

CYBERDROIT

TELECOMS, INTERNET, CONTRATS DE E-COMMERCE

NDUKUMA ADJAYI KODJO

CYBERDROIT

TELECOMS, INTERNET, CONTRATS DE E-COMMERCE

Une contribution au Droit congolais

Préface de Evariste BOSHAB

PRESSES UNIVERSITAIRES DU CONGO

P.U.C.

Kinshasa, 2009

PUC 2009
1^{er} trimestre 2009
Dépôt légal N° A/3.0904 – 57057
N° ISBN : 99951 – 15 – 03 - 4

*A toi, ma fille, Koan Ndukuma Feza,
du haut de tes trois ans d'âge, tu grandiras
et tu liras pour la mémoire de ta tendre aïeule.*

LISTE DES ABREVIATIONS USUELLES

AFOM	: Association Française des Opérateurs Mobiles
AISI	: African Information Society Initiative
AMPS	: Advanced mobile Phone System
ARCEP	: Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (France)
ARPANET	: Advanced Research Projects Agency Network
Art.	: Article
ARTAC	: Assemblée des Régulateurs des Télécommunication de l'Afrique
ARTO	: Association des Régulateurs des Télécommunications de l'Afrique de l'Ouest
ATM	: Automated Teller Machine (distributeur automatique des billets de banques)
AVS	: Système de vérification d'adresse
B2B	: Business to Business (commerce de Professionnel à Professionnel)
B2C	: Business to Consumer (Commerce de Professionnel à Particulier)
BDT	: Bureau de Développement de Télécommunication
BIAC	: Banque Internationale Africaine pour le Congo
BVP	: Bureau de Vérification de Publicité
C. civ.	: Code civil
C.C.F.	: Code civil français
C.C.Q.	: Code civil Québécois
Cass.	: Cassation
CCCL3	: Code civil congolais livre troisième
CDMA	: Code Division Multiple Access, en français Accès Multiple par Répartition en Code (AMRC)

CEDEAO	: Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEMAC	: Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale
Cf. ou cfr.	: Confère
CGI	: Code Général des Impôts (France)
CLI	: Caller Line Identity
CMILT	: Coûts Moyens Intégrés à Long Terme
CNDP	: Cybertribunal Canadien du Centre de Recherche en Droit Public
CNIL	: Commission Nationale Informatique et Libertés
CNRS	: Centre National de Recherche Scientifique
CNUDCI	: Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CODI	: Committee on Development Information
COMESA	: Marché Commun d'Afrique Orientale et Australe
CPCE	: Code des Postes et des Communications Electroniques
CPST	: Comité Professionnel du Secteur des Télécommunications
CPST/FEC	: Comité Professionnel du Secteur des Télécommunications/ Fédération des Entreprises du Congo
CtoC ou C2C	: Consumer to Consumer
CREDOC	: Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie
CSCE	: Centre des Surveillances du Commerce Electronique (France)
CWN	: Congolese Wireless Network
DGCCRF	: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
DGRAD	: Direction Générale des Recettes Administratives et Domaniales
DGI	: Direction Générale des Impôts

Dir.	: Sous la Direction de
e.g.	: Exempla gratia (à titre d'exemple)
EDGE	: Enhanced Data for GSM Evolution
EDI	: Echange des Données Informatiques
EIIA	: Association des industries de l'information européenne
EUIM	: Enquête sur l'utilisation d'Internet par les ménages à la maison
FAI	: Fournisseur d'Accès à Internet
FDC	: Fully Distributed Costs
FEC	: Fédérations des Entreprises du Congo
FEVAD	: Fédération du e-commerce et de la vente à distance
FMI	: Fonds Monétaire International
Fr.	: Français
GATT	: Accord général sur les tarifs et le commerce
GPRS	: Global Packet Radio Services
GSM	: Global System For Mobile Telecommunication
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IETF	: Internet Engineering Task Force
IP	: Internet Protocol (protocole de communication IP)
ISP	: Internet Service Provider (en <i>fr.</i> Fournisseur d'Accès à Internet)
J.O	: Journal Officiel
J.O RDC	: J.O de la République Démocratique du Congo
LCEN ou LPC	: Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique
LPC	: Loi sur la Protection du Consommateur
MTC	: Mobile Telecommunication Company
MVNO	: Mobil Virtual Network Operator
NEPAD	: Nouveau Partenariat pour le Développement en Afrique
NTIC	: Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication

OCDE	: Organisation pour la Coopération et le Développement Economique
OCPT	: Office Congolais des Postes et Télécommunications
OFIDA	: Office des Douanes et Accises
OHADA	: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OMC	: Organisation Mondiale du Commerce
OMPI	: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ONPTZ	: Office National des Postes et Télécommunications du Zaïre
Op. cit.	: Ouvrage cité
P.C	: Personal Computer (Ordinateur)
PABX (PBX)	: Private Automatic Branch Exchange
PISCI	: Portail de cryptologie, Internet et Sécurité de l'information
PME	: Petites et Moyennes Entreprises
PTT	: Postes, Téléphones et Télécommunications
R.G.	: Rôle Général
RDC ou RDCongo	: République Démocratique du Congo
RENATELSAT	: Réseau National des Télécommunications par Satellite
REZATELSAT	: Réseau Zaïrois des Télécommunications par Satellite
s. ou ss.	: Suivant ou suivants
SI	: Système informatique
SIM	: Subscriber Identity Mobile
SMS	: Short Message Service ou texto, textes échangés entre utilisateurs sur les téléphones portables
SMSI	: Sommet Mondial de la Société de l'Information
Télécoms	: Télécommunications
TGI	: Tribunal de Grande Instance
TIC	: Technologies de l'Information et de la communication

TRASA	: Association des Régulateurs des Télécommunications des pays de l'Afrique Australe
TTC	: Toutes taxes comprises
TVA	: Taxe sur la valeur ajoutée
U.C.C.	: Uniform Commercial Code
UDM	: Université de Montréal
UEMOA	: Union Economique et Monétaire Ouest Africaine
UGB	: Université Gaston Berger (Saint-Louis/Sénégal)
UIT	: Union Internationale des Télécommunications
UMTS	: Universal Mobile Telecom Service
UNESCO	: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, en <i>fr.</i> Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UNIKIN	: Université de Kinshasa
UPC	: Université Protestante au Congo
W3C	: World Wide Web

REMERCIEMENTS

Lorsque l'entreprise du présent ouvrage a commencé il y a cinq ans, je ne pouvais imaginer le chemin à parcourir, les pré-requis à accumuler, les fouilles documentaires à effectuer, le nombre de conférenciers à écouter, la kyrielle de questions préalables à égrainer, la comptabilité des jours et heures de solitude dans la cogitation, les exigences de déplacement au pays et ailleurs, etc. Voilà autant de pierres qu'il a fallu réunir pour former les marches et la stature de l'édifice ici dévoilé.

Dans cette entreprise, il a fallu des adjuvants. De leur nombre figurent ceux qui ont apporté leur aide sans le savoir, à commencer par le Professeur Luzolo Bambi Lessa, Docteur en Droit et enseignant à l'UPC, actuellement Ministre de la Justice et Garde des sceaux de la RDC, avec qui nous avons passé une bonne partie d'une nuit lors d'une réception en 2006 à discuter sur plusieurs problématiques du sujet. De même, Annie Kithima Badjoko, Chief Legal, Regulatory and Interconnect de Vodacom Congo qui m'a assuré son meilleur tutoring et son coaching d'excellence. A noter aussi, Mbissane Ngom, Docteur en Droit, enseignant à l'UGB au Sénégal et conseiller dans le processus de réforme des PTT en RDC, qui a eu à encadrer mon mémoire de Master en Droit du cyberspace à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis.

Il y a, par ailleurs, ceux qui ont apporté spontanément leur concours dès qu'ils ont pris connaissance du projet d'édition de l'ouvrage. Il s'agit de : Pasteur Bony pour ses exhortations ; M. Olivier Mondonge, avocat stagiaire au Barreau de Kinshasa/Matete, pour son accompagnement dans la relecture des épreuves de cet ouvrage ; M. Patty Kalay, doctorant en Droit à l'université de Bordeaux et Chef de travaux à la faculté de droit de l'UPC, avec qui nous avons eu beaucoup d'échanges d'idées ces derniers temps en vue de lever les derniers doutes sur des notions floues et glissantes qui parsèment la lecture de l'ouvrage ; M. Unzola Bangala, pharmacien et informaticien, qui m'a prodigué des conseils fraternels sur la discrétion nécessaire au travail de cette nature ; Mme Nadine Sueur, née Ndukuma Soma, qui lors de mes multiples passages à Paris a toujours accepté de prendre sur ses horaires de famille et de travail la charge de me conduire dans les achats de mes livres.

J'adresse aussi, de façon toute particulière, mes remerciements à Ange Ngawali, mon épouse, qui a lu et relu à haute voix, souvent à des heures très tardives ou au téléphone, les interminables passages d'ouvrage à intégrer dans la rédaction ou à vérifier à distance. Un grand merci également au comité éditorial des Presses Universitaires du Congo, pour tant d'efforts consentis au travail de mise en ordre dudit projet de publication, devenu aujourd'hui une réalité palpable.

Toute ma gratitude va enfin au professeur Evariste Boshab Mabudj, Docteur en Droit public, Professeur et Chef de Département de Droit public interne à l'UNIKIN qui a assuré le sponsoring d'édition de cet ouvrage. Sans son apport financier si appréciable, le présent ouvrage n'aurait pas pu paraître. Pour avoir accepté également de préfacer celui-ci, qu'il trouve ici présentée toute ma reconnaissance de l'élève envers son maître.

A tous ceux qui sont cités ici pour leur aide et à ceux qui ne le sont pas, je dis grand merci !

Kodjo Ndukuma

kndukuma@yahoo.fr

PREFACE

Innovation, nouveauté, inédit, exploit scientifique... tels sont les qualificatifs qui doivent être attachés à l'ouvrage de Monsieur NDUKUMA ADJAYI KODJO. C'est un véritable coup de maître. Dans un style limpide, l'auteur rend, de manière aisée, à la portée de tous, des concepts rébarbatifs qui, par leur essence, sont flous, approximatifs, quasi insaisissables. Parmi les mérites de l'auteur, celui-ci n'est pas le moindre, décortiquer le langage des « initiés », le rendre moins abrupt, moins ardu, le décoder totalement pour le faire bénéficier à toute la communauté. Pour une gageure, c'en est une et réussie brillamment. Comment ne pas louer la lucidité, l'esprit de synthèse et l'effort remarquables d'aller à l'essentiel sans pour autant sacrifier les contours et les détours des questions abordées ?

Les faits précèdent le droit, c'est un truisme ; mais, si la fonction régulatrice du droit prend du retard sur l'interaction des forces sociales, il s'observe un phénomène d'éparpillement, sinon de flottement qui décrédibilise l'Etat et discrédite la justice en raison du déficit des normes. Ce hiatus est dû au fait que des comportements socialement répréhensibles ne peuvent juridiquement être sanctionnés, étant entendu l'absence des dispositions législatives répressives. C'est la problématique qu'analyse, de manière minutieuse, Monsieur NDUKUMA KODJO s'agissant des questions, à tout le moins, du questionnement que soulève, en droit congolais, l'Internet, ce réseau télématique international, issu du réseau militaire américain ARPANET et résultant de l'interconnexion d'ordinateurs du monde entier utilisant un protocole commun d'échanges de données.

Avec l'avènement de chaque nouvelle technologie, naissent des problèmes nouveaux que le droit doit nécessairement prendre en considération pour accorder la législation au niveau d'évolution de la société. Fort malheureusement, on ne peut que le déplorer avec l'auteur, l'arrivée de l'Internet en République Démocratique du Congo n'a pas été suivie d'un quelconque mouvement en droit pour tracer les normes fixant

le cadre du nouveau commerce électronique. Comment protéger les citoyens ? La carte de crédit et le chèque électronique sont déjà en circulation sans que les règles y relatives aient été circonscrites par l'Etat ! Va-t-on, par analogie, appliquer les règles classiques qui régissent le contrat de vente, alors que l'Internet, transcendant les règles traditionnelles des frontières qui limitent la compétence d'un Etat, met en ligne et au même moment des individus (internauts) situés dans plusieurs continents ? Comment le fisc peut-il, à partir du commerce électronique, percevoir ce qui est dû à l'Etat ? Comment le Ministère public qui a la charge de rechercher tout auteur présumé d'une infraction en vue de l'attirer en justice peut-il exercer son magistère en dehors de l'arsenal juridique qui justifie sa compétence ? Car l'Internet, mis à part ses avantages en matière d'information, c'est aussi un milieu crimogène !

L'ouvrage de Monsieur NDUKUMA KODJO est une interpellation de l'autorité chargée d'édicter les normes juridiques dans la société. Si les vertiges qu'entraînent les nouvelles technologies empêchent l'Etat de remplir sa fonction normative, le danger est d'autant plus grand que dans le cas qui concerne l'Internet, la population semble abandonnée à la merci des commerçants indéclicats qui vendent du vent dès lors qu'ils ont l'assurance qu'aucune poursuite judiciaire ne pourra être engagée à leur rencontre.

L'auteur ne se limite pas au simple constat d'un vide juridique en ce qui concerne les nouvelles technologies de l'information et de la communication en République Démocratique du Congo. Il propose, de lege ferenda, ce que l'Etat congolais devrait faire pour à la fois éviter la fraude et l'évasion fiscale en cette matière et en même temps assurer une plus grande protection du citoyen.

Il faut espérer que le législateur prendra à son compte cette riche mine d'information pour doter le pays d'une législation digne du 21^e siècle, Plus qu'un simple souhait, l'ouvrage prospectif de Monsieur NDUKUMA ADJAYI KODJO devra inspirer d'autres études en la

matière non seulement pour l'accessibilité aux nouvelles technologies, mais aussi et surtout pour éviter que les règles du droit de commerce international soient produites exclusivement ailleurs. Il s'agit aussi d'affirmer la souveraineté des Etats nouveaux.

Evariste BOSHAB

Docteur en Droit de l'Université Catholique de Louvain
Professeur de Droit public à l'Université de Kinshasa
Lauréat de l'Institut Belge des Sciences Administratives
Chef de Département de Droit public interne à l'UNIKIN
Président de l'Assemblée Nationale

INTRODUCTION GENERALE

I. EXPOSE DES PROBLEMATIQUES

Le titre du présent ouvrage fait écho à la multiplicité des questions tout aussi complexes que nouvelles qui mettent le Droit à l'épreuve des Technologies de l'Information et de la Communication. Vu l'image souvent incomplète et floue du large public à ce propos, la première problématique est de clarifier ce que l'on entend par « TIC ».

En général, le sigle TIC désigne la combinaison d'infrastructures de télécommunication, d'ordinateurs et d'applications qui a donné le jour à Internet¹. L'Internet est le réseau informatique mondial qui rend accessibles au public des services comme le courrier électronique et le *World Wide Web*². L'accès à Internet procède des moyens de télécommunications. C'est le réseau télématique public planétaire utilisant le protocole IP. Mais la télématique ne doit pas faire oublier la télédiffusion – radio et télévision – dont les taux de pénétration sont bien plus élevés que ceux du téléphone ou de l'ordinateur. Une expression bien courante, « infrastructure de l'information », aussi employée en matière des TIC renvoie à la convergence entre les secteurs des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel. Les réseaux de communications sont considérés comme un actif de grande valeur pour la société de l'information. La convergence de toutes ces technologies est à l'origine d'un certain nombre de faits nouveaux qui peuvent accroître l'impact des TIC sur le développement de nos sociétés contemporaines ainsi que sur le cadre juridique³.

¹ Sur le plan sémantique et étymologique, au cours de l'histoire de la création d'Internet, différents noms sont parfois considérés comme ancêtres du terme « Internet » : *internetting*, *interconnected networks*, *internetworking*, *internetwork*, *international inter-connected networks*, *Inter Net*, *internet* et *International Network*. En 2008, ceux qui prétendent connaître l'origine du terme sont légion (un exemple courant est d'affirmer qu'« Internet » est l'acronyme d'*interconnected networks*).

² Internet ayant été popularisé par l'apparition du *www*, les deux sont parfois confondus par le public non averti. Le Web est une des applications d'Internet, comme le sont le courrier électronique, la messagerie électronique et les systèmes de partage de poste à poste.

³ Voir à ce sujet Mike Jensen, « *Afriboîtes, télécentres et cybercafés : Les TIC en Afrique* », in *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement, numéro un*, PNUD, New York, 2001, p112. et 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.18 [Inédit] Voir aussi www.wikipedia.org.

En tant que partie intégrante des TIC, les Télécommunications peuvent se décliner d'une part en Télégraphie, Téléphonie et Internet, et d'autre part en Télévision et Radiophonie. Cette déclinaison pratique privilégie l'image forgée au fil du temps par le public au contact des medias de télécommunications. Cette approche imagée ne s'écarte nullement des définitions techniques qui sont souvent hors de portée pour le public. Aussi, le portefeuille de gestion des télécommunications souvent rattaché à celui de la poste, appelle une distinction entre la *Poste* qui transmet des informations ou des objets sous forme physique et *les Télécommunications*. Au demeurant, les télécommunications sont considérées comme des techniques appliquées. Elles sont toute transmission à distance d'informations avec des moyens à base d'électronique et d'informatique. Ce terme a donc un sens plus large que son acception équivalente officielle : « communication électronique ».

Les TIC sont bien une donne transversale des multiples aspects de la vie sociale et des relations humaines. L'utilisation de ses techniques de communication électronique pour le commerce des produits et des services s'inscrit bien au cœur des avantages que les TIC apportent et, à la fois, dans l'ordre des problèmes juridiques que soulèvent les TIC. Les télécommunications sont l'infrastructure dont le commerce électronique ne peut se passer. Les télécommunications elles-mêmes soulèvent à l'heure actuelle de nouveaux problèmes juridiques ; le commerce électronique en soulève encore des plus spécifiques.

Déjà dans l'ordre des problèmes des télécommunications, – qui ont connu un *boom* spectaculaire avec la libéralisation du secteur des télécoms dans la décennie 1990-2000 en RDC, – figurent en bonne place ceux de l'encadrement juridique des télécoms et de sa régulation. Le chantier du Droit congolais des télécommunications reste marqué par la promulgation de la Loi-cadre sur les télécommunications⁴ et de la Loi créant l'Autorité de régulation des télécommunications⁵.

⁴ Loi-cadre no 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en République Démocratique du Congo, J.O RDC, 44^e année, Numéro spécial, Kinshasa, 25 janvier 2003, p.17-46

⁵ Loi-cadre no 014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'autorité de régulation des postes et des télécommunications en République Démocratique du Congo, J.O RDC, 44^e année, Numéro spécial, Kinshasa, 25 janvier 2003, p.47-59

Toutefois, derrière la question de l'efficience même de cet arsenal législatif s'alignent des nombreuses questions sur l'inachèvement du cadre juridique des télécoms ; sur le caractère incomplet de la Loi qui ne couvre pas l'Internet et ses suites ; sur les conflits des compétences entre acteurs étatiques et l'incurie légistique que cette législation entretient en son état actuel.

L'une des dernières problématiques en date soulevée sur ce registre vient de la Constitution du 18 février 2006⁶ qui n'a pas inscrit les télécoms dans les matières relevant du domaine de la loi. Ce qui laisse ce secteur important – caractérisé par sa contribution à hauteur de 30% au budget de l'Etat⁷ – sous le régime des actes réglementaires émanant de l'Exécutif. Certes, dans la liste des matières du domaine de la loi, tel que dressé par l'article 122 de la Constitution, figure au point 8 « Le commerce, le régime de la propriété des droits et des obligations civiles et commerciales » ; il n'y a donc pas de problème pour que le Législateur légifère sur le commerce électronique. Cependant, pour ce qui est des télécoms, la non-énumération de cette matière dans la liste constitutionnelle des matières dévolues au Législateur renvoie à l'article 129 de la Constitution. « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes à caractère de loi intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décret si la Cour constitutionnelle, à la demande du Gouvernement, a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire... » Cela entraîne deux conséquences : *primo*, la non intervention automatique du législateur dans une matière sur laquelle il n'a pas encore fini de légiférer *et secundo*, les risques d'instabilité juridique sur l'avenir du cadre des TIC en RDC...⁸

⁶ J.O RDC, no special, 47^e année, Kinshasa, 18 février 2006, pp. 78

⁷ La FEC, patronat congolais, a fait savoir à l'opinion publique le mercredi 23 avril 2008 que les recettes réalisées dans ce domaine ont été perçues à la direction générale des impôts (DGI) à la hauteur de 36.780.371 \$ US et que la Direction générale des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations (DGRAD) a reçu de trois entreprises de télécommunication Celtel, Vodacom et Tigo la somme 4.092.234 \$ US. A cette occasion, il a été exprimé devant la presse locale, sans contredit par la suite, que le secteur des télécommunications contribue à hauteur de 30% au budget de l'État congolais. (www.umoya.org)

⁸ Ce secteur continue de requérir davantage la meilleure sécurité juridique pour l'Etat, les exploitants et les consommateurs, d'autant plus que ce secteur des investissements a absorbé des centaines de millions de dollars américains en moins d'une décennie (Le Groupe MTC a annoncé en 2007 d'injecter 1,5 milliards de dollars en plus de 500 millions déjà investis par l'opérateur GSM Celtel Congo). Et d'autant plus encore que ce secteur intègre tous les aspects de la vie nationale et comporte un aspect stratégique pour l'Etat congolais. Nous y reviendrons au chapitre 2, paragraphe 2, de la première partie de l'ouvrage.

Ensuite, il advient de s'interroger sur le commerce électronique qui s'est existentiellement développé avec l'état des technologies de l'information et de la communication. Parmi les premiers, les banques se sont dotées d'ordinateurs et ont informatisé leurs services ; ce qui a créé une réforme de l'activité des banques dans le fait de l'offre des produits informatiques (guichets automatiques de banque ou distributeurs automatiques des billets) et de télématiques bancaires (système bancaire de télécompensation). Bien au-delà des banques, l'internaute congolais crée des « blogs » participant aux achalandages sur Internet, au concours promotionnels via SMS, aux réservations d'hôtels en ligne, aux achats de produits et services par Internet, aux téléchargements de produits numériques, etc. Tous ces phénomènes à la mode démontrent bien la réalité du commerce électronique en RDC, alors qu'aucun encadrement législatif efficient n'existe en la matière.

En effet, les problèmes juridiques très variés que soulève principalement le commerce électronique sont : la signature et la preuve électroniques, la mise en place d'un système sécurisé garanti ainsi que la réglementation de la certification (clefs de chiffage), la protection des données personnelles, la monétique (paiement électronique), la cybercriminalité, la « pluri normativité » et le caractère transfrontière des normes applicables, etc.

En plus de ces questions toutes aussi nouvelles et cruciales les unes que les autres, les contrats du commerce électronique constituent à eux seuls une problématique de taille. A coté des contrats conclus par communication orale ou par télécopie qui concernent les contrats à distance bien connus du droit actuel, les contrats en ligne, conclus par la voie de l'Internet, sont un casse-tête du point de vue du cyberspace. Cet ouvrage s'est fait le devoir de présenter une étude la plus fournie possible sur le régime juridique des contrats du commerce électronique et son infrastructure.

En fait, la question particulière de la législation du commerce électronique et celle plus générale des télécommunications sont indissolublement marquées par la nature de l'outil principal utilisé, à savoir l'Internet, qui par principe est transfrontière, échappe aux souverainetés étatiques, a un caractère immatériel et évolutif créant la fugacité et la volatilité des informations échangées sur ce support.

L'Internet est aujourd'hui un milieu de vie numérisée. « Les Internautes sont de vraies personnes qui résident quelque part et ne sont généralement pas prêts à s'expatrier pour le seul plaisir de publier les photos demandées d'un top model. Les entreprises actives sur Internet ont un siège social, des établissements, des comptes en Banque. Les échanges, les actes commerciaux, les délits ... y sont bien réels avec des conséquences sur des personnes réelles⁹ ».

L'autonomie de la volonté conduit les personnes à s'obliger les unes vis-à-vis des autres dans le cadre des conventions légalement formées tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites. Cette liberté contractuelle trouve dans le media informatique un cadre et instrument propices de concrétisation. Cette liberté postule que les particuliers peuvent se lier dans n'importe quel contrat qu'ils veulent et en définir les effets. De même, ils sont libres d'en déterminer le contenu ainsi que les variétés qu'ils désirent.

Il est né grâce à Internet une « proximité » aussi bien virtuelle que permanente qui constitue une véritable aubaine pour la conclusion des contrats entre citoyens du monde. Dans le monde virtuel, les frontières n'existent plus. L'entreprise commerciale est devenue globale. L'Internet qui est un espace de rencontre par excellence met aux prises plusieurs internautes en quête de biens ou de services précis. « Le commerce sur le web est extrêmement conjonctif : Internet permet de connecter plus de 400 millions d'utilisateurs de par le monde, ce qui fait croître de manière phénoménale et sans précédent le marché potentiel de chaque entreprise de la planète »¹⁰. Un artisan local peut aisément commercialiser ses marchandises n'importe où sur le globe selon son bon vouloir... Rien ne limite le périmètre du cybermarché. Internet permet une interaction instantanée, une rapidité, une adaptabilité, une égalité et une relativité des moyens d'accès favorables à la conclusion des contrats. A juste titre, l'ensemble des techniques électroniques, informatiques et télématiques permet d'effectuer des transactions commerciales dans des délais relativement courts et en très grand nombre.

Cette donne assure au commerce électronique son plein succès, mais rend par ailleurs complexe la nature du droit applicable au commerce

⁹ M. Christian Paul, Du droit et des libertés sur Internet, rapport au Premier Ministre français, La Documentation française, Paris, 2002, p. 12 cité par Lepage BUSHABU WOTO, op. cit., p. 19 [Inédit]

¹⁰ Danielle ZILLIOX, kit d'initiation au e-commerce, Editions d'organisation, Paris, 2002, p. 4.

électronique et aux contrats y afférents. « La question de la législation du commerce électronique et, d'une manière générale, des NTIC ne peut être correctement abordée qu'en tenant compte de la nature de l'outil principal utilisé, en l'occurrence l'Internet, par principe transfrontière... »¹¹.

Quelle définition donner au commerce électronique en tant que cadre général des contrats électroniques ? Le E-commerce désigne « l'ensemble des échanges numérisés liés à des activités commerciales entre entreprises, entre entreprises et particuliers, entre entreprises et administrations »¹². Le contrat en ligne ou le contrat électronique est celui conclu par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunication. En dépit des efforts de distinction faites par les auteurs entre contrat hors ligne et contrat en ligne, la « voie électronique » demeure l'aspect technique certes ambigu mais déterminant pour parler de contrat électronique. Les problèmes juridiques relatifs aux transactions électroniques sont liés à l'immatérialité des contrats passés par le biais des réseaux, à la fugacité des messages échangés, à l'éloignement, voire à l'identification des parties. Le commerce électronique ayant, par nature, une vocation transfrontière, le problème de la loi applicable et du juge compétent va surgir inexplicablement. Mais avant tout, il se pose la question du mode général de réalisation des contrats.

Le contrat demeure une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à faire ou à ne pas faire quelque chose¹³. La première analyse de cette définition révèle que le contrat est le fruit d'une rencontre de volontés. Il cristallise la création d'un lien de droit entre des personnes par le concours de leurs volontés en

¹¹ Professeur Filiga Michel SAWADOGO, « 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^e Conférence régionale Africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement, organisée 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 », page 2.

¹² Rapport F. Lorentz, Commerce électronique, une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs, Ministère du Commerce, Finances et Industrie, janvier 1998 in www.finances.gouv.fr/commerce_elect./lorentz cité par Isabelle DE LAMBERTINE, le contrat électronique, conférence organisée par le Programme International de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003.

¹³ Article 1^{er} du Code civil congolais, Livre troisième, lui-même inspiré du Code Napoléon de 1804.

vue de produire entre elles, voire à l'égard des tiers, un effet de droit précis et obligatoire. La pratique de formation des contrats révèle plusieurs modalités d'établissement de ce lien de droit : la parole, le geste et l'écrit constituent les supports les plus courants de matérialisation et d'expression de cet échange de consentement. Le contrat n'est donc pas un fait que l'on trouve spontanément dans la nature. Il est un acte juridique bilatéral, par essence. En tant que tel, cet acte se forme, s'exécute et s'éteint. Ce qui permet de poser les bases d'une réflexion juridique sur chaque étape de la vie du contrat du commerce électronique. Tel est, du reste, l'un des objectifs de notre étude.

La première étape du cycle de vie contractuelle correspond à un échange de consentement valide. La validité procède des conditions établies et sanctionnées de nullité par la loi sur la manière dont l'accord doit être conclu, sur la personnalité même des individus qui peuvent contracter, sur le contenu de leur accord et enfin sur la cause de leur engagement entendu comme le but que poursuivent les parties contractantes. D'une manière sommaire, lorsque, dans la réalité matérielle, une personne veut se procurer un bien, elle se promène dans les allées des galeries marchandes et désigne un produit bien déterminé sur l'étalage du marchand. Pour l'obtention des services, la personne fait recours aux agences habilitées ou aux professionnels concernés en frappant à leur porte. Sur Internet, le processus d'acquisition des biens et des services répond à la même logique de rechercher les « lieux » d'offre des biens et services ou directement les personnes qui les offrent. Cependant le jeu des formes change. A la différence de la réalité matérielle, les Internautes *surfent* dans un univers immatériel sur des sites virtuels.

En effet, les seuls clics de souris d'ordinateurs suffisent là où beaucoup d'encre et de salives auraient dû couler pour la réalisation du concours des volontés. Toutefois, face à cette rapidité de conclusion dont le monde moderne est très friand, il se pose dès lors la problématique du moment de conclusion du contrat. A l'équation du lieu de formation de consentement s'ajoute celle du moment de l'échange de consentements.

En outre, les pages marchandes d'Internet sont de véritables vitrines, mais sans possibilité de contact physique direct avec les produits. L'illustration qui vient le plus vite à l'esprit est celui de la vente

d'une fiole de parfum. Dans la vie courante, on hume le parfum pour se laisser convaincre par sa suave arôme avant de procéder à l'achat. Qu'en est-il sur Internet ? L'interface informatique ne permet pas de sentir l'odeur de la description visuelle d'un parfum depuis l'écran de son PC ou, pour les ventes en ligne, depuis le combiné de son téléphone. On pourrait mentionner au même titre le jeu des apparences dans le cadre d'un contrat *intuitu personae* c'est-à-dire un contrat conclu en considération de la personne de celui qui s'engage. Comment s'assurer que la personne avec qui l'on conclut un contrat d'expertise pointue est bien le professeur X et non le professeur Y ?

A ce niveau notons déjà que la dématérialisation et l'anonymat qui caractérisent les transactions électroniques font reculer certains paradigmes de formation de contrat, comme par exemple celui de l'*intuitu personae*. Au-delà de cette difficulté d'exiger l'identité d'une personne précise pour la formation et l'exécution du contrat, l'effet relatif du contrat entre parties présente des aléas importants en terme de la virtualisation de l'autrui à qui une prestation est exigée et en plus en terme de l'intermédiation des tiers dans le cadre des paiements en ligne.

Dans ce premier volet de réflexion, il conviendra, d'une manière globale, d'examiner en profondeur le jeu des formes ainsi que les modalités qui accompagnent les futures parties dans la formation de leurs contrats sur Internet. A ce stade, la question qu'il revient de se poser est la suivante : qu'en est-il du processus de prospection et de contractualisation en ligne ? Certes derrière chaque machine se trouve un homme, mais l'espace interactif de l'Internet donne lieu à un dialogue entre programmes et machines. Ce qui fait penser au « contrat des absents ». Comment se forment les contrats électroniques ? Quels sont les moyens de preuve et autres mécanismes de certification des échanges de consentement ? Qu'en est-il des effets obligatoires des contrats électroniques vis-à-vis des parties et vis-à-vis des tiers ? Que faire lorsque l'on découvre qu'il y a eu erreur ou dol sur la chose ou sur le produit ?

La seconde étape du cycle contractuel correspond à son exécution qui doit normalement être de bonne foi, mais dont le non respect entraîne des conséquences juridiques dans le chef de la partie défaillante. Cette dernière peut être contrainte par toute voie de droit eu

égard aux effets juridiques obligatoires du contrat ainsi formé¹⁴. Les modalités d'exécution normale ou forcée d'une obligation contractuelle peuvent connaître certaines variantes selon les trois types d'obligations qui peuvent en résulter. Car, indifféremment des possibilités illimitées des cas contractuels, l'objet d'une obligation ne peut s'agir que soit de *donner une chose* par le mécanisme de transfert de propriété et de risque, soit de *faire quelque chose* en posant un acte « matériel et positif », soit alors de *ne pas faire* en s'abstenant de poser un acte précis.

A cette typologie traditionnelle des contrats, il y a lieu toutefois d'épingler certaines particularités du contrat en ligne. Les contrats peuvent se former sur Internet et s'exécuter normalement sur Internet même. Tel est le cas par exemple de la vente des logiciels téléchargeables, de l'achat d'albums musicaux par téléchargement, etc. Il peut ensuite advenir que le contrat se forme sur Internet mais que son exécution intervienne hors du *Web*. Tel est le cas de l'achat d'une voiture en ligne, de la location des services d'un déménageur de maison à partir de son PC. Il peut enfin advenir que le contrat soit formé hors d'Internet mais que l'Internet en soit le lieu ou l'instrument d'exécution. C'est le cas du louage des services d'un web master chargé de procéder à la mise à jour des données ou du graphisme d'un site Internet. En matière d'obligation de ne pas faire, il peut s'agir d'un contrat conclu avec une star donnée requérant de ne pas publier des photos de cette dernière sur un site Internet donné. Ces modalités ou particularités d'exécution du contrat électronique permettent de cerner la question du comment obtenir l'exécution des contrats sur Internet. Elles présentent par ailleurs un intérêt particulier en matière de responsabilité contractuelle. Comment obtenir l'exécution forcée d'un contrat passé sur Internet ou devant être exécuté sur Internet ?

La troisième étape du cycle contractuel correspond à l'extinction des contrats. En tant que source d'obligation, le contrat donne lieu à un rapport d'obligation qui lui-même est un lien de droit entre le créancier et le débiteur ayant, d'une part, une naissance et une vie, et d'autre part, une

¹⁴ A ce stade, il conviendra de préciser, une fois pour le reste des lignes de cette étude, qu'un contrat n'a pas à proprement parler d'objet. « Il a pour effet d'engendrer des obligations, et c'est chacune de ces obligations qui a un objet. Voir KALONGO MBIKAYI, Cours de Droit civil des Obligations, 2^e Graduat, Université de Kinshasa et Université Protestante au Congo, Faculté de droit, juin 2003, p. 95.

fin. Le contrat disparaît à un moment donné. Il s'éteint selon certains modes bien déterminés. Toutefois, l'étude des modes d'extinction des obligations contractuelles soulève en elle-même une problématique. En effet, l'article 1234 du Code Napoléon, recopié en Droit congolais par l'article 132 du Code civil livre troisième, procède à une énumération¹⁵ de ces modes en en oubliant d'autres et en en inscrivant certaines qui n'en sont pas toujours véritablement uns. Par conséquent, il y a lieu de s'interroger : quels sont les modes d'extinction des obligations ? Néanmoins, cette énumération pour être critiquable permet de dégager les modes d'extinction propres aux obligations contractuelles¹⁶ et ceux qui sont communs aux obligations de toute nature soient-elles délictuelles¹⁷.

Du point de vue de leur degré d'action, il existe des modes d'extinction qui agissent sur l'*objet de l'obligation*¹⁸ et ceux qui agissent sur l'*acte contractuel*¹⁹ lui-même. Pour le besoin d'une étude approfondie des modes d'extinction des contrats, il conviendra de les étudier en fonction de ceux procédant de la volonté des parties au contrat et ceux procédant de la survenance d'événements indépendants aux parties, du juge ou de la loi. A ce titre, quelles sont les personnes pouvant décider de la fin d'un contrat du commerce électronique ? Quels sont les circonstances pouvant donner lieu à un tel événement ? Quel est le juge compétent ? Comment le juge peut-il sanctionner le non respect d'un contrat du commerce électronique ?

Après l'exposé des problématiques liées aux contrats du commerce électronique, il y a lieu d'inscrire celle de la sécurité juridique des transactions et intérêts dans le cyberspace. Car l'un des grands succès des nouvelles technologies de l'information et de la communication réside dans son offre d'énormes facilités d'interaction. Ces facilités s'apprécient principalement en termes de réduction des coûts des transactions, d'opportunités des rencontres, d'offres commerciales

¹⁵ Article 132 du Décret du 30 juillet 1888, Code civil congolais Livre troisième : « Les obligations s'éteignent par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet de la condition résolutoire [...] et par la prescription ».

¹⁶ Exemple : la nullité, la perte de la chose due et la condition résolutoire

¹⁷ Exemple : (la prescription extinctive, la confusion, la remise de dette, la novation)

¹⁸ Exemple : la perte d'une chose par cas fortuit

¹⁹ Exemple : la nullité ou la condition résolutoire

aussi variées, universelles que permanentes et en termes d'exercice sans contraintes de la liberté d'entreprise, etc. Le moteur de l'imagination de l'homme le pousse chaque jour plus loin dans l'exercice de ses libertés. Le danger est de ne plus contrôler la sphère de cette liberté. Le dynamisme caractéristique du cyberspace contraste fort cruellement avec le statisme du territoire étatique.

Les moyens technologiques sans cesse optimisés contrastent avec les outils administratifs qui, à l'épreuve de la nouveauté, sont quasiment incapables de saisir les phénomènes émergents de ce milieu dématérialisé. « Il n'est pas besoin d'insister sur les qualités du cybermonde qui rendent difficile l'application des règles juridiques classiques : délocalisation, intangibilité, caractère résolument international des échanges, méconnaissance des frontières nationales et, partant du principe de la territorialité, fondement même de l'exercice de souveraineté nationale, anonymat, etc. Toutes ces difficultés font du cyberspace un lieu peu sûr au plan juridique »²⁰.

Tels sont les acquis de l'émergence de la société de l'information dont le cyberspace est une composante essentielle. Il est évident que le cyberspace en tant que substrat numérique, dématérialisé, 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 et l'intérêt général. De ce fait, les préoccupations sécuritaires sont inscrites à l'ordre du jour. La sécurité apaise le sentiment d'irrésolution et de préoccupation morose. La conception de la sécurité coïncide avec l'idée d'un abri contre une agression, contre un risque ou contre un danger. La sécurité est à la fois une situation de confiance qu'un dispositif. L'anonymat et l'absence de pouvoir organisé qui caractérisent le cyberspace constituent des voies suffisantes de soustraction au contrôle public. Le cyberspace serait-il une zone de prédilection pour tous les « complexes de l'affranchi »?

Certains auteurs titrent : « Internet : le nouveau filon des organisations criminelles. Les braquages de fourgons blindés existeront toujours mais on ne peut pas en faire plusieurs dans la journée ou dans la semaine ! Dans le cas des attaques informatiques, c'est possible : on peut

²⁰ Karim BenyeKhef, Le commerce électronique : normes et politiques, in www.irpp.org/po/archive/jun98/benvekl.pdf

« automatiser » des opérations quotidiennes. Et en plus, le coût (en termes de moyens nécessaires à l'attaque et de risques juridiques et physiques) est moins élevé ... »²¹.

Il est de nos jours acquis que le commerce électronique s'est déployé dans ce milieu dématérialisé qui, par excellence, permet de vendre à une clientèle internationale et indifférenciée avec des économies d'échelle. Cependant, de nombreux utilisateurs précisent que le manque de sécurité des réseaux constitue leur crainte la plus importante. Leur hésitation à transmettre leurs adresses physiques, leurs numéros de compte bancaire et autres données à caractère personnel traduisent bien un manque de confiance aux procédés de la vie anonyme en réseau. Ce manque de confiance contraste avec l'engouement des utilisateurs pour le cyberspace. Ce qui porte à croire que la sécurité juridique suffisamment établie, les transactions s'en porteront qualitativement et quantitativement mieux.

Une autre crainte plus poussée est celle qui va au-delà des corrélations individuelles pour se situer dans le sentiment de vide juridique. Le droit existe certes parce que le cybermonde n'est pas une zone anomique. Toutefois, l'hétérogénéité des droits applicables, la pluri normativité, le déploiement avec plus ou moins d'adresse du droit dans cet environnement numérique sont autant d'éléments inquiétants pour les consommateurs.

D'une manière plus globale, le sentiment d'insécurité porte sur la faiblesse de l'encadrement juridique des transactions en ligne. Les intérêts qui sont concernés par ces transactions sont d'ordre économique ou extrapatrimonial. Le risque encouru par les utilisateurs du medium informatique pour commercer avec leurs pairs s'analyse en danger de perte des valeurs. Le postulat est celui du « pas d'intérêt pas d'action ». S'il y a insécurité, il va sans dire qu'il y a risque évident d'atteinte aux valeurs ou intérêts que l'on considère suffisamment importantes pour ne pas les transiger sans juste compensation, ni juste motif.

²¹ Eric Filiol et Philippe Richard, *Cyber criminalité – Enquêtes sur les mafias qui envahissent le web*, DUNOD, Paris, 2006, p. 1.

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. Le cyberspace est-il un milieu de non droit ? Quelle est la place de l'Etat dans cet espace numérique ? S'agit-il d'une société inorganisée ? S'y trouve-t-on dans le farwest perdu ou encore dans la jungle informatique ? Peut-on trouver dans le creuset actuel du droit les sources applicables aux nouveaux phénomènes qui voient le jour dans cet environnement d'un genre particulier ? Existe-t-il des règles plus appropriées ou mieux adaptées au nouveau jeu des formes dans le cyberspace ? L'effort de saisir par le droit cet espace particulier, qui « *est un espace jamais clos, toujours redéfini à la faveur des hyperliens que les utilisateurs activent* »²², est-il efficient ? Il importe de se préoccuper de l'impact de la technologie informatique sur le *corpus juris*.

En effet, la construction de la société de l'information procède nécessairement de l'instrument juridique. Le Droit assume, par essence, une fonction régulatrice en édictant les règles obligatoires de conduite générale sanctionnées par le pouvoir public en vue de la préservation de l'ordre public et de la sauvegarde du bien commun. La mission du Droit est d'encadrer tous les nouveaux phénomènes découlant de l'usage des TIC en favorisant la sécrétion de nouvelles normes d'organisation et institutions appropriées à la société de l'information. Le recul du paradigme de l'ordre juridique étatique dans le cyberspace appelle la construction des remparts (cadre juridique) contre le débordement des nouvelles pratiques auxquelles le droit doit s'adapter. Le repositionnement de certains « boucliers » s'impose.

Dans ce contexte, quelles garanties sont offertes dans le cyberspace aux transactions et aux intérêts qui y existent ? Quel est le système juridique de protection des sujets et des objets de ces transactions ? Comment le droit assure-t-il la prévention des risques liés aux enjeux du cyberspace ? Quels sont les éléments constitutifs ainsi que les caractéristiques du cyberspace ? Quelles sont les principales difficultés d'application du droit classique dans ce nouvel environnement ? Quels sont les dispositifs micro et macro juridiques de sécurité

²² Y. Poullet, « Quelques considérations sur le droit du cyberspace », présentation à l'Académie royale belge des Sciences, le 20 mars 1998.

envisageables ? Une valeur émerge dans le cyberspace : l'information. La tendance actuelle est de désigner cette dernière comme un bien de l'humanité. Comment cette valeur centrale du cyberspace est-elle protégée par le droit ? Jusqu'où s'étend l'accès à ce bien universel ?

Le droit étant un procédé de mise en ordre social qui procède d'un double mouvement d'affirmation de valeurs d'une part, et d'autre part, de disqualification de l'envers ou de la transgression, il importe de répondre à cette problématique dans ce double volet ; la prévention ainsi que la répression qu'offre le Droit face aux questions d'insécurité dans le cyberspace.

Diverses couches de règles peuvent se superposer. Ainsi, une vente nouée en ligne sera soumise à divers faisceaux de règles cumulatives : d'abord, celles qui trouvent leur source dans la théorie générale des obligations et dans le régime de la vente, ensuite, celles applicables aux « contrats à distance ». Ces différents textes particuliers répondent, en réalité, à des préoccupations distinctes, qui peuvent se conjuguer dans certaines hypothèses, singulières dans le cas des contrats conclus par le biais des réseaux. Le foisonnement des régimes applicables, joint à la dispersion des sources, est un indéniable facteur de complexité²³.

Le présent ouvrage se veut une contribution au Droit congolais. Des propositions de *lege ferenda* sont largement formulées en vue de la prise en compte des problématiques ainsi soulevées et des réponses proposées dans la formation du droit du cyberspace congolais. L'appel est lancé pour l'œuvre de promotion du droit des télécommunications, du droit des contrats électroniques et du droit du commerce électronique.

« S'agissant de l'apport du droit aux NTIC, il faut souligner que le droit n'est pas que contrainte ; il est aussi un instrument essentiel de la sécurité des hommes, de protection de leurs droits, valeurs ou cultures et de promotion de leurs activités ; il peut ainsi favoriser la démocratie, la gouvernance et le développement économique et social. La législation est

²³ David Roch GNAHOU, *Transactions et commerce électronique*, deuxième partie : Transactions électroniques, Cours de Master, Université Gaston Berger, 2006. Il peut s'agir du Code civil, Code des obligations civiles et commerciales du pays, etc.

donc nécessaire, Mais comment légiférer dans un domaine aussi délicat, et tout particulièrement en matière de commerce électronique ? »²⁴

II. DELIMITATION DE L'OBJET DE LA RECHERCHE

Pour préciser notre champ opératoire, ce qui est le premier devoir du juriste, seules les questions faisant l'objet d'une réglementation spécifique au secteur des télécommunications, de l'Internet et du commerce électronique intéressent le présent ouvrage, en laissant de côté l'application ou d'autres développements du droit commun auquel les opérateurs sont soumis, en matière de concurrence, de commerce traditionnel, etc. Il sera également mis de côté les exploitants de services de radiodiffusion et de télévision.

L'objet spécifique de la présente étude est d'étudier le droit des télécommunications congolais ainsi que la situation des contrats commerciaux conclus par voie électronique. Ce qui suppose le passage en revue des règles ou sources applicables au commerce électronique et à l'infrastructure des télécommunications sur lequel ce commerce se déroule.

Il est de bon aloi, dans une recherche, de circonscrire l'objet de celle-ci dans le temps et dans l'espace. Il est cependant apparu très vite la difficulté de circonscrire notre sujet sur base de ces deux critères suite à leur relativité dans le cyberspace. Le droit applicable au cyberspace n'est, en effet, plus localisé dans les frontières d'un Etat, tandis que les télécommunications et le E-commerce sont eux-mêmes des résultantes de la poussée de la mondialisation. Certes, la limitation de la réflexion au niveau national de la RDC aurait eu le mérite d'intégrer la réalité socioculturelle ainsi que l'état actuel de la législation (forces et faiblesses), mais la prise en compte de la faiblesse technique de se focaliser sur le Congo a commandé une approche de réflexion universelle. Les cas des droits africains, européens, américains, asiatiques, nationaux, internationaux, communautaires et multinationaux ont été examinés en fonction de leur pertinence. Seulement, il ne s'est pas agi de faire du copier-coller mais plutôt de se servir du cadre des autres Etats et

²⁴ Prof. SAWADOGO Filiga Michel, « *Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina – Faso et de l'Afrique de l'Ouest* », Conférence régionale africaine de haut niveau, Tunis, 19-21 juin 2003 [Inédit]

institutions par rapport à la RDC. Cette étude se focalisera donc sur les sources internes congolaises du Droit positif²⁵ congolais ainsi que sur les sources du droit international et du droit comparé dans le champ de la matière définie ci-dessus.

S'agissant de la délimitation dans le temps, l'explosion relativement récente des phénomènes des TIC en RDC, cumulée avec l'évolution sans cesse croissante de l'objet de l'étude, a requis une analyse des politiques législatives et des faits juridiques marquant en matière des télécommunications depuis le 24 août 1940 jusqu'à ce jour. Cet effort tient compte des solutions actuelles en matière de sécurité juridique dans le cyberspace. Ces solutions demeurent en constante construction et en perpétuelle amélioration.

L'étude du « statut des contrats du commerce électronique » porte précisément sur la situation juridique résultant, pour le contrat, de l'ensemble de règles établies pour et/ou par le commerce électronique. L'ensemble des normes juridiques relatives au commerce électronique a une portée bien plus large que la sphère des matières contractuelles. Il s'agira bien plus précisément d'aborder la particularité de l'institution « contrat » en matière du Droit de commerce électronique.

Ainsi, les contrats électroniques visés 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'écarter en raison de la spécificité du droit administratif. De même, l'étude des contrats relevant du droit du travail (télétravail, particulièrement dans le contexte de la montée en puissance des réseaux informatiques et du travail à distance) a volontairement été mise de côté.

Cependant, l'on devra garder à l'esprit les aspects inextricables de la société de l'information : infrastructure de télécommunication et information à y partager. Car, avant que le contrat électronique ne soit, il faut que l'infrastructure des télécoms fût.

²⁵ Le Droit positif, c'est le Droit en vigueur ici et maintenant.

III. INTERET DU SUJET DE LA RECHERCHE

En RDC, le développement fulgurant des réseaux des télécommunications et des contrats (commerciaux) conclus sur Internet interpelle le juriste à s'interroger sur leurs régimes juridiques particuliers. Internet est perçu comme une véritable révolution technologique qui permet d'émettre et de recevoir des informations dans le monde entier, depuis son ordinateur personnel ou son portable téléphonique. Les pouvoirs publics ont gardé présent à l'esprit la place de l'*accès universel*²⁶ aux TIC au cœur de l'objectif d'édification d'une société mondiale de l'information²⁷.

L'accès universel aux services de télécommunications de base (téléphonie) est assurément la préoccupation pour les décideurs, les populations et les opérateurs économiques. Dans un passé récent de notre pays (1998-2003), marqué par la rébellion et l'enclavement des zones du pays, le déploiement des réseaux de télécommunication a contribué au désenclavement communicationnel. Le taux de pénétration des TIC en RDC a été boosté par une « politique » libérale. S'agissait-il vraiment d'une politique ou d'une poussée du vent de l'évolution technologique, qui a davantage conduit au laissez-faire, laisser-aller ?

Dans la foulée de l'entrée des opérateurs de téléphonie cellulaire GMS, une loi a été promulguée en 2002. Depuis lors au Congo, les applications des télécommunications se sont non seulement diversifiées mais surtout ont été assimilées par le congolais dans son quotidien. De nouveaux acteurs sont apparus dans le secteur des télécommunications : ISP, éditeurs en ligne, hébergeur de sites, banques offrant des ATM²⁸, etc. De nouvelles

²⁶ L'expression « accès universel », ainsi que sa variante « service universel » ont été définies et employées de diverses manières, selon les traditions juridiques, culturelles et philosophiques et peut être plus encore en fonction du stade de développement du réseau du pays. Certains auteurs utilisent ces deux termes presque l'un pour l'autre, bien que souvent l'expression « service universel » signifie un téléphone dans chaque maison, alors que « accès universel » correspond à une moindre disponibilité des moyens de télécommunications, par exemple l'installation de publiphones dans chaque agglomération. (Union Internationale des Télécommunications, Tendances des réformes dans les télécommunications et réglementation, UIT, Genève, 1999, pp 65 et 77)

²⁷ 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 ».

²⁸ Cfr liste des abréviations usuelles.

habitudes sont nées dans le chef de la population qui surfe dans des cybercafés²⁹. Un hôpital a été créé dans la périphérie de la ville de Kinshasa (Masina)³⁰ et s'est équipé des moyens de télécommunications aux fins de l'E-santé. Des parents envoient de l'argent ou des crédits de communication à leurs enfants à distance depuis leurs téléphones portables ou leurs PC par des syntaxes informatiques. Des entreprises signent des contrats internationaux sans les pesanteurs habituelles de la Poste et réalisent des économies de coûts. Des nouveaux types d'emplois ont vu le jour, comme celui de développeurs de contenus ou encore comme celui de *call center advisor* pour la gestion du centre d'appels répondant aux réclamations de clients. Des centaines de milliers de dollars sont offerts aux abonnés des réseaux de télécommunications qui enverraient à un numéro court bien précis le plus de texto (même le vocable *SMS* a changé en *texto!*), etc. Les œuvres de l'esprit – comme, par exemple, la production des logiciels, les productions artistiques, musicales et libraires – sont florissantes et diffusées sur le Net avec des incidences sur les droits intellectuels (droit d'auteur, droits des brevets, piraterie, plagiat, déformation de l'information, etc.).

La RDC est dans l'ère du temps. Mais il n'y a pas que du bon. Les journaux locaux ont fait écho en mars 2009 d'une tentative d'espionnage informatique dans le secteur de l'automobile. De nouvelles formes de criminalité ont vu le jour ou ont trouvé un nouveau tremplin à travers le réseau des télécommunications : vols des portables et des données informatiques, envois intentionnels des virus informatiques en vue de détruire les données informatiques stockées ou les composantes essentielles d'un PC, diffamation, injures publiques, etc.

Aujourd'hui, l'importance que revêtent les technologies de communication dans le pays n'est plus à démontrer. L'on est bien loin aujourd'hui des balbutiements de la fin 1990 et du début 2000. Cependant, plus de dix ans après, il est curieux de constater que les praticiens du droit congolais n'ont pas encore produit les résultats de leurs analyses sur les activités des télécommunications. Le présent ouvrage

²⁹ Cybercafés ou télécentres

³⁰ L'hôpital a été créé par la star du basket-ball américain, Mutombo Dikembe, d'origine congolaise.

tient à servir de pionnier dans la lutte contre la carence libraire en matière de droit des télécommunications, de droit de l'Internet et de droit du commerce électronique en RDCongo.

Et pourtant, les télécommunications (Internet compris) ainsi que le commerce électronique sont bien une concrétisation, de premier ordre, de l'ambition de globalisation de l'économie respectivement grâce à la libre circulation de l'information au sein du village planétaire, et grâce à la libre rencontre de l'offre et de la demande des biens et services entre 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.

Dans ce contexte, le contrat du commerce électronique est d'un genre particulier du point de vue de sa formation, de son exécution et de son extinction. Sur le plan matériel, le contrat électronique produit des effets de droit obligatoires alors que sa formation intervient sur le plan virtuel, dans le cyberspace dominée par une autre rationalité que dans l'espace géographique des Etats. Et même si pour certains contrats électroniques, aussi bien leur formation que leur exécution se déroulent sur Internet (exemple : téléchargement de la musique sur Internet après paiement par carte de crédit) ; il n'en demeure pas moins qu'il faut une Loi et un Juge pour encadrer ou connaître des questions de contestation ou de litige contractuel.

Il est clair qu'il se pose sur Internet des actes juridiques, mais il n'est toujours pas évident de savoir quelle est la règle applicable en la matière et quel est le juge compétent. D'autre part, face à la puissance économique et matérielle des opérateurs de télécommunications, l'on s'interroge sur l'émergence de la valeur de l'information qui transite par eux suite aux divergences d'intérêts ainsi que les rapports de force qui se créent avec ces opérateurs. Ainsi, des adaptations législatives et réglementaires devraient tendre à fixer les règles du jeu claires et assurer une protection efficace à tous les acteurs.

De plus, en dehors de nos frontières, le Droit de l'Internet et des télécoms est en développement au même titre que le commerce électronique lui-même et les technologies qui les fondent. Les

problématiques qui se soulèvent en rapport avec le contrat électronique sont donc nouvelles, se posent avec acuité tout autant qu'elles requièrent des solutions adaptées.

La réflexion sur l'ensemble de ces questions comporte un intérêt scientifique, celui de connaître l'état des solutions que le droit peut apporter en RDC aux questions soulevées par les nouveautés des TIC³¹.

Sur le plan pratique, une telle connaissance de régime juridique sécurise les utilisateurs des technologies, les internautes, les abonnés des réseaux des télécommunications et les parties au contrat. Cette connaissance peut permettre au pouvoir public congolais, voire à d'autres Etats qui s'inspirent du Droit congolais, d'adopter des dispositifs législatifs, réglementaires et régulateurs appropriés. En l'occurrence, pour les contrats électroniques en tant que faisant partie d'une opération commerciale dont le gros du processus contractuel se déroule *en ligne* sur le réseau informatique, les risques de fraude, d'escroquerie, d'atteintes aux droits fondamentaux restent élevés. Il est donc requis un meilleur encadrement des échanges commerciaux en ligne en imposant des mesures de transparence, de loyauté, de sécurisation du cadre de conclusion et de réalisation des contrats en ligne.

La présente étude juridique sur les télécommunications et le régime des contrats en ligne devra contribuer à remédier à la carence législative en matière des TIC en RDC afin que le droit national ne demeure pas en déphasage ni face à l'activité multi faciale des télécommunications, ni face à cette nouvelle forme de négoce, qu'est le contrat commercial en ligne.

En effet, si les efforts doivent tendre à la construction du cyberdroit (congolais et africain), l'effort de théorisation doit être mis en avant plan en vue de poser les thématiques transversales de la science juridique du cyberspace, qui intègre les télécoms dans tous leurs aspects

³¹ Quoiqu'à l'épreuve de l'immatérialité des produits des télécoms et, en particulier de l'Internet, de son interactivité et de son aspect multinational, le droit commun s'applique bien au commerce électronique et partant aux espèces juridiques en pleine émergence comme le contrat en ligne, sans qu'il soit nécessaire de bouleverser notre cadre juridique des contrats ou des obligations. Seulement des adaptations législatives sont nécessaires pour régir de manière spécifique des questions spéciales qui échappent au droit commun des contrats. Le changement profond de la nature du jeu n'a pas suscité, au même titre, la révolution des règles du jeu.

juridiques. L'exercice est d'accéder à une phase plus élevée de réflexion où les données observables au premier contact deviennent des intrants à la construction des connaissances générales sur la matière de droit reprise en titre du présent ouvrage. Il s'est agi, tout au long de nos recherches, de dégager les récurrences pour saisir le niveau systémique permettant une approche plus globale. Ce qui présente à coup sûr une valeur ajoutée par rapport à toutes tentatives de simple description et d'inventaire stérile des réalités de l'univers des télécoms, un cybermonde qu'on n'a pas encore fini de découvrir.

Dans cet ordre d'idées, les critères et approches méthodologiques plus globaux ont été privilégiés en vue de fournir une cartographie d'ensemble de la matière couverte par le sujet tout en laissant la possibilité pour d'autres travaux de recherches.

IV. METHODOLOGIE

Notre recherche a veillé à adopter une marche rationnelle de l'esprit pour arriver à la connaissance et à la démonstration de la réalité du cadre des télécoms et du commerce électronique³². C'est ainsi qu'il a été fait recours aux méthodes exégétiques, dialectiques et historiques. Nous avons fait usage des approches sociologique et juridique. La méthodologie juridique³³, employée pour mener à bien notre étude, a procédé des techniques documentaires et comparatives. Il a été question de réunir la documentation nécessaire se rapportant au sujet sous examen, de les critiquer en vue de la sélection de leurs aspects essentiels, de les analyser et enfin de les restituer dans un cadre logique.

Il a, en outre, été menée une étude comparative de plusieurs systèmes juridiques, notamment congolais (RDC), sénégalais, belge, américain, canadien et français. Il s'agit là bien évidemment de la technique de droit comparé, la technique législative consistant en des études et recherches doctrinales, historiques, comparatives, etc. ayant pour objet la critique du Droit existant et l'adoption de réformes souhaitables.

³² Voir Mboko DJ'ANDIMA, *Principes et usages en matière de rédaction d'un travail universitaire*, Ed. CADICEC-UNIPAC/CONGO, Kinshasa, 2004, p.22-23

³³ David BONNET, *L'essentiel de la méthodologie juridique. Cas pratique, Commentaire d'arrêt, Commentaire d'article, Dissertation, Fiche de jurisprudence, Note de synthèse, Oral, Test de connaissance*, Ellipses, 2006, Paris, pg.13 et s.

Dans cet ordre d'idées, l'approche sociologique et la technique de Droit comparé ont été pour notre recherche des auxiliaires de premier ordre³⁴. L'approche sociologique a permis de se rapprocher des faits diffusés dans le cyberspace (phénomènes des TIC), qui sont porteurs de sécurité ou d'insécurité juridique. En plus de tout ce qui précède, les techniques de recherche de l'information sur Internet nous ont également été d'un grand apport.

Sur le plan du vécu clinique personnel des TIC en RDC, la technique de l'observation participative et de l'observation diachronique a toujours été pour nous un atout de grande valeur et un capital singulier du fait de notre expérience professionnelle (conseiller juridique) dans le secteur des télécoms, de l'Internet et du e-commerce.

V. DIFFICULTES RENCONTREES

La majeure difficulté rencontrée tient lieu de la particularité, du dynamisme, de la nouveauté et de l'étendue du sujet qui a requis un gros effort de recherche, de réflexion et de restitution dans un cadre logique. La présente étude intervient dans un domaine de droit (du cyberspace) lui-même en quête d'un visage propre. Il s'avère que le terrain du Droit des télécommunications, du Droit de l'Internet et, en particulier, de l'e-commerce n'a pas encore connu au Congo une production scientifique et libraire abondante qui aurait pu baliser le champ de l'étude et faciliter l'orientation de nos réflexions. Il a donc fallu créer une approche originale à la fois quant à l'analyse des faits et des textes applicables, et quant à la structuration de la pensée³⁵.

Durant plus de cinq années de recherche soutenue, nécessaires à la production de cet ouvrage, il a fallu effectuer de nombreux voyages en dehors de la RDC en vue de la recherche de la documentation se rapportant au sujet. Et pourtant la documentation spécifique au Droit de l'Internet, au Droit des Télécommunications et du Droit du commerce électronique, pour les connaisseurs, devient certes de plus en plus disponible en France et en Belgique, mais demeure toujours aussi peu

³⁴ Voir à ce sujet, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, Paris, 2006, p.329 et 530

³⁵ A noter néanmoins les cours et séminaires de Master Pro (M2) en Droit du cyberspace africain ont servi de moyen idoine de facilitation face à cet état de chose.

abondante. Chaque fois, il a fallu des heures de prospection dans les rayons et sites de librairies en Belgique, aux Etats-Unis et en France. Les ressources sur Internet sont accessibles, mais l'Internet a ceci de particulier que trop d'information tue l'information. Ce qui a exigé un gros travail de tri et de recoupement pour fiabiliser les données puisées sur la toile d'araignée mondiale www.

Enfin, la restitution des résultats a été d'une difficulté particulière du fait de l'abondance des données et du risque que cette abondance rende indigeste la lecture. L'un des aspects encore plus difficiles de la rédaction de l'ouvrage a été le fait qu'il existe plusieurs types de contrats électroniques, plusieurs types d'acteurs et plusieurs aspects technologiques inhérents au sujet. Ce qui peut faire dégénérer la restitution du travail de droit qui nous concerne, en un simple rapport narratif des faits historiques sur l'évolution des TIC ou encore en une succession des définitions purement techniques.

La publication du présent ouvrage est le fruit des efforts entrepris face à la kyrielle des difficultés ainsi exposées.

VI. SUBDIVISION DE LA MATIERE TRAITEE

Le présent ouvrage compte quatre parties dans lesquelles ont été reparties, de manière cohérente, les réponses aux problématiques exposées *supra*. Ces parties traitent respectivement :

- Des notions essentielles sur le Droit du commerce électronique (*partie 1*)
- De la formation des contrats du e-commerce (*partie 2*)
- De l'exécution des contrats du e-commerce (*partie 3*)
- De la sécurité juridique des transactions et intérêts dans le cybermonde (*partie 4*)

I^{ère} PARTIE :

**NOTIONS ESSENTIELLES SUR LE DROIT
DU COMMERCE ELECTRONIQUE**

CHAPITRE 1^{er} : UN CADRE JURIDIQUE DU COMMERCE ELECTRONIQUE POUR LA RDC

Il existe un espace de déroulement du commerce électronique. Cet espace a vu le jour avec l'état de la technologie permettant l'accès et le partage de l'information entre personnes physiques se trouvant à distance. L'informatique permet aujourd'hui de numériser les informations et de les traiter. Les moyens de télécommunications³⁶ facilitent l'échange et la diffusion de la connaissance ainsi que des informations. Ces moyens constituent les outils qui permettent d'assurer la rencontre synchrone ou asynchrone entre personnes éloignées, désireuses de communiquer ou précisément d'entrer en relation d'affaires. L'univers dématérialisé de ces rencontres correspond au cyberspace³⁷. L'immatérialité, l'interactivité, la facilité d'accès à l'information, le dynamisme et les innovations sont les caractéristiques de cet environnement numérique. L'exploitation des activités commerciales au moyen des télécoms pose de nombreuses questions au regard du cadre juridique actuel en RDC.

A juste titre, l'économie numérique désigne l'économie liée aux biens et services relatifs aux TIC, elle résulte des progrès technologiques opérés ces dernières années dans le domaine des TIC et prend une place relativement importante dans le paysage économique. Tout cela entraîne de nouvelles représentations mentales et sociales et surtout économiques et juridiques. Le droit des télécommunications est intimement lié au Droit du commerce électronique car commerce électronique et télécoms sont à la fois un contenu et un contenant inséparables. La métonymie du cadre juridique du e-commerce embrasse celui des télécoms.

Dans ce chapitre, le commerce électronique est d'abord replacé dans le contexte technologique et juridique de la RDC avec un regard sur

³⁶ « Télécommunications : Toutes transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, radioélectricité optique ou autres systèmes électromagnétiques », article 4, alinéa 1, de la loi-cadre no 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC.

³⁷ Ce mot du vocabulaire courant est né de la combinaison du préfixe *cyber* et du mot *espace*. Le préfixe *cyber-* désigne ce qui a trait à l'utilisation du réseau Internet. Le présent ouvrage ne s'attardera guère sur l'aspect sémantique du cyberspace, mais plutôt sur son aspect juridique.

les expériences d'ici et d'ailleurs. Ensuite, il sera question d'une part de présenter le schéma d'évolution des politiques législatives en RDC qui ont permis l'entrée de nouveaux acteurs dans le commerce électronique national et multinational. D'autre part, il sera mis en évidence l'influence des changements que ces politiques et acteurs ont inspiré et devraient inspirer au Droit positif congolais.

Section 1. L'e-commerce : une activité du cyberspace sans définition législative en RDC

Le terme³⁸ « commerce électronique » ne trouve pas de définition de la part du législateur congolais. Il y a un vide définitionnel, cela est un fait. Et pourtant le commerce électronique est en pleine expansion en République Démocratique du Congo dont les citoyens ne sont restés à l'abri de ce phénomène mondial, globalisant... Dans la logique cartésienne, il est bien difficile d'avancer sur des éléments d'un ensemble tant que cet ensemble n'est pas lui-même défini.

Cette absence de définition par la Loi n'est pas sans conséquence : c'est le pan d'une activité humaine en plein essor³⁹ qui ostensiblement paraît méconnu par la loi congolaise. Faut-il relativiser ce vide définitionnel de la part du Législateur congolais avec des arguments spécieux comme « la Loi n'est pas tout le Droit » ?

« Non, les écrits ne restent pas figés, statiques, car l'écrit c'est la parole emprisonnée, c'est l'énergie en attente mais qui rayonne et influence. Non, les paroles prononcées ne s'envolent pas pour dire qu'elles se dissipent dans le cosmos, car les paroles, parce que force

³⁸ « Terme » est ici employé comme synonyme de « mot » et pris dans son sens technique de la Logique en tant que branche de la Philosophie, qui définit le « terme » comme « l'expression verbale d'un concept ». Le concept étant lui-même une idée, la logique l'entend comme « l'appréhension mentale d'un fait » à la différence de « l'image » qui est « la représentation mentale d'un être ou d'une chose ».

³⁹ Pour la RDC, quelques indicateurs sont aujourd'hui : (i) la loterie en ligne offerte par LOKIN, une société de loterie permettant de parier à partir d'un réseau de télécommunications GSM ; (ii) le foisonnement de distributeurs automatiques des billets de banque à travers la ville de Kinshasa grâce aux banques comme ECOBANK, BIAC, PROCREDIT, RAWBANK ; (iii) de manière répétitive des sociétés des télécommunications Celtel (ZAIN) et Vodacom organisent des concours de vote électronique par envoi de SMS à un numéro court surtaxé. Pour ce dernier cas, l'engouement du public congolais est bien manifeste, mais les chiffres réalisés demeurent inconnus, quoique l'on peut imaginer le bénéfice de cette activité du E-commerce au profit de ces deux sociétés qui réunies pèsent plus de 7 millions d'abonnés actifs.

créatrice, influencent et façonnent jusqu'au comportement mental et social. De Belleyme, un grand juriste du 17^e siècle, avait raison lorsqu'il avait affirmé que *l'exactitude dans les mots amène et produit l'exactitude dans les choses* »⁴⁰.

Prenant la mesure de ce silence inquiétant de notre Législateur, il n'est pas indiqué d'avancer davantage sur le sujet tant que, dans ces premières lignes, l'effort d'appréhension mentale du fait « commerce électronique » n'est pas encore fourni et réussi. Une définition s'impose !

Pour le besoin de la cause, le sujet appelle le courage d'avancer dans la zone d'ombre, de cheminer dans le vide en équilibre sur deux fils d'idées apparaissant inévitablement derrière la seule évocation du terme « Commerce électronique », à savoir : « Internet » ou « Réseau de télécoms », comme le milieu et moyen de prédilection, et « la Vente » comme le paradigme incontournable de ce type de négoce.

1. Définition de l'e-commerce comme composante d'un milieu, le cyberspace

a. Appréhension du concept « e-commerce »

- *Une approche de visualisation du concept par l'Internet et le paradigme de la vente en ligne*

D'une manière empirique, l'on ne peut penser « Commerce » sans penser « Vente ». Certes, la vente n'est pas tout le commerce, mais il est bien l'acte de commerce le plus caractéristique du commerce classique et aussi du commerce électronique. Dans cet ordre d'idées, une illustration de l'expansion de ce phénomène mondial procédera des chiffres de la vente sur Internet. Dans l'économie numérique française, « La vente sur Internet s'est développée de manière exponentielle au cours des cinq dernières années [2003-2007]. Le chiffre d'affaires des ventes en ligne a progressé de 35% au cours de l'année 2007 pour avoisiner les 16 milliards d'euros dépensées sur Internet. La même année, la vente sur le réseau Internet comptait 37000 sites marchands actifs (soit

⁴⁰ Professeur Bayonna ba-Meya (+), « La terminologie juridique à l'épreuve de la pratique légale, judiciaire et sociale au Zaïre », in *Le droit aux prises aux réalités socioculturelles*, Actes des journées scientifiques organisées par la Faculté de Droit du 25 au 26 février 1997, UPC/CEDI, Kinshasa, 1998, p.9.

1,5 fois plus qu'en 2006)⁴¹ et près de 19,8 millions de cyberacheteurs. Ces derniers accordent une confiance de plus en plus grande à Internet (taux de confiance⁴² des internautes de 61,1 %) »⁴³.

De la même manière, l'on ne peut penser « Commerce électronique » sans penser « Internet » ou « Réseau de télécommunications ». Les statistiques des utilisateurs d'Internet dans le monde depuis 1990 a connu une impressionnante progression : 2,6 millions en 1990 ; 4,4 millions en 1991 ; 6,9 millions en 1992 ; 9,4 millions en 1993 ; 16 millions en 1994 ; 34 millions en 1995 ; 56 millions en 1996 ; 92 millions en 1997 ; 145 millions en 1998 ; 243,8 millions en 1999 ; 414 millions en 2000 ; 513,5 millions (dont 166 millions aux USA) en 1994 ; 544 millions au 2 mars 2003 avec une prévision de 1 milliards d'utilisateurs pour 2005⁴⁴. Ces chiffres frappants de l'usage de l'Internet sont pris à l'échelle du globe terrestre.

La RDC, forte de ses 60 millions, a connu depuis les années 2000 une explosion de la téléphonie mobile GSM, qui offre aussi la possibilité aux abonnés de se connecter à Internet. En avril 2006, le marché africain de la téléphonie mobile comptait 100 millions d'abonnés avec un objectif affiché d'atteindre 200 à 300 millions d'abonnés en 2010. La RDC comptait alors selon des sources divergentes entre 5,5 millions et 6 millions d'abonnés⁴⁵. Aujourd'hui, le congolais voyageur effectue des réservations d'hôtels en ligne, utilise les ATM distributeurs automatiques des billets⁴⁶, effectue le règlement de ses courses de supermarché par carte de crédit, etc.

En dépit de la solide fiabilité de ces statistiques au regard des sources d'information, le but de leur présentation n'est pas de se lancer

⁴¹ Bilan 2007 de l'e-commerce 2007: la croissance se poursuit à un rythme soutenu, disponible sur le site FEVAD (fédération des entreprises de vente à distance).

⁴² Baromètre e-commerce de l'ASCEL, bilan annuel et quatrième 2007, p.10, disponible sur le site de l'ACSEL (Association pour le commerce et les services en ligne).

⁴³ Vincent Fauchoux et Pierre Deprez, *Le Droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, LexisNexis, Litec, Paris, 2009, p.103

⁴⁴ Dominique et Michèle Frémy, *Quid 2003 : tout sur tout et un peu plus que tout ...*, Edition anniversaire 40 ans, France Loisirs, Paris, 2003, p. 2015a).

⁴⁵ Source : « Jeune Afrique n° 2360, 46e année, 2-8 avril 2006, p. 51 et 56 & IT web Market Monitor 5 May 2006

⁴⁶ A ce propos, il est intéressant d'entendre ECOBANK, installée seulement depuis 2008 en RDC, afficher 8.000 clients et disposer d'un parc de plus de 12 ATM seulement dans Kinshasa, chaque ATM coûtant environ 25.000\$ pour son installation et fonctionnement.

dans une guerre des chiffres, ni de se focaliser sur une inutile polémique des statistiques, mais plutôt de démontrer l'importance de l'usage du media informatique dans les échanges commerciaux ou non commerciaux entre personnes.

- *Définitions du commerce électronique en Droit international et comparé*

Selon une définition de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), le commerce électronique (ou e-commerce) peut être défini comme « toutes formes de transactions liées aux activités commerciales, associant tant les particuliers que les organisations, et reposant sur le traitement et la transmission de données numérisées, notamment texte, son et image. Il désigne aussi les effets que l'échange électronique d'informations commerciales peut avoir sur les institutions et le processus, qui facilitent et encadrent les activités commerciales », et dont l'OCDE précise qu'ils sont un vecteur majeur de croissance économique⁴⁷.

Selon l'article 4 de la Loi française n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN), le commerce électronique est défini comme : « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture des biens ou de services. « Sont également compris dans le champ de cette définition : « les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'information, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. »

L'on peut citer à titre d'exemple à cet égard⁴⁸ :

- Au Cap-Vert, des « vigiles virtuels » sont employés à suivre, via Internet, des caméras numériques qui surveillent des ensembles de bureaux sur la côte Est des Etats-Unis ; s'ils remarquent des mouvements suspects, ils en avisent les équipes d'intervention rapide locale ;

⁴⁷ Voir aussi <http://www.insee.fr/fr/ppp/sommaire/imet97o.pdf>

⁴⁸ Tous ces exemples sont tirés de Mike Jensen, « Afriboîtes, télécentres et cybercafés : Les TIC en Afrique », in *Coopération Sud – Tous « Branchés » : les technologies de l'information et de la communication pour le développement*, numéro un, PNUD, New York, 2001, p.113.

- Au Togo et à Maurice, des centres d'appel fournissent des services d'appui téléphonique aux sociétés internationales qui ont des clients en Europe et en Amérique du Nord ; en composant un numéro local de téléphone, l'intéressé est transféré, sans qu'il s'en rende compte au Togo ou à Maurice, où des opérateurs assurent les services d'appui nécessités par son appel ;
- Au Maroc, un prestataire de services Internet local a remporté un marché portant sur la numérisation des archives sur papier de la Bibliothèque Nationale de France ; les documents sont convertis en images numériques en France puis ces images sont transmises par satellite à Rabat où elles sont converties en texte et éditées sur clavier ;
- De nombreux artisans africains vendent à présent leurs produits sur le Web, avec le soutien d'ONG telles que People Link.

b. Intérêt de la définition juridique du commerce électronique

- *Eléments importants de la définition*

Les deux définitions larges du e-commerce, fournies *supra*, englobent toute personne exerçant une activité économique par voie électronique et énumèrent l'objet, de même que les types des transactions en présence. En dégagant ces éléments clés de la définition, il revient à l'esprit que les contrats passés par voie électronique ne reposent pas sur un *instrumentum* au sens classique du terme, c'est-à-dire un support papier, et ils sont nécessairement conclus entre des parties qui ne se trouvent pas en un lieu géographique naturel. Le commerce électronique est celui qui se déroule dans le cyberspace.

Il y a donc lieu de développer une approche juridique du cyberspace qui est le milieu de déroulement du commerce électronique. La « voie électronique », que nous faisons correspondre au support électronique – à savoir le cyberspace qui en soit est virtuel – est un fait de la technologie. Le cyberspace est à la fois un *outil* jailli de la mise en réseau des ordinateurs et autres terminaux (tel que le téléphone), un *espace numérique* procédant d'une logique binaire, un *espace médiatique* qui se construit par l'usage du protocole de communication commun le web, un *espace procédural* c'est-à-dire qui requiert un investissement énergétique faible par rapport à celui consenti dans l'espace physique.

Le commerce à distance n'est pas un phénomène inconnu du Droit contemporain, mais le développement des NTIC et l'espace dans lequel se déroule ce négoce ont créé de nouveaux jeux de formes, de nouveaux centres de pouvoir ainsi que de nouvelles exigences d'entreprendre de nouvelles approches de construction d'un droit encadrant les phénomènes qui s'y déroulent ou qui en découlent.

Aussi, l'économie numérique, telle que définie *supra*, c'est bien évidemment le commerce électronique. Il est rendu possible de trouver une quantité de partenaires, de produits et de services en quelques clics, c'est véritablement un secteur bouleversant pour le consommateur mais aussi pour le commerçant. La variété de l'offre, la possibilité de faire des comparaisons, la vitesse de déroulement des transactions, etc. modifient profondément le fonctionnement des marchés et la vie quotidienne des individus.

Avec ce qui précède le particularisme du Droit des contrats du commerce électronique est bien évident.

- *Le particularisme du droit des contrats du commerce électronique*

Le présent ouvrage a choisi de traiter des contrats qui se concluent et/ou s'exécutent dans le cyberspace. Les contrats passés en ligne sont ceux du commerce électronique et présentent certaines caractéristiques et particularités liées à leur mode de conclusion.

Certains auteurs pensent qu'il est contestable de vouloir tirer un particularisme du fait de la particularité de leur mode de conclusion. Ils retiennent qu'en définitive, l'interactivité (certes virtuelle) entre cocontractants est une donnée constante du commerce, qu'il soit traditionnel ou électronique, l'échange de consentements pouvant se manifester tant par un clic de souris que par une poignée de mains⁴⁹.

Nous pensons, par contre, comme le Professeur Abdoullah Cissé et le Professeur Mamoudou Niane⁵⁰, que le milieu « cyberspace » dans lequel se déroule l'activité économique du e-commerce est un espace de type nouveau, dominé par une nouvelle rationalité. «Au fur et à mesure que le

⁴⁹ Vincent Fauchoux et Pierre Deprez, op. cit., p. 104

⁵⁰ Abdoullah Cissé et Mamoudou Niane, 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, inédit.

cyberespace devient un milieu de vie, s'accroît l'importance d'y trouver des règles du jeu adaptées et équilibrées⁵¹ », soulignait Pierre Trudel pour marquer l'incontournable cyberdroit devant régir le cyberespace. Du fait que les contrats font intervenir, dans le cadre de leur conclusion, la *voie électronique*, plusieurs problématiques nouvelles de droit se soulèvent en matière des Droits congolais des contrats et du commerce.

Ces questions sont de plusieurs ordres : les sources applicables à ce négoce, la question de la preuve, la question de la qualité de cybercommerçant, la responsabilité des intermédiaires techniques, la signature électronique, la protection des données personnelles des parties, le paiement en ligne comme modalité d'exécution du contrat du commerce électronique, la réglementation et la régulation, le juge compétent, la loi applicable, le transfert de risque et de propriété des biens, le régime fiscal, la cybercriminalité, l'archivage électronique, la mosaïque des acteurs intervenant dans le commerce électronique, etc. La liste des questions qui appellent un régime juridique est bien longue.

Le commerce électronique présente un aspect juridique multifacé avec une dose d'extranéité essentielle puisque la donne « espace » n'y équivaut pas forcément à « territoire », la donne « acteurs » ne correspond pas toujours à « sujets nationaux ». Dans le commerce électronique, Droit privé et Droit public, Droit Interne et Droit international s'entremêlent. En effet, malgré le triomphe de la pleine liberté d'entreprise, l'interventionnisme étatique dans la vie économique demeure l'œuvre des organes étatiques à travers des lois ou des traités internationaux. En même temps, les personnes privées et publiques interagissent ensemble dans le commerce électronique sans que toujours le triomphe de la loi étatique ne soit assurée. Les lois du marché sont bien souvent plus prépondérantes.

2. Un droit du commerce électronique en RDC, pour quoi faire ? Comment faire ?

Dans l'ordre de grandeur des choses⁵², le Droit du commerce électronique est plus large que le Droit du contrat du commerce électronique, tandis que le Droit du commerce électronique est lui-même un aspect du Droit du cyberespace dit également « cyberdroit ».

⁵¹ P. Trudel et alii, Droit du cyberspace, Université de Montréal, Ed . Thémis, 1997.

⁵² Allusion est faite au champ des matières couvertes par chacune de ses disciplines juridiques.

En d'autres termes, ce qui est dit pour le Droit des contrats du commerce électronique vaut pour le Droit du commerce électronique. Ce qui est dit pour le Droit du commerce électronique vaut pour le Droit du cyberspace. Il est bien entendu que l'inverse n'est pas toujours vrai.

Le Droit des télécommunications, le Droit de l'Internet et le Droit du multimédia font partie du Droit du cyberspace qui les englobent tous, convergence oblige⁵³.

a. Un Droit congolais du commerce électronique : pour quoi faire ?

- *Le défi de l'avènement de la société de l'information*

A quand la société africaine de l'information ?⁵⁴ La création d'un environnement propice à l'émergence de la société africaine de l'information constitue sans nul doute le défi majeur que les Africains se doivent de relever pour prétendre occuper une place et jouer un rôle positif dans le cyberspace.

Dans un contexte mondial marqué du sceau de la révolution numérique, on assiste à l'émergence de la société de l'information et des connaissances partagées, caractérisée par la place centrale prise par l'information et les technologies associées, à la fois comme facteurs de production et comme produits à part entière et entraîné un changement radical de paradigme avec le passage de la pyramide au réseau⁵⁵. Il en résulte une transformation des structures économiques et sociales du fait des nouveaux produits et services de la société de l'information et une modification profonde des pratiques économiques et commerciales et managériales tant au niveau du secteur public que privé. De plus en plus,

⁵³ Le Professeur Abdoullah Cissé, dans son cours de Master en Droit du cyberspace à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis/Sénégal, enseigne que « c'est ainsi qu'on a commencé, devant l'impossibilité de ranger [le cyberdroit] 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. » [Inédit.]

⁵⁴ - Cette interrogation paraphrase celle de KI-ZERBO, Joseph, dans son dernier ouvrage : *A quand l'Afrique ?* Entretien réalisé par René HOLENSTEIN, Quétigny, Editions de l'Aube, 2003.

⁵⁵ - François Ost, Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 608.

le continent africain subit les contrecoups de l'amplification du fossé numérique qui existe entre le Nord et le Sud, aujourd'hui appelé « fracture numérique » (*digital divide* en anglais).

Selon qu'ils agissent en qualité de citoyens (juriste, législateur, magistrat, avocat, autorité réglementaire, homme de la rue), de consommateurs ou de créateurs de richesses, leur intervention met en cause des mécanismes propres à la société de l'information lesquels requièrent soit une adaptation des règles positives, soit l'adoption de règles nouvelles plus appropriées.

A ce sujet, François OST et Michel van KERCHOVE⁵⁶ ont produit une brillante étude sur la situation socio-juridique du monde contemporain sur le thème de l'affrontement, en théorie générale du Droit, entre le paradigme classique de la « pyramide » et un paradigme émergent, qualifiée de modèle du « réseau ».

En effet, plusieurs évolutions des sociétés contemporaines contribuent à la montée en puissance des personnes privées, en marge et parfois au-dessus des pouvoirs publics. Il se crée des phénotypes dans la société de l'information. Une globalisation des échanges économiques et culturels⁵⁷ qui s'accompagne de l'apparition d'acteurs transnationaux. Une spécialisation (« différenciation fonctionnelle ») toujours accrue des différents secteurs d'activités qui appellent des régulations particulières dont les professionnels concernés sont les interprètes privilégiés. Une philosophie individualiste liée à un environnement multisectoriel qui se traduit par la prolifération des droits subjectifs, la multiplication des actions en justice et le développement de mouvements sociaux réclamant plus de justice et de « minorités » luttant pour l'égalité des droits. Tout cela conduit à une forme de recomposition du paysage juridique à partir de la base.

L'une de pertinentes analyses du contexte de la société de l'information fait état d'une place de plus en plus importante à l'autonomie privée, sans pour autant renoncer à toute régulation étatique. Avisée des limites de ses politiques interventionnistes dans le jeu de sous-

⁵⁶ François OST et Michel van KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?*, R.I.E.J., 2004, p. 92. Nous partageons entièrement son contenu et restituons sur ce point la teneur et la bibliographie fournie par cette étude.

⁵⁷ Sur ce concept, cf. A.J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation*, Paris, LGDJ, 1997, p.19 et s.

systèmes de plus en plus différenciés et évolutifs (l'économie numérique, les marchés financiers, ...), renonçant donc au contrôle direct par la méthode de « commande et contrôle », mais ne s'accommodant pas de l'autogestion absolue des divers secteurs, l'Etat se fait, dit-on, « réflexif » ou « procédural »⁵⁸. Il se contente au mieux de fixer quelques objectifs généraux, à charge pour les acteurs privés de déterminer eux-mêmes, au terme d'une délibération réglée, les normes susceptibles de les atteindre.

Ce modèle procédural, que commande au Droit l'avènement de la société de l'information contraste avec le modèle pyramidal bien connu des Etats dans leurs modalités de production du droit. Ce qui fait penser au passage du *modèle pyramidal* au *réseau*. Le modèle pyramidal est largement intériorisé tant par les gouvernants que par les gouvernés. Cette conception a traditionnellement dominé – et domine souvent encore – la pensée juridique dans ses formes d'expression les plus diverses. Le modèle pyramidal est Hiérarchique⁵⁹, Linéaire⁶⁰, Arborescent⁶¹. Le système juridique classique est l'image d'une pyramide, dotée d'un sommet unique, solidement assise sur sa base et stratifiée en plusieurs niveaux intermédiaires. Ainsi, l'œuvre du Législateur se voit traditionnellement reconnaître sinon une souveraineté, tout au moins une « quasi-souveraineté⁶² » dans la hiérarchie des sources formelles du droit, comme expression de la « volonté nationale ». Cette prééminence a pour corollaire le principe de la plénitude de compétence au pouvoir législatif, au terme duquel le législateur exerce toutes les compétences que la Constitution n'a pas confiées à d'autres pouvoirs.

Cependant, avec l'avènement des TIC et de la société de l'information, la loi est en érosion constante. Renonçant quasi totalement à définir a priori les normes substantielles, les pouvoirs publics se contentent d'en fixer le cadre procédural d'une discussion conduite par les groupements intéressés eux-mêmes.

⁵⁸ G. TEUBER, *Droit et réflexivité, L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. Par N. Boucquey, Paris-Bruxelles, Story-LGDJ, 1994.

⁵⁹ La structure du système juridique le serait en tant que ses organes, comme ses normes, seraient tous placés dans une situation de supériorité ou de subordination les uns par rapport aux autres.

⁶⁰ Cette structure supposerait des relations à sens unique entre ces différents niveaux hiérarchiques, excluant toute forme d'inversion ou de rétroaction entre eux.

⁶¹ Elle le serait en raison du fait que ses différents éléments s'engendreraient par démultiplication, à partir d'un foyer de création unique.

⁶² F. DELPEREE, *La Constitution et la règle de droit*, in *Anales de droit*, t.XXXII n°2-3, 1972, p.190.

Ces groupements sont des « personnes privées », qui prennent ainsi l'initiative (au sein de la société de l'information), forment un ensemble extrêmement diversifié : particuliers sans doute (les « personnes physiques »), mais aussi associations, entreprises, syndicats, organisations professionnelles : mille formes de pouvoirs privés dont certains (multinationales, Eglises, fédérations internationales), disposent de budgets considérables (parfois supérieurs à ceux de certains Etats⁶³), ainsi que d'une capacité d'action politique non négligeable (on songe aux grandes entreprises sur le terrain économique et social de plusieurs pays à la fois, au même titre qu'aux organisations non gouvernementales dans le domaine humanitaire ou environnementale).

Il s'agit là d'un mouvement du pyramide vers le réseau. Le modèle procédural (réseau) s'appuie à son tour sur diverses philosophies politiques. Après l'industrialisation de la société, les sociétés de consommation et de l'information imposent une nouvelle logique. Le néo-libéralisme de Hayek, par exemple, qui plaide depuis des décennies pour un désengagement de l'Etat : selon lui, seul l'ordre spontané du marché (« *cosmos* ») est en mesure de produire une organisation sociale informée et impartiale, par opposition à l'ordre artificiel (« *taxis* ») de l'Etat interventionniste, censé partisan et peu au fait des informations pertinentes⁶⁴. Mais le modèle procédural s'autorise pareillement d'une idéologie moins libérale, dès lors qu'il rejoint explicitement l'« éthique de la discussion » prônée par J. Habermas⁶⁵. A défaut de pouvoir encore, dans nos sociétés pluralistes et complexes, définir a priori les exigences du bien commun, il convient, explique-t-il, de réunir les conditions d'une discussion rationnelle sans contrainte.

⁶³ A ce sujet, à l'issue d'une rencontre à Kinshasa en juillet 2007 entre le Chef de l'Etat congolais et le Président (PDG) du Groupe Koweïtien MTC (*Mobile Telecommunication Company*) qui a racheté en 2005 85% des parts d'action du capital de l'opérateur des télécommunications Celtel Congo RDC, rebaptisée ZAIN, le Groupe a promis d'injecter en 4 années 1,5 milliards de dollars américains d'investissement supplémentaire au Congo, en plus des 500 millions de dollars américains déjà investis au Congo par la société Celtel Congo depuis 2003. (cf. <http://news.bigroberto.com/economie-articles-06.html>) Ce qui représente un budget colossal quand on sait que l'Etat a des difficultés budgétaires et ses capacités de mobilisation des recettes sont limitées. Aujourd'hui encore, avec la crise financière, l'Etat peine à assurer sa balance de paiement et compte en ce 1^{er} trimestre 2009 obtenir du FMI 195,5 millions de dollars comme une facilité de cette Institution face au déséquilibre entre l'offre et la demande des devises. (cfr. Journal <http://www.lobserveur.cd/> dans sa livraison du 19 mars 2009)

⁶⁴ F. von HAYEK, *Droit, législation, liberté*, t. I, Paris, P.U.F., 1979

⁶⁵ Jurgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, trad. Par R. Rochlitz et C. Bouchindomme, Paris, Gallimard, 1997.

Avec le « réseau », l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté (celle-ci ne se déploie pas seulement à d'autres échelles, entre pouvoirs publics infra et supra-étatiques, elle se redistribue également entre de puissants pouvoirs privés); la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (on ne l'admet plus que sous conditions, au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont qu'en aval de l'édiction de la loi) ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi et les subdélégations du pouvoir normatif, en principe interdites, se multiplient) ; les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (mono-disciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (learning process) que d'axiomes a priori ; la justice, enfin, que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables.

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 »⁶⁶.

Dans cette perspective, le juriste doit avoir présent à l'esprit la vive tension qui existe entre l'économie et les droits de l'homme et s'interroger sur les « valeurs que le droit se doit de promouvoir pour que notre société ne soit pas seulement informationnelle mais également démocratique »⁶⁷. Ce sont ces valeurs que l'on retrouve à la base de la revendication des cybernautes pour plus de droits (libertés d'entreprise d'expression, etc.), mais également à la base de la politique cybercriminelle ou autres conçus par l'Etat pour encadrer les nouveaux phénomènes du cyberspace.

⁶⁶ http://www.unesco.org/society/cybersociete/Cyberspace_droits_homme_ecom.htm

⁶⁷ Yves Poullet, (Directeur du Centre de Recherche Informatique et Droit des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur (Belgique), cité par Abdoullah Cisse, *Objet du Droit du Cyberspace*, Cours de Master pro (M2) en Droit du cyberspace africain, UGB, Saint-Louis, Sénégal, 2005-2006

La société de l'information suscite les bougés de la pyramide (système juridique classique) et apporte l'émergence du réseau (un droit adapté, fabriqué avec le dialogue des acteurs dans un cadre posé par l'Etat qui ne sait plus toujours imposer sa rationalité et son « contrôle commande ». Selon le Doyen Yves Pouillet, « le développement des technologies de l'information et de la communication oblige à approfondir les concepts traditionnels mais au-delà souvent modifie les équilibres inscrits au cœur des réglementations et exige alors des interventions nouvelles du droit »⁶⁸.

L'adaptation des règles existantes constitue donc une priorité pour le législateur. Le projet de loi sur « la société de l'information » doit tendre comme cela a été le cas pour la LCEN en France, « non pas à créer un droit spécifique pour les réseaux et les contenus numériques », mais « seulement d'assurer l'adaptation des règles en vigueur à la société de l'information ».

- *Disposer d'un corps de règles adaptées aux phénomènes et aux enjeux des TIC*

- *Les phénomènes des TIC au diapason des sources matérielles du droit*

Le droit est l'expression de la réalité du moment. Il est le fruit des forces sociales, morales, politiques ... qui engendrent le Droit devant régir ce phénomène. L'avènement de la société de l'information contient l'ensemble de données morales, économiques, sociales, politiques, etc., qui suscitent l'évolution du Droit. Le grand succès des transactions électroniques constitue une source brute que devraient capter et filtrer les sciences auxiliaires de la législation pour alimenter la politique législative⁶⁹.

Cette approche présente l'avantage de permettre de découvrir et d'assister à l'émergence d'un nouveau *corpus juris* sous-tendu par une logique et une cohérence propres dont l'émergence est favorisée par la « révolution numérique ». En effet, par cette « révolution numérique », une partie de la doctrine estime qu'il s'est opéré un glissement de paradigme⁷⁰ (de la pyramide au réseau) qui a provoqué la remise en question des principes classiques de l'ordonnement juridique et la naissance de nouvelles valeurs et normes propres au cyberspace.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Voir à ce sujet définition du mot « sources matérielles du Droit ». Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Quadriga /PUF, Paris, 2005, p. 864

⁷⁰ François Ost et de Michel van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 597.

Selon F. Ost et M. van de Kerchove, « de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation. Quoi qu'il en soit, force est de reconnaître que la tension née de la coexistence entre le modèle pyramidal et le modèle du réseau « s'accompagne de deux autres transformations majeures de l'univers juridico-politique: le passage de la réglementation à la régulation, et la montée en puissance du thème de la gouvernance en lieu et place de celui du gouvernement. Réseau, régulation et gouvernance forment ainsi un nouveau dispositif dont il serait sans doute excessif de dire qu'il s'est substitué à la triade classique pyramide, réglementation, gouvernement, mais qui la déborde certainement et en subvertit parfois les modes de fonctionnement »⁷¹.

Autrement dit, on assiste non pas à une absence de réglementation et de gouvernement, mais à un redéploiement de nouvelles normes (régulation) et à l'émergence d'une nouvelle manière de penser le gouvernement (gouvernance). Le droit rigide cède le pas au flexible droit, un droit mou, souvent doux dans un environnement marqué par la logique floue⁷².

Sans tirer de jugement de valeurs sur le cas en RDC, il paraît compréhensible que le grand public pense à une anomie, à une absence de droit régissant le secteur de l'économie numérique et pense davantage à la consécration des potentats des opérateurs économiques, comme des Etats dans l'Etat. Contrairement à la France et aux autres pays africains (comme le Sénégal) où le droit du cyberspace connaît des avancées dans l'adoption des textes de lois, la RDC a connu une production très faible du Droit en la matière. Le retard de la puissance publique laisse libre cours à la puissance privée.

⁷¹ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 597.

⁷² M. Delmas-Marty, « Le flou du droit », PUF, cité par Cissé A., op. cit., [Inédit].

- *Les enjeux de l'économie numérique pour un soubresaut du Législateur en RDC*

En RDC, alors que l'UIT des télécommunications recommandait à tous les pays du monde de dépasser la télédensité d'un téléphone pour cent habitants à l'an 2000 ; le Congo a accédé au troisième millénaire avec une télédensité d'un téléphone pour 1300 habitants (0,07% en terme de télédensité). A l'an 2000, tout le Congo comptait moins de 200.000 téléphones. Avec l'entrée sur le marché des opérateurs GSM, le secteur des télécommunications et de l'offre d'accès à Internet a littéralement explosé. Dans la foulée, le législateur congolais a produit la loi-cadre n° 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en vue de se conformer à l'évolution du monde moderne.

Du service téléphonique qui représente le basic en la matière, les opérateurs des télécommunications se sont joints au monde de l'Internet, se comportant dans leur statut et dans leurs offres des services comme également des fournisseurs de services Internet. Le service voix de la téléphonie est devenu une donnée transportable dans les réseaux de télécommunications comme un paquet des données. L'IP a offert la possibilité du transport plus efficient et plus économique de la voix qui devient un simple paquet de données confondues aux autres données qui apparaissent sous forme d'e-mails ou de texte html. La voix sur IP (*VoIP, voice over IP*) n'utilise plus la commutation par circuit, mais la commutation par paquet. Ce qui crée une économie des ressources techniques des réseaux et, partant, des gains de temps et d'argent.

Malheureusement, cette loi-cadre de 2002 a lancé des chantiers – encore inachevés sept ans après – du cadre juridique des télécoms en RDC. Elle a été suivie d'une production très modique des textes d'application, tel que nous le démontrera l'inventaire des textes législatifs et réglementaires du secteur des télécommunications ainsi que les commentaires y afférents, au second chapitre de la présente partie de l'ouvrage. Plus critique encore sur l'état de notre droit positif, la loi-cadre sur les télécommunications n'est pas un Code de télécommunications qui intègre tous les aspects de la vie télématique du pays.

Il n'existe dans le pays aucun texte coordonné en matière de l'infrastructure, des acteurs, des ressources rares (numérotation et

fréquences hertziennes), des produits et services des télécommunications ou d'Internet. Le mot « Internet » est cité dans l'exposé des motifs de la Loi-cadre, mais jamais le corps de texte de la loi-cadre sur les télécommunications en RDC n'évoque ni le mot Internet et, partant ni le commerce électronique. Sont vains et inefficients les efforts d'interprétation extensive des dispositions de cette loi de référence pour jeter un voile pudique sur les aspects incontournables du Droit du cyberspace : Internet et commerce électronique. Dans ce secteur d'activités par voie électronique, le « risque régulateur » est perçu avec plus d'attention seulement du fait des intérêts en présence, en terme de valeurs qui circulent dans le Réseau et des investissements colossaux pour la mise en place des infrastructures qui ont absorbé, pour le cas d'un opérateur congolais⁷³, plus de 300.000.000 US en cinq ans. En 2007, Celtel Congo opérant sous la dénomination ZAIN, annonçait l'injection dans quatre à cinq ans de 1,5 milliards de dollars en plus des 500.000.000 US déjà investis en RDC depuis 2003.

Dans le flou du Droit congolais du commerce électronique, l'on a encore à l'esprit le *farwest informatique* dont plusieurs législateurs du monde sont déjà sortis. Cet état de chose ne favorise pas l'investissement, créé des niches pour des activités illicites, expose les congolais cyberconsommateurs, cybertravailleurs, éditeurs en ligne, agents de publicité, etc. Ce terrain du droit en jachère consacre également une « *informalisation* » du secteur de l'Internet et du commerce électronique au détriment des intérêts de certains privés et du Trésor public. Dans ce flou, les consommateurs ou utilisateurs des services de télécommunications ne savent pas à quel saint se vouer lorsque surgissent des questions de protection de leurs droits.

Les impacts des mutations que les télécoms et l'Internet apportent à la société congolaise sont bien réels. Les impacts sont

⁷³ Sur le plan technique, Vodacom Congo RDC, opérateur de téléphonie mobile et Internet Service provider (fournisseur d'accès) qui a démarré ses activités au Congo le 1^{er} mai 2002 a implanté dans près de 200 villes du pays cinq switches, 13 BSC, 300 BTS et 102 stations VSAT qui relient les villes éloignées aux différents switches. Le réseau satellitaire de Vodacom Congo est l'un de plus grands au monde et constitue un cas d'école. (cfr Gilbert N'Kuli, (*Extrait du Discours du DGA de Vodacom Congo*, in *Vodanews* n°15, dépôt légal n° MPI/021/2004, juillet-août-septembre 2006, « Contribution de Vodacom Congo (RDC) sprl à la reconstruction du Congo ».

proportionnés sur le marché économique, où, d'une part, ont disparu parfois prématurément certains emplois (comme par exemple, les câbleurs et creuseurs de fouilles des opérateurs de téléphonie filaire), mais où d'autre part, vont permettre l'arrivée de nouvelles professions exigeant plus de qualification, à l'instar des *Webmasters*, *Designers*, et autres métiers du E-marketing...). La société des services à valeur ajoutée aux télécoms pures est en pleine expansion (vote par SMS, pari par SMS, publicité par SMS, téléchargement des sonneries par SMS, TV numérique, géopositionnement⁷⁴, etc.)

Ces développements appellent la recherche de professionnalisation des acteurs étatiques, réglementaires et régulateurs, présents dans le secteur des PTT (Ministères en charge des PTT, de l'information et des médias, Autorité de Régulation, Législateur). La praxis de leur action, la rationalité de l'approche d'encadrement du phénomène Internet et de ses suites souffre encore de quelques faiblesses : l'on en est encore à l'approche « PTT » (postes, téléphones et télécommunications), approche officielle plus générique, alors que les exigences du monde moderne appelle une approche officielle plus spécifique « Communications électroniques », plus à la hauteur de l'évolution technologique et des enjeux que cela représente⁷⁵.

La distance qui sépare l'Etat et ses lois d'avec les expériences de la vie numérique ainsi que de ses opérateurs économiques (véritables locomotives de la marche) prend l'envergure d'un fossé qui profite davantage à ces opérateurs dans le cadre de leur exploitation intensive des ressources limitées de l'Etat. Le retard de la fonction normative et

⁷⁴ Pas encore offertes en RDC par les opérateurs GSM, mais déjà bien avancé en Europe pour sa commercialisation, les applications du géo-positionnement permettent d'afficher au profit du destinataire, par triangulation, la zone d'où le correspondant appelle, alors que depuis longtemps les opérateurs GSM n'offraient pas ce service. Le géo-positionnement est la localisation d'une personne ou d'un système nomade (véhicules, téléphones...) à la surface de la terre. *Google heart* en est un exemple ?

⁷⁵ En France, le Ministère de l'Economie numérique a été créé alors que nous en sommes encore aux Ministère des PTT comme en 1940 au temps du premier texte législatif en matière des télécommunications en RDC. Le Ministère de l'information, Presse, Media ne dispose pas encore de politique sur le media informatique (Internet) qui, vu l'importance qu'il prend et l'information qu'il charrie, apparaît déjà pour certains comme un nième pouvoir à part entière. L'ART française (autorité de régulation des télécommunications), créée le 5 janvier 1997, est devenue l'ARCEP (autorité de régulation des communications électroniques et des postes) le 20 mai 2005 sous l'œuvre du Parlement. La loi no14/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC est demeurée inchangée en conservant l'approche d'une autorité de régulation des postes et des télécommunications du Congo.

régulatrice de l'Etat dans ce segment de l'activité économique est inquiétant surtout quand on imagine comment se sont déroulés les sept dernières années⁷⁶ et comment se dérouleront les dix prochaines années de l'économie numérique en RDC et dans le monde ? A ces deux retards fonctionnels déjà inquiétants, s'ajoute le retard dans l'exercice de la fonction de conception de la politique du secteur des TIC⁷⁷. Les opérateurs optimisent leur exploitation, tandis que l'Etat souffre d'une dissymétrie d'information et d'une dissymétrie d'expertise par rapport aux opérateurs, quant au marché numérique.

De lege ferenda, il y a vraiment matière à construire le Droit congolais du cyberspace ou à défaut le Droit congolais du commerce électronique.

b. Un Droit congolais du commerce électronique dans l'ère du temps : comment faire ?

- *Disposer d'une lecture juridique des fondations présentes et des tendances futures du Net et des télécoms en général*

La question qui se pose est celle de savoir comment diagnostiquer le cadre juridique et institutionnel actuel des TIC et apporter les meilleures réponses à travers les textes de loi ou des textes d'application de lois. Comment faire pour savoir si le cadre juridique de la RDC est adapté, favorable au développement de la société de l'information en RDC ?

- La planification face aux grandes mutations technologiques

L'émergence de nouveaux faits juridiques liés aux TIC dans l'univers du droit dicte que les techniciens et praticiens du Droit soient initiés à la légistique⁷⁸ en général et aux outils de la planification stratégique en particulier ; mais que le dialogue sur les problématiques des TIC et sur les solutions à y réserver soient de mise et le plus inclusif, participatif pour tous les acteurs de la vie nationale (société civile et gouvernement, public et privé).

⁷⁶ Voir le développement du point *b*) qui suit : (titre) « Un Droit congolais du commerce électronique dans l'ère du temps », particulièrement son 1^{er} petit point sur « la planification face aux grandes mutations du monde »

⁷⁷ Quoique depuis 2005, les travaux de définition d'une politique sectorielle sont en cours sous l'égide du Ministère des PTT avec aujourd'hui le concours d'un consultant international.

⁷⁸ Il est question en effet de renforcer les capacités des juristes davantage en matière de conception et d'élaboration de textes juridiques que d'exécution de ces textes. (Abdoulah Cissé, *Cyberaudit stratégique*, Cours de Master de Droit du cyberspace, UGB, Saint-Louis, 2005-2006, p. 1 [Inedit])

Au sens du Sommet mondial sur la société de l'information⁷⁹, cette question appelle une planification appliquée à la construction du droit devant régir certaines cibles : les infrastructures de l'information et de la communication (fondement essentiel d'une société de l'information inclusive), y compris le renforcement des ressources humaines ; l'alignement des cyber stratégies aux politiques de développement national ; préciser le rôle du gouvernement et de toutes les parties prenantes dans la promotion des technologies de l'Information et de la communication, la prise en compte des besoins particuliers des couches de population, etc.

En ce qui concerne l'infrastructure des télécommunications, les services de téléphonie de base ont fort évolué. Le télex fleuron d'hier est aujourd'hui désuet. La pénétration en RDC de la téléphonie filaire est fort contrastée par le boom du GSM (norme mobile européenne) sans que le CDMA (norme technique américaine) ne soit en reste. Les opérateurs de téléphonie se mettent à l'ère de la convergence et deviennent des ISP (Internet Service Provider – Fournisseur d'accès à Internet). Des développeurs de contenus multimédia échangeables par le biais du téléphone se manifestent. L'on parle de mobile de première, deuxième et troisième génération qui, avant même d'avoir atteint l'apogée technologique au sein de la communauté des consommateurs, est déjà bousculée par la quatrième génération. Jean-Jacques Rousseau aurait pu bien trouver dans ces faits la splendeur et la misère des courtisanes.

Avec ces évolutions, des nouvelles exigences d'encadrement des faits juridiques par un fonctionnement optimal des télécommunications ont été capturées par le législateur congolais (Interconnexion des réseaux, interopérabilité, par exemple). Mais, de nombreux faits juridiques de la société en mutation échappent encore à la lecture du Législateur et de ses éminents conseillers (ARPTC, en l'occurrence) en matière des télécoms.

En effet, la loi portant création de l'ARPTC⁸⁰, dispose en son article 3, points j) et k) que l'autorité de régulation a pour mission d'analyser et d'étudier de façon prospective l'évolution, aux plans national et international, de l'environnement social, économique, technique et

⁷⁹ Ce sommet a eu lieu à Genève en 2003 et à Tunis en 2005.

⁸⁰ Loi no 014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC (J.O RDC, 44^e année, no spécial, 25 janvier 2003, p.47-59

juridique des activités du secteur, puis de suggérer toutes modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent nécessaires à l'évolution des secteurs des télécommunications et au développement de la concurrence.

Avec un regard rétrospectif et sélectif⁸¹ du secteur des télécoms en RDC, dix dernières années en arrière nous ramènent en 1999, une année après que le premier opérateur de la téléphonie GSM eût fait son entrée dans le marché. Dans sa gamme de produits, ce dernier apportait un téléphone portable qui coûtait 300\$, le moins cher de l'époque où Telecel son prédécesseur qui exploitait depuis 1995 la téléphonie sans fil AMPS offrait ses téléphones à 2.500\$ pièce et 7\$ la minute de communication nationale. Cela était vu comme une véritable révolution.

Aujourd'hui (2009), les téléphones portables les plus accessibles sont offerts en RDC à 20\$, avec le mérite que ce combiné est plus léger et maniable que les paquebots de la première heure des télécoms en RDC. La modicité considérable des coûts d'accès aux réseaux de télécommunications a boosté le nombre de connexions au milieu de la population congolaise de toutes les couches.

Pour Internet, en France, après le grand démarrage de 1995-1996 et l'éclatement spectaculaire en 2000 de la bulle spéculative Internet sur la place boursière (CAC 40), 2003 est l'année charnière du redémarrage. Une année peu marquée, disent certains, c'est l'année de la « révolution des velours ». C'est à ce moment là que le Haut débit prend son essor. L'offre séduit les utilisateurs avertis comme les novices, ce qui permet véritablement à une vaste population d'avoir accès aux services du web. Les temps de connections se rallongent, le haut débit amène aussi l'illimité ce qui permet aux internautes de surfer sans regarder leur montre et donc de consommer plus. A Kinshasa, en 2009, l'on est assez bien loin des coûts prohibitifs d'accès individuel à Internet qui avaient fait pendant des années la gloire des cybercafés ayant permis aux masses de chercheurs et curieux d'avoir un accès moins cher du fait de la mutualisation des charges par la répartition des coûts d'accès *per capita*. Les congolais ont maintenant la possibilité d'accès à Internet à domicile

⁸¹Sélectif, car il y a tout une section réservée à l'évolution du cadre juridique des télécommunications en RDC de 1940 à nos jours.

ou sur leur portable (téléphones ou Ordinateurs) au coût le plus abordable. La publicité entre concurrents du secteur de la fourniture d'accès à Internet a migré sur le thème de la vitesse et non plus de la disponibilité des services. Ce qui marque bien que le produit Internet est bien assis et intégré dans le milieu, et que maintenant la « révolution des velours » a commencé à Kinshasa⁸².

Toutes choses restant égales par ailleurs, nos modes d'accès à la connaissance se sont donc transformés, creusant aussi parallèlement la fracture numérique entre individus pouvant accéder au réseau et ceux qui n'y peuvent pas. L'utilisation des TIC est devenue indispensable dans le paysage économique actuel, c'est en ce sens un bouleversement des clivages. Cette fracture existe certes entre pays du Nord et du Sud, mais aussi au sein du pays même avec des différences en zones urbaines et rurales ou encore entre catégories sociales. C'est bien la « fracture numérique horizontale » que les politiques législatives doivent tendre à corriger dans un contexte où les privés se concentrent bien souvent sur des zones plus économiquement rentables.

En ce qui concerne le Web, si les dix dernières années [vu rétroactivement à partir de 2009] ont permis la construction des fondations du Droit de l'Internet, il serait particulièrement audacieux de prédire que les dix prochaines années ne seront marquées que par de simples finitions, au moment même où l'on annonce l'arrivée d'un « web 3.0 », après le fameux Web 2.0, incarnation d'un « web démocratique » caractérisé par la prise de pouvoir de l'internaute face aux « acteurs institutionnels » du web. Le web 2.0, apparu à partir de 2006, a essentiellement pour finalité de lier les utilisateurs pour faire émerger une « intelligence collective » (des sites tels que Youtube, Myspace ou Dailymotion sont de parfaites illustrations du Web 2.0. Le Web 3.0 ou « le web sémantique » a été annoncé par la communauté technologique⁸³.

En effet, alors que les dix dernières années écoulées ont été celles de la « prise de contrôle » du web par les administrations et les sites marchands, on assiste à une nouvelle révolution, au sens propre du terme,

⁸² Kinshasa étant la capitale de la RDC, ces assertions peuvent ne pas se vérifier en Provinces, mais il faut retenir que l'Internet au Congo a fait énormément des pas depuis dix ans.

⁸³ Vicent Fauchoux et Pierre Deprez, *op. cit.*, p. 6

c'est-à-dire à un retour aux sources de l'Internet que se réapproprient les particuliers, comme à son origine lorsqu'il était surtout l'outil des chercheurs et des scientifiques⁸⁴.

L'internaute jusqu'ici simple utilisateur, devient désormais lui-même éditeur de contenus par le biais des *wikis*, des *blogs*, des sites de communautés, de forums de discussion... Deux Internets distincts se dessinent désormais : l'Internet « officiel », lié à la sphère économique ou étatique, et l' « autre Internet », celui des particuliers, le *off* du *online*. Dans ce contexte, chacun se retrouve successivement et simplement contributeur, éditeur, hébergeur ou fournisseur d'accès, et par conséquent potentiellement responsable à plusieurs titres des contenus qui circulent sur le réseau. L'Internet appelle pour les prochaines années non seulement des règles universelles, mais aussi nationales et communautaires. Ces règles pourraient découler en partie des bons usages dégagés par les professionnels du web et des valeurs communes auxquelles ils auront adhéré et qu'ils formalisaient déjà au travers de chartes, de codes de conduite⁸⁵.

Il faut savoir que l'internaute (surtout, mais aussi l'abonné des réseaux téléphoniques) n'est plus passif comme au début de l'Internet, aujourd'hui il donne son avis sur un produit, poste des messages sur un forum, vote sur un site ou un numéro court, participe à un sondage... le consommateur des services téléphoniques et de l'Internet a véritablement plus de « pouvoir » et de lucidité qu'auparavant car il est beaucoup mieux informé et habitué aux NTIC ; il cherche davantage à comprendre pourquoi il paie tel tarif plutôt que tel autre ; quelles sont ces chances de remporter un prix de concours par SMS impliquant plus de 4.000.000 d'abonnés ; il peut comparer des prix, avoir des avis sur des produits. Ce qui permet aux entreprises des télécoms ou d'autres opérateurs économiques sur le web de concevoir des produits et services devant répondre à une demande de plus en plus exigeante. C'est le fruit de la communication bidirectionnelle.

Il y a lieu d'ajouter que la mise en réseau, les gains de performances des matériels, les raffinements des logiciels génèrent un

⁸⁴ Vicent Fauchoux et Pierre Deprez, *idem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

renouvellement rapide de l'industrie des TIC qui assurent une part de croissance économique mondiale. Mais ces perpétuelles mutations technologiques créent aussi le stress des sociétés exploitant les TIC qui sont obligées de se positionner face aux défis de la concurrence entre technologies les plus efficaces ou encore celui de la convergence technologique.

La réaction d'un internaute sur le site *web libre*⁸⁶ est très illustrative à propos de la convergence. « La convergence technologique, c'est lorsque l'on a : la télévision, le téléphone en un et que l'on peut télécharger gratuitement, légalement et en illimité de la musique sur Internet. Voilà, si l'on a pu avoir un shampoing, un démêlant et un revitalisant des cheveux en 1, pourquoi la technologie ne parvient-elle pas à combiner télévision-téléphone et Internet en 1 ? Vive la technologie. Vive le téléchargement légal et en illimité. Que veut le peuple ? »

Ce que veut le peuple, en terme de convergence, présente de nombreuses difficultés en RDC en rapport avec les limites définies des droits d'exploitation au sein des instruments de concession des services publics délivrés aux opérateurs : longtemps l'Etat congolais avait dressé une séparation de champs entre opérateurs de téléphonie GSM, ISP et chaînes de radiotélévisions. Maintenant que la convergence est possible en droit congolais⁸⁷, le défi de maintien des équilibres au sein de chacune de ces industries devient un défi de sorte que les unes, plus puissantes, ne phagocytent pas les autres. L'on doit se placer dans une nouvelle logique des réseaux numériques capables de transmettre n'importe quel type d'information (que ce soit la voix, une image animée ou non, des textes ou des données informatiques), fruit de l'interconnexion de plusieurs réseaux utilisant des technologies variées.

⁸⁶ Web libre.org, le partage des connaissances en toute liberté (http://www.web-libre.org/questions/informatique-ordinateur_1641/convergence-technologique-c-est-quoi,3678.ihtml)

⁸⁷ La Décision n°002 bis/ARPTC/CCG/2006 du collège de l'ARPTC du 27 janvier 2006 a autorisé Celtel Congo (opérant sous la dénomination ZAIN depuis le 1^{er} août 2008) à fournir les services Internet au public. L'article 1 de la Décision dit : « La société Celtel Congo est autorisée à fournir les services Internet au public sur l'ensemble du territoire de la RDC à travers son réseau [téléphonique] GSM ou tout autre réseau de télécommunication ouvert au public qu'il pourra déployer » (Source : JO RDC).

Sur un autre registre, quid de l'état du droit par rapport aux banques de la RDC qui se distinguent depuis ces trois dernières années dans la course marketing et commerciale pour l'offre au public congolais des produits de la monétique? *Procredit Bank*, le premier en 2006 à Kinshasa, a pu installer des distributeurs électroniques de billets, les autres banques ont emboîté le pas. L'on assiste de mieux en mieux à l'affirmation de l'informatique et de la mise en réseau des banques et de leurs systèmes de paiement (électronique) sans qu'il n'y ait pu y avoir de réglementation bancaire adaptée.

Toute cette lecture juridique du présent et du futur de l'économie numérique en RDC fait état d'une litanie de réalités. Ces réalités présentes et futures du cybermonde doivent être capturées par le Législateur et/ou le Régulateur congolais des télécoms, qui doivent secréter des règles adaptées, en bonne phase avec les exigences de la vie numérique. Toutefois, l'œuvre d'ajustement du cadre juridique doit obéir à une méthodologie.

- *Une première étape méthodologique essentielle : un cyberaudit du cadre juridique actuel des TIC en RDC*

Les normes de réalisation de la mission d'audit procèdent premièrement de l'inventaire et de l'analyse des aspects politiques, économiques, sociaux, technologiques et institutionnels de la société de l'information qui ont ou pourront avoir un impact sur les objectifs à atteindre, sur les structures, sur les acteurs, sur les procédures, sur les moyens d'action dans le secteur des TIC.

Etant entendu que procéder à une mission d'audit du cadre juridique des TIC en RDC équivaut à faire le diagnostic même du dispositif juridique devant encadrer la société de l'information dans tous ces aspects, il s'agira dans ce contexte de :

- Dresser un tableau exhaustif et clair de la vision et des objectifs en rapport avec la promotion de la société de l'information, des principes directeurs et valeurs partagées, de la mission et du mandat des intervenants dans ladite société, ainsi que de la culture et la structure organisationnelles ;

- Analyser la situation actuelle ainsi que les éléments ayant un impact quelconque sur l'organisation ;
- Proposer des pistes de solution c-à-d. lever, dans la future législation, des options stratégiques pour une meilleure combinaison des valeurs, des ressources matérielles et financières, des compétences et des parties en présence susceptibles de faire changer positivement la situation.

Les outils ou instruments permettant de dresser l'inventaire sont :

- le recours aux sources normatives supranationales,
- les objectifs politiques du futur cadre législatif,
- l'examen de la qualité des normes actuelles,
- l'identification des acteurs et la compréhension de leurs rôles, de leurs fonctions (mandat et mission) et prérogatives,
- les interactions entre les différents acteurs et leurs modalités d'intervention à titre individuel ou collectif,
- les moyens d'action à leur disposition,
- les paramètres de l'environnement social, économique et autres,
- les besoins actuels, leur état de satisfaction, les moyens de leur mise en œuvre ainsi que les facteurs empêchant ou permettant ladite satisfaction.

Ce qui conduit au deuxième volet de la problématique principale de la mission d'audit du cyberspace consistant à la présentation des éléments devant faire l'objet des analyses pour identifier les obstacles et lacunes juridiques de nature à freiner le développement du secteur des TIC dans un pays. Le dernier volet étant les propositions ou projets de texte répondant aux résultats des deux précédentes étapes.

- *La démarche de refondation du droit congolais du commerce électronique*

- *Principes d'école pour la création du droit des TIC en RDC*⁸⁸

L'école du Droit du cyberspace africain suggère de mener une réflexion sur les cyberstratégies, les lois et politiques, les ressources et les actions susceptibles de créer un environnement propice qui permette une meilleure intégration du Congolais (acteur individuel et acteur collectif) à la Société de l'information dans le respect de sa dignité et de ses valeurs.

Pour cela, la méthodologie qui doit être à la base de la sécrétion des normes du cyberspace devra être appropriée et pertinente. Les législateurs africains devront professionnaliser leur action pour faire éclore un dispositif normatif et institutionnel en adéquation avec leurs structures politiques, économiques, sociales et mentales.

Cette méthodologie respecte dans ses grands axes, les principes fixés dans la Déclaration de principe adoptée à Genève lors du Sommet Mondial sur la Société de l'Information de 2003, les documents pertinents élaborés au plan international (UNESCO) et régional (AISI⁸⁹, CODI⁹⁰, NEPAD⁹¹, UEMOA⁹², CEDEAO⁹³). En outre, elle met en œuvre les normes et techniques du management de la qualité telles que visées par la version 2000 de la norme ISO 9001⁹⁴.

Cette cyberméthodologie passera par les trois phases suivantes :

1^o La réalisation d'un cyberaudit de l'environnement juridique et institutionnel : a pour objectif de passer en revue le droit de l'État ou de la communauté (expérience de l'UEMOA) aux fins de recenser et d'évaluer notamment :

⁸⁸ Abdoullah Cissé, Docteur en Droit, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis au Sénégal, dans son cours de cyberaudit stratégique, en Master Pro (M2) en Droit du cyberspace africain (année académique 2006-2007).

⁸⁹ African Information Society Initiative : www.uneca.org/aisi

⁹⁰ Committee on Development Information : www.uneca.org/aisi

⁹¹ Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique : www.nepad.org

⁹² Union Economique et Monétaire Ouest Africaine : www.uemoa.int

⁹³ Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest : www.ecowas.int

⁹⁴ http://www.iso.org/iso/fr/iso9000-14000/understand/selection_use/examplesofiso9000.html;

« L'application de la norme ISO 9001 aux prestations juridiques », Semaine Juridique

- Les obstacles et lacunes de toute nature à l'accès en ligne des procédures et de l'information administratives ;
- Les obstacles et lacunes de nature juridique au développement de l'économie et du paiement numériques ;
- Les capacités d'appropriation des TIC par les acteurs de la société africaine actuelle de l'information (institutions publiques, secteur privé, société civile) ;
- Les besoins locaux en TIC en tenant compte des groupes spécifiques vulnérables (monde rural, zones urbaines, etc.) ;
- Les problèmes de conflit et de concurrence de normes aux plans local, national, régional et international ;
- Les contraintes juridiques relatives à l'applicabilité des principes fondamentaux du service public ;
- Les mesures unilatérales contraires au droit international ;
- Les contraintes juridiques induites par l'articulation entre les textes juridiques préexistants et les réalités de la société de l'information.

L'audit s'analyse en une revue de conformité aux dispositions pertinentes des documents internationaux (SMSI, AISI, Union Africaine, NEPAD, etc.) et correspond au diagnostic qui permet de fonder toutes les projections d'activités sur une vision réaliste de la situation économique de l'Etat ou de la région étudié(e). Il s'agira ainsi d'établir un état des lieux global afin de dresser une cartographie des forces et faiblesses, possibilités et menaces (FFPM) du cadre normatif actuel dans la perspective de son amélioration.

Les résultats de ce cyberaudit sont les seuls susceptibles de fonder une cyberstratégie juridique et institutionnelle à court, moyen et long terme. En effet, c'est de la complétude des informations fournies dans la phase d'audit que dépendront l'efficacité de la cyberstratégie à élaborer et du *corpus juris* à mettre en place et la prise en compte de l'exigence de durabilité posée par la Déclaration de principes de la SMSI.

Ce travail d'audit ne s'achève pas ; il se prolonge au-delà de l'adoption des textes et se présente sous la forme de veille juridique et technologique, comportement indispensable pour suivre l'évolution du droit dans un environnement en perpétuel mouvement.

2° La conception et l'élaboration d'une cyberstratégie de réforme juridique institutionnelle : dont l'objectif est de penser les changements

La cyberstratégie élaborée au plan national ou régional devra permettre de disposer d'un cadre consensuel sur la base duquel la communauté envisagée ouverte sur le monde – « le village global » – sera édifiée. En somme, elle se veut un cadre de réflexion stratégique sur l'entrée dans la société de l'information.

En parfaite adéquation avec la stratégie globale du gouvernement en matière de TIC, la cyberstratégie juridique à concevoir mettra l'accent sur :

- les enjeux prioritaires en matière de politiques internationales des TIC et les stratégies devant aboutir à une meilleure prise en compte de ces enjeux dans les fora où se décident les normes relatives à la société de l'information ;
- la nécessité de contribuer à la structuration de la société de l'information ; les mesures d'incitation à la promotion de la société de l'information ;
- les voies et moyens à mettre en œuvre pour permettre le renforcement des capacités des différents acteurs de la société de l'information à édifier.

Elle précisera les objectifs et résultats de la réforme, les actions prioritaires à mener en situant les niveaux de responsabilités des différents acteurs.

3° La conception et l'élaboration des textes constitutifs du cyberdroit :

En se fondant sur la cyberstratégie conçue, il sera élaboré dans un premier temps une loi d'orientation et de programmation sur la société de l'information. Cette loi fixera les principes fondamentaux et les droits et libertés des acteurs de la société de l'information. Elle donnera les grands axes justifiant l'opportunité d'adopter des textes législatifs et réglementaires, ainsi que de créer des institutions dans la perspective de l'organisation des divers aspects de la société de l'information dans les secteurs considérés comme prioritaires.

Dans un second temps et après consensus autour de la loi d'orientation et de programmation, les divers chantiers prioritaires seront ouverts autant que de besoins.

Les spécialistes du droit du cyberspace devront être suffisamment outillés pour procéder au montage des normes, des institutions et des contrats.

Cette approche, qui a été initiée dans le cadre du Réseau des universitaires africains sur la société de l'information, a été adoptée lors des travaux du CODI IV⁹⁵ durant lesquels la recommandation a été faite aux Etats africains d'adopter une loi d'orientation. C'est ainsi que le Sénégal a engagé le premier la mise en œuvre avec le projet piloté par l'Agence de Informatique de l'Etat⁹⁶ qui doit conduire à l'adoption des premiers textes sur la société de l'information (loi d'orientation, loi sur la protection des données personnelles, loi sur la lutte contre la cybercriminalité, loi sur les transactions numériques). A ce jour au Sénégal, ces lois sont déjà promulguées depuis 2008. Le Niger a de son côté lancé une étude qui s'inscrit dans le même esprit que celui de l'expérience initiée par le Sénégal.

- *Axes de l'analyse juridique des freins au développement des TIC en RDC*

Au regard des déclarations de principe, engagements et autres résolutions adoptées par le Sommet mondial sur la société de l'information (Genève 2003 – Tunis 2005), il y a lieu d'affirmer que le développement des TIC tend à « édifier une société de l'information à dimension humaine, inclusive et privilégiant le développement, une société de l'information, dans laquelle chacun ait la possibilité de créer, d'obtenir, d'utiliser et de partager l'information et le savoir dans laquelle les individus, les communautés et les peuples puissent ainsi mettre en œuvre toutes leurs potentialités en favorisant leur développement durable et en améliorant leur qualité de vie (...) »⁹⁷.

⁹⁵ www.uneca.org/aisi voir CODI IV.

⁹⁶ www.adie.sn

⁹⁷ Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-F Construire la société de l'information: un défi mondial pour le nouveau millénaire.

Pour s'acquitter de cette tâche, les axes prioritaires ci-après doivent absolument être pris en compte dans l'audit préparatoire de *lege ferenda* puisque de leur faiblesse, de leur absence ou de leurs forces dépend la marche vers le développement des TIC :

- *Le rôle et le degré de coopération au niveau national et international, interne et externe des gouvernements (Ministère et Agences de régulations et entreprises publiques) et de toutes les parties prenantes (secteur privé, société civile, Organisation des Nations Unies, autres organisations internationales) dans la promotion des TIC pour le développement ;*
- *L'infrastructure de l'information et de la communication, fondement essentiel d'une société de l'information inclusive permettant l'accès au service universel de l'information ;*
- *L'accès à l'information et au savoir en termes de la capacité pour chacun d'accéder à l'information, aux idées et au savoir et d'y contribuer grâce aux bibliothèques, archives, musées, collections culturelles, logiciels et autres points d'accès communautaire ;*
- *Le renforcement des capacités institutionnelles et individuelles des acteurs et membres de la société de l'information ;*
- *La Cyber sécurité comprise comme la sauvegarde de la sécurité et du climat de confiance dans l'utilisation des TIC sur les volets sécurisation des réseaux, protection des données personnelles, ou comprise comme la lutte contre le pollupostage, ou encore comme la protection des droits de la propriété intellectuelle devant encourager l'innovation et la créativité dans la société de l'information ;*
- *La bonne gouvernance synonyme d'environnement propice pour la concurrence équitable, les investissements, l'intensification du développement des infrastructures et des applications TIC, l'optimisation des avantages économiques et sociaux et au service des priorités et besoins nationaux ;*
- *Les applications des TIC et leur apport de facilitation de la vie dans tous les domaines ;*
- *La diversité et l'identité culturelles, la diversité linguistique religieuse et les contenus locaux ;*

- *Les médias* entendus comme l'instrument majeur de diffusion de l'information appelant aussi bien protection pour la promotion de sa liberté ou de son indépendance que surveillance pour le respect des règles de l'art dans la recherche, la réception, la diffusion et l'utilisation des informations ;
- *Les dimensions éthiques de la société de l'information* avec comme principe fondamental de respecter la paix et de préserver les valeurs fondamentales que sont la liberté, l'égalité, la solidarité, la tolérance, le partage des responsabilités et le respect de la nature ;
- *La coopération internationale et régionale* tenant compte des compétences fondamentales de l'Union internationale des télécommunications (UIT) dans le domaine des TIC en matière d'assistance de réduction de la fracture numérique, de gestion du spectre des fréquences radioélectriques, d'élaboration de normes et diffusion de l'information.

En effet, il conviendra de porter l'attention sur les aspects fondamentaux de l'édification d'une société de l'information inclusive que constituent l'accès à l'infrastructure et aux TIC, ainsi qu'à l'information et au savoir, le renforcement des capacités, la croissance de la confiance et de la sécurité dans l'utilisation des TIC, les applications des TIC, la diversité culturelle, le rôle des médias, les dimensions éthiques de la société de l'information, la coopération internationale et régionale.

En somme, envisagé dans le contexte de cet audit comme un levier de développement du secteur des TIC, le cadre juridique et institutionnel en la matière doit être élaboré de manière à assurer :

- la traduction claire des valeurs, de la vision et des objectifs qu'un pays assigne à l'édification de la société de l'information ;
- la promotion et la protection des principes directeurs devant permettre l'atteinte et/ou la matérialisation des objectifs que l'Etat s'est assignés;
- la disponibilité du support matériel, de l'offre et de l'utilisation des services informatiques ;
- des réponses juridiques et institutionnelles aux différents problèmes, lacunes et insuffisances ;

- la mise en œuvre des procédures claires définissant les imbrications des rôles entre acteurs (structures) de la société de l'information ainsi que les modalités respectives ou collectives de leurs interventions ;
- la possession d'un cadre social, économique et culturel régulé, assaini, favorable et adapté par la législation en fonction de la politique des TIC du pays.

Section 2. Schéma d'ouverture de la RDC aux acteurs et activités du commerce électronique

Le succès du commerce électronique dépend largement de la démocratisation de la disponibilité des infrastructures des télécommunications car, là où il n'y a pas Réseau, le commerce électronique ne peut être possible. L'histoire de l'Internet démontre qu'il fut d'abord une application militaire très fermée avant de connaître son succès actuel. Ce succès tient lieu de la libéralisation d'accès pour le public des applications de l'Internet et de ses ressources.

La libéralisation de cet accès a dépendu de deux facteurs, l'un technologique et l'autre à la fois politique et juridique : le développement fulgurant des NTIC et la libéralisation du secteur des NTIC. En d'autres termes, la « révolution numérique » et la concurrence ont marqué la fin des systèmes de monopole dans le secteur des télécommunications.

Il convient de se pencher sur les étapes politiques et législatives de la révolution numérique en Afrique et en RDC, et de dresser une cartographie sur les acteurs en scène dans le nouveau décor du domaine des télécoms en RDC.

1. Evolution des politiques législatives en matière des TIC au Congo

a. Eléments de changements dans le secteur des télécommunications

- *Facteurs de la réforme du secteur des télécommunications*

Dans leur ensemble, les Etats africains ont rejoint la tendance générale du développement des télécommunications qui s'est dessinée dans le monde. L'on peut relever, en effet, que dans les Etats africains, les télécommunications, après avoir connu le statut public caractérisé par le *Monopole d'Etat*, géré par l'administration publique ou par une entreprise publique sous tutelle de l'Etat, ont connu successivement des réformes législatives (« *déréglementation* »), l'octroi des licences d'exploitation aux

opérateurs privés (« *libéralisation* »), l'ouverture de l'actionnariat public aux capitaux privés (« *Privatisation* ») et une concurrence appelant de plus en plus la *régulation*, la *corporatisation* et la *convergence technologique*.

Les principaux facteurs de cette évolution ont porté sur un état des lieux du retard de l'Afrique face à la mondialisation de l'économie. Celle-ci, vue sous l'angle des télécommunications, avait davantage démontré les insuffisances et incapacités des entreprises d'Etat à faire face aux exigences des populations victimes de la fracture numérique ou encore aux exigences de compétitivité internationale. Ces entreprises monopolistiques (dits « opérateurs historiques ») faisaient face à l'impossibilité pour les Etats africains de répondre aux nécessités d'élargir de l'éventail des services téléphoniques (e.g. du fixe au mobile), de consentir des coûts d'investissement dans les nouvelles technologies plus actuelles, de mettre fin au système désuet d'exploitation en mode monopolistique dont le manque de souplesse et/ou de flexibilité contrastaient avec la rapidité et l'innovation inhérentes aux entreprises de télécommunications du monde contemporain, etc.

La libéralisation du marché congolais n'a été que la suite des changements sans précédent initié quelques années auparavant dans l'industrie mondiale des télécommunications. Dans le monde, les facteurs de ces changements ont été entre autres :

- l'expansion des marchés des télécoms avec les innovations sans précédent pour le client, en termes de qualité et de rapidité de services ;
- la nécessité de faire appel à des capitaux privés pour développer, perfectionner les réseaux et pour mettre en place de nouveaux services ;
- le développement de l'Internet faisant que le trafic des données supplante le trafic de la voix dans de nombreux pays avec l'émergence d'acteurs comme le ISP et les exploitants des VoIP ;
- la croissance des services mobiles et d'autres services hertziens lesquels se sont substitués à des réseaux fixes et ont ouvert les marchés de télécommunications à de nouveaux prestataires de la norme GSM, notamment ;

- le développement de courants commerciaux internationaux dans les services de télécoms fournis dans des proportions toujours plus grandes par des prestataires transnationaux et de stature mondiale⁹⁸.

Aussi, des nouvelles politiques de télécommunications incarnées par les lois de télécommunications en Afrique promulguées pendant ou après la décennie 1990 se sont voulues des instruments de relèvement des aspects ci-après :

- permettre l'accès universel aux services de télécommunications ;
- réduire les disparités existant dans la desserte des différentes régions du pays en infrastructures et services de télécommunications ;
- favoriser l'introduction des technologies nouvelles pour répondre aux besoins, sans cesse, croissants et en mutation rapide des milieux des affaires ;
- adopter des réformes tarifaires basées sur la couverture des coûts réellement encourus en vue d'accroître les recettes publiques et privées et stimuler l'investissement ainsi que la compétitivité des services et des entreprises ;
- favoriser l'implantation progressive d'une industrie locale des télécommunications ;
- réduire le champ du monopole en soumettant à la concurrence les services de télécommunications⁹⁹.

- *Schématisation de la libéralisation du secteur congolais des télécommunications*

D'une manière schématique, les axes de libéralisation du marché congolais des télécommunications sont les suivants¹⁰⁰ :

- Monopole d'Etat ;
- Réformes des entreprises publiques, opérateurs historiques des télécoms (sans succès) ;
- Réformes législatives et « déréglementation » du secteur des télécommunications ;

⁹⁸ Voir Lepage BUSHABU WOTO, *op. cit.*, p.26

⁹⁹ Voir à ce sujet, l'exposé des motifs de la loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC, Journal officiel de la RDC, 44^{ème} année, N° spécial, janvier 2003, p.17

¹⁰⁰ Ce sont ces axes que nous développerons infra (point b) par rapport à la RDC, notre pays.

- Libéralisation à multiple volet :
 - la délivrance aux opérateurs privés des licences et autorisations d'exploitation des télécoms ;
 - la privatisation totale ou partielle des entreprises d'Etat, jadis monopolistiques ;
 - la liberté des prix et de fourniture des produits.
- Mise en place des organes de régulation des télécommunications ;
- « Corporatisations » des opérateurs privés ;
- Gestion de la concurrence ;
- Gestion des ressources rares des télécoms, de la cryptographie et de l'homologation des équipements des télécoms ;
- Organisation de la convergence technologique.
 - *Rôle régulateur et d'encadrement de l'Etat dans un secteur désormais concurrentiel*

Dans un cadre juridique concurrentiel, il est évident de voir surgir des problèmes entre acteurs disposant chacun des prérogatives particulières et des rôles différents. Le rôle de la régulation prend alors une importance particulière en termes de règlement des conflits, de gestion de la concurrence et d'émission des règles de conduite qui ont l'avantage d'être très proches de la pratique des affaires dans le secteur des télécommunications.

La régulation s'entend du « fait de maintenir un équilibre dans un système complexe et d'en coordonner les actions en vue d'obtenir un fonctionnement correct et régulier¹⁰¹ ». Il s'agit de « toutes les actions de contrôle des comportements que l'Etat ou une autorité ayant vocation à le représenter conduit dans le respect de l'intérêt général¹⁰² ». La régulation connaît une flexibilité et une adaptabilité en raison de l'instabilité de son objet en vue d'assurer l'efficacité et la gestion de concurrence¹⁰³.

¹⁰¹ Définition du Dictionnaire Petit Robert, citée par Lepage Bushabu Woto, op. cit, p.13

¹⁰² Audrey BAUDRIER, cours de l'administration et le droit de la régulation, Ouagadougou, 13-17 juin 2005, cité par Lepage Bushabu Woto, op. cit, p.13.

¹⁰³ J.J. Chérot, « *L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire* », rencontres petites affiches, paris, 6 fév. 2002, pp 17-25 cité par Lepage Bushabu Woto, idem.

C'est ce que souligne à juste titre la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de Régulation des Postes et des Télécommunications en RDC (ARPTC, en sigle). « La création d'un organe de régulation a été motivée dans les pays développés par :

- la complexité des rapports et des activités,
- les conflits d'intérêts,
- la diversité des intervenants ».

Le rôle spécifique de la régulation est apparu dès l'instant de la démonopolisation officielle du marché de télécoms en RDC. Le pouvoir réglementaire reste du ressort de l'Etat, ce qui marque la différence fondamentale entre *réglementation* et *régulation*, cette dernière ne visant qu'à appliquer le cadre législatif, fournir des avis sur les décisions des pouvoirs publics et les comportements des acteurs du marché, et enfin collecter l'information et les statistiques pertinentes sur le secteur en question¹⁰⁴.

Il convient, par ailleurs, de ne pas confondre régulation et application du droit de la concurrence. La régulation concerne d'abord des secteurs où existent des obligations de service public qui nécessitent, pour pouvoir être correctement remplies, un certain aménagement de la concurrence. Libéraliser les services publics ne signifie donc pas déréglementer et encore moins déréguler. Au contraire, il est essentiel de souligner que la régulation est encore plus nécessaire pour veiller au bon fonctionnement du secteur libéralisé¹⁰⁵.

Le régulateur est donc placé au milieu des intérêts divergents des acteurs du secteur. Le risque de capture du régulateur par les différents protagonistes du secteur est bien présent. Le droit de la régulation intègre donc une sorte de contrainte des rapports de force, mais une fois ces éléments intégrés, l'espoir est d'obtenir les équilibres souhaités par le seul jeu de ces nouveaux rapports. Il y a à la fois contrainte sur les rapports de force et la volonté de laisser jouer ces rapports, une fois ceux-ci structurellement modifiés par le Droit.

¹⁰⁴ Lepage BUSHABU WOTO, *De la mise œuvre de la régulation des télécommunications en droit congolais (RDC)*, op. cit., pp 13-17

¹⁰⁵ Idem

Le Droit de la régulation est donc essentiellement à mi-chemin entre le dirigisme où tout vient de l'extérieur et, l'autorégulation où tout vient de l'intérieur. D'ailleurs, sous l'angle de la mondialisation, le droit de la régulation constitue une perspective encourageante parce qu'en la matière on a besoin de règles de toute provenance (publique ou privée, écrite ou d'usage) et d'arbitrages (venant d'un juge ou d'un quasi-juge), mais fonctionnant sans un gouvernement extérieur à proprement parler un Etat¹⁰⁶.

b. Axes de libéralisation progressive des télécommunications en RDC

L'observation diachronique des télécommunications en RDC permet de retenir huit axes d'évolution de ce secteur.

Nous nous contenterons d'en fournir le plus accessible exposé. La critique des forces et faiblesses à apporter à ce constat, dans l'optique d'une libéralisation efficace, sera faite ici ainsi qu'au dernier paragraphe de ce chapitre.

- *Monopole d'Etat*

Le 23 août 1940 : le Gouverneur général du « Congo Belge » (colonie belge du Congo) a édicté l'Ordonnance législative 254/TELEC du 23 août 1940, la première loi sur les services de télécommunications, qui a accordé à l'Etat le monopole de l'exploitation de télécommunications. L'exploitation des télécommunications s'est déroulée en mode régie¹⁰⁷, directement assumée par l'Administration des PTT.

En 1968 : l'administration des PTT a été supprimée et remplacée par l'OCPT (Office congolais des postes et de télécommunications), un établissement d'Etat disposant du monopole (l'OCPT deviendra l'office national des postes et des télécommunications du Zaïre, suite au changement du nom du pays décidé sur le plan politique). Ce fut l'œuvre de l'Ordonnance-loi 68-475 du 13 décembre 1968 portant création de l'Office national de postes et télécommunications du Zaïre, en abrégé « ONPTZ ».

¹⁰⁶ *Idem*

¹⁰⁷ En Droit administratif, la régie est un mode de gestion de service public. « On est en présence d'une régie lorsque le service est directement exploité par l'Administration au moyen de son personnel et de son patrimoine. ». Professeur KABANGE NTABALA, *Droit Administratif*, Tome I, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo (R.D.C.), nov. 2005, p.117.

En 1991 : une autre compagnie d'Etat, la seconde après ONPTZ, a été créée par l'Ordonnance n°97/240 du 30 septembre 1991 pour assurer les communications nationales par le satellite, appelé RENATELSAT (Réseau des télécommunications nationales par satellite), également autorisée pour agir avec le monopole.

- *« Réformes » des entreprises publiques monopolistiques (sans succès)*

En 1978 : l'ONPTZ, jadis établissement public, est reformé en une entreprise publique industrielle et commerciale. La nuance est que l'entreprise publique est censée disposer de plus d'autonomie de gestion en rapprochant son mode de gestion de celui pratiqué dans les entreprises privées. Ce fut l'œuvre l'Ordonnance 78-222 du 5 mai 1978 portant statuts d'une entreprise publique dénommée Office national de postes et télécommunications du Zaïre en abrégé « ONPTZ ».

A la création de l'Office Congolais des Postes et des Télécommunications, ce dernier avait de facto, exercé la fonction de réglementation par la tenue des dossiers d'octroi de licences, la gestion des fréquences radioélectriques, le pouvoir de concession et, l'application de la législation et de la réglementation en vigueur.

Cette situation a perduré jusqu'à l'avènement de l'ordonnance n° 82-027 du 13 décembre 1982 portant cadre organique du Département des PTT qui a rétabli le Secrétariat général aux PTT autrefois confondu à l'OCPT. A l'occasion, les fonctions d'exploitation et de réglementation furent séparées entre l'OCPT et le Secrétariat général aux PTT.

- *Démonopolisation de fait : libéralisation non consacrée par des textes législatifs*

Quoique la libéralisation sur le plan législatif du secteur des télécommunications interviendra en 2002, depuis 1989, il a été délivré des licences de concessions de services publics des télécommunications aux opérateurs privés alors que le monopole d'Etat n'était pas encore abrogé par un texte législatif. Le manque d'abrogation claire du monopole donnera lieu à un contraste entre les faits tendant vers la libéralisation et les textes qui continuaient à consacrer le monopole d'Etat. Ce qui fut le cas en 1989 et en 1995.

En effet, *en 1989*, le gouvernement du Zaïre a approuvé un opérateur de réseau mobile privé, appelé TELECEL (actuellement STARCEL) employant la technologie AMPS ; sans aucune réforme législative globale, une première étape de libéralisation venait d'être lancée dans l'industrie des télécommunications en RDC. Le fait a précédé le droit.

En revanche, *en 1991*, rappelons-le, il y eut la création du RENATELSAT également autorisé pour agir avec le monopole en dépit des faits de concession du service public des télécommunications aux privés.

Toutefois, par la suite, les faits tendant vers la libéralisation corroborent l'élan vers la libéralisation du secteur des télécommunications tout en demeurant sous l'égide des lois consacrant le monopole des entreprises publiques.

Ainsi, en 1995, l'Etat zaïrois accordera une deuxième licence d'exploitation de la téléphonie AMPS à COMCELL. Les faits successifs observés entre 1995 et 2002 qui marquent la démonopolisation sur le plan législatif, sont les suivants :

- *En 1997* : le gouvernement congolais désigna la technologie GSM comme standard officiel de fonctionnement de mobile dans le pays et a exigé aux deux premiers opérateurs de mobiles de digitaliser leurs réseaux ;
- *En 1998* : le Gouvernement accorda une licence GSM 900 à CWN (Congolese Wireless Network, le premier opérateur de téléphonie GSM qui a signé par la suite une joint-venture avec Vodacom International Ltd en 2001, en vue de la création de l'actuelle Vodacom Congo RDC sprl) ;
- *En 2000* : le Gouvernement accorda une deuxième licence GSM 900 à CELTEL-CONGO, puis une troisième licence GSM 1800 à SAIT-Télécom¹⁰⁸ et, enfin, dans la même année une troisième licence à un opérateur GSM 1800 du nom de Congo Chine Télécom (CCT, en sigle, fruit d'une association entre les acteurs privés chinois et l'Etat congolais) ;

¹⁰⁸ Aujourd'hui dénommée, TIGO appartenant au groupe international de Milicom

- *De 1997 à 2000* : il a été accordé des licences de téléphonie sans fil, notamment à Congo Korea Telecom, fruit d'une association entre les secteurs publics et privés pour mettre en place le réseau fixe sans fil ;
- *En mai 2002*, soit quelques mois avant la promulgation de la loi consacrant le libéralisme dans le secteur des télécommunications, le réseau de téléphonie mobile Vodacom Congo fut ouvert au public, à la suite d'une joint-venture conclue entre les sociétés privées sud-africaines Vodacom International Limited et de droit congolais CWN.
 - *Réforme et libéralisation législatives du secteur des télécommunications en RDC*

Cette étape est marquée par la promulgation de la loi-cadre n° 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en République démocratique du Congo.

Du nombre des innovations apportées par cette loi, figure en bonne place, la participation du secteur privé au développement de télécommunications dans un environnement concurrentiel loyal.

Cependant, la même loi apporte un grand bémol à la libéralisation en maintenant des droits exclusifs au profit de l'Exploitant public, opérateur historique. Cette exclusivité consiste en son droit de posséder seul le Réseau de référence (article 11) auquel tous les autres doivent s'interconnecter pour écouler leur trafic. La loi, par ailleurs, tempère ce monopole par la faculté laissée au Ministère des télécommunications d'autoriser, à titre exceptionnel et aux conditions fixées par elle, un exploitant concessionnaire du service public des télécommunications à disposer de ses propres voies de sortie à l'international (art.38, al. 3).

Le législateur congolais n'a pas eu la franchise, ni le courage de consacrer la situation du libéralisme total que les faits antérieurs avaient déjà consacrés, dans la mesure où l'obsolescence de l'opérateur historique et son incapacité à fournir les services étaient plus qu'avérés. Les opérateurs privés agréés en dépit du monopole législatif avait carrément supplanté l'opérateur historique. Le protectionnisme législatif n'était plus que virtuel d'autant qu'en dépit de ses droits exclusifs, l'opérateur historique est incapable d'assurer les services lui dévolus en exclusivité par la loi, laissant les opérateurs privés en assurer la fourniture par leurs propres moyens.

Quoique le législateur ait clairement levé l'option de « réaménager le monopole sans toutefois libérer totalement le marché des télécommunications »¹⁰⁹, dans le contexte actuel, les opérateurs privés dominent le marché congolais. Ils bénéficient des licences et autorisations diverses leur permettant en toute liberté et concurrence d'exploiter aussi bien les services de base que les services à valeur ajoutée.

Le réaménagement du monopole et l'introduction de la concurrence a conduit à une profonde restructuration du secteur des télécommunications par la nette affirmation de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, et aussi par la mise en place d'une autorité de régulation indépendante.

- *Mise en place des organes de régulation des télécommunications*

L'article 5 de la loi-cadre de 2002 sur les télécoms en RDC prévoit deux structures : le Ministre et l'autorité de régulation.

Selon le prescrit de la loi-cadre, le Ministre des PTT se limite aux rôles de conception et de proposition de la politique générale de développement des télécommunications ainsi que de définition et d'actualisation du cadre réglementaire général du secteur. A ces rôles s'ajoutent ceux de représenter les intérêts du pays, d'assurer l'application des accords internationaux sur le secteur des télécommunications. (Article 6, loi-cadre)

Tandis que la loi-cadre sur les télécoms en RDC consacre son article 8 au statut et aux attributions de l'autorité de régulation, le législateur a promulgué la loi n° 014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC. Cette loi spéciale sur l'autorité de régulation congolaise aborde de nombreuses questions essentielles comme par exemple :

- Sa mission est essentiellement d'ordre technique, de conseiller des réformes du cadre juridique, de police du secteur à travers des veilles, d'instructeur des dossiers de demande de divers permis d'exploitation, d'autorité réglementaire pour certaines matières (interconnexion, homologation des équipements, plan national de numérotation, etc.) ;
- son autonomie est réglée par le statut public intermédiaire lui dévolu à mi chemin entre entreprise publique et régie ;

¹⁰⁹ Exposé des motifs de la loi-cadre sur les télécommunications en RDC.

- son rattachement aux autres institutions de l'Etat est assumé par la Présidence de la République en vue de renforcer son indépendance vis-à-vis du Ministère des PTT exerçant le rôle politique et réglementaire ;
- sa composition est faite d'un collège de sept membres dont un Président, un Vice-président et cinq conseillers en vue d'élargir le cercle de décideurs¹¹⁰.
 - « *Corporatisation* » des opérateurs privés

En République Démocratique du Congo, les opérateurs des télécommunications se sont réunis en « Comité Professionnel du Secteur des Télécommunications de la Fédération des entreprises du Congo », en sigle C.P.S.T/F.E.C.

Il s'est agi pour les opérateurs privés de se faire entendre sur des questions d'intérêt commun et de faire bloc en vue de mieux défendre leurs intérêts, d'harmoniser les vues entre eux sur les questions les plus diverses, de participer en tant que corps aux phases consultatives de l'élaboration législative ou réglementaire.

En termes d'autorégulation, c'est ce comité interprofessionnel qui a fait adopter le modèle standard de contrat d'interconnexion (applicable) aux concessionnaires locaux des services publics des télécoms, exploitant des réseaux ouverts au public¹¹¹.

Par ailleurs, ce comité réunit les opérateurs de téléphonies avec les fournisseurs d'accès à Internet. Certains parmi les premiers cités demandaient la création d'un sous-comité pour mieux distinguer les acteurs et davantage canaliser les énergies des membres des sous-comités sur leurs propres problèmes particuliers qui ne sont pas communs aux ISP et aux Opérateurs de téléphonies mobile ou fixe.

¹¹⁰ Sur cette question, l'esprit du législateur a été d'associer les principaux secteurs à la désignation des membres du collège pour diversifier leur provenance afin d'écartier le risque d'inféodation et de renforcer l'objectivité dans la prise des décisions dans ce secteur si sensible. C'est ainsi qu'il est prévu que le Parlement et le Ministre des PTT soumettent respectivement 2 et 3 candidats à la nomination des membres du collège de l'ARPTC, tandis que la Résidence en propose 2.

¹¹¹ La lecture critique de ce contrat est fournie au second chapitre de la présente partie de l'ouvrage

- *Gestion de la concurrence*

L'ouverture du marché des télécommunications à une multiplicité d'acteurs de taille et de statut différents ainsi que le désengagement progressif de l'Etat dans le quotidien des activités du secteur des télécommunications a nécessité l'avènement d'une Autorité administrative autonome devant réguler le secteur. Dans cet ordre d'idées, l'organe congolais de régulation vise à prévenir une exploitation anarchique du secteur des PTT. De surcroît, ses compétences et ses moyens techniques devraient contribuer au renforcement des mesures de sécurité et à la lutte contre la concurrence déloyale.

En tout et pour tout, l'ARPTC a pour mission de « protéger sur le marché des postes et télécommunications, les intérêts des consommateurs et des opérateurs en veillant à l'existence et à la promotion d'une concurrence effective et loyale, et prendre toutes les mesures nécessaires à l'effet de rétablir la concurrence au profit des consommateurs » (Article 3, point 1) de la loi 014/2002 du 16 octobre 2002 portant sa création).

Il ne pouvait en être autrement puisque l'ouverture à la concurrence a exigé des mesures de sauvegarde de sorte qu'il se déroule une concurrence loyale et que notamment un quelconque opérateur n'abuse pas de sa position dominante sur le marché. Il n'est dès lors pas étonnant de voir que le rôle de l'Autorité Administrative Indépendante (ARPTC) mise en place à cet effet consistait à remédier au problème de réglementation, de transparence et de crédibilité qui surgit lorsque de nouveaux opérateurs arrivent sur le marché.

Il faut noter qu'en matière de gestion de la concurrence, l'ARPTC est un régulateur spécialisé pour le domaine des télécoms. Rien n'enlève aux autres structures de l'Etat le rôle de police qu'ils jouent dans le cadre de la concurrence déloyale.

- *Gestions des ressources rares, de la cryptographie, des homologations des équipements et de l'interconnexion*

- *Gestion des ressources rares*

Avec la libéralisation du marché des télécommunications, les ressources dévolues jadis aux entreprises d'Etat, opérateurs historiques, jouissant du monopole, doivent faire l'objet de partage et de gestion plus rationnels.

Les ressources utilisées par les exploitants des télécommunications sont les fréquences hertziennes ainsi que la numérotation. Sans numérotation ni fréquences, il n'y a pas de téléphonie. Sans fréquence, il n'y a pas d'Internet. Ces ressources ne sont pas illimitées dans la nature. C'est à juste titre que l'exploitation de ces principales ressources rares en télécoms se trouve concédée à prix d'or par l'octroi des licences et autres autorisations par le Ministre des PTT et l'ARPTC.

L'exemple type d'une pénurie de ressources naturelles, nécessitant une procédure particulière d'allocation et de gestion, est celui des fréquences hertziennes dont les télécommunications sont tributaires dans une mesure croissante avec les services mobiles. Même en France, il n'existait pourtant aucune procédure organisée d'attribution de ces fréquences jusqu'à la loi française du 26 juillet 1996. Et pourtant, les avancées techniques qui ont permis l'expansion des radiocommunications conduisent à une situation de pénurie qui se concentre sur certaines bandes et certaines régions¹¹².

L'absence d'une gestion prévisionnelle du spectre des fréquences et d'une véritable procédure d'arbitrage entre les besoins avait déjà provoqué en France des blocages et entraîné dans le développement des nouveaux moyens de communication des retards, dont les effets sur l'industrie et l'économie ont été graves¹¹³.

Il en est de même des bandes de fréquences dont la disponibilité n'est pas illimitée. Sur la bande GSM 900Mhz et 1800Mhz, l'indisponibilité des canaux suite aux allocations de fréquences déjà faites à ce jour rend impossible l'entrée de nouveaux opérateurs GSM. Certes, il

¹¹² Pierre Huet, *Allocation et gestion des ressources rares*, Texte paru dans : "L'Actualité juridique - Droit administratif " no 3, 20 mars 1997. (L'auteur est Conseiller d'Etat honoraire, Vice-président de l'Association française de la télématique multimédia (AFTEL).

¹¹³ Pierre Huet, *idem*.

est apparu au cours de notre expérience de voir d'autres types de technologies, comme le CDMA, se voir attribués les mêmes bandes de fréquences que les opérateurs GSM. Toutefois, les équipements achetés par les opérateurs sont souvent callés sur des fréquences bien précises. Tout réaménagement d'un spectre des fréquences entraînant des migrations sont coûteuses et les intéressés peuvent rechigner à supporter les coûts y associés.

Les opérateurs de téléphonie ne sont pas les seuls à utiliser les fréquences radioélectriques : les chaînes de radiotélévision, les navires et aéronefs, les ISP, les agences de sécurité et de défense, les ambassades aussi, etc. Le risque de brouillage et d'interférence est énorme. De plus, plusieurs types de technologies différentes doivent fonctionner harmonieusement sur le marché. Encore plus complexe, il apparaît la coordination des fréquences entre pays limitrophes car les émissions radioélectriques ne correspondent pas toujours aux limites administratives des frontières. Ce qui est très souvent source de conflits entre opérateurs des pays limitrophes.

En l'espèce, un cas intéressant de plainte pour émission transfrontalière a été introduit contre les opérateurs Celtel et Vodacom de la RDC par le Directeur Général de l'Agence de Régulation des Télécommunications de la République Centrafricaine, Jean-Marie SAKILA, dans sa lettre manuscrite du 22 novembre 2004, dont l'ARPTC a donné accusé-réception sous n°1032 en date du 23 novembre 2004. Dans le cadre de l'instruction de la plainte, les parties avaient recouru à la recommandation de l'UIT-R SM 1132-2, sur les méthodes permettant de faciliter le partage des fréquences. Ces méthodes sont notamment : le changement d'orientation des antennes d'émission, le partage des canaux de fréquences, la baisse de la puissance des émetteurs.

Ainsi, l'une des prérogatives importantes de la régulation a consisté en l'autorisation donnée à des opérateurs privés d'occuper par la voie d'attribution de fréquences, une partie du spectre hertzien, partie intégrante du domaine public de l'Etat. Aussi le Législateur a-t-il confié au régulateur sectoriel la charge de répartition des ressources d'exploitation des télécoms, autrefois objet d'un monopole étatique, entre les opérateurs, ainsi que leur gestion à travers la production d'un tableau national d'assignation des fréquences ainsi qu'un plan y afférent.

Les pouvoirs de gestion et de contrôle du spectre des fréquences de même que ceux d'élaboration et de gestion du plan de numérotation sont confiés à l'ARPTC par l'article 8 de la Loi-cadre sur les télécoms en RDC en ses points e) et f). Aux dernières nouvelles, les travaux d'élaboration de ces documents de base ont été initiés et se poursuivent encore, ce qui rend la gestion difficile du fait qu'aucune cartographie exhaustive des assignations antérieures n'a pu être mise à jour, d'autant plus que le Ministère des PTT opérait des attributions de lot de fréquences avant et puis en même temps que l'ARPTC. Et ce, sans coordination ni collaboration harmonieuse dans le passé.

La gestion du plan de numérotation est un autre exemple d'allocation de ressources limitées dans un système ouvert à la concurrence. L'objectif n'est pas seulement d'assurer un partage équitable entre les exploitants de services, mais aussi de garantir l'interfonctionnement des réseaux et des services offerts, ainsi que la portabilité des numéros et l'accès des usagers – notamment des entreprises – à ceux qui ont une valeur économique. Les ressources en numérotation sont en effet devenues un enjeu économique¹¹⁴.

L'on se souviendra des opérateurs comme Celtel et TIGO qui ont changé leurs plans de numérotation de 8 chiffres à 10 chiffres, du fait du grand nombre d'abonnés connectés, depuis leur installation cinq ou six ans plus tôt, par rapport aux possibilités d'allocation de numéros que présente le nombre de *digits*. Quoiqu'ils aient respectivement gardé, le préfixe de leurs réseaux respectifs : 99 pour *Celtel Congo* et 89 pour *Tigo*, il a fallu obtenir de l'autorité allocataire, l'autorisation de basculement du plan de numérotation¹¹⁵.

¹¹⁴ Pierre Huet, *Allocation et gestion des ressources rares*, Texte paru dans : "L'Actualité juridique - Droit administratif" no 3, 20 mars 1997.

¹¹⁵ Le plan de numérotation national comprend : le préfixe international (*PI*) ou International prefixes (*IP*), l'indicatif de pays (*IP*) ou country code (*cc*), le numéro national significatif (*NNS*) ou National Significant Code (*NSN*), l'indicatif national de destination (*IND*) – souvent appelé code interurbain ou code de zone – ou National Destination Code (*NDC*), le numéro d'abonné (*NA*) ou Subscriber's Number (*SN*), soit *PI-NNS-IND-NA* pour, par exemple, le numéro de téléphone 00243-81-549-2405 (V. *Experts UIT, Atelier pour la création de nouveau plan de numérotation national en Afrique, Cotonou, Bénin – 30 juin -04 juillet 2003.*) (Idem, voir aussi version anglaise : *Workshop for the creation of the new national numbering plan in Africa, Cotonou, Bénin – 30 June -04 July 2003.*)

L'objet est de garantir « un accès égal et simple des utilisateurs aux différents réseaux et services de télécommunications et l'équivalence des formats de numérotation ». L'ARPTC est chargée par les Lois sur les télécoms en RDC, de l'élaboration et de la gestion du plan de numérotation. Il y a lieu de noter deux catégories de numéros et de procédures d'allocation : *primo* des espaces de numérotation sont alloués aux opérateurs par leur licence (cela revient au Ministère des PTT qui représente l'Etat concédant des services publics des télécoms) et donnent lieu à des redevances de gestion acquittées par eux; *secundo* des numéros sont alloués à des utilisateurs qui le souhaitent afin de pouvoir les conserver en cas de changement d'opérateur (cela rentre dans des pouvoirs de la Régulation)¹¹⁶.

- *Gestion des moyens de la cryptographie*

La cryptographie est l'ensemble des techniques permettant de protéger une communication au moyen d'un code graphique secret.¹¹⁷

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. L'organisation de services de certification fiables facilitant l'utilisation de signatures électroniques afin de permettre aux usagers de savoir avec qui ils communiquent sur Internet, revêt une grande importance. Pour encourager l'essor d'un environnement commercial électronique fiable, il est indispensable aux Etats d'avoir une législation harmonisée sur la signature électronique¹¹⁸.

La loi-cadre sur les télécoms en RDC contient des dispositions spécifiques sur la cryptologie (articles 34 et 35) qui constituent une modernisation des dispositions de l'article 152.3.2 de l'Ordonnance n°64/378 du 8 décembre 1956 sur les installations des radioélectriques privées.

Outre la définition légale de la *cryptologie*¹¹⁹ et le barème des sanctions pénales des infractions en la matière, la loi fixe le régime

¹¹⁶ Cfr. Pierre Huet, *Allocation et gestion des ressources rares*, Texte paru dans : "L'Actualité juridique - Droit administratif " no 3, 20 mars 1997.

¹¹⁷ Dictionnaire Larousse 2004, p. 286

¹¹⁸ 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, p. 26.

¹¹⁹ Au sens de l'article 34 de la loi-cadre sur les télécoms en RDC, «on entend par prestations de cryptologie, toute prestation visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des informations

juridique de la cryptologie qui tient compte de la préservation des intérêts de la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat et de la défense nationale. Ce régime est soit la déclaration préalable, soit l'autorisation préalable.

L'Autorité de Régulation édicte et fixe les conditions dans lesquelles est souscrite la déclaration et est accordée l'autorisation mentionnée à l'alinéa précédent. Elle peut prévoir un régime simplifié de déclaration ou d'autorisation pour certains types de matériels ou de prestations ou pour certaines catégories d'utilisateurs.

- *Gestion des homologations des équipements*

Dans un contexte d'ouverture du pays aux NTIC, il est normal que le Législateur ait envisagé l'homologation de nouveaux équipements des télécoms pour leur fabrication, importation ou commercialisation dans le pays. L'homologation vise à assurer la conformité des équipements et terminaux aux normes et spécifications techniques en vigueur sur le territoire national.

La loi a laissé à l'ARPTC la mission de définir, sous forme de Directives, la procédure et les conditions de délivrance des homologations ainsi que le mode de publication des spécifications techniques retenues. C'est en 2006 qu'il a été rendue publique la Décision de l'ARPTC portant régime des homologations en RDC.

- *Gestion de l'interconnexion*

L'ouverture à la concurrence suppose que les nouveaux exploitants soient en mesure d'établir leur réseau (Réseau d'accès) et d'utiliser, au moins partiellement, le réseau de l'opérateur traditionnel (droit d'accès ou d'interconnexion). Il ne s'agit plus, comme pour les fréquences, d'optimiser la gestion de ressources rares. L'objectif est à la fois la loyauté de la concurrence et la qualité du service.

- *La convergence technologique et la téléphonie mobile de 3^{ème} génération*

Une des plus grandes caractéristiques de l'environnement des télécommunications est son dynamisme. Le progrès technologique dû à des innovations perpétuelles conduit à des migrations vers des technologies moins coûteuses et plus efficaces à offrir un plus large

ou signaux claires en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse, grâce à des moyens, matériels ou logiciels conçus à cet effet. »

éventail de service sur le même réseau. C'est à ce dernier phénomène, dit de convergence, que l'on assiste en RDC où des réseaux jadis de simple téléphonie mobile offrent des services Internet, en l'occurrence le GPRS (General Packet radio Service) ou le EDGE (Enhanced Data Rates for GSM Evolution)¹²⁰.

Par ailleurs, certains opérateurs privés ont exprimé leur vœu de bénéficier des licences mobiles de troisième génération en vue de tirer profit des produits multimédia qu'elle offre. Une consultation publique de l'ARPTC a été lancée depuis mars 2006 et est demeurée sans conclusion jusqu'au premier trimestre 2007. Il s'agissait de l'ouverture de la concurrence pour l'exploitation de la technologie UMTS ou 3G ou encore GSM de troisième génération permettant l'accès aux applications multimédia. Les deux grands opérateurs de la téléphonie GSM Vodacom et Celtel avaient exprimé leur intérêt en début 2007, auprès de l'ARPTC.

Cependant, jusqu'en 2009, il n'existe toujours pas de législation, ni de réglementation spécifique au Congo régissant les activités sur Internet. Les ISP utilisent la technologie WIMAX, Breeze max et VL Breeze. L'on a assisté au rachat en 2006 des actifs du fournisseur d'accès dénommé Interconnect par la société de téléphonie mobile Vodacom Congo qui, du coup, a récupéré, dans sa vision de convergence, les plus ou moins 2.000 abonnés que comptait cet ISP. Les clauses de la vente d'actifs obligeaient cet ISP de ne pas faire de concurrence à Vodacom et de retourner sa licence auprès de l'Etat, tandis que Vodacom qui s'était vu délivré par le Ministère des PTT son autorisation d'exploiter l'Internet depuis le 31 janvier 2006, allait pouvoir le faire sur la base des actifs acquis mais avec sa propre licence.

Il apparaît nettement dans ces faits que les opérateurs de télécommunication demeurent libres dans leurs choix stratégiques de nouvelles technologies et que l'autorité de régulation doit les encadrer dans leur marche vers le progrès en assurant à tous les opérateurs la transparence nécessaire ainsi que l'égalité dans l'accès aux ressources rares de l'Etat.

¹²⁰ En janvier 2006, le GPRS (General Packet Radio services) a été lancé par Vodacom.

2. Cartographie des acteurs du cyberspace congolais

Le fonctionnement de l'économie numérique repose sur des professionnels qui mettent à disposition de leurs clients et des utilisateurs une infrastructure technique. Les Etats et leurs institutions y pourvoient en politiques et polices autant que faire ce peut. Les citoyens, dans le milieu, agissent en consommateurs, à défaut d'y agir en tant que professionnels ou commerçants. L'ouverture du secteur congolais des télécommunications à la concurrence a abouti à la structuration dudit secteur par la séparation des fonctions de réglementation, de régulation et d'exploitation dont se chargent des acteurs différents.

La pluralité d'acteurs de la grande « famille » de l'Internet, des télécommunications et du commerce en ligne rend très difficile tout exercice de prise de photographie d'ensemble. La participation aux activités dans le cyberspace met en scène, voire aux prises, une diversité d'acteurs publics et privés, nationaux et internationaux, spécialisés ou mixtes, qui n'ont de trait commun que la passerelle des TIC et de ses medias (Internet, Réseaux de télécoms). Dans ce domaine transfrontière, le point d'ancrage de leurs actions est leur participation à la vie numérique, vie qui associe inextricablement *vie nationale* et *vie internationale*.

Pour une cartographie, il faut des critères de regroupement. L'architecture du monde cybernétique est tellement cosmopolite que certains acteurs ne sont même pas recensés par les textes officiels nationaux, alors qu'ils s'illustrent par une participation effective au système.

En RDC, la loi-cadre sur les télécommunications non seulement n'énumère pas dans un ensemble clair et pédagogique les acteurs du secteur, mais aussi et surtout ne vise pas tous les acteurs effectivement présents dans le secteur des TIC, comme par exemple : les MVNO¹²¹, les hébergeurs de site web ou encore les éditeurs en ligne. Les fournisseurs d'accès à Internet, outre les clauses spécifiques de leur contrat administratif avec l'Etat, ne sont pas nommés par le Législateur. Derrière les opérateurs de réseaux ouverts au public évoluent toute une industrie composée d'acteurs quasi-innombrables : les transports internationaux

¹²¹ Mobile virtual network operators

des trafics voix, SMS, data (*international carriers, en anglais*) ; les chambres de compensation des comptes entre *roaming partners (clearing house, en anglais)*, les fournisseurs des segments spatiaux de satellite ; des fabricants d'équipements des télécoms (*équipementiers*), des vendeurs de *Know-how* et autres logiciels (développeurs de contenus, y compris), etc. L'on ne saura pas tous les étudier dans le cadre du présent ouvrage.

Dans l'optique de la régulation, la meilleure connaissance de tous ces acteurs par le Législateur permet un meilleur jaugeage des intérêts et un dosage optimal des rapports de force et de domination au profit du Régulateur.

En Europe, par exemple, la responsabilité des différents acteurs de l'Internet (opérateurs de réseaux de télécoms y compris) a été fixée au niveau communautaire par la Directive n°2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. En France, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) a opéré la transposition de la directive précitée. L'intitulé de la loi n'est pas neutre : la « confiance » devait être instaurée à la fois pour les utilisateurs (les consommateurs) et pour les professionnels, l'instauration de règles clairement définies devant permettre durablement cette confiance. »

De ce qui précède, l'identification des acteurs n'est donc pas une simple tâche de regroupement, mais un début d'éclairage sur les rôles et responsabilités de ces acteurs dans le macrocosme nébuleux de ce secteur. La cartographie aidera à voir mieux dans le flou du Droit congolais.

De là, il semble bien à propos de fonder notre cartographie sur le regroupement des acteurs en fonction de leurs centres d'intérêts et des valeurs qu'ils ont en partage dans le secteur des communications électroniques. Ainsi, le premier¹²² regroupement procédera des acteurs chargés de l'exploitation des services et des biens sur un réseau de

¹²² La mise au premier plan des opérateurs économiques et intermédiaires techniques trahit l'esprit proactif de l'exploitation plutôt que de la réglementation dans le milieu des TIC. Néanmoins, cette énumération n'établit aucune hiérarchie entre acteurs.

communication électronique (les intermédiaires techniques et les opérateurs économiques). Et le deuxième regroupement procédera des acteurs chargés aussi bien de déterminer le cadre juridique dans lequel ces biens et services économiques sont offerts que de prendre des mesures de sauvegarde du vécu technique et réglementaire des communications électroniques (les acteurs politiques et techniques spécialisés ou non et les régulateurs). Cependant, l'on ne pourra méconnaître ici le rôle fondamental des entités internationales, dont les activités supranationales même si elles sont inconnues du grand public congolais, constitue la base du fonctionnement des réseaux et, partant, du secteur des communications électroniques.

A ces deux catégories, s'ajoutent les consommateurs souvent sous le terme générique de « cybernautes » ou celui, plus particulier, d'« internaute » ou encore d'« usager ».

a. Les intermédiaires techniques et opérateurs économiques du commerce électronique

Au sens de la loi-cadre sur les télécommunications en RDC (article 9 et article 32), trois types d'opérateurs de réseaux de télécommunications sont identifiés, en plus des opérateurs *de station de réseaux de radiodiffusion sonore et de télévision*¹²³. Ces réseaux sont tenus par des opérateurs de télécommunications. Par ailleurs, il convient d'aborder certains cas non spécifiés par la loi-cadre en RDC sur les télécommunications : les fournisseurs d'accès à Internet ou FAI, les fournisseurs d'hébergement et les éditeurs de contenu.

- *Les opérateurs des télécommunications*

- *Rôle et responsabilité*

D'une manière générale, l'opérateur de télécommunication est celui qui assume dans le cadre du réseau Internet ou GSM ou autre, une prestation de transport d'information par un ensemble de signaux numériques ou analogiques. Il est généralement étranger à la nature (illicite, préjudiciable, etc.) de l'information ainsi transportée. Cela découle du

¹²³ Les opérateurs de radiodiffusion n'émettant que dans un sens, l'on voit mal comment l'interactivité devant amener la conclusion des contrats par la même voie électronique pourra être de mise. Certes, l'on parle de plus en plus de la télévision interactive, mais les possibilités d'usage de cette voie électronique pour la conclusion des contrats étant limitées, ces types d'opérateurs ne présentent pas d'intérêt pour la présente étude axée sur les contrats du commerce électronique.

principe de la neutralité technologique. Cette irresponsabilité tombe le plus souvent dans trois cas, lorsque l'opérateur est à l'origine de la transmission litigieuse, si elle sélectionne le destinataire de la transmission, si elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission.

- *Catégorie d'opérateurs des télécoms au sens du Droit congolais des télécoms*

La loi-cadre sur les télécoms en RDC distingue :

- l'Exploitant public de télécommunications,
- les Opérateurs concessionnaires et Indépendants,
- les Opérateurs de réseaux indépendants.

- *Exploitant public de télécommunications*

En attendant la mise en place de l'Exploitant public, ce rôle est assuré, dans leur formule actuelle, par les deux opérateurs historiques des télécoms, à savoir : l'Office Congolais des Postes et des Télécommunications (OCPT) et le Réseau National des Télécommunications par Satellite (RENATELSAT)¹²⁴.

L'exploitant public de télécommunications en RDC est un opérateur qui jouit de l'exclusivité temporaire. Il est celui habilité par la loi-cadre en RDC à détenir et à exploiter en toute exclusivité le *backbone national*¹²⁵ auquel tous les autres réseaux devraient s'interconnecter et par lequel ils devraient faire transiter leur trafic national et international. (Articles 36-40).

Malheureusement, sur le plan technique, ce dispositif n'existe pas. Les communications internationales sont donc écoulées en dehors du réseau de l'Exploitant public. Ce qui a donné lieu à des réclamations de manque à gagner de plusieurs millions de dollars de la part de l'Exploitant public/OCPT contre les opérateurs des télécommunications en se basant sur l'utilisation du *country code* ou indicatif pays +243.

¹²⁴ V. Dispositions transitoires et finales de la Loi-cadre sur les télécommunications, article 79.

¹²⁵ Le mot *backbone national*, traduit de l'anglais au français signifie épine dorsale nationale. Sur le plan technique, il s'agit du réseau de base constituant la colonne vertébrale sur laquelle tous les autres réseaux devraient s'interconnecter. La forme d'interconnexion avec ce réseau serait « une interconnexions étoilées » au lieu des « interconnexion maillée » qui existent actuellement de manière séparée entre chacun des opérateurs.

De « jurisprudence » récente de l'Autorité de Régulation des Postes et des télécommunications du Congo (ARPTC) exprimée par sa Décision n° 001/ARPTC/2005 du 25 avril 2005 [*inédite*] relative au désaccord entre l'Office congolais des Postes et télécommunications et les sociétés privées de Télécommunications, cette question est déjà tranchée et close en ces termes : « (...) *les frais d'utilisation du code 243 (...) sont difficiles à appréhender dès lors que ce code n'est qu'un identifiant attribué à la République Démocratique du Congo par l'Union Internationale des Télécommunications et dont l'utilisation par les usagers est une nécessité pour joindre leurs correspondants habitant la République Démocratique du Congo ...* »

L'ARPTC a donc confirmé au profit des opérateurs privés la prérogative d'user de ce segment monopolistique de l'exploitant public défaillant, tant et si bien que ce dernier n'est pas en mesure d'offrir l'infrastructure nécessaire pour le transport du signal des autres opérateurs vers l'international sachant que le code 243 n'est qu'un identifiant derrière lequel il faut mettre un dispositif technique dont l'OCPT ne dispose pas.

- *Les concessionnaires de services publics des télécommunications*

Au sens de l'article 13 de la Loi-cadre, il s'agit de tout opérateur, personne physique ou morale, de droit public ou privé, détenant un réseau ouvert au public, établi sur la base de contrat de concession liant l'Etat à un concessionnaire, dont l'Etat attend en plus des frais de licence, divers paiements périodiques liés à des obligations d'intérêt public et autres dus.

En évoquant la possibilité d'octroi de licence en cette matière à des individus, personnes physiques, une incohérence se crée dans la loi même. Car, pour les personnes morales, le législateur (article 9 de la loi-cadre) exige la forme de Société par Action à Responsabilité Limitée (SARL¹²⁶) requérant pour sa formation le visa du Chef de l'Etat et impose une structure de l'actionnariat dans laquelle 30% du capital revient aux personnes physiques et morales nationales, dont 5% devant revenir aux

¹²⁶ Cfr Décret du 27 février 1887 du Roi-Souverain (du Congo belge) sur les sociétés commerciales in Les codes Larcier RDC, Tome III-1, Larcier/Afrique édition, Bruxelles, 2003, p. 84

travailleurs de l'entreprise. Comment de telles garanties pourront-elles être possibles avec un Concessionnaire personne physique ? Ceci est une question sur laquelle d'autres études pourront revenir.

Les opérateurs concessionnaires des services publics des télécommunications en RD Congo sont notamment :

- pour la téléphonie mobile : CELTEL CONGO Sarl¹²⁷ (opérant actuellement sous la dénomination Zain), VODACOM CONGO RDC Sprl¹²⁸, CONGO CHINE TELECOM (CCT)¹²⁹, TIGO (ex-Oasis - SAIT Telecom)¹³⁰ ;
- pour la téléphonie fixe : SOGETEL¹³¹, CONGO KOREA TELECOM¹³² (actuellement Standard Telecom), OCPT¹³³, AFRICANUS¹³⁴.

- *Le réseau indépendant*

La loi-cadre sur les télécommunications en RDC (articles 14 et 15) aborde le réseau indépendant en en déterminant les conditions d'établissement et d'interconnexion sans jamais le définir. Ce qui crée un flou dans la compréhension de ces dispositifs techniques.

La définition peut être recherchée en Droit comparé français¹³⁵. On entend par réseau indépendant un réseau de communications électroniques réservé à l'usage d'une ou plusieurs personnes constituant un groupe fermé d'utilisateurs, en vue d'échanger des communications internes au sein de ce groupe.

Ce type de réseau est détenu et établi, sur autorisation de l'Autorité de régulation (ARPTC), par des entreprises commerciales ou exploité par des opérateurs de télécommunications précités. A nuancer, car le Ministère des PTT agit aussi en la matière.

¹²⁷ Technologie GSM 900/1800Mhz

¹²⁸ Technologie GSM 900/1800Mhz

¹²⁹ Technologie GSM 1800Mhz

¹³⁰ Technologie GSM 1800Mhz

¹³¹ Technologie CT2 WII

¹³² Technologie CDMA - Fibre optique

¹³³ Réseau analogique avec transmission par fil métallique

¹³⁴ WLAN

¹³⁵ Source : Code des postes et des communications électroniques modifié par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

En pratique, il peut aussi s'agir des réseaux informatiques sans fil ou filaires (W)LAN, (Wireless) Local Area Network, en anglais, communément dit Intranet. Il peut aussi s'agir d'un réseau PABX (autocommutateur électronique privé)¹³⁶.

A titre d'exemple pour le premier cas, sur Décision de l'ARPTC, « la bande de fréquences assignées à la société Celtel-Congo en vertu de l'autorisation n° ARPTC/03/AT/2005 a été portée à un total de 30MHz (soit la bande des fréquences 2053-2053) afin de lui permettre d'exploiter un réseau indépendant (réseau informatique privé WLAN) à travers le territoire national congolais. » Cela est le fait de la Décision n° 007/ARPTC/2005 du Collège de l'Autorité de Régulation des Postes et des Télécommunications du Congo du 23 août 2005 attribuant la bande de fréquences supplémentaires à Celtel-Congo pour la couverture de son réseau indépendant (réseau informatique)¹³⁷.

- *Les fournisseurs d'accès à Internet ou FAI*

- *Une définition législative inexistante en Droit congolais*

La loi-cadre sur les télécommunications ne contient aucune disposition définissant les fournisseurs d'accès à Internet autrement appelés ISP (Internet Service Provider) alors que sur le marché congolais des télécommunications, ils sont bien présents.

Les ISP déclarés en 2005 sont : MICROCOM, GLOBAL BROADBAND, I-BURST, STANDARD TELECOM, VODANET (opérant sous licence de Vodacom avec les actifs rachetés à l'ISP INTERCONNECT), RAGA, SIMBA TELECOM, HITEC (Roffe Congo), AFRINET, SATEL-KIN, SAPROCOM, RUTEL CONGO.

Sous d'autres cieux, la LCEN en France contient une définition claire. L'article 6, I, 1 entend par FAI « toute personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ».

¹³⁶ Un PABX ou PBX, abrégé de l'anglicisme *Private Automatic Branch eXchange*, sert principalement à relier les postes téléphoniques d'un établissement (lignes internes) avec le réseau téléphonique public (lignes externes). Il permet en plus la mise en œuvre d'un certain nombre de fonctions, notamment de relier plus de lignes internes qu'il n'y a de lignes externes, de permettre des appels entre postes internes sans passer par le réseau public, de proposer un ensemble de services téléphoniques (conférences, transferts d'appel, renvois, messagerie, appel par nom...). V. www.wikipedia.org/wiki/pabx

¹³⁷ Journal Officiel, de la RDC, 46^e année, 1^{er} septembre 2005.

En droit positif congolais, c'est par interprétation des activités listées à l'article 23 de la Loi-cadre sur les télécoms que l'on peut deviner la reconnaissance des ISP ou FAI par le législateur, à travers les alinéas: « les services à valeur ajoutée, notamment le traitement direct de données, l'enregistrement et la recherche directs de base de données, les échanges électroniques de données, le courrier électronique et la messagerie vocale » et « la fourniture des services qui ne sont soumis ni au régime de concession, ni expressément à celui d'autorisation mais qui utilisent des liaisons de capacité égale ou supérieure à 2,1 mégabits par seconde louées à des concessionnaires ».

Cet état des choses est interpellateur quand on connaît aujourd'hui la prolifération des cybercafés¹³⁸ dans la ville et la multiplication du recours aux connexions Internet. Selon le Ministère congolais de la presse et information « L'Internet a développé une nouvelle forme de commerce électronique avec une facilité d'accès dont la rapidité pose aujourd'hui des difficultés sur le plan juridique »¹³⁹. Ce qui, à juste titre, pose la question du contrôle de ses fournisseurs d'accès. « L'utilisation des nouvelles technologies de l'information, notamment les autoroutes des informations, exige des initiatives au niveau de chaque pays », pense le Ministère de l'information.

- *Rôles et responsabilités*

Le fournisseur d'accès à Internet ou ISP est un prestataire technique offrant à ses clients la possibilité de se connecter au réseau Internet, en contrepartie d'un prix déterminé. Il n'assume aucune des fonctions qui sont celles d'un éditeur dans le domaine de la presse écrite, d'un producteur ou d'un diffuseur dans le domaine de la communication audiovisuelle. Les textes, les images, les informations circulent sur le réseau sans qu'il ait pris l'initiative de les publier ou de les programmer. L'émission des données et leur propagation lui sont étrangères ; en outre, le fournisseur d'accès n'entretient aucun rapport contractuel avec le fournisseur d'information¹⁴⁰.

¹³⁸ Cybercafés ou télécentres

¹³⁹ Ministère de la Presse et Information, Plan directeur de la Presse nationale, Document préparé par le Gouvernement et les Professionnels des Médias de la RDC avec le soutien de l'UNESCO, p.36 in http://portal.unesco.org/ci/en/files/18742/11139257267plan_directeur_fr.pdf/plan_directeur_fr.pdf

¹⁴⁰ Vincent Fauchoux et Pierre Duprez, op.cit., p. 230

Le flou de la loi congolaise des télécoms en la matière pourraient faire ressembler ces opérateurs à des « OTNI », opérateurs techniques non identifiés. Qu'à cela ne tienne, ces Opérateurs sont récipiendaires des actes de concession émanant de l'Etat sous forme d'autorisation et sont censés être contrôlés dans le cadre de leurs obligations par l'ARPTC ou le Ministère des PTT. Mais, il aurait été souhaitable que ces contrats administratifs puisent dans la loi les termes « ISP » et autres qui y paraissent *sui generis*.

Néanmoins, en plus des cahiers de charges accompagnant leurs autorisations d'exploitation en RDC, les FAI ou ISP sont soumis aux obligations générales contenues au Titre V de la loi-cadre sur les télécoms et applicables à tout opérateur des télécoms en RDC, sous peine d'amendes et/ou de servitudes pénales, de ne pas installer des matériels d'écoute ou d'interception de messages, de ne pas violer le secret de correspondance émise par voie des télécommunications soit en l'altérant, soit en le copiant, soit en le détruisant. Il en est de même des servitudes générales et de protection des réseaux de télécommunications, notamment celle de se plier aux impératifs de sécurité ou de manifestation ultime de la vérité dans un dossier judiciaire en procédant à l'interception et à l'enregistrement des messages.

L'obligation principale du fournisseur d'accès consiste à accomplir de manière indépendante une prestation, la connexion à un réseau déterminé, moyennant une rémunération versée par l'utilisateur. En effet, en tant que détenteur d'une concession de services publics, ils sont tenus à l'obligation d'ininteruption de services de télécommunications. Il s'avère cependant que les conditions difficiles dans lesquelles les FAI congolais sont astreints surtout du fait de la météo et des vols de câbles les empêchent souvent de garantir l'ininteruption de service. Et pourtant rester en ligne en matière de commerce électronique est une donnée fondamentale pour la réalisation des activités de certaines entreprises qui sont paralysées chaque fois qu'elles ne peuvent transmettre les données d'une succursale à une autre ou en direction de leurs clients.

Dans un arrêt de la cour de cassation française du 8 novembre 2007¹⁴¹, les juges ont retenu une obligation de résultat concernant l'accès au service promis. En pratique, les contrats passés entre les FAI et les utilisateurs prévoient des exonérations en cas de pannes, de coupures de lignes, de mauvaises configurations du matériel ou des équipements. Une clause de contrat d'abonnement pourrait toutefois être qualifiée d'abusives par un tribunal, dès lors qu'elle procurerait un avantage excessif au fournisseur d'accès, en raison de sa position économique, se trouverait en mesure de l'imposer à sa clientèle. Une telle stipulation serait réputée non écrite par les tribunaux¹⁴².

- *Les fournisseurs d'hébergement des sites*

- *Notion d'hébergement en droit congolais*

Le législateur congolais ne fait nullement allusion au vocable hébergeur de site web. Il existe pourtant dans le pays des hébergeurs professionnels de site notamment :

- DRC WORLD WEB Sprl¹⁴³ qui offre plusieurs gammes de services comme par exemple : la boutique virtuelle ; les noms de domaine *.com / .org / .info / .net / .org / .name / .biz / .co / .uk* pour un forfait annuel de 19\$ US ; le pack Gold comprenant Espace Hébergement de 1000 Mo (1 Go), Bande Passante de 5000 Mo (5 GO), Boites Mails : 500, Auto Réponses: 500, Outils Web Gratuits, Support Client Gratuit ; Tableau de Bord eXtend, Beaucoup Plus Encore ! pour un forfait annuel de 129 \$ USD ;
- GNN (Groupe Nzaza Nowa)¹⁴⁴ qui se présente comme une société de service et d'ingénierie informatique dont la mission est de concevoir et de mettre en œuvre des solutions informatiques adaptées aux besoins de ses clients ; il offre 100, 250 et 1000 Mo d'espace et plus, le nom de domaine est offert avec un nombre illimité de sous-domaine, un trafic illimité, une protection anti-virus, plus antispam des comptes mail avec des serveurs de haute performance , un support

¹⁴¹ Cass.1^{re} civ., 8 nov.2007,n°05-20637 : www.foruminternet.fr

¹⁴² Cass.1^{re} civ., 14 mai 1991 : *D.1991,p.449*

¹⁴³ www.drc-worldweb.com

¹⁴⁴ www.gnn-rdc.com

technique sans frais, une ouverture immédiate de l'hébergement et inscription du site hébergé dans plusieurs moteurs de recherche *Google, Yahoo, msn, voilà, etc.*

Ces acteurs ne sont pas visés *expressis verbis* par la Loi-cadre sur les télécommunications en RDC. Ce qui donne lieu à penser qu'ils évoluent dans le vide juridique. Ce qui pourrait donner lieu à imaginer le manque à gagner pour le trésor public ainsi que les questions de responsabilité.

- *Recours au droit comparé français*

L'hébergeur est l'opérateur qui met à la disposition des fournisseurs de contenu l'espace disque nécessaire au stockage de leurs données. La LCEN définit les hébergeurs comme : « les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou des messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services » (art. 6, I, 2).

Pour ces prestataires, la LCEN a prévu, comme pour le fournisseur d'accès, un régime de responsabilité atténuée. L'article 6, I, 2 de cette loi dispense les hébergeurs de toute obligation de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent. Ils ne sont pas tenus à une obligation générale de recherche des faits ou des circonstances relevant des activités illicites. Les cas de responsabilité sont donc restreints. Toutefois, la LCEN les enjoint de se soumettre aux décisions des autorités judiciaires de mener des activités de surveillance temporaire ciblée et de respecter les dispositions concernant la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale, etc.

Une directive européenne relative au commerce électronique est traduite en France dans la LCEN en ce qu'il consacre l'absence de responsabilité préalable des hébergeurs que pour autant qu'ils n'aient pas une connaissance effective du caractère manifestement illicite des contenus dont ils assurent le stockage. Ainsi dit, l'hébergeur est présumé connaître les faits litigieux si notification lui en a été faite avec certaines conditions de précisions de date et d'identité de la part du notifiant.

Ce n'est que dans ces conditions que le fournisseur de service d'hébergement de site web engagera sa responsabilité civile ou pénale si

et seulement s'il n'a pas agi promptement pour retirer les données stockées à la demande d'un destinataire de ces services ou en rendre l'accès impossible¹⁴⁵.

Bien souvent, les hébergeurs pourront aménager leur responsabilité dans le cadre des contrats avec leurs clients, par des possibles actions récursoires ou des appels en garantie.

- *Les éditeurs en ligne*

Les agences de presse ont également investi le média informatique. Plusieurs acteurs de la presse écrite congolaise utilisent Internet pour la diffusion des informations. Certains livrent des quotidiens ou des hebdomadaires sur support papier traditionnel (par exemple, les journaux *Le soft*, *Le Potentiel*, tandis que d'autres se consacrent exclusivement à la diffusion de leurs éditions sur Internet (comme par exemple : www.mediacongo.net).

Le droit commun et le droit de la presse leur est applicable.

Sur Internet, l'on rencontre des éditeurs professionnels (« les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne ») et les éditeurs amateurs (« les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne »¹⁴⁶).

S'agissant des éditeurs professionnels en ligne français, il leur est communément fait obligation de s'identifier « dans un standard ouvert »¹⁴⁷ en diffusant un certain nombre d'information sur leur identité selon qu'ils sont personnes physiques ou personnes morales ; à savoir : noms ou raison sociale, numéros de téléphone, inscription au Registre de commerce ou au registre des métiers, leur capital social, l'adresse de leur siège social. Et plus impérativement encore, ils doivent faire figurer sur leur site Internet le nom du Directeur ou du codirecteur de publication ou, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction, et en plus le nom, la dénomination ou la raison sociale, l'adresse et le numéro de téléphone de leur hébergeur de site.

¹⁴⁵ LCEN, art. 6, I, 2^o, al.1 et 3^o al. 1

¹⁴⁶ Définition de l'article 6, III de la LCEN

¹⁴⁷ Il s'agit de tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérables et dont les spécifications sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre. V. Christianne Feral-Schuhl, *Cyberdroit : Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 4^e édition, Dalloz, Paris 2006, p.163 ; et Vincent Fauchoux et Pierre Duprez, *Op. cit.*, p. 240.

Quant aux éditeurs non professionnels, ils ont généralement un droit relatif à l'anonymat leur donnant la faculté de mettre à la disposition des utilisateurs, leur nom, dénomination ou raison sociale et adresse de l'hébergeur à condition qu'il ait communiqué à ce dernier les éléments d'identification requis. Il sera alors question de s'adresser à l'hébergeur pour disposer des éléments d'information sur l'éditeur non professionnel.

Pour ce qui intéresse le public de la RDC, un coup d'œil sur les sites des éditeurs en ligne permet de noter ce qui suit :

- quoique *www.digitalcongo.net* fait état des numéros de contact et adresses physiques et e-mails de contact, le clic sur l'onglet « contactez-nous » renvoie à la page d'accueil d'information normale ;
- sur *www.lesoftonline.net*, il est mentionné en anglais « *Le Soft International is Published by Finpress Group Afrimages Kinshasa Bruxelles Paris | © Copyright lesoftonline.net | kkmtry@lesoft.be* »
 - *Les opérateurs de services bancaires mobiles ou recourant aux E-banking*

Il s'agit pour le cas de la RDC des institutions bancaires, les messageries financières, les agences de transfert ou autres opérateurs qui utilisent la voie électronique en vue de la réalisation des paiements au grand public.

A titre d'exemple, la société CELPAY RDC, créée en septembre 2003, est opérationnelle depuis avril 2004. Le système CELPAY a installé des capacités pour servir 1.000.000 comptes bancaires avec environ 20.000 abonnés actifs réels. CELPAY stigmatise ses opérations comme une société effectuant des transactions financières par l'intermédiaire de l'appui électronique en employant le téléphone portable et l'Internet. Celpay offre un compte bancaire électronique, accessible par portable ou par Internet¹⁴⁸.

Les questions relatives au système de paiement électroniques sont complexes et risquent de nous éloigner du sujet sur les acteurs du commerce électronique. Il faut retenir que les services bancaires mobiles et l'e-banking procèdent de la dématérialisation des échanges et par conséquent modifient la nature juridique des transactions qui se font désormais entre personnes absentes.

¹⁴⁸ www.cd.celpay.com/celpayrdc

D'où les défis de sécurité, se déclinant en plusieurs problématiques auxquelles les banques et autres prestataires dans le domaine doivent répondre: Authentification, Intégrité, Confidentialité, Non-répudiation des transactions déjà effectuées, la cybercriminalité (nouvelle forme de délinquance). Les services bancaires mobiles s'inscrivent toujours dans un système (un corps de règles, de procédures, instruments et infrastructures servant à assurer les transferts de fonds entre partie s'acquittant d'une obligation contractuelle).

b. L'Etat comme acteur politique et réglementaire de l'économie numérique

En droit du commerce électronique, il apparaît des acteurs qui exercent la fonction de réglementation et ceux exerçant la fonction de régulation.

L'Etat demeure le seul acteur législatif et réglementaire du secteur de l'économie numérique et ne souffre d'aucune concurrence dans l'exercice de cette fonction.

- *Le Parlement (Sénat et Assemblée Nationale)*

En vertu de l'article 100 de la Constitution du 18 février 2006¹⁴⁹, « Le pouvoir législatif est exercé en RDC par le Parlement composé de deux chambres : l'Assemblée nationale et le Sénat. Sans préjudice des autres dispositions de la présente constitution, le Parlement vote les lois. Il contrôle le Gouvernement, les entreprises publiques ainsi que les établissements et *les services publics* »¹⁵⁰.

Dans l'exercice de sa mission de contrôle des services publics, le Sénat avait produit un Rapport de commission d'enquête qui a beaucoup frappé l'opinion et fait avancer la cause de la réforme du secteur des communications électroniques. Mise en place le 22 novembre 2007 à la suite de la question orale avec débat du secrétaire rapporteur du sénat, Modeste Mutinga, en rapport avec la politique du gouvernement en matière de télécommunications, la commission d'enquête du Sénat mise sur pied à l'effet de recueillir les éléments d'informations les plus complets sur ce secteur avait présenté son rapport ce lundi 2 juin 2008.

¹⁴⁹ Journal officiel de la RDC, 47^e année, n^o spécial, Kinshasa, 18/02/2006, p. 35.

¹⁵⁰ C'est nous qui soulignons.

Ce rapport avait mis à nu la confusion, le désordre, l'incurie et l'anarchie à la base des contre-performances enregistrées dans ce secteur, privant ainsi l'Etat des recettes nécessaires non seulement pour la modernisation dudit secteur en vue de répondre aux besoins sans cesse croissants des populations et du pays, mais aussi pour la reconstruction de ce dernier. L'une des grandes recommandations de la commission demeure que les acteurs du secteur se retrouvent, en vue de permettre à l'Etat, par le biais de son gouvernement, de définir de manière rationnelle une politique pouvant régenter le secteur.

- *Le Ministre des Postes, Téléphones et Télécommunications*

Dans ce domaine des communications électroniques, le Ministre des PTT joue un rôle de premier plan.

Les missions et attributions du Ministre sont définies par les articles 6 et 7 de la loi-cadre sur les télécommunications.

Le Ministre des PTT a entre autres la charge de :

- concevoir et proposer au Gouvernement la politique générale devant guider le développement du secteur ;
- mettre en œuvre la politique dans le domaine des télécommunications nationales et internationales pour les aspects relevant de la loi-cadre sur les télécoms ;
- arrêter les règlements d'administration et de police relatifs aux télécommunications et fixer les taxes y afférentes ;
- définir et actualiser le cadre réglementaire général du secteur ;
- représenter les intérêts du pays auprès des organisations sous-régionales, régionales et internationales et assurer l'application des accords et traités internationaux dans le secteur des télécommunications.

Le Ministre des PTT assure également les missions de sauvegarde des principes fondamentaux d'application pour le secteur: l'indépendance des fonctions de régulation, d'exploitation et de réglementation, la mise en œuvre des conditions de concurrence loyale entre opérateurs ; les conditions de coût et d'efficacité pour l'économie nationale et pour les usagers ; l'interconnexion des réseaux ouverts au public, etc.

- *Les autres Ministres et services de l'Etat*

Aussi bien la loi-cadre sur les télécommunications (article 6, alinéa e) que l'Ordonnance n° 07/018 du 16 mai 2007 fixant les attributions des Ministères (Article 1^{er}, B., 36^o, 5^e tiret)¹⁵¹ retiennent que l'assurance, la surveillance générale et la police du secteur des télécommunications se font en collaboration entre le Ministre des PTT et les Ministères et services de l'Etat ayant en charge la justice, l'intérieur, la défense nationale et la sécurité, conformément aux lois et règlements en vigueur.

Pour ce qui concerne le commerce électronique, l'on fera nécessairement appel à l'intervention de plusieurs ministères techniques qui l'un a dans ses attributions classiques la gestion du département de l'Economie, des PME ou PMI, ou encore celle du Commerce extérieur, etc. et l'autre ayant dans ses attributions le département des télécommunications. Ainsi, peuvent coopérer les services de l'Etat en charge de la police du commerce, du contrôle des prix, du contrôle de publicité, le greffe des tribunaux en charge de la tenue du registre de commerce, etc.

A titre d'exemple le plus marquant de la collaboration interministérielle dans le domaine de la communication électronique, l'on peut citer l'Arrêté interministériel n°25/CAB/MINETAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003 CAB/MIN/PTT/2008 du 08 mars 2008 fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en RDC. Cet arrêté pour des raisons de sécurité et de maintien de l'ordre public a imposé à tout opérateur des télécommunications l'identification de ses abonnés dans un délai de 3 mois sous peine d'amende transactionnelle allant de l'équivalent en francs congolais de 5.000 à 10.000\$ par abonné non ou insuffisamment identifié. (Art. 9 de l'Arrêté)¹⁵².

Il y a lieu de noter également la collaboration qui existe entre le Ministère des PTT et le Ministre des Finances, à travers la signature de l'Arrêté interministériel permettant la fixation des taux de taxes à percevoir dans le secteur des PTT. Cette collaboration s'illustre également à travers la Direction générale des recettes administratives et domaniale (DGRAD) du

¹⁵¹ J.O RDC, 48^e année, Partie 1, no spécial, Kin., 22 mai 2007, pp 20

¹⁵² Sur un tout autre registre, vu sous l'angle du droit administratif, cet arrêté connaît certaines faiblesses exploitables liées à la fixation des peines d'amende sans incrimination légale préalable ; etc (Contrôle de la légalité des actes administratifs) .

Ministère des Finances dans le cadre du recouvrement des taxes à prélever à l'initiative des PTT, tout comme d'autres ministères. Au terme de la loi 04/015 du 16 juillet 2004 portant nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participation ainsi que leurs modalités de perception¹⁵³, le Ministre des PTT agit en service taxateur (services d'assiette) en vue d'accomplir dans la chaîne de recouvrement des recettes les étapes de constatation et de taxation, tandis que la DGARD en tant que service de recouvrement accomplit les actes d'ordonnancement et de recouvrement.

- *Les régulateurs à l'échelle internationale et nationale*

- 1° *Les régulateurs internationaux*¹⁵⁴

- *Les régulateurs techniques généraux*

L'amélioration des performances du cyberspace n'a de cesse d'entraîner une multiplication des associations poursuivant un objectif technique d'harmonisation des programmes et langages informatiques. Parmi eux figurent les associations supranationales poursuivant un objectif technique d'harmonisation. L'on peut citer celles qui retiennent le plus souvent l'attention en raison de leur histoire particulière ou de leur audience internationale¹⁵⁵.

L'ICANN a pour mission principale d'« allouer l'espace des adresses de protocole Internet (IP), d'attribuer les identificateurs de protocole, de gérer le système de nom de domaine de premier niveau pour les codes génériques (*g TLD*) et les codes nationaux (*cc TLD*), et d'assurer les fonctions de gestion du système de serveurs racines ». *L'ICANN* est présenté en Afrique, où *AfriNIC* qui est le cinquième registre régional d'Internet devra jouer un rôle important dans la régulation technique du cyberspace.

L'IETF s'intéresse directement aux caractéristiques qui ont pour objet l'architecture d'Internet. Aussi, les aspects qui concernent les réseaux, les fournisseurs d'accès, des protocoles (IPv6) sont débattus et traités en son sein. *L'IETF* est appuyé par l'*ISOC (Internet Society)* qui vise la coopération internationale dans le domaine d'Internet.

¹⁵³ Journal Officiel de la RDC, 45^e année, n° spécial, Kinshasa, 22 juillet 2004, p.1-28

¹⁵⁴ A. Cissé, op.cit., [Inédit].

¹⁵⁵ L'on peut citer: le W3C (*World Wide Web*), l'*Internet Engineering Task Force (IETF)* ou encore l'*ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)*.

Le W3C est quant à lui associé au développement des programmes et codes devant faciliter l'utilisation des ressources informationnelles du cyberspace. La structure de son organisation et son mode de fonctionnement original lui assurent une envergure technique et normative intéressante.

En vue de prolonger l'activité des régulateurs généraux, d'autres structures à portée plus restreinte interviennent aussi dans la régulation d'Internet.

- *Les régulateurs techniques spécialisés*

Cette catégorie regroupe les organisations professionnelles ou des autorités administratives indépendantes dans les secteurs des communications électroniques qui développent des normes d'utilisation ou de sécurité en rapport avec la problématique générale des TIC. Les régulateurs techniques spécialisés sont à l'origine de normes qui interagissent avec les possibilités définies par l'architecture d'Internet ou des télécommunications en général en vue de doter l'utilisateur des meilleures conditions d'exploitation souhaitables.

La plus ancienne et la plus connue des organismes de régulation technique est sans doute l'UIT (Union Internationale des Télécommunications). Organe à caractère technique, l'UIT s'est distinguée ces dernières décennies par son implication dans la mise en place d'une société mondiale de l'information sous l'égide des Nations Unies. L'UIT s'engage en outre dans les domaines de radiocommunications, de normalisation et de développement des télécommunications en vue de contribuer à l'interconnectivité entre les systèmes nationaux de communications.

A l'instar de l'UIT, l'OMC de même que l'OMPI cherchent à bien négocier l'influence des TIC sur leur domaine d'intervention. Il en est ainsi des stratégies de régulation de l'e-commerce par l'OMC ou la gestion de la propriété intellectuelle par l'OMPI.

Au niveau africain, les démembrements des organisations internationales tentent le pari de l'adaptation des évolutions mondiales au contexte et moyens des Etats, sans toutefois oublier le rôle joué par les organismes communautaires tel que les Associations des régulateurs de télécommunication. En prolongement de ces initiatives internationales,

des régulateurs nationaux entendent relever le défi d'une implication correcte de tous dans le cyberspace. Du nombre de ces associations de régulateurs figurent : *ARTAC* (Assemblée des Régulateurs de Télécommunications de l'Afrique centrale), *ARTO* (Association des Régulateurs des Télécommunications de l'Afrique de l'Ouest) de *TRASA* (Association des Régulateurs des Télécommunications des pays de l'Afrique Australe).

2° *Une vue en Droit comparé sur d'autres organismes techniques à l'échelle d'autres Etats*

Sans prétendre à l'exhaustivité, la typologie des organisations nationales vouées à la régulation du secteur des communications électroniques ainsi que du commerce électronique, il y aurait lieu de noter quelques autorités administratives indépendantes ou encore des organisations professionnelles chargées de veiller sous d'autres cieux au bon fonctionnement des mécanismes induits par la privatisation et la libéralisation du secteur des télécommunications.

En matière de commerce électronique en RDC, il n'existe pas de structure spécialisée ou d'organe spécialisé de contrôle autre que l'ARPTC. L'on devrait s'inspirer du Droit comparé.

- *L'expérience du CSCE*

En France¹⁵⁶, le centre de surveillance du commerce électronique (CSCE) est un intéressant exemple. Afin de mieux protéger le consommateur, il a été créé au sein de la Direction générale de la Concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) une nouvelle cellule dédiée à la surveillance du commerce électronique : le centre de surveillance du commerce électronique. Le CSCE, inauguré le 27 novembre 2000, a pour mission d'orienter et de traiter les demandes d'informations et les réclamations du public transmises par la voie électronique, de traiter les plaintes de consommateurs concernant le commerce électronique dont il sera saisi directement ou par l'intermédiaire d'une direction départementale ; d'exercer une mission générale de contrôle, de veille technico-économique et d'analyse.

¹⁵⁶ Voir à ce sujet Vincent Fouchaux et Pierre Duprez, op. cit., p.322-324, et 320

Composé de plus d'une trentaine de membres qui effectuent des enquêtes en ligne et recensent les sites marchands, le CSCE formule des mises en demeure en cas d'enquête mettant à jour des irrégularités ou bien rédige des procès-verbaux retransmis soit aux directions départementales du siège des entreprises pour enquête plus approfondies, soit au parquet.

- *L'expérience de la CNIL*

Toujours en France, d'une manière plus large, fonctionne la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui constitue un des organismes essentiels en matière de protection des droits de l'homme et des libertés publiques sur Internet en veillant à ce que le traitement de données à caractère personnel soit effectué conformément aux dispositions sur la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978.

- *L'expérience de la Commission des clauses abusives*

La Commission des clauses abusives en France, a pour rôle notamment de déceler les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs sur les contrats de vente des cybermarchands, dont la variante électronique assujettit le consommateur à de nouvelles contraintes¹⁵⁷.

3° *Les régulateurs techniques à l'échelle de la RDC*

- *La Banque Centrale du Congo*

En vertu des principes du Bureau des règlements internationaux (BRI), la Banque centrale joue un rôle important en matière de paiement électronique et en particulier de monétique. Le commerce électronique s'est développé sur un support qui, aujourd'hui, offre la possibilité de circulation de la monnaie électronique et de règlement des transactions qui se déroulent dans le cyberspace ou en dehors de celui-ci. Il n'en demeure pas moins que la Banque centrale assume le rôle de centre d'émission de la monnaie et le rôle de premier ordre dans la mise en œuvre de la politique monétaire.

¹⁵⁷ Vincent Fauchoux et Pierre Duprez, op. cit, p.310 (Les recommandations de cette commission sont reprises dans le point c infra en rapport avec les consommateurs.)

Dans le système de paiement électronique qui fait partie intégrante du commerce électronique, la responsabilité des banques centrales telle que visée par les principes du BRI¹⁵⁸, est de :

- définir clairement ses objectifs pour les services bancaires mobiles et faire connaître publiquement son rôle ainsi que ses grandes orientations en la matière ;
- s'assurer que les systèmes qu'elle exploite se conforment aux principes fondamentaux de sécurité et d'efficacité pour éviter que le service bancaire mobile des usagers de la monétique déclenche des dysfonctionnements ou des ondes de chocs dans le système financier national ;
- surveiller la conformité aux principes fondamentaux des systèmes qu'elle n'exploite pas et avoir les moyens d'effectuer cette surveillance» ;
- coopérer avec les autres banques centrales et avec toute autre autorité nationale ou étrangère concernée (Globalisation financière) ;
- assurer la stabilité financière (stabilisation de la valeur des actifs financiers).

Malheureusement, pour le moment en RDC, les banques commerciales font usage de la monétique¹⁵⁹ alors qu'il n'existe pas de structures d'accompagnement devant fonctionner comme les maillons d'une chaîne dans le système de paiement de la RDC. Il n'existe pas de chambre de compensation automatisée au sein de la banque centrale du Congo. Il n'existe pas non plus de centre des Incidents de paiements.

Il sied aussi de relever ci-dessous les risques systémiques attachés aux e-banking et services bancaires mobiles dans un contexte d'interopérabilité.

- *Le risque de crédit* : risque que l'acteur (Banque) ou une de ses branches, au sein du système intrabancaire ou interbancaire, ne dispose

¹⁵⁸ www.bis.org/pub/arpdf/ar2005f.pdf, Rapport annuel de la Banque des Règlements Internationaux pour l'exercice commencé le 1^{er} avril 2004 et clos le 31 mars 2005, soumis à l'Assemblée générale ordinaire tenue à Bâle le 27 juin 2005.

¹⁵⁹ « Monétique : Ensemble des dispositifs utilisant l'informatique et l'électronique dans les transactions bancaires (cartes de paiement, terminaux de points de vente, etc.) », Dictionnaire Larousse 2004, p. 664

pas de fonds suffisants pour faire face, selon les termes prévus, à ses obligations financières courantes ou ultérieures dans le système interne ou externe de la Banque.

- *Le risque de liquidité* : risque que l'acteur (Banque) ou une de ses branches, au sein du système intrabancaire ou interbancaire ne dispose pas de fonds suffisants pour faire face, selon les termes prévus, à ses obligations financières dans le système, même s'il est possible qu'elle soit en mesure de s'exécuter ultérieurement vis-à-vis des autres branches ou des autres acteurs du système.
- *Le risque opérationnel* : risque que des défaillances techniques ou des erreurs opérationnelles provoquent ou aggravent des risques de crédit ou de liquidité.
- *Le risque juridique* : risque qu'un cadre juridique déficient ou des incertitudes juridiques provoquent ou aggravent des risques de crédit ou de liquidité.
- *Le risque systémique* : risque que l'incapacité d'un participant à faire face à ses obligations ou qu'un dysfonctionnement du système se traduise pour d'autres participants ou institutions financières dans d'autres parties du système financier par l'impossibilité de s'acquitter, en temps voulu, de leurs propres obligations.

La prise en compte de ses acteurs dans la sphère du commerce électronique est importante. Car, leur action est certes neutre parce que facilitant la réalisation des échanges commerciaux par la mise à disposition de la monnaie scripturale et électronique. Cependant, la défaillance du système informatique auquel ils sont tributaires peut entraîner de gros risques pour l'économie. Les cas de fraude et même de bogue informatique sont les plus fréquents à des échelles mineures, mais dramatiques à des échelles plus généralisées¹⁶⁰.

¹⁶⁰ En France, dans le cas de BNP, au moins cinq cent quatre-vingt-six mille opérations ont été imputées deux, voire trois fois, aux comptes des clients de BNP Paribas dans la journée de mercredi à la suite d'un bogue informatique, révélé vendredi 27 février 2009. Selon le quotidien français Le monde.fr dans sa livraison du jour titré, « Bogue informatique chez BNP Paris », "quelques dizaines de milliers de comptes clients ont été débités plusieurs fois d'un même chèque, virement ou prélèvement". "Plusieurs types d'opérations" sont concernées "- images chèques, monétique, prélèvements, virements - pour toutes catégories de clientèles - particuliers et entreprises" http://www.lemonde.fr/economie/article/2009/02/27/bogue-informatique-chez-bnp-paribas_1161021_3234.html

Sur le site Internet officiel de la Banque Centrale du Congo¹⁶¹, avec l'appui du Consultant Ernst & Young et Associés, La BCC se donne deux ans pour la modernisation du système national de paiement. Le lancement de l'étude sur la définition de la vision stratégique, du cadre conceptuel et de la préparation de mise en œuvre du projet sur la modernisation du système national de paiement ont été lancés mardi 16 décembre 2008 par le Gouverneur de la Banque Centrale du Congo (BCC). Cette étude doit aboutir d'ici deux ans, à dégager, avec le concours de toutes les parties prenantes, les grandes orientations pour la mise en œuvre d'un système de paiement et de règlement moderne en RDC.

« Outre les enjeux stratégiques, notamment les enjeux techniques, commerciaux, économiques et politiques que renferment ce projet, cet important chantier trouve aussi sa justification au regard de l'état actuel du système de paiement en RDC et qui se caractérise principalement par plusieurs facteurs », a indiqué le gouverneur de la Banque Centrale du Congo ; avant d'épingler un faible taux de bancarisation : soit 200.000 comptes pour 60 millions d'habitants, soit 0,033 compte par habitant ; une extrêmement faible diversité des instruments de paiement et, par conséquent l'hégémonie de la monnaie fiduciaire dans le règlement des transactions ; un coût élevé des transactions ainsi qu'une lenteur avérée dans le dénouement des transactions qui passent par le circuit bancaire ; un réseau monétaire en développement privatif et cloisonné ; et enfin, l'inexistence d'un cadre juridique basé sur le système de paiement électronique.

Devant une telle situation, il était plus qu'urgent pour la Banque centrale de mettre sur pied un projet d'envergure visant la modernisation du système national de paiement et de règlement en RDC, étant entendu que cette réforme a des implications importantes pour la politique monétaire, l'établissement d'un système financier inclusif et intégré, ainsi que de l'infrastructure nécessaire à la mise en place d'un marché financier et boursier.

¹⁶¹ http://www.bcc.cd/index.php?option=com_content&task=view&id=92&Itemid=1

- *L'Autorité de régulation des postes et des télécommunications (ARPTC)*

Il est institué en RDC un organe indépendant de régulation des postes et des télécommunications dénommé Autorité de régulation des postes et des télécommunications.

Quant aux lois, l'ARPTC est régie par la loi-cadre n° 13/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en RDC ainsi que par la loi n° 14/2002 du 16 octobre 2002 portant sa création.

Concernant sa mission, elle consiste à :

- veiller au respect des lois, règlements et conventions en matière des PTT ;
- instruire les dossiers de demande de concession, délivrer, suspendre ou retirer les autorisations, recevoir les déclarations, établir le cahier des charges correspondant aux autorisations ;
- procéder aux homologations requises par la loi ;
- définir les principes d'interconnexion et de tarification des services publics des PTT ;
- gérer et contrôler le spectre des fréquences ;
- élaborer et gérer le plan national de numérotation.

Pour ce qui est de son statut, l'ARPTC est un organe de régulation autonome qui permet de démarquer suffisamment la fonction de régulation de celle d'exploitation des télécommunications. Le législateur a préféré rattacher l'ARPTC au Président de la République, à l'instar de certains pays, pour renforcer son indépendance vis-à-vis du Ministre des PTT qui exerce aussi la régulation au nom de l'Etat congolais. De plus, le secteur des télécoms étant stratégique sur le plan de la sécurité, il ne faudrait pas qu'il soit sous l'influence de plusieurs personnes.

En effet, s'agissant des intérêts de sa création, l'ARPTC est censée permettre le fonctionnement harmonieux du secteur et par conséquent :

- l'optimisation du recouvrement des recettes fiscales, parafiscales et des redevances du secteur des PTT ;
- la réduction de l'importance des facteurs négatifs liés au contexte non régulé ;

- la résolution rapide des contentieux pouvant affecter le trafic sur les réseaux de communications
- la stabilisation des tarifs de communication et des services par le biais des mécanismes permanents de contrôle.

L'ARPTC est opérationnelle depuis 2002 et a connu à ce jour deux collèges. Elle est composée de sept membres dans le souci affiché par le Législateur d'élargir le cercle de décideurs et de prévenir toute inféodation.

c. Les (cyber)consommateurs

- *Identification*

En matière d'Internet, les consommateurs aussi appelés cyberconsommateurs sont les bénéficiaires des services offerts en ligne. En leur qualité de personne physique ou de personne morale, ils concluent des contrats par voie électronique avec des professionnels (cybercommerçants¹⁶²) ou entre eux pour l'acquisition des biens et des services offerts en ligne.

En matière de téléphonie, le consommateur peut porter le nom d'usager (lorsque l'on met en avant la vision du service public), le nom de client (lorsque l'on met en avant une approche mercantile de l'exploitation des télécoms), le nom d'abonné (lorsque l'on garde à l'esprit la vision d'appartenance à un réseau).

Aujourd'hui, le consommateur est devenu le point focal de l'attention des grandes sociétés de télécoms qui les « collectionnent » par million, mais dans l'esprit de leur assurer la même qualité de service. Le consommateur seul ou en nombre représente une finalité pour les acteurs non étatiques précités. Ils doivent cependant bénéficier de la protection des acteurs étatiques du fait de leur position fragile face aux exploitants rompus aujourd'hui aux synergies de groupe et imposant leurs pratiques commerciales.

¹⁶² Le cybercommerçant est aussi un acteur important du cyberspace. C'est celui qui fait profession d'acte de commerce sur Internet ou plus largement par voie électronique. Il s'agit aussi du terme étendu aux personnes morales et englobant alors les sociétés commerciales par leur forme ou leur objet et qui opère sur Internet. La 2^e partie de l'ouvrage relative aux contrats électroniques traite largement des rapports B to C, c.-à-d. entre commerçants professionnels et consommateurs.

La position du cyberconsommateur dans les contrats du commerce électronique est exprimée en long et en large dans la deuxième partie de l'ouvrage.

Aujourd'hui, dans l'économie numérique, les problématiques qui se posent en ce qui concerne cette catégorie d'acteurs est :

- *celle de leur protection la plus efficace*, notamment : la question de la loi applicable, de l'assainissement des pratiques du commerce électronique, des offres en lignes sur le tabac, l'alcool, les jeux d'argent, de la cybercriminalité, des données à caractère personnel, etc.;
- *celle de leur statut déviant en commerçant* parce qu'il leur arrive aujourd'hui de poser des actes de commerce sur les sites d'échanges de biens ou d'offrir leurs services dans le cadre du télétravail ;
- *celle de leur droit d'expression* auquel contribuent actuellement les *blogs* sur Internet ;
- *celle des clauses abusives* auxquelles ils sont exposés dans le cadre des contrats qu'ils signent avec les opérateurs de télécoms ou les autres acteurs commerciaux dans le secteur des communications électroniques.

La protection des consommateurs des services des télécoms a fait l'objet en 2005 d'une étude intéressante de la part du laboratoire informatique de la faculté de Droit placée sous la coordination du professeur Akele Adau. Les deux points suivants en rapport avec les consommateurs s'inspirent en grande partie au creuset de leurs travaux¹⁶³.

- *Problématiques de la protection des (cyber)consommateurs*

- *Le spamming ou electronic bombing*

Il est vrai qu'Internet soulève un bon nombre de défis face à la protection des consommateurs. Il s'agit notamment du *spamming*, envoi massif et parfois répété des courriers électroniques non sollicités. Pour le consommateur, il s'agit d'une atteinte à sa vie privée notamment du fait

¹⁶³ Augustin NGUMBI AMURI, « 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 de 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.

du harcèlement qui le caractérise et cause de nombreux désagréments tels que des coûts supplémentaires, l'engorgement de sa boîte aux lettres électroniques, des pertes de temps, le gaspillage du réseau, la hausse des tarifs pratiqués.

- *Les cyberconsommateurs face aux cybermarchands*

Les consommateurs ont également besoin de protection lorsqu'ils effectuent des achats en ligne (achats à distance). La détermination de la loi applicable, de la juridiction compétente et le processus de résolution des conflits, les termes de référence des conditions contractuelles, les règles de publicité applicables à Internet, enfin, la protection particulière des enfants mineurs face à leur exposition aux images contraires aux mœurs, en violation des dispositions du code pénal congolais.

- *Les aléas informatiques*

Les questions relatives aux contrats électroniques, à la criminalité informatique (espionnage, sabotage informatique, atteinte à la confidentialité des données). Des risques accidentels (dits bogues informatiques) ainsi que les actes des cybercriminels sont du point de vue de leur densité en mesure de constituer non seulement une menace pour les utilisateurs de l'Internet et leurs outils informatiques, mais aussi pour l'économie nationale et pourquoi pas la sécurité de l'Etat.

- *Equilibre des rapports entre clients et opérateurs*

Au sujet de la téléphonie cellulaire, secteur exploité par le privé, le problème majeur de protection juridique des abonnés consommateurs des services se pose en termes de déséquilibre dans leurs rapports contractuels avec les colosses opérateurs qui tournent au détriment des consommateurs souvent victimes des clauses abusives et d'autres violations des droits au secret de correspondance du fait du personnel de ces opérateurs qui les utilisent à des fins personnelles.

- *Non dissuasion des vols de portables*

En plus de ce phénomène, le vol de cartes SIM est fréquent et pose avec acuité le problème de la protection des informations y contenues (au caractère plus précieux et irremplaçable que le téléphone). Cependant, les opérateurs GSM congolais disposent des moyens techniques permettant de se

servir des numéros IMEI, singularisant chaque téléphone, pour en empêcher le fonctionnement dans leurs réseaux. Le black-listing des numéros IMEI volés ou l'index sur liste noire n'est pas pratiquée ; ce qui ne dissuade pas les voleurs de portables. Bien au contraire, par la possibilité offerte de disposer de SIM blanches, il est en théorie offert au voleur la possibilité d'une nouvelle connexion tandis que la victime du vol se voit obligé d'acquérir un nouveau téléphone et de reprendre son numéro avec une SIM blanche. Ce qui double le nombre d'abonnés au réseau.

- *Expositions des consommateurs aux incidences de la concurrence déloyale : cas des interférences transfrontalières*

Autant aujourd'hui les consommateurs tirent les avantages de la concurrence avec la guerre des tarifs bas auxquels les opérateurs GSM ou encore les FAI se livrent, autant les actes de concurrence déloyale entre opérateurs peuvent les affecter. Il en est des refus d'interconnexion, des brouillages de fréquences ou autres pouvant affecter la qualité de service. Cela est souvent le cas avec les émissions d'ondes transfrontalières, en anglais le *transborder over spilling* qui a souvent fait l'objet des plaintes des Régulateurs du Congo Brazza et de la RCA, (ou vice versa ?) au profit de leurs consommateurs alors que les auteurs de ces émissions bénéficient illégalement d'une extension artificielle de leur marché numérique au-delà des frontières administratives de leur exploitation. La sagesse africaine ne dit-elle pas que quand les éléphants se battent, les herbes en pâtissent ! L'Ordonnance-loi n°41-63 du 24 février 1950 portant prohibition de la concurrence déloyale ne permet pas aux consommateurs d'être demandeurs d'actes de cessation de la concurrence déloyale. Il s'ajoute à cet état de chose le fait de l'opacité de l'information donnée aux usagers sur les conditions tarifaires ou en cas de réclamation auprès du service-client en ligne, bien entraîné aux stéréotypes ainsi qu'aux réponses diplomatiques...

- *Exposition des consommateurs (et riverains) aux rayonnements électromagnétiques*

Les intérêts de déploiement du réseau (roll-out) et de connexion des masses poussent les opérateurs à multiplier chacun le nombre

d'antennes dans les villes. Aucune conclusion scientifique n'a à ce jour attesté la nuisance des émissions radioélectriques, autrement dit rayonnements électromagnétiques, sur la santé des personnes physiques utilisant les portables ou vivant dans le voisinage des antennes de télécoms. Les conseils tendent à la prudence quant à l'exposition des enfants et des femmes enceintes aux portables et autres sources de rayonnement électromagnétique.

L'état d'avancement des études en la matière est suivi avec intérêt par les grands groupes d'opérateurs car une conclusion scientifique sur les effets néfastes des expositions d'êtres humains aux rayonnements électromagnétiques sonnerait le glas du roll-out des opérateurs, voire de toute l'industrie des télécoms, qui alors croulerait sous le poids des procès et des obligations de démantèlement des stations de base de transmission et autres antennes relais en faveur des riverains. Cela aura également une conséquence sur l'industrie de fabrication des équipements des télécoms.

A ce sujet, il ya une jurisprudence insolite et historique, rendue pour la première fois en la matière en France par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre le 18 septembre 2008 et confirmée par la Cour d'appel de Versailles le 4 février 2009 contre Bouygues Telecom l'obligeant au démontage, sous astreinte, d'une antenne relais de téléphone mobile à Tassin-La-demi-Lune, dans la banlieue lyonnaise, ainsi qu'au versement de 7.000 euros de dommages et intérêts¹⁶⁴.

Il s'agit de la première confirmation, en appel, d'une décision ordonnant le démontage d'une antenne relais sur demande de riverains. Saisi par trois couples pour « trouble anormal du voisinage », le tribunal de grande instance de Nanterre avait déjà, le 18 septembre 2008, condamné l'opérateur à démonter l'antenne relais en question au nom du « principe de précaution ». Le TGI avait également ordonné le versement de 3.000 euros aux trois couples, riverains de l'antenne incriminée. Bouygues Télécom avait alors interjeté appel de ce jugement, estimant notamment que le risque pour la santé que présenterait les antennes-relais n'est pas scientifiquement prouvé.

¹⁶⁴ Vu l'importance de cette décision de justice, nous avons recopié intégralement l'article de Associate press du 5 février 2009 : « Bouygues contraint de démonter une antenne-relais » in <http://tempsreel.nouvelobs.com>

Cette jurisprudence soulève une incertitude « sérieuse et raisonnable » sur l'exposition au rayonnement électromagnétique. La cour d'appel a, de son côté, estimé que, à l'heure actuelle, « aucun élément ne permet d'écarter péremptoirement l'impact sur la santé publique de l'exposition de personnes à des ondes ou à des champs électromagnétiques » produits par les antennes. Ainsi, même « si la réalisation du risque reste hypothétique, il ressort de la lecture des contributions et publications scientifiques produites aux débats et des positions législatives divergentes entre les pays, que l'incertitude sur l'innocuité d'une exposition aux ondes émises par les antennes relais demeure et qu'elle peut être qualifiée de sérieuse et raisonnable ». Associations et riverains engagés contre les opérateurs de téléphonie mobile demandent à l'Etat de modifier les normes de puissance d'émission des antennes relais. Plusieurs études scientifiques ont démontré que les normes actuelles ne protègent que partiellement des effets des ondes électromagnétiques, dont les seuils sont pourtant réglementés.

Chez Bouygues Telecom, on disait « regretter » cette décision. « On attend d'analyser en détail l'arrêt de la cour d'appel de Versailles et nos possibilités de recours », précisait l'opérateur, joint par *l'Associated Press*. On affirmait par ailleurs que la décision de la cour d'appel de Versailles n'avait pas été motivée par le principe de précaution, mais « au nom de trouble anormal du voisinage ». « A aucun moment il n'est question du principe de précaution », assurait-on.

Du côté des riverains, c'est la satisfaction. « On a reconnu notre peur comme légitime et on a arrêté de nous considérer avec mépris en se disant « ce sont des anti-progrès » a, de son côté, déclaré à l'AP Florence Lagouge, l'une des plaignantes. « Nous ne sommes pas des écologistes de la première heure, en revanche on pense qu'il y a des choses qui sont néfastes à la santé et les antennes-relais, pour nous, le sont, c'est une certitude. On est ravi pour tous les riverains d'antennes qui se battent comme nous ». En première instance, le 18 septembre 2008, le tribunal de Nanterre avait condamné Bouygues Telecom, à démonter l'antenne sous quatre mois, sous astreinte de 100 euros par jour de retard et à verser 3.000 euros de dommages et intérêts à chacun des trois couples.

Du côté des opérateurs, ce fut la surprise et la perplexité. L'Association française des opérateurs mobiles (AFOM) a exprimé par la

suite « sa surprise et sa perplexité », estimant que la décision de la Cour d'appel de Versailles « ne correspond à la position d'aucune autorité sanitaire nationale, ni à celle de l'Organisation mondiale de la santé ». Indiquant dans un communiqué que cette décision « est en contradiction avec les précédents arrêts de cours d'appel et la jurisprudence du Conseil d'Etat », l'AFOM rappelle par ailleurs que « les antennes-relais sont nécessaires au fonctionnement des téléphones mobiles », et que « les opérateurs ont des obligations vis-à-vis de l'Etat en matière de couverture du territoire et de qualité des services mobiles ».

Cette expérience pourrait nourrir également celle de la RDC où bien souvent des nuisances sonores et inconfortables de déjection des groupes électrogènes des antennes BTS affectent la vie normale des habitants du voisinage.

- *Les clauses abusives dans les contrats sur Internet ou d'e-commerce*

Concernant les contrats d'abonnement à l'Internet, l'on peut s'inspirer de la recommandation n° 03-01 du 31 janvier 2003 de la commission française sur les clauses abusives. Celle-ci a indiqué que près de vingt-huit types de responsabilité contractuelle du FAI, aux possibilités de résiliation unilatérale pour le professionnel et aux modalités d'utilisation des services, font surface.

Concernant les contrats d'e-commerce, la recommandation n°07-02 du 24 décembre 2007 de la même commission portant sur les contrats de vente mobilière conclus par Internet, dénonce également certaines pratiques des cybermarchands, tant lors de la formation du contrat que lors de son exécution. Ainsi, la Commission recommande l'élimination des clauses ayant pour effet de conférer au professionnel de droit de refuser, pour quelque raison que ce soit, au consommateur la possibilité de confirmer l'acceptation de l'offre, de faire croire au consommateur qu'un dispositif d'acceptation par double clic pourrait avoir la valeur d'une signature électronique alors qu'il ne remplit pas les conditions prévues par la législation française à l'article 1316-4, second alinéa du Code civil et au décret n°2001-272 du 30 mars 2001.

Concernant les offres *triple play*, la recommandation n° 07-01 du 31 juillet 2007 relative aux contrats proposant au consommateur les services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision a relevé dix-neuf clauses qu'il conviendrait d'éliminer des contrats et en

particulier les clauses qui excluent la responsabilité du professionnel, limitent les facultés de résiliation pour le consommateur ou imposent des modes de preuve particuliers à la charge du consommateur.

Si ces recommandations en faveur du consommateur sont certes dénuées de force obligatoire, elles constituent une indication précieuse pour les juges, de même que pour les praticiens qui modifient le plus souvent leurs usages contractuels pour se conformer à ces recommandations¹⁶⁵.

Les juges des Tribunaux congolais, en particulier ceux des tribunaux de commerce, devraient davantage être informés de ces questions en vue de pouvoir statuer sur des affaires du genre.

- *Quelques propositions pour l'optimisation des droits des consommateurs dans l'économie numérique en RDC*

– *En direction du législateur*

Le législateur congolais est invité – à l'instar du législateur français auteur de la loi sur l'informatique du 10 janvier 1978 – à édicter les normes soit pour interdire certaines clauses dites abusives, soit pour exiger une meilleure information du consommateur, soit pour accorder la faculté de rétracter son consentement, soit pour le protéger contre une acceptation précipitée. Le législateur devra instituer un organisme de régulation spécialisée comme la CNIL en France, qui travaillerait aux côtés de l'ARPTC dans les domaines de la protection des libertés informatiques des consommateurs. Le législateur devra promouvoir la création des associations des consommateurs en général et des utilisateurs de la téléphonie cellulaire pour la sauvegarde de leurs intérêts individuels et collectifs. Le législateur devra prévoir également un pouvoir consultatif bien affirmé en faveur des associations des consommateurs des TIC dans le cadre des consultations législatives et réglementaires.

– *En direction des opérateurs des télécoms*

Les exploitants devraient être astreints à renseigner plus largement les utilisateurs sur les produits digitalisés et les services numériques. En tant que futurs contractants, les opérateurs des télécoms (FAI, y compris) devraient renforcer la communication des informations

¹⁶⁵ Ces recommandations sont intégralement recopiées de Vincent Fauchoux et Pierre Duprez, op. cit, p. 310

susceptibles d'exercer une influence sur leurs consentements, de sorte que ceux-ci s'engagent en connaissance des causes. Les limites des technologies proposées ou encore les taxes et autres coûts rédhitoires sont souvent occultées derrière les demi-vérités des affiches publicitaires, même si cette pratique n'est pas constitutive de publicité trompeuse.

Mais, au-delà de la protection juridique, il faut aussi envisager une protection extra-juridique incluant la formation, l'information et l'éducation des utilisateurs sur les moyens de technologie et les services de communications offerts par les exploitants.

Il faut noter que les *obligations de licence*¹⁶⁶ des opérateurs des télécoms contiennent un certain nombre de dispositions favorables aux consommateurs, dont il faut davantage assurer la vulgarisation, le renforcement et l'insertion dans des actes juridiques supérieurs.

– *En direction des consommateurs*

Il y a lieu que les consommateurs s'organisent en associations ou en réseaux de consommateurs. Ces plateformes leur permettront le partage d'expérience sur les pratiques ou incidents qui portent griefs à leur droit de consommation des biens et services de l'économie numérique. Ils constitueront ainsi un agrégat plus audible de la part des autorités et des exploitants du secteur des télécoms, dont la puissance financière et technique ajoutée à la quête sacro-sainte de la préservation de leur image de marque rend très difficile la prospérité des actions en réclamations ou simplement des plaintes à leur encontre.

– *En direction du Ministère des PTT et de l'ARPTC*

Les autorités réglementaires et régulateurs du secteur des télécoms ont reçu mission d'assurer la protection des consommateurs par un certain nombre de mesure politique, réglementaire et régulateur. L'ARPTC devrait se pencher sur la collecte des réclamations des cyberconsommateurs et/ou simples abonnés des réseaux téléphoniques en vue de les traiter dans le sens du manquement par un opérateur à ses obligations de licence. Le fait qu'il n'y ait pas de sanction prononcée sur ce registre fait penser à deux hypothèses : soit les opérateurs sont champions du respect des droits de leurs abonnés, soit alors il existe un « chiffre noir » des manquements à ces droits.

¹⁶⁶ Obligation d'assurer un service-client gratuit, par exemple

C'est ici qu'il y a lieu d'interpeller au même titre le Ministre des PTT sur le suivi des obligations des licences d'opérateurs des télécoms en rapport avec les consommateurs. Le conseil serait de prévoir des clauses de garantie de risques d'interférence, de brouillage ou d'indisponibilité de services ou encore quant aux pertes de crédit de communication consommés à la suite d'un *drop call*, entendu comme une interruption de la communication en cours intervenue à la suite d'une défaillance technique de l'opérateur, à la surprise et contre le bon gré de l'abonné en communication. Les statistiques bien précises collectées auprès des exploitants en termes de QoS (quality of service) confirment le réalisme et l'espoir de succès de ce conseil.

En tout état de cause, l'absence totale de réglementation sur l'Internet en RDC, ainsi que l'inadaptation du droit positif congolais aux nouvelles problématiques et réalités des TIC exposent le consommateur congolais. Une Loi sur la confiance dans l'économie numérique s'impose, comme en France, en vue d'une bonne définition des droits du (cyber)consommateur. Cette loi pourrait corriger les lacunes de l'ordonnance-loi n°41/63 du 24 février 1950 sur la publicité en vue de l'adapter à l'évolution technologie que concernant, par exemple, le media informatique Internet, le spamming, la claire identification de la publicité et de son auteur sur Internet, etc.

L'examen de toutes ces problématiques appellerait des grands développements qui demandent un nouveau chantier de réflexion en vue de l'adaptation des sources du droit congolais en matière des TIC. Défi à relever !

C HAPITRE II : DES CYBERNORMES AUX SOURCES DU « DROIT DU COMMERCE ELECTRONIQUE »¹⁶⁷

La prolifération des normes sociales, juridiques et techniques applicables au cyberspace déconcerte aussi bien, les théoriciens que les praticiens du droit. Ainsi, devant cette complexité croissante nécessite une approche pragmatique et raisonnée de détermination de la règle applicable aux diverses situations susceptibles d'intéresser les juristes, les consom-mateurs, les pouvoirs publics quant aux activités des TIC¹⁶⁸.

Il ne faut pas perdre à l'esprit que le commerce électronique est une activité du cyberspace : une étoile dans les constellations que compte l'univers des TIC. L'on ne peut concevoir le commerce électronique en dehors de cet univers informatique et réseautique. En pensant aux sources du droit du commerce électronique, l'on aborde nécessairement les règles en rapport avec son environnement numérique : les TIC. Les *cybernormes* constituent l'ensemble des normes sociales, juridiques et techniques inhérentes aux TIC.

Les TIC sont cet univers multiforme et attrayant dont la forme du concept n'est pas encore bien fixée et comportent une multitude de tournures au point où l'on en vient à omettre certains éléments du vocable en parlant simplement des TIC. Cet univers ou cyberspace, c'est bien celui qui englobe de façon très large, les technologies de l'électronique, de l'informatique et des télécommunications, y compris le développement des multimédias et des réseaux Internet. Ce monde du visible et de l'immatériel comprend des équipements, logiciels et autres services de collecte, de traitement et de transmission de l'information¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Nous n'avons pas rencontré dans le cadre des recherches effectuées sur des centaines de documents et manuels, le terme « Droit du commerce électronique », ni des développements spécifiques sur les sources de cet étrange Droit du commerce électronique. Cela appelle une construction de l'esprit, originale, dont la portée est rendue dans l'introduction du présent chapitre. Sauf que Eric A. Capioli, avocat au Barreau de Nice, qui a fait une publication en septembre 1999 sur le Droit du commerce électronique (International). L'aperçu de sa publication fait largement état des sources sur les propriétés intellectuelles et l'écrit, la preuve et la signature sous forme électronique, alors que notre approche va bien au-delà. (Première publication in souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle mélange en l'honneur de Philippe Kalin, Université de Bourgogne, CNRS, Litec, 2000, Vol. 20, p. 247.

¹⁶⁸ Abdoullah CISSE, *Sources de droit du cyberspace*, Cours de Master en Droit du cyberspace, UGB, Saint-Louis/Sénégal, 2005-2006, p.1

¹⁶⁹ Ces idées sont retenues de l'exposé de Alain SHEKOBBA, Ingénieur en télécoms et Assistant au département de physique de l'UNIKIN, « évolution des technologies de l'information et de la

Le *droit commercial* se limite au commerçant personne physique ou société commerciale aux formes limitatives ainsi qu'aux actes exhaustivement décrits par la loi qui permettent aux richesses de passer des producteurs aux consommateurs. Qui plus est, le *droit commercial international* concerne les rapports économiques, politiques et intellectuels entre les Etats ou leurs ressortissants. Le « *droit du commerce électronique* » intègre à la fois ces deux droits du fait de l'*outil médiatique dont les propriétés sont transfrontières et du fait de l'économie numérique qui permet de poser des actes de commerce sur un substrat immatériel*. Bien plus encore, le droit du commerce électronique semble voguer vers l'infini du fait des propriétés innovantes et convergentes des *réseaux télématiques*.

Les sources du « droit du commerce électronique » épousent donc à la fois celles du droit commercial tout court (qui est limitatif) et celles du droit commercial international (du fait de l'extranéité). Seulement, le droit du commerce traditionnel ne connaît pas la pléiade des moyens des télécoms, ni les intermédiaires techniques sans quoi et sans qui le commerce électronique n'existerait même pas. De même, le commerce électronique utilise nécessairement le réseau des télécoms (Internet) qui a un caractère transfrontière et qui rend par conséquent le droit commercial international synonyme du « droit du commerce électronique », à l'exception près que ce dernier vogue vers l'infini des TIC qui fonde l'existence de l'économie numérique.

Les sources du Droit du commerce électronique sont donc aussi limitées que celles du droit commercial (international) et aussi étendues que celles du Droit des télécommunications et de l'Internet. (Le droit de l'audiovisuel, en tant que partie intégrante du Droit des TIC, n'est pas intéressé ici.) D'où les sources à étudier s'étendent des cybernormes au régime juridique du commerce électronique.

Les sources du Droit¹⁷⁰ du commerce électronique recensées dans le présent ouvrage ont trait au moule officiel qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de

communication » au cours de la Conférence scientifique organisée à l'UPC le vendredi 29 avril 2005, sous le thème : « le droit congolais à l'épreuve des NTIC ».

¹⁷⁰ V. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, QUADRIGE/PUF, 7^{ème} édition, 2006, pp.864.

droit en matière d'économie numérique. Elles concernent également les documents dans lesquels sont consignés les sources formelles, dites plus précisément sources documentaires ou instrumentaires.

L'accent mis sur ces deux catégories de sources à l'exclusion des sources matérielles permet de mieux mettre en exergue aussi bien les formes sous l'action desquelles la règle du commerce juridique naît que les organes qui les produisent et qui les consignent dans des instruments juridiques.

Certes, la symbiose entre le commerce et l'électronique impose que chaque Etat conserve le droit souverain de fixer ses propres normes au regard de ses valeurs positives. Cependant, la nécessité d'éviter des collisions entre plusieurs législations nationales amène à l'élaboration des Conventions (bilatérales ou multilatérales) censées opérer l'harmonie juridique nécessaire en vue de faciliter les échanges commerciaux sur les réseaux télématiques.

Enfin, en ce qui concerne les matières de l'e-commerce, les normes applicables tendent à s'exercer dans les aspects économique, financier et judiciaire du e-commerce : l'échange des biens et services, le mode de règlement financier y afférent et la protection des valeurs du cybermarché.

Par conséquent, le présent chapitre répond à de nombreuses questions dont la portée est de savoir quel est le corps des règles à appliquer aux opérations commerciales en ligne. S'agira-t-il des règles qui ont leur source dans le droit interne ou dans le droit international ? Par nature, les normes du commerce électronique sont-elles du droit véritablement international ou plutôt du droit national visant des opérations pouvant être locales ou internationales ? Ou encore, le Droit du commerce électronique concerne-t-il des opérations qui sont par nature emprises d'extranéité eu égard à l'immatérialité du support multiforme¹⁷¹ qui en permet la réalisation? Comment les sources cernent-elles les nombreux corollaires liés au commerce électronique : signature et preuve électroniques, droit d'auteur, cybercriminalité ... ?

¹⁷¹ V. à ce sujet, Christiane FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, pp.160 et s. [L'Internet, un support de prospection multiforme (...) un moyen de prospection compétitif (...) direct]

Face à ce chapelet de questions, il nous paraît utile de présenter d'abord, d'une manière générale, les critères de classification des normes recensées de même que la liste des sources nationales et internationales applicables à l'économie numérique. Ensuite, un inventaire critique des textes législatifs du secteur des télécommunications (Internet inclus), en tant qu'infrastructure et media indispensables des transactions électroniques, sera rendu disponible.

Le présent chapitre sur les sources du droit du commerce électronique situe, dans un inventaire des règles pertinentes applicables, le panorama des normes d'origine conventionnelle, législative et réglementaire du cyberspace (TIC), du commerce international et du commerce tout court. La structuration du chapitre obéit à la hiérarchie normative traditionnelle en s'ouvrant toutefois, aux courants nouveaux de création normative spécifique au cyberspace, y compris les activités économiques qui s'y déroulent.

Section 1. Présentation générale des sources du droit congolais de e-commerce

1. Classification des cybernormes applicables au commerce électronique

De nombreuses sources européennes et américaines sont demeurées très largement disponibles dans le champ de nos investigations sur les normes juridiques applicables dans l'économie numérique. Toutefois, il s'agit ici de se focaliser sur l'étude du Droit congolais. La recherche des réponses aux questions en introduction de cette section a voulu mettre l'accent sur les normes nationales applicables avec, en appui, des énumérations de textes internationaux émanant des Organisations dont la RDC est partie.

Ensuite, il nous a paru préférable de retenir en vue des présentations desdites normes l'approche de la « hiérarchie des actes juridiques ». L'orthodoxie juridique dans la famille du droit romano-germanique recommande la classification en sources principales et en sources secondaires du Droit.

En effet, en Droit positif congolais : « Quand une matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les

contestations qui sont de la compétence des tribunaux (...) seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité »¹⁷².

En outre, au sens de l'article 215 de la Constitution congolaise du 18 février 2006. « Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord, de son application par l'autre partie. » La formulation de cet article a ouvert en Droit public congolais un débat sur la primauté des conventions internationales par rapport à la Constitution. Quoique ce débat soit intéressant en Droit, notre classification des normes est fonction du Droit international et du Droit interne.

Toutefois, attention est faite dans la présente énumération des sources internationales pour distinguer les Conventions (impliquant la signature des plénipotentiaires étatiques) d'avec des recommandations des Instances internationales, et d'avec les travaux d'experts servant de documents de référence sous la houlette des instances internationales spécialisées. Les conventions sont supérieures aux lois nationales, tandis que les autres documents à caractère juridique émanant des organes internationaux n'ont pas forcément la même hiérarchie supra législative¹⁷³.

En effet, l'approche d'une présentation des sources du droit du commerce électronique dans le respect de la hiérarchie classique des normes nous a, en effet, paru plus globalisante et plus transparente. Cette approche tient compte du caractère souvent transversal de certaines normes qui se retrouveraient forcément à cheval entre des lignes de division liées aux critères de portée géographique, du contenu matériel ou de spécificité des normes. En tout état de cause, la frontière efficiente de

¹⁷² Article 1^{er} de l'Ordonnance de l'Administrateur Général du Congo 14 mai 1886 sur les principes à suivre dans les décisions judiciaires en vigueur encore à ce jour, in *les codes Larcier de la RDC : Droit judiciaire*, Tome I, Ed. Larcier, Bruxelles, 2003, pg.261

¹⁷³ La présentation aurait pu être faite en fonction d'autres critères comme par exemple:

- le critère de spécificité des normes qui aurait procédé des sources classiques du commerce par opposition aux sources nouvelles propres au E-commerce ;
- le critère de la portée géographique des normes qui aurait procédé des sources nationales ou étatiques par opposition aux sources internationales ou supra étatiques (régionales, internationales et mondiales ou universelles) ;
- le critère du contenu matériel des normes qui aurait procédé des sources liées aux aspects du commerce électronique (Objet, produits et services, contractualisation, preuve, signature, cryptologie, etc.).

sérialisation des normes applicables à l'activité sur le *web* encore valable demeure, à notre point de vue, celle de l'ordonnement juridique des normes en fonction des entités qui les produisent.

La présentation des cybernormes dans la structure de cet ouvrage (sources principales et secondaires), fournit des indications sur les documents ainsi que les organes ou entités, qui en constituent le creuset.

a. Les sources principales du « droit du commerce électronique »

- *Les sources du Droit international*

- *La lex electronica : une coutume internationale ?*

La *lex electronica* est un droit encore en construction et en évolution constante (comme d'ailleurs les NTIC et tout ce qui touche à elles) ; il a un aspect ambivalent au sens où il peut tout aussi bien se classer dans la catégorie des sources nouvelles du droit du cyberspace. Par ailleurs, sa définition pose aussi problème¹⁷⁴. Toutefois, celle de Vincent GAUTRAIS en matière commerciale nous paraît assez pertinente¹⁷⁵.

La *lex electronica* devient alors une suite de « normes informelles, non issues de l'appareil étatique, provenant d'organisations ou de communautés reconnues et ayant une portée juridique significative dans le commerce électronique »¹⁷⁶.

La *lex electronica* commerciale peut s'appuyer sur des instruments comme la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises¹⁷⁷ ou *lex mercatoria*. L'article 9 de la Convention dit : « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2) Sauf

¹⁷⁴ Il faut préciser que la *lex electronica*, n'est pas comme la *lex mercatoria*, facile à définir. La doctrine avance autant de définition que d'auteur (« *Lex informatica* », « *Jus communicationis* », « *Lex numerica* », « *Lex corporative* », etc.). Cf. Vincent GAUTRAIS, DRT 6903, Droit du commerce électronique, Sources juridiques du commerce électronique, Cours 2, Mercredi 07 septembre 2005, Université de Montréal

¹⁷⁵ Toutefois, nous pensons aussi comme le Professeur Pierre TRUDEL (in *La Lex Electronica*, <http://hdl.handle.net/1866/55>) et Marc-Antoine MAURY (D.E.S.S. de droit, informatique et technologies nouvelles, Faculté Jean Monnet, Université Paris-Sud, 1997-98, <http://perso.wanadoo.fr/mam/these4.htm>) que la *lex electronica* ne peut se réduire au chapitre de l'e – commerce uniquement. Il serait plus juste de parler de *lex electronica commercial* ou *lex mercatoria électronique*.

¹⁷⁶ Cf. Vincent GAUTRAIS, loc. cit.

¹⁷⁷ Cette convention est accessible sur <http://www.lexinter.net/Conventions%20Internationales/-CONVENTION%20DE%20VIENNE%20SUR%20LES%20CONTRATS%20DE%20VENTE%20INTERNATIONALE%20DE%20MARCHANDISES.htm>

convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée ».

Ces instruments ont été complétés par des codes de conduite ou chartes en provenance de :

- la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en matière de communication commerciale interactive ;
- la "Task Force for Responsibility and Freedom on the Internet" de l'Eglise de Scientologie (USA), 1995 ;
- la Commission BEAUSSANT pour ce qui concerne la protection des consommateurs et le règlement des conflits, 1997 ;
- la Commission Michel VIVANT (Le Manifeste) ;
- de l'Internet Service Providers Association (ISPA), 21 mai 1996 (Code of Practice) ;
- du Computer Ethics Institute (CEI) - La netiquette ou les 10 commandements du savoir-vivre informatique.

Des sentences arbitrales constituent aussi une source de la *lex electronica*. Elles peuvent provenir de :

- la Virtual Magistrate Project de la Cyberspace Law Institute; l'American Arbitration Association ; le Villa Nova Center for Law and Information Policy et le National Center for Automated Information Research ;
- le Cybertribunal canadien du Centre de Recherche en Droit Public (CNDP).

Droit casuistique par excellence, la *lex electronica* a toutefois également et parallèlement vu le jour dans le cadre d'un vaste mouvement d'harmonisation communautaire, grâce à d'importantes directives désormais intégrées au droit français¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Vincent Fauchoux et Pierre Deprez, op. cit, p. 351.

- Normes produites par les institutions internationales à vocation universelle¹⁷⁹

01. Nations Unies – Commission pour le droit commercial international (CNUDCI)

- Conventions des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980¹⁸⁰.
- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958¹⁸¹.

02. Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) :

- Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Déclarations communes concernant le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (adopté à Genève le 20 décembre 1996)¹⁸².
- Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes et Déclarations communes concernant le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (adopté à Genève le 20 décembre 1996)¹⁸³
- Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979¹⁸⁴.
- Règlement d'arbitrage – Propriété intellectuelle¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Nous rappelons comme dit précédemment qu'il y a une différence dans la hiérarchie entre les Conventions internationales et les autres documents à caractère juridique produit par les instances internationales.

¹⁸⁰ <http://www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-f.htm>, document de 36 pages

¹⁸¹ <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-conv-f.htm>

¹⁸² <http://www.jus.uio.no/lm/wipo.copyright.treaty.1996/index.html>

¹⁸³ <http://www.jus.uio.no/lm/wipo.performances.and.phonograms.treaty.1996/index.html>

¹⁸⁴ <http://www.jurisint.org/pub/01/fr/147.htm>

¹⁸⁵ <http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/index-fr.html>

03. *Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE)*

- Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel¹⁸⁶
- Recommandation du conseil relative aux lignes directrices régissant la politique de cryptographie du 27 Mars 1997¹⁸⁷
- Recommandation du conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique¹⁸⁸.

04. *Bureau de développement des télécommunications (BDT) de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT)*

- Electronic Commerce for Developing Countries (ECDC), Survey on the e-transactions, digital signatures, CAs, and RAs, legal environment, 2pp
- Mémorandum d'accord sur la cyber confiance mondiale¹⁸⁹
- Electronic Commerce for Developing Countries (ECDC), Africa Region Legal Framework on e-commerce¹⁹⁰
- Electronic Commerce for Developing Countries (ECDC), Developing and least developed countries legal framework on e-commerce, digital signatures, e-certification, e-transactions, CAs and RAs EC-DC project participant countries, Monday, 26th February 2001¹⁹¹.

05. *Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT):*

- Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international¹⁹².

06. *United Nations Institute for Training and RESEARCH (UNITAR) :*

- Méthodes alternatives de règlement des différends¹⁹³, pp.30.

¹⁸⁶ <http://www1.oecd.org/scripts/publications/bookshop/redirect.asp?pub=932002011P1>, document d'1 page

¹⁸⁷ <http://www.oecd.org/pdf/M00026000/M00026858.pdf>, document de 3 pages

¹⁸⁸ <http://www.jus.uio.no/lm/oecd.consumer.protection.in.electronic.commerce.guideline.recommendation.1999/toc.html> document de 11 pages

¹⁸⁹ <http://www.itu.int/ITU-D/strategy/MOU/MoU-French.pdf>

¹⁹⁰ <http://www.itu.int/ITU-D/strategy/events-global.html>, document de 2 pages

¹⁹¹ <http://www.itu.int/ITU-D/strategy/ecdc/activities/legalframeworks/legalrequirements-26feb01.pdf>

¹⁹² <http://www.unidroit.org/french/principles/princ.htm>, document de 28 pages

¹⁹³ http://www.unitar.org/dfm/Resource_Center/Document_Series/Document14/DocSeries14fr.pdf

07. *Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International (CNUDCI)*

- Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI. Résolution 31/98 de l'Assemblée Générale¹⁹⁴.
- Règlement de Conciliation de la CNUDCI, Résolution 35/52 de l'Assemblée Générale.¹⁹⁵
- Aspects juridiques du commerce électronique - Contrats électroniques, Groupe de travail IV (Commerce électronique), Trente-neuvième session, New York, 11-15 mars 2002, avant-projet de convention, Nations Unies A/CN.9/WG.IV/WP.95, Assemblée générale Distr.: Limitée, 20 septembre 2001, Français, Original: Anglais.¹⁹⁶
- Les obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international, Groupe de travail sur le commerce électronique, Trente-neuvième session, New York, 11-15 mars 2002, Aspects juridiques du commerce électronique, Assemblée générale Distr.: Limitée, 14 février 2002, Français, Original: Anglais¹⁹⁷.
- Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international¹⁹⁸.
- Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996, (avec article 5bis tel qu'ajouté en 1998)¹⁹⁹.
- Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (Extrait du rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001. Le texte de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques a été adopté le 5 juillet 2001 [Note: la version finale du guide pour l'incorporation de la loi type dans le droit interne sera publiée dans le courant du second semestre 2001])²⁰⁰.

¹⁹⁴ <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/arb-rules-f.htm>

¹⁹⁵ <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/conc-rules-f.htm>, document de 8 pages

¹⁹⁶ http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg_ec/wp-95f.pdf, document de 24 pages

¹⁹⁷ Document de 32 pages

¹⁹⁸ <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/ml-arb-f.htm>, document de 26 pages

¹⁹⁹ <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/mlecomm.Htm>, document de 53 pages

²⁰⁰ <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>, document de 6 pages

- Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-neuvième session, Trente-cinquième session, New York, 17-28 juin 2002, (New York, 11-15 mars 2002), Assemblée générale Distr.: Générale, 21 mars 2002, Français, Original : Anglais²⁰¹.
- *Normes produites par les institutions internationales à vocation régionale*²⁰²
- 01. *OHADA : Un rôle pour les structures et organismes sous-régionaux*²⁰³

L'environnement législatif et réglementaire africain ne peut se définir sans une prise en compte du contexte international et régional. Ainsi, les dispositions légales ou réglementaires prises dans des instances telles que l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), l'ICANN ou l'UIT doivent servir de toile de fond. Un rôle important doit cependant être dévolu aux institutions sous-régionales telles que l'OHADA, la CEDEAO, la COMESA, la SADC et la CEMAC.

Ainsi, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, de par ses dispositions actuelles, peut aider à la promotion du cadre réglementaire des NTIC sur le continent. L'OHADA vise la levée des insécurités juridiques et judiciaires et promet l'élaboration et l'adoption par ses États parties de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies. L'OHADA se préoccupe également de la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées pour les arbitrages, ainsi que la formation et la spécialisation des magistrats et auxiliaires de justice.

L'adhésion est ouverte l'OHADA à tout État membre de l'Union Africaine. Dans le contexte d'un droit des affaires harmonisé qui s'applique aux NTIC, l'OHADA est particulièrement confronté à deux défis : celui de l'harmonisation des pratiques d'un domaine nouveau

²⁰¹ <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>, document de 24 pages

²⁰² Nous rappelons comme dit précédemment qu'il y a une différence dans la hiérarchie entre les Conventions internationales et les autres documents à caractère juridique produit par les instances internationales.

²⁰³ <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt2-doctrine.html>

d'une part, et celui de la formation des juristes africains, d'autre part. Dans cette perspective, l'institution a mis en place un site web (www.ohada.com) pour la vulgarisation des textes et jurisprudences OHADA national et régional, ainsi qu'un forum de discussions. La mise en œuvre d'un comité de travail spécifique sur les NTIC est également prévue.

02. COMESA

La COMESA aussi a adopté un modèle de loi et un acte en mars 2003 grâce à un financement de l'Union Européenne pour aider les États membres dans la mise sur pied des textes en matière de commerce électronique. La Communauté des États de l'Afrique Australes n'est pas en reste. Elle a adopté une déclaration en août 2002 en vue d'une création d'un environnement juridique pour le commerce électronique en Afrique australe.

- *Les sources principales du Droit interne et le « droit du commerce électronique » congolais*
- *La Constitution de la RDC du 18 février 2008*

De nombreuses dispositions de la Constitution intéressent le commerce traditionnel ainsi que le commerce électronique.

En matière de libertés publiques spécifiques, l'on pourrait ici retenir le contenu du Titre I, Chapitre 2 : Des droits économiques, sociaux et culturels. Ce chapitre englobe les articles 34 à 49 de la Constitution. L'Etat garantit le droit à l'initiative privée tant aux nationaux qu'aux étrangers. Il encourage l'exercice du petit commerce, de l'art et de l'artisanat par les congolais et veille à la protection et à la promotion de l'expertise et des compétences nationales.

Du point de vue du « droit du commerce », l'article 122, alinéa 8 de la Constitution du 18 février 2006 cite « le commerce, le régime de la propriété des droits et des obligations civiles et commerciales » dans les matières relevant du domaine de la loi. Ces matières concernent aussi le commerce électronique. Le législateur pourrait se fonder facilement sur cette disposition constitutionnelle pour légiférer sur le commerce électronique.

Le même article en ses alinéas 9 et 16 inscrit dans le domaine de la loi la matière de l'« organisation des médias » et « la protection des groupes vulnérables ». Ce qui pourrait donner lieu à interprétation sur le

fait d'étendre le bénéfice de la loi future à l'Internet qui est aussi un media et aux consommateurs qui sont aussi des « groupes vulnérables ». Le législateur pourrait user de ces dispositions en vue de légiférer sur ces matières. En effet, l'on aura présent à l'esprit l'état de la faible inorganisation des TIC et la reconnaissance d'une meilleure protection des droits des consommateurs des TIC qui sont un groupe très exposé face à la puissance des opérateurs et aux problématiques déjà vues *supra*.

La même constitution en son article 202 points 20 et 27 attribue compétence au pouvoir central (à l'exclusion des provinces) les matières ci-après : « les postes et les télécommunications, y compris les téléphones et télégraphes, la radiodiffusion, la télévision et les satellites » et « la protection des abus des puissances économiques ».

- *Les lois et règlements*

En rapport avec l'acception « droit du commerce électronique » telle que développée en introduction de ce chapitre, les lois de l'économie numérique²⁰⁴ englobent la législation commerciale congolaise (que nous citons ici) ainsi que les coutumes et conventions du droit commercial international déjà citées. En plus de ces lois du commerce traditionnel et des sources internationales ayant valeur supra législative qui font partie intégrante du « droit du commerce électronique », il faut noter les lois et règlements spécifiques aux TIC c.-à-d. aux télécommunications, à l'Internet.

- *Quelques textes classiques de la législation économique se rapportant au commerce électronique*

L'on peut citer en matière :

- ✓ *Des contrats ou des obligations conventionnelles*, le Décret du 30 juillet 1888 du Gouverneur général de l'Etat Indépendant du Congo ;
- ✓ *De la propriété littéraire et artistique*, l'Ordonnance-loi 86-033 portant des droits d'auteurs et des droits voisins ;
- ✓ *De la propriété industrielle*, la Loi 82-001 régissant la propriété industrielle ;
- ✓ *De compétence judiciaire*, l'ordonnance-loi 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires ;

²⁰⁴ Economie numérique correspond ici à commerce électronique.

- ✓ *De procédure civile*, le Décret du 07 mars 1960 portant du Code de procédure civile ;
- ✓ *De procédure pénale*, le Décret du 6 août 1959 portant Code de procédure pénale ;
- ✓ *Des tribunaux de commerce*, loi 02/2001 du 3 juillet 2001 instituant les tribunaux de commerce en RDC ;
- ✓ *De droit pénal de fond*, le Décret du Gouverneur général du Congo Belge du 30 janvier 1940 portant code pénal ;
- ✓ *De jeux et loteries*, l'Arrêté du Gouverneur général du Congo Belge du 19 janvier 1901 sur les jeux de hasard ;
- ✓ *De jeux et loteries encore*, le Décret du 17 août 1927 du Gouverneur général du Congo Belge sur les loteries ;
- ✓ *De pronostics*, l'Ordonnance-loi 11-141 portant interdiction des concours pronostics sportifs et autres ;
- ✓ *Des commerçants*, le Décret du 02 août 1913 portant sur des commerçants et de la preuve des engagements commerciaux ;
- ✓ *Des conventions matrimoniales des commerçants*, le Décret du 24 avril 1922 portant sur la matière ;
- ✓ *Des chèques en tant qu'effets de commerce*, le Décret du 10 décembre 1951 sur le cheque portant introduction dans la loi congolaise de la loi uniforme ;
- ✓ *Des chèques non provisionnés*, l'Ordonnance-loi 68-195 sur les chèques non provisionnés et autres effets tirés sans droit ;
- ✓ *D'autres effets de commerce*, le Décret du 28 juillet 1934 portant lettre de change, billet à ordre et protêt ;
- ✓ *De fond de commerce*, l'Arrêté royal du 16 janvier 1960 portant gage de fonds de commerce ;
- ✓ *De l'identification nationale*, l'Ordonnance 73-236 portant création d'un numéro d'identification national ainsi que l'Arrêté interdépartemental CAB/ENI/048/73 du 20 décembre 1973 relatif au numéro d'identification national et l'Arrêté du ministre de l'Economie 023/CAB/MINEC/98 portant reconfirmation ou octroi du numéro d'identification national ;
- ✓ *Des Livres de commerce*, le Décret du 31 juillet 1912 portant livres de commerce ;

- ✓ *Des lois particulières sur le commerce*, la loi particulière 73-009 sur le commerce du 5 janvier 1973 ;
- ✓ *De la police du commerce*, Ordonnance 83-178 du 28 septembre 1983 portant création de la commission de la police du commerce ainsi que l'Arrêté interdépartemental DENI/CAB/06/005/87 portant mesures d'exécution de ladite Ordonnance ;
- ✓ *Des assurances*, notamment l'Ordonnance-loi 240 portant octroi du monopole des assurances à la société nationale d'assurance « SONAS » ;
- ✓ *Des généralités sur les sociétés commerciales*, le Décret du Roi-souverain du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales ;
- ✓ *Des concordat et faillite*, le Décret du 12 décembre 1925 sur le concordat préventif de la faillite ;
- ✓ *De la concurrence*, l'Ordonnance-loi 41-63 du 24 février 1950 sur la concurrence déloyale et sa répression, ainsi que l'Arrêté départemental DENI/CAB/06/013/87 portant création et fonctionnement de la Commission de la concurrence ;
- ✓ *Des investissements*, la Loi 004-2002 du 21 février 2002 portant Code des investissements ;
- ✓ *De la monnaie et politique monétaire*, le Décret-loi 004 du 31 janvier 2001 relatif au régime des opérations en monnaie nationale et étrangères en République Démocratique du Congo ;
- ✓ *Des consommateurs*, l'Ordonnance 97/A.E du 6 septembre 1937 portant pratique d'achalandages, ainsi que l'Arrêté départemental 04/DIP/004/90 portant dispositions réglementaires générales en matière de publicité au Zaïre et l'Arrêté départemental 04/DIP/005/90 fixant les critères d'appréciation de la publicité sur le tabac et sur les boissons alcoolisées en République du Zaïre ;
- ✓ *De commerce extérieur*, l'Arrêté départemental 140/0003 du 9 janvier 1987 fixant les conditions d'octroi du numéro import-export ;
- ✓ *De la fiscalité*, notamment l'Ordonnance-Loi 69-058 du 5 décembre 1969 relative à l'impôt sur le chiffre d'affaires ;

- ✓ *Des Taxes et redevances diverses*, la Loi 04/015 du 16 juillet 2004 portant nomenclatures des actes générateurs des recettes administratives, domaniales, judiciaires et de participation ainsi que leurs modalités de participation²⁰⁵;
- ✓ Des taxes toujours, la Loi 05/005 du 31 mars 2005 modifiant et complétant la Loi 04/015 du 16 juillet 2004 portant nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, domaniales, judiciaires et de participation ainsi que leurs modalités de participation²⁰⁶ ;
- ✓ *Etc.*
- *Les lois et actes réglementaires spécifiques au « droit du commerce électronique » (télécoms) en RDC*

Hormis, les lois et règlements sur les télécommunications dont il est fourni un inventaire voulu exhaustif ici, il n'a été recensé aucune loi spéciale ni acte réglementaire sur l'économie numérique en RDC.

Il y a lieu de noter, par ailleurs, qu'il existe de nombreux autres actes juridiques en matière des télécommunications, tels que les « actes individuels » portant nomination du Ministre de PTT, des membres du comité de gestion de l'opérateur historique (OCPT)²⁰⁷ ou des Membres du Collège de l'ARPTC qui ne sont pas inventoriés ici. Même en ce qui concerne l'ARPCT, il y a eu des décisions, ayant valeur d'acte administratif, rendues en matière de règlement de conflits entre exploitants des réseaux ouverts au public, mais qui ne sont pas citées ici. Le but ici est de dégager les sources formelles du Droit des télécommunications ayant un caractère normatif ou ayant une incidence fiscale particulière sur l'exploitation des télécommunications et de l'Internet en RDC.

²⁰⁵ Attention spéciale à porter sur les points de la loi concernant le Ministère des PTT

²⁰⁶ Attention spéciale à porter sur ce qui concerne la taxe de régulation

²⁰⁷ A noter pour la petite histoire que l'OCPT, Office congolais des Postes et des Télécommunications, entreprise publique, « est l'entreprise congolaise qui a enregistré le plus grand nombre de PDG depuis sa création en 1968. Plus de soixante en dix ans, soit une moyenne d'un PDG tous les six mois. Quel plan de développement pouvait-on attendre d'une telle instabilité, quel plan de développement peut-on mettre en place avec des mandats aussi brefs ? ». V. Gilbert N'kuli, « Discours DGA [de Vodacom Congo RDC] », in *Vodanews*, n° 15, dépôt légal no MPI/021/2004, juillet-septembre 2006, p.19.

- ✓ Les lois spéciales des télécoms
 - la Loi-cadre sur les télécommunications n° 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications ;
 - la Loi n° 014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l’Autorité de régulation des Postes et des Télécommunications.
- ✓ Les Ordonnances et Décret présidentiel
 - l’Ordonnance n°87-243 portant réglementation de l’activité informatique en République du Zaïre²⁰⁸
 - l’Ordonnance n° 07/18 du 16 mai 2007 fixant les attributions des ministères (abrogeant le Décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des Ministères, *spécialement en ce qui concerne le Ministère des PTT!*)
- ✓ Les Arrêtés ministériels pris dans le domaine des télécoms²⁰⁹
 - l’Arrêté ministériel n° CAB/MIN/PTT/0027/31/93 du Ministre des PTT du 18 novembre 1993 fixant les conditions d’exercice des activités dans le secteur des télécommunications ;
 - l’Arrêté ministériel n° CAB/MIN/PTT/K/2000 du Ministre des PTT du 31 janvier 2000 fixant le cahier des charges pour opérateurs en téléphonie cellulaire mobile ou fixe ;
 - l’Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2005 et n°110/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 29 juillet 2005 portant taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l’initiative du Ministère des PTT ;
 - l’Arrêté interministériel n°004/CAB/MIN/PTT/2005 et n°105/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 28 juillet 2005 portant taux de la taxe de régulation à percevoir à l’initiative du Ministère des PTT et de l’ARPTC ;
 - l’Arrêté interministériel n°25/CAB/MINETAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003 CAB/MIN/PTT/2008 du 8 mars 2008 fixant les conditions de souscription à l’abonnement téléphonique en RDC ;
 - l’Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2009 et 071/CAB/MINFIN/2009 du 26 février 2009 portant fixation du taux de la taxe de numérotation.

²⁰⁸ Journal officiel du Zaïre, n°15, 1^{er} août 1987, p.21

²⁰⁹ Au moment où le présent ouvrage est mis sous presse, l’on apprend la signature d’un Arrêté en février 2009 changeant le taux de la redevance des fréquences hertziennes. Cet Arrêté n’est pas repris ici. Il est donc possible que l’un ou l’autre Arrêté antérieur portant sur la même matière ait été abrogé.

- ✓ Les Décisions de l'Autorité de régulation en application des lois des télécoms précitées
 - la Décision n°016/ARPTC/CLG/2006 du Collège de l'ARPTC portant définition des principes d'interconnexion ;
 - la Décision n°024/ARPTC/CLG/2006 du Collège de l'ARPTC relative à la directive fixant le régime d'homologation des équipements terminaux et installations des télécommunications ;
 - la Décision n°025/ARPTC/CL/2006 du Collège de l'ARPTC portant création de la Commission consultative de l'interconnexion ;
 - la Décision n° 003/CLG/ARPTC/2006 fixant les règles de procédure applicables en cas de manquements par les opérateurs de postes ou de télécommunications à leurs obligations légales ;
 - la Décision n° 003/CLG/ARPTC/2006 fixant la procédure de règlement des différends en matière de postes ou de télécommunications.
- ✓ Les Contrats administratifs

Il s'agit des contrats de concession des services publics de télécommunication (appelés communément « Licences »), des autorisations de fourniture de services publics d'Internet ou encore des autorisations de détention, d'installation et d'exploitation des PABX délivrées aux opérateurs de télécommunications ou aux fournisseurs d'accès à Internet par le Ministère des PTT (ou par l'ARPTC).

A titre d'exemple, les deux principaux opérateurs de téléphonie GSM sont détenteurs des contrats administratifs ci-dessous :

- Licence de Concession de service public de télécommunications n° 02/97/GSM délivrée à Congolese Wireless network (CWN) par le Ministre des PTT, Kinkela vi Kans'sy en date du 02 janvier 1998 et son Avenant n° 013/2001/DRT/GSM à la Licence de Concession de service public de télécommunications n° 02/97/GSM délivrée à Vodacom Congo RDC SPRL par le Ministre des PTT, Philippe Kuhutama Mawoko en date du 11 février 2001.

- Licence de Concession de service public de télécommunications n° 002/1/DRT/013/GSM-9/99 du 28 décembre 1999 délivrée à Celtel Congo RDC par le Ministre des PTT, Kibuey Mulambu-F.

b. Les sources secondaires du « droit du commerce électronique » congolais

- *La Jurisprudence de l'e-commerce et du droit des télécoms*

Nos recherches n'ont pas permis de trouver la jurisprudence congolaise sur le sujet.²¹⁰ Relevons néanmoins en dehors du cadre africain une jurisprudence abondante en rapport avec l'e-commerce en France. Toutefois, une analyse est nécessaire pour dégager les tendances prétoriennes du « Droit du commerce électronique » et évaluer son apport dans la création et à l'adaptation du Droit du cyberspace encore en construction.

En l'absence de jurisprudence disponible en RDC, sur ce point en France, il existe plusieurs illustrations jurisprudentielles²¹¹ dans des affaires impliquant des célébrités françaises en matière d'atteinte à leur vie privée et à leur image par des reproductions de leurs images ou éléments de leurs personnalités sur leurs sites web marchands.

En France, 1996 représente à la fois l'année de l'adoption de l'Internet par le grand public et l'année des premiers soubresauts du droit de l'Internet. D'une part, c'est cette année-là que les offres grand public de fourniture d'accès au réseau sont apparues. D'autre part, c'est également cette année-là qu'un grand nombre de questions juridiques ont été abordées pour la première fois devant les tribunaux français, et plus précisément devant le juge des référés, traditionnellement considéré comme le juge de l'urgence et de l'évidence, qui s'est alors improvisé comme le seul et l'unique « juge de l'Internet ». Le droit de l'Internet s'est ainsi progressivement construit, dès 1996, essentiellement par les efforts de la jurisprudence²¹².

²¹⁰ Il existe des nombreux conflits de travail ayant donné lieu à des jugements contre les opérateurs des télécoms congolais, mais cela n'est pas notre propos.

²¹¹ Toutes ces illustrations sont citées par Vincent Fauchoux et Pierre Deprez, op. cit., p. 212 et ss.

²¹² Vincent Fauchoux et Pierre Deprez, op. cit., p. 2 et 3

Il a été relevé supra la préoccupation de l'UNESCO sur la collision entre le respect des Droits de l'homme et le développement des intérêts économiques dans le cyberspace.

A titre d'exemple, l'affaire Estelle Halliday. L'une des premières affaires rendues en la matière a concerné la divulgation sur le réseau Internet de photographie du mannequin Estelle Hallyday. Les juges de la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 février 1999²¹³ ont rappelé que : « *toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit absolu qui lui permet de s'opposer à sa reproduction et à sa diffusion sans son autorisation expresse, et ce quel que soit le support* »²¹⁴.

Toutefois, dans l'*Affaire Real de Madrid*, la même jurisprudence fixe le droit sur le fait que toute publication d'image ou toute mention d'un nom patronymique sur Internet ne constituent pas forcément des fautes sources de responsabilité civile. Dans une Ordonnance de référé rendue le 8 juillet 2005²¹⁵, le TGI de Paris a débouté le club de football Real de Madrid de son action intentée sur le fondement du droit à l'image et au nom à l'encontre de sociétés instigatrices de paris en ligne. Le TGI a notamment estimé que : « *L'utilisation des images de Messieurs Zinedine Zidane et David Beckham consistant à l'évidence dans la reproduction d'une photographie d'un match disputé par eux, n'est pas directement associée par les sociétés mises en cause à promouvoir leur activité de paris ; qu'elle sert de présentation du match sur lequel le pari est organisé* ».

²¹³ CA Paris, 10 février 1999, Valentin L. c/ Estelle H.

²¹⁴ Dans le même sens, l'affaire *Adriana Karembeu*, le TGI Paris a, le 12 septembre 2000, condamné une société de presse pour avoir publié sur support papier et sur Internet des photographies de mannequin d'Adriana Karembeu, sans son autorisation. Le jugement a rappelé le principe selon lequel : « *Toute personne dispose de son image, partie intégrante de sa personne, d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa reproduction sans autorisation expresse et spéciale, de sorte que chacun a la possibilité de déterminer l'usage qui peut en être fait en choisissant notamment le support qu'il estime adapté à son éventuelle diffusion...* ». Quant à la réparation du préjudice, le tribunal a noté que : « *la transgression du droit à l'image est de nature à provoquer, chez son titulaire, un dommage moral et, le cas échéant, un préjudice patrimonial lorsque l'intéressé par son activité ou sa notoriété, confère une valeur commerciale à son image* ». La même solution a été adoptée dans un jugement du 21 mai 2003. En l'espèce, le TGI de Paris s'est fondé sur l'article 9 du Code civil pour indemniser le footballeur Fabien Barthez du préjudice subi du fait de la reproduction sur le site Internet de Paris Match de clichés concernant sa vie sentimentale.

²¹⁵ TGI Paris, 8 juillet 2005, Real de Madrid Football Club c/ Zinedine Z., David Beckham, Raul G. et a. c/ Hilton Group PLC, sporting Exchange TD, William H., sportingbet PLC et a.

- *Les principes généraux de droit comme règles de portée générale dans l'économie numérique*

Il s'agit ici de ressasser quelques « règle[s] générale[s] qui doi[ven]t, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière, régir une sorte de cas ». Allusion est également faite aux « norme[s] générale[s], de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques ». En tant que sources secondaires de droit (du e-commerce), les principes généraux de droit servent à combler les déficits de solutions législatives et même à inspirer la conduite des décisions sur des cas d'espèces. Les lacunes des textes en matière de e-commerce requiert bien souvent pour être comblée, une « règle juridique établie par un texte en des termes assez généraux destiné à inspirer diverses applications déduites des normes juridiques »²¹⁶.

Le droit du commerce international face à la mondialisation des marchés pose les principes ci-dessous qui demeurent applicables au contexte africain et congolais de l'E-commerce.

- *Principe de la liberté commerciale*

L'Internet, dans sa praxis même, se caractérise par une grande liberté d'action qui ne fait que rajouter au principe traditionnel de la liberté d'entreprise son prestige.

- *Principe de la non-discrimination*

L'égalité caractéristique des pratiques sur Internet ne pouvait que s'accorder avec le principe de la non discrimination qui récuse la création des écarts de droit ou d'avantages entre acteurs d'un secteur pour l'accès aux produits dudit secteur.

- *Principes nouveaux en matière commerciale internationale*

Parmi ces principes, l'on peut noter :

- Principes de la non-réciprocité ;

²¹⁶ V. pour les définitions G. CORNU, op.cit., p.706

- Principes vagues formulés par le CNUCED : exemple, Principe de l'Industrialisation des pays en développement par l'assistance technique et financière des Etats développés et par la protection de leurs industries naissantes.

- *Principes nouveaux en matière monétaire*

Ces principes trouvent à s'appliquer du fait que le e-commerce utilise la monnaie (électronique) comme mode de règlements financiers des transactions sans tenir compte du lieu où ces monnaies ont cours légal.

De l'ordre de nouveaux principes en matière monétaire figure le *principe de la souveraineté monétaire* supplanté par *principe de la coopération monétaire* consacré par des accords de Breton Woods créant le FMI et la Banque Mondiale. Il s'agit en fait d' « un code de bonne conduite monétaire ». Ce code comportait un certain nombre de règles telles que l'interdiction des dévaluations compétitives, l'obligation de stabilité des taux de change, l'obligation de convertibilité monétaire, etc.

Toutefois, ce Code subit des transformations notables concernant notamment l'obligation de stabilité des taux de change. L'Accord de Jamaïque intervenu en 1976 entre les grandes puissances occidentales est venu « légaliser le système des taux de change flottant »²¹⁷.

- *Principes fondamentaux du nouvel accord de partenariat entre l'Union Européenne et les Etats ACP*

Autant le commerce en ligne répond aux principes ci-dessous, autant il s'avère un moyen de leur expression :

- le Principe de l'égalité des partenaires ;
- le Principe de la participation du secteur non étatique ;
- le Rôle essentiel du dialogue et du respect des obligations mutuelles ;
- le Principe de la différenciation et de la régionalisation ;

²¹⁷ Grégoire BAKANDEJA, *Le droit du commerce international : les peurs justifiées de l'Afrique face à la mondialisation*, Afrique-Edition, De Boeck et Larcier, Kinshasa, Paris, Bruxelles, 2001, p.87

- trois transversales : 1° Egalité entre hommes et femmes ; 2° Gestion durable de l'environnement et des ressources naturelles ; 3° Développement institutionnel et renforcement des capacités.

- *Les usages, normes techniques, chartes déontologiques en matière de commerce électronique*

- *Présentation du contexte*

Pendant de nombreuses années, en l'absence d'organismes officiels de contrôle d'Internet, les usages ont acquis une importance non négligeable comme régulateurs des comportements sur Internet. Les internautes se sont dotés de règles plus ou moins explicites destinées à faciliter leurs échanges. D'une manière générale, alors que l'usage se définit comme une pratique déjà établie et acquise à un instant T par les acteurs d'Internet et que la coutume peut être définie comme un usage qui s'étend dans le temps, la charte déontologique est, quant à elle, une codification de comportements qui peuvent constituer des usages futurs dans la mesure où elle dégage un consensus sur ce que constitue un certain usage dans un milieu professionnel donné. Sans force contraignante, elle a valeur de recommandation et sert d'indice aux tribunaux afin de caractériser une faute²¹⁸.

En droit du commerce électronique, il existe plusieurs sources d'usage qui ne sauraient toutes être énumérées ici. Ce qui peut être dit, ce qu'il en existe qui ont été consacrées par le Législateur²¹⁹, par le juge²²⁰ ou par les parties elles-mêmes dans le cadre de leurs contrats²²¹.

²¹⁸ Vincent Fauchoux et Pierre Deprez, op. cit., p. 305

²¹⁹ Exemple en Droit comparé français : a été consacré en France par l'article 6 de la loi no 2004-575 du 21 juin 2004 (LCEN), l'usage selon lequel un fournisseur d'accès a le droit d'interrompre le service d'un de ses clients si son comportement est de nature à porter préjudice à celui-ci ou à tout autre utilisateur du réseau.

²²⁰ Exemple en Droit comparé français : Un jugement du 11 mars 2008, du TGI de Bordeaux (1^{re} chambre civile), dans une affaire UFC-Que choisir contre C. Discount, a déclaré au visa de l'article L.132-1 du Code de la consommation, abusives ou illicites plusieurs clauses figurant dans les conditions générales de ce cybermarchand, sanctionnant notamment la pratique d'ajout automatique de produits ou services dans le « panier » des consommateurs. Cette décision, écrivent les avocats au Barreau de Paris, Vincent Fauchoux et Daniel Deprez, illustre bien le rôle prépondérant du juge judiciaire dans le contrôle et la sanction des « mauvais usages » des acteurs

Dans le même contexte, il demeure une question sur la portée des règles produites par les chambres de commerce, comme par exemple la chambre de commerce internationale²²².

- *Netiquette*

L'importance de certains usages dégagés par la pratique a conduit à l'utilisation du terme *netiquette*²²³ qui désignait au milieu des années 1990 les règles de comportement ou d'éthique que les utilisateurs de l'Internet s'appliquent à eux-mêmes ; l'objet de ces règles était alors notamment de permettre un développement maximal des échanges dans le respect d'une certaine réciprocité²²⁴. La Netiquette a été codifiée par un groupe de travail pour une utilisation responsable du réseau (« RUN », *Responsible Use of the Network*) de l'IETF, association américaine fondée en 1992²²⁵. Cette notion a considérablement vieilli et n'est plus guère invoquée entre internautes. La Netiquette n'a d'ailleurs pas été mise à jour depuis 1996 et ne conserve qu'un intérêt historique depuis le développement des chartes interprofessionnelles et autres usages suivis des acteurs de l'Internet et de la codification de nombreux usages.

- *E-Gouvernance*

La gouvernance du commerce électronique est une pratique émergente à côté d'autres encore. De nos jours, nous assistons à une reconnaissance des règles émises par des instances informelles de régulation qui s'imposent de plus en plus comme des sources de droit. Cet état de fait est dû à une croissance rapide de l'Internet. Un groupe d'expert sur la société

de l'Internet. Les clauses désignées comme abusives par les tribunaux sont alors identifiées par les acteurs de l'Internet comme de « mauvais usages » et progressivement supprimées des contrats proposés aux « cyberconsommateurs ».

²²¹ Exemple en Droit comparé français : il en est ainsi de la consultation des FAQ (*Frequently Asked Questions*, en anglais ou *Foires aux questions*, en français), qui était avant tout une façon d'aider l'utilisateur consistant à répertorier les questions les plus fréquentes et les réponses correspondantes, est devenue un préalable nécessaire avant d'appeler le service technique. Tel est le cas des conditions générales de vente Free, article 105 : « L'Usager s'engage à consulter ces moyens d'information préalablement à toute sollicitation du service d'assistance ».

²²² Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1998, pp. 16, http://www.iccwbo.org/index_court.asp

²²³ Les modalités de la régulation de l'Internet, in Guide Lamy Droit de l'informatique et des réseaux 2005, p. 893. Pour une définition de la Netiquette, V. Verbiest et Wery, *Le Droit de l'Internet et de la société de l'information, Droits européen, belge et français*, Larcier, 2001, p.552

²²⁴ Code de conduite du Net : la Netiquette : Internet Reporter nov. 195, no 4, p. 37 et s.

²²⁵ Le texte de la Netiquette est disponible sur <http://tools.ietf.org/html/rfc1855>

de l'information a pu donner la définition suivante de la gouvernance d'Internet : « *l'élaboration et l'application par les Etats, le secteur privé et la société civile, dans le cadre de leurs rôles respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'utilisation de l'Internet* »²²⁶.

On glisse doucement mais sûrement de la pyramide au réseau. Les habitudes de l'élaboration des normes juridiques sont bousculées et on assiste à une émergence « d'une nouvelle manière de penser le gouvernement (la gouvernance) ». Les instances décisionnelles africaines sont de plus conscientes de ce que dans certains milieux on appelle le « phénomène Internet ».

Aujourd'hui, la gouvernance d'Internet comme source de droit doit faire une conciliation entre la démarche classique de la prise des normes (la réglementation) et la régulation imposée par des nouveaux acteurs. Il est question aussi dans la gouvernance d'Internet de définir une démarche permettant une lecture assez aisée d'un droit qui deviendra de plus en plus « cosmopolite ». Comme l'a si bien dit P. TRUDEL 1997(cité par Y. POULLET) : « Au fur à mesure que le cyberspace devient un milieu de vie, s'accroît l'importance d'y trouver des règles du jeu adaptées et équilibrées ». Sur ce point, à travers la lecture de certains documents les avis sont partagés, certains reconnaissent uniquement à l'Etat un pouvoir normatif, d'autres croient qu'il va falloir être plus réaliste car les instances informelles de régulation ne peuvent plus être ignorées. Dans le cyberspace, la régulation s'impose comme un puissant moyen de production normative.

Des réflexions, des études sont menées dans les organisations régionales (UE, UEMOA, OHADA etc.) et internationales dans le sens de l'interaction entre les normes étatiques et celles nées de la régulation. Le nouveau rôle de la gouvernance est de permettre une articulation harmonieuse entre les différentes sources du droit cyberspace. Selon de nombreux auteurs comme Y. POULLET, le rôle de l'Etat ne doit s'effacer devant les instances de l'autoréglementation ; l'Etat a un rôle

²²⁶ V. www.Wikipedia.org

d'accompagnateur du processus d'acceptation du droit du cyberspace de « source privée » comme source du droit.

- *L'autoréglementation et autorégulation*

✓ *L'autoréglementation*

L'effectivité des droits nationaux ne peut être garantie face aux particularités du réseau. Ce n'est plus un secret pour personne. Initiée en France par François Fillon, ancien Ministre délégué aux Postes et Télécommunication, l'élaboration d'un code de bonne conduite officiel devait justement offrir une alternative aux déficiences juridiques. C'est ainsi que la « Charte de l'Internet » a vu le jour au printemps 1997. Mais son ambition était sans doute trop centralisatrice. Son contenu demeure contesté et beaucoup d'acteurs préfèrent l'ignorer. Faut-il pour autant enterrer l'autorégulation dans son principe ?

Le projet conduit par le Centre de Recherche de Droit Public de l'Université de Montréal (UDM)²²⁷ et le Centre National de Recherche Scientifique (CNRS) tend à affirmer le contraire. Celui-ci vise à mettre au point une méthodologie d'élaboration des règles de conduite sur l'Internet. « *Il s'agit de rédiger un guide à l'attention des acteurs de l'Internet désireux d'élaborer des règles de conduites dans leurs relations avec les utilisateurs* », nous explique le professeur Pierre Trudel, responsable du projet à l'UDM. Ce guide sera échafaudé à partir des règles informelles en vigueur sur le réseau et de multiples standards légaux. Il proposera ainsi un ensemble de normes respectant au maximum les différentes cultures juridiques. La tâche serait-elle trop ambitieuse ? Pierre Trudel nous répond : « *Le défi d'avoir des règles en conformité avec les droits nationaux n'est pas si colossal. Simple exemple : en appliquant les principes posés par la directive communautaire en matière de protection des données personnelles, il y aura peu de chance d'être en porte à faux avec des droits nationaux* ».

✓ *L'autorégulation*

Les acteurs demeurent néanmoins libres d'adopter les règles qui leur conviennent le mieux. Et quand bien même ils le feraient, quel effet cela produirait-il ? « *Aucun !* » affirment les opposants à l'autorégulation.

²²⁷ Lionel TOUMYRE, Autoréglementation : un guide pour tous, in <http://www.juriscom.net/int/dpt/dpt16.htm>

De son côté, Pierre Trudel concède qu'« *une norme énoncée n'est pas nécessairement effective. Dans beaucoup de cas, elle démontre simplement la bonne volonté des acteurs de respecter ou de faire respecter des règles déterminées au sein de leurs services* ». En revanche, le professeur insiste sur le fait que « *l'existence de ces normes produit un certain nombre de conséquences importantes. Tout d'abord, au niveau de la responsabilité. Lorsqu'un acteur prétend appliquer telle règle, on peut penser qu'il désire répondre de son application. En second lieu, le besoin d'inspirer la confiance est essentielle dans le cadre du commerce électronique. La déclaration de l'acteur forcera sa crédibilité auprès de ses partenaires et de sa clientèle* ».

Aussi, le projet semble bien mieux adapté à l'esprit du réseau que les précédentes réalisations. Son objectif n'est pas de livrer un code uniforme destiné à satisfaire l'ensemble des acteurs d'un seul pays. Le guide proposera un corpus de règles que les acteurs choisiront d'adopter en fonction de leurs aspirations et des communautés auxquelles ils appartiennent. Un projet des plus indigestes pour les partisans d'une réglementation pure et dure !

- *Les normes techniques*

Le commerce électronique a révolutionné le monde des affaires. Il permet désormais de réaliser des transactions de valeur importante par de simples « clics ». Le droit a tenté de le réglementer en mettant en place des règles impératives assorties de sanctions. Mais on s'est rendu compte que les règles rigides de droit ne sont pas suffisantes à elles seules pour encadrer le commerce électronique du fait de la particularité d'Internet. Il faut nécessairement impliquer des règles d'autres natures, en amont pour sécuriser les affaires. Ces mesures ne sont pas juridiques mais plutôt d'ordre technique. On les appelle les *normes techniques*.

Ces dernières ne peuvent pas être ignorés par les juristes qui s'intéressent aux sources du commerce électronique étant donné qu'elles participent à la régulation de l'Internet et s'imposent, dans la plus part des cas, comme la condition sine qua non de compatibilité dans l'interconnexion.

Le Professeur Lessig (Codes and other law of cyberspace) cité par le Professeur CISSE ne dit pas autre chose quand il écrit que « *l'architecture est une composante essentielle de la régulation du*

cyberespace et constitue par conséquent une source importante de règles à prendre en compte dans la détermination des normes applicables».

Comme normes techniques on peut citer la certification. Elle est définie comme étant « *une procédure (technique) par laquelle une tierce partie donne une assurance écrite qu'un produit, un service, un système de qualité, un organisme est conforme à des exigences spécifiées. Un tiers pouvait ainsi assurer le consommateur, par exemple, que tel commerçant respecte les droits des consommateurs* »²²⁸. Comme exemple de certification, on peut citer la norme ISO/CEI 17799 qui est une référence internationale en matière de sécurité dans le commerce électronique, le standard X.509 ou encore le modèle PKI qui est utilisé dans les pays comme l'île Maurice et la Tunisie. Les autorités de certification deviennent de plus en plus nombreuses et on les appelle « *notaires électroniques* ».

A coté de la certification, nous avons comme autres normes techniques le cryptage et le chiffrement. Ils consistent à transformer un ensemble de données en une suite de chiffres, de lettres, d'images, de caractères incompréhensibles pour un non initié. Les procédés les plus courants sont RSA, Chiffrement Vigenère, Enigma, DES, PGP. Il existe aussi les protocoles sécurisés tels SSL, SET, C – SET, SSH, S – http, S/MIME. Le procédé est dénommé AAA c'est-à-dire Authentification (vérification de l'identité d'un utilisateur) – Authorization (droits accordés à un utilisateur, tels que l'accès à une partie d'un réseau, à des fichiers, le droit d'écriture, etc.) – Accounting (informations récoltées pendant toute la durée de la session pour l'écriture de la comptabilité, après identification de l'utilisateur).

La réglementation technique intéresse aussi le matériel et son usage. Il s'agira alors des instruments de paiement électronique que sont les cartes bancaires (Mastercard, Visa, Azur²²⁹,...).

- *Les sources conventionnelles*

Il est constant que l'accomplissement d'activités commerciales de manière automatique par l'utilisation des technologies informatiques et de communication conduit les usagers et acteurs du cyberespace à

²²⁸ Karim BENYEKHLEF, Commerce électronique : normes et politiques, www.irpp.org/po/jun98/benyekhl.pdf.

²²⁹ Un produit de ECOBANK pour l'exemple de l'Afrique de l'Ouest

sécréter des pratiques qui leur sont spécifiques. Ces pratiques finissent avec le temps par s'imposer à tous dans les relations contractuelles. L'on ne saurait être indifférent face à de telles pratiques et l'on devrait leur accorder une place dans l'identification des sources du e-commerce. Cette idée est soutenue par Karim BENYEKHELF quand il énonce que « les pratiques contractuelles peuvent également jouer un rôle normatif important. Les normes découlent alors d'un contrat dont le dispositif dépassera ses auteurs et s'imposera comme standard à la communauté cybernétique. Les normes sont alors le fruit d'un processus qui ne ressortit pas aux mécanismes habituels d'édition de la norme juridique »²³⁰.

- *Chartes déontologiques*²³¹

Elles sont principalement de deux ordres : les chartes interprofessionnelles et les chartes entre groupe d'utilisateurs du Net.

Tout comme les usages, il s'agit des règles de bon sens pouvant éventuellement pallier aux carences de lois ou de textes réglementaires, mais à la différence des usages, les chartes sont élaborées par des groupes de professionnels ou d'utilisateurs du Net de manière à homogénéiser leurs pratiques.

En ce qui concerne les chartes interprofessionnelles, par exemple, en 2006, plusieurs plates-formes de commerce électronique ont décidé de rédiger une « charte de confiance des plate-formes de ventes entre internautes » sous l'égide de la Fédération du e-commerce et de la vente à distance (FEVAD).

En ce qui concerne les chartes de groupes d'utilisateurs, en raison de la relative méconnaissance des textes légaux par les utilisateurs d'Internet ou de la spécificité de certains sites Internet, les règles de bonne conduite sont parfois regroupées dans une charte d'utilisation du site, dite également « charte de précaution » ou « charte de recommandation ». En général, un modérateur est chargé sur le site de veiller au respect des règles édictées dans la charte d'utilisation. Le modérateur est « le dispositif humain et technique permettant de surveiller et de supprimer les messages non-conformes à la charte ou pouvant entraîner des poursuites juridiques. Les personnes chargées de cette tâche sont ainsi

²³⁰ Commerce électronique : normes et politiques, www.irpp.org/po/jun98/benyekhl.pdf

²³¹ Voir Vincent Fauchoux et Pierre Duprez, op. cit., p. 305-318

appelées modérateurs »²³². En principe, le contrôle du modérateur s'effectue avant la mise en ligne de textes ou d'images. Il peut néanmoins intervenir a posteriori en se chargeant de la modification du contenu du site dans le cas où cela devient nécessaire en raison de son illicéité.

- *La doctrine congolaise et étrangère sur le e-commerce*
- *Place de la doctrine congolaise dans la construction du « Droit du commerce électronique »*

La doctrine est cette opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (*communis opinio doctorum*), ou même ceux qui sans l'enseigner, écrivent sur le Droit. Par leurs travaux, les savants juristes ou les techniciens du Droit parviennent à faire avancer la réflexion juridique en exprimant leur opinion sur une question particulière de droit. En ce sens, elle constitue une des formes sous l'action de laquelle la règle naît au Droit. Ainsi rendus publics, les travaux de recherche sur une matière nouvelle de droit constituent le moule officiel qui préside à l'élaboration, l'énoncé et l'adaptation d'une règle de Droit. La doctrine sert de levier aux ambitions encore floues du législateur de constituer un ensemble de règles de conduite générale spécialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société.²³³

Pour le moment au Congo, en droit du cyberspace en général et en « droit du commerce électronique » en particulier, la production doctrinale est très rare pour ne pas prendre le risque de dire quasiment inexistante. Le peu d'articles épars sont produits dans des revues à faible tirage ou n'ayant pas pu paraître de manière assez régulière ou publique pour permettre un impact de masse ou une fixation de l'opinion. Bien souvent, ces productions libraires ne traitent que de certains aspects de la matière des TIC et restent en surface sans forces détails techniques.

Dans les facultés de droit des universités congolaises, les enseignants demeurent très prudents dans leurs supports didactiques et présentations relatives au Droit applicable aux NTIC, certains se limitent à citer sans exhaustivité, avec une brève historique les seuls textes de lois

²³² V. site de CCM, Communauté informatique: www.commentcamarche.net

²³³ Cfr définitions (des mots « Doctrine », « Droit » et « Sources ») fournies par Gérard Cornu, op. cit, p. 319, 328 et 864

en matière des télécommunications en RDC et de création de l'ARPTC. Des étudiants essaient de présenter des dissertations sur la question en fonction de l'attrait que connotent la téléphonie cellulaire ainsi que les fréquentations de cybercafé, mais l'expérience du domaine des télécommunications, la consistance des éléments de recherche et la maturité scientifique ne sont pas toujours réunies²³⁴.

Toutefois, quelques expériences et efforts de la doctrine congolaise en matière du Droit de l'informatique (faisant partie des TIC), du droit de la régulation ainsi que du Droit en général à l'épreuve des TIC méritent d'être épinglées. Il y a lieu aussi de parler des états généraux des télécoms convoquées en aout 2007 par le Ministre congolais des PTT, malgré le fait que ces assises ont connu un boycott par les opérateurs de la téléphonie GSM qui auraient pu davantage apporter leur expertise dans les réflexions.

En effet, à l'UNIKIN, il a été créé en 2005 le « projet informatique et droit » avec huit professeurs de Droit dans des domaines de spécialisation bien précis. L'un des résultats clés escompté du Projet est de créer le cadre de formation permanente de vulgarisation, d'entretien, de remise à niveau et de spécialisation. Le projet a dressé en outre un état des lieux de la recherche juridique dans le domaine des NTIC aux facultés de droit de deux Universités phares de Kinshasa : l'UNIKIN et l'UPC. Les huit professeurs impliqués dans le projet ont finalisé cette année-la la direction de 150 travaux de fin de cycle et mémoires dans le domaine de l'informatique et du droit. Les travaux de recension ont permis de publier la revue informatique et droit sous trois numéros différents²³⁵.

Quelques travaux scientifiques individuels méritent d'être cités. A l'issue des journées scientifiques de l'Université Protestante au Congo tenues les 27 et 28 avril 2007 sous le thème Droit et développement une réflexion intéressante produite sous forme d'article a été rendue publique,

²³⁴ Ces travaux ne sont pas cités ici.

²³⁵ Revue : Informatique et Droit, la revue des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication de la faculté de Droit, problématique et Bilan de la recherche juridique dans le domaine des nouvelles technologies de l'Information et de la Communication, UNIKIN, n°001, Kinshasa 2005, pp.47

à savoir : « Monétique : "les moyens de paiement à l'ère du Net" »²³⁶ . Un autre excellent travail de recherche [Inédit] a été mené par le Directeur de la réglementation et des affaires juridiques de l'ARTC dans le cadre de son travail de fin d'étude du Brevet d'aptitude délivré par les Grandes Ecoles (BADGE des télécommunications) de l'Ecole Nationale des télécommunications de Paris, sous le thème : « De la mise en œuvre de la régulation des télécommunications en Droit congolais (RDC) ».

Une conférence scientifique tenue le 29 avril 2005 à l'UPC sous le thème : « Le Droit congolais à l'épreuve des NTIC » a connu des communications pluridisciplinaires très intéressantes sur les thématiques suivantes : (i) Evolution des TIC, (ii) le volte face des NTIC, (iii) la monétique et (iv) le droit congolais de la preuve face aux TIC.

Les états généraux des PTT (Postes, téléphones et télécommunications), ont été convoqués le mardi 7 août 2008. Le Ministère, en tant qu'organisateur, avait voulu que ces états des lieux soit le lieu approprié et idéal pour approfondir la réflexion sur le secteur des télécommunications. L'objectif assigné à ces assises était de réfléchir et de faire des propositions sur les voies et moyens d'assainir le secteur en vue d'attirer d'autres investisseurs et permettre à chaque exploitant de fonctionner en toute quiétude²³⁷.

- *Une vue de l'état de la doctrine sur le droit du e-commerce en dehors de la RDC*

Même en dehors de la RDC, la production doctrinale en matière d'Internet n'est pas toujours aussi abondante dans les rayons de grandes bibliothèques. Pour cause : la nouveauté de la matière, les balbutiements des expériences législatives et jurisprudentielles, le dynamisme de la technologie qui met à la remorque la locomotive du droit , quand on sait par exemple qu'en France le véritable élan juridique ne date que d'après 1996. Cela devient une excuse littéraire ! Qu'à cela ne tienne, il existe

²³⁶ 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, pp. 379-403.

²³⁷ Suite à la division entre opérateurs des télécoms, certains d'entre eux avaient suspendu leur participation à ces états généraux. Ce qui n'a pas permis aux travaux d'optimiser l'atteinte de ces résultats. (voir à ce sujet <http://www.cipaco.org/spip.php?article1437>)

aujourd'hui en Droits belge et français, qui inspirent le Droit congolais, des figures de proue dans la production doctrinale en matière de droit du cyberspace : les plus illustres et consistantes ont été citées dans la bibliographie très fournie du présent ouvrage.

Dans tous les cas, l'Afrique n'est pas en reste dans l'œuvre de production doctrinale sur le Droit du commerce électronique. Une école de formation des juristes de haut niveau (Master Pro, M2) est ouverte à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis au Sénégal pour pallier à la carence en cyber juristes²³⁸. Par ailleurs, plusieurs productions africaines en matière de commerce électronique ont vu le jour et sont abondamment reprises dans le présent ouvrage.

Section 2. Examen critique des textes législatifs, réglementaires et à caractère administratif applicables spécialement au secteur des télécommunications en RDC

Après ce panorama des sources formelles du « Droit commerce électronique » applicables à l'économie numérique de la RDC, il est nécessaire de revenir avec précision et quelques critiques sur les textes spéciaux applicables en matière des télécommunications. Ces textes sont les seuls textes spéciaux concernant le commerce électronique dans la mesure où ils visent les télécommunications qui sont un aspect important du commerce électronique. Le commerce électronique a entre autres pour piliers l'infrastructure de télécommunication ou le réseau qui sert de vecteur télématique de l'information, valeur centrale du cyberspace.

1. Philosophie du « Droit congolais du commerce électronique »²³⁹

a. De la subsistance de la pyramide face à la poussée du réseau

Il n'existe pas en RDC, une loi spéciale sur le commerce électronique à l'instar de la loi sur la confiance dans l'économie numérique en France. Du point de vue du commerce électronique, les textes de lois, règlements et actes administratifs applicables au secteur des télécommunications en RDC sont d'un intérêt majeur parce qu'ils

²³⁸ L'auteur du présent ouvrage a lui-même suivi ce programme de Master de l'UGB.

²³⁹ Les sources documentaires sont diverses : Codes Larcier, numéros du journal officiel, Moniteur congolais ou tout simplement inédites.

constituent les seuls textes spéciaux applicables au secteur de l'infrastructure offerte au public pour accéder aux valeurs de l'économie numérique. Car l'économie numérique fonctionne grâce à la mise à disposition des infrastructures par les prestataires techniques des télécoms en général et de l'Internet en particulier.

Cela est aussi une preuve que le pouvoir législatif des Etats n'a pas pu être totalement déphasé par la révolution numérique quoique l'Internet et ses acteurs ont eux-mêmes produit des lois du marché. Le cadre juridique actuel des télécommunications, quoique encore sujet à amélioration, régit l'un des medias à travers lequel se déroule le commerce électronique.

« Il y a lieu de nuancer. A ce jour, le Droit de l'Internet recoupe le droit commun dans chacune de ses branches. Le droit en vigueur permet de répondre dans la plupart des cas aux besoins, même si des adaptations sont nécessaires dans un grand nombre de domaines : questions liées à la sécurisation des données personnelles, à la protection des consommateurs, au droit d'auteur, à l'ensemble des problèmes du commerce électronique et, surtout s'agissant du droit de la communication, aux problèmes de responsabilité pénale comme civile »²⁴⁰.

b. De l'émergence du droit de la régulation

A la suite de la libéralisation du marché congolais des télécommunications par la loi-cadre n° 013 /2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications, le législateur a prévu deux organes publics devant assurer les rôles politique et régulateur, à savoir : le Ministère des PTT et l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications.

Il est à noter que la création de l'ARPTC s'inscrit dans le cadre des réformes initiées dans le secteur des PTT avec l'appui de la Banque Mondiale, de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) et de l'Union Postale Universelle. Et ce, suite à la constatation de disfonctionnement et de l'inadaptabilité des structures juridiques, administratives et économiques existantes au regard de l'évolution des

²⁴⁰ Voir préface Jean Brugrière, Vincent Faucheux et Pierre Duprez, op. cit.,

marchés et des enjeux résultant des progrès technologiques dans le secteur de télécommunications.

Les deux organes étatiques précités interviennent dans la gestion et le contrôle du secteur des postes et des télécommunications en RDC avec chacun ses propres attributions. Cependant, il y a lieu de noter que ces deux structures ont aussi des compétences partagées. D'où la nécessité d'une clarification des règles de collaboration et également de mesures d'assainissement du cadre juridique.

Il demeure cependant la nécessité d'assurer une meilleure séparation des rôles entre ces deux institutions de manière à éviter des confusions, des contradictions et des pesanteurs préjudiciables à la bonne marche des activités du secteur, marqué par une forte mutation et par l'apparition de nouveaux joueurs dans un cadre de déréglementation requérant d'assurer l'ordre plus favorable entre les acteurs étatiques et/ou les opérateurs.

La séparation optimale des rôles est un impératif d'efficacité des organes censés exercer des prérogatives à l'exclusion des autres tout en demeurant complémentaires comme des maillons d'une chaîne. La séparation classique doit s'exprimer sur trois volets :

- les responsabilités des politiques des télécommunications ;
- les fonctions d'exploitation ;
- le fonctionnement d'une entité technique indépendante censée veiller à l'application et à l'évolution de la réglementation.

2. Incurie légistique et écueils ou lacunes des textes sur les télécommunications en RDC

Malheureusement, la comparaison des dispositions pertinentes de la loi 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications²⁴¹, de la Loi n°014/2002 de la même date portant création de l'ARPTC²⁴² et de certains actes réglementaires – comme par exemple le Décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des Ministères du

²⁴¹ Journal Officiel, N° Spécial, 25 janvier 2003, Kinshasa, 44^{ème} année, pages 17 et suivantes.

²⁴² Idem, pages 47 et suivantes.

Gouvernement de transition²⁴³ – révèle de graves conflits d'attributions entre ces deux organes.

Avant la correction apportée par l'Ordonnance n° 07/18 du 16 mai 2007 fixant les attributions des ministères, la principale contradiction existait principalement entre la Loi et les actes réglementaires (Décret et Arrêtés interministériels) sur lesquels l'Administration bénéficiaire se fonde pour asseoir son action au préjudice de la Loi censée cependant se situer à un niveau supérieur de l'ordonnancement juridique. Les matières faisant l'objet de conflits des compétences sont reprises ci-dessous.

Il y a lieu de noter également de nombreuses lacunes de nos lois ainsi que des zones d'ombres entretenues par celles-ci sans compter les faiblesses que certains textes présentent face au contrôle théorique de la légalité.

a. Incurie légistique : quelques cas concrets des conflits de compétence

- *Homologation des équipements*

L'homologation qui, d'après la loi n°014/2002 précitée, entre dans les attributions de L'ARPTC, est une décision par laquelle l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications attribue à un équipement traitant ou émettant des signaux radioélectriques l'autorisation d'être importé, commercialisé, vendu, ou détenu sur l'ensemble du territoire de la RDC, aux regards des conditions techniques publiées par l'ARPTC.

Cette même compétence est dévolue au Ministère des PTT dans le chapitre II de l'Arrêté Ministériel n°CAB/MIN/PTT/0027/31/93 du 18 novembre 2003 fixant les conditions d'exercice des activités du secteur de télécommunications²⁴⁴.

Dans cette confusion, le Ministre des PTT a repris cette matière comme acte générateur des recettes (5% de la valeur CIF) pour son Département dans l'Arrêté interministériel n°005/CAB/MIN/PTT/2005 et n°110/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 29 juillet 2005 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministre des postes, Téléphones et Télécommunications²⁴⁵. Et pourtant, sur la même

²⁴³ Journal Officiel, N° Spécial, 23 septembre 2003, 44^{ème} année, Kinshasa, colonne 22 et suivants, point 21° (Décret abrogé 4 ans après en 2007).

²⁴⁴ Journal Officiel, N° Spécial, 25 janvier 2003, Kinshasa, 44^{ème} année, pages 64 et suivantes.

²⁴⁵ Journal Officiel, N° Spécial, 1^{er} novembre 2005, Kinshasa, 46^{ème} année, colonnes 57-60.

matière l'ARPTC a adopté la Décision n° 024/ARPTC/CLG/2006 relative à la directive fixant le régime d'homologation des équipements terminaux et installations des Télécommunications²⁴⁶.

- *Gestion des fréquences*

L'article 8 e) de la Loi-cadre sur les télécommunications de même que l'article 3 g) de la loi portant création de l'ARPTC attribuent compétence à cette dernière de « gérer et contrôler les fréquences, assigner les fréquences nécessaires au fonctionnement de toute station de radiodiffusion sonore et de télévision ».

Cette même compétence était dévolue au Ministère des PTT par l'article 1^{er}, point B.21, 3^{ème} et 4^{ème} tiret du Décret du 16 septembre 2003 en ces termes : « - Police des ondes ; - Centralisation et gestion nationale des fréquences... ».

Cette confusion préjudicie gravement le bon déroulement de l'exploitation des télécommunications d'autant plus que les fréquences en constituent la ressource première et que leur assignation à plusieurs opérateurs à la fois crée des interférences qui nuisent principalement aux intérêts des consommateurs. De surcroît, bien des opérateurs se retrouvent avec des assignations de fréquences sur papier, mais techniquement inexploitable parce que l'organe d'attribution ne maîtrise aucune donnée de terrain. Pour ce faire, l'on ne tient compte d'aucun état d'occupation antérieure des bandes de fréquences par les opérateurs, encore moins des assignations accordées en parallèle par le Ministère ou l'ARPTC.

- *Plan national de numérotation*

L'article 8 f) de la Loi-cadre sur les télécommunications ainsi que l'article 3 e) de la Loi portant création de l'ARPTC confient l'élaboration et la gestion du Plan National de Numérotation à l'ARPTC.

La même compétence (à savoir : « Elaboration du Plan National de Numérotation ») était dévolue au Ministère des PTT en vertu du Décret du 16 septembre 2003 précité, point 21, 2^{ème} tiret.

Par conséquent, certains « harcèlements fiscaux » ont pu être constatés. La taxe sur la numérotation qui constitue l'une des ressources propres de l'ARPTC au terme de l'article 21.a.c) de la Loi 014/2002 du

²⁴⁶ Journal Officiel, N°15, 1^{er} août 2006, Kinshasa, 47^{ème} année, colonnes 21 et suivantes.

16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC fait également l'objet des réclamations de paiement de la part du Ministère des PTT sur base des points XV 22 et 26 de l'Arrêté interministériel n° 005/CAB/MIN/PTT/2005 et n°110/CAB/MIN/FINANCES/2005 du 29 juillet 2005 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministre des postes, Téléphones et Télécommunications²⁴⁷.

En réalité, le Ministère des PTT insistait erronément sur les éléments du plan de numérotation qu'il a érigé en taxes : à savoir le country code 243, le préfixe d'identification du réseau et le code sémaphore, dont les deux dernières sont créées par l'Arrêté interministériel précité sans avoir été prévues par la Loi 04/015 du 16 juillet 2004 portant nomenclature des actes générateurs des recettes...

Le meilleur exemple concret des conséquences peut être fourni dans l'expérience de Célite Congo RDC. En effet, par sa décision n° 006/CLG/ARPTC/2004 du 30 août 2004, le Collège de l'ARPTC en vertu des pouvoirs lui reconnus par le législateur avait décidé d'attribuer à la société Celtel Congo les blocs de numéros de téléphone à dix digits (099 MCDU). Après la publication de cette décision au Journal Officiel de la République, le Ministère des PTT a considéré comme non avenue la décision de l'ARPTC au motif que l'organe qui a pris la décision n'était pas compétente *rationae materiae* en la matière. Le Ministère s'appuyait sur les dispositions du Décret n°03/27 du 16 octobre 2003 fixant les attributions du Ministère.

- *Règlements des conflits entre opérateurs*

L'article 8 a) de la loi n° 014/2002 portant création de l'ARPTC dispose: « L'ARPTC a la compétence de veiller aux dispositions légales et réglementaires et d'arbitrer avec équité les litiges entre les opérateurs... » ; cela en vue d'instaurer et de maintenir une concurrence légale et durable.

En même temps, le point B. 21, 8ème tiret de l'article 1^{er} du Décret du 16 septembre 2003 précité confiait au Ministère des PTT « l'arbitrage des conflits entre opérateurs du secteur des postes, téléphones et des télécommunications ».

²⁴⁷ Journal Officiel, n° Spécial, 1^{er} novembre 2005, Kinshasa, 46^{ème} année, colonnes 57-60.

Et pourtant, le législateur a limité de manière univoque l'intervention du Ministre des PTT en matière de règlement des litiges à la seule signature et/ou édicition d'un Arrêté relatif à la procédure, aux sanctions et aux règlements même des litiges. (Article 6 de la loi 014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'ARPTC)²⁴⁸. Bien plus grave : le Ministre des PTT n'a jamais pris cet arrêté. Face à la carence d'action du Ministre, l'ARPTC a pris deux Décisions normatives déjà citées supra lors de l'inventaire des textes des télécoms.

Au cours de l'année 2003, le bilan d'arbitrage des conflits par l'ARPTC fut très encourageant. Le Rapport public d'activités de l'ARPTC au cours de cette année-là renseigne sur sa saisine par les opérateurs dans les litiges ci-après : Oasis vs Celtel, Vodacom vs Sogetel, Celtel vs Sogetel. « Tous ces litiges portaient essentiellement sur le niveau du coût et du règlement de l'interconnexion. L'arbitrage de l'ARPTC a permis de vider ces différends et concilier les opérateurs »²⁴⁹.

- *Interconnexion*

L'Autorité de Régulation a pour mission selon les lois n° 013/2002 et n° 014/2002 précitées, respectivement en leurs articles 8d) et 3e) de définir les principes d'interconnexion et de tarification des services publics des postes téléphones et télécommunications selon les modalités du Décret-loi du 20 mars 1960 sur la réglementation des prix. Aussi, en application de ces dispositions le collège de l'ARPTC a rendu publique sa Décision n°016/ARPTC/CLG/2006 du 23 juin 2006 portant définition des principes d'interconnexion²⁵⁰.

Sans désespérée, l'article 1er du Décret 03/027 du 16 septembre 2003 précité, au 11^{ème} et dernier tiret de son point B, octroyait au Ministère des PTT l'attribution consistant en la « définition et application des principes d'interconnexion et de tarification des services publics des Postes, Téléphones et télécommunications... »

²⁴⁸ A cet effet, le Directeur de Réglementation, Lepage BUSHABU donne l'argument de la nécessité pour l'ARPTC de traiter les conflits lui soumis, alors que le Ministre des PTT traîne à produire l'Arrêté en application de la loi sur les télécoms en RDC. La nature a horreur du vide, mais le droit administratif a aussi ses exigences en terme de contrôle de la légalité des actes administratifs, devons-nous dire a contrario !

²⁴⁹ V. page 18 du Rapport public d'activités - ARPTC 2003

²⁵⁰ Journal Officiel, N°15, 1^{er} août 2006, Kinshasa, 47^{ème} année, colonnes 13 et suivantes.

Certes, le Ministère n'avait pas encore activé cette prérogative réglementaire lui dévolue ; mais si tel devrait un jour être le cas, l'on pourrait aisément imaginer l'impact négatif d'un tel cafouillage dans un domaine aussi sensible que celui des « prestations réciproques offertes par tout exploitant de réseaux ouverts au public qui permettent à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux quels que soient les réseaux auxquels ils sont raccordés ou les services qu'ils utilisent »²⁵¹. Le segment du marché de l'interconnexion représente en moyenne pour les entreprises des télécoms 30 à 35% de leur chiffre d'affaire.

b. Ecueils ou lacunes des textes légaux dans le secteur des télécommunications

Le travail d'analyse mené par le Directeur de la réglementation et des affaires juridiques de l'ARPTC sur la cohérence du cadre juridique des télécoms en 2005 demeure d'actualité. Dans ce travail, il soulève les problèmes (i) de tutelle de l'Autorité de Régulation, (ii) des mesures d'application prévues par la loi mais non encore prises, (iii) des activités du secteur non prévues par la loi (Internet), (iv) l'existence de deux textes de loi contradictoires, (v) interférence de Ministre des PTT dans les décisions du Collège de l'ARPTC²⁵².

Le présent point en fait largement recours, tout en ajoutant d'autres sujets et compléments d'information.

- *Tutelle de l'Autorité de Régulation (?)*

Il est repris dans l'exposé des motifs de la loi-cadre 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications que l'Autorité de Régulation des Télécommunications du Congo est placée sous la tutelle du Ministère des PTT²⁵³. Ce qui veut dire que l'Autorité de Régulation est placée sous le pouvoir hiérarchique du Ministre des PTT. Et pourtant, la loi 014/2002 portant création de l'ARPTC stipule que l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo est une administration qui est dotée d'une personnalité juridique et relève du Président de la République.

²⁵¹ Définition tirée de la loi-cadre sur les télécoms en RDV.

²⁵² Lepage BUSHABU WOTO, op cit, p. 59 et s.

²⁵³ J.O RDC, 44e année, n° spécial, 25 janvier 2003, p. 19, 2e tiret

La lecture de cet exposé des motifs de la loi-cadre et des articles 1 et 2 de la loi portant création de l'Autorité de Régulation, relève une contradiction qui donne lieu à des interprétations.

Dès lors un débat est né, alimenté par la lutte de préséance entre deux institutions de l'Etat opérant dans le même secteur : Ministère et ARPTC. Un camp estimant que le Ministre ayant en charge les télécommunications est l'autorité tutélaire de l'organe de régulation du Congo et que, par conséquent, cette dernière doit se soumettre aux règles régissant la tutelle en République Démocratique du Congo. Les autres soutiennent que l'Autorité de Régulation ne dépend pas du Ministre des PTT, cela est dit nulle part dans le corps de la loi qui crée cette dernière, ni encore moins dans la loi-cadre.

Dans l'esprit du législateur, l'indépendance de l'ARPTC tel que libellé à l'article 1 alinéa 2, c'est vis-à-vis des opérateurs et du gouvernement. Au regard de toutes dispositions précitées, il y a lieu de soutenir cette dernière thèse, car l'Autorité de Régulation ne dépend pas du Ministre en charge des télécommunications quand bien même l'exposé des motifs le souligne. En compulsant le corps des dispositions de deux lois, elles ne font aucune allusion quant à la dépendance hiérarchique de cet organe vis-à-vis du Ministre. Ce sont les rapports de collaboration et de complémentarité de deux structures en matière bien déterminée de la régulation. La loi étant claire, on ne peut pas évoquer l'exposé des motifs qui, du reste, accompagne la loi et ne sert qu'à expliquer les dispositions de celle-ci lorsqu'elles sont lacunaires ou ambiguës.

En évoquant l'article 2 de la loi 014/2002 qui dispose que l'Autorité de Régulation relève du Président de la République, ne serait-il pas une contradiction avec le soutènement de cette dernière thèse? Relèver du Président de la République ne s'agit-il pas d'une dépendance hiérarchique? Lorsque nous lisons les dispositions de la loi portant création de l'Autorité de Régulation, nulle part, il est dit que cette dernière a comme tutelle le Président de la République.

La tutelle constitue l'ensemble des moyens de contrôle dont disposent l'institution ou l'organe tutélaire sur l'entreprise. La tutelle est d'ordre administratif, judiciaire, technique, économique ou financier. Elle

s'exerce sur les personnes comme sur les actes, à tous les niveaux et à tous les stades de la procédure. Il n'en est pas le cas avec l'ARPTC, le Président de la République n'intervient pas à tous les stades des activités de cet organe.

Ainsi, en matière de budget de l'ARPTC, l'organe qui l'approuve est le Collège et non pas le Président de la République, encore moins une quelconque institution de la République. De même, toutes les décisions prises par le Collège en matière de régulation (en rapport avec ses missions) ne sont pas homologuées par le Président de la République. Le fait de faire relever l'Autorité de Régulation de la plus haute autorité du pays, sert à souligner justement davantage cette indépendance. C'est juste un rattachement et non un pouvoir tutélaire.

Il est vrai que l'article 28 de cette même loi fait allusion aux comptes de l'Autorité de Régulation qui sont susceptibles de vérification par un cabinet d'audit externe. Et à cet effet, le rapport est adressé au Président de la République, au Ministre des finances et au Ministre des PTT.

Cette disposition n'apporte rien quant à la dépendance de l'Autorité de Régulation vis-à-vis de ces institutions précitées ; à savoir : ARPTC et Président de la République. Lepage conclut qu'il y a lieu de considérer donc la tutelle attribuée, par l'exposé des motifs de la loi-cadre sur les télécoms, au Ministre des PTT comme une coquille.

- *Décret fixant les modalités de calcul et le montant de redevance de la taxe de régulation*

En combinant les articles 21 et 1^{er} alinéa 2 de la loi portant création de l'ARPTC, il faut retenir qu'il est conféré à l'ARPTC la personnalité civile impliquant une autonomie financière. Pour autant, il doit disposer des ressources ordinaires et des ressources extraordinaires²⁵⁴.

²⁵⁴ Les ressources ordinaires de l'ARPTC comprennent : (i) les revenus de ses prestations, (ii) les produits des frais administratifs liés à l'étude des dossiers d'octroi ou de renouvellement des licences et/ou autorisations, d'agrément des équipements terminaux et, plus généralement, (iii) le produit de toute redevance en relation avec la mission de l'Autorité de Régulation, (iv) la taxe de numérotation, (v) la taxe de régulation, (vi) les taxes parafiscales autorisées par la loi financière. En revanche, les ressources extraordinaires comprennent: (vii) les avances remboursables du trésor, d'organismes publics ou privés ainsi que les emprunts autorisés conformément à la législation en vigueur, (viii) les subventions, dons, legs et toutes autres recettes en rapport avec son activité.

L'alinéa 4 de ce même article dispose que les ressources ordinaires citées ci-haut doivent faire l'objet d'un décret du Président de la République pour le fixer les modalités de calcul, le taux et le montant des redevances, frais.

En lieu et place de ce Décret du Président de la République (qui à l'époque exerçait le pouvoir réglementaire non pas par Ordonnance comme aujourd'hui), un premier arrêté a été pris en attendant la signature de ce décret. Ainsi, un arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN & BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25/01/2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications entrantes a été signé pour permettre à l'ARPTC qui venait d'être mise en place d'avoir les moyens financiers pour son fonctionnement, quand bien même il était illégal, les opérateurs ont contribué de bonne foi.

Mais pendant qu'on attendait la signature de décret supra, la loi n°05/008 du 31/03/2005 modifiant et complétant la loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participation a intégré la taxe de régulation et la taxe de numérotation au budget de l'Etat en tant que recettes non fiscales et fixe la procédure de leur perception par la DGRAD pour le compte du trésor public.

La loi susdite entre en contradiction avec la loi portant création de l'Autorité de Régulation qui a une autonomie financière. Les recettes de cet organe n'ont jamais été inscrites au budget pour ordre. En sus, elles ne sont pas générées par des actes spécifiques tels que définis par la loi n° 04/15 du 16 juillet 2004. Elles sont payées à l'Autorité de Régulation par les exploitants des services publics des télécommunications comme une contribution pour le fonctionnement de cette dernière.

Au mépris de toutes dispositions, sur décision du gouvernement, 20% de la taxe de régulation sont affectés à l'Etat ; sur décision du Ministre des Finances répartissant le solde de 80% entre différents bénéficiaires. Sans modifier la loi portant création de l'Autorité de Régulation en ce qui concerne les dispositions relatives aux ressources de cette dernière, la procédure introduite par la nouvelle loi empêche l'Autorité de Régulation de remplir les missions qui lui sont confiées et compromet la réalisation des investissements que cette dernière s'emploie à déployer.

- *Internet : une matière non prévue par les lois des télécoms en RDC*

En matière d'Internet, la portée de la loi est vraiment limitée. Toutes les activités qui se développent dans le domaine de l'Internet ne sont pas encadrées par les dispositions légales. L'article 14 de la loi sur les télécommunications soumet à l'autorisation préalable de l'Autorité de Régulation, l'interconnexion entre un réseau indépendant et un réseau ouvert au public.

Cependant, en pratique devant la difficulté consécutive à l'absence d'une réglementation des ISP (Internet Service Provider), plusieurs ISP ayant acquis leurs autorisations sous l'empire de l'ancienne législation, prétextent qu'ils sont des réseaux des télécommunications ouverts au public et sollicitent, auprès des opérateurs à infrastructures leur interconnexion.

Lorsqu'il leur est fait observer qu'en tant que réseau indépendant, ils devront solliciter l'autorisation de l'ARPTC pour l'interconnexion, ces ISP se réfèrent à leurs licences de fournir l'accès à l'Internet public et par conséquent ils prétendent être des réseaux ouverts au public au même titre que les opérateurs concessionnaires tels que CELTEL, VODACOM et OASIS.

Cette difficulté est d'autant plus grande qu'à ce jour certains ISP évoluent en rapport d'interconnexion avec des opérateurs à réseau ouvert au public depuis avant la promulgation de la loi-cadre. Ces ISP font généralement pour ces opérateurs interconnectés le transit des communications internationales entrantes et sortantes. Les fournisseurs des services de voix sur Internet échappent aux dispositions de la loi-cadre sur les télécommunications.

- *Arrêté Interministériel n° 25/CAB/MINETAT/INTERDESEC/010/2008 et n°003 CAB/MIN/PTT/2008 du 8 mars 2008 du Ministre d'Etat en charge de l'Intérieur et du Ministre des PTT fixant les conditions de souscription à l'abonnement téléphonique en RDC*

Au terme de l'article 6 alinéa e) de la loi-cadre sur les télécoms en RDC, les Ministres d'Etat en charge de l'Intérieur et le Ministre des PTT sont spécialement habilités à prendre des mesures dans le domaine de la surveillance générale et de la police du secteur.

La vente des cartes SIM en RDC s'est longtemps faite sans pour autant enregistrer les abonnés au moment de l'acquisition de SIM. Il s'est créé alors des millions d'inconnus utilisant en toute confiance d'anonymat leurs téléphones soit pour des fins normales et licites, soit pour des fins illicites. Les Ministres des PTT et de l'Intérieur ont entendu imposer aux opérateurs de télécommunications contre des pénalités financières l'identification de leurs abonnés. Les nouveaux et anciens abonnés devant être connectés que s'ils s'identifient en fournissant notamment leurs noms, adresses physiques, personnes de référence, etc., sous peine de déconnection ou alors de non connexion de l'abonné récalcitrant par l'opérateur du réseau concerné.

Il va sans dire que cet arrêté pose des nombreuses contraintes matérielles aux opérateurs en plus du fait que ces derniers n'ont aucun intérêt économique et financier à déconnecter un abonné non identifié.

Cependant sur le plan juridique, certains chefs de griefs peuvent être décelés dans l'examen de cet arrêté ; comme par exemple: le fait de fixer le taux d'un acte générateur des recettes pour l'Etat sans signature conjointe du Ministre des Finances. En effet, l'article 9, alinéa 1 de l'Arrêté sous commentaire dit : « Tout opérateur qui n'aura pas identifié ses abonnés dans un délai de 3 mois s'expose à l'une de ses sanctions suivantes : 1)- amende transactionnelle allant de l'équivalent en francs congolais de 5.000 à 10.000USD par abonné non ou insuffisamment identifié ».

Or l'article 3 de la loi 04/015 du 16 juillet 2004 est clair en disposant : « L'assiette, le taux ainsi que la période de paiement des droits, taxes et redevances des recettes (...) ci-dessus sont fixés par Arrêté conjoint des Ministres ayant les finances dans ses attributions et celui dont l'administration constate et liquide lesdites recettes ». Cette loi 04/015 prévoit au point XV, position 47 de son annexe « amendes transactionnelles » comme acte générateur des recettes à percevoir à l'initiative des PTT. Ce qui fonde à croire que les 5.000 à 10.000\$ d'amende transactionnelle prévue par abonné non ou insuffisamment identifié entre sous le régime des actes générateurs des recettes et partant son taux doit faire l'objet d'un arrêté dont le Ministre des finances est cosignataire. L'absence de la signature du Ministre des finances devra rendre l'arrêté irrégulier pour excès de pouvoir.

Dans la pire des hypothèses où l'on dénierait cette nature d'acte générateur de recettes à ces amendes transactionnelles, la situation sera encore pire car il s'agira là de la création d'une amende en tant que sanction pénale dont seul le législateur dispose du pouvoir. Dans cette seconde hypothèse, les Ministres des PTT et de l'Intérieur aurait donc agi en législateur pénal au sens de l'article 5 du Code pénal congolais, livre 1^{er}...²⁵⁵.

- *La Décision n°016/ARPTC/CLG/2006 du Collège de l'ARPTC portant définition des principes d'interconnexion*

Cette décision de l'ARPTC est intervenue après que les opérateurs GSM, réunis au sein du CPST/FEC, aient depuis longtemps validé et signé entre eux leurs contrats d'interconnexions encore en vigueur à ce jour. La décision est arrivée avec plus ou moins 3 ans de retard. La décision elle-même n'a pas stipulé quelle méthode de calcul des coûts d'interconnexion (modélisation des coûts d'interconnexion pour le reflet des coûts pertinents²⁵⁶) qu'il faut utiliser entre tous les acteurs. Car le prix standard de 0,15\$/minute ou de 016\$/minute de taxe d'interconnexion entre opérateurs doit être objectivement disséqué et justifié.

En dépit de la directive d'interconnexion émanant de l'ARPTC, le régime contractuel demeure éminemment dominant en matière d'interconnexion. Ce qui fait que les opérateurs puissants ou dominants peuvent continuer d'imposer leurs règles au détriment de nouveaux entrants. Le principe veut que l'encadrement tarifaire soit assuré par l'ARPTC et que les opérateurs dominants produisent le catalogue d'interconnexion. Cela est encore un chantier.

²⁵⁵ "Les peines applicable aux infractions sont: 1° la mort, 2° les travaux forces, 3° la servitude pénale et 4° l'amende." (Article 5, Code pénal Congolais : Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété à ce jour, Mise à jour au 5 octobre 2006 in JO, 47^e année, no spécial, 05 octobre 2006).

²⁵⁶ Pour faire simple, il faut dire qu'il existe plusieurs modèles de calcul du prix de revient d'un appel en interconnexion. Ces modèles tiennent compte de la valeur des ressources du réseau (deux éléments sur les quatre segments : la commutation et la transmission) qui entrent en ligne de compte pour fournir le service d'interconnexion. Les coûts associés à l'emploi de ces ressources pour transporter le signal du réseau d'autrui vers ses propres abonnés sont reflétés dans des fenêtres de feuilles de calcul (Excell avec des formules prédéfinies) pour faire peser sur la facture d'interconnexion entre opérateurs seulement les coûts pertinents. Parmi les modèles de calcul, l'on peut citer : le FDC (fully distributed cost), le CMILT (coûts moyens intégrés à long terme).

Une critique en rapport avec le contrat standard d'interconnexion utilisé entre opérateurs de réseaux ouverts au public : le modèle de contrat d'interconnexion standardise notamment les modalités d'interconnexion en émettant les principes relatifs au protocole de signalisation permettant aux partenaires de voir le CLI, *caller Line Identity* (le protocole SC7 étant préféré au R2 car restituant plus fidèlement le CLI) ; aux nœuds d'interconnexion ; au système de facturation entre opérateurs ; à la taxe moyenne d'interconnexion qui est actuellement de 0,15\$/minute à 0.16\$/minute entre opérateurs pour les appels locaux et de 0,20\$ de frais de terminaison d'appels internationaux ; au principe de la facturation à l'unité seconde entre opérateurs ; aux principes de réconciliation des comptes par l'échange des données produit à l'aide du monitoring des systèmes de *billing* (*systèmes de facturation*) respectifs des opérateurs en fixant le seuil de tolérance des écarts à 3% à défaut de quoi les parties doivent produire les CDR, call details records, etc.

L'une des grosses faiblesses conceptuelles de ce contrat standard a été d'avoir prévu une facturation en simple transit et en double transit d'appels en faisant réserver aux opérateurs mobiles des blocs de numéros spécifiques pour des régions précises du pays. Ce système n'a pu marcher du fait de la mobilité des abonnés au sein du pays, alors que le double ou le simple transit est mieux géré avec des réseaux de téléphonie fixe. D'où l'adoption au sein de ce même comité du taux d'interconnexion moyen, tel que repris plus haut. Mais dans l'entretemps, la rationalisation des ressources en numérotation ainsi que la gestion du circuit de distribution des cartes SIM avaient bien été affectés par cette option inadaptée du « transit ».

Toutes les problématiques soulevées au présent point appellent une harmonisation ainsi qu'un toilettage des textes légaux et réglementaires en rapport avec l'économie numérique, les télécoms et l'Internet en RDC. A défaut de quoi, il persistera au-delà de nombreux problèmes pratiques consécutives à ces écueils législatifs, un manque de vision et de politique claires sur la gestion du secteur, source d'insécurité juridique.