridique du cyberspace.

## **2. La problématique de l'accès universel au cyberspace comme source d'insécurité juridique**

### ***a. Problématique***

Nous vivons une période de transition constante. On peut s'attendre à des augmentations rapides du taux de changement à mesure que la population doublera au cours des prochaines décennies. L'une des principales sources de ce changement est la technologie. Une autre source est la connaissance et l'information. La quantité d'informations dont peut disposer un individu double tous les cinq ans. Toujours davantage de gens, d'instruments, de connaissances. L'avenir nous promet des changements encore plus spectaculaires que ceux que nous avons vécus jusqu'à présent. L'essor de la télématique, comme élément de notre vie quotidienne dans le monde moderne, a marqué le début d'une ère nouvelle, souvent appelée « ère de l'information ». Il n'est pas surprenant

que l'accès à l'Internet ne soit pas distribué de façon strictement aléatoire, mais soit fortement en corrélation avec le niveau de revenu et l'instruction (Coley, Cradler et Engel, 1997). De préoccupantes disparités économiques existent dans cette distribution, ce qui amène Lloyd ancien Président de la Fondation Markle, à parler de « fracture numérique » entre les riches et les pauvres en matière de l'information<sup>475</sup>.

Nous l'avons dit dans le chapitre précédent en rapport avec la conception de la sécurité juridique du cyberspace, que nous assistons à l'émergence du pouvoir de l'information. Ceux qui en possèdent les clefs et les moyens d'accès dans le cybermonde se trouvent en position de dicter leurs rythmes, leurs « lois » (au propre comme au figuré) à l'évolution du monde moderne à ceux qui sont à l'écart de cette sphère et qui par conséquent se trouvent à la merci de ces derniers.

On sait généralement que l'infrastructure du commerce électronique et les activités liées à cette forme de commerce sont très fortement concentrées dans quelques pays développés, en particulier les Etats-Unis d'Amérique. Un développement aussi intégral crée nécessairement une « fracture numérique ». Les pays où le revenu par habitant est le plus élevé sont aussi ceux où la pénétration de l'Internet est la plus large. Ainsi, avec moins de 5% de la population mondiale, les Etats-Unis sont le pays où l'on trouve 25% de l'ensemble des usagers de l'Internet. Cette inégalité de l'accès à l'Internet se traduit inévitablement par des différences dans l'utilisation du commerce électronique, que nous appelons « fractures commerciales ».

Le déficit d'accès aux media informatiques crée pour les pays du sud une inégalité d'accès aux avantages du cybersepace et par conséquent des déficits sur le plan économique. Cela signifie également le déficit d'accès à l'information, qui est devenu au sein de la société d'information, un pouvoir de type nouveau.

Selon des statistiques de l'an 2000, 85% des sites Internet où a lieu le commerce électronique mondial sont installées aux Etats-Unis, le reste étant principalement le fait de l'Europe occidentale et de quelques pays d'Asie..

---

<sup>475</sup> Carlos A. GAMBOA, RON LAPORTE et FRANCOIS SAUER, « Réduire la fracture numérique », in Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement, numéro un, PNUD, New York, 2001, pp. 106-107.

***b. Pistes exploitables***

En raison de ces disparités, les politiques du commerce électronique proposées par plusieurs pays développés ne sont pas nécessairement adaptées aux pays en développement

Il importe que ceux-ci apprécient ces propositions avec soin, dans leurs propres perspectives. Les Etats-Unis sont actuellement le pays qui préconise le plus activement l'adoption des ces politiques concernant le commerce électronique mondial. Les principes de ce développement sont posés dans « The Framework for Global Electronic Commerce » (rendu public par la Maison Blanche en 1997). Ces principes sont au nombre de cinq :

1. le secteur privé doit prendre l'initiative ;
2. les gouvernements doivent éviter d'imposer des restrictions inutiles sur le commerce électronique ;
3. si une intervention du gouvernement est nécessaire, son objet doit être de soutenir et d'appliquer au commerce électronique une législation prévisible, réduite au minimum, cohérente et simple ;
4. les gouvernements devraient reconnaître les qualités exceptionnelles de l'Internet ;
5. le commerce électronique, par l'Internet, devrait être facilité à l'échelle mondiale<sup>476</sup>.

La solution pour que les Etats concernés, ceux de l'Hémisphère Sud, puissent s'en sortir demeure la définition des politiques cohérentes en la matière. Or, la plupart de ces pays ne disposent même pas encore de document de politique sectorielle permettant de définir clairement les objectifs dans le domaine de la communication électronique. A titre d'exemple, en République Démocratique du Congo, le législateur est intervenu en 2002 seulement pour régir les télécommunications par une loi qui se limite aux services téléphonie de base, sans viser expressément l'Internet.

---

<sup>476</sup> Somkiat Tangkitvanich, « Vues du Sud, les politiques du commerce électronique planétaire », in *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement*, numéro un, PNUD, New York, 2001, pp.18-19

### **3. La problématique fiscale, une préoccupation des intérêts financiers de l'Etat face aux transactions en ligne**

#### ***a. L'enjeu de la fiscalisation du cyberspace***

La levée d'impôts et taxes relève de la souveraineté des Etats. Il s'agit encore et surtout d'un mécanisme de Droit public permettant à l'Etat de percevoir des fonds nécessaires à son fonctionnement (impôts) ou encore de réaliser les contreparties de services attendus par les assujettis (taxes).

A cet effet, il y a lieu de noter que le cyberspace donne lieu à la fois aux aspects matériels, visibles ou palpables et aux aspects immatériels. Le public est enclin à penser que les opérateurs dans le cyberspace ne paient pas d'impôts ni de taxes, cela n'est pas vrai.

Les deux seules problématiques de taille à laquelle l'Etat fait face en matière de fiscalité des TIC demeure : *primo*, les moyens de vérification des déclarations faites sur les revenus des transactions immatérielles et *secundo*, la définition des assiettes fiscales adéquates<sup>477</sup> pour saisir correctement les faits ou actes générateurs des recettes. Ces deux obstacles surmontés, l'Etat pourra davantage maximiser ses recettes fiscales et non fiscales. Aussi, notre présentation s'articulera autour de la fiscalité de l'immatériel et de l'état des lieux de la fiscalité actuelle des télécoms.

#### ***b. Le contrôle fiscal des transactions immatérielles du cyberspace***

##### *- Inefficiency du contrôle fiscal face au numérique*

Nous l'avons dit au cours de cette recherche que le contrôle de l'Etat sur les transactions qui se déroulent dans l'espace numérique est à l'antipode du monopole de contrôle et de la contrainte publique qu'il exerce sur le territoire national. Certes, les biens commandés sur Internet et qui sont livrés d'un pays à un autre ne sauront échapper aux douaniers nationaux, mais il demeure que les transactions en ligne ne permettent qu'un contrôle quasi nul à l'Etat sur les produits de vente en ligne.

Cela constitue un manque à gagner et un danger pour le Trésor public, toutes les minutes où les transactions financières ou commerciales

---

<sup>477</sup> Cela exige une formation et une professionnalisation du fisc aux pratiques des télécoms et grosso modo de l'économie numérique

s'accroissent mais que le fossé du contrôle par l'Etat des activités en ligne se creuse davantage. L'éthique professionnelle actuelle des grands opérateurs des télécommunications permet de croire à 99% que leurs déclarations sont sincères et que la crainte pour eux de perdre leur crédit sur des marchés boursiers ou auprès des structures multinationales (banques, corporations professionnelles internationales) les empêchent de bonne foi de se jouer du système purement déclaratif de la fiscalité étatique.

Par contre, plusieurs autres opérateurs, moins astreints à ce risque de discrédit, se livrent aux demi-déclarations sachant qu'il est difficile pour l'Etat congolais de contrôler le volume réel de trafic passé dans leurs réseaux numériques ou encore le volume de transactions sur leurs sites marchands. Le développement du commerce électronique, induit par les progrès technologiques, a en effet bouleversé les conditions de contrôle des opérations commerciales. Tout est digitalisé : les pièces de facturations et livres des comptes numériques sont plus facilement manipulables que les reçus et autres pièces comptables sur support papier qui constituent la base de contrôle du fisc.

- *Axes de réflexion*

Au regard des expériences plus avancées en Europe et de la situation en RDC, les axes suivants de réflexion sont intéressants dans le cadre de la sécurisation des intérêts fiscaux de l'Etat congolais :

- La définition harmonisée de la notion de livraisons de biens numérisés (*consensualisme avec les contribuables*) ;
- le champ d'application des mécanismes légaux strictement limités aux biens dématérialisés (*spécialisation des artifices fiscaux*) ;
- la non-imposition d'obligations plus lourdes pour la majorité des opérations qui appartiennent au commerce électronique entre entreprises (*traitement du risque d'évasion fiscale face à la pression fiscale*) ;
- la création d'une branche spéciale au sein de la DGI et de la DGRAD avec les moyens informatiques nécessaires disposant ainsi de l'outil technique et des pouvoirs légaux pour entrer au cœur des systèmes informatiques des contribuables et obtenir des données à la source (*compatibilité des outils de contrôles de l'Etat avec les moyens de production des contribuables*) ;



- la création d'une synergie entre le fisc et les consommateurs des produits numériques et des services électroniques en vue de se doter d'une autre source de recoupement d'informations (*atout de disposer d'un allié*) ;
- l'existence d'une franchise en base substantielle pour les cybermarchands déclarés et fortes pénalités pour les non déclarés volontaires (*mesures fiscales incitatives pour les cybermarchands nouvellement installés*).

Cependant, de nombreux obstacles pratiques restent à surmonter. Il convient de préciser : Comment distinguer en temps réel si la personne qui soumet la commande est ou non un assujetti ? Comment déterminer où elle réside ? Comment seront respectées les obligations ? Un texte est indispensable pour des règles de saine concurrence entre les différentes formes de commerce et éviter que la charge fiscale ne se reporte sur des bases immobilières<sup>478</sup>.

### c. Etat des lieux de la fiscalité du secteur des télécommunications

- *Catégories des droits dus à l'Etat*

Le secteur des télécoms fait partie du cyberspace et sert de passerelle aux ressources de l'économie numérique (communication, information, biens et services numériques).

Les droits dus à l'Etat dans ce secteur se déclinent en impôts, droits de douanes, taxes et autres redevances qui s'appuient sur des textes législatifs et réglementaires différents.

#### - *Des impôts et droits de douanes*

La DGI et l'OFIDA recouvrent, auprès des acteurs déclarés des télécoms, les mêmes impôts et droits de douanes qu'auprès d'autres commerçants. Les opérateurs économiques des télécoms ne présentent pas de particularité au régime des impôts. Ils doivent payer tous les impôts prévus dans le Code général des Impôts au même titre que tout commerçant. Cela n'appelle pas d'autres commentaires, si ce n'est les avantages liés au Code des Investissements (loi 004-2002 du 21 février 2002) et octroyés par l'Etat aux opérateurs économiques. Ces avantages

---

<sup>478</sup> Frédéric Brunet, « Une proposition de directive TVA sur la taxation du commerce électronique en ligne : un effort pour une concurrence saine au plan des principes mais délicate à appliquer au sein d'un cyberspace », in <http://www.etudes.cci.fr/archrap/rap01/bru0105.htm>

consistent en des incitatifs fiscaux sous forme d'exonérations fiscales et douanières en vue de permettre des apports en capitaux dans les secteurs industriels naissants, porteurs ou en proie au besoin d'appui.

En ce qui concerne les impôts, il s'agit principalement de l'impôt foncier, de l'impôt sur le chiffre d'affaires, des impôts sur les bénéfices des sociétés (précompte BIC, y compris), de l'impôt mobilier, de l'impôt professionnel sur les rémunérations, de l'impôt exceptionnel sur la rémunération des expatriés.

- *Des taxes*

La DGRAD s'appuie sur la loi 04/015 du 16 juillet 2004 (telle que modifiée par la loi 05/005 du 31 mars 2005) portant nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participation ainsi que leurs modalités de perception.

Pour ce faire, la DGRAD travaille avec les services taxateurs qui constatent et déterminent la hauteur de la taxe (liquidation) au préalable. La loi 04/015 fait obligation aux différents Ministères concernés en tant que services d'assiette de signer des arrêtés interministériels avec le Ministre des finances en vue de déterminer le taux des taxes à percevoir sous l'encadrement des services taxateurs et de la DGRAD. Ci-dessous la liste des taxes auxquelles sont soumis les opérateurs de réseaux ouverts au public.

Ministères concernés	Nomenclature des taxes
<b>Ministère des PTT</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Homologation des équipements de télécommunication à fabriquer, importer ou à commercialiser sur le territoire national</li> <li>2. Autorisation de détention, d'installation et d'exploitation des faisceaux hertziens (1 à 12, 13 à 24, plus de 24 voies)</li> <li>3. Autorisation d'exploitation des concessions de cabines publiques</li> <li>4. Autorisation de concession ou contrat d'exploitation de service public des télécommunications (Licence)</li> <li>5. Déclaration de détention, d'installation et d'exploitation des commutateurs (PABX, serveurs)</li> <li>6. Autorisation de concession de gestion du country code (CC 243)</li> <li>7. Redevances annuelles sur les concessions (a. Sur fréquences, b. sur le chiffre d'affaires)</li> </ol>

<b>Ministère du Commerce extérieur</b>	8. Autorisation présidentielle pour exercer le commerce (personne physique / personne morale) 9. Taxe sur le numéro Import-export 10. Taxes sur les opérations d'importation
<b>Ministère de la Culture et des Arts</b>	11. Droit sur la décoration des immeubles publics et privés 12. Taxe sur la réalisation d'une œuvre publicitaire 13. Autorisation de dépôts des panneaux et affiches publicitaires dans les lieux publics
<b>Ministère des Transports et Communications</b>	14. Autorisation de Transport des personnes et des biens 15. Certificat de contrôle technique
<b>Ministère de l'Urbanisme et Habitat</b>	16. Autorisation de bâtir pour des immeubles à étages 17. Autorisation de démolition d'immeubles à étages 18. Avis urbanistique sur les grandes concessions
<b>Ministère du Travail</b>	19. Vente de la carte de travail pour étrangers (catégorie B)
<b>Ministère de l'Intérieur</b>	20. Visas d'établissement, de sortie/retour et de voyage
<b>Ministère de l'Environnement</b>	21. Taxe d'implantation des établissements dangereux, insalubres et incommodes 22. Taxe rémunératoire annuelle sur les établissements dangereux, insalubres et incommodes
<b>Ministère de la Justice</b>	23. Redevance d'inscription au NRC (Inscription au NRC, Inscription complémentaire, Dépôt d'actes) 24. Légalisation des signatures
<b>ARPTC</b>	25. Taxe de régulation
<b>Tous ministères concernés</b>	26. Amendes transactionnelles

- Des redevances et frais à payer spécifiquement par les opérateurs de télécommunications

Ces obligations résultent de leurs licences respectives et de leurs cahiers des charges définis par l'Arrêté ministériel n° CAB/MIN/PTT/0027/31/93 fixant les conditions d'exercice dans le secteur des Télécommunications. Les différentes obligations des opérateurs congolais de téléphonie GSM<sup>479</sup> peuvent de prime abord être répertoriées sous la forme du tableau suivant.

<sup>479</sup> Justification du choix. L'état des lieux du secteur des télécommunications nécessite une certaine approche qui explique le choix limité à certains opérateurs en vue de permettre une analyse objective. En effet, les intérêts des différents intervenants dans le secteur de Télécommunications sont divergents et leurs activités ne connaissent pas la même structure de charges. A titre d'exemple, les fournisseurs des services de voix sur les réseaux IP n'ont pas la même structure de charges que les réseaux des opérateurs GSM. Encore que d'autres intervenants

Nomenclature	Taux
Redevance de la licence	2% sur les résultats nets d'exploitation, calculés sur le chiffre d'affaire, pour : - Gestion numérotation - Fonds de Service Universel - Recherche, formation, normalisation
Redevance des spectres de fréquences GSM	5.000\$/Mhz l'an sous réserve de modification actuelle par Arrêté du ministre des PTT publié en 2009 majorant le taux à 52.000\$/Mhz
Numérotation	sous réserve de l'application du nouvel Arrêté du 26 février 2009 déjà cité
Homologation des équipements	Non encore mis en application en dépit de la Directive de l'ARPTC déjà citée
Taxe de régulation	0,05 \$/minute international entrant

- *Méthode de détermination des redevances des télécoms*

- *Homologation des équipements*

La taxe y relative est fonction des prestations rendues par l'Etat en rapport avec le contrôle des équipements. Ce contrôle porte sur :

- le rayonnement électromagnétique des équipements (EMF) ;
- l'électricité compatible avec telle norme internationale ;
- les performances et la qualité de service desdits équipements.

Généralement, ce sont des laboratoires qui procèdent aux tests de conformité sur base des standards adoptés par les organes de régulation en fonction des normes internationales des télécommunications.

Pour assurer l'application en RDC des standards reconnus tels que ceux de l'Union Européenne, il est recommandable de doter le pays d'un bureau de standardisation disposant d'un laboratoire avec des équipements modernes pour procéder aux homologations requises par la loi. Cette taxe frappe le plus souvent le fabricant et à défaut l'importateur des équipements. Toutefois, en RDC, il demeure encore une question de mise en œuvre des procédures y afférentes.

---

ne disposent que de V-SAT pour véhiculer les appels téléphoniques alors que les opérateurs GSM ont investi en infrastructure lourde.

- *Redevance de la licence*

La redevance pour l'octroi et/ou la détention de la licence d'exploitation des télécoms peut être payable :

- en une seule fois principalement lorsque son montant est très élevé ou
- annuellement avec une base fixe ou avec une base variable en pourcentage perçu sur le chiffre d'affaire ; cette dernière méthode présente l'avantage d'avoir un lien direct avec l'évolution des affaires en particulier et du secteur en général.

- *Redevance pour le spectre des fréquences*

Il y a lieu à ce niveau de distinguer en raison d'un traitement différent :

- les spectres GSM (900-1800) et
- les microwave (fréquences hertziennes).

Ailleurs, il est constaté que la redevance relative au spectre de fréquences GSM peut être déterminée selon une procédure aux enchères, pour autant qu'elle soit organisée par la loi, au cours de laquelle le spectre de fréquences est octroyé au plus offrant ou encore par une décision administrative moyennant une rémunération sur une base annuelle pouvant comporter une partie fixe et une autre variable. Il est entendu que la redevance est toujours liée au nombre de MHz utilisé par l'opérateur.

Généralement les fréquences hertziennes sont payables annuellement, alors qu'en RDC elles ne sont taxées qu'au moment de leur attribution.

- *Autres obligations (onéreuses) découlant de la Licence*

Les obligations incombant aux opérateurs pouvant varier en fonction de leurs licences respectives, il importe de citer quelques unes de ces obligations en vigueur en RDC, notamment :

- celle du déploiement minimum ;
- celle d'instituer et de maintenir un « customer care » ;
- celle d'installer et de maintenir des téléphones publics dans les zones habitées présentant certaines caractéristiques telles que le nombre d'habitants (obligation généralement réalisée dans le cadre de l'obligation de couverture), etc. ;

- celle d'organiser les services d'appels d'urgence ;
- celle de faire homologuer le matériel avant son utilisation, etc.

Certaines réglementations vont jusqu'à imposer aux détenteurs de la licence des obligations plus contraignantes comme par exemple l'installation des matériels d'écoute et l'identification des abonnés.

- *Taxe de numérotation*

La numérotation est également une ressource limitée et reçoit un traitement basé sur certains principes. Le critère d'imposition peut être fixe ou variable et prend en compte le nombre de digits du numéro.

Certains pays n'imposent aucune taxe au titre de numérotation. Le Ministère des PTT a pris au 1<sup>er</sup> trimestre 2009 un Arrêté portant taxe de numérotation.

- *Taxe de régulation*

La taxe de régulation est assise de manière exceptionnelle en RDC sur le trafic international entrant. Des efforts étaient déjà en cours en 2003-2004 pour la migration de l'assiette de la taxe de régulation pour une assise sur l'interconnexion ou sur les résultats nets d'exploitation (*en anglais : NOI, net operating incomes*).

- *Droits dus à l'ARPTC au titre de ses ressources propres*

- *Prescrit de la loi portant création de l'ARPTC*

Il conviendrait de s'appesantir sur les intentions qui sous-tendent la démarche de l'ARPTC pour avoir un jugement clair. En effet, la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications prévoit, en son article 21, les ressources ordinaires et extraordinaires de l'ARPTC. Ses ressources ordinaires comprennent notamment :

- la taxe de numérotation ;
- la taxe de régulation ;
- les taxes parafiscales autorisées par la loi financière ;
- les produits des frais administratifs liés à l'étude des dossiers d'octroi ou de renouvellement des licences... et d'agrément des équipements terminaux et plus généralement le produit de redevance en relation avec sa mission.

- *Réalités contraires à la loi n°014/2002 portant création de l'ARPTC*

La loi 04/015 du 16 juillet 2004 (telle que modifiée par la loi 05/005 du 31 mars 2005) et des Arrêtés interministériels ainsi que sont venus « interférer » sur deux matières devant revenir intégralement à l'ARPTC au titre des ressources précitées lui dévolues pour son fonctionnement par la loi portant sa création.

Il s'agit de :

- la taxe de numérotation (dont seulement 20% sont remis à l'ARPTC tandis que le reste est partagé entre l'OCPT/RENATELSAT, le Ministère des PTT, etc. sur base de la clé de répartition fixée par le Ministre des Finances) et
- la taxe de régulation (qui devrait faire l'objet d'un acte présidentiel au profit de l'ARPTC et non d'un Arrêté interministériel à appliquer par la DGRAD).

Par ailleurs, au regard de lourdes missions lui dévolues par l'article 3 de la loi portant sa création, le législateur avait judicieusement opté de lui confier différentes sources de revenus, l'ARPTC entend naturellement maximiser ses ressources. A cet effet, elle devrait travailler en profondeur sur plusieurs projets de textes à soumettre aux autorités législatives et réglementaires.

Cette situation appelle réflexion et correction.

**Section 2. Les quelques dispositifs rigides de prévention et de répression des phénomènes du cyberspace**

**1. Les dispositifs juridiques de prévention des transactions et intérêts du cyberspace**

*a. La protection des droits intellectuels*

Dans le contexte des transactions en ligne, les droits de propriété intellectuelle revêtent une importance particulière. Les œuvres de l'esprit et les activités inventives mises à disposition sur Internet sont protégées par le Droit. Toutefois, la protection des droits de propriété intellectuelle sur Internet soulève quelques problèmes particuliers qu'il va falloir analyser rapidement.

Il importe de reconnaître le nombre grandissant des abus dont sont victimes les détenteurs de marques commerciales<sup>480</sup>.

En mai 2000, 75% environ des 327 affaires réglées en vertu de ces règles ont été favorables aux détenteurs de marques commerciales connues<sup>481</sup>.

Les axes de l'analyse porteront sur : la protection des droits d'auteurs, des produits numériques, les conflits entre les noms de domaine d'Internet et les marques commerciales, et les problèmes de l'extension des matières brevetables aux méthodes commerciales.

- *La protection des produits numériques*

Les Etats-Unis préconisent l'adoption mondiale du Traité sur les droits d'auteur de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), dont ils estiment qu'il est de nature à protéger les droits afférents aux travaux numériques.

Le traité prévoit la protection du « Droit de communication » ou « droit de diffusion » d'une œuvre protégée par un droit d'auteur afin de lutter contre son transfert non autorisé, par un serveur, qui pourrait ensuite la diffuser sans autorisation. Le traité prévoit aussi la protection de « mesures technologiques », afin d'empêcher le décryptage des mots de passe, clefs, verrous, etc.

Le Traité protège, en outre, contre la capture ou l'altération « d'informations sur la gestion des droits », c'est-à-dire l'information elle-même, les numéros ou codes identifiant les travaux, l'auteur, le détenteur des droits ou les conditions d'utilisation, etc. En juin 2001, 26 pays membres de l'OMPI seulement avaient ratifié le Traité. En 2002, fort heureusement, les 30 ratifications nécessaires pour que le Traité entre en vigueur ont été atteintes. L'on peut citer, à titre d'exemple, l'article 8 reconnaît en termes explicites le droit de mise à la disposition du public, c'est-à-dire le droit exclusif dont jouissent les auteurs, les artistes interprètes et exécutants et les producteurs de phonogrammes d'autoriser

---

<sup>480</sup> Par exemple, Mc Donald's, la multinationale alimentaire a poursuivi plusieurs sociétés parmi lesquelles Mc Wellness (une société de soin de santé en Suisse), Mc Allen (un fabricant de saucisse danois), Mc Munchies (un détaillant anglais de sandwiches) et Mc Caughey (un café californien), en faisant valoir que sa marque commerciale était contaminée par des désignations dont la proximité était source de confusion (The Economist, 2000)

<sup>481</sup> Voir site Internet de l'ICANN [www.icann.org](http://www.icann.org)



ou d'interdire la mise à la disposition du public de leurs œuvres. Le droit de mise à la disposition du public facilite le commerce électronique et garantit les titulaires des droits contre le piratage.

- *La protection des noms de domaine*

Le « cyber-squattage » ou « l'enregistrement abusif des noms de domaine » semble être le problème le plus immédiat. Il suscite des conflits entre les détenteurs des noms de domaines et les détenteurs des marques commerciales. Les Etats-Unis et l'OMPI préconisent l'octroi des privilèges aux détenteurs de marque commerciales célèbres, en ce qui concerne l'enregistrement des noms de domaine et le règlement des différends.

En théorie, une telle disposition permettrait de résoudre le problème de cyber-squattage. En fait, le mécanisme actuel de règlement des différends en vertu des règles prescrites par l'ICANN (société pour l'attribution des noms et numéros d'Internet) a également prévu de tels privilèges de façon implicite.

- *La protection par la brevetabilité des méthodes commerciales*

De tels brevets sont accordés pour protéger une certaine façon de gérer une entreprise. La plupart des brevets portant sur des méthodes commerciales concernent l'exécution d'activités de commerce électronique sur l'Internet. De ce fait, leur impact dépasse les frontières d'un pays beaucoup plus tôt que ce n'est le cas pour les brevets traditionnels.

Traditionnellement en effet, un brevet ne s'applique que dans le pays où il est accordé. Par exemple, si une société américaine dispose d'un brevet aux USA pour une invention, il demeure possible, pour les sociétés installées dans d'autres pays d'élaborer et de fabriquer de leur côté, un produit similaire et de vendre dans leur territoire, sans violer les droits du détenteur du brevet. Cependant, avec l'avènement de l'Internet, la situation est devenue différente. Quand une société américaine obtient un brevet aux USA pour un service fourni sur Internet, les consommateurs, dans le monde entier, peuvent utiliser ce service. Si, une entreprise d'un pays en développement commence à fournir un service similaire, certains consommateurs américains peuvent se tourner vers elle. Cela traduirait une perte d'activité pour la société américaine en question. Celle-ci peut donc prétendre que son brevet est violé et peut poursuivre en justice l'autre société.

Il y a lieu de penser, au regard du retard qu'accuse l'Afrique dans la production numérique, qu'un brevet portant sur une méthode commerciale est contraire aux intérêts de toutes les parties, à l'exception du détenteur du brevet. Cela ne fera qu'élargir la « fracture numérique » entre pays développés et pays en développement. Les pays en développement risquent de perdre les possibilités de profit résultant de l'imitation de méthodes déjà appliquées par les pays développés des transactions réalisées sur l'Internet.

***b. Les mécanismes juridiques de protection des droits personnels***

*- Protection du consommateur dans l'environnement électronique*

Comment assurer la protection des consommateurs dans les environnements électroniques alors que cette protection diverge dans les divers droits nationaux ? Certains consommateurs sont plus vulnérables que d'autres. Il s'agit surtout des enfants.

Aujourd'hui, l'informatique est entrée dans les mœurs. De nombreux foyers disposent d'un ordinateur. Les abonnés à l'Internet étaient plus de dix millions au printemps 2006. Si les seniors s'intéressent de plus en plus à cet univers, ce sont les enfants les plus accros. Ils appartiennent à la génération née avec une souris et un clavier dans les mains ! Une enquête réalisée, en 2004, par l'Observatoire d'Ipsos indiquait que 30% des 6-8 ans utilisent déjà le web. Vers 13-14 ans, ils sont 80% à surfer sur la toile. Une autre étude, menée par le CREDOC (Centre de Recherche pour l'Etude et l'Observation des Conditions de vie) en décembre 2004, indique que 57% des jeunes de moins de 17 ans utilisent les « chats » et ils sont 62% à penser qu'Internet est un bon outil pour se faire des amis<sup>482</sup>.

Il s'agit là d'une naïveté toute naturelle mais qui peut avoir des conséquences dramatiques. Sur Internet, on peut côtoyer le meilleur et le pire. Des prédateurs rodent. Les pédocriminels ou des escrocs tentent de rencontrer des mineurs ou d'obtenir des numéros de cartes bancaires. Le cyberspace attire des réseaux crapuleux et charrie des milliers de contenus illicites. D'après une étude menée par l'association Le Bouclier,

---

<sup>482</sup> Eric Filiol, op. cit., pp. 145-147.

261 653 « sites pédophiles » avaient été répertoriés en 2002, contre 4300 seulement en 1996. Grâce à la coopération internationale, de nombreux réseaux tombent dans les filets des policiers<sup>483</sup>.

Adoptée à New York le 15 novembre 2000, la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée promeut également la coopération entre les pays afin de lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent, notamment par des moyens procéduraux, des techniques d'enquêtes et d'investigations efficaces<sup>484</sup>.

Certains produits ou services ainsi que certains commerces sont soumis à une réglementation spécifique. C'est le cas, par exemple, de l'offre de voyages et de séjours qui est réservée aux seules agences de voyage dont le statut est fixé par la loi. C'est également le cas des produits d'assurance qui ne peuvent être proposés que par une compagnie d'assurances dûment habilitées et visées par le Code des Assurances. Cette attention particulière vaut également sur certains produits et services tels que l'alcool, le tabac, les médicaments ou encore les jeux d'argent et les services financiers. Pour ces produits, le régime spécifique de ces produits est l'interdiction de la publicité sauf quelques cas dérogatoires. Il peut aussi s'agir de l'autorisation de la publicité mais sous certaines formes ou restrictions<sup>485</sup>.

- *Identification des personnes et la protection des données y afférentes*

Comment l'internaute peut-il être assuré que la personne, avec qui il fait affaires dans le cyberspace, est bien la personne qu'elle prétend être ?

Il est difficile dans un monde où les personnes ne se voient pas physiquement de pouvoir les identifier. L'adage dis-moi qui tu fréquentes et je te dirai qui tu es se relativise. La solution est, sans doute, de recourir aux services de la biométrie<sup>486</sup>. Cependant, la biométrie elle-même appelle un certain nombre de paramètres de sécurité.

---

<sup>483</sup> Eric Filiol et al, op. cit, p 147

<sup>484</sup> Christianne, Feral Schul, op. cit, p.665

<sup>485</sup> Christianne, Feral Schul, op. cit, p.230 et ss.

<sup>486</sup> La Biométrie regroupe la plupart des nouvelles technologies d'identification des personnes. Elle se développe de plus en plus par une utilisation séparée ou combinée de caractéristiques psychologiques ou comportementales propres à chaque individu (dessin des empreintes digitales, forme géométrie et couleur de l'iris, propriétés acoustiques de la voix, dynamique du tracé de signature,...), l'identification d'une personne par un système.

Ces techniques biométriques poursuivent plusieurs finalités : la vérification d'un droit, par exemple, celui d'accéder à des locaux, l'identification d'un individu ou encore l'authentification (signature intégrant des techniques cryptographiques). Cependant, l'échange de telles informations concernant les personnes ne va pas sans soulever des problèmes importants. En effet, cette technologie suppose le plus souvent l'enregistrement préalable des données biométriques qui serviront d'éléments de comparaison pour permettre l'identification d'un fichier de données à caractère personnel particulièrement sensible, soumis à ce titre à des contrôles administratifs et à des contrôles d'accès physique à des locaux sensibles.

Qu'à cela ne tienne, la protection des données est un aspect essentiel dans la sécurité des systèmes d'information. Trop souvent, les politiques de sécurité se polarisent sur la protection des systèmes et éventuellement des données traitées. Des affaires de compromission des données lors des vols ou des pertes de portables rappellent chaque fois que la ressource ultime devant être protégée est l'information elle-même. Mais il faut également se rappeler que chiffrement, intégrité et disponibilité doivent se placer dans un contexte de sécurité informatique. A quoi sert le chiffrement si le mot de passe protégeant la clef secrète est trop faible, facilement récupérable ou si un virus ou un vers parvient à le dérober !

Encore une fois, la sécurité de l'informatique est un tout qui doit être monolithique. Toute faiblesse dans le dispositif général fragilisera à terme l'ensemble. La difficulté du métier réside précisément dans la vision globale de la sécurité.

- *Les contrats en ligne et la preuve des transactions électroniques*

Le contrat est un accord, un échange de consentement intervenu entre deux ou plusieurs personnes en vue de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. En règle générale, la forme dans laquelle ce consentement est donné importe peu pourvu que les parties sachent en fournir la preuve en cas de contestation ou d'ambiguïté lors de son exécution. Sur Internet qui est le milieu interactif par excellence des personnes se rencontrent, tissent des relations et s'obligent les uns vis-à-vis des autres. Le caractère immatérialiste des échanges de consentement n'enlève rien au fait

que les parties acceptent librement de s'obliger. L'un des vecteurs de l'insécurité juridique est la possibilité de s'obliger mais sans jamais qu'un élément probant vous confonde à cet effet, en cas d'attitude récalcitrante.

A ce propos, la question de la preuve des transactions se pose aussi. Plusieurs législations ont donné à l'écrit sur support électronique la même valeur probatoire que l'écrit sur support papier (écrit ad probationem). Bien plus encore, lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi (sauf quelques exceptions) et conservé sous forme électronique<sup>487</sup>. Même les huissiers et les notaires sont aujourd'hui habilités à établir des actes authentiques sous support électronique « au moyen d'un système de traitement, de conservation et de transmission de l'information agréée [...] et garantissant l'intégrité et la confidentialité de leur contenu ». Tel aussi est le cas au Québec où le législateur a adopté un régime particulier de preuve pour les transactions électroniques (article 2837 à 2839 CCCL). Ce dispositif atecnologique, c'est-à-dire non fondé sur une technologie en particulier, facilite grandement l'acceptation en preuve des documents électroniques.

Ce régime de la preuve n'est cependant pas en vigueur partout. Il importe donc de tenir compte des spécificités nationales au regard du droit de la preuve. Un commerçant, propriétaire d'un site web, doit-il alors tenir compte du pays d'origine de l'acheteur avant d'accepter de conclure une transaction lorsqu'il sait, par exemple, que ledit pays ne reconnaît pas la signature électronique ou la validité d'un contrat conclu par voie électronique ? Comment peut-il même s'assurer du pays dont est censé être originaire son client ?

## **2. Les dispositifs répressifs pour la sécurité des transactions et intérêts du cyberspace : Répression de la cybercriminalité**

### ***a. Le rôle protecteur du droit pénal dans la sécurité des valeurs du cyberspace***

Le Droit régit les multiples aspects de la vie de l'homme. Il s'agit des règles de conduite générale devant assurer le bien commun et la paix sociale. Le droit envisage des sanctions au cas où des comportements déviants se matérialisent au regard de la norme obligatoire établie. Derrière chaque sanction se cache l'idée de protection d'une valeur.

---

<sup>487</sup> Cas en France.

On a coutume de regarder le droit pénal comme un ensemble de règles par lesquelles la société (l'autorité publique) détermine les comportements et les manquements dangereux pour l'ordre public, les érige en infractions et inflige à leurs auteurs, à titre de sanction des peines physiques ou morales. Il est cependant un autre visage du droit pénal, moins redoutable certes, plus agréable que l'on ne perçoit pas toujours d'emblée : le « droit protecteur » !

En effet, en réprimant certains agissements, le droit pénal désigne *a contrario* les valeurs fondamentales que la société juge particulièrement importantes au point de les protéger sous la garantie de la contrainte pénale, ou la menace de la punition. De même, en prohibant certaines abstentions ou certaines inactions, il crée des devoirs positifs correspondants qu'il entend promouvoir pour le bien général. Ainsi, par exemple, derrière l'incrimination du vol, du meurtre, ce sont les valeurs positives du respect de la propriété d'autrui, de la vie, que le droit pénal entend protéger.

Si le droit pénal détermine des infractions, il indique aussi les grandes catégories de valeurs, de biens fondamentaux et d'intérêts essentiels ou primordiaux qui caractérisent notre société. S'il menace et au besoin châtie le délinquant, en lui infligeant si nécessaire des sanctions fortes et douloureuses, il le fait normalement dans le souci majeur de protéger précisément ces valeurs, ces biens fondamentaux et ces intérêts essentiels ou primordiaux de la société<sup>488</sup>.

Toutefois, face à une criminalité planétaire qui ignore les contraintes géographiques traditionnelles, l'efficacité de la riposte postule qu'elle soit organisée à un niveau équivalent. En effet, la cybercriminalité « est un problème mondial (...) qui nécessite donc des mesures mondiales, un travail international mieux coordonné et surtout des normes minimales obligatoires »<sup>489</sup>. « Une approche nationale, même si elle est nécessaire, serait dépourvue de sens si elle était exclusive »<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> Pierre AKELE ADAU et Angélique SITA Muila Akele, Les Crimes contre l'humanité en droit congolais, CEPAS, Kinshasa, 1999, p. 6.

<sup>489</sup> Gérard Schroder "Discours lors de la Réunion des spécialistes Internet du G8 à Hanovre", cité par Xavier Lecerf in "La lutte contre la cybercriminalité" [www.juriscom.fr](http://www.juriscom.fr)

<sup>490</sup> Lionel Jospin "Discours lors de la Réunion des spécialistes Internet du G8 à Paris", cité par Xavier Lecerf in "La lutte contre la cybercriminalité" [www.juriscom.fr](http://www.juriscom.fr)

Face à la cybercriminalité, il faut répondre par l'organisation d'un « cyberspace judiciaire ».

C'est autour de ce constat unanime que se construit progressivement, à l'échelle internationale un corps de règle qu'on pourrait appeler, « Le Droit pénal du Cyberspace », dont la convention de Budapest conclue le 21 novembre 2001 sous l'égide du Conseil de l'Europe constitue l'expression la plus achevée<sup>491</sup>.

***b. La Convention de Budapest comme une réponse de sécurité des transactions et intérêts du cyberspace***

La Convention de Budapest conclue le 21 novembre 2001 sous l'égide du Conseil de l'Europe, constitue l'expression la plus achevée des efforts de coordination de la lutte contre la cybercriminalité<sup>492</sup>.

La technique législative retenue par le Conseil de l'Europe est celle de l'harmonisation des législations nationales.

Autrement dit, la liste des incriminations arrêtées dans la section relative au Droit pénal matériel représente un consensus minimal qui n'exclut pas qu'elle soit complétée en droit interne par chaque État adhérent.

Elle vise principalement à définir une approche commune des infractions relatives à la cybercriminalité et à fournir au droit pénal procédural national les pouvoirs nécessaires à l'instruction et à la poursuite d'infractions de ce type.<sup>493</sup>

Pour parvenir à cet objectif, la convention prévoit en premier lieu, l'adoption d'une terminologie commune pour éviter des interprétations divergentes qui pourraient affaiblir l'efficacité de la convention (chapitre 1 de la convention).

Ensuite, elle détermine les principes directeurs de qualifications juridiques minimales qui incriminent les comportements caractéristiques de l'utilisation déviante des technologies de l'information, que les États adhérents doivent obligatoirement ériger en infractions pénales (Chapitre 2, Section 1).

---

<sup>491</sup> KALINA MENGA Lionel, Cours de Droit pénal et TIC, Master Pro-Droit du cyberspace, Université Gaston Berger, Saint-Louis, 2007.

<sup>492</sup> Texte intégral de la convention disponible sur [www.coe.int](http://www.coe.int)

<sup>493</sup> Rapport explicatif convention sur la cybercriminalité n°16 disponible sur [www.coe.int](http://www.coe.int)

Cette convention qui est, à ce jour, le seul instrument juridique international de référence a une vocation universelle clairement affichée. Sa ratification est en effet ouverte, aussi bien aux pays non membres du Conseil de l'Europe ayant participé à son élaboration (article 36 alinéa 1), qu'aux pays non membres du Conseil de l'Europe n'ayant pas participé à son élaboration, selon une procédure d'agrément prévue à l'article 37<sup>494</sup>.

Ses initiateurs invitent d'ailleurs les États non signataires à y adhérer massivement. A ce jour, 23 États représentant 80% du réseau mondial ont ratifiés la convention de Budapest, ce qui en fait l'instrument juridique de référence.

En Afrique, en dehors de l'Afrique du sud, la réflexion sur ce cadre est actuellement en cours.

***c. L'objet et le mode de protection du droit pénal du cyberspace en droits comparés belge, français et congolais***

L'institut Stanford en 1976 a distingué deux sous catégories d'infractions : les infractions où l'informatique est l'objet du délit, et les infractions où l'informatique est le moyen du délit. La première de ces sous catégorie encore appelée « délit informatique stricto sensu » vise toute atteinte à la sécurité des systèmes et réseaux informatiques ou des données informatiques.

Par atteinte à la sécurité des réseaux informatiques, on entend les atteintes à la confidentialité, à l'intégrité, à l'authenticité et à l'intégrité des systèmes et données informatiques. Selon la section I de la Convention de Budapest qui reprend cette classification les atteintes à la sécurité des réseaux et des données informatiques recouvrent notamment les incriminations suivantes: accès illégal, interception illégale de donnée, atteinte à l'intégrité du système, atteinte à l'intégrité des données, abus de dispositif, falsification informatique, fraude informatique.

La deuxième sous catégorie concerne les délits où l'informatique n'est qu'un moyen de commission d'une infraction classique. Il s'agit de la commission d'infractions classiques qui se retrouvent grandement facilitées par la rapidité, l'anonymat qu'offrent les nouvelles technologies de l'information. Il s'agira entre autres, sans que cette liste ne soit

---

<sup>494</sup> La convention a été signée par les États Unis, le Japon, le Canada, l'Australie et l'Afrique du Sud qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe. La convention est théoriquement ouverte à tous les pays qui en feraient la demande.



considérée comme exhaustive, du chantage, du vol, de l'escroquerie, du sabotage ou de l'espionnage. Il s'agira aussi de la pornographie<sup>495</sup>, des atteintes à la vie privée, des atteintes à la propriété intellectuelle ou des infractions racistes ou révisionnistes (voir le tableau repris ici en bas).

---

<sup>495</sup> Entendue comme atteinte à la pudeur ou comme outrage public aux bonnes mœurs.

**Tableau comparatif des modes de protection des logiciels au regard des critères pertinents**

Modos de protection	Caractère privatif des droits reconnus	Contraintes quant aux conditions de fond et de forme de la protection	Sanctions encourues en cas de violation	Coût de mise en œuvre de la protection	Source formelle de la protection	Objet de la protection	Administration de la preuve	Durée de la protection	Marge de contournement ou d'utilisation par les tiers
Brevet <sup>1</sup>	* Véritable Droit de propriété avec ses attributs : usus, fructus et abus (Prérogatives du titulaire sont essentiellement patrimoniales avec des droits exclusifs d'exploitation)	* Résultat industriel * Dépôt de demande de Brevet	Sanctions pénales et civiles à l'instar de la violation du Droit de propriété corporelle	Frais à payer pour formalités : * de dépôt, * de réclamation de l'antériorité, * de publication * d'établissement du titre	* Jurisprudence et pratique des offices/Agences de Dépôt * Lois sur propriété industrielle	Invention bien précise	Le brevet lui-même en tant que acte juridique authentique	20 à 30 ans avant de tomber	* Marge très réduite parce que l'objet de la protection est bien circonscrit c-à-d une invention comportant un résultat industriel précis * Pas de possibilité de toucher à l'invention sans l'accord du propriétaire

<sup>1</sup> Un principe ancien fut la non brevetabilité des logiciels. Ce principe a été repris par la Convention de Munich, du 5 octobre 1973, sur la délivrance de brevets européens, en son article 52 - inventions brevetables – (art L611-10 CPI) qui dispose : (1) Les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle. (2) Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment : (...) c) Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs."

*Aujourd'hui de nombreux tempéraments au principe font école : une première décision avait appliqué la disposition et jugé qu'il n'y avait pas à distinguer selon que le programme débouchait sur des informations (sortie papier - écran) ou était susceptible de donner directement des instructions à un dispositif industriel automatisé. (Cass. com., 28 mai 1975, Paris) Au Japon, il n'existe nulle exclusion légale de principe des logiciels du champ de la brevetabilité. Pour la pratique de l'office japonais, si les algorithmes ne peuvent être appropriés, est brevetable la "création d'une idée technique utilisant les lois naturelles". L'octroi de brevet est possible si le programme à breveter effectue un traitement de l'information utilisant des ressources matérielles, c'est-à-dire un ordinateur. Nombre de logiciels de gestion (financière, de stocks), de traitements d'images, de signaux, de suivi de malades à domicile... font désormais l'objet de brevets outre-Atlantique ou au Japon.*

Droit d'auteur	* Droit patrimoniaux (monopole d'exploitation) * Droits moraux (paternité, divulgation, intégrité, repentir et retrait)	* Originalité * Pas d'exigence de forme * Dépôt légal	Sanctions pénales et civiles, se limitant à la contrefaçon	Aucun coût directement lié à la revendication de la paternité	* Accords internationaux * Lois (sur la propriété intellectuelle et autres)	Expression originale	Liberté de la preuve de la paternité de l'ouvrage (recours fréquent à un acte notarié)	70 ans après la mort de l'auteur	* Possibilité de contrefaçon * Possibilité plus aisée de s'inspirer pour produire une œuvre assez proche (Droit de modification, droit de copie de sauvegarde, droit de décompilation, etc.)
Droit commun	Caractère général de la protection	* Préalable de reconnaissance de droit sur la chose invoquée * En l'absence de Contrat, existence d'un lien causal entre faute et dommage * Variantes favorables ou non insérées dans le contrat	* Dommage et intérêt * Réparation intégrale	Frais de justice obligatoire intégrale	* Loi (Code civil ou encore loi du commerce en rapport avec la concurrence déloyale) * Jurisprudence	* Dommage subi (à vrai dire il s'agit de la protection d'une personne ou d'un patrimoine contre le préjudice subi)	* Théorie de la faute et du dommage * Théorie du dommage virtuel * Théorie du parasitage économique	* Prescription décennale courant à partir de la survenance de la faute	* Marge de contournement est fonction du devoir de loyauté et du non forçage de contrat

Contrat de licence	* Spécifiquement déterminé par les clauses du contrat	* Aucune autre à part la forme écrite du contrat	* Résiliation du contrat * Dommages et intérêts ou réparation intégrale	* Frais de rédaction du contrat par un spécialiste * Frais d'enquête * Frais de justice	* Equité * Autonomie de la volonté	* Attributs concédés à l'utilisation en terme de durée, de garantie, de modification, etc.	* Preuve nécessairement écrite	* Limitée dans le temps par le contrat lui-même sans excéder la normale ou prétendre à l'éternité	* Grande marge de contournement compte tenu de la faiblesse des moyens effectifs de contraintes
La protection technique par la rétention du "code source"	* Portée limitée car pas de droits de restriction possible du créateur pour : - logiciels tombés dans le domaine public, - logiciels d'application réalisés sur commande spéciale d'un client, - logiciels libres	* Totalement dépendant de la nature du logiciel	* Sanctions de droit commun * Ou alors contrefaçon si et seulement si le logiciel fait l'objet d'un droit d'auteur	* Coûts intégrés dans celui de la conception et réalisation techniques du logiciel	* Normes techniques	* Intégrité du logiciel	* Connaissance préalable du code source auprès de l'autorité de régulation ou de l'organe "tiers de confiance" (voir cryptographie)	* Parallèle à la durée de vie du logiciel	* Marge de contournement très réduite vu le caractère secret du code source, sachant que la décompilation ne peut pas servir à l'élaboration d'un logiciel concurrent
La protection technique par le « marqueur »	* Le marqueur rappelle et retrace l'exclusivité des droits du titulaire vis-à-vis des tiers utilisateurs ou informaticiens * Caractère plutôt dissuasif	* Entièrement fonction du créateur	* Pas de sanction	* Coûts intégrés dans celui de la conception et réalisation techniques du logiciel	* Normes techniques	* Pas en soi un mode de protection mais un moyen d'assurer la protection	* Singularité de la marque pour besoin de rattachement à son auteur	Parallèle à la durée de vie du logiciel	* Facilement effaçable

Le tableau comparatif et annoté des incriminations protectrices des valeurs du cyberspace (délits informatiques stricto sensu) figurant ci-dessous renseigne sur les incriminations et sanctions adoptées par la France, la Belgique et la République démocratique du Congo pour lutter contre le phénomène criminel.

	Principes directeurs fixés par la convention de Budapest sur la cybercriminalité du 21 novembre 2001	Illustrations législatives			Commentaire
		BELGIQUE <i>Code pénal belge, tel que modifié et complété par la loi du 23 novembre 2000</i>	FRANCE <i>Code pénal français, tel que complété par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, destinée à introduire les ajustements imposés par la ratification de la convention de Budapest</i>	R.D.C <i>Loi-cadre sur les télécommunications 013-2002 du 16 octobre 2002</i>	
<b>Infractions</b>					
<b>L'accès illégal dans un SI</b>	<p><b>Fondement : Article 2</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✗ Est constitutif d'accès illégal, l'accès intentionnel et sans droit à tout ou partie d'un système informatique.</li> <li>✗ L'infraction est commise soit en violation des mesures de</li> </ul>	<p><b>Cfr : Art.550 bis</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✗ Le §-1<sup>er</sup> de l'article sanctionne celui qui, sachant qu'il n'y est pas autorisé, accède à un système informatique ou s'y maintient est puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une</li> </ul>	<p><b>Cfr : Art.321-1</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✗ Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 30.000€ d'amende.</li> </ul>	<p><b>Article 54</b></p> <p>Sont interdits :</p> <p>a) l'interception, l'écoute, l'enregistrement, la transcription et la divulgation des correspondances émises par la voie des télécommunications , sans autorisation préalable du</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✗ On notera ici qu'à la différence de la France, la Belgique a fait de l'intention frauduleuse une circonstance d'aggravation. Le législateur Belge a voulu ici tenir compte du phénomène des «teenhackers» qui</li> </ul>

	<p>sécurité, dans l'intention d'obtenir des données informatiques ou dans une autre intention délictueuse, ou soit en relation avec un système informatique connecté à un autre système informatique.</p> <p>✘ Le système informatique visé ici désigne «tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un</p>	<p>amende de vingt-six francs à vingt-cinq mille francs ou d'une de ces peines seulement</p> <p>✘ Le §-2 prévoit le cas où l'infraction visée à l'alinéa 1<sup>er</sup>, est commise avec une intention frauduleuse : la peine d'emprisonnement est alors de six mois à deux ans</p>	<p>✘ Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende».</p>	<p>Procureur Général de la République (...)</p>	<p>sont plus mus par une intention de curiosité et de défi que par l'appât du gain.</p> <p>✘ En RDC, l'incrimination a une portée large.</p>
--	---	--	---	---	--

	programme, un traitement automatisé de données».				
<b>L'interception illégale de données informatiques</b>	<p><b>Fondement : Article 3</b></p> <p>✗ Il s'agit de l'interception intentionnelle et sans droit, effectuée par des moyens techniques, de données informatiques, lors de transmissions non publiques, à destination, en provenance ou à l'intérieur d'un système informatique, y compris les émissions électro-</p>	<p><b><u>Ecoute téléphonique et interception des communications</u></b></p> <p>✗ La loi du 20 novembre 2000 sur la criminalité informatique a complété le régime de l'interception des télécommunications réglementé par la loi du 30 juin 1994 et figurant aux articles 90 <i>ter</i> à <i>decies</i> du Code d'Instruction criminelle principalement sur deux points.</p>	<p><b>1. Aspect : <u>Protection de la correspondance (226-15 alinéa 2)</u></b></p> <p>✗ Ce texte sanctionne : "Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance..."</p>	<p><b>Article 54</b></p> <p>Sont interdits :</p> <p>b) l'interception, l'écoute, l'enregistrement, la transcription et la divulgation des correspondances émises par la voie des télécommunications sans autorisation préalable du Procureur Général de la République (...)</p>	<p>Il s'agit d'une extension par assimilation du régime de protection des correspondances classiques aux correspondances transmises par la voie électronique.</p> <p>✗ En France, c'est la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés » qui a introduit en la matière les articles 226-16 et 226-17 dans le code pénal.</p>



	<p>magnétiques provenant d'un système informatique transportant de telles données informatiques</p> <p>✗ Le droit au respect de la correspondance est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'infraction instituée par l'article 3 applique ce statut à toutes les formes de transfert électronique des données, que ce transfert s'effectue par téléphone, télécopieur,</p>	<p>✗ D'une part, il a été fixé la liste des infractions autorisant la surveillance et l'interception s'étend aux infractions informatiques introduites.</p> <p>✗ D'autre part, la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques se voit modifié par une obligation d'enregistrement et de conservation des données d'appel et des données d'identification d'utilisateurs de</p>	<p>✗ Il punit également "le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions".</p> <p><b>2. <u>Protection des données personnelles (articles 226-16 et 226-17).</u></b></p> <p>✗ « Le fait de collecter des données par un</p>		
--	---	---	--	--	--

	<p>courrier électronique ou fichier».</p> <p>✘ L'interception effectuée par des 'moyens techniques' concerne l'écoute, le contrôle ou la surveillance du contenu des communications, et l'obtention du contenu soit directement, au moyen de l'accès au système informatique et de son utilisation, soit indirectement, au moyen de l'emploi de dispositifs d'écoute.</p> <p>✘ L'interception peut aussi consister en un</p>	<p>services de télé-communications</p>	<p>moyen frauduleux, déloyal ou illicite, ou de procéder à un traitement d'informations nominatives concernant une personne physique s'y opposant pour des raisons légitimes» (Article 226-16),</p> <p>✘ «Le fait de mettre ou de conserver en mémoire informatisée sans l'accord expresse de l'intéressé des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques,</p>		
--	--	--	--	--	--

	<p>enregistrement des données. Par moyens techniques, il faut entendre des dispositifs techniques connectés aux lignes de transmission ainsi que des dispositifs de collecte et d'enregistrement de communications sans fil. Ils peuvent consister en logiciels, mots d'accès et codes».</p>		<p>philosophiques, religieuses ou les appartenances syndicales ou les moeurs des personnes» (article 226-17)<sup>i</sup>.</p>		
--	--	--	---	--	--

## CONCLUSION

Après avoir abordé, en huit chapitres, les questions particulières du Droit des télécommunications, du Droit de l'Internet et du Droit des contrats dans le commerce électronique, la présente étude s'achève sur une note de lege ferenda.

En effet, il s'est agi, dans le cadre de cet ouvrage de traiter des questions que pose la floraison de l'économie numérique en RDC alors que la législation censée l'encadrer est en décalage et, à de très nombreux points de vue, inexistante ni même embryonnaire. Le présent ouvrage a préféré présenter, au début de chacune de ses quatre parties, des notes liminaires qui tiennent lieu de résumé de chacune d'elles. Il a été question dans la première partie de présenter les notions essentielles du droit du cyberspace, de ressortir la typologie du droit des TIC et spécialement du « droit du commerce électronique ».

A ce sujet, le cadre juridique en a été tracé pour la RDC. Un effort dans la définition des concepts et institutions encore peu familiers du droit des NTIC ainsi que dans la conduite du cyberaudit a été mené dans le contexte de notre pays. Pour autant, ont été restitués : le bien-fondé de disposer d'une législation spécifique à l'économie numérique en RDC ; la manière d'y parvenir ; les faiblesses et silences actuels du Droit positif congolais sur le sujet en couverture de l'ouvrage ; l'évolution des politiques législatives dans le secteur des TIC au Congo depuis 1940 jusqu'en 2009; les sources du cyberspace congolais caractérisées par une superposition des couches de règles si enchevêtrées que la vue en est opacifiée pour le juriste et le public en général suite au phénomène de la plurinormativité ; les principaux acteurs de l'économie numérique qui sont bien souvent éclipsés sous le caractère immatériel des activités qu'ils mènent, qu'ils réglementent ou qu'ils régulent...

Ce premier et primordial exercice de cartographie et de typologie du cyberspace a non seulement été ponctué de plusieurs analyses et propositions de lege ferenda, mais s'est avéré également indispensable avant d'aborder le statut particulier du commerce électronique – que certains ont appelé économie numérique ou en ont

rattaché les aspects de l' « *économie de l'immatériel*<sup>496</sup> » – ainsi que des contrats qui s'y concluent. N'assiste-t-on pas au développement d'un « Droit du commerce électronique » ? L'effort a été mené par ailleurs de donner le contenu, et la rationalité d'un tel Droit. D'où les considérations finales de la dernière partie sur le cyberordre public, l'émergence de nouveaux pouvoirs et centres de pouvoirs qui organisent la vie au sein de la société de l'information.

A la deuxième puis à la troisième partie de l'ouvrage, il s'est agi de présenter, dans un premier temps, les règles particulières de formation du contrat électronique, du point de vue de l'adaptation des conditions de validité des contrats à la particularité du cyberspace. Ensuite, il a été question d'analyser l'exécution des contrats du commerce électronique. C'est ainsi qu'il a été abordé les difficultés juridiques liées au paiement en ligne ainsi qu'au droit applicable et au juge compétent en matière des contrats du commerce électronique.

Cependant, tout au long de cette recherche, il a été noté que le Droit congolais n'a pas encore secrété des règles spécifiques applicables aux contrats du commerce électronique. Le souci de la Loi type du CNUDCI sur le commerce électronique a justement été d'offrir aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables sur la manière de surmonter un certain nombre d'obstacles inhérents à l'économie numérique et de créer un environnement juridique plus sûr pour ce que l'on appelle aujourd'hui le « commerce électronique ». Le législateur congolais est appelé à s'en inspirer de même que des questions de droit abordé – sans la moindre prétention de l'exhaustivité – dans la présente étude.

En effet, la société de l'information a embrassé tous les secteurs de la vie des populations. Désormais, les multiples aspects de la vie nationale sont informatisés, reliés autour de la toile d'araignée mondiale : le *web*. Le commerce n'a pas échappé à cette mutation du monde moderne à l'épreuve de l'Internet. Ainsi, le commerce en ligne est le fleuron de la croisée de chemins entre la société de consommation et la société de l'information. Les exigences fondamentales de la première trouvent un

---

<sup>496</sup> Cfr. Maurice Levy et Jean-Pierre Jouyet, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, Ministère français de l'économie, des finances et de l'Industrie, Paris, Novembre 2006, pp.168 [Inédit]

puissant levier dans le support que la seconde lui offre d'assurer l'accès aux produits de toute nature, supranational et sans restriction spatio-temporelle, depuis toute région habitée du globe. Il était une fois le commerce électronique qui est devenu une réalité planétaire incontournable !

Face au développement du commerce électronique, le besoin de légiférer sur les pratiques commerciales sur Internet traduit aussi bien l'efficacité du principe de la liberté d'entreprise que la montée en puissance des principes communautaires du marché face aux activités en ligne. Ce qui stimule la recherche de l'application du droit du pays d'origine au prestataire économique sur Internet et au cyberconsommateur.

Désormais, conçu pour être pratiqué en ligne, le fait a précédé le droit, le commerce électronique a commencé à être pratiqué en République Démocratique du Congo avant que les différentes législations spécifiques d'encadrement n'y aient vu le jour. Il met en relations des cocontractants de tous les pays sans aucune barrière des frontières territoriales. Dans de telles relations, les rapports de forces qui habituellement déterminent la vie internationale et ses flux transnationaux risquent de se déplacer sur le terrain du Droit congolais si celui-ci reste léthargique. La nécessité pour chaque pays d'avoir une réglementation propre pour ne pas subir la réglementation des autres est plus que préoccupante.

En Europe, il a, à cet instant, été besoin de définir des choix communautaires empêchant de priver, par exemple, le cyberconsommateur de la protection que lui assurent les lois impératives de son pays de résidence en rapport avec les obligations contractuelles qu'il souscrit. Dans le même ordre d'idées, l'absence de prise de position législative du droit congolais sur certaines questions spéciales des contrats du commerce électronique pérenniserà à coup sûr des lacunes, des « évasions » sur la fiscalité inhérente à la vente des produits et services, fut-elle sur Internet. En RDC, l'absence d'un droit particulier fait que c'est le consommateur congolais qui en pâtit.

A l'instar de la France, l'objectif principal d'une loi congolaise sur le commerce électronique serait de créer la confiance et l'innovation adaptée aux besoins de protection des intérêts du cybermarché principalement composé des cybermarchands, d'une part, et des

internauts cyberconsommateurs, d'autre part. Le commerce électronique a connu une expansion significative qui a fait reculer de nombreux paradigmes et changer la nature même du jeu économique classique.

Quoique fortement à l'épreuve de l'immatérialité, de l'interactivité et de l'aspect souvent international des transactions concernées, le droit commun s'applique bien à cette espèce juridique en pleine émergence, que constitue le commerce en ligne, sans qu'il soit nécessaire de bouleverser l'ensemble du cadre juridique congolais. Le changement profond de la nature du jeu n'a pas suscité, au même titre, la révolution des règles du jeu. Cependant, des adaptations législatives et réglementaires sont avérées nécessaires en droit congolais. Afin de fixer des règles du jeu claires et assurer une protection efficace à tous les acteurs, le Gouvernement, sur proposition du Ministre en charge de la promotion des TIC, devra présenter un projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique en RDC.

En effet, les pouvoirs publics ont gardé présent à l'esprit la place de l'accès universel aux TIC au cœur de l'objectif d'édification d'une société mondiale de l'information. Le principe fondamental de la Déclaration de Genève sur la société de l'information est mu par une volonté et une détermination communes des Etats d'édifier une société de l'information (...) inclusive dans laquelle « toute personne, où que ce soit dans le monde, devrait avoir la possibilité de participer à la société de l'information et nul ne devrait être privé des avantages qu'elle offre ».

Le commerce électronique est une concrétisation, de premier ordre, de cette ambition grâce à la libre rencontre de l'offre et de la demande des biens et services des citoyens du monde. La concrétisation de cet objectif universel a ses exigences et corollaires requérant harmonisation par le Droit, censé préserver l'ordre favorable au bien commun.

La loi sur le commerce électronique en RDC devra contribuer à remédier à la carence législative en matière des TIC dans le pays afin que celui-ci ne demeure pas en déphasage face à cette nouvelle forme de négoce. En l'occurrence, la loi devra définir la portée du commerce électronique et en fixe le régime général et particulier.

Par ailleurs, dans une opération commerciale dont le gros du processus contractuel se déroule en ligne, le risque de fraude,

d'escroquerie, d'atteintes aux droits fondamentaux reste élevé. D'où l'importance de la loi devant encadrer les échanges commerciaux en ligne en imposant des mesures de transparence, de loyauté, de sécurisation du cadre des affaires en ligne. Enfin, la loi pourra circonscrire les aspects pertinents liés aux acteurs et aux ressources techniques, financières et matérielles nécessaires au développement des TIC et, particulièrement, au commerce électronique.

Certes, il serait prématuré d'affirmer que le commerce traditionnel est révolu, mais il est évident que de nombreuses pratiques commerciales en ligne ont assoupli les modalités traditionnelles de présentation de l'offre et de son acceptation (comme par exemple, le « double clic » pour valider le contrat en ligne), de même que les règles d'admission des preuves des transactions électroniques. Cela est caractéristique même du siècle de vitesse que le monde contemporain traverse, dépouillé du lest des formalismes outranciers et de l'exploitation optimale du facteur temps formation, dans la conclusion des marchés et dans la satisfaction des besoins d'ordre économique, voire autres.

Au centre des préoccupations de la loi proposée sur le commerce électronique figure également la sécurité juridique du cybermarché, de même que la sûreté de ses ressources et de ses acteurs.

Pour ce qui concerne la protection économique du consommateur, les mesures nouvelles devraient porter sur des aspects tels que la détermination de la loi applicable au commerce électronique, la possibilité de prendre des mesures exceptionnelles de police administrative, la lutte contre les messages publicitaires non sollicités (spamming), l'obligation générale d'identification du vendeur en ligne, la prévention des abus contre les internautes vulnérables (mineurs), la réglementation attentive de certains produits et services, comme la loterie en ligne, les jeux de hasard, les produits pharmaceutiques, l'alcool et le tabac.

Pour ce qui est de la protection du cybermarché, l'existence de certaines dispositions permettront d'assainir en amont la profession de fournisseurs d'accès, d'éditeurs en ligne, de cybermarchands ainsi que les sources de publicité des offres en ligne par le moyen de leur identification préalable ou encore, à l'instar de certaines législations comparées comme la Chine, de la subordination de l'exercice de leurs activités à des licences spécifiques.



En outre, dans le cadre de notre recherche, nous avons tenu à mettre aussi en lumière les grands défis de sécurité juridique du cyberspace. Ces défis de sécurité juridique tiennent lieu de plusieurs facteurs qui peuvent paraître hétéroclites, mais qui pris globalement équivalent au type spécial de société en présence, le cyberspace. Parmi ces défis, il apparaît un dénominateur commun, à savoir la nouveauté des phénomènes du cyberspace qui ne permet pas toujours de trouver des réponses claires et tranchées dans le Droit. Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur le fait que le Droit étant un rempart commun pour tous et pour chacun, la porosité de ce rempart est porteuse d'insécurité juridique.

C'est ainsi qu'il a été jugé nécessaire de présenter les différentes facettes de la problématique de sécurité juridique que suscitent le cybermonde lui-même, les transactions qui s'y déroulent et les intérêts qu'il contient. Cette problématique pour le cybermonde en tant que contenant a été étudiée sous le titre « Sécurité et cyberordre juridiques », tandis que la problématique liée au contenu du cybermonde, a été étudiée sous le titre « Phénomènes du cybermonde, objet de sécurité juridique ».

Tout au long de nos recherches, nous avons observé plusieurs mécanismes de sécurisation juridique des opérations qui se déroulent dans le cyberspace. Chacun des mécanismes observés présente des avantages mais aussi des limites. Toute institution juridique est soumise à ce dualisme de force et de faiblesse, mais il s'avère que dans le contexte numérique, chaque solution pour la sécurité se relativise, puisque la réalité numérique démontre davantage la faillibilité des solutions qui par nature ne peuvent être globalisante pour l'ensemble des activités du cyberspace.

Parmi les moyens de sécurisation, nous avons pu noter: l'encadrement juridique des transactions du cyberspace, la pénalisation des comportements déviants, la communautarisation des lois, la Coopération internationale, la régulation, les moyens techniques comme la cryptographie, la biométrie, la brevetabilité des inventions, la protection de la paternité d'œuvre de l'esprit (droit d'auteur)... Il sera difficile d'aborder dans le présent ouvrage chacun de ces mécanismes. Il a été cependant possible de les catégoriser en dispositif technique de protection et en dispositif proprement juridique de protection.

Si le chapitre sept a permis de présenter les grands défis de sécurité juridique du cyberspace, le tout dernier apporte la lumière sur les efforts entrepris sur le plan juridique pour donner des réponses à ces phénomènes en vue de créer, d'une manière générale, la confiance et la paix sociale dans le cyberspace.

L'analyse des efforts de sécurisation du cybermonde, de ses transactions et intérêts permet de dégager deux niveaux d'avancement dans leur perfectibilité ou dans leur rigidité en tant que solutions aux questions d'insécurité juridique du cybermonde. Il y a donc des dispositifs dont la praxis est entièrement nouvelle et qui se trouvent encore à mi-chemin pour devenir des solutions péremptoires face au phénomène cyberspace.

A ce propos, nous avons enfin choisi d'aborder les « Approches globales de sécurisation du cyberspace ». Nous avons privilégié, pour le premier volet, la mise en relief des problématiques et de leurs solutions communément admises. Il s'est agi, par exemple, de la problématique de la loi applicable au commerce électronique à laquelle deux réponses sont proposées : celle de la loi type de la CNUDCI ou celle de l'harmonisation des lois.

Il a été question, par ailleurs, des dispositifs juridiques qui font leur preuve d'une manière plus franche, mais qui requièrent des derniers réglages par rapport aux particularités que présentent les phénomènes du cyberspace. Ces dispositifs sont tirés et adaptables à partir du droit commun. Dans le cadre de cette étude, nous les avons titrés « Quelques dispositifs rigides de prévention et de répression ». Le premier volet a porté sur les modes de protection des droits intellectuels (droit d'auteur, Brevets, etc.) ; sur la sécurisation des paiements à distance et sur la protection des droits personnels (la cyberconsommation, les contrats en ligne, la preuve électronique et l'identification des personnes). Les derniers aspects ont porté sur les types de comportements incriminés par le droit pénal du cyberspace au regard du Droit comparé belge, français et congolais.

A ce propos, l'institut Stanford, en 1976, a distingué deux sous catégories d'infractions : les infractions où l'informatique est l'objet du délit, et les infractions où l'informatique est le moyen du délit. Les atteintes à la sécurité des réseaux et des données informatiques recouvrent

notamment les incriminations suivantes : accès illégal, interception illégale de donnée, atteinte à l'intégrité du système, atteinte à l'intégrité des données, abus de dispositif, falsification informatique, fraude informatique. La deuxième sous catégorie concerne les délits où l'informatique n'est qu'un moyen de commission d'une infraction classique. Il s'agit de la commission d'infractions classiques qui se retrouvent grandement facilitées par la rapidité, l'anonymat qu'offrent les nouvelles technologies de l'information. Il s'agira entre autres, sans que cette liste ne soit considérée comme exhaustive, du chantage, du vol, de l'escroquerie, du sabotage ou de l'espionnage. Il s'agira aussi de la pornographie, des atteintes à la vie privée, des atteintes à la propriété intellectuelle ou des infractions racistes ou révisionnistes. Un tableau récapitulatif a permis de démontrer la position rigide des droits pénaux comparés qui répriment ces comportements déviants de la société de l'information.

Au moment où nous voulons mettre un trait sur cette recherche, nous constatons que de nombreuses pistes restent encore explorables en ce qui concerne la sécurité juridique des transactions et intérêts dans le cyberspace. Une piste de sécurité juridique non creusée profondément est celle de la norme technique. En effet, les sources du droit du cyberspace placent les normes techniques sur un degré plus élevé de reconnaissance. Pour l'instant, ces normes techniques s'avèrent indispensables pour la connexion des réseaux et le fonctionnement même de cet espace procédural. Ces normes techniques touchent aux exigences fondamentales, existentielles du cyberspace. Sur un plan purement rudimentaire, la norme technique s'impose plus comme une contrainte de l'état de la technologie, alors que la règle juridique intervient sur le volet régulateur d'un milieu fortement standardisé. Dans la praxis de l'espace numérique, la norme technique est rigide parce que visant l'ordre utilitaire des choses ; tandis que la norme juridique est flexible. La prévention primaire dans le cyberspace relève de la sécurité informatique suite aux obstacles dirimants que ses standards techniques opposent à son inobservance.

Il faudra, bien sûr, déjà avoir à l'esprit que la norme technique fait partie du cyberdroit : la sécurité technique fait partie intégrante de la

sécurité juridique. Certes, la géométrie variable de ce milieu insaisissable et indéfini empêche des dessins de formes juridiques au contour rigide. Il n'en demeure pas moins que le droit est l'expression de la réalité du moment. Il est le résultat des forces sociales émergentes qui cristallisent les valeurs que la société entend protéger. La prévention des règles que suscite le droit mou du cyberspace s'ajoute aux moyens techniques du cyberdroit.

Une autre piste de sécurité du cyberspace aurait pu également être abordée, mais a été estimée trop large et mise de côté pour la présente recherche. Nous aurions pu élargir le champ de notre étude en abordant la « sécurité juridique des investissements » qui sert à la création de l'espace numérique. Il s'agit des ordinateurs, des antennes, des modems et autres composantes des réseaux informatiques. Il y aura lieu d'entrevoir les politiques et les techniques qui protègent l'espace numérique en lui-même. Or, l'orientation de notre recherche a été purement juridique et non politique. Quoique nous ayons abordé sur le plan pénal, les moyens législatifs de protection de l'infrastructure numérique contre les atteintes, ce pan de recherche sur le sujet de la « sécurité juridique des transactions et intérêts dans le cyberspace » demeure entier.



## **BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

### **I. ENCYCLOPEDIES**

1. Larousse, VUEF, 2003
2. Le Petit Larousse illustré, Paris 2004
3. Les Codes Larcier, Tomes 1 – 7, Afrique-Edition, Kinshasa, 2003.
4. QUID 2003 : Tout sur tout et un peu plus que tout, édition Anniversaire 40 ans, France Loisirs, Paris, 2003.

### **II. OUVRAGES**

5. AKELE ADAU P. et SITA MUILA AKELE A., Les crimes contre l'humanité en droit congolais, CEPAS, Kinshasa, 1999.
6. BAKANDEJA wa MPUNGU G., Le droit du commerce international : les peurs justifiées de l'Afrique face à la mondialisation, Afrique-Edition, De Boeck & Larcier, Kinshasa, Paris, Bruxelles, 2001.
7. BONNET D., L'essentiel de la méthodologie juridique. Cas pratique, Commentaire d'arrêt, Commentaire d'article, Disser-tation, Fiche de jurisprudence, Note de synthèse, Oral, Test de connaissance, Ellipses, 2006, Paris
8. BURHENNE V. & COTTON R.-F., Profils et Perspectives, 2è édition, Afrique – Edition, Kinshasa, 1999.
9. CAHEN M., La formation des contrats de commerce électronique, jurisconsul, septembre 2009.
10. CARBONNIER J., Droit civil, Tome 4 : Les obligations, PUF, Paris, Thémis, 1992.
11. CAPRIOLI E.A. & SORIEUL R., Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, JDI 2, Paris, 1997.
12. CORNU G., Vocabulaire juridique, Quadrige, PUF, Paris, 2006.
13. DEMOGNE R., Traité des obligations en général, Tome 1, Rousseau, Paris, 1923.

14. DEPREZ P., FAUCHOUX V., Les contrats de l'internet et du multimédia, éd. Dixit, Paris, 2000.
15. DIEUX X., Le respect dû à l'anticipation légitime d'autrui, Bruxelles - Bruylant, 1995, pp. 102 et s.
16. FAUCHOUX V., DEPREZ P., Le Droit de l'internet- lois, contrats et usages, Litec, Paris, 2008
17. FAVOREU L. et alii, Droit des libertés fondamentales, 2è édition, Dalloz, Paris, 2002.
18. FILIOL E., Richard F., Cybercriminalité – Enquêtes sur les mafias qui envahissent le web, Dunod, Paris, 2006.
19. FLOUR J. AUBERT J.L., Les obligations, Armand Colin, 1994, p.105.
20. FONTAINE M., Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction des clauses, Paris, LGDI, 1989.
21. GAUTRAIS V., L'encadrement juridique du contrat électronique international, Montréal, 1998.
22. GROSSEN J.M., Les personnes physiques, Traité de droit privé suisse, Tome II, 2, Fribourg, 1974.
23. HABERMAS J., *Droit et Démocratie*, trad. Par R. Rochlitz et C. Bouchindomme, Paris, Gallimard, 1997.
24. Pierre HUET, Allocation et gestion des ressources rares, Texte paru dans : l'Actualité juridique – Droit administratif, no 3, 20 mars 1997
25. ITEANU O., Internet et le droit, Eyrolles, 1996.
26. MARTY et RAYNAUD, Droit civil, T.II, Sirey, 1962..
27. MAZEAUD H. L. & J., Leçon de droit civil, T2, Mont Chrétien, Paris, 1966.
28. MBOKO DJ'ANDIMA, Principes et usages en matière de rédaction d'un travail universitaire, éd. CADICEC-UNIPAC/-CONGO, Kinshasa, 2004.
29. MORANDIERE (de) Julliot, Précis de droit civil, T.II, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1964, n<sup>o</sup> 332.

30. KABANGE NTABALA, Droit Administratif, Tome I, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo (RDC), Kinshasa, 2005
31. LAMBERTINE (de) I., La vente par voie télématique – Rapport intérimaire, Ivry, CNRS, 1988.
32. LAMY, Droit de l'informatique, n° 2088, 1999.
33. LAROMBIERE L., Théorie et pratiques des obligations, Bruxelles, Bruylant, 1862, T. I, art. 1101, 1862.
34. LASCOUMES P. & PONCELLA, Au nom de l'ordre ; une histoire politique du code pénal, éd. Hachette, Paris, 1989.
35. PRADELLE A., La paix moderne, 1947.
36. VANWIJCK M. & VERY A.P., Le processus de formation du contrat, commission Université – Palais, Université de Liège, Larcier, 2004.
37. VERBIEST T. & WERY E., Le droit de l'internet et de la société de l'information, Larcier, Bruxelles, 2001, p. 501.
38. VIVANT M., Les contrats du commerce électronique, Coll. Approfondir, Litec, 1999.
39. TEUBER, G., *Droit et réflexivité, l'autoréférence en Droit et dans l'organisation*, trad.par N. Boucquey, Paris- Bruxelles, Story-LGDJ, 1994.
40. TRUDEL P. LEFEBVRE G. & PARISIEN S., La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec, Publications du Québec, 1993.
41. TRUDEL P. & alii., Droit du cyberspace, Université du Montréal, éd. Thémis, 1997.
42. SCHUHL C.F., Cyberdroit – Le Droit à l'épreuve de l'Internet, Dalloz, Paris, 2006.
43. VON HAYEK F., *Droit, Législation, liberté*, T1, Paris, PUF, 1979.
44. ZILLIOX D., Kit d'initiation ou e-commerce, Editions d'organisation, Paris, 2002.



**III. THESES – MEMOIRES – COURS**

45. ELIAS R., Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale, Thèse, Paris, 1909.
46. CISSE A., NIANE, M., L'introduction au Droit du cyberspace, Module : le Droit du Cyberspace : l'objet, cours de Master de Droit du cyberspace, Université Gaston Berger, Saint Louis/Sénégal, 2005-2006, inedit.
47. GNAHOUI D-R, Transactions et commerce électronique, 2<sup>ème</sup> Partie : Transactions électroniques, Cours de Master, Université Gaston Berger, Saint – Louis, 2006.
48. KALINA MENGA L., Cours de Droit pénal et TIC, Master Pro. Droit du cyberspace, Université Gaston-Berger, Saint-Louis, 2007.
49. KALONGO MBIKAYI, Cours de Droit civil des Obligations, 2<sup>e</sup> Graduat, Université de Kinshasa et Université Protestante au Congo, Faculté de Droit, juin 2003.
50. Lepage BUSHABU WOTO, De la mise en œuvre de la régulation des télécommunications en Droit congolais (RDC), Travail de fin d'étude de Badge (Brevet d'aptitude délivré par les Grandes Ecoles), nov. 2005, p.89.
51. MOREAU N., La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et mode alternatif de règlement des conflits, Mémoire DEA (sous la direction de Mme le Professeur Anne Penneau), Université de Lille 2, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, 2002-2003.
52. THEVENET M., Autour du cyberspace, esquisse pour un approfondissement du dialogue humain – machine, Mémoire de DEA « enjeux, sociaux et technologies de la communication, Université Paris – 8 à Vincennes, saint Denis, 2002-2003.

#### IV. ARTICLES ET REVUES

53. BURNET F., Une proposition de directive TVA sur la taxation du commerce électronique en ligne : un effort pour une concurrence saine au plan des principes mais délicate à appliquer au sein d'un cyberspace, in <http://www.etudes.cci.fr/archrap/rap01/bru0105.htm>.
54. ALLEN T. & WIDDISON R., Can computers make contracts?, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 9-1, 1996.
55. CHEROT J.J., « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », rencontres petites affiches, Paris, 06 février 2002 (cité par Lepage Bushabu Woto).
56. GAGNON C., *L'échange de consentement et le commerce électronique, de l'autonomie de la volonté à la "volonté" de la machine*, 1998, in 1998.
57. FONTAINE M., Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats, in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, p. 116, n° 3, 2000.
58. CISSE. A., « L'art de réformer ou la construction d'un nouveau droit dans la pensée de Mireille Delmas-Marty », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR, Société de législation comparée*, Vol. 9, 2005, pp. 133-143.
59. ENGWANDA ADJUBA Wickler, « Monétique : "les moyens de paiement à l'ère du Net" », in *Droit et Développement – Actes des journées scientifiques organisées pour la faculté de droit les 27 et 28 avril 2007*, Revue de la faculté de Droit, no5, 2007, p.379-403
60. GAMBOA AC, LAPORTE R. & SAUER F., Réduire la facture numérique, in *Coopération Sud – Tous « Branches » – Technologies de l'information & Communication pour le développement*, n° 1, PNUD, New-York, 2001.
61. KHAMES D., Visiophonie, De numéris à Internet, in *Le journal du téléphone*, Novembre-Décembre 1996

62. KARIM BENYEKHEF, Commerce électronique : Normes et politiques, options politiques, in *Politiques options politiques*, Vol. 19, n° 5, Gouvernement du Canada, Te Canadian, juin 1998.
63. NGUMBI AMURI A., « Propriété intellectuelle et droit des consommateurs en rapport avec les nouvelles technologies de l'information et de la communication », in *Informatique et Droit – La revue des Nouvelles technologies de l'Information et de la Communication et la faculté de Droit, Problématique et Bilan de recherche juridique dans le domaine des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication*, n°1, Université de Kinshasa, 2005, pp 26-40.
64. MIKE JENSEN, « Afriboîtes, télécentres et cybercafés : Les TIC en Afrique », in *Coopération Sud – Tous « Branchés »*, *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement*, numéro un, PNUD, New York, 2001, p112.
65. NIMMER R.I., Electronic Contracting : Legal Issues, in *Journal of Computer & Information Law*, 14, 1997, p. 217-218.
66. RAYNOUARD A., La formation du contrat électronique, in *Travaux de l'Association Henri Capitant - Le contrat électronique, Journées nationales*, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002.
67. SALAUN A., « Paiements électroniques : présentation de la loi du 17 juillet 2002 » in <http://www.droit-technologie.org/actuality-615/paiements-electroniques-presentation-de-la-loi-du-17-juillet-2002.html>
68. SOMKIAT TANGKITVANICH, « Vues du Sud, les politiques du commerce électronique planétaire », in *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement*, n° 1,, Vol. 9, PNUD, New York, 2001.

69. THOUMYRE L., « L'échange des consentements dans le commerce électronique », Juillet 1999 in <http://www.juriscom.net>
70. VERBIEST T., « Alcool et Internet », in *Journal du Net* du 4 nov. 2003.

#### **V. CONFERENCES – COMMUNICATIONS - DISCOURS**

71. LAMBERTINE (de) I., Le contrat électronique, conférence organisée par le Programme International de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003.
72. SAWADOGO F.M., « Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina et de l'Afrique de l'ouest, communication à la 3<sup>e</sup> Conférence régionale Africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement », organisé conjointement par le CNUCED et le Ministère du tourisme, du commerce et de l'artisanat de la Tunisie, à Tunis du 19 au 21 juin 2003 sous le thème : « Stratégie de commerce électronique pour le développement / Promouvoir un dialogue international », p. 2.
73. JOSPIN Lionel, Discours lors de la Réunion des Spécialistes Internet G8 à Paris, cf. Xavier Lecerf, La lutte contre la cybercriminalité in [www.juriscom.fr](http://www.juriscom.fr)
74. POULLET Y., « Quelques considérations sur le droit du cyberspace », in *Présentation à l'Académie Royale belge des Sciences*, le 20 mars 2004.

#### **VI. RAPPORTS, TEXTES OFFICIELS ET AUTRES DOCUMENTS**

75. Commission des Nations Unies pour le Droit international. Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-troisième session, New York, 29 juin – 10 juillet 1998, A/CN/454, 21 août 1998.

76. Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement, n° 1, PNUD, New York, 2001.
77. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, Nations Unies, New-York, 1996.
78. Décret du 30 juillet 1988 portant Code Civil Congolais : livre troisième.
79. Loi belge du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information.
80. Loi n° 87 – 010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la Famille au Zaïre.
81. Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.
82. CANLORBE J., « Contrat type de commerce électronique - vente de biens ou prestation de services commerçants – consommateurs », Rapport présenté au nom de la Commission du commerce et des échanges de la Chambre de commerce français, et adopté au Bureau du 15 décembre 2005 selon la procédure d'urgence.
83. GRZEGORCZYK C., « Trois modèles de l'homme juridique », in *L'image de l'homme en droit, mélanges publiés à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 1990, p. 208.
84. LEROYER A-M., « Réflexions critiques sur la protection du consommateur en ligne, in Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit, in. *Etudes offertes à Claude Lombois*, PU Limoges, 2004.
85. Maurice Levy et Jean-Pierre Jouyet, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, Ministère français de l'économie, des finances et de l'Industrie, Paris, Novembre 2006, pp.168 [Inédit]

**VII. JURISPRUDENCE**

- 86. Cass, 13 janv. 1966, Pas. 1966, I, p. 613
- 87. Cass. 9 mai 1980, Pas., 1980, I, P.1120 ; Entr. et Dr., 1981, p. 146
- 88. SENELLE ; Cass. 9 mai 1980, Pas. 1980, I, p.1127 ; Cass, 16 mars 1989, Pas. 1989, I, p.737
- 89. Inst. Adm. 3 A-3-03, \* sept. 2003.

**VIII. SITES ET LIENS INTERNET**

- 90. [www.finances.gouv.fr/commerce elect./lorentz](http://www.finances.gouv.fr/commerce elect./lorentz)
- 91. [www.gtl.georgiatech-metz.fr](http://www.gtl.georgiatech-metz.fr)
- 92. <http://www.bvp.org>
- 93. <http://www.uncitral.org>
- 94. <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>
- 95. [www.finances.gouv.fr/commerce elect./lorentz](http://www.finances.gouv.fr/commerce elect./lorentz)
- 96. <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.html>.
- 97. <http://www.droit.umontreal.ca/~gagnonc/travaux/consentement.html>
- 98. <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2/2b298.htm>
- 99. <http://www.jour-naldunet.com/juridique/juridique031104.shtml>
- 100. <http://alize.finances.gouv.fr>
- 101. [www.irpp.org/po/archive/jun98/benyekhl.pdf](http://www.irpp.org/po/archive/jun98/benyekhl.pdf)
- 102. <http://www.desmondes.com/ecommerce/statistique.html>
- 103. [http://e-com.ic.gc.ca/epic/site/ecic-ceac.nsf/fr/h\\_gv00032f.html](http://e-com.ic.gc.ca/epic/site/ecic-ceac.nsf/fr/h_gv00032f.html)
- 104. <http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm>
- 105. [www.amazon.fr/](http://www.amazon.fr/)
- 106. <http://www.bceao.int/internet/bcweb.nsf/pages/cpr445>
- 107. [http://www.izf.net/affiche\\_oscar.php?num\\_page=3711](http://www.izf.net/affiche_oscar.php?num_page=3711)
- 108. <http://www.droit-technologie.org/actuality-615/paiements-electroniques-presentation-de-la-loi-du-17-juillet-2002.html>
- 109. <http://www.droit-technologie.org/actuality-590/commerce-electronique-loi-applicable-et-jurisdiction-competente-une.html>



## Table des matières

Dédicace -----	V
Liste des abréviations usuelles -----	7
Remerciements -----	13
Préface -----	15
Introduction générale -----	19
<b>I<sup>ère</sup> Partie : Notions essentielles sur le droit du commerce</b>	
<b>électronique-----</b>	<b>43</b>
Chapitre 1 <sup>er</sup> : Un cadre juridique du commerce électronique pour la RDC -----	45
Section 1 : Le e-commerce : une activité du cyberspace sans définition législative en RDC-----	46
1. Définition du e-commerce comme composante d'un milieu, le cyberspace-----	47
a. Appréhension du concept « e-commerce »-----	47
b. Intérêt de la définition juridique du commerce électronique-----	50
2. Un droit du commerce électronique en RDC. Pour quoi faire ? Comment faire ?-----	52
a. Un droit congolais du commerce électronique. Pour quoi faire ? -----	53
b. Un droit congolais du commerce électronique dans l'ère du temps : comment faire ? -----	63
Section 2 : Schéma d'ouverture de la RDC aux acteurs et activités du commerce électronique -----	77
1. Evolution des politiques législatives en matière des TIC au Congo-----	77
a. Eléments de changements dans le secteur des télécommunications-----	77
b. Axes de libéralisation des télécommunications ---	82
2. Cartographie des acteurs du cyberspace Congolais-----	95
a. Les intermédiaires techniques et opérateurs économiques du commerce électronique-----	97



b. L'Etat comme acteur politique et réglementaire de l'économie numérique -----	108
c. Les (cyber)consommateurs-----	119
Chapitre 2 : Des cybernormes aux sources du « droit du commerce électronique »-----	129
Section 1 : Présentation générale des sources du droit congolais de e-commerce -----	132
1. Classification des cybernormes applicables au e-commerce -----	132
a. Les sources principales du « droit du commerce électronique » -----	134
b. Les sources secondaires du « droit du commerce électronique » congolais-----	147
Section 2 : Examen critique des textes législatifs, réglementaires et à caractère administratif applicables spécialement au secteur des télécommunications en RDC-----	161
1. Philosophie du « Droit congolais de commerce électronique-----	161
a. De la subsistance de la pyramide face à la poussée du réseau -----	161
b. De l'émergence du droit de la régulation-----	162
2. Incurie légistique et écueils ou lacunes des textes sur les télécommunications en RDC -----	163
a. Incurie légistique : quelques cas concrets des conflits de compétence -----	164
b. Ecueils ou lacunes des textes législatifs dans le secteur des télécommunications -----	168
<b>II<sup>ème</sup> Partie : La formation des contrats du commerce électronique-----</b>	<b>177</b>
Chapitre 3 : Echange de consentement dans le commerce électronique -----	181
Section 1 : La réalisation du concours des volontés par voie électronique -----	181
1. L'offre ou sollicitation par voie électronique-----	182
a. La forme de l'offre en ligne -----	182

b. Les caractéristiques de l'offre en ligne : obligations en matière de prospection en ligne -----	185
c. Les effets de l'offre avant acceptation : inefficacité ou efficacité de l'offre ? -----	190
d. La durée de validité de l'offre et et de son retrait -----	191
2. L'acceptation -----	193
a. Portée de l'acceptation -----	193
b. Modalité d'échanges de consentement sur Internet -----	194
c. Le droit de rétractation après acceptation -----	196
Section 2 : Les questions spéciales de la manifestation du consentement en ligne -----	197
1. La question du moment et du lieu de naissance du contrat en ligne -----	198
a. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données -----	198
b. La détermination de l'auteur de l'échange informatique -----	201
2. L'intégrité du consentement comme condition de validité du contrat en ligne -----	202
a. Énoncé des principes en matière de vice de consentement -----	202
b. Étude de trois cas de vice de consentement pour les contrats en ligne -----	203
Chapitre 4 : Autres conditions de validité du contrat électronique -----	209
Section 1 : La capacité de contracter sur le réseau informatique -----	209
1. La portée des incapacités dans les contrats électroniques -----	209
a. L'énoncé du principe -----	209
b. La capacité des personnes à contracter en général -----	210
c. La sphère des acteurs du cyberspace et la limite des principes traditionnels de la capacité -----	212

2. Les approches des solutions aux questions spéciales en matière de capacité entre absents en ligne -----	214
Section 2 : L'objet certain et la cause licite dans le commerce en ligne -----	228
1. L'objet des obligations dans le commerce en ligne -----	229
a. La particularité de l'objet d'obligation née du contrat électronique-----	230
b. Limites de l'objet d'obligation du contrat électronique-----	231
2. Les régimes spéciaux d'interdiction et de restriction d'objet d'obligations du commerce en droits comparés français et congolais-----	236
a. Présentation de la teneur des lois -----	236
b. Le contournement de la loi sur Internet et l'approche de solution-----	239
<b>III<sup>ème</sup> Partie : L'exécution des contrats du commerce électronique -----</b>	<b>241</b>
Chapitre 5 : L'exécution du contrat électronique -----	245
Section 1 : La notion de paiement en matière d'obligations contractuelles -----	245
1. Les notions de droit vers le paradigme d'exécution de vente en ligne -----	245
2. Le paiement en ligne : un exemple d'exécution du contrat du commerce électronique-----	248
a. La shématisation de la vente et du paiement en ligne -----	248
b. Les possibilités de paiement électronique libératoire dans les ventes en ligne -----	251
c. Les obligations accessoires dans l'exécution d'une vente en ligne -----	255
Secteur 2 : Les régimes juridiques particuliers au Paiement et à la preuve électronique en	

Droit Congolais, Africain et Européen -----	262
1. L'encadrement juridique des systèmes de paiements dans l'UEMOA et en Droit Européen -----	264
a. Le cadre juridique de l'UEMOA sur le paiement électronique -----	264
b. L'encadrement juridique des systèmes de paiement en Droit européen -----	267
2. Le régime de la preuve électronique des transactions du commerce électronique -----	269
a. Commerce électronique et règles classiques de preuve -----	269
b. L'adaptation de la preuve aux transactions électroniques -----	271
c. Obligations d'archiver des contrats du commerce électronique -----	275
Chapitre 6 : La loi applicable et la juridiction compétente aux contrats du commerce électronique -----	277
Section 1 : Les problèmes posés par le contrat Commercial international (conclu par Voie électronique) -----	277
1. Les données principales de la problématique -----	277
2. Les problèmes spécifiques du contrat commercial international -----	278
a. La qualification du contrat international : une définition difficile -----	278
b. Le droit applicable au contrat (électroniques) international -----	279
c. Un mot sur les conventions applicables aux contrats électroniques internationaux -----	280
Section 2 : Les solutions du Droit communautaire européen sur le juge compétent et le droit applicable -----	282
1. Juridiction compétente : un régime européen récemment modifié -----	282

a. La compétence des tribunaux et contrats en ligne-----	282
b. Les clauses de proposition de compétence en ligne-----	283
2. Tribunaux compétents et contrats conclus avec les consommateurs-----	284
a. La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles -----	285
b. La loi applicable aux contrats conclus avec les consommables -----	286
c. La direction sur le commerce électronique et la clause du marché intérieur-----	287
<b>IV<sup>ème</sup> Partie : La sécurisation des transactions et intérêts   dans le cybermonde -----</b>	<b>289</b>
Chapitre 7 : L'objet des défis au centre des préoccupations de sécurité juridique dans le cybermonde -----	291
Section 1 : La sécurité et le cyberordre juridiques -----	291
1. La société de l'information et ordre juridique -----	291
2. Le Cyberspace et la sécurité juridique-----	293
Section 2 : Les phénomènes du cybermonde objet de sécurité juridique-----	296
1. Les transactions et intérêts de l'espace numérique -----	296
2. L'émergence de nouveaux centres de pouvoir-----	298
a. Le renversement de la balance des forces entre acteurs -----	298
b. L'hégémonie d'un nouveau type de pouvoir : l'information-----	299
c. La globalisation et l'accès universel -----	300
Chapitre 8 : La sécurisation des transactions et intérêts dans le cyberspace -----	303
Section 1 : Les approches globales de sécurisation du cyberspace-----	303
1. La problématique de détermination de la loi applicable et de la compétence des juridictions nationales pour les transactions en ligne	

comme source d'insécurité juridique -----	303
a. Problématique -----	303
b. Les approches de l'OMC sur la « loi applicable »-----	304
2. La problématique de l'accès universel au cyberespace comme source d'insécurité juridique -----	307
a. Problématique -----	307
b. Pistes exploitables -----	309
3. La problématique fiscale, une préoccupation des intérêts financiers de l'Etat face aux transactions en ligne-----	310
a. L'enjeu de la fiscalisation du cyberespace -----	310
b. Le contrôle fiscal des transactions -----	310
c. Etat des lieux de la fiscalité du secteur des télécommunications -----	312
Section 2 : Les quelques dispositifs rigides de prévention et de répression des phénomènes du cyberespace -----	318
1. Les dispositifs juridiques de prévention des transactions et intérêts du cyberespace -----	318
a. La protection des droits intellectuels-----	318
b. Les mécanismes juridiques de protection des droits personnels -----	321
2. Les dispositifs répressifs pour la sécurité des transactions et intérêts du cyberespace : Répression de la cybercriminalité -----	324
a. Le rôle protecteur du droit pénal dans la sécurité des valeurs du cyberespace -----	324
b. La convention du Budapest comme une réponse de sécurité des transactions et intérêts du cyberespace -----	326
c. L'objet et le mode de protection du droit pénal du cyberespace en droits comparés belge, français et congolais-----	327
<b>Conclusion</b> -----	339
<b>Bibliographie indicative</b> -----	349

