

Université de Montréal  
et  
Université de Paris-Sud 11

# **LE DROIT DE L'OHADA FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

par  
Mouhamadou Sanni Yaya

Thèse de doctorat effectuée en cotutelle

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures  
de l'Université de Montréal  
en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LL.D.)

et à

la Faculté Jean Monnet de droit, d'économie et de gestion  
de l'Université de Paris-Sud 11  
en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit

Juillet 2011

©Mouhamadou Sanni Yaya, 2011

**Université de Montréal**  
**Faculté des études supérieures et postdoctorales**  
et

**Faculté Jean Monnet de droit, d'économie et de gestion**  
**Université de Paris-Sud 11**

Cette thèse intitulée :

# **LE DROIT DE L'OHADA FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

Présentée et soutenue à l'Université de Montréal par :

**Mouhamadou Sanni Yaya**

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Monsieur Vincent GAUTRAIS  
Professeur à l'Université de Montréal  
Directeur de thèse

Madame Géraldine GOFFAUX-CALLEBAUT  
Professeure à l'Université de Paris-Sud XI  
Directrice de thèse

Monsieur Émmanuel Sidibi DARANKOUM  
Professeur à l'Université de Montréal  
Président-rapporteur

Monsieur Mustapha MEKKI  
Professeur à l'Université de Paris XIII  
Rapporteur

Monsieur Arthur OULAÏ  
Professeur à l'Université de Sherbrooke  
Examineur externe

Monsieur Nicolas VERMEYS  
Professeur à l'Université de Montréal  
Représentant du doyen de la FES

## **Avertissement**

*Les opinions exprimées dans ce document doivent être considérées comme personnelles à son auteur. Les Universités de Montréal et de Paris-Sud XI n'entendent donner aucune approbation, ni improbation à ces opinions.*

*Ce document est présenté conformément au Guide Lluelles : Didier LLUELLES, Guide des références pour la rédaction juridique, Montréal, Thémis, 2008.*

## Résumé

*Le droit de l'OHADA face au commerce électronique* est une réflexion épistémologique sur les questions juridiques que posent les transactions électroniques au sein des pays de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Plus précisément, cette réflexion est une prospective sur l'encadrement juridique du commerce électronique par l'OHADA à partir des expériences menées notamment en Amérique du Nord (Canada-Québec) et en Europe. Les nouvelles technologies de l'information posent en Afrique comme elles l'ont fait ailleurs des défis au droit. Plusieurs initiatives régionales et nationales ont vu le jour au cours des dernières années pour relever ces défis. Seulement, le caractère hétérogène des législations mises en place est à même d'altérer la sécurité juridique régionale tant recherchée par l'organisation. Prenant appui sur la théorie de la circulation des modèles juridiques, cette thèse propose une véritable harmonisation dans le cadre de l'OHADA. Harmonisation qui veillera à prendre en compte les « spécificités africaines » tout en faisant de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) d'Abidjan la plus haute juridiction communautaire en matière de commerce électronique.

**Mots-clés** : Droit, Nouvelles technologies, Commerce électronique, OHADA, Afrique.

## **Abstract**

*Le droit de l'OHADA face au commerce électronique* (OHADA law pertaining to e-commerce) is an epistemological reflection on the legal issues raised by e-trade conducted among members of the Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA). This forward-looking analysis of the organization's legal framework governing e-commerce draws upon relevant experiments carried out notably in North America (Canada-Québec) and Europe. In Africa, as elsewhere, the new information technologies pose certain legal challenges. During the past several years, various regional and national initiatives have addressed these challenges. However, the heterogeneous nature of the different laws implemented impairs the regional-level legal security sought by OHADA. Building on legal transplant, this dissertation proposes, within the context of OHADA, a true harmonization that will ensure that "African specificities" are taken into account while making the Common Court of Justice and Arbitration (CCJA) in Abidjan the highest community jurisdiction in matters of e-commerce.

**Keywords:** Law, New technologies, E-commerce, OHADA, Africa

# Table des matières

<i>Avertissement</i>	<i>iii</i>
<i>Résumé</i>	<i>iv</i>
<i>Abstract</i>	<i>v</i>
<i>Table des matières</i>	<i>vi</i>
<i>Liste des figures et des tableaux</i>	<i>xi</i>
<i>Remerciements</i>	<i>xvi</i>
<b>PARTIE INTRODUCTIVE : PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES</b>	<b>1</b>
<b>TITRE I : NOTIONS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE</b>	<b>5</b>
CHAPITRE I : DÉFINITIONS	5
<i>Section 1 : Le caractère extensif des définitions législatives</i>	6
<i>Section 2 : L'imprécision des définitions doctrinales</i>	12
CHAPITRE II : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE OBJET DE NOTRE ÉTUDE	15
<i>Section 1 : L'exclusion de certaines formes de commerce électronique</i>	16
<i>Section 2 : L'inclusion du mobile commerce</i>	19
CHAPITRE III : LA QUERELLE DOCTRINALE AUTOUR DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	21
<i>Section 1 : L'illusion du vide juridique</i>	22
<i>Section 2 : L'élaboration de nouvelles normes et la naissance d'un domaine spécial du droit</i>	27
<b>TITRE II : DIGRESSIONS À PROPOS DE L'OHADA</b>	<b>35</b>
CHAPITRE I : LES RAISONS DE LA CRÉATION DE L'OHADA	36
CHAPITRE II : L'ORIGINALITÉ DU DROIT OHADA	42
<i>Section 1 : La supranationalité des Actes uniformes</i>	42
<i>Section 2 : Le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)</i>	48

CHAPITRE III : LA COMPATIBILITÉ DU DROIT DE L'OHADA AVEC LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE _____	52
<i>Section 1 : Le commerce électronique et l'article 2 du Traité OHADA</i> _____	53
<i>Section 2 : Les potentialités du commerce électronique dans l'espace OHADA</i> _____	55
<b>TITRE III : PROBLÉMATIQUE ET MÉTHODOLOGIE _____</b>	<b>59</b>
CHAPITRE I : QUESTION DE RECHERCHE ET HYPOTHÈSE _____	59
CHAPITRE II : LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE _____	65
<i>Section 1 : L'approche exégétique</i> _____	65
<i>Section 2 : L'approche comparatiste</i> _____	67
<i>Section 3 : L'approche pluridisciplinaire</i> _____	68
<b><i>PARTIE I : REGARD RÉTROSPECTIF SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA</i> _____</b>	<b>70</b>
<b>TITRE I : LE CARACTÈRE HÉTÉROGÈNE DES TEXTES APPLICABLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA _____</b>	<b>71</b>
CHAPITRE I : LA PERTINENCE DES ACTES UNIFORMES _____	72
<i>Section 1 : La consécration du consensualisme</i> _____	73
Paragraphe 1 : La liberté formelle des actes juridiques _____	74
Paragraphe 2 : La définition de l'« écrit » _____	77
<i>Section 2 : La formation des contrats</i> _____	85
Paragraphe 1 : L'offre _____	86
Paragraphe 2 : L'acceptation _____	89
CHAPITRE II : DES INITIATIVES NATIONALES ET RÉGIONALES ÉPARSES _____	93
<i>Section 1 : Les initiatives nationales</i> _____	95
Paragraphe 1 : L'adoption de législations nationales sur le commerce électronique : l'exemple du Burkina Faso et du Sénégal _____	95
A. Le Burkina Faso _____	95
B. Le Sénégal _____	101

Paragraphe 2 : L'adhésion des États membres de l'OHADA à la Convention des Nations-Unies sur les communications électroniques _____	106
<i>Section 2 : Les initiatives régionales</i> _____	111
Paragraphe 1 : L'adoubement du principe d'équivalence fonctionnelle dans les opérations bancaires _____	111
Paragraphe 2 : L'adoption de l'Acte additionnel portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO _____	117

## **TITRE II : EXAMEN CRITIQUE DES TEXTES APPLICABLES AU COMMERCE**

### **ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA \_\_\_\_\_ 123**

#### **CHAPITRE I : LES POTENTIELLES CONCURRENCES DES NORMES APPLICABLES \_\_ 125**

##### *Section 1 : Les facteurs expliquant la concurrence* \_\_\_\_\_ 128

Paragraphe 1 : L'enchevêtrement des domaines d'action des organisations régionales \_\_\_\_ 129

Paragraphe 2 : Les pouvoirs autonomes des cours de justice communautaires \_\_\_\_\_ 133

##### *Section 2 : Les effets néfastes de la concurrence* \_\_\_\_\_ 143

Paragraphe 1 : Les conflits de compétence entre juridictions nationales et juridictions communautaires \_\_\_\_\_ 143

Paragraphe 2 : Les conflits de compétence entre juridictions communautaires \_\_\_\_\_ 150

#### **CHAPITRE II : L'INADAPTATION DES TEXTES APPLICABLES AU COMMERCE**

### **ÉLECTRONIQUE \_\_\_\_\_ 154**

##### *Section 1 : Le contrat électronique en général* \_\_\_\_\_ 154

Paragraphe 1 : La maladroite adaptation de la notion classique d'offre \_\_\_\_\_ 155

Paragraphe 2 : Des résidus d'un formalisme contractuel rigoureux \_\_\_\_\_ 159

A. Le formalisme référant à un support physique \_\_\_\_\_ 161

B. Le formalisme informatif \_\_\_\_\_ 168

##### *Section 2 : Le « vague à l'âme » du cyberconsommateur OHADA* \_\_\_\_\_ 177

Paragraphe 1 : Observations générales sur l'Avant-projet d'Acte Uniforme sur le contrat de consommation \_\_\_\_\_ 180

A. Des dispositions incompatibles avec le commerce électronique \_\_\_\_\_ 180

B. Des omissions préjudiciables à toute législation sur le commerce électronique \_\_\_\_ 183

Paragraphe 2 : Les insuffisances liées à des domaines décisifs de la cyberconsommation \_ 185

A. L'éclatement des règles juridiques encadrant la publicité en ligne \_\_\_\_\_ 185

B. La réglementation du paiement électronique : un goût d'inachevé \_\_\_\_\_ 197



***PARTIE II : REGARD PROSPECTIF SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE  
DANS L'ESPACE OHADA*** \_\_\_\_\_ **207**

**TITRE I : LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU RECOURS À DES MODÈLES  
JURIDIQUES ÉTRANGERS DANS LA PERSPECTIVE DE L'UNIFORMISATION** **209**

CHAPITRE I : LES ARGUMENTS EN FAVEUR DU RECOURS _____	210
<i>Section 1 : La circulation des modèles juridiques : un phénomène de tous les temps</i> _____	211
<i>Section 2 : L'héritage colonial des États membres de l'OHADA</i> _____	217
<i>Section 3 : L'influence de droits étrangers dans l'élaboration des Actes uniformes</i> _____	222
CHAPITRE II : LA PRISE EN COMPTE DES RÉALITÉS SOCIO-ÉCONOMIQUES DE L'OHADA _____	225
<i>Section 1 : Le niveau de développement économique des États membres</i> _____	226
<i>Section 2 : L'analphabétisme et le manque de culture juridique</i> _____	232
<i>Section 3 : La téléphonie mobile : principal vecteur du commerce électronique dans notre région d'étude</i> _____	234

**TITRE II : LES APPLICATIONS PRATIQUES DU RECOURS À DES MODÈLES  
JURIDIQUES ÉTRANGERS DANS LA PERSPECTIVE D'UNE UNIFORMISATION** **238**

CHAPITRE I : LES SOURCES D'INSPIRATION EN MATIÈRE DE FORMATION ET D'EXÉCUTION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE _____	239
<i>Section 1 : La formation du contrat</i> _____	239
Paragraphe 1 : La précision de la notion d'offre _____	240
Paragraphe 2 : La levée des obstacles formels au processus contractuel _____	244
<i>Section 2 : L'exécution du contrat</i> _____	258
Paragraphe 1 : La généralisation du mécanisme de la rétrofacturation _____	258
Paragraphe 2 : L'exclusion totale d'une quelconque indemnité lors de l'exercice du droit de rétractation _____	270
Paragraphe 3 : La mise en place effective des Prestataires de Services de Certification Électronique (PSCE) _____	275
CHAPITRE II : LES SOURCES D'INSPIRATION EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ EN LIGNE _____	278
<i>Section 1 : L'encadrement juridique de la publicité électronique traditionnelle</i> _____	279
Paragraphe 1 : Plaidoyer pour un débat ouvert dans le choix opt-in / opt-out _____	280
Paragraphe 2 : Des dispositions particulières pour encadrer la publicité faite aux enfants _____	285

<i>Section 2 : Pistes de réflexions sur l'encadrement juridique de la publicité ciblée</i>	289
Paragraphe 1 : Une conception large de la notion de « données personnelles »	290
Paragraphe 2 : Les obligations de sécurité et de conservation limitée des données recueillies	293
<b>Conclusion</b>	<b>301</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>305</b>
<b>I.- Législations nationales et internationales-Traités</b>	<b>305</b>
A.- Législations internationales	305
1.- Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)	305
2.- Organisation de Coopération et de Développement économique (OCDE)	305
3.- Chambre de Commerce Internationale (CCI)	305
4.- Union Européenne	306
5.- Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)	307
B.- Législations nationales	308
1.- Canada	308
2.- États Unis	309
3.- France	309
4.- Pays africains	310
<b>II- Jurisprudence et notes de jurisprudence</b>	<b>311</b>
<b>III-Ouvrages généraux, Traités et Manuels</b>	<b>312</b>
<b>IV- Ouvrages spéciaux-Monographies-Thèses</b>	<b>317</b>
A.- Commerce électronique	317
B.- Droit de l'OHADA - droit africain	322
<b>V- Articles- Études- Communications</b>	<b>326</b>
A.- Méthodologie juridique – Théorie de droit - Théorie des contrats	326
B.- Commerce électronique	332
C.- Droit de l'OHADA - droit africain	341

# Liste des figures et des tableaux

## Liste des figures

Figure 1 : Réglementation du système bancaire et financier de l’UEMOA ..... 122

Figure 2 : Fonctionnement de la rétrofacturation ..... 204

## Liste des tableaux

Tableau 1 : Appartenance des États aux différentes organisations ..... 153

Tableau 2 : Appartenance des États aux différentes organisations ..... 154

## Liste des sigles et abréviations

- AJCL**: The American Journal of Comparative Law
- Arch.philo.droit** : Archives de philosophie du droit
- Cahiers [C.de D.]**: Les Cahiers de droit
- Cahiers prop. intel.**: Les Cahiers de propriété intellectuelle
- Chron.** : Chronique
- CIMA** : Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance
- CJCE** : Cour de Justice des Communautés Européennes
- CNRS** : Conseil National de la Recherche Scientifique
- CNUDCI** : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
- Com. Com. elec.** : Communication et Commerce électronique
- Cont Cons Conc** : Contrats concurrence consommation
- D** : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
- Defrénois** : Répertoire du notariat Defrénois
- DIT** : Revue droit informatique et télécoms
- Gaz. Pal.** : Gazette du palais
- J.C.P. éd. E** : Juris— Classeur Périodique Édition Entreprise (Semaine juridique)
- J.D.I.** : Journal du Droit International
- J.O.C.E.** : Journal Officiel des Communautés Européennes
- JCP** : Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale)
- L.G.D.J.**: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- L.P.A** : Les Petites Affiches
- LITEC** : Librairie Technique
- LPA** : Les Petites Affiches
- M.L.R.**: Modern Law Review
- Obs.** : Observations

**OHADA** : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

**Ord.** : Ordonnance

**P.U.A.** : Presses universitaires d'Afrique

**P.U.F.** : Presses Universitaires de France

**Préc.** : Précité

**R.C.D.A.**: Revue Camerounaise du Droit des Affaires

**R.C.D.I.P.** : Revue Critique de Droit International Privé

**R.D.A.I.** : Revue de Droit des Affaires Internationales

**R.D.B.F.** : Revue de Droit Bancaire et Financier

**R.G.D.**: Revue générale de droit

**R.I.D.C.**: Revue internationale de droit comparé

**R.I.D.E.** : Revue Internationale de Droit Économique

**R.J. D. A.** : Revue Jurisprudence du Droit des Affaires

**R.Q.D.I.**: Revue québécoise de droit international

**R.R.J.**: Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif

**R.T.D Civ.** : Revue Trimestrielle de Droit Civil

**R.T.D. Com.** : Revue Trimestrielle de Droit Commercial

**R.T.D.E.** : Revue Trimestrielle de Droit Européen

**RAE** : Revue des affaires européennes

**RAI** : Revue de droit des affaires internationales

**RDC** : Revue des contrats

**RDIDC** : Revue de droit international et de droit comparé

**Rec.** : Recueil

**Rev. Arb.** : Revue de l'Arbitrage

**Rev. dr. unif.**: Revue de droit uniforme

**Rev. Juris. Com.** : Revue de Jurisprudence Commerciale

**Rev. Soc.** : Revue Droit des Sociétés

**Rev.dr.publ.** : Revue de droit public et des sciences politiques en France et à l'étranger

**RJT**: Revue juridique Thémis

**RLDC** : Revue Lamy droit civil

**RLDI** : Revue Lamy Droit de l'Immatériel

**RRJ** : Revue de recherche juridique et de droit prospectif

**Suppl.** : Supplément

**T.** : Tome

**TGI** : Tribunal de Grande Instance

**Trib. Com.** : Tribunal de Commerce

**UEAC** : Union Économique de l'Afrique Centrale

**UEMOA** : Union Économique et Monétaire Ouest Africaine.

**UMAC** : Union Monétaire de l'Afrique Centrale

**Vol.** : Volume

**Yale L. J.**: Yale Law Journal

*À Taoufick Sanni Yaya*  
*Cher frère bien-aimé,*  
*Ton amour pour les siens*  
*t'a amené à faire le plus grand des sacrifices : celui de ta propre vie !*  
*Jamais nous ne t'oublierons. Reposes en paix.*

## Remerciements

Mes premières pensées sont pour mes deux directeurs de thèse : les professeurs Vincent Gautrais et Géraldine Goffaux-Callebaut qui ont accepté de diriger avec bienveillance les présents travaux<sup>1</sup>. Sans leur détermination et leur patience, il n'eut point de cotutelle de thèse. L'aboutissement de cette convention entre les universités de Montréal et de Paris- Sud XI est tout à leur crédit. Je leur dis un grand merci et souhaite à beaucoup d'étudiants de croiser leur chemin.

Un merci spécial aussi aux professeurs Émmanuel Sidibi Darankoum, Mustapha Mekki, Arthur Oulaï et Nicolas Vermeys, tous membres du jury, qui ont accepté de lire dans un délai relativement court ce manuscrit. Je n'ai aucun doute que leurs expertises permettront de l'améliorer<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Suivant la mission confiée au directeur de thèse par Saint Thomas d'Aquin depuis des lustres : « Instruire les ignorants, prendre soin de ceux qui doutent et fortifier les tristes ». Cité par Philippe le TOURNEAU, « Quelques conseils amicaux pour la rédaction des thèses et des mémoires », en ligne : <<http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTMemoiresTheses>> (consulté le 31 mai 2011). En dépit de la précieuse assistance des professeurs Gautrais et Goffaux, les erreurs commises par action ou omission dans les présents travaux sont les nôtres.

<sup>2</sup> Écrire pour un auteur, « n'est pas l'élément neutre de la Recherche mais bien au contraire contribue à la révéler [...]. Aussi, [...] le retour de la part des autres est essentiel pour savoir ce que l'on a écrit », Yves RESTER, *L'analyse de l'écrit*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 32.



# PARTIE INTRODUCTIVE : PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

1 — . Le XXI<sup>ème</sup> siècle est sans aucun doute celui des nouvelles technologies de l'information<sup>3</sup> : le multimédia a pris son essor ; les moyens de paiement sont devenus incontournables dans le secteur des services financiers ; la disponibilité de banques d'informations sur l'internet<sup>4</sup> a réduit la planète à un *village global*. Ce nouvel espace de communication sans frontières a d'abord suscité l'enthousiasme et confirmé l'évolution significative de l'humain dans l'art de communiquer. L'enthousiasme et l'émerveillement passés, on a vite pris conscience des opportunités que pouvaient offrir ces nouvelles technologies :

« De nombreux coûts de transactions tombent à près de zéro. Dorénavant, un peu partout dans le monde, des groupes importants et diversifiés de personnes peuvent, facilement et à

---

<sup>3</sup> Par technologie de l'information il faut entendre, « l'ensemble des matériels, logiciels et services utilisés pour la collecte, le traitement et la transmission de l'information », OFFICE QUEBECOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, Québec, Sémantix, en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com>> (consulté le 17 mars 2011). *Le grand dictionnaire terminologique* précise que « bien que le terme technologies de l'information ait toujours englobé les technologies de l'électronique, de l'informatique et des télécommunications, certains semblent sentir le besoin aujourd'hui de marquer le tournant dans l'évolution des technologies que représentent les développements du multimédia et des télécommunications, notamment les réseaux et Internet. C'est la raison pour laquelle on rencontre maintenant les expressions « nouvelles technologies de l'information et de la communication » ou « technologies de l'information et de la communication », ainsi que leur forme abrégée (*NTIC*, *TIC*) et leurs nombreuses variantes ».

<sup>4</sup> Internet, l'Internet ou l'internet ? Pour l'Office de la langue française, même si « les Anglo saxons font toujours précéder le terme *Internet* de l'article défini *the* pour le différencier des réseaux informatiques communs, en français « l'utilisation de l'article « téléphone, le minitel, la radio, le télex ou la télévision », *Expertises*, 1999, p. 419. Robert Cailloux rappelle d'ailleurs que la France est le seul pays où on dit « sur Internet », *In* Robert CAILLOUX, « Arrêtons la lecture passive du Web, il faut apprendre à l'écrire », *Planète Internet*, 1996, p. 92.

peu de frais, avoir accès presque en temps réel à l'information dont ils ont besoin pour prendre des décisions éclairées »<sup>5</sup>.

2 —. Tous ces éléments ne peuvent que favoriser le développement du commerce en ligne. Ce type de commerce à en croire plusieurs experts est promis à un bel avenir. Tout au long des dernières années, les revues scientifiques et les médias n'ont cessé de vanter ses bienfaits. On y a vu la panacée à toute prospérité économique<sup>6</sup> : dans l'un de ses récents rapports, The Information Technology and Innovation Foundation (ITIF) liait le taux de croissance du produit intérieur brut américain à l'utilisation croissante des nouvelles technologies de l'information<sup>7</sup>. Une décennie plus tôt, l'Organisation de

---

<sup>5</sup> Don TAPSCOTT, « Virtual Webs Will Revolutionize Business », *The Wall Street Journal*, 2000, p. A 38.

<sup>6</sup> Pour une étude détaillée de l'impact du commerce électronique sur la croissance économique voir : Moez BELLAJ, *Commerce électronique et avantages compétitifs*, Sarrebruck, Éditions Universitaires européennes, 2010 ; Piyush SUKHIJA, *E-commerce Opportunities & Challenges*, Global India Pubns, New Delhi, 2011 ; Sherif KAMEL, *Electronic Business in Developing Countries: Opportunities and Challenges*, Hershey, Igi Global, 2005 ; Peter CUNNINGHAM et Friedrich FRÖSCHL, *Electronic Business Revolution: Opportunities and Challenges in the 21st Century*, Springer, New York, 2010 ; ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *Le Commerce électronique : opportunités et défis pour les gouvernements*, Paris, OCDE, 1997 ; Marc BACCHETTA et al., *Le commerce électronique et le rôle de l'OMC*, Genève, Organisation mondiale du commerce, 1998 ; ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *Les incidences économiques et sociales du commerce électronique : résultats préliminaires et programme de recherche*, OCDE, Paris, 1999 ; Christine BITOUZET, *Le commerce électronique : création de valeur pour l'entreprise*, Paris, Hermès science publications, 1999 ; Graham VICKERY et Masahiro KATSUNO, *Commerce électronique interentreprises : état actuel, incidences économiques et conséquences pour l'action des pouvoirs public*, Paris, OCDE, 1999 ; Robert D. HOF et al., « A New Era of Bright Hopes and Terrible Fears », *Business Week*, 1999, p. 86 ; Brigitte POUSSART, *Rapport d'enquête sur l'adoption du commerce électronique par les PME québécoises*, Québec, Institut de la statistique du Québec, 2001.

<sup>7</sup> Robert D. ATKINSON, Stephen J. EZELL, Scott M. ANDES, Daniel D. CASTRO, and Richard BENËT, *The Internet Economy 25 Years After .Com: Transforming Commerce & Life*, The Information Technology and Innovation Foundation (ITIF), 2010, p. 43. La Fondation note que : « [t]he IT revolution has had a major impact on the global economy. For example, ITIF has estimated that because of the impact of the IT revolution, the U.S. economy is approximately \$2 trillion larger in terms of annual GDP than it would be otherwise. But this measurement includes not just e-commerce and the activities of the commercial Internet, but also other IT impacts, such as the

Coopération et de Développement Économique (OCDE) affirmait déjà presque péremptoirement que<sup>8</sup> :

« Le commerce électronique pouvait accroître sensiblement l'efficacité des économies, hausser leur compétitivité, améliorer l'affectation des ressources et accélérer la croissance à long terme »<sup>9</sup>.

3 — . Si l'impact positif du commerce électronique sur les performances économiques des pays qui l'ont adopté est indéniable, ses principaux atouts – *globalité, immédiateté et automaticité* – qui font son essence même et favorisent la dématérialisation des transactions présentent des difficultés juridiques de taille. Ce sont sur ces difficultés que se penchent les présents travaux en prenant pour terrain d'expérimentation l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (ci-après « OHADA »). Le commerce électronique en effet pose en Afrique, comme il l'a fait ailleurs, des défis au droit. Si les législateurs occidentaux ont essayé d'y apporter, vaille que vaille, des réponses plus ou moins adaptées, tel n'est pas encore le cas de leurs

---

use of electronic kiosks, more efficient IT-enabled machines in factories, and software systems in enterprises ». Selon ses promoteurs, The Information Technology and Innovation Foundation (ITIF) « is a Washington, DC-based think tank at the cutting edge of designing innovation policies and exploring how advances in technology will create new economic opportunities to improve the quality of life. [...] ITIF, founded in 2006, is dedicated to conceiving and promoting the new ways of thinking about technology-driven productivity, competitiveness, and globalization that the 21st century demands », en ligne : <<http://www.itif.org>> (consulté le 17 mars 2011).

<sup>8</sup> L'optimisme de l'OCDE est aujourd'hui tempéré par certains experts : « l'enthousiasme des pionniers du web et la bulle Internet ont constitué pendant quelques années la vague porteuse du commerce et des échanges électroniques, de manière un peu virtuelle [...] ; la réalité, elle est restée pendant longtemps moins rose ; les espérances ont été réajustées et les résultats revus [...] ; les taux de croissance annoncés relevaient du rêve », P. SIMON, préface à Étienne WÉRY, *Facture, monnaie et paiement électroniques : aspects juridiques*, Paris, Litec, 2003.

<sup>9</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda*, OCDE, Paris, 2000, p. 55.

homologues africains. Doter les pays africains de cadres juridiques valables et susceptibles de leur permettre de tirer pleinement profit des avantages du commerce électronique est aujourd'hui plus qu'une nécessité, c'est une urgence. Seulement, « l'Afrique a ses spécificités à la fois culturelles et économiques »<sup>10</sup> qui ne peuvent être ignorées. Le commerce électronique peut-il vraiment prospérer confronté aux réalités sociales africaines ? Une réflexion juridique sur le commerce électronique dans l'espace OHADA soulève de nombreuses interrogations qui appellent des réponses préliminaires avant l'entame du fond du sujet. C'est pour cette raison qu'en lieu et place d'une introduction traditionnelle, il est opté pour un chapitre introductif. Aussi précisons-nous dans un premier temps ce qu'il faut entendre par commerce électronique (Titre I). Deuxièmement, nous ferons une brève digression à propos de l'OHADA (Titre II) avant d'exposer la problématique des présents travaux ainsi que ses choix méthodologiques (Titre III)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Patrick BRUNET, Oumarou TIEMTORE, Marie-Claude VETTRAINO, *Les enjeux éthiques d'internet en Afrique de l'Ouest. Vers un modèle éthique d'intégration*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 13. Sur cette notion de spécificités africaines : José KAPUTA LOTA et Aniceto MOLINARO, *Identité africaine et occidentalité : Une rencontre toujours dialectique*, Paris, L'Harmattan, 2006.

<sup>11</sup> Aussi le lecteur voudra-t-il ne point tenir rigueur à l'auteur s'il ne voit dans les prochains développements une approche systématique du « plan en deux parties ». Même si cette méthode, comme l'avancent des auteurs revêt dans certains pays la valeur d'un sésame pour l'agrégation, elle a fini par déboucher sur « une forme regrettable de conformisme intellectuel qui émousse l'esprit critique et affadie les controverses, jadis si typiques du style doctrinal », Philippe JESTAZ, « Déclin de la doctrine », in *Droit n° 20 Doctrine et recherche en droit*, Paris, 1994, p. 90 et s. Sur la critique du « plan en deux parties » : Michel VIVANT, « Le plan en deux parties, ou l'arpentage considéré comme un art », in *Le droit français à la fin du XXème siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, pp. 969-984.

## TITRE I : NOTIONS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

4 — . Commerce électronique ! Longtemps en vogue, le vocable, il faut s'en désoler et le regretter, est aujourd'hui galvaudé, car utilisé pour désigner la plupart des transactions commerciales opérées en ligne. Qu'est-ce donc que le commerce électronique ? Il nous faut ici, pour y répondre, faire appel à « une connaissance affinée des mots pour affiner notre perception du phénomène »<sup>12</sup>. Cette approche nous conduira de prime abord à essayer de cerner les contours de cette expression fluctuante en le définissant (chapitre I). Nous pourrons ensuite délimiter son champ d'application dans le cadre de la présente étude (chapitre II). Enfin, nous prendrons position dans la querelle qui a longtemps agité la doctrine autour de l'encadrement juridique du commerce électronique (chapitre III).

### CHAPITRE I : DÉFINITIONS

5 — . Toute définition en droit est périlleuse<sup>13</sup>. Telle est la mise en garde servie par le *Digeste*<sup>14</sup>. C'est donc avec quelques réserves que nous nous engageons sur ce terrain glissant. Définir le commerce électronique, c'est comme chercher une aiguille dans une botte de foin tant il est difficile pour ne pas dire impossible de trouver une

---

<sup>12</sup> Herbert Lionel Adolphus HART (Traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove), *Le concept du droit*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1976, p. 10.

<sup>13</sup> La citation originale est : « Omnis definitio in jure periculosa est ».

<sup>14</sup> Parfois désigné sous le vocable de *Pandectes*, le *Digeste* est un recueil regroupant des extraits d'opinions et de sentences de juristes romain sous le règne de l'empereur Justinien, en ligne : < [www.universalis.fr](http://www.universalis.fr) > (consulté le 22 mars 2011).

définition généralement reçue par tous<sup>15</sup>. C'est pour cette raison que des auteurs affirment que:

« Defining electronic commerce is problematic; its versatility and intuitiveness ensure that often it is not defined or that it is defined in all-encompassing fashion where it is taken to refer to any transaction conducted over a network »<sup>16</sup>.

Aussi, pour élucider le concept de commerce électronique convient-il d'apprécier sa définition au regard du sens que lui donnent les législateurs (section 1) et la doctrine (section 2).

### ***Section 1 : Le caractère extensif des définitions législatives***

6 — . Rares sont les législateurs qui se sont risqués à définir le concept du commerce électronique<sup>17</sup>. Sur le continent américain, ni l'*Uniform Electronic*

---

<sup>15</sup> Xavier-Linant de BELLEFONDS, *Le droit du commerce électronique*, Paris, PUF, 2005, p. 3.

<sup>16</sup> Howard WILLIAMS, Jason WHALLEY et Feng LI, "Interoperability and Electronic Commerce: A New Policy Framework for Evaluating Strategic Options", (2000) 5 *J.C.M.C.*, en ligne : <<http://www.ascusc.org/jcmc>> (consulté le 22mars 2011).

<sup>17</sup> Une rapide étude des lois de transposition de la directive « commerce électronique » en Europe permet d'établir que seule la France s'embarrasse d'une définition de ce concept. La plupart des autres pays, Belgique, Espagne, ou encore Italie par exemple reprennent tout simplement la définition de l'expression « services de la société de l'information » figurant en tête de ladite directive. C'est la même position qu'adopte le Burkina Faso avec sa *Loi établissant un cadre de confiance pour les services, les actes juridiques et l'administration électronique au Burkina Faso*. Plus précisément, le considérant 21 de l'article 2 de cet avant-projet ne définit que l'expression « services de la société de l'information ». Pour des auteurs avisés, « il semble que l'expression « commerce électronique » employée par la CNUDCI et la Communauté européenne dans les titres de leurs instruments, ne soit qu'une expression accrocheuse destinée à mettre en relief l'effort de modernisation du droit. Aucun sens juridique précis, ni même technique n'était jusqu'alors attaché à cette expression », Olivier CACHARD, « LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable », *Com. Com. elec.*, n° 9, 2004, Étude 31, p. 58.

*Transaction Act* (ci-après « UETA »)<sup>18</sup> des États-Unis ni leur *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (ci-après « E-Sign »)<sup>19</sup> n'en donnent une définition précise. Au Canada, la *Loi uniforme sur le commerce électronique*<sup>20</sup> et les différentes lois provinciales<sup>21</sup> restent silencieuses sur la question<sup>22</sup>. Outre Atlantique, en Europe, le

---

<sup>18</sup> *Uniform Electronic Transaction Act*, en ligne : <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990>> (consulté le 22 mars 2011).

<sup>19</sup> *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, Pub. L. 106-229, 114 Stat. 464 (2000) (codifié at 15 U.S.C. gg 7001-7006, 7021, 7031).

<sup>20</sup> *Loi uniforme sur le commerce électronique*, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/poam2/index>> (consulté le 24 mars 2011). Il ne faut cependant pas s'y méprendre : ce texte n'a pas une portée formelle comme son nom pourrait le laisser penser. Le document, dont l'objectif principal est la mise en œuvre des principes de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* au Canada est l'œuvre de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, un organisme qui dédie ses efforts à l'harmonisation des lois des provinces et territoires canadiens.

<sup>21</sup> *Électronique Transactions Act*, R.S.A. 2000, c. E-5.5 (Alberta) ; *Électronique Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10 (Colombie Britannique) ; *Loi sur le commerce et l'information électronique*, C.P.L.M. ch. E55 (Manitoba) ; *Loi sur les opérations électroniques*, L.N.-B. 2001 (Nouveau-Brunswick) ; *Électronique Commerce Act*, S.N.L. 2001, c. E-5.2 (Terre-Neuve et Labrador) ; *Électronique Commerce Act*, S.N.S. 2000, c. 26 (Nouvelle-Écosse) ; *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, L.O. 2000, ch. 17 ; *Électronique Commerce Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-4.1 (Île-du-Prince-Édouard) ; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q. 2001, ch. C-1.1 (Québec) ; *The Electronic Information and Documents Act, 2000*, S.S. 2000, c. E-7.22 (Saskatchewan) ; *Électronique Commerce Act*, S.Y. 2000, c. 10 (Yukon) ; *Loi sur le commerce électronique*, S. Nu. 2004, ch. 7 (Nunavut).

<sup>22</sup> Il faut toutefois souligner que le *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique* (Code qui n'est pas un texte législatif, mais un ensemble de principes issus d'un groupe de travail sur la consommation mis en place à l'automne 1999) en donne une définition : « activité commerciale relative à l'achat, à la vente, à la location, à l'octroi de licences ou à toute autre transaction par laquelle un produit ou un service est offert par voie électronique, notamment dans Internet. Il peut s'agir de marketing, de sollicitation de dons, d'organisation de concours et de clubs ». Voir : GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, en ligne : <<http://strategis.ic.gc>> (consulté le 17 mars 2011). Voir aussi la définition donnée par Statistiques Canada : « transactions utilisant des canaux informatisés incluant le transfert de propriété ou le droit d'utilisation d'actifs tangibles ou intangibles », STATISTIQUES CANADA, *Une vérification de la réalité pour définir le commerce électronique*, 1999, en ligne : <<http://www.statcan.ca/français/88F00.pdf>> (consulté le 17 mars 2011).

législateur français est le seul à s'y commettre lors de sa transposition de la directive européenne du 08 mars 2000<sup>23</sup>. Il définit le commerce électronique comme suit :

« L'activité économique par laquelle une personne propose ou assure par distance et par voie électronique la fourniture de biens ou services. Entrent également dans le champ du commerce électronique 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'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent »<sup>24</sup>.

7 — . C'est donc à la lumière de cette définition française, intégralement reprise par la loi sénégalaise de 2008 sur les transactions électroniques<sup>25</sup> que nous essayerons de comprendre et cerner l'esprit du législateur lorsqu'il appréhende le concept étudié. Portalis ne disait d'ailleurs-t-il pas que la connaissance de l'esprit des lois est supérieure à la connaissance même des lois<sup>26</sup>? Pour le juriste, écrivent d'autres auteurs :

« L'intention du législateur ne s'identifie pas à la pensée réelle, subjective, psychologique et historique qui a pu habiter l'esprit des personnes (rédacteurs, parlementaires, conseillers municipaux) qui ont contribué à l'élaboration et à l'adoption du

---

<sup>23</sup> Directive 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, (« directive sur le commerce électronique »), JOCE, n° L 178/1 du 17 juillet 2000.

<sup>24</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143, 2004, p. 11168, art. 14.

<sup>25</sup> Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, Journal officiel de la République du Sénégal, n° 6404, 2008.

<sup>26</sup> Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>ème</sup> siècle*, Paris, 1834 : « l'esprit philosophique est au-dessus de la philosophie même, comme l'esprit géométrique est au-dessus de la géométrie, comme la connaissance de l'esprit des lois est supérieure à la connaissance même des lois ».



texte. [...] L'intention que le juriste recherche, c'est en pratique celle qu'il conviendrait d'attribuer à une personne raisonnable qui aurait rédigé le texte dans le contexte dans lequel il a été effectivement rédigé. En dernière analyse, l'intention du législateur, c'est l'intention du texte, l'intention que le texte manifeste »<sup>27</sup>.

8 — . Sur cette base, il est possible dire que la signification que donne ici le législateur français de l'expression « commerce électronique » a une portée à l'évidence particulièrement large, « impérialiste » même dit un auteur<sup>28</sup>. Une définition très étendue qui englobe plusieurs services : de la fourniture en ligne d'informations, des communications commerciales, aux outils de recherches, d'accès ou de récupérations de données, etc. L'énumération de cette série d'activités rend, nous semble-t-il, le contenu de la définition trop général et vague<sup>29</sup>. C'est vrai qu'il est plus aisé de dénoncer après coup des dispositions dont la rédaction ne fut forcément pas facile. Toutefois, il faut admettre qu'en regroupant sous la seule bannière du commerce électronique des opérations très différentes, le législateur français ne rend pas évident la compréhension. Plus encore, employer le terme « activité économique » élargit la notion de

---

<sup>27</sup> *Goldman c. La Reine*, [1980] 1R.C.S. 976, 994 et 995 (j. McIntyre). Cité par Pierre-André CÔTÉ (avec la collaboration de Stéphane Beaulac, Mathieu Devinat) *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 2009, pp. 7-8. Sur « l'intention du législateur » : François OST et Michel van de KERCHOVE, « le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique » (1982) 27 *Arch. Phil. Dr.* 395, 398 ; Gerald C. Mac CALLUM, Jr., 'Legislative Intent', (1965-66) 75 *Yale L. J.* 754.

<sup>28</sup> Jean-Louis BIDON, « La définition du commerce électronique par l'article 14 de la LCEN », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 171, 2004, p. 21. Voir aussi Michel VIVANT, « Le contrat plongé dans l'économie numérique », *RDC*, n° 2, 2005, p. 533.

<sup>29</sup> Arnaud RAYNOUARD, « La loi n° 204-575 pour la confiance dans l'économie numérique... ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire ! », *RDC*, n° 2, 2005, p. 565.

commercialité<sup>30</sup> et ne fait qu'ajouter à la confusion et ce d'autant plus que la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a déjà maintes fois démontré que cette expression est une véritable « auberge espagnole »<sup>31</sup>. Aussi, le champ d'application de la loi française est-il en net dépassement de celui couvert par la « directive sur le commerce électronique ». L'opération en effet visée par l'article 14 de la *Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* (ci-après « LCEN ») est celle par « laquelle une personne propose ou assure [...] la fourniture de biens ou de services »<sup>32</sup>. Interprété littéralement, cela veut dire que le législateur français prend en compte non seulement le commerce électronique direct, celui exclusivement effectué par les voies électroniques, mais aussi le commerce électronique indirect, celui dont une partie, la

---

<sup>30</sup> Cet élargissement de la notion de commercialité est décrié par certains auteurs : selon Arnaud Raynouard, « en fondant la définition du commerce électronique sur l'idée d'une activité économique, la loi CEN participe [...] du mouvement de recul de la notion de commerce et de commerçant au profit de la notion de professionnel. [...] Mais du coup, la délimitation perd en netteté, le « professionnel » n'étant pas une qualification précise en droit positif », A. RAYNOUARD, préc., note 29, p. 565. Dans le même sens Pascal Agosti : « au terme de cette définition du commerce électronique, on peut craindre que la notion de commercialité telle qu'évoquée dans les articles L. 110-1 et suivants du Code de commerce perde encore un peu plus de sa cohérence, de sa consistance », Pascal AGOUTI, « La confiance dans l'économie numérique (commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) », *L.P.A*, n° 110, 2005, p. 6.

Pour une étude approfondie de la notion de commercialité : Georges RIPERT et René ROBOT, *Traité de droit commercial*, vol. 1, LGDJ, n°339 ; François TERRE, « esquisse d'une sociologie de la commercialité », in *Mélanges Roblot*, n° 11, LGDJ, 1984.

<sup>31</sup> L'expression « activité économique » est une à géométries variables : tantôt il est employé en droit de la concurrence (CJCE, 23 avr. 1991, *Höner*, aff. C-41/90 ; adde CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, aff. C-264/01, mes obs. in *RJ Com.* 2004, p. 257). Tantôt, il l'est lorsqu'il ya recherche d'un avantage financier (CJCE, 20 nov. 2001, *Malgorzata Jany*, aff. C-268/99 ; CJCE, 29 févr. 1996, *INZO*, aff. C-110/94).

<sup>32</sup> *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., note 24, art. 14.

livraison par exemple d'un bien corporel, s'effectue hors ligne<sup>33</sup>. Or le considérant 18 de la Directive n°2000/31/CE établit clairement que :

« [...] Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes »<sup>34</sup>.

9 — . Par ailleurs, les textes européens visent seulement la fourniture de services<sup>35</sup> tandis que la LCEN couvre également la fourniture de biens même s'il est de tradition en droit français de qualifier de prestations de services les fournitures opérées en lignes<sup>36</sup>. Il y a donc à première vue des différences de portée fort regrettable. C'est un signe de l'insuffisance et du caractère médiocrement exploitable des définitions législatives<sup>37</sup>. Dès lors, il convient de se tourner vers la doctrine pour espérer clarté et concision.

---

<sup>33</sup> J.-L. BIDON, préc., note 28, p. 25. Voir aussi l'Avis n° 351 (2002-2003) d'Alex Türk de la commission des lois du Sénat français.

<sup>34</sup> *Directive 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*, préc., note 23, considérant 18.

<sup>35</sup> Voir à ce sujet la définition des « services de la société de l'information » donnée par l'article 1, paragraphe 2 de la Directive n° 98/34/CE telle que modifiée par la Directive n° 98/48/CE : « au sens de la présente directive, on entend par [...] service tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services [...] ».

<sup>36</sup> Sur cette question, voir les développements de Thibault Verbiest en matière de TVA et en matière de droit d'auteur, Thibault VERBIEST, *Le nouveau droit du commerce électronique : la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 113-114.

<sup>37</sup> X. L. de BELLEFONDS, préc., note 15, p. 3.

## ***Section 2 : L'imprécision des définitions doctrinales***

10 — . En l'absence d'une définition législative satisfaisante du commerce électronique, c'est à la doctrine que revenait la tâche d'élucidation du vocable. Pour certains auteurs, le commerce électronique est : « l'ensemble des échanges d'informations, opérations et transactions réalisées sur le réseau et qui affecte la vie des affaires »<sup>38</sup>. Pour d'autres, il désigne :

« L'ensemble des échanges électroniques liés aux activités commerciales. Il s'agit donc aussi bien de relations interentreprises que de relations entre entreprises et administrations et des échanges entre entreprises et consommateurs »<sup>39</sup>.

Point n'est besoin de préciser qu'encore ici, c'est l'acception large qui prédomine. Or, il est généralement attendu de la doctrine qu'elle « assume sa fonction de guide, d'oracle

---

<sup>38</sup> Éric BARBRY, « Le droit du commerce électronique : de la protection... à la confiance », *DIT*, n° 2, 1998, p. 15.

<sup>39</sup> Francis LORENTZ, *Rapport Commerce électronique. Une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, Paris, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 1998, en ligne : à <<http://www.finances.gouv.fr/com>> (consulté le 17 mars 2011). Dans la même mouvance, Anne de La Presle : « Le commerce électronique — au sens large – couvre aussi le champ des transactions avec des acteurs non commerciaux », Anne de LA PRESLE, « La signature numérique est-elle une panacée ? », *DIT*, n° 3, 1998, p. 31. D'autres auteurs ont élaboré une typologie d'opérations fondée sur la qualité des parties à une transaction électronique. Aussi mettent-ils de l'avant par le biais d'acronymes anglais au moins six grands domaines du commerce électronique : le B to A (Business to Administration) qui regroupe toutes les transactions électroniques entre une entreprise et une administration ; le B to B (Business to Business), les transactions électroniques entre deux ou plusieurs entreprises ; le B to C (Business to Consumer), les transactions électroniques entre une entreprise et un consommateur ; le A to C (Administration to Consumer), les transactions électroniques entre une administration et une personne privée ; le C to C (Consumer to Consumer), les transactions électroniques entre consommateurs ; le B to E (Business to employee), les transactions électroniques entre les entreprises et les employés. Sur cette question : Blandine POITEVIN et Viviane GELLES, « Le cadre du Business C to C », *Expertises des systèmes d'information*, n° 336, 2009, pp. 175; Marc LANGLOIS et Stéphane GASH, *Le commerce électronique B. to B. — De l'E.D.I à Internet*, Paris, Dunod, 1999, pp. 4 et 5.

et d'augure du droit positif afin de veiller à rendre le droit plus cohérent et mieux adéquat aux exigences sociales »<sup>40</sup>. En plus, elle doit non seulement servir de guide au législateur,<sup>41</sup> mais aussi et surtout, il lui appartient de comprendre et faire comprendre (au sens courant du terme) les textes, décisions et concepts<sup>42</sup>. Un auteur français évoque ce rôle dévolu à la doctrine en paraphrasant un célèbre feuilletoniste du XIX<sup>ème</sup> siècle :

« Il nous appartient, à nous autres, la doctrine, [...] « nous autres, gentilshommes du moyen âge... » — de commenter, d'expliquer, mais encore de critiquer si besoin est la réglementation qui n'est jamais parfaite »<sup>43</sup>.

**11** — . Peut-on affirmer en l'espèce avec certitude que la doctrine fait honneur à cette noble mission dans son appréhension du concept de « commerce électronique » ? Il

---

<sup>40</sup> Dimitri HOUTCIEFF, obs. *RTD. Civ.*, 2003, p. 185.

<sup>41</sup> François TERRE et Anne ADAM-OUTIN, « Codifier est un art difficile (à propos d'un... » Code de commerce) », *D*, 1994, Chronique, p. 99 et s.

<sup>42</sup> Philippe JESTAZ, « Déclin de la doctrine », (1994) *Droits*, 89. François Ost et Michel Van de Kerchove notent de leur côté que « comme Janus, la doctrine présente deux faces : l'une qui regarde du côté de la science, l'autre tournée en direction de l'action. [...] Elle est partagée entre faire savoir et savoir faire. La question qui se pose aujourd'hui est de savoir si la doctrine occupe encore cette position d'entre-deux, si elle assume encore son double visage de Janus, ou bien si, emportée par de multiples évolutions du droit, elle n'est pas progressivement conduite à jouer un autre rôle », François OST et Michel Van de KERCHOVE, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir faire", in *Annales de droit de Louvain*, n° 1, 1997, p. 31. Sur le rôle de la doctrine : André ORAISON, « Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnement juridique international contemporain », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 1, 2000, pp. 285-302 ; Sylvie CIMAMONTI, « Doctrine », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 186 ; Alain SÉRIEUX, « La notion de doctrine juridique », (1994) 20, *Droits*, 65-74 ; Étienne PICARD, « Sciences du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119.

<sup>43</sup> Jean BEAUCHARD, « L'offre dans le commerce électronique », in Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE (dir.), *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?* Paris, LGDJ, 2005, p. 35. Pour Jacques Chevallier, « l'activité qui consiste à connaître et à faire connaître le droit [sous-entendre la doctrine] [...] vise à démêler l'écheveau des significations, à dégager de l'enchevêtrement des textes certains fils conducteurs, à dénouer les contradictions éventuelles qu'ils recèlent ; et cette interprétation a bel et bien une portée créative, en contribuant à fixer le contenu de la norme », Jacques CHEVALIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit & Société*, n° 50/2002, p. 106.

est difficile de répondre à cette interrogation par l'affirmative sans nuance. On se gardera bien de conclure ici à un échec, à un déclin<sup>44</sup> ou encore à une décadence<sup>45</sup> de la doctrine. Seulement, l'acception large du commerce électronique qu'elle consacre laisse songeur et n'apporte rien de substantiel à la compréhension. Une démarche regrettable lorsqu'on sait que :

« Comme la chimie se sert des molécules, le droit se sert de mots. Comme la chimie n'utilise que des molécules identifiées et stables, le droit doit utiliser des mots clairs, identifiés par l'usage, stables et précis. À défaut, praticiens et juges hésitent sur la portée des règles : le désordre entraîne l'insécurité juridique, facteur d'anarchie économique et d'anomie sociale »<sup>46</sup>.

Aussi, à défaut de « dénicher » une définition satisfaisante du commerce électronique, d'autres auteurs vont-ils essayer de distinguer le concept de ses notions voisines. Ils invitent à différer le commerce électronique des termes « affaires électroniques » :

« Les affaires électroniques [désignent] toute relation interentreprises facilitée par l'intégration de technologies de l'information, alors que l'expression « commerce électronique » sera réservée au processus de la transaction effectuée grâce à ces mêmes technologies, c'est-à-dire toute transaction effectuée [...] par l'intermédiaire d'un réseau informatique, tel Internet<sup>47</sup> ».

**12** — . D'autres commentateurs ont de leur côté donné préférence à la notion de « marché électronique ». Une expression définie comme « la confrontation des offres et

---

<sup>44</sup> P. JESTAZ, préc., note 42, p. 90.

<sup>45</sup> Jean Denis BREDIN, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, p. 115 : « cette décadence de la doctrine ici posée en postulat ».

<sup>46</sup> Henri TEMPLE, « Quel droit de consommation pour l'Afrique ? Une analyse du projet OHADA d'Acte uniforme sur le droit de la consommation », *Revue burkinabé de droit*, n° 43, 2003, p. 6.

<sup>47</sup> Nicolas VERMEYS, Karim BENYEKHLEF et Vincent GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2005) 38 *Thémis*, p. 651.

des demandes sur les réseaux électroniques ouverts. [...] Un marché de gré à gré, constitué par une somme d'opérations bilatérales »<sup>48</sup>. Cependant, même si l'idée de marché électronique est à première vue séduisante, elle ne peut être ici retenue. Cette notion paraît trop liée au droit de la concurrence et au droit financier. Qui plus est, le marché auquel il est fait référence suppose, les auteurs eux-mêmes le concèdent, « la réunion des opérateurs pour l'échange d'une gamme très étendue de produits et services »<sup>49</sup> non clairement définis. Les termes « affaires électroniques » ne peuvent non plus nous être d'aucun secours ; notre projet déborde largement le cadre des relations strictement interentreprises puisqu'il inclut aussi les consommateurs. Reste donc à déterminer ce que nous entendons par commerce électronique dans le cadre de la présente étude.

## CHAPITRE II : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE OBJET DE NOTRE ÉTUDE

13 — . Dans leur quête désordonnée de confiance<sup>50</sup>, le législateur et la doctrine mettent sous la seule bannière du commerce électronique une variété d'opérations effectuées sur le réseau. Or qui trop embrasse, mal étreint. Affirmer entre autres qu'il s'agit d'une « activité économique par laquelle une personne propose ou assure à

---

<sup>48</sup> Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 8-9.

<sup>49</sup> Idem, p. 9.

<sup>50</sup> Michel VIVANT, « Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique », *Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux*, n° 171, 2004, p. 2.

distance et par voie électronique la fourniture de biens et de services »<sup>51</sup> ne permet pas de délimiter un champ d'application précis. Aussi, par souci de clarté, devient-il essentiel pour nous de circonscrire notre domaine d'étude. Pour y parvenir, nous y excluons d'une part certaines activités menées sur le réseau. De l'autre, nous précisons que le commerce électronique objet de notre étude inclut aussi le mobile commerce<sup>52</sup>.

### ***Section 1 : L'exclusion de certaines formes de commerce électronique***

14 — . Qui dit commerce dit contrat. Le contrat est au cœur du commerce électronique<sup>53</sup>. Nous déterminerons donc premièrement si le contrat de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (ci-après « OHADA ») passe l'épreuve de l'électronique. Dans sa définition du commerce électronique, le législateur français précise que l'activité en cause est celle par laquelle on propose des biens et des services. L'emploi du verbe « proposer » présente l'avantage de désigner non seulement l'offre de contracter mais aussi la publicité<sup>54</sup>. D'ailleurs, la seule existence d'un site web

---

<sup>51</sup> *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., note 24, art. 14.

<sup>52</sup> Sur le Mobile commerce : Thibault VERBIEST et Étienne WERY, « Commerce électronique par téléphone mobile (m-commerce) : un cadre juridique mal défini », *D*, n° 41, 2004, p. 2981.

<sup>53</sup> Désigné comme le « [v] éhicule juridique de tout échange commercial, le contrat est naturellement au cœur de l'économie numérique. Prétendre donner confiance dans celle-ci, c'est donc, d'abord, faire en sorte que la conclusion d'un contrat dans l'univers électronique soit au moins aussi fiable que dans un environnement traditionnel », Philippe STOFFEL-MUNCK, « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Com. Com. elec.*, n° 9, Étude 30, p. 1. Dans le même sens : J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, préc., note 43.

<sup>54</sup> O. CACHARD, préc., note 48, p. 60.



vaut publicité<sup>55</sup>. On ne saurait donc sérieusement parler du commerce électronique et ignorer la publicité en ligne. C'est pour cette raison que seront ensuite évaluées les règles de publicité de notre région d'étude surtout lorsqu'elles sont confrontées aux nouvelles technologies de l'information. Enfin, tout commerce suppose paiement d'un prix<sup>56</sup>. Un paiement exigeant un degré élevé de sécurité, gage de protection et de confiance pour acheteurs et vendeurs<sup>57</sup>. Cependant, la sécurité ne se décrète pas lorsqu'il s'agit de transactions opérées sur un réseau, dans un monde dématérialisé<sup>58</sup>. Il sied donc de nous pencher dans nos développements sur l'environnement législatif et réglementaire des paiements au sein de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (ci-après « UEMOA »)<sup>59</sup> et de la Communauté Économique et Monétaire de

---

<sup>55</sup> *Rennes 31 mars 2000*, JCP E 2000, n° 48, p. 1902, obs. M. Vivant : dans cette affaire qui opposait La SA coopérative « Compagnie Financière du Crédit Mutuel de Bretagne » à L'association « Fédération Logement Consommation et Environnement d'Ille-et-Vilaine » la Cour d'Appel de Rennes a jugé que « [l] art. L. 311-4 C. Consom dispose que toute publicité faite, reçue ou perçue en France qui, quel que soit le support, porte sur une des opérations de crédit visées à l'art. L. 311-2, doit préciser l'identité du prêteur, la nature, l'objet et la durée de l'opération proposée ainsi que le coût total et, s'il y a lieu, le taux effectif global mensuel et annuel du crédit et les perceptions forfaitaires. [Qu'] un site internet est susceptible de constituer un support publicitaire : il permet la communication au public de textes et d'images, destinée éventuellement à présenter au public le consultant des marques des services et des marchandises et à inciter à la conclusion de contrats avec les consommateurs potentiels. Le fait que le site ne puisse être consulté qu'après abonnement, et au choix du site par l'utilisateur d'internet, ne change en rien le caractère publicitaire des annonces qui peuvent y être faites. La situation est exactement identique à celle de l'acheteur d'un journal contenant des publicités, ou à toute personne recevant des annonces à diffusion restreinte, soit par le mode de diffusion, soit par la limitation de l'accès au lieu de diffusion. La démarche volontaire de celui qui va consulter volontairement un message publicitaire accessible au public d'une manière ou d'une autre ne fait pas disparaître le caractère publicitaire de l'information qui lui est délivrée ».

<sup>56</sup> X.-L. de BELLEFONDS, préc., note 15, p. 63

<sup>57</sup> Sur la notion de confiance : Pierre-Hugues VALLÉE et Ejan MACKAAY, « La confiance. Sa nature et son rôle dans le commerce électronique », *Lex Electronica*, vol. 11 n° 2, 2006.

<sup>58</sup> Cathie-Rosalie JOLY, *Le paiement en ligne*, Paris, Lavoisier, 2005, p. 12.

<sup>59</sup> L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) est une organisation régionale fondée le 10 janvier 1994. Elle regroupe huit pays africains (Bénin, Burkina Faso, la Côte

l'Afrique Centrale (ci-après « CEMAC »)<sup>60</sup>. Deux institutions régionales dont sont membres les pays qui composent l'OHADA<sup>61</sup>. Seront exclues de notre champ d'investigation les questions en rapport avec les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information<sup>62</sup>. Ne feront pas aussi partie de la présente étude, l'examen approfondi des règles applicables aux transactions de valeurs mobilières en bourse<sup>63</sup>.

---

d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal et Togo) partageant une monnaie commune : le FCFA. L'organisation vise entre autres à « renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des États membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé », en ligne : [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int) (consulté le 17 mars 2011). Pour une étude approfondie sur l'espace UEMOA : Gilles DUFRENOT, Éloge HOUSSOU et Emédétémnin NONFODJI, *Politique budgétaire et dette dans les pays de l'UEMOA*, Paris, Économica, 2007 ; Gilles DUFRENOT et Hadji Abdou SAKHO, *Enjeux des politiques macroéconomiques des pays de l'UEMOA*, Paris, Économica, 2008.

<sup>60</sup> Le Traité qui institua la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) est signé par six États (Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, Tchad), le 16 mars 1994. L'objectif de la CEMAC est de : « mettre en place un dispositif de surveillance multilatéral des politiques économiques des États membres ; assurer une gestion stable de la monnaie commune [le FCFA] ; créer un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services » ; etc., en ligne : [www.cemac.int](http://www.cemac.int) (consulté le 22 mars 2011) Pour une étude approfondie sur la CEMAC : Henri-Désiré Modi KOKO BÉBÉ, *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) : Tome 1, Droit commercial général et droit de la concurrence*, Chennevières-sur-Marne, Dianopia, 2009 et Richard Ondji' i TOUNG, *Éthique économique et endettement extérieur dans les pays de la CEMAC*, Paris, L'Harmattan, 2009.

<sup>61</sup> Le Burundi n'est membre d'aucune de ces deux institutions.

<sup>62</sup> Voir à ce sujet : Kamiel J. KOELMAN et al., *Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*, Boston, Kluwer Law International, 2000 ; Lionel COSTES, « Cyber-commerçants situés à l'étranger : quid du paiement de la rémunération pour copie privée ? », *Lamy droit de l'immatériel*, n° 10, 2005, p. 15 ; Stéphanie BEGHE et Laurent COHEN-TANUGI, « Droit d'auteur et copyright face aux technologies numériques ; comparaisons transatlantiques », *Légipresse*, n° 178, 2001, p. 1.

<sup>63</sup> Sur cette question : Stéphane ROUSSEAU, « Émission et transaction des valeurs mobilières sur Internet », in Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 213 ; Thierry GRAINER, « La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : une rencontre entre droit de la consommation et droit financier », *Bulletin Joly Bourse*, n° 1, 2006, p. 7 ; John C. COFFRE, « Brave New World ? : The Impact of the Internet on Modern Securities Regulation », (1997), 52 *Bus. Lawyer* 1195 ; Hervé LÉCUYER, « Exécution d'ordres de bourse reçus via Internet », *Com. Com. elec*, n° 2, 2006, p. 39 ; Thierry BONNEAU, « Démarchage et Internet », *R.D.B.F.*, n° 5, 2001, p. 271 ; Anne-Louise CHILDS, « The SEC begins to produce considered view on the Internet », *International Financial Law Review*, n° 8,

L'étude de la cyberpublicité sera l'occasion d'une brève réflexion sur la problématique de la protection des renseignements personnels lors d'une transaction électronique<sup>64</sup>.

### ***Section 2 : L'inclusion du mobile commerce***

15 — . La notion de commerce électronique est, nous l'avions vu, généralement entendue au sens large. Le contenu de la définition de ce concept peut donc être très variable. Il est tributaire des objectifs que poursuit l'auteur de la définition. Un auteur a déjà expliqué que :

« La nature de la définition du commerce électronique se déduit de ses fonctions. [Que], si la définition fixait un concept juridique, il s'agirait d'une définition réelle [...]. Elle serait déterminante et conceptuelle. Mais, [qu'] il n'en est pas ainsi parce que le commerce électronique est une expression usuelle ; une convention de langage censé faciliter la lecture »<sup>65</sup>.

Si l'expression « commerce électronique » n'est qu'une simple convention de langage dont l'utilité est plus didactique que proprement conceptuelle, alors elle peut aussi désigner le mobile commerce. La téléphonie mobile n'est aujourd'hui plus seulement un moyen de communications. Il est désormais possible de contracter par le biais des

---

1996, p. 13; Arnaud REYGROBELLET, « Ordres de bourse transmis par l'Internet : les obligations du prestataire de services d'investissement », *Option finance*, n° 1006, 2008, p. 35.

<sup>64</sup> Pour un avant-goût de cette question : Corey CIOCCHETTI, « E-Commerce and Information Privacy : Privacy Policies as Personal Information Protectors », *American Business Law Journal*, Vol. 4, n° 1, 2007; Cynthia CHASSIGNEUX, *Vie privée et commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2004 ; Flavien Serge MANI ONANA, *Vie privée en commerce électronique*, Thèse, Université de Montréal, 2006 ; Ulf BRUANT, « La protection des données dans le commerce électronique », *Revue de Marché Commun et de l'Union Européenne*, n° 430, 1999, p. 464 ;

<sup>65</sup> O. CACHARD, préc., note 48, p. 60.

« Short Message Service » (SMS) ou des « MultiMedia Messaging Service » (MMS) que cette technologie permet de transmettre. Ainsi par exemple en France depuis 2002, grâce à l'offre SMS+ mise en place par les principaux opérateurs des télécommunications, les éditeurs peuvent proposer des contenus et services à tout détenteur d'un téléphone portable. Des spécialistes en droit des nouvelles technologies de l'information considèrent cet appareil comme un véritable vecteur de nouvelles formes de commerce électronique formant une nouvelle économie<sup>66</sup>. Ranger le mobile commerce sous la bannière du commerce électronique nous semble donc aller de soi. D'ailleurs, l'article 28 de la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* vise expressément les équipements terminaux de radiocommunication mobile<sup>67</sup>. Dans le même sens, le sénateur Alex Türk soutient que :

« Le support électronique de l'activité et son exercice « à distance » impliquent l'utilisation de l'outil électronique et des réseaux de télécommunication : outre l'Internet, il peut s'agir par exemple du réseau télématique (Minitel), de liaisons spécialisées ou encore, et ce vecteur est en plein essor, le téléphone interactif »<sup>68</sup> (nos soulignements).

---

<sup>66</sup> T. VERBIEST et E. WERY, préc., note 52, p. 2981.

<sup>67</sup> *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., note 24, art. 28.

<sup>68</sup> Cité par T. VERBIEST, préc., note 36, p. 113. La notion de « communication au public par voie électronique » énoncée par l'article 1 de la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* laisse aussi croire que le commerce électronique s'étend au mobile commerce : « [o] n entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée » (nos soulignements). Il en est de même de la notion de « courrier électronique » : « [o] n entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère » (nos soulignements).

En résumé, le commerce électronique objet de notre étude embrasse le mobile commerce et doit s'entendre au sens de la publicité électronique, du contrat électronique ainsi que son exécution, le paiement électronique. Le champ d'application de nos travaux formellement identifié, il nous faut, avant d'aller plus loin évacuer ici une controverse qui a longtemps divisé la doctrine : quel droit pour le commerce électronique ? Le droit traditionnel (droit commun) ou un droit spécial ?

### **CHAPITRE III : LA QUERELLE DOCTRINALE AUTOUR DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

16 — . Cette querelle n'est plus aujourd'hui tellement d'actualité même si la doctrine a longtemps été divisée quant à la question de savoir dans quel droit il convenait de puiser pour juridiquement encadrer le commerce électronique : fallait-il un droit spécial, un droit nouveau ou importait-il de le ranger sous la bannière du droit préexistant ?<sup>69</sup>. Autrement dit, pouvait-on ou devrait-on parler d'une nouvelle branche du droit, le droit du commerce électronique qui se distinguerait du droit traditionnel, le droit des chevaux<sup>70</sup>? Certains ont répondu que oui, d'autres prétendu que non et chacun des deux camps a décliné des argumentaires fort contrastés pour nous convaincre des bienfaits ou des méfaits d'un

---

<sup>69</sup> Agathe LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, Paris, 2002, p. 3.

<sup>70</sup> Selon le professeur Vincent Gautrais, « l'expression « droit des chevaux » fait référence à l'expression de Karl Llewellyn, fondateur du *Uniform Commercial Code* (U.C.C.), qui justifia notamment l'existence d'un code moderne en prétextant qu'il était difficile de gérer juridiquement les transactions commerciales actuelles en utilisant des règles qui avaient été conçues pour des ventes de chevaux », Vincent GAUTRAIS, « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », *Lex Electronica*, vol. 10, n° 3, 2006, p. 3, note 4.

droit spécial du commerce électronique. Il s'agit ici de prendre position dans ce débat, sans passion en prenant acte des opinions contraires parce que conscient du fait qu'il « vaille mieux la variété dans la recherche de la vérité que l'unité dans l'affirmation de l'erreur »<sup>71</sup>. Notre approche, toute prétention exclue, se veut pragmatique : l'objectif est d'exposer notre vision sur la façon que nous jugeons efficace pour le droit d'appréhender le commerce électronique. Aussi, écarterons nous pour commencer toutes ces théories du vide juridique qui ont nourri les premières réflexions sur les nouvelles technologies de l'information (section 1) pour ensuite montrer que les caractéristiques techniques du commerce électronique nécessitent l'adoption de nouvelles normes et la naissance d'une nouvelle discipline du droit (section 2).

### ***Section 1 : L'illusion du vide juridique***

17 — . Des auteurs, dans le passé, ont fait valoir que le commerce électronique et, de façon générale, les technologies de l'information représentaient une zone de non-droit<sup>72</sup>. Pour certains auteurs, le monde du commerce électronique serait « un espace

---

<sup>71</sup> Édouard HERRIOT, *Notes et Maximes*, Hachette, Paris, 1961, p. 51.

<sup>72</sup> Au nombre de ces auteurs : David JOHNSON et David POST, « Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace », (1996) *Stanford Law Review* 1367: « cyberspace has no territorially-based boundaries, because the cost and speed of message transmission on the Net is almost entirely independent of physical location ». Voir également: Alexander GIGANTE, « Blackhole in Cyberspace: the Legal Void in the Internet », *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, 1997, n°3, p. 413 et Mathew BURNSTEIN, « Conflicts on the Net: Choices of Law in Transnational Cyberspace », *Vanderbilt J. Of Transnational L.*, 1996, p. 75. Voir aussi Pierre Lévy : « Toute prise de contrôle par un petit groupe de ce qui procède de tous, toute fixation d'une vivante expression collective, toute évolution vers la transcendance annihile immédiatement le caractère angélique du monde virtuel, qui choit alors immédiatement dans les régions obscures de la domination, du pouvoir, de l'appartenance et de l'exclusion », Pierre

particulier entendu dans un sens non physique » qui n'est pas divisé en territoires, mais en *réseaux networks*<sup>73</sup> où la souveraineté étatique ne saurait s'exercer. Des voix se sont ainsi élevées pour stigmatiser le grand vide juridique auquel on se trouverait confronté<sup>74</sup> : le commerce électronique est ainsi perçu comme un « espace virtuel, étranger au monde réel et qui, de ce fait, échapperait à l'emprise des « lois terrestres »<sup>75</sup>. C'est dans cette vague qu'il faut également situer tous les mouvements libertaires qui militent pour la soustraction à la souveraineté étatique l'encadrement des technologies de l'information. Sur la base de cette idée, la pratique du commerce électronique serait ainsi vouée à l'anarchie<sup>76</sup>. Un des apôtres de cette théorie est John Barlow, cofondateur de l'*Electronic Frontier Foundation* dont tout le monde a encore en mémoire la boutade :

« Gouvernements du monde industriel, je viens du cyberspace, le nouveau domicile de l'esprit. Au nom du futur, je vous demande à vous du passé de nous laisser tranquilles. Vous n'êtes pas les bienvenus parmi nous. Vous n'avez pas de souveraineté où nous nous rassemblons [...]. Je déclare l'espace social global

---

LÉVITE, *L'intelligence collective. Pour une anthropologie du cyberspace*, Paris, La Découverte, 1994, p. 12 et s. Aussi : Pierre LEVY, *Les technologies de l'intelligence*, Paris, La Découverte, 1990.

<sup>73</sup> Ugo DRAETTA, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 63.

<sup>74</sup> Michel Serres : « l'univers virtuel est « atopique », car sans ancrage dans la géographie réelle et par conséquent, il est irrémédiablement voué à être « hors la loi ». Cité dans Xavier Linant de BELLEFONDS (dir.), *Internet saisi par le droit*, Travaux de l'AFDIT, Paris, Éditions des Parques, 1997, p. 5.

<sup>75</sup> Étienne MONTERO et al., *Internet face au droit*, Bruxelles, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Facultés universitaires Notre-Dame de la paix de Namur, 1997, p.3.

<sup>76</sup> David G. POST, « Anarchy, state and the Internet: An essay on law-making in cyberspace », *Journal of online Law*, Art., 3, 1995, p.1. Au nombre de ces auteurs : David R. JOHNSON and David G. POST, « Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace », (1996) *Stanford Law Review* 1367: « cyberspace has no territorially-based boundaries, because the cost and speed of message transmission on the Net is almost entirely independent of physical location ». Voir également : A. GIGANTE, préc., note 72, p. 413 et M. R. BURNSTEIN, préc., note 72, p. 75.

que nous nous construisons naturellement indépendant des tyrannies que vous cherchez à nous imposer [...]. Le cyberespace ne se situe pas dans vos frontières. Ne pensez pas que vous pouvez le construire, comme si c'était un projet de construction publique. C'est un produit naturel et il croit par notre action collective »<sup>77</sup>.

18 — . Ces premières réflexions qu'on peut qualifier d'anarchistes doivent être fermement repoussées : le commerce électronique n'est pas une zone de non-droit<sup>78</sup> même s'il est vrai que les technologies de l'information ont longtemps crû et prospéré sans nouer de dialogue avec le droit, s'en remettant à des mécanismes d'autorégulation<sup>79</sup> pour régir le fonctionnement de la communauté virtuelle à laquelle elles donnaient naissance. Ceci est tout à fait normal, car : « c'est historiquement, le propre de l'innovation technologique que de s'imposer le plus souvent comme un fait au législateur, de produire des effets dans nos sociétés bien avant que le droit ne s'en saisisse »<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> John BARLOW, « Déclaration d'indépendance du Cyberespace », *Davos*, 1996. Cité par François OST, « Mondialisation, Globalisation, Universalisation : s'arracher, encore et toujours à l'état de nature », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5.

<sup>78</sup> À ce sujet : Michel RACICOT, Mark S. HAYES, Alec R. SZIBBO et Pierre TRUDEL, *The Cyberespace is not a "No Law Land", A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet*, Ottawa, Industry Canada, 1997.

<sup>79</sup> Il s'agit essentiellement d'ensemble de chartes, usages et codes de conduites élaborés par les acteurs de l'internet. Cet ensemble porte le nom de nétiquette. La nétiquette au sens strict désigne « un code implicite entre les utilisateurs du net, accompagné de sanctions qui naissent spontanément ». Pour plus de détails sur cette question voir, Pierre BREESE, *Guide juridique de l'internet et du commerce électronique*, Paris, Vuibert, 2000, p. 26.

<sup>80</sup> François FILLON, préface à X.-L. de BELLEFONDS, préc., note 74, p. 4. Dans la même veine Isabelle de Lamberterie « le temps du droit n'est pas celui de la technique dont l'obsolescence rapide pourrait hypothéquer la mise en œuvre des droits qui en dépendent », Isabelle de LAMBERTERIE, « L'évolution du droit face au commerce électronique », *Ann. Télécommun.*, 58, n° 1-2, 2003, p. 236. Aussi : Romain GOLA, *La régulation de l'internet : nom de domaine et droit des marques*, Thèse, Université de Montréal, 2003.



Pour repousser ces affirmations anarchistes, il convient de rappeler aussi que « le virtuel, rigoureusement défini, n'a que peu d'affinité avec le faux, l'illusoire ou l'imaginaire. Le virtuel n'est pas du tout l'opposé du réel. C'est au contraire un mode d'être fécond et puissant [...] sous la platitude de la présence physique immédiate »<sup>81</sup>. De fait, le droit classique, ne peut pas être totalement mis en échec devant le virtuel. Un auteur a déjà fait remarquer que « la personne virtuelle n'est que l'avatar d'une personne physique localisée dans un État : l'internet n'élimine donc pas tous les facteurs de rattachement »<sup>82</sup>. De plus, les effets dommageables d'une activité électronique sont ressentis hors du cyberspace, par des personnes physiques ou morales<sup>83</sup>. La nouveauté technique ne sonne pas le glas du droit traditionnel d'autant plus qu'à quelques exceptions près il s'applique tel quel à l'internet comme ailleurs sans modification particulière. Un juriste italien rappelle par exemple que dans de nombreuses hypothèses, les rapports juridiques relatifs à Internet et au commerce électronique ne se présentent pas différemment de ceux qui s'exercent off Line. Ainsi, les types de contrat utilisés pour le commerce électronique ne présentent-ils aucun caractère de nouveauté ; dans leur grande majorité, ils renvoient aux rapports traditionnels de vente ou de prestations de services<sup>84</sup>. C'est d'ailleurs ce que vient confirmer le Conseil d'État français dans son *Rapport Internet et les réseaux numériques* : « l'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs d'Internet. Il n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit

---

<sup>81</sup> Pierre LÉVY, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, La Découverte, 1998, p 10.

<sup>82</sup> Olivier CACHARD, préc., note 48, p. 17

<sup>83</sup> Idem, p. 15.

<sup>84</sup> U. DRAETTA, préc., note 73, p. 50.

spécifique de l'internet et des réseaux »<sup>85</sup>. Heureusement, depuis cette indication du Conseil d'État, le mélange de fantasme et d'enthousiasme inouï qui accompagnait la nouveauté a depuis longtemps fait place au réalisme<sup>86</sup>. Les discours flamboyants du début sont aujourd'hui plus modérés et nuancés. Pourtant, les observations de la haute juridiction nous semblent souffrir d'un vice de conception : une conception conservatrice, à la limite rigide<sup>87</sup> voulant que les nouvelles technologies de l'information ne posent aucun défi au droit<sup>88</sup>. Nul observateur sérieux ne peut contester le fait que certaines caractéristiques techniques - pas toutes - du commerce électronique soulèvent des problèmes juridiques qui appellent l'élaboration de nouvelles normes et par voie de conséquence la naissance d'une nouvelle discipline du droit, le droit du commerce électronique.

---

<sup>85</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998, p. 14. De toute façon, en vertu de l'article 4 du Code civil français : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »

<sup>86</sup> Dominique WOLTON, *Internet, et après ?*, Flammarion, Paris, 2000, p. 86.

<sup>87</sup> Un juge américain a déjà indiqué qu' « essayer d'appliquer le droit existant à l'internet est un peu comme tenter de monter dans un autobus en marche », *Bensussan Restaurant Corp. V. King*, 126 F. 3d 25-27 (2d. Cir.1997). Plus précisément, le paragraphe 11 de la décision sous la plume de l'Honorable Van Graafeiland: « [...] we realize that attempting to apply established trademark law in the fast-developing world of the internet is somewhat like trying to board a moving bus [...] ».

<sup>88</sup> Dans cette mouvance : David C. TUNICK, « Has the Computer changed the law ? », *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 13, n°1, 1994, p. 43; Jean-Luc GUEDON, *La planète Cyber. Internet et le Cyberspace*, Paris, Gallimard, 1996; Trotter HARDY, « The Proper Legal Regime for "Cyberspace" », *University of Pittsburg Law Review*, n° 55, 1994, p. 993.

***Section 2 : L'élaboration de nouvelles normes et la naissance d'un  
domaine spécial du droit***

19 — . Le droit classique a beau être défendu, c'est une évidence qu'il ne peut seul suffire à répondre aux défis posés par les technologies de l'information. Le mythe du vide juridique écarté, il importe de se prémunir contre « la loi de la bipolarité des erreurs »<sup>89</sup> qui fait que « l'esprit ne se délivre généralement d'une erreur que pour succomber aussitôt au travers opposé, par l'effet d'une sorte de mouvement dogmatique

---

<sup>89</sup> François OST et Michel Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002, p. 13. Ces auteurs ont développé le concept du « droit en réseau ». Ils appellent une révision des paradigmes à partir desquels le droit est généralement envisagé : « [d]urant les périodes de « sciences normales », les chercheurs appartenant à une discipline ou sous-discipline adhèrent à un cadre théorique commun qui, « pour un temps au moins, leur fournit des problèmes types et des solutions ». L'accord se fait autour d'un paradigme qui, à la manière d'une carte et d'une boussole, oriente les recherches et suggère les voies de solution. Un jour cependant se produiront des anomalies – des faits d'observation qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif - qui, si elles se multiplient, provoqueront la mise en cause du paradigme dominant. Non sans résistance cependant : dans un premier temps, « hypothèse ad hoc » et « obstacles épistémologiques » tenteront de refouler l'intrus et de restaurer la prééminence du modèle inquiet. Il est vraisemblable que, l'esprit critique caractéristique de la démarche scientifique l'emportant finalement, se poursuive la recherche d'une théorie plus englobante - c'est le stade pré-paradigmatique de la « guerre des écoles » - et que triomphe enfin, au terme d'une « révolution scientifique », un nouveau paradigme instaurateur d'une nouvelle période de « sciences normales ». Bien qu'en sciences humaines, et donc aussi dans les sciences du droit, on n'ait jamais constaté le « solide consensus » et la recherche « hautement convergente » caractéristique de l'adhésion à un paradigme incontesté, on ne peut nier que le modèle hiérarchique (étatiste, positiviste, monologique) caractéristique du sens commun des juristes, soit aujourd'hui fortement remis en cause et que, de tous côtés, s'observent des tentatives de formuler des théories alternatives. On est donc bien dans une période de crise caractéristique de la transition d'un paradigme à l'autre », F. OST et M. V. de KERCHOVE, préc., note 89, p. 13. Sur ce concept : Antoine BAILLEUX, « À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *R.I.E.J.*, 2005. 55 ; Avitai AVIRAM, « Regulation by Networks », [2003] *Brigham Young University L. Rev.*, 1180-2003 ; Manuel CASTELLS, *The Network Society : A Cross-Cultural Perspective*, London, Edward Elgar, 2004 ; Jacques VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », 49 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 11-36 ; Andrea M. MATWYSHYN, « Of Nodes and Power Laws : A Network Theory Approach to Internet Jurisdiction Through Data Privacy », [2004] 98 *Northwestern University L. Rev.*, 493-544 ; Maria Manuel LEITAO MARQUES, « Du commerce international aux échanges intra-groupes et entre membres d'associations de coopération : l'entreprise poly-locale et les réseaux », [2003] *Revue internationale de droit économique*, 411-441.

de balancier »<sup>90</sup>. L'esprit scientifique pousse à admettre que les spécificités techniques du commerce électronique soulèvent des problèmes juridiques qui appellent des solutions nouvelles<sup>91</sup>. Si le commerce électronique présente en effet des avantages économiques certains, ses caractéristiques ne sont pas sans poser des défis au droit. Selon un auteur, le nœud indéfectible qui existe entre la technique et le droit semble aujourd'hui remis en cause par les nouvelles techniques de communication qui :

« Non seulement brouillent le travail de qualification et de maîtrise de fait par le droit, mais de façon plus décisive encore engendrent une véritable désinstitutionnalisation du monde. Le droit devient simple régularisation. C'est la possibilité même du droit, de son intelligence des choses et de sa justice qui est menacée »<sup>92</sup>.

**20** — . L'immatérialité qu'induit la technique met en effet en difficulté le droit traditionnel conçu et rédigé en référence au support papier<sup>93</sup>. Du coup, l'administration de la preuve, telle qu'elle est jadis connue des juristes est totalement remise en cause<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1977, p. 20. Cité par F. OST et M. V. KERCHOVE, préc., note 89, p. 37

<sup>91</sup> Qu'est ce que donc l'esprit scientifique sinon « un effort pour soustraire la pensée à l'influence du sentiment et à l'arbitraire de la volonté », Edmond GOBLOT, *Traité de logique*, Paris, Armand Colin, 1947.

<sup>92</sup> Pierre CAYE, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », in Sánchez de la Torre ANGEL (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1999, p. 225.

<sup>93</sup> Sur l'immatérialité du commerce électronique : Mireille ANTOINE, Marc ELOY et Jean François BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, CRID, Bruxelles, 1992.

<sup>94</sup> Sur l'impact du commerce électronique sur le droit de la preuve : Irina DINU, « Droit de la preuve appliqué au commerce électronique au Canada, droit civil/common law », *Lex Electronica*, n° 11, 2006, p. 1; François SCHWERER, « Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique », *Cont Cons Conc*, n° 12, 2000, p. 4; Murielle-Isabelle CAHEN, « La preuve sur Internet : les règles classiques et l'apport de la signature électronique », *Droit-Tic*, n° 16, 2003,

L'honnêteté intellectuelle pousse aussi à concéder que la nature délocalisée du commerce électronique rend impossible « l'application de toutes les normes qui se réfèrent à un « lieu » déterminé » ; notre monde étant en effet organisé sur « le concept d'une division en États souverains et indépendants »<sup>95</sup>. Ces États mettent en place des lois qui ne valent que pour le territoire qu'ils contrôlent. Or, le commerce électronique est un commerce virtuel qui dépasse le champ des États. Son ubiquité fait que tout « État récepteur d'un message diffusé sur le Web peut prétendre y appliquer les règles de son droit »<sup>96</sup>. Aussi, les notions d'espace et de temps qui permettent très souvent aux « travailleurs du droit »<sup>97</sup> d'opérer des rattachements avant de définir la loi applicable sont-elles ici totalement absentes<sup>98</sup>. Une auteure souligne à juste titre que :

« Le développement des communications immatérielles et la porosité du territoire de l'État à leurs mouvements posent la question de la maîtrise par l'État d'un espace normatif national normalement calqué sur le territoire et exprimé dans le principe

---

p. 7; Adel BRAHMI, « La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ? », *L.P.A*, n° 36, 2002, p. 4.

<sup>95</sup> Olivier ITEANU, *Internet et le droit : aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996, p. 30.

<sup>96</sup> Jean Jacques LAVENUE, « Souveraineté et Internet : la nécessaire définition d'une souveraineté fonctionnelle », Séminaire international *État de droit et virtualité*, Montréal, 2007.

<sup>97</sup> Friedrich MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p. 165.

<sup>98</sup> Vincent GAUTRAIS, « Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le contexte Nord-Américain », dans Santiago CAVANILLAS, Vincent GAUTRAIS, Didier GOBERT, Rosa BARCELO, Etienne MONTERO, Yves POULLET, Anne SALAÛM et Quentin Van DAELE, *Commerce électronique, le temps des certitudes*, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 112 : « le cyberspace occasionne des « distances » tant géographiques que temporelles et qui sont susceptibles d'erreurs et d'avatars ». Dans le même sens, Pierre Trudel : « le cyberspace fait abstraction des frontières territoriales ; sa morphologie et les principales modalités de fonctionnement rendent difficile l'application de plusieurs paradigmes familiers de la discipline juridique. Le caractère transnational des interactions se déroulant dans le cyberspace appelle des approches allant au-delà du seul droit étatique », Pierre TRUDEL, « La Lex Electronica », in Charles Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 222.

de territorialité [...]. La perte de contrôle du territoire par l'État conduit à se demander si la façon dont cette entité par le droit international reste valable »<sup>99</sup>.

Alors que faire ? Quelles réponses apportées à l'érosion du monopole normatif de l'État afin que le droit, régulateur social par essence ne soit pas mis en échec par le commerce électronique ? Il ne fait aucun doute le « domaine réclame un appel à la norme, normes capables de tenir compte de cette nouveauté même »<sup>100</sup> ou au moins de s'y adapter. Cet appel à la norme est synonyme pour nous de la naissance d'une nouvelle discipline juridique ; celle du commerce électronique<sup>101</sup>. C'est qu'en effet, le droit est fatalement condamné à se parcelliser, car son champ, de plus en plus, s'étend<sup>102</sup>. Une plume experte observe que :

---

<sup>99</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité » in S. de la T. ANGEL (dir.), préc., note 92, p. 139.

<sup>100</sup> Vincent GAUTRAIS, *L'Encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse, Tome II Montréal, 1998, pp. 293-294 : Vincent Gautrais poursuit : « s'il est certes dans la nature des choses que l'objet du droit soit matière mouvante et fluctue au hasard des évolutions, il appartient pourtant au théoricien, dans son office d'observation conceptuelle, de prendre le recul nécessaire avec les règles existantes. [...] Le droit, norme sociale, doit [...] de permettre l'épanouissement des techniques offertes, plus que de « gêner le moins possible la marche du progrès ». Ainsi, « à une nouvelle manière de faire des affaires correspond une nouvelle manière de percevoir le droit ». Dans la même logique, Sylvette Guillemard : « la nouveauté engendrée par la technique ne manque pas de remettre en question de nombreux concepts. En particulier dans notre domaine, elle oblige le juriste à repenser, réévaluer ses connaissances issues d'un monde dont les limites étaient relativement cernées jusqu'à présent. La « science » du juriste, même si elle évolue au cours du temps, était en outre fondée depuis plusieurs centaines d'années sur l'écrit et le papier. Or le voilà confronté avec des événements qui se situent en dehors des limites et cadres territoriaux familiers et qui permettent des échanges dont la nature est proprement insaisissable », Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, p. 224.

<sup>101</sup> Cette discipline doit avoir à nos yeux plus qu'une fonction descriptive, elle doit aussi être scientifique.

<sup>102</sup> F. OST et M. Van de KERCHOVE, préc., note 89, p. 40

« Les branches du droit se multiplient, à distance toujours grande du tronc formé par ce qu'on appelait, hier, le « *ius commune* ». Dans ces conditions, comment reprocher à la doctrine de se spécialiser elle aussi ? Cette compétence acquise, dans des secteurs sans doute toujours plus restreints, n'est-elle pas la condition de l'efficacité, et celle-ci le gage de l'autorité ? [...] La figure du généraliste s'estompe – condamné [...] au bavardage et à l'inconsistance légère – tandis que s'affirme celle du spécialiste revendiquant haut et fort l'autonomie de sa (sous) discipline »<sup>103</sup>.

21 — . C'est une évidence que le droit du commerce électronique est devenu, au fil des années, un « droit spécial », dérogeant aux règles du commerce classique. Les législateurs ont défini des règles particulières pour la vente en ligne : en France par exemple, le cybermarchand n'est pas un marchand comme les autres. Il est astreint à des règles particulières notamment en matière de responsabilité, où il se voit imposer un « régime juridique dur » : une responsabilité de plein droit<sup>104</sup>. Il en est de même en matière contractuelle où le contrat sous forme électronique n'est pas considéré comme un contrat comme les autres, au point que le même législateur lui a défini sur le fond comme dans la forme des règles particulières à peine de nullité<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Idem, p. 41.

<sup>104</sup> Voir l'article L. 121-20-3, alinéas 4 et 5, du *Code de la consommation* dispose que : « le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure ».

<sup>105</sup> De la même façon, la procédure judiciaire comporte dorénavant des spécificités propres à l'internet, liées principalement à l'obligation de réagir dans des temps extrêmement brefs, souvent incompatibles avec les procédures judiciaires classiques. Sur cet aspect : Karim BENYEKHLEF et Nicolas VERMEYS, « Premiers éléments d'une méthodologie de réformation des processus judiciaires par la technologie », dans Daniel LE MÉTAYER (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, 2010, p. 207.

22 — . Quels que soient les points de vue des uns et des autres, toujours est-il que l'appel à de nouvelles normes réclamé par certains auteurs semble avoir été entendu par le législateur même si, comme l'intendance, celui-ci ne « suit que comme il peut la plupart du temps »<sup>106</sup>. Dans cette course, les autorités européennes et nord américaines, conscientes de l'enjeu du commerce électronique sont les premières à lui conférer un cadre légal. En Europe, la Commission a dès 1998 rendu publique une proposition de Directive sur le commerce électronique<sup>107</sup> adoptée par le Parlement en 1999. Cette Directive vise « tous les services de la société de l'information », mais n'est pas le seul texte européen<sup>108</sup> à avoir une incidence directe sur le commerce électronique ; il convient de mentionner ici également la *Directive concernant la protection des*

---

<sup>106</sup> Jacques LASSIER, « L'épuisement du droit du breveté et les règles du traité de Rome », in *L'épuisement du droit du breveté : actes de la 1ère rencontre de propriété industrielle*, CEIPI, Nice, Librairies Techniques, 1971, p. 118. Cité par Brigitte CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, Paris, P.U.F, 1989, p. 11.

<sup>107</sup> *Directive 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*, (« directive sur le commerce électronique »), préc., note 23.

<sup>108</sup> Pour une étude complète sur la « Directive commerce électronique » : Isabelle GAVANON, « La Directive commerce électronique : continuité ou nouveauté juridique ? », *Com. Com. elec.*, n° 12, 2001, pp. 10-15; Étienne MONTÉRO, Mireille ANTOINE et al., « *Le commerce électronique européen sur les rails ? : analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique* », Bruxelles, Crid, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Bruylant, 2001; Alain STROWEL, Nicolas IDE et Florence VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *J.T.*, n° 6000, 2001, p. 137; Anne SALAÜN, Étienne MONTERO et Rosa JULIÀ-BARCELÒ, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in S. CAVANILLAS MUGICA, V. GAUTRAIS, D. GOBERT, R. JULIÀ-BARCELÒ, É. MONTÉRO, Y. Poullet, A. SALAÜM ET Q. VAN DAELE, préc., note 98, p. 7; Olivier CACHARD, « Le domaine coordonné de la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *R.D.A.I.*, n° 2, 2004, p. 161.



*consommateurs en matière de contrat à distance*<sup>109</sup>, celle concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs<sup>110</sup> ainsi que celle sur les signatures électroniques<sup>111</sup>. Le législateur fédéral américain lui, soucieux d'assurer la cohérence des multiples initiatives des différents États<sup>112</sup> dans leur encadrement juridique des technologies de l'information a adopté l'*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-SIGN Act)*<sup>113</sup>. Cette loi prévoit l'annulation des lois étatiques qui exigeaient que certains types de contrats soient écrits ou signés à la main et pose le principe qu'un contrat ne peut pas être frappé de nullité au seul motif de l'utilisation d'une signature électronique<sup>114</sup>. Les législatures canadiennes ont, elles aussi, « sauté à pieds joints dans la révolution du commerce électronique, un ensemble de nouvelles lois, tant fédérales que provinciales, ont récemment été proposées

---

<sup>109</sup> Directive n° 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

<sup>110</sup> Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE du 9 octobre 2002.

<sup>111</sup> Directive n°1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, n° L 013 du 19 janvier 2000, p. 12.

<sup>112</sup> Par exemple : *Utah Digital Signature Act*, Utah code Ann. §§46-3-101.

<sup>113</sup> *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, préc., note 19.

<sup>114</sup> Voir aussi : *Uniform Electronic Transaction Act 2000*, préc., note 18 et *Digital Signature and Electronic Authentication Law*, en ligne : <<http://www.civics.com/resume.htm#Publications>> (consulté le 27 mars 2011). Pour une revue de la législation américaine : Georges CHATILLON, « Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux », *DIT*, n° 2, 1998, p. 107 ; Lionel COSTES, « Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis », *Droit et Patrimoine*, n°55, 1997, p. 64.

et adoptées »<sup>115</sup>. Toutefois, l'expérience canadienne est teintée de sentiments de frustrations : frustrations des autorités législatives dans leur échec à se mettre d'accord sur l'harmonisation des différentes approches : la plupart des provinces canadiennes<sup>116</sup> s'est inspiré de la *Loi uniforme sur le commerce électronique*<sup>117</sup>, à part le Québec qui fait cavalier seul<sup>118</sup>. Aux textes nationaux énumérés, il importe d'ajouter les contributions non moins négligeables des institutions internationales à savoir : l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE)<sup>119</sup>, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)<sup>120</sup> et la Chambre de commerce internationale (CCI)<sup>121</sup>. Comme on peut le voir, l'intense activité

---

<sup>115</sup> Sunny HANDA, Claude MARSEILLE et Martin SHEEHAN, *E-commerce legislation and materials in Canada = Lois sur le commerce électronique au Canada et documents connexes*, Ontario, LexisNexis Butterworths, 2005, p. V.

<sup>116</sup> Par exemple : *Loi de 2000 sur Le Commerce électronique*, L. O. 2000, c. 17 (Ontario), *Electronic Transactions Act*, S. A. 2001, c. E-5. 5 (Alberta) et *Electronic Transactions Act*, [sbc 2001] Chapter 10 (Colombie Britannique).

<sup>117</sup> CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, « Loi uniforme sur le commerce électronique », 1999, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&su>> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>118</sup> *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 21.

<sup>119</sup> ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE, *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, Paris, 1999, en ligne : <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)> (consulté le 27 mars 2011) et *Lignes directrices de l'OCDE régissant la sécurité des systèmes et réseaux d'information, Recommandation du Conseil de l'OCDE du 25 juillet 2002*, 1037<sup>ème</sup> session, en ligne : <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>120</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI pour sur le commerce électronique*, New York, 1998 et *Guide pour son incorporation*, en ligne : <<http://www.uncitral.org>> (consulté le 27 mars 2011) et *Loi types de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, New York, 2001 et *Guide pour leur incorporation*, 2001, en ligne : <[www.unicitral.org](http://www.unicitral.org)> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>121</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission*, Doc. CCI, n° 452, en ligne : <[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)> (consulté le 27 mars 2011) et *General Usage for International Digitally Ensured Commerce*, en ligne : <[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)> (consulté le 27 mars 2011).

législative des parlementaires occidentaux et des institutions internationales aura permis, ne serait-ce qu'en partie, de résoudre les problèmes juridiques posés les transactions électroniques. Reste maintenant à savoir si ce vent de changement de législations s'est aussi propagé partout dans le monde. Si l'Europe et l'Amérique du nord connaissent une effervescence juridique ou même un excès de droit<sup>122</sup> en matière des nouvelles technologies de l'information, qu'en est-il de l'Afrique ?

## TITRE II : DIGRESSIONS À PROPOS DE L'OHADA

23 — . L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) fondée par le Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 (modifié par celui de Québec du 17 octobre 2008) regroupe actuellement dix-sept pays africains<sup>123</sup>. Pour paraphraser l'un des initiateurs de ce projet, il s'agit d'un « outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance »<sup>124</sup>. Dans cette partie, il s'agira de revenir dans un premier temps sur les raisons qui ont conduit à la mise en place de cette organisation (chapitre I). On ressortira, dans un deuxième

---

<sup>122</sup> Thibault VERBIEST et Étienne WERY, *Le droit de l'internet de la société de l'information – droits européens, belges et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 3. Cet engouement pour le droit des nouvelles technologies de l'information en Occident a fait dire à certains auteurs qu'« il y a dans l'univers juridique de l'internet cette sphère pascalienne dont le centre est partout, la circonférence nulle part », Thierry Piette COUDOL et André BERTRAND, *Internet et loi*, Paris, D , 1997, p. 13.

<sup>123</sup> Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

<sup>124</sup> Kéba N'BAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *L.P.A* , n° 205, 2004, p. 7.

temps ce qui fait son originalité en comparaison avec d'autres ordres juridiques de tradition civiliste (chapitre II). Enfin, nous nous demanderons enfin si le droit de l'OHADA peut vraiment faire bon ménage avec le commerce électronique (III).

## CHAPITRE I : LES RAISONS DE LA CRÉATION DE L'OHADA

24 —. Le droit qui prévalait initialement dans les pays membres de l'OHADA était celui de l'empire colonial français ; droit « transposé d'autorité [...] tel un greffon plus ou moins bien reçu, mais qui s'y est maintenu »<sup>125</sup> jusqu'à leur décolonisation. Au lendemain des indépendances, ce que d'aucuns ont qualifié de « balkanisation politique » aura pour corollaire une « balkanisation juridique »<sup>126</sup>. Au-delà du fonds législatif commun,

---

<sup>125</sup> Louis Daniel MUKA TSHIBENDE, « Les Gaulois, nos ancêtres ? Sur la circulation et l'influence du modèle juridique français en Afrique noire francophone », *Rev. rech. Jur-Droit prospectif*, n° 1, 2006, p. 381.

<sup>126</sup> K. N'BAYE, préc., note 124, p. 4. Sur la genèse de l'OHADA : Kéba N'BAYE, « Avant-propos sur l'OHADA », Numéro spécial sur l'OHADA, *Penant*, n° 827, 1998, p. 125; Lamiae HOMMAN-LUDIYE et Nathalie GERAULT, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Présentation générale », *Cahiers juridiques et fiscaux*, n° 2, 1998, p. 162; Celestin Sietchoua DJUITCHOKO, « Les sources du droit de l'OHADA », *Penant*, 2003, p. 174; Philippe FOUCHARD, *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Paris LGDJ, 2000 ; Joseph Issa SAYEGH, Paul-Gérard POUGOUE, Filiga Michel SAWADOGO et al., *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés 2008*, Chasseneuil, Juriscope, 2007 ; Mamadou KONÉ, *Le Nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : Comparaisons avec le droit français*, Paris, LGDJ, 2003 ; Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, David SELLERS et Sébastien THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2004 ; Paul Gérard POUGOUE, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1998; Mouloul ALHOUSSEINI, *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, LGDJ, Paris, 2001; Serge ABESSOLO, « Brèves réflexions sur le nouveau droit des affaires en Afrique francophone », *Hebdo Informations*, n° 377, 1998, p. 1 ; Armand ADOTEVI, « Les lacunes du nouveau droit des affaires harmonisé », *Jeune Afrique Économie*, n° 265, 1998, p. 3 ; Alexandre ANABA MBO, « La nouvelle juridiction présidentielle dans l'espace OHADA : l'endroit et l'envers d'une réforme multiforme », *Revue camerounaise de droit des affaires*, n° 3, p. 9 ; Gbenga BAMODU, « Transnational law, unification and harmonization of international commercial law in Africa », *Journal of african law*, n° 38, 1994, p. 125; Étienne CEREXHE,

constitué du Code civil français de 1804 et du Code de commerce de 1807 hérité de la colonisation française, quarante ans plus tard, la diversité va s'installer, chaque jeune État adaptant ou ignorant à son gré les réformes successives opérées en France d'où de multiples divergences normatives entre pays<sup>127</sup>. Des divergences normatives qui auront pour conséquence une insécurité juridique et judiciaire régionale. Insécurité juridique résultant de la vétusté des textes en vigueur dans certains pays et à l'énorme difficulté à connaître le droit applicable<sup>128</sup>. Insécurité judiciaire explicable par la dégradation reconnue par tous de la manière dont est rendue la justice<sup>129</sup>. Aussi, face à la persistance des crises économiques, aux difficultés à attirer de potentiels investisseurs en dépit de l'adoption de multiples programmes d'ajustement structurels<sup>130</sup>, était-il devenu urgent pour les États africains

---

« L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale », *Revue burkinabé de droit*, n° 39-40, n° spécial, p. 21 ; Samuel Koffi DATE-BAH, « The Unidroit Principles of International Commercial contracts and the harmonisation of the Principles of commercial contracts in West and Central Africa », *Rev. dr. unif.*, n° 2, 2004, p. 269 ; Emmanuel DARANKOUM, « Condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p. 177 ; Emmanuel DARANKOUM, « La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA : Analyse et rédaction des clauses », *Penant*, 2005.

<sup>127</sup> Julie PAQUIN, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Le projet de l'OHADA », en ligne : <[www.OHADA.com](http://www.OHADA.com)> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>128</sup> Martin KIRSCH, « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Penant*, n° 827, 1998, p. 130.

<sup>129</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>130</sup> Il s'agit de programmes de réformes économiques mis en place par le Fonds Monétaire International (FMI) et la Banque Mondiale pour aider les pays en développement à sortir de leurs difficultés économiques. Dans sa livraison de novembre 2005, le mensuel *Business in Africa* fait état de ces difficultés en posant l'éternelle question « existentielle » : « l'Afrique va-t-elle s'en sortir ? » (Will Africa ever work ?).

membres de la zone franc, qui soit dit en passant ont en commun les mêmes intérêts et cultures<sup>131</sup>, d'harmoniser leur environnement juridique des affaires, car :

« Il est communément admis, aujourd'hui, qu'une relation causale existe entre la qualité des institutions et la prospérité des nations. [Qu'] aucune politique de soutien aux économies n'a de chance de prospérer sans sécurité juridique. Cette sécurité ne peut résulter que d'instruments juridiques adaptés dont le maniement est familier aux opérateurs économiques, et dont l'application est cohérente et conforme aux principes d'une bonne justice »<sup>132</sup>.

25 — . C'est alors que l'idée de réaliser une intégration juridique a commencé à faire son chemin au sein des pays d'Afrique centrale et occidentale désormais forts de la conviction que l'intégration juridique précède ou accompagne généralement l'intégration économique<sup>133</sup>. Cette idée va d'abord se concrétiser par une harmonisation des règles applicables aux institutions bancaires<sup>134</sup>, au droit de la propriété intellectuelle<sup>135</sup>, au droit des

---

<sup>131</sup> Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique : (OHADA)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 4.

<sup>132</sup> Adesegun AKIN-OLUGBADE, « L'importance du droit dans le processus de développement économique des pays africains et l'appui du groupe de la Banque africaine de développement à l'effort d'harmonisation juridique en Afrique », *Revue du droit des affaires internationales*, n° 6, 2008, p. 752. Dans le même sens, Roger Masamba : « force est de constater que l'amélioration du cadre macro économique (singulièrement croissance, inflation, taux de change) et les ajustements politiques découlant des pressions internationales pour une meilleure gouvernance n'ont pas rendu l'Afrique plus attractive, loin s'en faut. Il est donc évident que le climat d'investissement relève d'une approche globale incluant non seulement des stratégies économiques et politiques ainsi que des règles d'éthiques (notamment la lutte contre la corruption), mais aussi la modernisation et l'adaptation du droit des affaires ainsi que la réhabilitation de la justice et la sécurisation des justiciables, en d'autres termes, une stratégie juridique et judiciaire », Roger MASAMBA, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *Penant*, n° 855, 2006, p. 137. Aussi : Zhu WEIDONG, « OHADA, as a base for Chinese further investment in Africa », *Penant*, n° 869, 2009, pp. 421-428.

<sup>133</sup> Jacqueline LOHOUES-OBLE, « Le Traité OHADA, cinq ans après », en ligne : <[www.OHADA.com](http://www.OHADA.com)> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>134</sup> En ce qui concerne les institutions financières, voir notamment en Afrique centrale, la *Convention portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique centrale* signée à Douala (Cameroun) le 17 janvier 1992, en ligne : <[www.izf.net/izf/institutions/afriquecentrale](http://www.izf.net/izf/institutions/afriquecentrale)>

assurances<sup>136</sup> et au droit de la sécurité sociale<sup>137</sup>. Plus tard, en avril 1991 à Ouagadougou, les ministres des finances de la zone franc décidèrent de la mise sur pieds du « Projet d'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique ». Mieux qu'une simple harmonisation, il est ici question d'une véritable uniformisation<sup>138</sup>. Très concrètement, il s'agit de :

---

(consulté le 27 mars 2011). En Afrique de l'Ouest, la *Loi-cadre portant réglementation bancaire dans l'espace UMEOA* adoptée courant 1970 et révisée début 1990, en ligne à <[www.umeoa.int/index.htm](http://www.umeoa.int/index.htm)> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>135</sup> L'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle a pris corps avec la création de l'Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle (OAMPI) par l'Accord de Libreville du 13 septembre 1962. Par la suite, l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) instituée par l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 succéda à l'OAMPI. Pour une étude approfondie sur ce sujet, Kingombé LONGE, *Le contrôle des contrats de licence dans les pays membres de l'OAPI*, Thèse, Grenoble, 1987 et Robert CAZENAVE, « La protection des inventions, marques, dessins et modèles dans l'Union Africaine et Malgache », *Gaz. Pal.*, n° 1, 1964, p. 68.

<sup>136</sup> Sur cette question, le Traité CIMA signé le 10 juillet 1992 à Yaoundé (Cameroun) et qui institue la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances. Le Traité vise l'encadrement juridique des opérations d'assurance par un code unique, le code CIMA, en ligne : <[www.OHADA.com/cima](http://www.OHADA.com/cima)> (consulté le 27 mars 2011). Pour plus de détails, « La CIMA, un instrument d'intégration de l'industrie des assurances en Afrique », *Afrique Assurance*, n°3, 1995,

<sup>137</sup> À ce sujet, la création de la Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale (CIPRES) le 21 septembre 1993. Cette organisation vise l'harmonisation des législations sociales de ses États membres.

<sup>138</sup> Se référant au *Vocabulaire juridique Capitant*, les professeurs Joseph Issa-Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble expliquent que l'harmonisation ou coordination est « l'opération consistant à rapprocher des systèmes juridiques d'origine et d'inspiration différentes (voire divergentes) pour les mettre en cohérence entre eux en réduisant ou supprimant leurs différences et leurs contradictions de façon à atteindre des résultats compatibles entre eux et avec les objectifs communautaires recherchés » alors que « l'uniformisation ou l'unification du droit est, à priori, une forme plus brutale mais aussi plus radicale d'intégration juridique. Elle consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation unique, identique en tous points pour tous les États membres, dans laquelle il n'y a pas de place, en principe, pour des différences », Joseph Issa SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA : Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 44-45. Dans le même sens : Antoine JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? » in Filali OSMAN (dir.), *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35 et s. Le professeur Jean Paillusseau précise que : « contrairement à son titre, l'OHADA ne réalise pas une « harmonisation » du droit des affaires des différents États parties au Traité, mais son unification », Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original », *Semaine juridique*, supplément n°5, 2004, p. 2.

« Garantir la sécurité juridique aux agents économiques régionaux et étrangers en leur offrant dans un vaste espace économique un droit des affaires commun, dont l'interprétation ultime est confiée à une seule instance juridictionnelle dotée par ailleurs de pouvoir exceptionnel d'évoquer, après cassation, le fond des affaires qui lui sont soumises »<sup>139</sup>.

26 — . L'uniformisation, dans cette perspective se traduit par l'adoption concertée d'Actes uniformes<sup>140</sup>. Le Traité de l'OHADA instaure par ailleurs un système institutionnel composé de cinq principaux organes : 1) la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, le nouvel organe suprême de l'organisation créée par le Traité de Québec. Il fixe les orientations générales de l'OHADA et statue par consensus ou à défaut, à la majorité absolue des États présents sur toute question relative au Traité (article 27 du Traité)<sup>141</sup> ; 2) le Conseil des ministres qui regroupe les Ministres de la Justice et des Finances de chaque État membre fait office d'organe normatif de l'organisation (article 27)<sup>142</sup> ; 3) le Secrétariat Permanent (article 40), l'organe exécutif

---

<sup>139</sup> Jacques DAVID, Avant propos à J. I. SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, préc., note 138, p. V.

<sup>140</sup> On peut citer entre autres : l'*Acte uniforme adopté le 17 avril 1997 relatif au droit commercial général*, J.O. OHADA n°1 du 1<sup>er</sup> octobre 1997, p. 1; l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, J.O. OHADA n° 2 du 1<sup>er</sup> octobre 1997 et enfin à l'*Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999*, J.O. OHADA n° 08 du 15 mai 1999, p. 2.

<sup>141</sup> La création de ce nouvel organe ne fait pas l'unanimité : pour certains, il ya là le risque d'une transformation de l'OHADA en une entité politique avec pour conséquence des procédures lourdes et onéreuses. Or, plaident les partisans de cette théorie, l'organisation est une technique et d'intégration juridique. Voir, Joseph Issa SAYEGH et Paul Gérard POGOUE, « L'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions », *Rev. dr. unif.*, n° 1/2, 2008, p. 458. D'autres relativisent cette position arguant que le Conseil des Ministres, précédant organe suprême de l'OHADA n'est pas loin d'un organe politique : Félix ONANA ETOUNDI, « La révision du Traité de Port Louis », *Penant*, n° 865, 2008, p. 399.

<sup>142</sup> La doctrine critique vertement le pouvoir normatif du Conseil des Ministres : Laurent Benkemoun pointe du doigt une confiscation de la démocratie par la technocratie et dénonce « une technicité absconse, dans un domaine peu propice à flatter ou alarmer les opinions publiques ». Ainsi, écrit-il, « non seulement les représentations nationales sont totalement



et représentatif de l'OHADA a son siège à Yaoundé (Cameroun) ; 4) la Cour commune de justice et d'arbitrage (elle siège à Abidjan en Côte d'Ivoire) « assure dans les États

---

évincées de la procédure des AU [actes uniformes], mais un État-partie peut voir intégrer dans son droit positif une législation qu'il n'a pas acceptée, soit qu'il ait été absent du Conseil des Ministres, soit qu'il se soit abstenu ! De manière platonique, on peut se féliciter d'un tel dispositif, mais il n'est que de regarder combien, dans l'Union européenne, suscitent encore de passions et de polémiques le fonctionnement des institutions communautaires et leur délicate dialectique avec les souverainetés nationales, pour deviner que, sur un continent qui expérimente tout juste l'État-nation, dont les sociétés civiles peinent à s'affirmer, et où l'État de droit et la démocratie sont encore balbutiants, la quête effrénée d'efficacité, aussi louable soit-elle, pêche contre elle-même », Laurent BENKEMOUN et Jérémie VIALENS, « Le droit européen et la création du droit » (plus précisément la partie intitulée : « Acculturation du droit européen en Afrique : esquisse d'analyse sur le processus exogène de création du droit dans l'espace OHADA », *LPA*, n° 20, 2008, p. 3. Cette affirmation mérite à coup sûr attention. Seulement, la perte de souveraineté des États membres qu'elle met en exergue nous semble trop exagérée. Dire que le Conseil des ministres dépouille totalement les parlements nationaux de leurs attributions n'est pas exact. Il faut d'abord savoir que le transfert de compétence opéré au profit du Conseil des ministres résulte généralement de la volonté manifeste de ces parlements. Les constitutions des États parties subordonnent en effet l'engagement définitif de ces pays vis-à-vis d'un traité à « l'accord de volonté des élus du peuple, et au-delà le peuple lui-même qui les a mandatés ». De plus, les parlements nationaux conservent ce que certains ont qualifié de compétence résiduelle puisque « leur pouvoir décisionnel se trouve seulement limité par les actes adoptés par le Conseil des ministres de l'OHADA ». Voir : Djibril ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), *Revue internationale de droit africain*, n°4, 2000, p. 9. Invitée à se prononcer sur cette question, le Conseil constitutionnel du Sénégal a clairement indiqué en 1993 qu'il ne résulte de ce transfert de compétence au Conseil des ministres, « ni changement du Sénégal en tant qu'État souverain et indépendant, ni la modification de son organisation institutionnelle ; que le dessaisissement de certaines de ses institutions -Cour de cassation, mais aussi l'Assemblée nationale- n'est ni total ni unilatéral, qu'il s'agit donc en l'espèce, non pas d'un abandon de souveraineté mais d'une limitation de compétences qu'implique tout engagement international et qui, en tant que telle, ne saurait constituer une violation de la constitution, dans la mesure où celle-ci, en prévoyant la possibilité de conclure des traités, autorise, par cela même, une limitation de compétence ». Pour des développements détaillés sur l'avis du Conseil constitutionnel sénégalais, consulter la note sous arrêt d'Alioune Sall (*Penant*, n° 827, 1998, p. 225). Dans le même sens, la Cour constitutionnelle béninoise dans sa *décision DCC19-94* du 30 juin 1994 : « un abandon partiel de souveraineté dans le cadre d'un traité ne saurait constituer une violation de la constitution dans la mesure où celle-ci, à l'article 144, a prévu que le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux et que ledit traité se justifie, au surplus, par la nécessité de l'intégration régionale ou sous-régionale affirmée par le préambule et l'article 149 de la constitution ». Ces décisions peuvent être rapprochées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français concernant le Traité de Maastricht : « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que [...] la France puisse conclure [...] des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétence consentis par les États membres » (décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992).

parties l'interprétation et l'application commune du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes » (article 14) et 5) l'École régionale supérieure de la magistrature (son siège est à Porto Novo au Bénin) qui « concourt à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des États parties » (article 41)<sup>143</sup>. Après cette présentation sommaire, nous en convenons, de la genèse et des institutions de l'OHADA, voyons maintenant ce qui fait véritablement son originalité.

## **CHAPITRE II : L'ORIGINALITÉ DU DROIT OHADA**

27 — . Au-delà de l'œuvre d'unification du droit qui constitue en elle-même une innovation sur le continent africain, l'originalité principale de l'OHADA tient à notre avis en deux points : son caractère supranational d'une part (section 1), le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'autre (section 2).

### ***Section 1 : La supranationalité des Actes uniformes***

28 — . L'article 10 du Traité disposant que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition

---

<sup>143</sup> Pour une étude détaillée sur les institutions de l'OHADA : Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », *Semaine juridique*, supplément n°5, 2004, p. 5.

contraire de droit interne, antérieure et postérieure »<sup>144</sup> pose la question de la supranationalité des Actes uniformes<sup>145</sup>. Cet article a déjà fait l'objet de longs et riches développements<sup>146</sup> : pour les uns, il faut y voir l'interdiction faite à tout État partie d'édicter des règles de droit internes qui pourraient s'opposer à une application immédiate et obligatoire des Actes uniformes<sup>147</sup>. Pour d'autres, l'article 10 établit, sans que le doute soit permis, la supériorité hiérarchique des Actes uniformes sur les lois

---

<sup>144</sup> Par « dispositions contraires », il faut entendre « tout texte législatif ou réglementaire contredisant dans la forme, le fond et/ou l'esprit les dispositions d'un Acte uniforme ». Voir l'*Avis n° 001/2001/EP* du 30 avril 2001 de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Aussi : Félix ONANA ETOUNDI, « L'État de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », *Penant*, n° 865, 2009, p. 478.

<sup>145</sup> La supranationalité signifie que les Actes uniformes occupent un rang supérieur en comparaison du droit interne des États parties au Traité.

<sup>146</sup> Voir : Filiga Michel SAWADOGO, « Les actes uniformes de l'OHADA : aspects techniques généraux », *Revue Burkinabé de droit*, n° 3940, numéro spécial, 2001, p. 46; Joseph Issa SAYEGH, « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des États parties », *Revue Burkinabé de droit*, n° 3940, numéro spécial, 2001, p. 57; Joseph Issa SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », *Rev. dr. unif.*, vol. IV, n° 1, 1999, p. 20.

<sup>147</sup> Joseph Issa SAYEGH, « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement », *Penant*, n° 850, 2005, p. 7. Le professeur Joseph Issa Sayegh indique par ailleurs qu'il faut déduire de l'article 10 que les Actes uniformes abrogent les dispositions du droit interne qui leur sont contraires. La CCJA a déjà conclu que cette abrogation s'applique aussi aux dispositions de droit interne identiques à celles des Actes uniformes (*Avis n° 001/2001/EP* du 30 avril 2001). Babacar Gueye et Saïdou Nourou Tall souligne de leur côté que « l'article 10 du Traité de Port Louis implique également que le droit OHADA est applicable sans qu'il soit besoin d'une ratification. Il peut être invoqué aussi bien dans les rapports entre ressortissants des États membres (effet direct horizontal) que dans un litige entre un individu et un État membre (effet direct vertical). En toute hypothèse écrivent-ils, « le droit OHADA l'emporte sur toute disposition nationale. Il entraîne l'obligation pour les autorités nationales d'interpréter tout le droit national en conformité avec les Actes uniformes et, le cas échéant, de réparer les conséquences dommageables de leur irrespect », Babacar GUEYE et Saïdou Nourou TALL, « Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », dans J. I. SAYEGH, P. G. POGOUE ET F. M. SAWADOGO (dir.), préc., note 126, pp. 31 et 32.

nationales<sup>148</sup>. Toutes ces interprétations consacrent la supranationalité du droit OHADA, sa suprématie sur le droit interne des États membres<sup>149</sup>. La supranationalité évoquée ici consisterait « en l'existence d'un système institutionnel autonome permettant de privilégier le bien commun par rapport aux intérêts nationaux et d'édicter des normes qui, non seulement s'imposent aux États, mais aussi régissent directement la situation juridique des particuliers »<sup>150</sup>.

29 — . Cependant, les arguments avancés pour justifier la supranationalité du Traité n'emportent pas totale adhésion. D'aucuns soutiennent que l'interdiction de contredire l'applicabilité directe des Actes uniformes ne vaut que pour les seules dispositions de droit interne qui leur sont contraires. Les dispositions qui ne les contredisent pas restent donc en vigueur de sorte que la portée supranationale des Actes uniformes se trouve en conséquence limitée<sup>151</sup>. Une partie de la doctrine s'est aussi interrogée sur la constitutionnalité de l'article 10. La primauté des Actes uniformes sur le droit national qu'elle proclame s'étend-t-elle aussi aux constitutions des États signataires ? Un avis de la Cour suprême du Congo a déjà montré que l'adoption du

---

<sup>148</sup> Pierre MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant*, n° 855, 2006, pp. 158-159. Dans le même sens, Ibrahima Khilil DIALLO, « La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode », *Le bulletin du transport multimodal*, n°00, 2004, p. 8.

<sup>149</sup> Djibril ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, 2003, p. 26.

<sup>150</sup> Filiga Michel SAWADOGO, « La problématique de la cohabitation des ordres juridiques OHADA, UMEOA, CEDEAO », *Actes du colloque sur la mise en cohérence des processus d'intégration économique et juridique*, cité par Babacar GUEYE et Saïdou Nourou TALL, « Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », dans J. I. SAYEGH, P. G. POGOUE et F. M. SAWADOGO (dir.), préc., note 126, p. 34.

<sup>151</sup> Parfait DIEDHIOU, « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale », *Rev. dr. unif.*, Vol XII, n°2, 2007, p. 265.

Traité n'est pas sans poser quelques difficultés constitutionnelles. Cette cour a en effet déclaré plusieurs dispositions du Traité contraires à son acte fondamental du 24 octobre 1997<sup>152</sup>. Les obstacles constitutionnels au Traité ne doivent toutefois pas être exagérés. La plupart des États membres prévoient, avant ratification un contrôle obligatoire de la conformité des traités à leur constitution<sup>153</sup>. En cas de non-conformité, la ratification n'est possible qu'après révision constitutionnelle. Des auteurs ont prétendu que cette procédure indique que c'est la Constitution qui s'adapte au Traité et non le contraire d'où la supériorité du deuxième au premier<sup>154</sup>. D'autres auteurs soutiennent le

---

<sup>152</sup> Pour une lecture de l'extrait complet de l'avis, voir : *Penant*, n° 838, 2002, p. 116. Jean-Jacques Raynal nuance fortement les effets de cet avis, purement symbolique à ses yeux : « [...] le Conseil national de transition a autorisé, dès le 30 octobre 1998, le Président de la République à ratifier le traité. Il faut dire que l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 ne prévoyant pas les mécanismes de sa propre révision, la procédure de ratification risquait d'être paralysée jusqu' à la mise en place de la prochaine constitution congolaise, objection que la Cour suprême avait elle-même révélée. De plus, la cour ne dispose en matière de contrôle de constitutionnalité des traités que d'un pouvoir consultatif, contrairement au Conseil constitutionnel qui avait été mis en place par la constitution (abrogée) du 15 mars 1992 ; logiquement, l'article 175 de cette constitution imposait une révision constitutionnelle pour pouvoir ratifier un traité déclaré inconstitutionnel. Il n'y a donc pas violation formelle de l'Acte fondamental à ne pas respecter l'avis rendu par l'Assemblée générale consultative de la Cour suprême », Jean-Jacques RAYNAL, « Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du traité OHADA », *Penant*, n° 832, 2000, p. 6. Pour Placide Moudoudou, l'avis de la Cour suprême « fait apparaître un « nationalisme juridictionnel » disproportionné au regard des atteintes – minimales – à la souveraineté nationale [congolaise] », Placide MOUDOUDOU, « Le juge congolais et le processus d'intégration économique africaine (note sous Cour Suprême du Congo – Avis du 1<sup>er</sup> septembre 1998) », *Penant*, n° 838, 2002, p. 122.

<sup>153</sup> Au Gabon (article 87 de la constitution) et au Mali (article 90 de la constitution) par exemple les contrôles de conformité sont obligatoires. Dans d'autres pays, ils sont plutôt facultatifs : ainsi, au Bénin il faut une saisine par le Président de la République ou le président de l'Assemblée nationale (article 46) ; au Burkina Faso, une saisine par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le Président de la Chambre des représentants ou un cinquième des députés (articles 150 à 157) ; au Cameroun, une saisine par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, un tiers des députés ou des sénateurs (article 47) ; etc.

<sup>154</sup> Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, « L'application des droits communautaires UMOEA et OHADA par le juge national », Communication présentée lors du séminaire régional de sensibilisation sur la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques au sein de

contraire<sup>155</sup>. Toujours est-il que le Traité de l'OHADA a été ratifié par dix sept pays africains, le Congo inclus. Nous faisons ici nôtres les observations de Bruno Genevois :

« Dès lors qu'un traité a été introduit dans l'ordre juridique interne, il doit produire tous ses effets sans qu'il soit possible de mettre en cause par la voie de l'exception sa constitutionnalité »<sup>156</sup>.

**30** — . Quant à la règle de la supranationalité, la Cour commune de justice et d'arbitrage est venue lever toute équivoque en 2001. Répondant à une demande de la

---

l'UEMOA, de la CEDEAO et de l'OHADA, 2003, en ligne : <<http://www.juriscope.org/actu>> (consulté le 27 mars 2011). Ces auteurs avancent que « le fait que la Constitution doive être adaptée au traité, et non le contraire, semble exprimer une supériorité de la norme internationale conventionnelle sur la norme constitutionnelle. [...] La nature même du droit international conventionnel, qui requiert l'accord et l'engagement de plusieurs États, peut être considérée comme devant impliquer la supériorité de celui-ci sur l'ensemble du droit interne, y compris les dispositions constitutionnelles ». Pour valider cette argumentation, il est souvent fait référence à l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* concernant une affaire d'avortement et dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme semble avoir privilégié la Convention européenne des droits de l'Homme au détriment de la Constitution irlandaise. C'est dans le sens de la primauté des Traités sur les constitutions qu'il faut aussi interpréter les termes de la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt *Factortame* du 19 juin 1990 : « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire ».

<sup>155</sup> Pour Georges Vedel, « il n'existe pas en droit positif français de normes juridiques d'un rang supérieur à celui de la constitution ; [...] le concept de normes juridiques supraconstitutionnelles est logiquement inconstructible [...] ; la supranationalité dangereuse pour l'ordre juridique démocratique », Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 38. Dans le même sillage, le Conseil constitutionnel français dans sa décision 2004-505 du 19 novembre 2004 : le considérant 10 de cette décision place en effet la Constitution française « au sommet de l'ordre juridique interne ». Le professeur Chantebout invite de son côté à « prendre en considération le fait que les autorités habilitées à signer et à ratifier les traités tiennent leur pouvoir de la Constitution et ne peuvent donc agir que dans les limites fixées par celle-ci », Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 10<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 600.

<sup>156</sup> Bruno GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, Paris, STH, p. 371. Dans le même sens l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

République de Côte d'Ivoire sur l'effet abrogatoire des Actes uniformes, la Cour affirme que :

« L'article 10 [...] contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les États parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures. En vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du Traité [...] contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes uniformes. [Il] apparaît alors comme la seule disposition susceptible de consacrer la supranationalité des Actes uniformes, confirmée par les articles spécifiques de chaque Acte uniforme »<sup>157</sup>.

À part la supranationalité des Actes uniformes, une autre des originalités du droit de l'OHADA réside dans le pouvoir d'évocation qu'a sa Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et qu'il convient maintenant d'examiner.

---

<sup>157</sup> *Avis n°001/2001/EP* du 30 avril 2001. Voir aussi : *Penant*, n° 839, 2002, p. 225 et s. La réponse de la CCJA sur la question de la supranationalité n'a cependant pas mis fin au débat. Il est reproché à la Cour d'avoir répondu brutalement à cette question et ce, sans une méthode d'interprétation précise, sans « explication et raisonnement juridique » : P. DIÉDHIOU, préc., note 149, p. 265 et s. D'autres auteurs ont suggéré que l'OHADA règle la question de sa supranationalité comme l'a fait l'UEMOA dont la Cour de justice a clairement indiqué dans un avis en date du 18 mars 2003 que : « la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives juridictionnelles ou même constitutionnelles, parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux... Ainsi, le juge national, en présence d'une contrariété entre le droit communautaire et une règle de droit interne, devra faire prévaloir le premier sur la seconde, en appliquant l'un et en écartant l'autre ». Sur cette question : F. ONANA ETOUNDI, préc., note 144, p. 403 et B. GUEYE et S. N. TALL, préc., note 145, dans J. I. SAYEGH, P. G. POGOUÉ et F. M. SAWADOGO (dirs.), préc., note 102, p.

***Section 2 : Le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)***

**31** — . Le Traité attribue à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) la compétence exclusive pour examiner les recours en cassation contre les décisions faisant application du droit OHADA. L'article 14, siège de cette compétence se libelle comme suit :

« La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les États Parties l'interprétation et l'application communes du présent Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

[...]

Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des États Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des États Parties dans les mêmes contentieux. En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond »<sup>158</sup>.

**32** — . L'aliéna 5 de l'article sus mentionné a de quoi émouvoir le juriste de tradition civiliste : « en cas de cassation, [la cour] évoque et statue sur le fond ». Autrement dit, elle peut prendre à bras le corps le débat, juger l'affaire en droit et en fait pour finalement trancher le litige sans renvoi<sup>159</sup>. Une plume experte souligne que « les

---

<sup>158</sup> *Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, J.O. OHADA n° 4 du 1<sup>er</sup> novembre 1997, p. 1, art. 14.

<sup>159</sup> Denis TALON, « Une cour de cassation peut-elle juger en fait ? », *Gaz. Pal.*, n° 13, 2001, p. 6. Dans le même sens, Claudia Inès FEVILIYE-DAWEY, « La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : l'exemple du droit des affaires en Afrique francophone », *Penant*, n° 847, 2004, p. 136.



États signataires du Traité ont entendu faire de la Cour commune de justice et d'arbitrage une sorte de conseil de sages à l'africaine dont les décisions s'imposent à l'ensemble des États parties au Traité OHADA »<sup>160</sup>. Seulement, en faisant de la CCJA un troisième degré de juridiction<sup>161</sup> et en lui donnant pouvoir pour évoquer et statuer sur le fond des affaires, l'OHADA adopte une approche indubitablement novatrice. L'évocation en effet est « une dérogation grave à des principes fondamentaux du droit judiciaire tels le principe du double degré de juridiction et la distinction du principe du fait et de droit dans la connaissance du litige soumis à la juridiction de cassation »<sup>162</sup>. Cette distinction entre juges de fond et juges de droit est une tradition juridique solidement établie aussi bien en Afrique que dans d'autres juridictions dans le monde<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Dans le même sens, les observations de Jean Guyenot à propos de la juridiction qui évoque : « elle se trouve dans la situation du maître ou du père de famille qui, mécontent du travail de l'élève, prend sa place pour le refaire entièrement ou l'achever avec plus de savoir et d'autorité. Elle évoque pour terminer l'affaire et rend elle-même la décision qui s'impose », Jean GUYENOT, « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, n° 3, 1964, p. 561.

<sup>161</sup> On parle de la CCJA en tant que troisième degré de juridiction au moment précis (pas avant) où elle se mue en juge de fond, dépassant ainsi le cadre de la saisine autorisée par le pouvoir de cassation. Un auteur explique que par cette opération, la CCJA « élargit sa saisine et s'érige en cour d'appel unique et souveraine ». Ainsi, « [...] Lorsque la juridiction qui a été saisie du recours en cassation procède au règlement du litige, parce qu'elle y est tenue (aliéna 5 de l'article 14 du traité), elle cesse de se comporter en juridiction de cassation. Son rôle de juridiction de cassation a pris fin avec la décision de censurer l'arrêt », Bakary DIALLO, « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans le cadre du Traité de l'OHADA », *Penant*, n° 858, 2007, p. 46.

<sup>162</sup> B. DIALLO, préc., note 159, p. 59. L'auteur définit le pouvoir d'évocation comme étant « l'attribution que possède une juridiction, dans tous les cas où elle est saisie, d'examiner complètement le dossier d'une affaire, de le réformer, de corriger les erreurs de qualification des juges primitivement saisis, de relever toutes les circonstances légales qui accompagnent les faits » (page 40).

<sup>163</sup> Ainsi que le précise par exemple en France, l'article L 411-2 du *Code de l'organisation judiciaire* : « la Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ». Dans le même esprit,

La doctrine et la jurisprudence l'ont rappelé à l'envi<sup>164</sup>. Les partisans du pouvoir d'évocation de la Cour soutiennent que ce pouvoir présente des avantages certains, notamment celui de faire gagner du temps et d'unifier la jurisprudence OHADA<sup>165</sup>. Il reste que le pouvoir en question est une « pilule amère » pour une doctrine déjà « indignée » par la consécration de la supranationalité des Actes uniformes. Encore ici, l'essentiel des critiques porte sur la perte de souveraineté des États parties au Traité notamment leur « souveraineté judiciaire »<sup>166</sup>. Une « souveraineté judiciaire » mise à mal dit-on par un évincement total des cours de cassation nationales<sup>167</sup>. Aux côtés de la

---

l'article 604 du *Nouveau code de procédure* : « Le pouvoir en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

<sup>164</sup> Déjà en 1978, Pierre Bellet alors premier président de la Cour de cassation française soulignait que : « la Cour de cassation est une juridiction unique, placée au sommet de l'organisation judiciaire, dénuée de toute compétence quant à l'appréciation des faits du procès, laissés aux seuls juges de fond. Elle a reçu pour mission essentielle de veiller à la bonne application de la loi par les juges, et d'assurer l'unité de la jurisprudence, en précisant, à propos des litiges qui lui sont soumis, l'interprétation qu'il convient de donner aux textes législatifs ou réglementaires et en définissant leur portée ». Plus loin, il poursuit : « [...] la loi de 1790 a donc interdit au Tribunal de cassation de juger le fond des affaires. Son rôle sera exclusivement le contrôle du respect de la loi et de régulation de la jurisprudence : loi du 27 novembre 1790, article 3 : « sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond de l'affaire » (nos soulignements), Pierre BELLET, « La Cour de cassation », *R.I.D.C.*, vol. 30, n° 1, 1978, p. 193. Dans le même sens, le doyen Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges de fait*, Paris, Sirey, 1929. Également : Cass. Soc. 31 juillet 1970- Bull. n° 711.

<sup>165</sup> Pour Joseph Issa Sayegh et Paul Gérard Pogoué, « l'unification de la jurisprudence est la raison d'être de l'OHADA et de la CCJA parce qu'elle conditionne la sécurité juridique et judiciaire qu'elles sont chargées de garantir », J. I. SAYEGH et P. G. POGOUÉ, *loc. cit.*, note 117, p. 465. Pour une vision complète sur cette question : Félix ONANA ETOUNDI, « *OHADA : la Problématique de l'Unification de la Jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* », Abidjan, Presses Edjehou Danhi Imprim, 2008.

<sup>166</sup> Expression empruntée au professeur Joseph Issa SAYEGH : « L'intégration juridique des pays africains par l'OHADA », *Conférence OHADAC*, Pointe-à-Pitre, 2007, en ligne : [www.ohada.com](http://www.ohada.com)>, p. 5.

<sup>167</sup> De l'avis de certains auteurs, « cette mise à l'écart radicale des plus hautes juridictions locales [...] est une révolution juridique unique au monde, l'illustration paroxystique que dès lors qu'il s'agit de l'Afrique, on se croit tout permis, surtout le pire ! [...]. La suspicion à l'égard des hautes

doctrine, les juges sont cette fois descendus dans l'arène pour organiser la résistance. Réunis au sein de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AAJH), ils s'insurgent contre un siphonnage progressif et dérangeant<sup>168</sup> du contenu des compétences des cours locales et appellent à « une nécessaire et impérieuse révision du traité de Port-Louis dans le sens de permettre aux juridictions nationales de retrouver pleinement leurs prérogatives relatives aux attributions dont elles ont été dépouillées par la CCJA »<sup>169</sup>. Adopter cette solution serait sans nul doute signer la régression de l'OHADA<sup>170</sup>. C'est pour cette raison qu'il a été proposé soit de confier les litiges de moindre importance aux juridictions nationales de cassation soit de permettre tout simplement leur saisine si tel s'avère être le choix des parties au procès<sup>171</sup>. Il semble que

---

juridictions, supposées corrompues ou incompétentes, était le vrai moteur de cette mesure. Les dégâts sont considérables et on en vient à se demander si, bien loin de s'approprier à terme la nouvelle architecture judiciaire, les Africains ne vont pas se voir dépossédés d'une souveraineté pourtant encore neuve », L. BENKEMOUN et J. VIALENS, préc., note 142, p. 6. Sur les mêmes critiques : Laurent BENKEMOUN, « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA : aspects conceptuels et évaluation », *Penant*, n° 860, 2007.

<sup>168</sup> Philippe TIGER, « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : Bilan et perspectives d'avenir – Aspects conceptuels et évaluation », *Penant*, n° 860, 2007, p. 292.

<sup>169</sup> Rapport de synthèse du colloque tenu à Lomé du 6 au 9 juin 2006 sur le thème « Rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : Bilan et perspectives d'avenir », cité par Dorothé C. SOSSA, « Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation », *Rev. dr. unif.*, vol. XIII, n° 1/2, 2008, p. 348. Sur la résistance des juridictions nationales : René TAGNE, « La cour suprême du Cameroun en conflit avec la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) », *Juridis*, n° 62, p. 104.

<sup>170</sup> Cette solution « consacrerait le retour pur et simple aux systèmes judiciaires nationaux antérieurs et aux maux auxquels les créateurs de l'OHADA et de la CCJA voulaient remédier : absence de publication des décisions, contrariété des décisions et opacité de la jurisprudence, lenteur des procédures de cassation par le système du renvoi à une juridiction nationale », J. I. SAYEGH et P. G. POGOUÉ, préc., note 126, p. 464.

<sup>171</sup> F. ONANA. ETOUNDI, préc., note 144, p. 404.

le traité modifié de Québec n'ait retenu ni l'une, ni l'autre de ces propositions. Quoiqu'il en soit, c'est l'avenir qui dira si le fait de confier à la CCJA un pouvoir d'évocation radical<sup>172</sup> n'est pas ouvrir une véritable « boîte de pandore »<sup>173</sup>.

### **CHAPITRE III : LA COMPATIBILITÉ DU DROIT DE L'OHADA AVEC LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

33 — . Pour apprécier cette compatibilité, il nous faut d'une part chercher à savoir si l'article 2 du Traité OHADA qui énumère la liste des matières couvertes inclut aussi le commerce électronique dans son champ d'application (section 1). De l'autre, il importe d'évaluer les potentialités du commerce électronique dans l'espace OHADA (section 2).

---

<sup>172</sup> Les termes utilisés par l'aliéna 5 de l'article 14 sont très radicaux : « en cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond ». La cour ne « peut » donc pas mais « doit » en cas de cassation évoquer sur le fond les affaires. Ceci a fait dire à un auteur que l'évocation en l'espèce est « un impératif plutôt qu'une faculté ». Cet auteur estime que « le législateur aurait dû s'en remettre à la sagesse de la CCJA pour décider si dans le cas où elle casse un arrêt, il ne serait inutile et préjudiciable aux parties, de leur faire encourir les inconvénients d'un renvoi. L'opportunité de l'évocation doit être laissée entièrement à l'appréciation souveraine du juge supra-national. Lui seul doit décider si les conditions de l'évocation sont réunies, en particulier si l'affaire est susceptible de recevoir une décision définitive. Puis, lorsqu'il constate la réunion de ces conditions, il doit être libre d'évoquer ou de renvoyer le fond du litige aux juges de fait », B. DIALLO, préc., note 137, p. 59.

<sup>173</sup> D. TALON, préc., note 157, p. 9.

**Section 1 : Le commerce électronique et l'article 2 du Traité OHADA**

34 — . Les matières couvertes par le Traité sont énumérées en son article 2. Le commerce électronique n'y est explicitement pas mentionné et on peut se demander s'il entre dans le domaine du droit des affaires tel que définit par l'article susmentionné<sup>174</sup>. De l'avis de certains experts, l'expression « droit des affaires »<sup>175</sup> doit ici s'entendre dans un sens large, notamment au sens du « droit économique » qui « désigne l'ensemble des règles de droit concourant à l'organisation et au développement de l'économie [...] »<sup>176</sup>. Ce que veut mettre en place l'OHADA n'est donc pas à proprement parler et uniquement un « droit des affaires, mais un droit des activités économiques »<sup>177</sup>. Aussi, ne serait-il pas exagéré d'affirmer que le commerce

---

<sup>174</sup> Art. 2 : « [p]our l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ».

<sup>175</sup> Pour Joseph Issa Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble, l'expression « droit des affaires » « dans une acception large, [...] englobe la réglementation des différentes composantes de la vie économique : ses cadres juridiques (réglementation du crédit, de la concurrence...) ; ses acteurs (commerçants, sociétés, intermédiaires du commerce...) ; les biens et services qui en sont l'objet ; les activités économiques (production, distribution, consommation...), J. I. SAYEGH ET J. LOHOUES-OBLE, préc., note 114, p. 115.

<sup>176</sup> J. I. SAYEGH ET J. LOHOUES-OBLE, préc., note 138, p. 115.

<sup>177</sup> J. PAILLUSSEAU, préc., note 138, p. 3. Sur la notion d' « activités économiques » : Jean PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle », *D*, 2003 et Jean PAILLUSSEAU, « Mondialisation et droit des sociétés – Commentaires », *R.I.D.E.*, n° 2-3, 2002.

électronique, discipline transversale par essence fait partie du droit des activités économiques<sup>178</sup>. Un commercialiste de renom a déjà fait remarquer que :

« Le projet d'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc se démarque par son caractère éminemment pluridisciplinaire : [qu'] il ne s'agit plus de se limiter aux seules données du droit commercial et du droit des sociétés, l'objectif prioritaire étant la revitalisation des économies africaines à travers l'instauration d'un environnement juridique et des conditions favorables aux opérateurs économiques »<sup>179</sup>.

La définition « lâche »<sup>180</sup> du « domaine du droit des affaires » par l'article 2 du Traité donne latitude au Conseil des ministres pour y inclure toute autre matière qu'il jugerait nécessaire<sup>181</sup>. Dès lors, les portes sont grandement ouvertes pour le droit du commerce

---

<sup>178</sup> En ce sens, Vincent Gautrais qui écrit que : « le commerce électronique est un domaine hybride, bâtard, un domaine de convergence de matières qui n'avaient pas normalement pour habitude d'être confrontées. [...] Le domaine se prête bien à l'ouverture vers une pluralité de droits, tant [il] est transversal par essence », V. GAUTRAIS, préc., note 70, p. 5.

<sup>179</sup> Jean René GOMEZ, « Réflexions d'un commercialiste sur le projet d'harmonisation du droit des affaires dans la Zone Franc », *Penant*, n° 104, 1994, p. 4. Il faut ici donner raison au professeur Paillusseau lorsqu'il suggérait déjà en 2003 à la rencontre d'Abidjan de substituer la notion de droit des affaires à celle des activités économiques. Cette proposition ne fut en son temps pas retenue mais elle nous semble aujourd'hui s'imposer.

<sup>180</sup> François ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p. 7.

<sup>181</sup> La liste des matières énumérées par l'article 2 est donc « indicative et non exhaustive », J. I. SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, préc., note 138, p. 116. À ce sujet, les observations de Filiga Michel Sawadogo : « si les NTIC ou certaines de ses composantes, en l'occurrence le commerce électronique, ne figurent pas sur la liste des matières à harmoniser, cette circonstance n'est pas dirimante. Le droit des NTIC n'est d'ailleurs pas le seul à ne pas figurer sur la liste. Parmi les matières présentant un intérêt certain pour les affaires et ne figurant pas sur la liste et reconnues comme telles par les autorités et les experts intéressés au processus d'harmonisation, l'on peut citer, pêle-mêle, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, le droit des contrats spéciaux autres que ceux énumérés, le droit privé bancaire (droit des relations du banquier et des ses clients), le droit de la bourse, le droit douanier, le droit international privé, le droit des sociétés civiles et le droit de la propriété intellectuelle. L'adoption d'un acte uniforme sur le commerce électronique par l'OHADA ne serait donc pas incongrue, bien au contraire, au regard de son objectif fondamental qui est de doter les États parties de règles communautaires simples,

électronique. Nul observateur sérieux ne peut en effet contester le fait que cette discipline juridique est de nature à « faciliter l'activité des entreprises, à encourager les investissements et à promouvoir les échanges régionaux et internationaux »<sup>182</sup>. L'OHADA peut donc légitimement revendiquer l'encadrement juridique du commerce électronique. Mais encore convient-il de mesurer les potentialités réelles de ce type de commerce au sein des pays membres de l'organisation.

## ***Section 2 : Les potentialités du commerce électronique dans l'espace OHADA***

35 — . Initier une réflexion sur le cadre juridique du commerce électronique au sein de l'OHADA peut *a priori* paraître incongrue pour ne pas dire farfelue. Les pays de l'Afrique subsaharienne membres de l'OHADA n'ont-ils pas d'autres problèmes plus urgents ? La priorité accordée aux règlements des conflits locaux, à l'accès à l'éducation et à un système de santé digne de ce nom pousse d'emblée à relativiser la pertinence de tout autre projet. « Trou noir de la marginalité »<sup>183</sup> dans les interstices du système

---

modernes et adaptées afin de faciliter l'activité des entreprises », Filiga Michel SAWADOGO, « 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 », Communication à la *Conférence régionale africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement*, 2003, en ligne : < [http://r0.unctad.org/ecommerce/event\\_doc/tunis](http://r0.unctad.org/ecommerce/event_doc/tunis) > (consulté le 27 mars 2011).

<sup>182</sup> Paul-Gérard Pougoue est d'avis que toute discipline juridique de cette nature devrait trouver sa place dans « le domaine du droit des affaires » tel que définit par l'article 2 du Traité : Paul-Gérard POGOUÉ, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaire d'Afrique, 1998, p. 12.

<sup>183</sup> Olivier DOLLFUS, « Le système monde », in Roger BRUNET et Olivier DOLLFUS, *Mondes nouveaux*, Tome 1, Géographie Universelle, Paris, Hachette-Reclus, 1990. Cité par Annie

monde<sup>184</sup>, les Nations Unies ne viennent-ils pas de placer la plupart de ces pays en queue de peloton dans son récent classement mondial sur l'indice sur le développement humain ? Dans ces conditions :

« Que signifient internet et le commerce électronique pour ceux qui vivent dans les pays en développement ? Pour la majorité des ruraux qui vivent de la terre, la réponse est probablement très peu, au moins à court terme. Sans nul doute, les recherches axées sur l'amélioration de la productivité de leur terre ou la culture de nouvelles variétés de meilleure qualité nutritive ou de meilleur rendement sont pour eux beaucoup plus important »<sup>185</sup>.

**36** — . Pourtant, une approche trop pessimiste masquerait la réalité ; à leur échelle, les États membres de l'OHADA n'échappent pas aux bouleversements engendrés par les nouvelles technologies de l'information ; leur utilisation connaît d'ailleurs un véritable engouement sur le continent et la fracture numérique tant décriée<sup>186</sup>, loin d'être totalement

---

CHÉNEAU-LOQUAY, « Nord Sud, quelle Afrique dans les réseaux de communications mondiaux ? », *Actes du colloque Monde et Centralité*, Bordeaux, 2000, en ligne : <<http://www.africanti.org>> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>184</sup> Manuel CASTELLS, *La société en réseaux, l'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1998. Cité par A. CHÉNEAU-LOQUAY, préc., note 183, p. 2.

<sup>185</sup> David O'CONNOR, « Le commerce électronique pour le développement : de Charybde en Scylla », dans Andrea GOLDSTEIN et David O'CONNOR, *Commerce électronique et développement*, Paris, OCDE, 2002, p. 61.

<sup>186</sup> Annie CHÉNEAU-LOQUAY, « Quelle insertion de l'Afrique dans les réseaux mondiaux ? » in Annie CHÉNEAU-LOQUAY (dir.), *Enjeux des technologies de la communication en Afrique, du téléphone à l'Internet*, Paris, Karthala, 2000. Aussi : Annie CHÉNEAU-LOQUAY, « Défis liés à l'insertion des technologies de l'information et de la communication dans les économies africaines, l'exemple d'internet au Sénégal », *Actes du symposium Ouestafttech*, Université de Lille, 1999 ; Pascal RENAUD, « Vers la désertification technologique du Sud », dans A. CHÉNEAU-LOQUAY, préc., note 162, p. 181 ; James DEANE, « For richer or poorer? The impact of telecoms accounting rate reform on developing countries », in A. CHÉNEAU-LOQUAY, préc., note 183, p. 151.



résorbée, a été réduite au cours des dernières années de façon significative<sup>187</sup>. Août 2001, en prélude au Forum pour le Développement Africain d'Addis-Abeba, la Commission Économique pour l'Afrique (CEA) du Conseil Économique et Social des Nations Unies dans un document de travail intitulé *le commerce électronique en Afrique* soutenait que :

« Le commerce électronique représente une opportunité réelle et très significative pour l'Afrique qui a des avantages concurrentiels uniques dans quelques domaines clés du commerce électronique, notamment dans les téléservices interentreprises (Business to Business) tournés vers l'export, un secteur qui s'avère justement être un des marchés dont la croissance est la plus rapide. [Que] l'impact économique et social potentiel du commerce électronique est, tout bien pesé, très positif »<sup>188</sup>.

37 — . Et la même Commission de préciser dans son *Rapport sur le développement d'un cadre légal pour le commerce électronique dans la CEDEAO*, rédigé cette fois en collaboration avec la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest que « le commerce électronique a le potentiel pour diriger le commerce régional et améliorer la compétitivité mondiale au sein de la CEDEAO »<sup>189</sup>. Dans le même sens, les experts internationaux participants à la Conférence régionale

---

<sup>187</sup> Voir à ce sujet : Mohamed SOUMARE, Liberty MHLANGA, Raphaël NDIAYE, Mohamed NACIRI, *Fracture numérique du genre en Afrique francophone*, Dakar, Enda Éditions, 2005.

<sup>188</sup> COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, *Forum pour le développement africain : le commerce électronique en Afrique*, 2001, en ligne : <<http://www.uneca.org>> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>189</sup> COMMISSION ECONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE ET COMMUNAUTE ECONOMIQUE DES ETATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST, *Rapport sur le développement d'un cadre légal pour le commerce électronique dans la CEDEAO*, 2005, en ligne : <<http://www.uneca.org>> (consulté le 28 mars 2011).

africaine de Tunis sur *Les stratégies de commerce électronique pour le développement*<sup>190</sup> s'accordent à dire que le commerce électronique est assurément vecteur de prospérité économique pour les pays en développement ; une de ses applications intéressantes pour l'Afrique pouvant être la commercialisation sur l'internet des exportations agricoles<sup>191</sup>. Comme autres créneaux prometteurs, il est souvent mentionné : l'exportation d'objets d'art africains (par exemple le Fang et le Bamoun du Cameroun ou encore les peintures « sous verre du Sénégal » fortement en demande aux États-Unis) ; le tourisme, la musique, sans compter toutes les opportunités offertes par le commerce par téléphone mobile que nous énumérons plus loin dans nos développements. Le commerce électronique semble donc promis à un bel avenir au sein de l'OHADA, un vaste marché abritant plusieurs millions d'habitants. Toutefois, certains obstacles, notamment au plan juridique doivent être surmontés pour favoriser sa totale éclosion.

---

<sup>190</sup> CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *Stratégies de commerce électronique pour le développement : Promouvoir un dialogue international*, 2003, en ligne : <[http://r0.unctad.org/ecommerce/event\\_docs/tunis03/tunis03\\_notif](http://r0.unctad.org/ecommerce/event_docs/tunis03/tunis03_notif)> (consulté le 28 mars 2011).

<sup>191</sup> Voir la session IV du programme de la *Conférence régionale africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce pour le développement* organisée par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) en collaboration avec le Ministère tunisien du tourisme et de l'artisanat en avril 2003.

### TITRE III : PROBLÉMATIQUE ET MÉTHODOLOGIE

Toute recherche scientifique sérieuse doit se dérouler dans un cadre opératoire où problématique et méthodologie sont clairement définies<sup>192</sup>. Aussi commencerons nous d'abord par formuler la question recherche ainsi que l'hypothèse des présents travaux (chapitre I) pour ensuite énoncer la démarche méthodologique que les dits travaux emprunteront (chapitre II).

#### CHAPITRE I : QUESTION DE RECHERCHE ET HYPOTHÈSE

38 — . Après une longue léthargie législative due certainement à une inconscience des opportunités qu'est capable d'offrir le commerce électronique, les législateurs africains à l'instar de leurs homologues européens et nord américains ont entrepris de lui donner un cadre juridique valable. Aussi assiste-t-on depuis quelques années à des initiatives étatiques et régionales tous azimuts et non coordonnées, corollaires d'une mauvaise définition du cadre juridique du commerce électronique dans

---

<sup>192</sup> À ce sujet, Michel Beaud et Daniel Latouche précisent que « la problématique est une composante essentielle dans le travail de préparation de la thèse, elle est aussi importante que le cerveau et le système nerveux pour un être humain ou que le poste de pilotage pour un avion de ligne », Michel BEAUD et Daniel LATOUCHE, *L'art de la thèse*, Montréal, Boréal, 1988, p. 47. Sur la problématique de recherche : Gordon MACE et François PÉTRY, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, 3<sup>e</sup> éd., Québec, P.U.L., 2000 ; Jacques CHEVRIER, "La spécification de la problématique", dans Benoît GAUTHIER, (dir.), *Recherche sociale*, 3e éd., Montréal, P.U.Q., 1997, pp. 51-81 ; Jocelyn LÉTOURNEAU, *Guide d'initiation au travail intellectuel*, Toronto, Oxford Un. Pr., 1989 : Comment circonscrire un sujet de recherche, pp. 165-172 ; Jocelyn LÉTOURNEAU, *Guide d'initiation au travail intellectuel*, Toronto, Oxford Un. Pr., 1989 : Les composantes d'une stratégie de recherche, pp. 173-180 ; Raymond QUIVY et Luc VAN CAMPENHOUDT, *Manuel de recherche en sciences sociales*, Paris, Bordas, 1988 : L'exploration, pp. 38-80 ; François-Pierre GINGRAS, « La théorie et le sens de la recherche », dans Benoît GAUTHIER, (dir.), *Recherche sociale*, 2<sup>e</sup> éd., Sillery, P.U.Q., 1992, p. 113.

l'espace OHADA : on peut de prime abord s'interroger sur la pertinence des Actes uniformes de l'organisation dont certaines des dispositions laissent croire qu'elles pourraient s'appliquer au commerce électronique même si initialement, le législateur OHADA n'avait pas cette application à l'esprit. Outre cette compétence présumée de l'OHADA, il faut ensuite souligner que certains pays membres de l'organisation ont, soit adopté leurs propres législations sur le commerce électronique<sup>193</sup>, soit adhéré à la *Convention des Nations Unies sur les communications électroniques de 2005*<sup>194</sup>. Ces démarches étatiques sont les signes précurseurs du retour malheureux à un « individualisme juridique » justement combattu par l'OHADA. Enfin, aux côtés des États, les institutions régionales comme l'UMEOA, la CEMAC ou encore la CEDEAO ont chacune à son niveau mis en place des règles juridiques susceptibles de « prendre en charge » les nouvelles technologies de l'information et de la communication<sup>195</sup>. Toutes ces initiatives locales accentuent les risques de concurrence de normes applicables au commerce électronique<sup>196</sup>. Ainsi, le chevauchement des compétences (régionales et

---

<sup>193</sup> Par exemple, le Sénégal avec sa *Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques*, préc., note 25 ; le Burkina Faso avec son *Avant projet de Loi établissant un cadre de confiance pour les services, les actes juridiques et l'administration électroniques*. La première gageure aurait été de ne pas s'enfermer dans un cadre juridique national qui, confronté au commerce électronique relèverait du non sens. À ce sujet : Valérie SÉDALLIAN, *Droit de l'internet – réglementation, responsabilités contrats* –, Collection AUI (Association des utilisateurs d'Internet), Paris, NetPress, 1997, p. 45.

<sup>194</sup> NATIONS UNIES, *Convention des Nations Unies sur les communications électroniques dans les contrats internationaux*, 2005, en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/>> (consulté le 27 mars 2011).

<sup>195</sup> Par exemple : *Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UMEOA)*.

<sup>196</sup> Sur la concurrence des normes dans l'espace OHADA : Paul Dima EHONGO, « L'intégration juridique des économies africaines », dans Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation du droit*, Paris, Presses

étatiques) conjugué à une coexistence sans hiérarchie entre normes régissant ce nouveau domaine du droit laisse présager un avenir d'insécurité juridique favorable à la pratique du forum shopping<sup>197</sup>. Au regard de ces constats qui ne peuvent plus attendre encore longtemps le *statu quo* et l'indécision, une seule et unique interrogation s'impose au législateur OHADA : quelle est aujourd'hui pour les pays membres de cette organisation la plus cohérente et la plus efficace des approches pour juridiquement encadrer le commerce électronique ? Deux possibilités s'offrent aux autorités compétentes de l'OHADA : la première consiste à accepter le *statu quo* avec tous les problèmes juridiques que nous mettons en évidence dans les précédents développements : 1) le retour de l'individualisme juridique en raison de l'adoption par chaque pays de sa propre législation sur le commerce électronique ; 2) l'insécurité juridique occasionnée par des initiatives régionales tous azimuts et non coordonnées et 3) un encadrement juridique parcellaire par l'adoption exclusive de la *Convention des Nations Unies sur les communications électroniques de 2005* qui ne prend en compte que certains aspects du commerce électronique. La deuxième possibilité réside dans une uniformisation communautaire. Nous formulons l'hypothèse qu'une uniformisation du droit du

---

Universitaires de France, 2004, pp. 204-205 ; Benjamin BOUMAKANI, « La coexistence de la cour commune de justice de l'OHADA et de la cour de justice de la CEMAC. Bilan et perspectives », *R.D.A.I.*, n° 1, 2005.

<sup>197</sup> Sur le forum shopping : David CLEWELYN, « Forum-shopping for trade mark litigation in the context of the community trade mark regulation », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 1999, p. 38 ; Richard WILLIAMS & Marsh WILLIAMS, « Forum shopping: a new lease of life », *International Business Lawyer (IBL)*, n° 27/7, 1999, p. 307 ; Jean-François SAGAUT et Marc CAGNIART « Regard communautaire sur le forum shopping et le forum non conveniens », *L.P.A.*, n° 74, 2005, p. 51 ; Gabriele MECARELLI, « À propos du caractère inévitable du forum shopping dans la vente internationale de marchandises », *R.D.A.I.*, n° 8, 2003, p. 935.

commerce électronique dans le cadre de l'OHADA est à toutes fins pratiques la solution la plus appropriée.

**39** — . Cette solution est d'autant plus appropriée que la mise en lumière des actes uniformes concernés par les notions d'« écrit » et de « document » montre à l'évidence que l'entreprise qui consisterait à s'engager dans la voie d'une adaptation de ces textes aux nouvelles technologies de l'information au cas par cas serait particulièrement longue, laborieuse, avec des résultats incertains en ce qui concerne le contenu. On ne peut en effet garantir à coup sûr que toutes les règles juridiques seront identiques. La formule d'uniformisation permettra l'émergence d'un acte juridique normatif de portée obligatoire<sup>198</sup>. Nous ne sommes pas les seuls à recommander cette voie. Appelé à se prononcer sur l'adéquation de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats au commerce électronique, un juriste émérite indiquait clairement que :

« D'un point de vue méthodologique, l'Acte uniforme [sous-entendre l'Acte uniforme sur le droit des contrats] doit uniquement être porteur de règles générales sur les contrats. Tout au plus convient-il de veiller à ce que celles-ci ne constituent pas un frein à l'essor du commerce électronique. Si la nécessité se fait sentir d'édicter des règles spécifiques au contrat électronique, celles-ci devraient figurer, [...] dans un instrument distinct »<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> On se rappellera l'article 10 du Traité OHADA qui dispose clairement que : « [l]es actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

<sup>199</sup> Étienne MONTERO, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques », *Rev. dr. unif.*, vol. 13, issue 1-2, 2008, p. 293.

40 — . Suivant cette logique, nous soumettons qu'un nouvel acte uniforme sur le commerce électronique qu'adopterait l'OHADA devrait agir comme *lex specialiste* aux côtés de l'Acte uniforme relatif au droit des contrats faisant lui, office de *lex généraliste*. L'uniformisation prônée présente plusieurs avantages : l'un des obstacles majeurs à l'attrait des capitaux étrangers est l'incertitude juridique. Un droit uniformisé qui émane d'une structure communautaire est de nature à dissiper les craintes de potentiels investisseurs : d'abord, en ce qui concerne les risques liés à la volatilité du droit, toute modification de la norme harmonisée se fait selon une procédure communautaire nécessairement plus lente qu'une procédure nationale ; ce qui donne le temps aux opérateurs économiques et aux consommateurs de réagir en commun et préventivement aux velléités inconsidérées de changement. Ensuite, il est peu probable que des modifications de pure opportunité puissent être opérées au niveau communautaire : les normes étant adoptées à la majorité qualifiée, voire à l'unanimité, on voit mal comment « le fait du Prince »<sup>200</sup> dans un État pourrait prévaloir dans l'ensemble de la zone. Enfin, s'agissant de l'interprétation du droit applicable, il ne peut relever, dans un système juridique intégré que d'une instance régionale. Cette compétence est attribuée au niveau de l'OHADA à la Cour commune de justice et d'arbitrage dont les magistrats sont indépendants.

---

<sup>200</sup> Pour des développements récents sur le « fait du prince » : Anne-Claire AUNE, « Le fait du prince en droit privé », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 47, 2008, p. 71 ; Fanny LUXEMBOURG, « Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public », *JCP G Semaine Juridique* (édition générale), n° 8, 2008, p. 15 ; Damien CATTEAU, « Le contrôle des régularisations exceptionnelles, entre fait majoritaire et fait du prince », *Actualité Juridique Droit Administratif*, n° 8, 2007, p. 403.

41 — . Si l'uniformisation dans le cadre de l'OHADA était acquise, se posera la question de savoir comment il convient d'y procéder : quelles seront les sources d'inspiration du nouvel acte uniforme sur le commerce électronique ? Prenant appui sur la théorie de la circulation des modèles juridiques, les présents travaux feront des propositions *de lege ferenda* en matière de commerce électronique à la lumière des expériences européennes et nord américaines. Ces propositions tiendront compte bien entendu des spécificités des membres de l'OHADA. L'instrument juridique ainsi rédigé permettra aux entreprises de l'organisation de se battre avec toutes les armes requises sur le marché international. Il ne s'agit pas ici pour nous de décrire en détail tout le contenu du futur droit harmonisé relatif au commerce électronique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Cette tâche incombe au législateur compétent de l'OHADA. Notre démarche a une finalité beaucoup plus humble : elle vise à rechercher dans les textes sur le commerce électronique actuellement en vigueur dans notre région d'étude des « points de tension » ; des insuffisances et y apporter des solutions pratiques pour que le futur acte uniforme ne reprenne les mêmes lacunes. La question de recherche et l'hypothèse posées, nous pouvons maintenant nous autoriser une réflexion sur notre démarche méthodologique.



## CHAPITRE II : LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE

Qui dit recherche juridique dit non seulement « activité qui s'organise [...], mais aussi et surtout démarche de cette recherche, ses outils, ses méthodes<sup>201</sup> ». Pour mener à bien notre projet, nous avons privilégié une méthodologie centrée sur trois approches : la première est exégétique (section 1), la deuxième comparatiste (section 2) et la troisième pluridisciplinaire (section 3).

### *Section 1 : L'approche exégétique*

42 — . Il est évident que le point de départ de tout travail juridique est constitué de sources formelles de droit. Nul ne peut en effet prétendre faire œuvre juridique en ignorant le postulat essentiel suggéré par le professeur Vittorio Villa pour qui, tout opérateur juridique doit avant tout connaître les paradigmes du droit positif<sup>202</sup>. Pour ce faire, il convient d'analyser toute la documentation nécessaire à la réalisation de notre projet, la science du droit étant, comme l'indique un auteur, essentiellement un travail

---

<sup>201</sup> Christian ATIAS, « Contre la recherche juridique », *L.P.A.*, n° 218, 2005, p. 5. Pour d'autres, la recherche juridique se caractérise par sa « finalité dernière : trouver les moyens d'une règle de droit à la fois plus utile, plus juste et plus efficace », Jean Luc AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 60. Sur la notion de « recherche juridique » : Paul AMSELEK, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Arch. Philo. Droit*, 1979, p. 297 ; Claude DUCOULOUX-FAVARD, « Pour la recherche juridique », *L.P.A.*, n° 224, 2005, p. 3 ; Dominique ROUSSEAU, « Les facultés de droit et la recherche juridique », *Rev.dr.publ.*, n° 2, 2010, p. 307.

<sup>202</sup> Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993, p. 284. Le professeur Villa n'est pas le seul à recommander cette voie : à ce sujet, François OST et Michel Van de KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulations sociales*, Paris, LGDJ, 1991, p. 69.

sur les textes<sup>203</sup>. Il est question ici de procéder à l'identification des normes formelles (lois et règlements généraux) et informelles aux fins de la présente étude. Cette identification doit dans un premier temps faire un état des lieux des normes applicables au commerce électronique dans l'espace OHADA. Plus précisément, il s'agit de distinguer les dispositions des textes officiels du droit de l'OHADA qui sont favorables au commerce électronique de celles qui ne le sont pas<sup>204</sup>. Cette étape vise à déceler les points de droit qui posent problème et qui nécessitent une révision ou un complément. Dans cette première phase, il importe donc de passer aussi en revue les lois nationales sur le commerce électronique des pays de notre zone d'étude (pour ceux qui en possèdent une) ainsi que les accords régionaux sur le même sujet afin de mettre en exergue, suivant les cas, leur incohérence ou leur contradiction<sup>205</sup>. Dans un deuxième temps, nous déterminerons les sources d'inspiration du droit harmonisé prôné. Étant entendu que notre réflexion prospective se fait à la lumière des législations européennes et

---

<sup>203</sup> Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 149. Toutefois mener une étude empirique n'est pas totalement étranger aux juristes. Cette voie est déjà explorée par certains auteurs : Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une étude empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985 ; Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996 ; Jean Guy BELLEY, « La loi du dépôt volontaire. Une étude de sociologie juridique », *C.de D.*, n° 16, p. 27 ; Pierre NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », *C.de D.*, vol. 38, n° 4, 1997, pp. 741-768.

<sup>204</sup> Nous pensons ici au *Projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats* (en cours d'adoption) ; à *celui sur le contrat de consommation* (en cours d'adoption) ; à *l'Acte uniforme adopté le 17 avril 1997 relatif au droit commercial général*, préc., note 140 ; à *celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, préc., note 140 et enfin à *l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* adopté le 11 mars 1999, préc., note 140.

<sup>205</sup> Plus précisément, des initiatives actuellement en cours au sein de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ; de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC).

nord américaines, une analyse rigoureuse et comparative de ces textes s'impose<sup>206</sup>. Si la démarche exégétique ne servira que de « lampe pour éclairer notre chemin », tel n'est pas le cas de celle comparatiste qui est au cœur même du projet.

## *Section 2 : L'approche comparatiste*

43 — . Elle est la clé de voûte de notre projet et exprime un des aspects de son originalité. Mais on peut se demander s'il est vraiment possible de faire du droit comparé dans un domaine aussi spécialisé et mouvant que le droit du commerce électronique. L'alchimie entre cette discipline étrange que constitue le droit comparé et cette matière spécialisée qu'est le commerce électronique sont-elles miscibles<sup>207</sup>? L'un des défis majeurs auxquels est confronté ce projet est lié à cet aspect comparatif, car il ne s'agit en réalité pas de comparer deux ou plusieurs législations. La comparaison en cause ici est une comparaison utilitariste fondée sur une réflexion prospective du droit<sup>208</sup>. Cette démarche ne peut être menée efficacement sans qu'il faille comme le dit Legrand

---

<sup>206</sup> Sur les démarches d'une réflexion prospective: Xavier BEBIN, *Pourquoi punir ? : L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris, l'Harmattan, 2006.

<sup>207</sup> Expression empruntée à Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, 2001, p. 275.

<sup>208</sup> Sur la méthode comparative : Jacques VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995; Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 2006 ; Raymond LEGEAIS, *Les grands systèmes de droit contemporains : une approche comparative*, Paris, Litec, 2004 ; Mathieu DEVINAT, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne : études de méthodologie juridique comparée*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005 ; Michel FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, D , 2001 ; Konrad ZWIEGERT and Hein KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Toronto, Oxford University Press, 1998; Harold Cooke GUTTERIDGE, *Le droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, L.G.D.J., 1953.

« procéder à la délimitation d'un espace de pertinence »<sup>209</sup>. Cette espace de pertinence sera confiné, nous l'avons dit, à la publicité et au contrat électronique ainsi qu'à l'exécution de ce contrat, soit le paiement électronique. Dans notre comparaison, nous jouerons un rôle interprétatif; nous privilégions pour y parvenir une approche déductive<sup>210</sup> sans manquer de recourir à « un éclairage historique pour saisir la genèse des normes, les finalités qu'elles poursuivent et les réponses que le droit y a apportées dans le passé et dans les contextes comparables »<sup>211</sup>. Notre objectif est de synthétiser au profit de l'OHADA et à la lumière des expériences occidentales, les règles juridiques sur le commerce électronique dont l'application sera efficiente et conforme aux principes modernes en la matière et qui tiennent aussi compte des spécificités de cette organisation.

### *Section 3 : L'approche pluridisciplinaire*

44 — . Avant d'aller plus loin, il nous faut préciser que nous ne recourons à d'autres disciplines qu'en cas de nécessité. Le commerce électronique a en effet cette particularité d'être tenu entre le marteau juridique et l'enclume d'autres disciplines sociales comme l'économie par exemple. Aussi se pose-t-il la question du dialogue qui devra prévaloir entre ces différentes disciplines dans notre projet. Il sera recouru, si nécessaire, à la démarche interdisciplinaire en vue d'une interprétation claire et précise

---

<sup>209</sup> Pierre LEGRAND, « Comparer », [1996] 2 *R.I.D.C.* 279, p. 285.

<sup>210</sup> Sur l'approche déductive : Karl R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Édition Payot, Paris, 1973, p. 26.

<sup>211</sup> Jean Louis BERGEL, « Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique », (1996), *R.R.J.*, p. 1073 et s.

des règles en matière de commerce électronique. Cette démarche pourrait permettre par exemple d'évoquer les faits économiques et sociaux des pays de l'OHADA et d'en tirer, si elles sont pertinentes des conséquences juridiques. Toute expérience juridique, comme le dit Reale Miguel, implique une corrélation dynamique, des faits, des valeurs et des normes<sup>212</sup>. Nous ferons donc appel s'il le faut à l'interdisciplinarité<sup>213</sup> sans verser dans la simple juxtaposition d'approches à laquelle renvoie la pluridisciplinarité<sup>214</sup>.

45 — . Suivant la méthodologie précédemment décrite, il sera jeté, dans un premier temps, un regard rétrospectif sur le droit du commerce électronique dans l'espace OHADA (Partie I). Étant entendu que nous formulons l'hypothèse que la seule façon d'encadrer le commerce électronique, de manière efficace et effective dans notre région d'étude est de procéder à une uniformisation, il sera jeté, dans un deuxième temps, un regard prospectif sur le droit du commerce électronique dans l'espace OHADA (Partie II).

---

<sup>212</sup> Miguel REALE, « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 220-221.

<sup>213</sup> Valentin PETEV, « Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXI<sup>ème</sup> siècle », (1990) *R.R.J.*, p. 757.

<sup>214</sup> F. OST et M. V. DE KERCHOVE, préc., note 200, pp. 21-22.

# PARTIE I : REGARD RÉTROSPECTIF SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA

*« Un peuple qui a  
quarante mille lois n'a pas de loi [...]. La loi doit  
être une »<sup>215</sup>.*

*« La certitude du droit est la première des  
garanties sociales, celle qu'on doit assurer avant  
tout aux citoyens »<sup>216</sup>.*

46 — . Conscientes des opportunités que pourraient offrir le commerce électronique, les autorités africaines, à l'instar de leurs homologues européens ou nord américains, ont entrepris, ces dernières années des démarches pour lui conférer un cadre juridique. Des démarches qui auraient pu être salutaires si elles n'étaient à la fois confuses et hétéroclites. Un cadre juridique sérieux suppose au minimum que le justiciable sache à quelle juridiction s'adresser ou encore que le juge sache quelle loi appliquer. Or, le droit du commerce électronique dans l'espace OHADA renvoie aujourd'hui à l'image d'un droit « en miettes », en « mille morceaux », en « dentelle »

---

<sup>215</sup> Honoré de BALZAC, *Le Médecin de campagne*, 1833, p. 30. Dans le même sens, Paul-Henri Dietrich : « la multiplicité des lois, souvent contradictoires, rend la jurisprudence incertaine, impénétrable, arbitraire pour ceux mêmes qui s'en occupent uniquement ; elle fait que les juges les plus intègres sont surpris à tout moment par des pratiques rusées, qui se font une gloire de triompher dans les causes les plus désespérées », Paul-Henri DIETRICH, baron d'HOLBACH, *Morale universelle*, Amsterdam, M.-Rey, 1776, p. 183.

<sup>216</sup> Raymond SALEILLES, « Droit civil et droit comparé », *Rev. inter. enseignement*, t., 61, 1911, p. 5 et s.

pour paraphraser François Ost<sup>217</sup>. Un droit mal défini en raison de la coexistence de plusieurs normes susceptibles de régir les transactions sur l'internet. Dans cette première partie, nous ferons d'abord état du caractère hétérogène des textes applicables au commerce électronique dans l'espace OHADA (Titre I) pour ensuite jeter un regard critique sur ces mêmes textes lorsque réellement confrontés à la réalité du commerce en ligne (Titre II).

## **TITRE I : LE CARACTÈRE HÉTÉROGÈNE DES TEXTES APPLICABLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA**

47 — . Un examen sommaire des textes applicables au commerce électronique dans l'espace OHADA laisse rapidement entrevoir leur caractère hétérogène : d'abord, la rédaction de certaines dispositions d'Actes uniformes amène à penser qu'elles disposent d'une bonne marge d'adaptation au commerce électronique. Par ailleurs, certains pays membres de l'OHADA ont élaboré leur propre législation sur le commerce électronique en ignorant totalement les travaux des organisations régionales telles l'UEMOA, la CEMAC ou encore la CEDEAO sur la même question. Cette

---

<sup>217</sup> François OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in Jean CLAM et Gilles MARTIN (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 431. François Ost précise qu'il tient cette image du droit en « miettes » de Jacques Chevallier : Jacques CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Charles André MORAND (dir.), *L'État propulsif. Contributions à l'étude des instruments de l'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 18.

hétérogénéité de textes applicables est un facteur de confusion dommageable à l'éclosion du commerce électronique. Nous nous interrogerons premièrement sur les Actes uniformes eux-mêmes quant à leur pertinence à encadrer le commerce électronique (Chapitre I) pour, deuxièmement, exposer les initiatives nationales et régionales visant le même objectif (Chapitre II).

## CHAPITRE I : LA PERTINENCE DES ACTES UNIFORMES

48 — . Les premiers Actes uniformes de l'OHADA ont été adoptés en 1997. À cette époque, le commerce électronique n'était même pas encore, en Afrique, au sud du Sahara à ses premiers balbutiements. C'est certainement là une des principales raisons du silence du législateur OHADA sur l'encadrement juridique de ce nouvel outil de communication<sup>218</sup>. Cela ne veut pas pour autant dire que les dispositions des Actes uniformes sont totalement incompatibles avec le commerce électronique. Nous montrerons dans ce premier chapitre, d'une part, que le consensualisme (section I), pierre angulaire du droit de l'OHADA ainsi que les règles relatives à la formation du

---

<sup>218</sup> Il nous est toutefois revenu qu'une révision des Actes uniformes visant leur adaptation aux nouvelles technologies de l'information est actuellement en cours. Les divers communiqués publiés sur la liste de diffusion électronique font état de ce que cette révision devrait toucher principalement l'Acte uniforme portant droit commercial général. La principale innovation devrait consister en l'intégration des technologies de l'information dans l'accomplissement des formalités relatives au droit commercial ainsi qu'aux sûretés par le biais des registres nationaux et régionaux du commerce et de crédit mobilier. Le nouvel acte uniforme devrait également contenir des dispositions relatives à l'« écrit électronique » ; à la « signature électronique qualifiée » ainsi qu'à « l'archivage électronique ». Pour de plus amples informations : <www.OHADA.com>. Si le législateur OHADA ne s'est intéressé aux technologies de l'information que récemment, la doctrine elle, s'est penchée sur la compatibilité du droit OHADA avec le contrat électronique au colloque d'Ouagadougou déjà en 2007. À ce sujet : É. MONTERO, préc., note 199, p. 293.



contrat (section II) de l'autre font que le commerce électronique peut y trouver application.

### ***Section 1 : La consécration du consensualisme***

49 — . Solus consensus obligat : le consentement oblige à lui seul rappelle la maxime latine<sup>219</sup>. Présenté comme « l'expression la plus pure du génie français dans le droit »<sup>220</sup>, le consensualisme « consacre la liberté d'expression du consentement »<sup>221</sup>. L'acte consensuel se trouve ainsi défini comme celui « qui peut être conclu sous une forme quelconque et dont on dit qu'il résulte du seul échange des consentements, dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre, soit par écrit, soit oralement, soit même tacitement »<sup>222</sup>. Ce consensualisme<sup>223</sup>, justifié par des « impératifs de célérité et de la confiance de la vie des affaires »<sup>224</sup> et qui teinte fortement le contenu

---

<sup>219</sup> Dans le même sens, la célèbre citation d'Antoine Loysel : « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole ; et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain », Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel ; ou manuel de plusieurs et diverses règles : sentence et proverbes*, London, Nabu Press, 2010, p.

<sup>220</sup> Xavier Linant de BELLEFONDS, « La LCEN et le consensualisme », *RDC*, n° 2, 2005, p. 592.

<sup>221</sup> François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, D - Sirey, 2002, p. 127.

<sup>222</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2007.

<sup>223</sup> Sur le consensualisme : Benoît NUYTEN et Laurent LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois*, n° 8, 1998, p. 497 ; Yves JEANCLOS, « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », in *Hommages à Gérard Boulvert*, publiés par le Centre d'Histoire du Droit de LARJEPTAE, avec le concours de l'Université de Nice, de l'Université de Turin, du Centre de Documentation des Droits Antiques, 1987.

<sup>224</sup> Félix ONANA ETOUNDI, « Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.*, vol. 13, issue 1-2, 2008, p. 358.

du droit OHADA à travers notamment la liberté formelle des actes juridiques (paragraphe 1) qui caractérise la plupart de ses dispositions et la définition que celles-ci donnent du mot « écrit » (paragraphe 2) « est si ouvert qu'il s'applique sans coup frémir au commerce électronique »<sup>225</sup>.

### Paragraphe 1 : La liberté formelle des actes juridiques

50 — . En accordant une place prépondérante à la liberté de forme des actes juridiques, le droit de l'OHADA manifeste une certaine ouverture au commerce électronique. Au nombre des dispositions d'Actes uniformes qui consacrent cette liberté formelle, deux retiendront particulièrement ici notre attention<sup>226</sup> : d'abord l'article 208

---

<sup>225</sup> Philippe le TOURNEAU, « La notion de consentement électronique », in Éric A. CAPRIOLI (dir.), *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique : actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003 organisé par le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC et l'École du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier*, Paris, Litec, 2005, p. 12.

<sup>226</sup> Plusieurs autres dispositions du droit de l'OHADA sont dédiées à la liberté formelle des contrats. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, on peut citer entre autres : l'article 21 de *l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation* : « de façon générale et sauf indications contraires du présent Acte uniforme, le contrat de consommation n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut être verbal ou écrit » ; l'article 144 de *l'Acte uniforme portant droit commercial général* qui indique que : « le mandat de l'intermédiaire peut être écrit ou verbal. Il n'est soumis à aucune condition de forme. En l'absence d'un écrit, il peut être prouvé par tous moyen, y compris par témoin » ; l'article 71 de l'Acte uniforme précité sur le bail commercial : « [e]st réputé bail commercial toute convention, même non écrite, existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble [...] et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière, d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle » (nos soulignements) ; l'article 2/1 de *l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats* : « le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord » (nos soulignements) : cette disposition est inspirée par l'article 2.1.1 des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* dont il reprend au pied de la lettre les termes. Pour emprunter les mots de Vincent Gautrais, nous dirons qu'au regard de l'article 2/1 de *l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats*, « il est possible d'affirmer que [cet acte uniforme n'est] pas un empêchement au développement du commerce électronique dans la mesure où [il n'exige] pas de règles particulières qui auraient pu être difficiles à concilier avec la nature même du support électronique », Vincent GAUTRAIS, « Les Principes d'Unidroit face au contrat électronique », *Revue juridique Thémis*, vol. 36, n° 2, 2002, p. 491. Comme nous l'indiquions

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

de *l'Acte uniforme portant droit commercial général* (ci-après « AUDCG ») disposant que : « le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme. En l'absence d'un écrit, il peut être prouvé par tous les moyens, y compris par témoins ». Cet article, pendant de l'article 11 de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (ci-après « CVIM ») pose comme principe que la formation ainsi que la constatation d'un contrat régi par l'Acte uniforme précité ne sont soumises à aucune exigence particulière de forme. Autrement dit, un contrat conclu oralement, en personne ou via téléphone serait valide. Il est donc ainsi possible, et suivant les commentaires du Comité consultatif<sup>227</sup> de la Convention de Vienne de déduire que les termes de l'article 208 de *l'Acte uniforme portant droit commercial général* permettent de conclure et de prouver un contrat par voie électronique<sup>228</sup>.

---

plus haut, la liste que nous énumérons ici des dispositions du droit de l'OHADA traitant de la liberté formelle des actes juridiques est non exhaustive. On pourrait aussi y ajouter l'article 1/9 de *l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats* sur la notification qui dispose qu' : « [u]ne notification, lorsqu'elle est requise, peut se faire par tout moyen approprié aux circonstances [...] » (nos soulignements). Suivant les commentaires du Groupe de travail chargé de l'édition 2004 des Principes d'Unidroit, cette notification peut être adressée par voie électronique à condition que le destinataire consente « de façon expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de la façon dont la notification a été envoyé par l'expéditeur, à savoir du même type, dans le même format et à la même adresse ».

<sup>227</sup> Selon la présentation faite sur son site internet, « le Comité consultatif de la Convention de Vienne (*CISG Advisory Council*) est issu d'une initiative privée soutenue par l'Institut de droit commercial international de la Pace University (USA, État de New York) et du Centre d'études de droit commercial de Queen Mary à Londres. Le Comité a pour but de promouvoir la bonne compréhension de la CVIM et son interprétation uniforme », en ligne : < [www.cisgac.com](http://www.cisgac.com) > (consulté le 27 mars 2011).

<sup>228</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, *Avis n° 1 - Les communications électroniques sous l'empire de la Convention de Vienne*, en ligne : < [www.cisgac.com](http://www.cisgac.com) > (consulté le 27 mars 2011).

51 — . C'est avec le même état d'esprit qu'il convient de lire l'article 1/3 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : « [...] le présent Acte uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière [...] ». Tout comme l'article 208 précédemment étudié, celui 1/3 consacre lui aussi le « principe of informality » des contrats entre parties<sup>229</sup>. Même si le formalisme juridique connaît aujourd'hui un regain d'intérêt, le caractère informel des transactions reste encore profondément ancré dans la plupart des systèmes juridiques de sorte que la règle énoncée par l'article 1/3 de *l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats* est « particulièrement appropriée [...] aux moyens modernes de communication [par lesquelles] de nombreuses opérations sont conclues très rapidement et par un mélange de conversations, télécopies, contrats sur support papier, communications par courrier électronique et Internet »<sup>230</sup>. Par la souplesse de ses

---

<sup>229</sup> Selon ce principe : « a) les déclarations contractuelles sont valables même lorsqu'ils ne sont pas matérialisés par écrit, sauf dispositions impératives de toute loi nationale qui en dispose autrement. (b) Les parties aux contrats du commerce international ne peuvent exiger de formalisme excessif, sans aucune raison valable », en ligne : <<http://www.trans-lex.org/biblio>> (consulté le 27 mars 2011). Sur ce principe voir : Lando OLE, « CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law », *American Journal of Comparative Law* 53, 2005.

<sup>230</sup> INSTITUT POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 2004, p. 9. Voir plus spécifiquement les commentaires du Groupe de travail chargé de l'édition 2004 sur l'article 1.2. D'ailleurs, on ne pouvait vraiment saisir le sens de l'article 1/3 de *l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats* sans se référer à sa principale source, soit l'article 1.2 des Principes d'Unidroit : dans la première édition (1994) de ces principes, très peu, pour ne pas dire aucune attention n'avait été portée aux spécificités du commerce électronique. L'occasion faisant le larron, on a profité de la confection de l'édition de 2004 pour se pencher sur la compatibilité du nouvel instrument avec le commerce électronique. Initialement, dans l'édition de 1994, l'article 1.2 était rédigé comme suit : « [c]es principes n'imposent pas que le contrat soit conclu ou constaté par écrit. Il peut être prouvé par tous les moyens y compris par témoin ». Dans un document préliminaire à l'adresse des membres du Groupe de travail, le président Uchida soulignait que : « since form requirements are the most substantial obstacles for electronic commerce, this provision has an important role in

dispositions quant à la forme des contrats, le droit de l'OHADA nous semble ouvert aux réalités du commerce électronique. Ouverture qui se confirme par la définition que ses Actes uniformes donnent de l'« écrit ».

### **Paragraphe 2 : La définition de l'« écrit »**

52 — . Tandis que certaines dispositions de l'OHADA valident clairement la liberté formelle des contrats entre parties, d'autres donnent une définition large du concept d'écrit : ainsi, pour l'article 209 de *l'Acte uniforme portant droit commercial général*, « [...] le terme « écrit » doit s'entendre de toute communication utilisant un support écrit, y compris le télégramme, le télex ou la télécopie ». On reconnaît là aisément les termes de l'article 13 de la Convention de Vienne<sup>231</sup> à cette différence près que l'Acte uniforme ajoute lui un mode de communication plus récent : le télécopieur. L'article 209 AUDCG peut toutefois laisser songeur : si tel est que le droit de l'OHADA

---

electronic commerce. The working group may wish to consider whether we need provision that declares the admissibility and evidential weigh of electronic data », Takashi UCHIDA, *Working group for preparation of principles of international commercial contracts – Unidroit principles and electronic commerce*, Rome, Unidroit, 1999, p. 2. L'emploi du mot « écrit » dans l'article 1.2 de l'édition de 1994 a été considéré par le Groupe de travail comme faisant trop référence au traditionnel support papier. Aussi a-t-il été décidé de le remplacer par une expression beaucoup plus neutre ; soit : « *forme particulière* ». Cette expression nous semble pertinente parce qu'elle ne tient pas compte d'un mode de communication particulier et établit sans aucun doute que la forme du contrat est sans importance. Pour des développements détaillés sur cette question : INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *Working group for preparation of principles of international commercial contracts - Unidroit principles and electronic commerce - (Questionnaire prepared by Professors M.J. Bonell and E.A. Farnsworth and replies of Professors A.H. Boss, J. Ginsburg and C. Ramberg)*, Rome, Unidroit, 2002.

<sup>231</sup> Article 13 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise de 1980 : « [a]ux fins de la présente Convention, le terme « écrit » doit s'entendre des communications adressées par télégramme ou par télex ».

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

ne requiert aucune exigence quant à la forme des contrats, quelle est l'utilité réelle de cet article ? L'article 13 de la CVIM dont il est inspiré avait été ajouté à la convention internationale pour préciser le sens du mot « écrit » dans deux autres articles sur l'« acceptation tardive » de ladite convention<sup>232</sup> : article 21 (2) : « si la lettre ou autre écrit contenant une acceptation tardive révèle qu'elle a été expédiée dans des conditions telles que, si sa transmission avait été régulière [...] » (nos soulignements) ; article 29 (2) : [u] n contrat écrit qui contient une disposition stipulant que toute modification ou résiliation amiable doit être faite par écrit ne peut être modifié ou résilié à l'amiable sous une autre forme [...] » (nos soulignements). Par l'article 13 de la CVIM, on a donc voulu indiquer explicitement que le télégramme ou le télex étaient des méthodes acceptables de modifications des contrats<sup>233</sup>. Est-ce le même objectif poursuivi par le

---

<sup>232</sup> John O. HONNOLD, *Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention*, viii, 3<sup>ème</sup> édition, 1999, p. 141. John O. Honnold est professeur émérite de l'Université de Pennsylvanie. Il a été secrétaire général de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et chef de la division du droit commercial des Nations Unies de 1969 à 1974.

<sup>233</sup> Un regard rétrospectif sur la rédaction de l'article 13 de la CVIM laisse entrevoir les raisons qui ont poussé les rédacteurs de la Convention à distinguer seulement deux formes d'« écriture », soit le télégramme et le télex : il faut savoir que la délégation représentant l'Allemagne au Groupe de travail chargé d'élaborer la Convention avait expressément suggéré que soient inclus le télégramme et le télex pour donner à ses länder (États fédérés) dont les législations exigeaient un « écrit » la possibilité d'utiliser les deux médias précités pour conclure ou modifier les contrats. Voir à ce sujet : Ulrich G. SCHROETER, « Interpretation of Writing: comparison between provisions of CISG (Article 13) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law », *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2002. Pour le professeur Peter Schlechtriem, le télex et le télégramme ont été probablement inclus dans la version finale de l'article 13 parce que celui-ci a été rédigé sur le modèle de l'article 1(3) (g) de la *Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises de 1974*. Cette Convention contient, en ce qui la concerne des dispositions requérant des exigences formelles. L'article 1(3) (g) de cette Convention se libelle comme suit : « [l]e terme "écrit" doit s'entendre également des communications adressées par télégramme ou par télex ». Selon Peter Schlechtriem, l'article 1(3) apportait ainsi des clarifications sur la forme que pouvaient revêtir les contrats dans le cadre de la dite Convention. Sur la comparaison entre l'article 13 de la CVIM et l'article 1(3) (g) de la *Convention des Nations Unies sur la*

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

législateur OHADA ? Difficile d'y répondre par l'affirmative, car l'Acte uniforme sur le droit commercial général ne contient pas de dispositions semblables aux articles 21 (2) et 29 (2) de la CVIM. L'AUDCG n'a pas repris la théorie du *nachfrist* du droit allemand consacrée par la CVIM qui permet de donner dans certains cas effet à une acceptation tardive<sup>234</sup>.

**53** — . Toujours est-il que l'utilisation de l'expression « y compris » (« y compris le télégramme, le télex ou la télécopie ») dans l'article 209 AUDCG permet de déduire que cet acte uniforme ne donne ni une définition exhaustive ni une limitative du concept d'écrit. À notre connaissance, l'AUDCG n'exclut explicitement aucune forme d'écriture. On peut donc penser que la définition de l'écrit telle que formulée par l'Acte uniforme précité déborde certainement les seules sphères du télégramme, du télex ou du télécopieur même si, tel n'était pas initialement l'esprit du législateur OHADA<sup>235</sup>. L'article 209 doit donc être interprété de façon libérale lorsque confronté aux technologies modernes de communications<sup>236</sup>. C'est d'ailleurs une des recommandations

---

*prescription en matière de vente internationale de marchandises de 1974* : Peter SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law – The UN Convention On Contracts For The International Sales of Goods*, Manz, Vienne, 1986, p. 46, note 145.

<sup>234</sup> Jean René GOMEZ, « Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique », *Penant*, n° 827, 1998, p. 162.

<sup>235</sup> Voir sur cette question les commentaires d'Harry M. Flechtner sur l'article 13 CVIM : « [...] The intent and purpose of the CISG demonstrate that it naturally extends its boundaries for *writing* to include issues not conceived by the drafters », Harry M. FLECHTNER, « Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and Much More », 18 *Journal of Law & Commerce*, 1999, p. 220.

<sup>236</sup> Selon un expert canadien, l'article 13 qui est la « mamelle nourricière » de l'article 209 AUDCG doit être interprété libéralement et ce en conformité avec les techniques modernes de communication : voir à ce sujet : Jacob S. ZIEGEL, *Report to the Uniform Conference of Canada*

du Comité consultatif de la CVIM à propos de l'article 13 dont est inspiré l'article 209 AUDCG : « le terme écrit comprend également toute communication électronique pouvant être sauvegardée sous une forme intelligible »<sup>237</sup>. Au soutien de cette recommandation, le Comité consultatif affirme que : « [t]he prerequisite of « writing » is fulfilled as long as the electronic communication is able to fulfil the same functions as a paper message. These functions are the possibility to save (retrieve) the message and to understand (perceive) it »<sup>238</sup>.

54 — . Si l'article 209 AUDCG n'est « adaptable » aux technologies de l'information que par interprétation et déduction, l'article 1/10 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats vient lui dissiper tout doute quant à l'intention du

---

*on Convention on Contracts for International Sale of Goods*, University of Toronto, 1981. Dans le même sens et suivant une interprétation espagnole, rien n'indique dans la CVIM que l'article 13 doit être « statique » en présence des nouvelles technologies de l'information : M<sup>a</sup> del Pilar Perales VISCASILLAS, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*, § 147. Également : Jennifer E. HILL, « The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 2, n<sup>o</sup>1, 2003 : « Article 13 [...] fails to reflect important features of modern day business practices. However, this does not mean that Article 13 and the entire CISG is « a statutory piece of legislation [that has] largely petrified the law ». [...] Although the CISG does not explicitly recognise electronic contracting methods in its definition of a *writing*, they are acceptable by virtue of the convention's intent, purpose, and support from others articles ». Aussi : Siegfried Eiselen : « [...] There is no indication that the Convention intended to exclude any specific kind of communication », Siegfried EISELEN, « Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980 », *6 EDI Law Review* (1999) 21, p. 8.

<sup>237</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, préc., note 228, p.6.

<sup>238</sup> Idem. Plus loin, le même Comité opine que : « [u]nless the parties have limited the notion of writing, there should be a presumption that electronic communications are included in the term « writing ». This presumption could be strengthened or weakened in accordance to the parties' prior conduct or common usages (CISG Article 9 (1) and (2)). Sur cette question, voir aussi les commentaires de Charles H. Martin : Charles H. MARTIN, « The Electronic Contracts Convention, the CISG, and New Sources of E-Commerce Law », *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 16, n<sup>o</sup> 2, 2008, p. 475.



PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

législateur OHADA à accorder une définition large et libérale au concept d'écrit. Ce terme, selon l'article 1/10 doit être entendu de « tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui est de nature à laisser une trace matérielle ». Ainsi, l'« écrit » inclut non seulement le télégramme, le télex ou la télécopie, mais aussi « tout [autre] mode de communication ». La référence à « tout mode de communication » est imprécise, mais il est possible d'admettre qu'il est ici question de toute communication susceptible d'être reproduite sous une « forme intelligible ». La notion d'« écrit » telle qu'elle est définie par l'article 1/10 de l'*Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats*, définition qui, soit dit en passant est empruntée à l'article 1.11 des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*<sup>239</sup> nous semble particulièrement large. Aussi, les critères à rencontrer pour

---

<sup>239</sup>

Article 1.11: « Aux fins de ces principes : [...] – Le terme écrit s'entend de tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui est de nature à laisser une trace matérielle ». Lors des travaux préparatoires à la confection de l'édition 2004 des Principes d'Unidroit, le président Takashi Uchida, commentant l'ancien article 1.10 (maintenant 1.11) était d'avis que : “in defining the concept of “writing”, the functional equivalent approach which is adopted in UNCITRAL Model Law seems to be more appropriate than extending the traditional concept which is closely connected with paper. If the functional equivalent approach is to be adopted, it might be desirable to redraft the definition of “writing” in Article 1.10 and add some words concerning non-paper modes of communication such as electronic data along the line of Article 6 of the UNCITRAL Model Law”, T. UCHIDA, préc., note 230. Finalement, le Groupe de travail de l'édition 2004 a décidé de laisser inchanger l'article 1.10 (maintenant 1.11) arguant qu' « [...] un écrit comprend non seulement un télégramme mais aussi tout autre mode de communication, y compris les communications électroniques [...] », INSTITUT POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), préc., note 230. Partant des observations du Groupe de travail certains auteurs écartent tout doute quant à l'inclusion des communications électroniques dans « tout mode de communication ». Par exemple : Michael Joachim Bonell : « [i]t has been argued (cf. V. Gautrais, “Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique”, in: *Les Principes d'UNIDROIT et les contrats internationaux : aspects pratiques* (Journées Maximilien-Caron 2001), *RJT* 36 (2002), p. 481, at p. 496) that the “byzantine” definition provided in Article 1.10 (now Article 1.11) of the UNIDROIT Principles makes it rather difficult to assume that an electronic document is equivalent to a document in writing: it is fair to say, however, that such doubts have been raised with reference to the French version of the provision which is slightly different from the English version and indeed somewhat misleading by speaking

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

remplir les exigences d'un « écrit » sont-ils très flexibles ; en tout cas plus flexibles que les critères énoncés dans la plupart des législations nationales sur cette question<sup>240</sup>. En conséquence, à moins que les parties n'en décident autrement, une lettre signée, mais aussi un fax (copie de l'original d'un document), un courriel (sans signature électronique) ou encore un simple SMS rempliront les critères d'un « écrit ». Donc, sauf une entente particulière entre parties, le choix du mode de communication n'est limité que par 1/9 (1) de l'Avant projet qui exclut tout moyen de communication non « approprié aux circonstances »<sup>241</sup>.

---

of “tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui est de nature à laisser une trace matérielle” (emphasis added) », Michael Joachim BONELL, “UNIDROIT Principles and E-Commerce”, in Andrea SCHULZ (Ed.), *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction*, International Conference in The Hague, 26 and 27 October 2004, München, European Law Publishers, 2006, p. 152, note 12.

<sup>240</sup> Voir par exemple l'article 126a du Code civil allemand : « (1) If electronic form is to replace the written form prescribed by law, the issuer of the declaration must add his name to it and provide the electronic document with a qualified electronic signature in accordance with the Electronic Signature Act [*Signaturgesetz*]. (2) In the case of a contract, the parties must each provide a counterpart with an electronic signature as described in subsection (1) ». Dans le même sens, l'article 1316-4 du Code civil français : « lorsqu'elle est électronique [la signature] consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat » (nos crochets). Il est à noter que ces deux dispositions ne sont en fait que les transpositions de la *Directive n°1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* (cf. note 111 de la présente étude).

<sup>241</sup> Article 1/9 (1) : « [u]ne notification, lorsqu'elle est requise, peut se faire par tout moyen approprié aux circonstances ». Les termes de cet article sont inspirés de ceux de l'article 1.10 (1) des Principes d'Unidroit. Suivant les commentaires du Groupe de travail (édition de 2004), « [l]a question de savoir quels moyens seront appropriés et dépend des circonstances réelles de l'espèce, notamment de la disponibilité et de la fiabilité des divers modes de communication, et de l'importance et/ou de l'urgence du message à transmettre. Ainsi, « [p]our qu'une notice électronique soit “appropriée aux circonstances”, le destinataire doit consentir, de façon expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de la façon dont la notification a été envoyée par l'expéditeur, à savoir du même type, dans le même format et à la même adresse. Le consentement du destinataire peut être déduit de ses déclarations ou de son comportement, des pratiques établies entre les parties ou des usages applicables ». Une précision d'autant plus

55 — . En plus des articles 209 AUDCG et 1/10 de l'*Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats*, d'autres dispositions des textes de l'OHADA donnent elles aussi d'une façon ou d'une autre une définition extensive du terme « écrit »<sup>242</sup>. Aux nombre de celles-ci, l'article 2 alinéa 1<sup>er</sup>- c de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (ci-après « AUCTMR ») qui appréhende le concept comme : « une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible et mis sur papier ou sur un support faisant appel aux technologies de l'information »<sup>243</sup>. Dans aucun autre acte uniforme, la

---

importante qu'il serait « inconvenant et déraisonnable d'infliger à une personne les conséquences juridiques découlant des notifications qui lui sont envoyées et qu'elle ne lirait probablement pas », Christina RAMBERG, « Approche d'Unidroit face au commerce électronique », in BULLETIN DE LA COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE LA CCI, *Principes UNIDROIT : nouvelles évolutions et applications*, Supplément spécial, 2005, p. 57.

<sup>242</sup> Par exemple l'article 303 de l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du regroupement d'intérêt économique* (ci- après « AUSC-GIE ») sur les décisions collectives dans les sociétés en commandite simple qui indique que : « [L]orsque les décisions sont prises en assemblée générale, l'assemblée générale est convoquée par le ou les gérants au moins quinze jours avant sa tenue, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou télécopie » (nos soulignements) (voir aussi nos développements sur l'article 208 AUDCG). Dans le même sens, l'article 120 de l'*Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif* sur la formation du concordat de redressement : « [L]es créanciers munis de sûretés réelles spéciales, même si leur sûreté, quelle qu'elle soit, est contestée, déposent au greffe ou adressent au greffier, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, leurs réponses à l'avertissement prévu à l'article précédent » (nos soulignements).

<sup>243</sup> Article 2 alinéa 1<sup>er</sup>- c de l'*Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route*, J.O. OHADA n°13, 31 juillet 2003, p. 3 et s : cet acte est largement inspiré de la Convention applicable au transport international de marchandises par route (CMR) ouverte à la signature en 1956 et entré en vigueur le 02 juillet 1961. Toutefois, il faut savoir qu'en 2003, au moment de l'adoption de l'AUCTM, la CMR, et c'était là une des innovations importantes de l'acte sus mentionné ne contenait aucun dispositif prenant en compte les communications électroniques. Le paragraphe 1 de l'article 5 de la dite convention qui dispose que la lettre de voiture est établie en trois « exemplaires originaux signés par l'expéditeur et le transporteur » montre clairement que la Convention envisage cette lettre sous la forme d'un document papier. La dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 5 est encore plus explicite : « le premier exemplaire [de la lettre de voiture] est remis à l'expéditeur, le deuxième accompagne la marchandise et le troisième est retenu par le transporteur ». Au sens de la Convention, « la lettre

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

référence à l'écrit technologique n'avait été aussi claire<sup>244</sup>. Par cet acte, le législateur OHADA dématérialise la définition de l'écrit. Classiquement, l'écrit a longtemps été entendu, par opposition à la parole, comme le support papier. Ici, l'écrit est une suite de symboles intelligibles « faisant appel aux technologies de l'information ». Pour un spécialiste du droit OHADA :

« L'AUCTMR consacre ainsi deux sortes d'écrit, à savoir l'écrit sur papier et l'écrit dématérialisé sous forme électronique. Quoique le texte soit resté muet sur la question de la signature, condition nécessaire, mais suffisante à la validité d'un acte non reçu par un officier public, on peut retenir, qu'en admettant la preuve électronique, il accepte implicitement la signature électronique au même titre que la signature manuscrite »<sup>245</sup>.

---

de voiture fait foi jusqu'à preuve du contraire, des conditions du contrat et de la réception de la marchandise par le transporteur » (article 9). Une étude du Centre pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques de l'ONU (CEFACT/ONU) souligne le risque encouru par les parties que les tribunaux considèrent que l'échange de messages de données n'équivaut pas à l'établissement d'une « lettre de voiture » au sens de la convention. C'est ainsi que plusieurs initiatives ont été entreprises en vue d'une révision de la Convention. Aux nombres de celles-ci, les travaux réalisés par l'Union internationale des transports routiers (IRU) et celle du Groupe de travail dirigé par Jacques Putzeys, alors membre du Conseil de direction d'Unidroit (voir la note intitulée « Considération du développement à la CMR »). Il faut attendre l'année 2008 pour voir l'adoption d'un protocole additionnel à la CMR prenant en compte les nouvelles technologies de l'information. Ce protocole consacre la lettre de voiture électronique qu'elle définit comme : « une lettre de voiture émise au moyen d'une communication électronique par le transporteur, l'expéditeur ou toute autre partie intéressée à l'exécution d'un contrat de transport auquel la Convention s'applique, y compris les indications logiquement associées à la communication électronique sous forme de données jointes ou autrement liées à cette communication électronique au moment de son établissement ou ultérieurement de manière à en faire partie intégrante [...] ».

<sup>244</sup> Voir les observations d'Aboudrmane Ouattara : « [...] jusqu'alors, la formulation de la possibilité de recours aux tics avait été timide, voire prudente, dans les actes uniformes », Aboudrmane OUATTARA, « Une innovation technologique dans l'espace OHADA : la lettre de voiture électronique en matière de contrats de transport de marchandises par route », *R.I.D.C.*, n°1, 2008, p. 65.

<sup>245</sup> Dorothee SOSSA, « Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route », in J. ISSA-SAYEH, P-G POUGOUE, F. M. SAWADOGO, préc., note 126, p. 1041.

On notera pour terminer que la définition de l'écrit » donnée par l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route ne semble pas interdire l'oral (suite de signes intelligibles). Il appartiendra à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) d'interpréter cette définition légale et d'exclure toute interprétation fâcheuse. Si d'un point de vue strictement formel, l'application du droit de l'OHADA au commerce électronique ne semble pas présenter de difficultés majeures, qu'en est-il des règles de fond ?

### ***Section 2 : La formation des contrats***

Il est généralement admis en droit que le contrat se forme par la seule rencontre des volontés, lesquelles se traduisent par une offre et une acceptation<sup>246</sup>. Dans la présente section, il s'agit de vérifier si les règles relatives à la formation de contrat dans l'espace OHADA sont aptes à régir les transactions en ligne. Pour opérer cette vérification, nous examinerons successivement l'offre (paragraphe 1) et l'acceptation (paragraphe 2) OHADA au regard du commerce électronique.

---

<sup>246</sup> Michel ZOIA, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2<sup>ème</sup> partie) », *Gaz. Pal.* n° 289, 2001, p. 14. Sur cet aspect voir aussi : Géraldine GOFFAUX, *Du contrat en droit des sociétés - Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, Paris, Presses Universitaires, Sceaux, 2008.

**Paragraphe 1 : L'offre**

56 — . L'offre, pour la doctrine commande tout. Elle doit remplir des conditions déterminées pour que le contrat se forme<sup>247</sup>. Dans le droit de l'OHADA, ce sont les articles 210 de *l'Acte uniforme portant droit commercial général* et 2/2 de *l'Avant projet d'acte uniforme sur le droit des contrats* qui énoncent les conditions de fond auxquelles une proposition doit satisfaire pour être considérée comme une offre : elle doit être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées, être suffisamment précise (en ce sens qu'elle doit désigner les marchandises, expressément ou implicitement, fixer la quantité et le prix ou donner les indications permettant de les déterminer) (article 210) et indiquer la volonté de son auteur d'être liée en cas d'acceptation<sup>248</sup>. Conformément aux deux actes uniformes, l'offre prend effet au moment où elle parvient à son destinataire comme le mentionnent les articles 211 (1) AUDCG et 2/3 (1) de *l'Avant projet d'acte uniforme sur le droit des contrats*<sup>249</sup>. De plus, elle peut être révoquée si cette révocation parvient au destinataire avant que celui-ci n'expédie son acceptation<sup>250</sup>. Si les deux dispositions précédemment citées ne soulèvent aucune difficulté majeure à la lumière des moyens de communications traditionnels tels que le papier, il y a lieu de s'interroger sur leur applicabilité en présence des nouvelles technologies de l'information, car, l'offre même électronique doit contenir les éléments qui « impriment à un contrat sa coloration propre

---

<sup>247</sup> Jean BEAUCHARD, « L'offre dans le commerce électronique », in Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE, *Le contrat électronique : au coeur du commerce électronique ; Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Paris, LGDJ, 2005, p. 35.

<sup>248</sup> Article 210 AUDCG.

<sup>249</sup> Article 2/3 (1) de *l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats*.

<sup>250</sup> Aliéna 2 de l'article 11 AUDCG.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

et en l'absence desquels ce dernier ne peut par être caractérisé »<sup>251</sup>. En matière électronique, quand peut-on dire que l'offre est parvenue au destinataire ? Pour répondre à cette question, il convient ici de rappeler que l'AUDCG et l'*Avant projet d'acte uniforme sur le droit des contrats* sont en ordre chronologique largement inspirés de la Convention de Vienne et des Principes d'Unidroit. Il va de soi que les observations et commentaires issus des dispositions de ces textes internationaux leur soient applicables. Ainsi, selon le Comité consultatif de la Convention de Vienne, le terme « parvient », s'agissant des moyens de communication électronique « désigne le moment où une communication électronique est entrée dans le serveur du destinataire de l'offre »<sup>252</sup>. Dans la même veine et suivant le commentaire 4 sur l'article 1.11 des Principes d'Unidroit, l'offre : « n'a pas besoin de parvenir entre les mains du destinataire ou d'être effectivement lue par le destinataire. Il suffit qu'elle soit prise par un employé du destinataire autorisé à l'accepter, qu'elle soit placée dans la boîte aux lettres du destinataire, ou qu'elle parvienne sur le télécopieur, le télex ou, en cas de communications électroniques, qu'elle soit entrée sur le serveur de ce dernier »<sup>253</sup>. Au sujet de la révocation de l'offre, le Comité consultatif opine qu'une offre, même si elle est irrévocable, peut être rétractée si la rétractation entre dans le serveur du destinataire de l'offre avant que l'offre ne parvienne au destinataire ou si la rétractation entre dans ce serveur au même moment. La rétractation par communication électronique n'est admise

---

<sup>251</sup> M. ZOIA, préc., note 246, p. 14.

<sup>252</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, préc. Note 228, p. 8.

<sup>253</sup> Le Groupe de Travail chargé de l'édition 2004 des Principes d'Unidroit cite en exemple l'article 15(2) de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996*.

que si le destinataire a consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse »<sup>254</sup>.

57 — . Le même raisonnement est également tenu en ce qui concerne le principe de l'expédition qui, (s'agissant de la formation des contrats) est non seulement applicable à l'article 211 (2) AUDCG (« une offre peut-être révoquée, si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation »), mais aussi à l'article 2/4 (1) de *l'Avant projet d'acte uniforme sur le droit des contrats* (« jusqu'à ce que le contrat ait été conclu, l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation »). Ces deux dispositions peuvent être appropriées pour un environnement électronique même si elles ne semblent pas assez précises. En effet, si le moment auquel une déclaration sur papier est expédiée ne semble soulever aucun doute, il est en revanche difficile de savoir quand un message électronique doit être considéré comme ayant été envoyé. À cet égard, le Comité consultatif souligne qu' : « en matière de communications électroniques, le terme « expédier » désigne le moment où l'acceptation quitte le serveur du destinataire de l'offre. L'auteur de l'offre peut révoquer son offre en expédiant une révocation si celle-ci entre dans le serveur du destinataire avant que l'acceptation de celui-ci quitte ce même serveur. L'acceptation par communication électronique n'est admise que si

---

<sup>254</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, préc., note 8. Dans la même logique il a été retenu pour ce qui est du rejet de l'offre qu' « [u]ne offre prend fin lorsqu'un rejet entre dans le serveur de l'auteur de l'offre. Le rejet par communication électronique n'est admis que si l'auteur de l'offre a consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse ». Le Comité consultatif précise : “in electronic environments the exact time of “reaches the offeror” can be determined”.



l'auteur de l'offre a consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse<sup>255</sup>. Il est donc possible de déduire au regard de ce qui précède que l'offre OHADA possède une bonne marge d'adaptation au commerce électronique. Peut-on tirer les mêmes conclusions pour ce qui est de l'acceptation ?

### Paragraphe 2 : L'acceptation

58 — . Pour la doctrine, l'acceptation consisterait à agréer une offre de façon pure et simple<sup>256</sup>. L'article 213 l'Acte uniforme portant droit commercial dispose que :

« L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur d'une offre. L'acceptation ne prend pas effet si cette indication ne parvient pas à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé ou, à défaut de stipulation, dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances de la transaction et du moyen de communication utilisé par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'impliquent le contraire »<sup>257</sup>.

De l'avis du Comité consultatif de la Convention de Vienne, au regard des nouvelles technologies de l'information, « l'acceptation prend effet au moment où une indication électronique d'acquiescement entre dans le serveur de l'auteur de l'offre, à condition que

---

<sup>255</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, préc., note 228, p. 13.

<sup>256</sup> David NOGUERO, « L'acceptation dans le contrat électronique », in J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, préc., note 43, p. 62.

<sup>257</sup> Article 213 AUDCG.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

celui-ci ait consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse ». Le terme « verbale » inclut la transmission sonore en temps réel par voie électronique et les communications électroniques en temps réel. Une offre qui est transmise de manière électronique en temps réel doit être immédiatement acceptée, à moins que les circonstances n'impliquent le contraire, et à condition que le destinataire ait consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse »<sup>258</sup>. Dans le même ordre d'idées, et s'agissant de l'article 214 AUDCG<sup>259</sup> : « le terme « verbalement » inclut la transmission sonore par voie électronique, à condition que le destinataire ait consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse. Le terme « avis » inclut les communications électroniques, à condition que le destinataire ait consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse »<sup>260</sup>. En ce qui concerne le

---

<sup>258</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, préc., note 228, p. 12.

<sup>259</sup> Article 214 : « [u]ne réponse qui tend à être une acceptation d'une offre mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre constitue une acceptation. Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications doit être considérée comme un rejet de l'offre, et constitue une contre offre ». Les commentateurs de l'Acte uniforme précisent que « l'acceptation n'est pas pure et simple, elle devient une contre proposition non susceptible de former un contrat. Ce texte n'indique pas quelles altérations revêtent le caractère substantiel (article 31 de la Convention de Vienne).

<sup>260</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, préc., note 228, p. 13.

délai d'acceptation prévu à l'article 215 AUDCG<sup>261</sup>, le même comité consultatif opine que :

« Le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans une communication électronique en temps réel commence à courir au moment où l'offre entre dans le serveur du destinataire de l'offre. Le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans une communication par courriel commence à courir au moment de l'expédition de la communication par courriel. Les « moyens de communication instantanés » incluent la communication électronique en temps réel »<sup>262</sup>.

59 — . Aux côtés de l'Acte uniforme portant droit commercial, celui sur l'Avant projet concernant le droit des contrats encadre lui aussi « l'acceptation ». Ainsi, selon l'article 2/6 : « 1) constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation. 2) L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre. 3) Cependant, si en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans

---

<sup>261</sup> Article 215 : « [l]e délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans un télégramme ou une lettre commence à courir du jour de l'émission de l'offre, le cachet des Services postaux faisant foi. Le délai d'acceptation que l'auteur de l'offre fixe par téléphone, par télex, par télécopie ou par tout autre moyen de communication instantané commence à courir au moment où l'offre parvient au destinataire ». Ces observations valent aussi pour l'article 2/8 de l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : article 2/8 : « [l]e délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre commence à courir au moment où l'offre est expédiée. La date indiquée dans l'offre est présumée être celle de l'expédition, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire ».

<sup>262</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, préc. note 228, p 14.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli »<sup>263</sup>. L'article 2/7 précise :

« L'offre doit être acceptée dans un délai stipulé par l'auteur de l'offre ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances, notamment de la rapidité des moyens de communication utilisées par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire »<sup>264</sup>.

La formulation de cette disposition a retenu l'attention du Groupe de travail chargé de l'édition 2004 des Principes d'Unidroit. Suivant les commentaires et illustrations de ces principes :

« Une offre doit être considérée comme verbale non seulement lorsqu'elle est faite en présence du destinataire de l'offre, mais toutes les fois que le destinataire de l'offre peut répondre immédiatement. C'est le cas d'une offre faite par téléphone ou communiquée de façon électronique en temps réel (par exemple dans des « chat rooms ») »<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Article 2/6 de l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats. Selon les commentaires 1 des Principes d'Unidroit sur l'article 2.1.6 : « [p]our qu'il y ait acceptation, le destinataire doit indiquer d'une façon ou d'une autre son "acquiescement" à l'offre. Le seul accusé de réception de l'offre, ou l'expression d'un intérêt à son égard, n'est pas suffisant. En outre, l'acquiescement doit être sans condition, c'est-à-dire qu'il ne peut dépendre d'autres mesures à prendre par l'auteur de l'offre (par exemple "Notre acceptation est subordonnée à votre approbation finale") ou le destinataire (par exemple "Nous acceptons par la présente les clauses du contrat telles qu'elles figurent dans votre convention et nous nous engageons à soumettre le contrat à notre conseil d'administration pour approbation dans les deux semaines à venir"). Enfin, la prétendue acceptation ne doit contenir aucune modification des termes de l'offre ou au moins aucune qui ne les altère substantiellement [...] ».

<sup>264</sup> Article 2/7.

<sup>265</sup> Commentaires et illustrations sur l'article 2.1.7 des Principes d'Unidroit.

**60** — . Les commentaires et illustrations fournissent aussi des indications sur la manière de déterminer le « délai raisonnable, compte tenu des circonstances »<sup>266</sup> dans une situation où une offre est soumise via un courrier électronique demandant au destinataire de l'offre de répondre aussi rapidement que possible et où l'acceptation est donnée par lettre postée. Selon le commentaire et l'illustration, une lettre envoyée par la poste dans ces circonstances ne répond pas au critère « dès que possible ». Il nous semble que cela va de soi. Même si la précision est de fait quelque peu superflue, elle est à notre avis correcte et sans conséquence.

En définitive, il semble que les Actes uniformes de l'OHADA soit de manière générale appropriés non seulement pour les transactions conclues par les moyens traditionnels, mais également pour celles conclues électroniquement. Les règles qui y sont énoncées offrent apparemment des solutions, y compris dans un environnement électronique. En dépit des possibles solutions qu'offrent les Actes uniformes, les États membres de l'OHADA ont pris des initiatives, soit au niveau national, soit dans le cadre d'organisations régionales pour juridiquement encadrer le commerce électronique.

## **CHAPITRE II : DES INITIATIVES NATIONALES ET RÉGIONALES ÉPARSES**

**61** — . L'utilisation croissante d'internet au cours des dernières années a fait dire à l'un des ses pères fondateurs, le docteur Vint Cert que le nouvel outil de

---

<sup>266</sup> Id.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

communication a surpassé tous les objectifs de départ à lui assigner pour aujourd'hui devenir non seulement un phénomène international,<sup>267</sup> mais aussi une illustration par excellence de la globalisation<sup>268</sup>. La possibilité d'opérer des transactions en ligne est une occasion unique pour tout État y compris ceux en développement de prendre une part active au commerce mondial. Pour tirer profit de tous les avantages que peuvent offrir les échanges commerciaux sur l'Internet, encore faut-il que les pays qui s'y engagent disposent de législations susceptibles de « prendre en charge » tous les aspects techniques du réseau des réseaux<sup>269</sup>. Les incertitudes juridiques entourant le nouveau médium ont amené les législateurs de nombreux pays à adapter aux technologies modernes des règles de droit traditionnellement applicables aux documents papiers. C'est ainsi qu'en plus des actes uniformes mis en exergue dans le chapitre précédent, plusieurs initiatives visant à encadrer juridiquement le commerce électronique ont vu le jour dans l'espace OHADA. Ces initiatives sont soit le fait des États membres (section 1), soit celui d'organisations régionales (section 2).

---

<sup>267</sup> Jack GOLDSMITH and Tim WU, *Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World* Goldsmith & Wu, Oxford, University Press, 2006, p. 37.

<sup>268</sup> Selon Thomas Friedman, « [...] Globalization is the integration of capital, technology and information across national borders, in a way that is creating a single global market and, to some degree, a global village ». À ce sujet : Thomas FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree: Undersdanting Globalization*, 1<sup>st</sup> ed., Farrar, Straus and Giroux, 1999.

<sup>269</sup> Ce terme renvoie au fait que l'internet a commencé son existence comme un réseau d'unification de réseaux préexistants.

### ***Section 1 : Les initiatives nationales***

Ces initiatives nationales se traduisent d'une part par l'adoption de législations nationales sur le commerce électronique par des pays membre de l'OHADA (paragraphe 1) et de l'autre par leur adhésion à la Convention des Nations Unies sur les communications électroniques de 2005 (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : L'adoption de législations nationales sur le commerce électronique : l'exemple du Burkina Faso et du Sénégal**

Deux pays membres de l'OHADA, au meilleur de nos connaissances ont à l'heure actuelle une législation en bonne et due forme sur le commerce électronique. Il s'agit : du Burkina Faso et du Sénégal<sup>270</sup>.

##### **A. Le Burkina Faso**

62 — . Entouré par le Mali, le Niger, le Bénin, le Togo, le Ghana et la Côte d'Ivoire, le Burkina Faso est un pays enclavé d'Afrique de l'Ouest qui a pour capitale Ouagadougou<sup>271</sup>. Avec une superficie d'environ 274 000 km<sup>2</sup> et une population dépassant les treize (13) millions d'habitants, ce pays, anciennement connu sous le nom de Haute Volta a acquis son indépendance de l'ancienne métropole française le

---

<sup>270</sup> Il nous est revenu que le projet de loi n°868/PJL/AN régissant le commerce électronique est actuellement à l'étude à l'Assemblée Nationale du Cameroun. On nous apprend aussi que le Niger et le Gabon sont sur cette même lancée.

<sup>271</sup> Pour une vision détaillée de la géographie du Burkina Faso : Danielle BEN YAHMED, *Atlas du Burkina Faso*, Paris, Les éditions du Jaguar, 2005; Jacques BETHMONT, Pierpaolo FAGGI, Tanga Pierre ZOUNGRANA, *La vallée du Sourou (Burkina Faso) : genèse d'un territoire hydraulique dans l'Afrique soudano-sahélienne*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2003.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

5 août 1960<sup>272</sup>. Selon le Rapport mondial sur le développement humain 2009 du Programme des Nations Unies pour le développement, le Burkina Faso se classe 177<sup>e</sup> sur 182 pays (classement de l'indice sur le développement humain (IDH))<sup>273</sup>. Le même rapport indique que 46,4 % de la population burkinabé vit sous le seuil de pauvreté<sup>274</sup>. S'agissant particulièrement de la qualité des infrastructures de communication, l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) révèle que le Burkina Faso occupe le 165<sup>e</sup> rang sur 181 pays pour l'année 2005/2006<sup>275</sup>. L'usage des nouvelles technologies de l'information reste donc encore relativement faible<sup>276</sup>. Toutefois, au cours des dernières années, plusieurs initiatives ont vu le jour pour faire face à cette fracture numérique longtemps décriée : tout récemment a été inauguré le Centre de Ressources Informatique de l'Université de Ouagadougou. On y trouve plus de 240 ordinateurs, des équipements

---

<sup>272</sup> Sur l'indépendance du Burkina Faso : Frédéric LEJEAL, *Le Burkina Faso*, Paris, Karthala, 2002 ; Anne STAMM, *L'Afrique de la colonisation à l'indépendance*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003 ; Yénouyaba Georges MADIÉGA et Oumarou NAO (dir.), *Burkina Faso. Cent ans d'histoire, 1895-1995*, Karthala, Paris, 2003.

<sup>273</sup> PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Rapport sur le développement humain 2009 : Lever les barrières : mobilité et développement humain*, New York, Green Ink, 2009, p. 163. Selon le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), l'indice pour le développement humain (IDH) « mesure les réalisations moyennes d'un pays en fonction des trois dimensions fondamentales du développement humain : une vie longue et en bonne santé, la connaissance et des conditions de vie décentes. Il est calculé pour 182 pays et régions pour lesquels des données sont disponibles », PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Rapport sur le développement humain 1990*, Paris, Economica, 1990, p. 10 et s.

<sup>274</sup> PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), préc., note 8, p. 196.

<sup>275</sup> UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS (UIT), *Digital Opportunity Index 2007*, en ligne : <<http://www.itu.int/ITU-D/ict/doi/material/WISR07-chapter3.pdf>> (consulté le 28 mars 2011).

<sup>276</sup> Sur les difficultés d'accès au réseau au Burkina Faso : Mahamoudou OUEDRAOGO, Joachim TANKOANO, *Internet au Burkina Faso : réalités et utopies*, Paris, l'Harmattan, 2001 ; Raphaël Tshimbulu NTAMBUE, *L'Internet, son Web et son E-mail en Afrique : approche critique*, Paris, L'Harmattan, 2001.



de visioconférence ainsi que des outils multimédias de dernière génération<sup>277</sup>. Il s'agit là d'un exemple d'initiative susceptible d'ouvrir de nouvelles perspectives au Burkina Faso et ce d'autant plus que la corrélation entre développement économique et utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication est aujourd'hui une évidence<sup>278</sup>.

**63** — . C'est fort de cette conviction que, dans le cadre du Projet d'appui à la compétitivité des entreprises, le gouvernement burkinabé a sollicité auprès de la Banque mondiale un appui financier en vue de commanditer une étude pour l'élaboration d'un cadre juridique propice à la société de l'information. Un consultant belge, en l'occurrence le Centre de recherche informatique et droit des Facultés Universitaires Notre Dame de la Paix de Namur a été recruté en vue de la réalisation de cette étude. Avec l'assistance d'experts nationaux, six propositions de texte ont été élaborées par le consultant conformément aux cahiers des charges. Ces propositions ont été examinées dans le cadre de deux ateliers nationaux regroupant des représentants des ministères et (institutions du secteur privé et de la société civile en mars et juillet 2008. Après toutes ces consultations, un projet de loi relatif aux nouvelles technologies de l'information est

---

<sup>277</sup> UNIVERSITE DE OUAGADOUDOU, « Inauguration du Centre de Ressources Informatiques (CRI) de l'Université de Ouagadougou », en ligne : <<http://burkina-ntic.net/Inauguration-du-Centre-de.html>> (consulté le 28 mars 2011).

<sup>278</sup> À ce sujet : Randy SPENCE, Matthew SMITH, *Rôle des technologies de l'information et de la communication dans le développement humain, la croissance économique et la réduction de la pauvreté – document d'information*, Centre de recherche sur le développement international (CRDI), 2009. Pour les efforts en rapport des technologies de l'information fournis par le Burkina Faso voir : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Entente entre le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Burkina Faso portant sur l'implantation de systèmes d'accès à Internet au Burkina Faso*, Québec, Gouvernement du Québec, 2005.

parvenu à la Commission des affaires générales, institutionnelles et des droits humains (CAGIDH) de l'Assemblée nationale du Burkina Faso. Cette commission, après audition du gouvernement, débat général et examen du projet de loi article par article a proposé à la plénière l'adoption du projet de loi avec les amendements qu'elle a retenus<sup>279</sup>. Finalement, la *Loi n°45-2009 portant réglementation des services et des transactions électroniques* au Burkina Faso fut adoptée le 10 novembre 2009. Dans l'exposé de ses motifs, la loi affirme qu'elle a pour objectif :

« De favoriser le développement des services de la société de l'information et la mise en œuvre de l'administration électronique au service du citoyen et des entreprises, en apportant la sécurité juridique et la confiance dans les échanges par voie électronique »<sup>280</sup>.

**64** — . Le moins qu'on puisse dire, c'est que le champ d'application de la loi est très vaste. Il vise en effet non seulement la vente de biens et la fourniture de services à distance par voie électronique dans plusieurs secteurs d'activités, mais également la mise en ligne de la plupart des services offerts par l'État aux administrés<sup>281</sup>. La loi comporte dix (10) chapitres et 158 articles. Le chapitre I (dispositions générales) énonce une série de définition et de principes généraux portant sur la non-autorisation préalable, le pays d'origine, et la liberté dans les moyens de communications électroniques. Le

---

<sup>279</sup> Il faut souligner que la Commission des affaires générales, institutionnelles et des droits humains (CAGIDH) a reçu des contributions de la Commission de l'informatique et des libertés (CIL) et de l'Autorité de régulation des communications électroniques (ARCE).

<sup>280</sup> Exposé des motifs de la loi.

<sup>281</sup> Voir par exemple l'article 39 de la loi : « [t]oute communication effectuée dans le cadre d'une procédure administrative peut se faire par voie électronique. Elle est réputée reçue au moment où son destinataire a la possibilité d'en prendre connaissance. A cette fin, chaque administration communique les coordonnées électroniques permettant d'entrer en contact avec elle ».

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

chapitre II porte sur la signature électronique<sup>282</sup> et reprend les dispositions prévues en la matière par le Règlement de l'Union Économique et Monétaire Ouest africaine (UMEOA) relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union. Le chapitre III est relatif au formalisme électronique. Il s'applique tant pour les actes juridiques privés que pour les documents électroniques utilisés dans le cadre de procédures administratives dématérialisées<sup>283</sup>. Le chapitre IV traite du commerce électronique et vise à protéger tout « destinataire du services » qu'il soit professionnel ou consommateur<sup>284</sup>. Le chapitre V a trait à la diffusion d'informations publique et plus principalement à la mise à disposition du public, par voie électronique d'information

---

<sup>282</sup> Selon l'article 11 : « [u]n dispositif de création de signature électronique ne peut être considéré comme sécurisé que s'il satisfait aux exigences suivantes : a) il garantit, par des moyens techniques et des procédures appropriés, que les données de création de signature électronique : - ne peuvent être établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ; - ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ; - peuvent être protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers ; b) il n'entraîne aucune modification du contenu de l'acte à signer et ne fait pas obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer ».

<sup>283</sup> Toutefois les règles relatives au formalisme électronique ne s'appliquent pas aux : « [...] a) actes qui créent ou transfèrent des droits réels sur des biens immobiliers ; b) actes de sûreté et garantie fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; c) actes juridiques pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux ; d) actes authentiques ; e) actes juridiques relevant du droit de la famille ou du droit des successions ; f) procédures judiciaires », article 15, aliéna 2.

<sup>284</sup> L'article 55 de la loi indique que ses dispositions « [...] sont impératives dans les relations entre un prestataire et un consommateur. Toute clause par laquelle le consommateur renonce au bénéfice des droits qui lui sont conférés [...] est réputée non écrite ». Toutefois, « [l]es parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement aux dispositions de la présente section, à l'exception de dispositions de l'article 59 [...] ». Article 59 : « [l]es conditions contractuelles du prestataire ne sont opposables à son cocontractant que si ce dernier a eu la possibilité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat et que son acceptation est certaine. Elles lui sont communiquées par écrit, d'une manière permettant leur conservation et leur reproduction ».

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

d'intérêt public<sup>285</sup>. Le chapitre VI met en place un cadre pour garantir le sérieux et la fiabilité des prestataires des services de confiance (services d'archivage électronique, d'horodatage électronique, de recommandé électronique et de certification électronique)<sup>286</sup>. Le chapitre VII est relatif à l'accréditation des prestataires de confiance<sup>287</sup>. Le chapitre VIII établit un régime de responsabilité des prestataires

---

<sup>285</sup> Par exemple l'article 75 : « [c]haque autorité publique publie, sous forme électronique, un document décrivant ses compétences et l'organisation de son fonctionnement. Sans préjudice des règles de publication au Journal officiel, font l'objet d'une mise à disposition directe du public, sous forme électronique : a) les textes législatifs et réglementaires ; b) les directives internes, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives ; c) les informations relatives à l'élaboration de la politique ou de la stratégie, dans la mesure du possible ; d) un document centralisé indiquant où s'adresser pour obtenir des informations sur un sujet déterminé ou sur une procédure administrative particulière ; e) un guide des droits et obligations permettant aux usagers de mieux connaître et comprendre leurs obligations, d'exercer leurs droits et d'accomplir leurs démarches ». Ou encore l'article 77 : « [l]'Administration Publique veille à ce que les documents et informations suivants, relatifs à l'environnement, soient mis à disposition du public, dans la mesure du possible par voie électronique sans préjudice d'autres formes de mises à disposition : a) les textes des traités, conventions et accords internationaux, ainsi que de la législation nationale et locale concernant l'environnement ; b) les politiques, plans et programmes qui ont trait à l'environnement ; c) les rapports sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des éléments visés aux points a et b ci-dessus ; d) les rapports sur l'état de l'environnement, e) les informations relatives aux activités ayant des incidences sur l'environnement ou susceptibles d'avoir ; f) les autorisations qui ont un impact significatif sur l'environnement, ou une indication de l'endroit où les informations peuvent être demandées ; g) les études d'impact environnemental et les évaluations de risques concernant l'état de l'air, de l'eau, du sol, des paysages, des sites naturels, de la diversité biologique, ou une indication de l'endroit où les informations peuvent être demandées ou trouvées dans le cadre des demandes d'informations ».

<sup>286</sup> Article 90 : « [l]e prestataire de service d'archivage électronique met en œuvre des moyens nécessaires en vue d'empêcher, lors de la conservation, de la consultation ou du transfert, toute modification des données électroniques conservées, sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique ».

<sup>287</sup> Article 125 : « [l]es fonctions d'accréditation et de contrôle sont de la compétence de l'Autorité de régulation des communications électroniques. A cette fin, l'Autorité de régulation des communications électroniques est notamment chargée : a) de l'élaboration des formulaires de demande d'accréditation conformément à l'article 128 de la présente loi ; b) de l'élaboration et de l'approbation de cahiers des charges relatifs aux services et aux systèmes concernés par le présent chapitre ; c) de l'approbation de la liste des éventuels documents normatifs applicables aux services concernés ; d) de l'instruction des demandes d'accréditation, de l'octroi, du renouvellement ou du retrait des accréditations, du contrôle des personnes accréditées ; e) de

intermédiaires ainsi qu'une procédure de notification et de retrait pour les services d'hébergement<sup>288</sup>. Le chapitre IX prévoit une procédure de contrôle et des mesures de sanction en cas d'infraction à la loi<sup>289</sup>. Finalement, le chapitre X traite des dispositions finales. Étant entendu que la loi est d'une haute teneur technique liée notamment à l'usage d'un vocabulaire et d'une terminologie technique, il est à espérer que le gouvernement du Burkina Faso tienne sa promesse d'organiser des ateliers de formation et de sensibilisation à l'intention des décideurs politiques, des magistrats, des associations professionnelles, etc.

## B. Le Sénégal

---

l'émission, soit d'initiative, soit sur demande du Gouvernement, des avis sur toutes questions relatives aux services de confiance visés par la présente loi ou à l'adaptation des dispositions qui leur sont applicable. Un décret pris en Conseil des ministres sur proposition du Ministre en charge des communications électroniques précise le cadre juridique et institutionnel de la certification et détermine les modalités d'exercice des compétences de l'Autorité de régulation en matière d'accréditation, dans le respect des principes posés aux articles 128 à 133 de la présente loi ».

<sup>288</sup> Article 138 : « [l]a connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite est présumée acquise par le prestataire visé à l'article 137 ci-dessus lorsqu'il en est informé par une notification contenant les éléments suivants : a) si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénom, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ; b) la description des faits litigieux et leur localisation précise ; c) les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ; d) les noms et domicile du prestataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ; e) la date de la notification ».

<sup>289</sup> Article 148 : « [l]es fonctionnaires ou agents visés à l'article 146 peuvent adresser au contrevenant un avertissement le mettant en demeure de mettre fin à l'acte qui constitue une infraction à la présente loi. L'avertissement est notifié au contrevenant dans un délai de trois semaines à dater de la constatation des faits, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par la remise d'une copie du procès-verbal de constatation des faits. L'avertissement peut également être communiqué par télécopie ou par courrier électronique. L'avertissement mentionne : a) les faits imputés et la ou les dispositions légales enfreintes ; b) le délai dans lequel il doit y être mis fin ; c) qu'en l'absence de suite donnée à l'avertissement, le Procureur du Faso en sera avisé ».

65 — . Le Sénégal se situe à la pointe la plus occidentale du continent africain.

Le pays tient son nom du fleuve Sénégal qui prend sa source en Guinée et se jette dans l'océan Atlantique à Saint Louis. Il a une superficie de 196 722 km<sup>2</sup> avec une population de plus de 12.9 millions d'habitants. Le pays a pour capitale Dakar et a acquis son indépendance le 20 août 1960. L'économie sénégalaise est l'une des plus fleurissantes de l'Afrique de l'Ouest avec un réseau de télécommunication assez performant<sup>290</sup>. On y note une utilisation croissante des technologies de l'information aussi bien dans l'administration publique qu'auprès des particuliers. L'impact social de ces nouvelles technologies ne pouvait longtemps laisser indifférentes les autorités sénégalaises. Elles ont décidé de leur offrir un cadre juridique et institutionnel adéquat. Une première étape fut franchie avec la mise en place de l'Agence de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP) (loi n° 2001-15 du 27 décembre 2001)<sup>291</sup> et de l'Agence Informatique de l'État (ADIE) (décret n° 2004-1038 du 23 juillet 2004)<sup>292</sup>. C'est sous l'impulsion de

---

<sup>290</sup> En dépit des progrès économiques indéniables, le Rapport mondial sur le développement humain de 2009 classe le pays au 166<sup>ème</sup> rang sur 182 pays en ce qui concerne l'indice sur le développement humain.

<sup>291</sup> *Loi n° 2001-15 du 27 décembre 2001 portant Code des Télécommunications*. La loi entend « se conformer aux réformes opérées depuis 1985, consacrant notamment la séparation du secteur des postes de celui des télécommunications ».

<sup>292</sup> Décret n° 2004-1038 du 23 juillet 2004 portant création et fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Agence Informatique de l'État (ADIE). L'ADIE est entre autres « [...] est chargée de mener et de promouvoir, en coordination avec les différents services de l'Administration, les autres organes de l'État et les collectivités locales, tous types d'actions permettant à l'Administration de se doter d'un dispositif cohérent de traitement et de diffusion de l'information, répondant aux normes internationales en matière de qualité, de sécurité, de performance et de disponibilité. Elle participe à la définition de la stratégie de l'administration électronique, communément dénommée « e-gouvernement », de l'État du Sénégal en vue : de doter l'État d'un système d'information et d'outils d'aide à la prise de décision ; de fournir aux citoyens et aux entreprises une interface décentralisée d'accès à l'Administration ; de pérenniser et sécuriser les archives de l'État en dotant celui-ci d'une mémoire électronique ; de définir des indicateurs de performances des systèmes d'information mis en place, et d'en assurer le suivi et

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

ces deux organismes qu'une série de textes législatifs visant l'encadrement juridique des transactions électroniques seront adoptés par l'Assemblée nationale sénégalaise.

Le premier texte est une loi d'orientation générale : la loi n° 2008-10 du 25 janvier 2008 portant loi d'orientation sur la société de l'information<sup>293</sup>. Cette loi vise la mise en cohérence de l'ensemble du dispositif juridique sénégalais en identifiant les droits et responsabilités des divers acteurs. Le deuxième texte sur lequel nous reviendrons plus loin dans cette partie est la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques<sup>294</sup> qui a pour objectif la sécurité des transactions électroniques au Sénégal, notamment les opérations liées au commerce électronique, à la conclusion d'un contrat électronique, à l'acceptation de la signature et la preuve électroniques et, enfin, aux possibilités de transmission par voie électronique des documents ou actes administratifs.

66— . Le troisième texte traite de la cybercriminalité (loi n° 2008-11 du 25 janvier 2008 sur la cybercriminalité)<sup>295</sup> en mettant l'accent sur l'adoption

---

l'évaluation ; d'évaluer l'impact des investissements réalisés dans le domaine de l'informatique ; de contribuer à la bonne gouvernance notamment par la promotion de la télé démocratie [...] ».

<sup>293</sup> *Loi n° 2008-10 du 25 janvier 2008 portant loi d'orientation sur la société de l'information (LOSI)*. La loi pour ce qui est du Sénégal reconnaît qu'il « qu'il convient d'encadrer, notamment, par la production d'une réglementation permettant de garantir : - une liberté responsable de communication, de participation, d'expression et de création de ressources dans tous les secteurs de la société de l'information ; - la solidarité numérique à travers l'organisation d'un système d'accès universel aux technologies de l'information et de la communication, la promotion des réseaux citoyens et des mécanismes de financement et de partenariat appropriés ; - la sécurité des informations liées aux personnes physiques et morales ainsi que des biens (sites, infrastructures, réseaux) ».

<sup>294</sup> *Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques*, préc., note 25.

<sup>295</sup> *Loi n° 2008-11 du 25 janvier 2008 sur la cybercriminalité*. Cette loi a consisté à insérer après l'article 431-6 du Code pénal sénégalais un titre III intitulé « Des infractions liées aux technologies de l'information et de la communication » qui comprend les articles 431-7 à 431-65. Ainsi, aux termes de l'article 431-14, « [q]uiconque aura produit ou fabriqué un ensemble de

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

d'incriminations nouvelles spécifiques aux TIC (la protection pénale des systèmes, des données et des infractions informatiques ; la protection contre la pornographie infantile<sup>296</sup> ou des contenus de nature raciste et xénophobe, les infractions liées aux activités des prestataires techniques ; les infractions liées au commerce électronique) ; la création de nouvelles sanctions pénales adaptées à la cybercriminalité (l'érection de l'utilisation d'un système informatique en circonstance aggravante d'infractions contre les biens ; l'obligation de retirer des propos illicites d'un site incriminé. Le quatrième et dernier texte porte (loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 sur la protection des données à caractère personnel)<sup>297</sup> vise à lutter contre les atteintes à la vie privée susceptibles d'être engendrées par tout traitement des données à caractère personnel permettant d'identifier directement ou indirectement une personne. Les dispositions de cette loi traite des principes fondamentaux de nature à prévenir les abus en matière de collecte et de traitement des données à caractère personnel<sup>298</sup> ; de fixation des droits reconnus aux

---

données numérisées par l'introduction, l'effacement ou la suppression frauduleuse de données informatisées stockées, traitées ou transmises par un système informatique, engendrant des données contrefaites, dans l'intention qu'elles soient prises en compte ou utilisées à des fins légales comme si elles étaient originales, sera puni d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de 5.000.000 francs à 10.000.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement.

<sup>296</sup> Par exemple l'article 431-35 de la loi : « [q]uiconque se sera procuré ou aura procuré à autrui, importé ou fait importer, exporté ou fait exporter une image ou une représentation présentant un caractère de pornographie infantile par le biais d'un système informatique, sera 10 puni d'un emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans et d'une amende de 5.000.000 francs à 15.000.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement ».

<sup>297</sup> *Loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 sur la protection des données à caractère personnel* (Sénégal).

<sup>298</sup> Article 35 : « [l]es données doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Elles doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ultérieurement. Elles doivent être conservées pendant



personnes fichées et des obligations du responsable du traitement ; de la mise en place d'une autorité de protection dénommée Commission des Données Personnelles (CDP)<sup>299</sup>.

67 — . L'exposé des motifs du deuxième texte, soit la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques qui doit mériter notre attention dans le cadre de la présente étude indique clairement que le texte entend « favoriser le développement du commerce électronique par les Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) en posant des règles précises »<sup>300</sup>. Le texte, largement inspiré de la loi française pour la confiance dans l'économie numérique de 2004, prend compte plusieurs aspects du commerce électronique : la preuve électronique<sup>301</sup>; le contrat électronique, la publicité en ligne<sup>302</sup>, et les prestations de service de certification<sup>303</sup>.

---

une durée qui n'excède pas la période nécessaire aux finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées. Au-delà de cette période requise, les données ne peuvent faire l'objet d'une conservation qu'en vue de répondre spécifiquement à un traitement à des fins historiques, statistiques ou de recherches en vertu des dispositions légales ».

<sup>299</sup> Selon l'article 5 de cette loi, « [l]a Commission des Données Personnelles est une autorité administrative indépendante chargée de veiller à ce que les traitements des données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi. Elle informe les personnes concernées et les responsables de traitement de leurs droits et obligations et s'assure que les TIC ne comportent pas de menace au regard des libertés publiques et de la vie privée ».

<sup>300</sup> Le législateur sénégalais précise que le mot « transaction » contenu dans le titre de la loi doit être pris dans son sens courant ou économique et non dans le sens juridique classique de mode alternatif de règlement des conflits.

<sup>301</sup> Article 37 : « [l]'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. La conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de dix (10) ans et dans les conditions suivantes : 1) l'information que contient le message de données doit être accessible, lisible et intelligible pour être consultée ultérieurement ; 2) le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont on peut démontrer qu'elle n'est susceptible ni de modification ni d'altération dans son contenu et que le document transmis et celui conservé sont strictement identiques ; 3) les informations qui permettent de déterminer l'origine et la

**Paragraphe 2 : L'adhésion des États membres de l'OHADA à la Convention des Nations-Unies sur les communications électroniques**

68 — . La Convention sur l'utilisation des communications électroniques visant à « renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale » des contrats internationaux conclus par voie électronique fut adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 23 novembre 2005. Deux États membres de l'OHADA ont signé, mais pas encore ratifié la Convention<sup>304</sup>, soit le Sénégal (27 février 2006) et la République centrafricaine (07 avril 2006)<sup>305</sup>. Il nous semble ici tout à fait pertinent de revenir sur la philosophie générale et les principes de base de ladite Convention.

---

destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent ».

<sup>302</sup> Article 13 : « [t]oute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ».

<sup>303</sup> Par exemple l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi : « [l]es personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, par la mise à disposition au public des biens et services, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

<sup>304</sup> Il faut savoir que lorsqu'un État est signataire d'une convention de la CNUDCI, cela ne veut pas dire que cette convention s'applique automatiquement à elle. La CNUDCI note que : « [c]onformément aux principes généraux du droit des traités, un État qui signe un traité n'y devient pas automatiquement partie. Pour qu'il soit lié conformément au droit international, il faut qu'il accomplisse un autre acte tel qu'une ratification ou une adhésion, et que le traité soit entré en vigueur. Il se peut qu'un État doive aussi adopter une législation nationale pour que les dispositions du traité puissent être appliquées sur son territoire ».

<sup>305</sup> Aux côtés du Sénégal et de la République centrafricaine, il faut mentionner la Sierra Leone qui elle, n'est pas membre de l'OHADA.

69 — . En dépit du fort succès international rencontré par la loi type de la CNUDI sur le commerce électronique de 1996<sup>306</sup>, un consensus s'est peu à peu dessiné au sein de la Commission des Nations pour le droit commercial international que seul un instrument contraignant liant les États permettrait d'apporter des réponses effectives aux défis posés par la technologie au droit<sup>307</sup>. Préparée de longue date par le Groupe de travail IV de la CNUDCI, la Convention fut finalement adoptée par la Commission lors de sa trente huitième session de juillet 2005<sup>308</sup>. La Convention entend s'appliquer à

---

<sup>306</sup> UNITED NATION COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *UNCITRAL model law on electronic commerce with guide to enactment*, New York, United Nations, 1997. Pour une étude détaillée de la loi type :

<sup>307</sup> Pour rendre le nouveau texte plus contraignant, la technique des conventions a été préférée à celle de la loi type. Selon la CNUDCI, « [u]ne loi type est un modèle de texte proposé aux législateurs nationaux pour examen en vue de son incorporation éventuelle dans le droit interne. Une convention est un instrument contraignant en vertu du droit international pour les États et autres entités habilitées à conclure des traités, qui choisissent d'y devenir parties. En règle générale, il ne peut être dérogé aux dispositions d'une convention que si celle-ci autorise la formulation de réserves ». Me Éric Caprioli souligne que « les lois types sont destinées à inspirer les législateurs, tandis que les conventions sont au contraire destinées aux États », Éric CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, p. 92.

<sup>308</sup> La Convention est le résultat d'un long processus : déjà à sa trente-troisième session (17 juin-07 juillet 2000 à New York) proposait trois sujets sur lesquelles elle entendait entreprendre des travaux : Le premier sujet avait trait aux contrats électroniques du point de vue de la Convention des Nations Unies sur les ventes. En ce qui concerne le deuxième, il était question de déterminer s'il fallait autoriser ou non l'utilisation de documents électroniques dans le règlement des différends. Le troisième sujet portait sur la dématérialisation des titres représentatifs. La Commission recommandait notamment sur cette question que soit étudiée la mise en place d'un cadre législatif uniforme permettant de remplacer par des messages électroniques les connaissements sur papier. Sur la base des notes établies par le secrétariat de la commission (documents : A/CN.9/WG.IV/WP.89, A/CN.9/WG.IV/WP.90 et A/CN.9/WG.IV/WP.91), le Groupe de travail IV, lors de sa trente-huit session (12-23 mars 2001) a pris en compte toutes ces observations de la commission en recommandant la préparation d'un instrument international capable de lever les obstacles juridiques auxquels pourrait être en butte le commerce électronique (voir le document A/CN.9/484). Cette recommandation a été entérinée par la commission à sa trente-quatrième session (25 juin-13 juillet 2001 à Vienne). L'élaboration de la version actuelle de la Convention a débuté à la trente-neuvième session du Groupe de travail IV (11-15 mars 2002 à New York). Pour une vision doctrinale de la Convention : Vincent GAUTRAIS, *Analyse comparative de la Convention des Nations sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au*

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

« l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation et l'exécution d'un contrat entre les parties ayant leur établissement dans les États différents »<sup>309</sup>. L'article 4 b) définit les communications électroniques comme « toute communication que les parties effectuent au moyen des messages de données »<sup>310</sup>. Le nouveau texte reprend les principes clés de la loi type de CNUDI de 1996 sur le commerce électronique. L'article 9 par exemple établit le principe de l'équivalence fonctionnelle entre non seulement les communications électroniques et le document papier, mais aussi entre les méthodes d'authentification électronique et les signatures manuscrites. Toutefois, la convention ne prend pas en compte la conservation des enregistrements<sup>311</sup>.

---

*regard du droit civil québécois*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Québec, 2008, en ligne : <<http://www.gautrais.com>> (consulté le 28 mars 2011); Kah Wei CHONG & Joyce Suling CHAO, "United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts : A New Global Standard", *Singapore Academy of Law Journal* 18 (2006) : 116; John GREGORY, "The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts", *Business Lawyer* 59 (2003) : 313; Charles H. MARTIN, "THE UNCITRAL Electronic Contracts Convention : Will It Be Used or Avoided?", *Pace International Law Review* 17 (2005) : 261; Henry D. GABRIEL, "The Fear of the Unknown : The Need to Provide Special Procedural Protections in International Electronic Commerce", *Loyola Law Review* 50 (2004) : 307;

<sup>309</sup> Ce texte international ne régit donc pas le droit interne. Le paragraphe 2 de l'article premier précise qu'il « n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat ».

<sup>310</sup> Me Caprioli fait remarquer que c'est la première fois que l'expression « communications électroniques » « fait son entrée dans le langage onusien, à l'instar du droit français en 2004 avec la loi du 9 juillet 2004 dite « paquet télécoms » », Éric CAPRIOLI, préc., note, p. 91.

<sup>311</sup> Il a été jugé que la conservation des enregistrements ne relevait pas des questions liées à la formation des contrats mais beaucoup des questions administratives et de la preuve. Sur cette conservation des enregistrements, voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 10 de la loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique : « [l]orsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes : a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être

70 — . La règle de l'autonomie des parties est consacrée par l'article 3 qui dispose que « les parties peuvent exclure l'application de [la convention] ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ». De l'avis de certains commentateurs, il ne faut pas interpréter cet article comme habilitant les parties à mettre de l'avant des méthodes d'authentification moins fiables que la signature électronique<sup>312</sup>. Pour l'article 8, la validité ou la force exécutoire d'un contrat ne peut être refusée au seul motif qu'il a été conclu par voie électronique. La Convention ne prétend néanmoins pas déterminer le moment où prennent effet les offres et acceptations dans le cadre de la formation du contrat. Par ailleurs, l'utilisation de systèmes de messageries automatisés pour passer des commandes est admise<sup>313</sup>. Cependant, il est précisé à l'article 11 qu'une proposition de conclure un contrat effectuée par le biais d'applications interactives « doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation »<sup>314</sup>. Le texte international prévoit aussi à son article 14 le traitement des erreurs commises lors

---

consultée ultérieurement ; b) Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues ; c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent ».

<sup>312</sup> À ce sujet : José Angelo E. FARIA, "Online Contracting: Legal Certainty for Global Business: The New U.N. Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts", *Uniform Commercial Code Law Journal* 39 (2006): 25.

<sup>313</sup> Voir notamment l'article 12 : « [l]a validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique, ou bien par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés, ne peuvent être contestées au seul motif qu'une personne physique n'est pas intervenue ou n'a pas contrôlé chacune des opérations exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte ».

<sup>314</sup> Article 11.

des transactions électroniques. Une partie contractante peut ainsi corriger ses erreurs de saisie et même exercer son droit de retrait sous certaines conditions<sup>315</sup>.

71 — . La Convention a un caractère facilitant et non réglementaire. Aussi n'a-t-elle aucune incidence sur les obligations que pourrait avoir une partie à mettre à la disposition de l'autre des clauses contractuelles d'une manière particulière<sup>316</sup>. La convention énonce en outre des règles supplétives visant à compléter les législations nationales sur les moments et lieux d'expédition et de réception des communications électroniques. Aux termes de l'article 10 (1) est réputée expédiée, toute communication quittant le « système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyé au nom de l'expéditeur ». La réception d'une communication elle, est définie comme « le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée »<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> Le droit de retrait peut-être exercé si : « a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique ; et b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie ».

<sup>316</sup> Article 13.

<sup>317</sup> Il convient de souligner ici que la différence de formulation entre l'article 10 de la Convention et l'article 15 de la loi type ne visent pas à produire un effet différent dans la pratique, mais à faciliter l'application de la Convention dans divers systèmes juridiques, en alignant la formulation des règles pertinentes sur des éléments généraux couramment utilisés pour définir l'expédition et la réception en droit interne.

## ***Section 2 : Les initiatives régionales***

Ces initiatives sont l'œuvre d'organisations régionales. Il eut tout d'abord la reconnaissance de l'écrit électronique dans les opérations bancaires aussi bien par la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)<sup>318</sup> que par l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (l'UEMOA)<sup>319</sup> (paragraphe 1). Il eut ensuite l'adoption par l'UEMOA et la CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest)<sup>320</sup> de l'Acte additionnel A/SA.2/01/10 portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : L'adoubement du principe d'équivalence fonctionnelle dans les opérations bancaires**

72 — . L'émergence de nouveaux moyens de paiement faisant appel aux supports électroniques et télématiques a conduit les autorités de l'UEMOA<sup>321</sup> et de la CEMAC<sup>322</sup> à introduire dans leurs textes bancaires des dispositions tenant compte de ces

---

<sup>318</sup> Pour un aperçu historique de cette organisation, voir la partie introductive de la présente étude.

<sup>319</sup> Idem.

<sup>320</sup> Idem.

<sup>321</sup> Rappelons que l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) regroupe huit (8) pays : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée- Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo. La supervision bancaire dans l'UEMOA est assurée par la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO).

<sup>322</sup> Rappelons que la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) elle regroupe six pays que sont le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République Centrafricaine et le Tchad. La supervision bancaire dans la CEMAC est assurée par la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC), qui a reçu comme mission principale de contrôler les conditions d'exploitation des établissements de crédit, de veiller à la qualité de leur situation financière et d'assurer le respect des règles déontologiques de la profession.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

évolutions technologiques<sup>323</sup>. Deux textes, le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement<sup>324</sup> et le Règlement n°02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement<sup>325</sup> considèrent comme moyens de paiement, tous les instruments qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds<sup>326</sup>. Ainsi, faute d'un dispositif

---

<sup>323</sup> Ainsi, la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) a initié dès mars 1999 un projet de modernisation des systèmes de paiement en vue de conforter la solidité du système financier et l'intégration économique au sein de l'Union. La modernisation du système d'échange et de règlement des transactions a démarré avec la mise en place d'un système de compensation multilatérale automatisé, dénommé Système Interbancaire de Compensation Automatisé dans l'UEMOA (SICA-UEMOA) : ce système est conçu pour les virements interbancaires de gros montants et dans lequel chaque transaction est réglée sur une base brute et en temps réel. Les participants sont les banques et établissements financiers, la Bourse Régionale des Valeurs Mobilières (BRVM) et la BCEAO. Il eut ensuite la mise en œuvre du Système Interbancaire de Compensation Automatisé dans l'UEMOA (SICA-UEMOA) : par ce système, les banques transmettent des fichiers électroniques de leurs opérations en compensation (chèques, effets de commerce et virements), depuis leurs propres locaux et dans toutes les villes où la BCEAO est représentée. Avec l'avènement de ce système, les délais d'encaissement connaissent une réduction sensible. Ainsi :  
- le règlement d'un virement intervient le jour même de sa présentation. Le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement fait en effet obligation aux banques d'imputer les opérations dans les comptes des clients dans un délai maximum de trois jours après la compensation. Il eut enfin la mise en place du Système de paiement par cartes bancaires : l'un des principaux objectifs de ce projet est la promotion de l'interbancaire au niveau de l'Union, de sorte que la carte bancaire puisse jouer son véritable rôle d'instrument de paiement, acceptée par tous les commerçants affiliés et tous les distributeurs de la région, à l'instar de la monnaie fiduciaire commune. Dans le cadre de la mise en place du système de paiement par cartes bancaires, la BCEAO joue un rôle fédérateur et d'impulsion de l'interbancaire régionale. Soulignons pour terminer que tous ces systèmes reposent sur une infrastructure de télécommunication, au niveau sous-régional, à même d'assurer un service de haute qualité avec des débits élevés.

<sup>324</sup> *Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest africaine.*

<sup>325</sup> *Règlement n°02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement dans les États de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale.*

<sup>326</sup> Article 12 du Règlement de la CEMAC : « [s]ont considérés comme moyen de paiement tous les instruments qui permettent à toute personne de transférer des fonds, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé. Les moyens de paiement comprennent notamment, le chèque, la lettre de change, le billet à ordre, le virement, le prélèvement, la carte de monnaie, la monnaie électronique ». Voir aussi l'article 1 de la Directive n° 08/2002/CM/UEMOA portant sur les mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux : « [...] il convient d'entendre par « instrument ou procédé scriptural » tout instrument ou procédé



spécifique relatif aux nouveaux moyens de paiement et tout en sachant que seuls le chèque et les effets de commerce sont régis par des textes légaux, il était apparu primordial de mettre en place un cadre juridique régissant les instruments de transferts électronique de fonds afin d'une part de garantir la sécurité des paiements électroniques et télématiques et de l'autre d'assurer la sécurité des transactions financières.

73 — . L'objectif visé consiste à donner une assise juridique suffisante aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transferts électroniques de fonds étant donné que ces nouveaux instruments requièrent la mise en place d'une infrastructure dont la sécurité technique doit aller de pair avec la sécurité juridique. Chaque pays africains membres de la CEMAC ou de l'UEMOA est ainsi invité à se mettre en concordance avec le nouveau droit des systèmes de paiement afin de conférer une protection juridique aux usagers et ce : en définissant clairement ce qu'il entend par cartes bancaires et autres instruments et procédés de virement électroniques de fonds<sup>327</sup> tout en établissant la qualité des émetteurs de ces instruments ; en imposant une série

---

sur support papier ou électronique admis par le Règlement portant adoption d'un dispositif juridique sur les systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) comme moyen de paiement valable ».

<sup>327</sup> L'article 177 du Règlement de la CEMAC définit le virement comme : « [...] l'opération par laquelle, un teneur de compte, sur ordre de son client, transfère des fonds, valeurs, titres ou effets, au profit d'un tiers bénéficiaire désigné, par le crédit de son compte et le débit du compte du donneur d'ordre ». L'article 1 du Règlement de l'UEMOA précise que le virement électronique est « une série d'opérations commençant par l'ordre de paiement du donneur d'ordre effectué par des moyens ou procédés électroniques de paiement dans le but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire. Il peut notamment être effectué au moyen d'une carte bancaire, d'un porte-monnaie électronique ou par le procédé du télépaiement ou de tout autre mode électronique de paiement ».

d'obligations tant au titulaire<sup>328</sup> qu'à l'émetteur des cartes bancaires et autres instruments de transferts électroniques de fonds ; en admettant le principe de la validité de la signature électronique et de la reconnaissance de la preuve électronique dans les systèmes de paiement.

74 — . Des obligations sont par ailleurs imposées aux émetteurs des moyens de paiement. Ces obligations portent sur : 1) les informations préalables que l'émetteur doit fournir avant la conclusion du contrat<sup>329</sup>; 2) les informations relatives aux opérations réalisées par la carte bancaire ou tout autre instrument de transfert électronique de fonds ; 3) les conseils de prudence à fournir au titulaire afin d'éviter tout usage abusif.

---

<sup>328</sup> Ainsi, aux termes de l'article 172 du Règlement de la CEMAC, « [e]n cas de perte ou de vol, le titulaire de la carte de paiement supporte la perte subie avant la mise en opposition prévue à l'article 170, dans la limite d'un plafond fixé par l'Autorité Monétaire. Toutefois, le titulaire de la carte ne bénéficie pas du plafond prévu à l'alinéa précédent s'il a agi avec une négligence constituant une faute lourde ou si, après la perte ou le vol de la carte, il n'a pas effectué la mise en opposition dans le délai de trois jours francs après qu'il a eu connaissance de la perte ou du vol de la carte. Le titulaire de la carte ne bénéficie pas du plafond prévu à l'alinéa 1er ci-dessus, si la perte ou le vol de la carte est survenu après réception de la notification par l'émetteur de la décision de retrait et de l'obligation de restituer immédiatement la carte. De même, sous réserve de l'application de l'article 173, le titulaire de la carte ne bénéficie pas du plafond prévu à l'alinéa 1er ci-dessus, en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte de paiement retirée mais non restituée, survenue après réception de la notification par l'émetteur de la décision de retrait et de l'obligation de la restituer immédiatement ».

<sup>329</sup> Selon l'article 167 du Règlement de la CEMAC, « [l]'émetteur d'une carte de paiement doit faire signer un contrat à la personne à qui il la délivre et aux prestataires de biens et services qui désirent l'accepter. Sous peine de la sanction prévue par l'article 252, l'émetteur doit, préalablement à la délivrance d'une carte de paiement, s'assurer, en application de l'article 228, que le demandeur n'a pas fait l'objet d'une décision de retrait de carte ou d'une mesure d'interdiction bancaire ou judiciaire d'émettre des chèques ou de se faire délivrer des cartes de paiement. L'émetteur peut, par décision dûment motivée, refuser de délivrer une carte de paiement à un client ou demander la restitution d'une carte antérieurement délivrée par lui. Dans ce dernier cas, sous peine d'encourir la sanction prévue par l'article 252, l'émetteur est tenu de déclarer le retrait de la carte au fichier prévu à l'article 212. L'émetteur s'engage à honorer le règlement des achats effectués par son client avec la carte après s'être assuré de la validité de l'ordre de paiement et de l'absence d'opposition au paiement ».

**75** — . Toutes les informations communiquées par l'émetteur doivent être de manière claire et sur un support électronique fiable. L'émetteur doit garantir aussi le secret du numéro d'identification personnel ou de tout autre code d'identification du titulaire. S'agissant du titulaire, il doit utiliser son instrument de transfert électronique de fonds ou sa carte bancaire conformément aux conditions qui en régissent la délivrance et l'utilisation. Il doit également tenir informer l'émetteur dès qu'il a connaissance de la perte ou de vol de la carte bancaire. Cette information est importante, car elle détermine le régime de responsabilités parce que le principe de responsabilité pèse sur l'émetteur avant l'information et sur l'émetteur dès l'opposition. Une autre obligation très importante à charge du titulaire est le principe d'irrévocabilité de paiement<sup>330</sup>. Ce principe a pour objet d'assurer au bénéficiaire la sécurité des transactions en interdisant la révocation de l'ordre donné à son banquier et cela en dehors des cas qui sont limitativement énumérés en cas de perte, vol ou utilisation frauduleuse.

**76** — . L'introduction des règles relatives à la monnaie ainsi qu'au paiement électronique<sup>331</sup> dans les règlements UEMOA et CEMAC poursuit donc trois objectifs

---

<sup>330</sup> « Le virement est définitif à compter du crédit du compte du bénéficiaire », aliéna 2 de l'article 179 du Règlement de la CEMAC.

<sup>331</sup> Conformément à l'article 193 du Règlement de la CEMAC : « [I]a monnaie électronique est un moyen de paiement constituant un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et accepté en paiement par des tiers autres que l'émetteur. La monnaie électronique doit être émise pour un montant dont la valeur ne peut être supérieure à celle des fonds reçus en contrepartie. Par instrument électronique on entend, au sens du présent règlement, l'enregistrement de signaux dans une mémoire informatique, soit incorporée dans une carte fournie par l'émetteur au porteur, et qui peut être nominative ou anonyme, soit incluse dans un ordinateur, chargé par l'utilisateur ou géré d'une façon centralisée. Tout projet de création de monnaie électronique doit être préalablement soumis à la Banque des États de l'Afrique Centrale pour autorisation. Tout émetteur de monnaie électronique est soumis au contrôle de la COBAC pour ces opérations ». Le règlement de l'UEMOA pour sa part définit la monnaie électronique comme « [...] une valeur

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

principaux : 1) la reconnaissance juridique des signatures électroniques<sup>332</sup>; 2) la création d'un cadre légal pour l'activité des prestataires de service de certification ; 3) la force probante de l'écrit sur support électronique et sa conservation<sup>333</sup>.

---

monétaire représentant une créance sur l'émetteur qui est stockée sur un support électronique ou sur un support de même nature, émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise et acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur. Comme moyen de stockage électronique de valeur monétaire reposant sur un support technique la monnaie électronique peut être utilisée pour effectuer des paiements à des entreprises autres que l'émetteur sans faire intervenir nécessairement des comptes bancaires dans la transaction. La monnaie électronique peut reposer sur un support matériel comme la carte à puce ou sur tout autre moyen similaire. Elle peut aussi reposer sur un logiciel intégré dans un ordinateur personnel ». Pour étude détaillée du paiement électronique dans les espaces UEMOA et CEMAC : Manuel Roland TCHEUMALIEU FANSI, *Les stratégies de modernisation des instruments financiers de paiement : étude comparative Europe-Afrique*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010; Daniel EBÉNÉZER KEUFFI, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010; Ousseynou SOW *La sécurisation des engagements bancaires dans les États-parties au Traité de l'OHADA*, Dakar, Nouvelles Éditions Numériques Africaines (NENA), 2010; Aboudramane OUATTARA, « Technologie et preuve : l'apport mitigé du règlement du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *Revue Lamy Droit Civil*, Suppl. n° 71., 2010, p. 33.

332

Le titre I de la deuxième partie du Règlement de l'UEMOA est consacré à la preuve électronique. On peut lire à l'article 18 que : « la preuve littérale ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de signes ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient le support et les modalités de transmission ». De l'avis de certains experts de l'UEMOA cette preuve électronique, pour être admise comme preuve au même titre que l'écrit et avoir la même force probante, doit émaner de celui à qui on l'oppose. C'est pour cette raison qu'il importe de pouvoir identifier la personne dont émane cette preuve électronique, et que celle-ci puisse être conservée dans les conditions de l'article 20. Voir notamment Ousseynou SOW, *UEMOA (Union Économique et Monétaire Ouest Africaine : règlement 15/2002/CM / UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les états membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)*, Dakar, Ciga Éditions, 2002. Il faut ici préciser qu'en 2005/2006, la CEMAC s'est enrichie d'un nouveau texte portant sur la monnaie électronique et les établissements de monnaie électronique. Adopté en décembre 2005, ce règlement a été pris à la suite du *Règlement CEMAC N°02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement*. Le nouveau règlement vise à favoriser le développement économique et social des États membres grâce à la promotion des systèmes et de moyens de paiement, en particulier de la monnaie électronique. Il pose, dans le domaine particulier de la monnaie électronique, les bases juridiques harmonisées et organisationnelles nécessaires : 1) à la mise en place et au fonctionnement d'un système de monnaie électronique efficace, rapide et sécurisé conforme aux normes et standard internationaux ; 2) à la promotion et à la sécurisation de cette monnaie électronique. Le Règlement qui énonce les conditions et les modalités de la mise à disposition du public de porte-monnaie électronique par les établissements de crédit de la zone, s'articule autour de 39 articles répartis dans 3 titres. Les conditions générales communes à toutes les catégories

**Paragraphe 2 : L'adoption de l'Acte additionnel portant transactions électroniques  
dans l'espace de la CEDEAO**

77 — . La CEDEAO et la Commission Économique pour l'Afrique (CEA)<sup>334</sup> ont signé un Mémorandum d'Entente sur des domaines de collaboration entre les deux organisations en février 2004. L'un des domaines de collaboration identifié est la préparation du Plan Stratégique à Moyen Terme pour la CEDEAO pour l'édification de la Société de l'Information dans la sous-région avec une référence particulière à la Libéralisation et la Facilitation Commerciale Intra sous-régionale, y compris le commerce électronique. C'est dans cette optique qu'il avait été demandé à la CEA, par

---

d'établissements émetteurs de monnaie électronique y sont définies. Il s'agit en l'occurrence des conditions d'agrément, du régime d'émission et des conditions de remboursement de la monnaie électronique ainsi que des modalités d'identification des porteurs de monnaie électronique et de suivi de certaines opérations. En matière de régime prudentiel, les règles édictées dans le titre II du Règlement sont applicables à toutes les catégories d'établissements de monnaie électronique, y compris les établissements de crédit et de microfinance, même si ceux-ci sont par ailleurs soumis aux dispositions de droit commun contenues dans les normes prudentielles élaborées par la COBAC pour les activités autres que l'émission et/ou la distribution de la monnaie électronique. Enfin, il est à noter qu'en cas d'indisponibilité des dépôts consécutive notamment à la cessation d'activité d'un établissement de monnaie électronique, les fonds reçus en contrepartie de la monnaie électronique bénéficient du mécanisme de garantie institué dans le *Règlement CEMAC N° 01/04/CEMAC/UMAC/COBAC* portant création du Fonds de Garantie des Dépôts en Afrique Centrale, sous les conditions prévues dans ledit Règlement.

<sup>333</sup> Article 20 du Règlement de l'UEMOA : « [l]a conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de cinq ans et dans les conditions suivantes : 1) l'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement ; 2) le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont on peut démontrer qu'elle n'est susceptible ni de modification ni d'altération dans son contenu et que le document transmis et celui conservé sont strictement identiques ; 3) les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent ».

<sup>334</sup> La Commission Économique pour l'Afrique (CEA) est une des cinq commissions régionales relevant administrativement de l'ONU. Elle « a pour mandat d'appuyer le développement économique et social de ses 53 membres, d'encourager l'intégration régionale et de promouvoir la coopération internationale pour le développement de l'Afrique », en ligne : <<http://www.uneca.org> > (consulté le 27 mars 2011).

la voie de son bureau sous-régional pour l'Afrique de l'Ouest (SRO-WA) de coopérer avec la CEDEAO et l'UEMOA pour développer un cadre légal harmonisé sur le commerce électronique au niveau sous-régional. Dans la même optique, l'adoption d'un tel cadre légal constituera aussi une partie des efforts de la région pour mettre en œuvre le Plan d'Action adopté par le Sommet Mondial sur la Société de l'Information (SMSI)<sup>335</sup> et le Plan d'Action Régional Africain sur l'Économie du Savoir (PARAES)<sup>336</sup>. En réponse à la demande de la CEDEAO, un consultant de la CEA a finalisé une étude sur l'élaboration d'un cadre légal pour commerce électronique pour la sous-région. Par ailleurs, suite aux discussions entre la CEA, la BECEAO et l'UEMOA en avril et juin 2006, et aux consultations avec la CEDEAO, il a été convenu que la CEA aiderait toute la sous-région ouest-africaine à développer un cadre légal harmonisé sur les TIC.

**78** — . Le consultant engagé par la CEA a mené une étude sur l'état du commerce électronique dans les pays membres de la CEDEAO en rencontrant les

---

<sup>335</sup> Sur ce sommet : Ludovic BOTTALLO, « Sommet mondial pour la société de l'information : entre solidarité numérique et enjeux politiques », *La lettre du Centre d'Études Juridiques et Économiques du Multimédia*, n° 32, 2006, p. 10; Emmanuel LEDRICH, « La gestion du Domain Name System en question : quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle... Réflexions autour de la "gouvernance" de l'Internet et du statut de l'ICANN suite au SMSI (Sommet mondial pour la Société de l'information) de Tunis », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 12, p. 35, 2006; Guillaume LE FLOCH, « Le Sommet mondial de Tunis sur la société de l'information », *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, n° 51, p. 464, 2005; Adama SAMASSÉKOU, « Le Sommet mondial sur la société de l'information : préparation, enjeux et résultats de la première phase », *R.Q.D.I.*, n° 18.1, p. 13, 2005; Thibault VERBIEST, « Sommet mondial sur la société de l'information : quel rôle pour les professions libérales ? », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 163, p. 6, 2003.

<sup>336</sup> Ce plan est en réalité une stratégie coordonnée et pluri-directionnelle pour lancer l'économie du savoir sur le continent africain. Le plan d'action, qui vise à bâtir une région bénéficiant pleinement des services des TIC d'ici 2015, est soutenu par l'Union Africaine.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

décideurs en matière de TIC de l'organisation régionale (Secrétariat et Task Force sur les TIC), de l'UEMOA, du Sénégal, du Burkina Faso, du Niger, du Ghana et du Nigeria. Le consultant en est arrivé à la conclusion que la législation sur le commerce électronique est beaucoup plus lente au niveau de la CEDEAO que celle relative à l'infrastructure de télécommunications et des TIC. En réalité, de manière virtuelle, aucun travail sur le commerce électronique n'a été effectué au niveau de la CEDEAO de l'UEMOA et de la CEMAC) et il y a une sérieuse rupture entre le processus de politique d'infrastructure de TIC et des applications telles que le commerce électronique.

**79** — . Selon le consultant, l'absence de législation sur les technologies de l'information au niveau régional donne une opportunité à la CEDEAO de lancer le processus en créant un cadre juridique pour le commerce électronique sans que soient mis en œuvre l'harmonisation extensive et les efforts d'approximation qui seraient exigés si la législation existait dans un ou plusieurs États membres. Ainsi, la formulation d'une législation et d'une politique de commerce électronique au niveau régional aurait aussi l'avantage d'éviter de réinventer la roue plusieurs fois au niveau national conservant par là même toutes les ressources valables.

**80** — . Les rédacteurs du futur Acte additionnel observent que celui-ci doit adopter des principes généraux neutres étant donné que la technologie se développe beaucoup plus vite et de façon moins prévisible que la loi. Cela pourrait estimer-ils constituer une erreur d'incorporer un fort degré de spécificité technologique. Trois domaines des nouvelles technologies semblent avoir retenu l'attention des experts de la CEDEAO : les transactions électroniques, la protection des données à caractères

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

personnels et la cybercriminalité. Des projets de textes visant à encadrer ces trois domaines ont été présentés du 28 septembre au 1<sup>er</sup> octobre 2009 à la réunion préparatoire des Experts à la Huitième réunion des Ministres de la CEDEAO en charge des Télécommunications et des technologies de l'Information de la Communication<sup>337</sup>. Le projet d'Acte Additionnel sur les transactions électroniques reconnaît l'exercice de ces transactions dans l'espace CEDEAO et définit les règles pour les encadrer, notamment les obligations et les responsabilités des acteurs, ainsi que les mesures de sécurisation des transactions électroniques. Les Experts avaient recommandé à la Commission de la CEDEAO l'élaboration et l'adoption, dans les meilleurs délais, de textes relatifs à la signature électronique, l'authentification, la cryptologie et la certification. Le projet de texte sur la lutte contre la cybercriminalité été adopté en octobre 2008 à Praia, au Cap Vert sous la forme d'Acte Additionnel. Toutefois, en l'absence d'un cadre pénal sous

---

<sup>337</sup> Cette réunion avait entre autres pour objectifs : (i) la revue de l'état d'avancement de la transposition dans les législations nationales des Textes Communautaires en matière des Télécommunications et des TIC adoptés par les Chefs d'État et de Gouvernement à Ouagadougou, Burkina Faso, en janvier 2007, (ii) la validation du projet de textes sur les transactions électroniques ainsi que le réexamen des projets de textes relatifs à la lutte contre la cybercriminalité et la protection des données à caractère personnel, (iii) la présentation du rapport sur le partenariat entre la CEDEAO et l'Assemblée des Régulateurs de Télécommunications de l'Afrique de l'Ouest (ARTAO) et (iv) une information sur le projet « ECOWAS Wide Area Network » (ECOWAN). Tous les quinze (15) États membres de la CEDEAO ont pris part à cette réunion des Experts. Il s'agit : du Bénin, du Burkina Faso, du Cap Vert, de la Côte d'Ivoire, de la Gambie, du Ghana, de la Guinée, de la Guinée Bissau, du Liberia, du Mali, du Niger, du Nigeria, du Sénégal, de la Sierra Leone, du Togo. Étaient également représentés, les Institutions et les Partenaires au Développement suivants : La Commission Économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA), la Commission de l'Union Africaine (CUA), l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), le Parlement de la CEDEAO, la Banque d'Investissement et de Développement de la CEDEAO (BIDC), l'Institut Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (IMAO), le Groupe Intergouvernemental d'Action contre le Blanchiment d'Argent (GIABA), l'Assemblée des Régulateurs de Télécommunications de l'Afrique de l'Ouest (ARTAO), l'Open Society Initiative for West Africa (OSIWA) et l'École Supérieure Multinationale des Télécommunications (ESMT) de Dakar.



PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

régional harmonisé, les Experts estiment que l'instrument juridique approprié est la Directive. La forme juridique du projet de Texte a été validée. Quant au projet de texte sur la protection des données à caractère personnel, il a été aussi adopté en octobre 2008 à Praia, au Cap Vert sous la forme de Directive. Mais soucieux d'une harmonisation régionale plus efficiente, les Experts ont soutenu que l'instrument juridique approprié soit un Acte Additionnel. Le considérant 4 du texte reconnaît que les obstacles au développement du commerce électronique « sont aussi liés à l'application des techniques électroniques aux actes commerciaux, de services et administratifs, aux éléments probants introduits par les techniques numériques »<sup>338</sup>. Le champ d'application de l'Acte paraît large : il s'applique en effet à toute transaction, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message électronique<sup>339</sup>. Il y est par ailleurs interdit la prospection directe dans l'espace CEDEAO que ce soit au moyen d'un courrier électronique d'un télécopieur ou même d'un automate d'appel<sup>340</sup>. Le projet d'Acte Additionnel a été validé après amendements par la Huitième réunion des Ministres en charge des télécommunications le 02 octobre 2009. Sur recommandation de la soixante troisième session ordinaire du Conseil des Ministres de la CEDEAO (20 et 21 novembre 2009), l'Acte additionnel portant transactions électroniques fut paraphé par les chefs d'État le 16 février 2010.

---

<sup>338</sup> Considérant 4 de l'Acte additionnel

<sup>339</sup> Article 2.

<sup>340</sup> Article 11.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

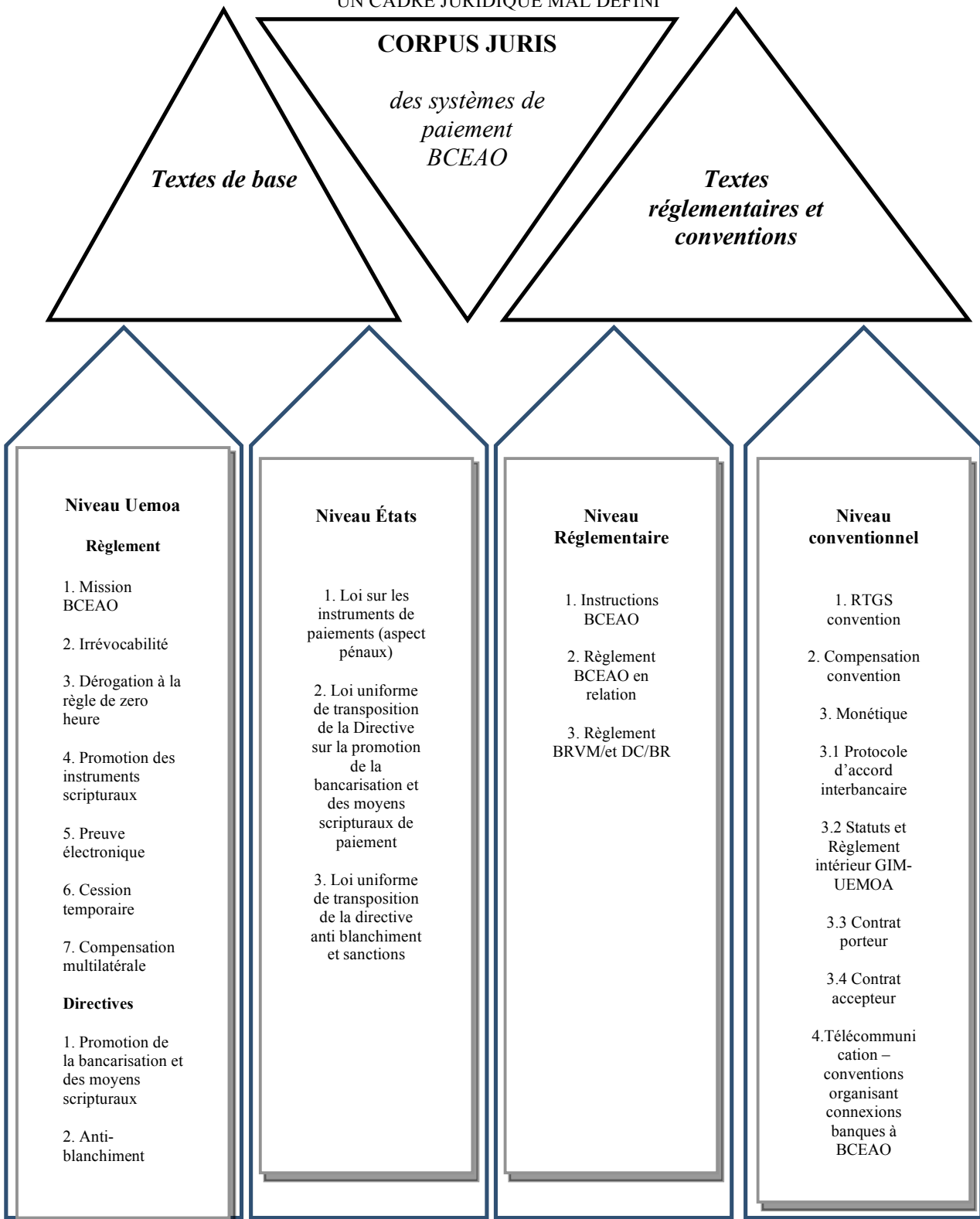


Figure 1 : Réglementation du système bancaire et financier de l'UEMOA

Source : Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest

## **TITRE II : EXAMEN CRITIQUE DES TEXTES APPLICABLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA**

Nous avons dans le titre précédent démontré que plusieurs textes étaient applicables au commerce électronique dans l'espace OHADA : en premier lieu les actes uniformes de l'OHADA même ; ensuite les législations nationales encadrant les nouvelles technologies de l'information et enfin les textes communautaires prenant compte le commerce électronique. Nous avons aussi succinctement évoqué l'adhésion de certains États à la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation des communications électroniques. Le caractère hétérogène des textes applicables tient à l'appartenance de presque tous les pays membres de l'OHADA à de multiples organisations régionales<sup>341</sup> :

---

<sup>341</sup> Aux nombres des organisations auxquelles les États africains ont adhéré depuis leur indépendance, on peut entre autres rappeler : le Conseil de l'Entente, la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEAO), la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC), l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI), la Conférence Inter-Africaine des Marchés d'Assurances (CIMA), la Conférence Inter-Africaine de la Prévoyance Sociale (CIPRES), la South African Development Community (SADC). Sur cette multi appartenance : Narcisse AKA, « La problématique des processus d'intégration judiciaire dans l'espace OHADA », *Premier Symposium sur l'intégration africaine*, Abidjan, Institut Goethe, 4 et 5 juillet 2008; Narcisse MOUELLE KOMBI, « L'intégration régionale en Afrique centrale : entre interétatisme et supranationalisme », in HAKIM BEN HAMMOUDA, Bruno BEKOLO EBE, Touna MAMA (dir.), *L'intégration régionale en Afrique centrale : bilan et perspectives*, Paris, Karthala, 2003, pp 205 et 206. Il est souvent reproché aux États africains l'adhésion à toutes ces organisations régionales sans articulation ni coordination entraînant ainsi ce que Samuel-Jacques Priso-Essawe qualifie de « millefeuilles voire de véritables *bols de spaghetti* ». L'auteur précise que cette « expression est bien connue dans les milieux du commerce international et est décriée tant pour les États africains ([voir] Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, *État de l'intégration régionale en Afrique*, Addis-Abeba, 2004, p. 41 à 45) que pour l'Union européenne ([voir] par exemple Sénat-français-, Délégation pour la planification, *Libéraliser les échanges commerciaux : quels effets sur la croissance et le développement ? Rapport d'information, n° 120, 7 dec. 2005, p. 72* », Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, « Les « espaces juridiques » de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

ainsi, parmi les dix-sept pays membres de l'OHADA ou en voie de le devenir, huit sont à la fois membres de l'UEMOA, de la CEDEAO et de l'OHADA<sup>342</sup>; six à la fois membres de la CEMAC et de l'OHADA<sup>343</sup> et un est à la fois membre de l'OHADA et de la CEDEAO<sup>344</sup>. Les deux derniers membres de l'OHADA, soit les Comores et la République Démocratique du Congo, ne sont membres ni de l'UEMOA ni de la CEMAC ni de la CEDEAO mais d'autres organisations régionales<sup>345</sup>. La coexistence de plusieurs communautés économiques encadrant chacun à son niveau le commerce électronique peut générer des rapports problématiques. Au nombre de ces rapports figure

---

communautaires et droit uniforme », *Lamy Droit Civil*, n° 67, 2010, p. 60. Dans le même état d'esprit, Luc Marius Ibriga note qu'en Afrique, les difficultés affluent dès qu'il s'agit de dépasser les slogans politiques pour traduire dans les faits l'intégration économique régionale : « [n]on pas que l'intégration n'y soit pas pratiquée, bien au contraire mais parce que l'histoire en la matière est celle d'une « pactomanie » délibérée et débridée. La multiple appartenance des États à des groupements d'intégration économique régionale dont les fonctions et les activités font souvent double emploi ou se chevauchent quand elles ne se contredisent pas interpelle et suggère d'investir la réflexion sur la compatibilité et la nécessaire mise en cohérence des différents schémas d'intégration », Luc Marius IBRIGA, « La problématique de la juridictionnalisation des processus d'intégration », in Seydou Omar KANE (dir.), *Les États Nations face à l'intégration régionale en Afrique de l'Ouest. Le cas du Burkina Faso*, Paris, Khartala, 2008, p. 150.

<sup>342</sup> Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

<sup>343</sup> Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, Tchad.

<sup>344</sup> Guinée.

<sup>345</sup> Les Comores sont ainsi membres de la COMESA (The Common Market for Eastern and Southern Africa) lancé en 1993 et dont l'objectif est la promotion de l'intégration régionale des pays de l'Est africain à travers le développement du commerce et de l'investissement. La République Démocratique du Congo elle, est membre de la Communauté de développement de l'Afrique australe (Southern African Development Community) (SADC) créée en 1992. Il a été souvent affirmé que « [l]a vision du SADC est d'avoir un futur commun, un futur dans la communauté régionale qui assurera un bien-être économique, une amélioration du niveau et de la qualité de vie, la liberté et justice sociale, la paix et sécurité pour le peuple d'Afrique australe. Cette vision commune est basée sur des valeurs et principes communs ainsi que des affinités historiques et culturelles qui existent entre le peuple d'Afrique australe », THE AFRICAN CARIBBEAN PACIFIC LOCAL GOVERNMENT PLATFORM, *Les organisations régionales et continentales ACP*, en ligne : <<http://www.fr.acplgp.net/>> (consulté le 27 mars 2011).

la concurrence de normes (Chapitre I). En plus de cette potentielle concurrence des normes, il y a lieu d'ajouter que les textes énumérés dans notre premier titre présentent au regard des aspects techniques du commerce électronique des imperfections qu'il sied de mettre ici aussi en exergue (Chapitre II).

## CHAPITRE I : LES POTENTIELLES CONCURRENCES DES NORMES APPLICABLES

81 — . Que recouvre le terme *concurrence des normes* ? Les grands textes de doctrine ne nous renseignent vraiment pas sur sa signification<sup>346</sup>. Même le *Vocabulaire juridique* d'habitude si sûr ne définit que le mot concurrence. Le troisième sens que donne le doyen Cornu de ce mot est la suivante : « conflit entre deux droits, ou deux règles de droit contraires et incompatibles, qui se résout normalement en faveur de l'un par l'exclusion de l'autre »<sup>347</sup>. La concurrence des normes est donc ici clairement assimilée au conflit de lois faisant ainsi référence au « problème naissant du fait qu'une

---

<sup>346</sup> C'est plutôt l'expression « concurrence des systèmes » qui a retenu l'attention de la doctrine. Pour Otto Pfersmann, « dès lors [que], deux ou plusieurs systèmes de règles sont disponibles pour un même ensemble d'actes nécessaires à la réalisation de certaines opérations économiques, les acteurs choisiront, toutes choses égales par ailleurs, celui qui leur impose le moins de contraintes. Il y aurait alors *concurrence des systèmes* en ce que les ordres juridiques ne pourraient faire autrement (au moins d'un point de vue économique) que de rechercher une minimisation de ces coûts et ils chercheraient nécessairement à se surpasser dans cet exercice dès que le choix est effectivement offert aux acteurs ». Et l'auteur de déduire que « [l']expression "concurrence des systèmes juridiques" vise ainsi l'extension des possibilités des choix de règles et son développement, le problème de l'évolution souhaitable de ces choix et celui de leur rationalité économique. Il s'agit de trois objets et de l'idée qu'il y aurait entre ces trois objets un rapport intrinsèque », OTTO PFERSMANN, « Qu'en entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" ? », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 22, 2008, p. 2595.

<sup>347</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, PUF, 2005, p. 203.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

question de droit présente des liens avec plusieurs États (plus généralement plusieurs systèmes ou ordres juridiques) à résoudre par le choix de la loi qui lui est applicable [...] »<sup>348</sup>. Or, le juge communautaire africain ne résout pas un conflit de loi classique<sup>349</sup>. Il n'a donc pas à appliquer les techniques de résolution de conflits habituelles qui permettent, dans les « limites fixées par le système du droit international privé du for, de répartir l'application de la lex fori et de la loi étrangère ».<sup>350</sup> Il incombe au juge communautaire africain de seulement déterminer si la situation juridique qui lui est

---

<sup>348</sup> Idem, p. 204. Le professeur Cornu donne deux autres sens au terme « conflit de loi ». Le vocable désignerait aussi selon un deuxième sens « la méthode de solution [au conflit de loi] (appliquée surtout aux matières de Droit privé) consistant à soumettre le règlement de la question de droit en cause à la loi d'un des États (plus généralement d'un des systèmes ou ordres juridiques) avec lesquels elle présente des liens [...] ». Selon un troisième sens, par conflit de loi, il faut également entendre, la « [b]ranche du droit international privé traitant des matières qui peuvent être réglées par recours à cette méthode ».

<sup>349</sup> Pour une vision récente sur les conflits de lois : Martin NMENDÉ, « Les solutions de conflit de lois en assurance maritime », *Revue de droit des transports*, n° 4, 2010, p. 24; Elodie POULIQUEN, « Droits indisponibles et conflit de lois : rappel de la Cour de cassation », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 70, 2010, p. 46; Jean-Michel JACQUET, « Conflits de lois », *Journal du droit international*, n° 2, 2010, p. 496; Jacques MASSIP, Nouvelles réflexions sur les règles de conflit de lois en matière de divorce, *Répertoire du Notariat Deffrénois*, n° 20, 2009, p. 2193; Georges WIEDERKEHR, « Conflits de lois dans le temps et dans l'espace en matière de prescription », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 42, 2009, p. 89; Maxime EPPLER, « L'application d'office de la règle de conflit de lois : le dernier rappel de la Cour de cassation », *La Gaz. Pal.*, n° 228-330, 2008, p. 46; Arnaud NUYTS, « La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II », *Revue de Droit Commercial Belge*, n° 6, 2008, p. 489; Cyril NOURISSANT, « Domicile, résidence : conflit de lois et conflit de juridictions », *La Gaz. Pal.*, n° 262-63, 2007, p. 8.

<sup>350</sup> Pierre MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant*, n° 855, 2006, p. 154. Pour des développements récents sur la *lex fori* : Herman VERBIST, « Arbitrability of Exclusive Distributorship Agreements in Belgium: Lex Fori (and Lex Contractus)? », *Journal of international arbitration*, n° 22-5, 2005, p. 427; Homayoon ARFAZADEH, « Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited », *Arbitration International*, n° 1, 2001, p. 73 ; Kate CORBY, Liz WILLIAMS, Adam WERTH, « The Relationship Between The Seat And The Law Of Arbitration-Two Recent English Cases In Perspective », *International Arbitration Report*, n° 23-6, 2008, p. 45.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

soumise entre dans le champ d'application du droit communautaire en cause<sup>351</sup>. Dans l'affirmative, il applique tout simplement les dispositions pertinentes de ce droit puisqu'il n'a « ni capacité, ni qualité, ni intérêt à donner efficience à un autre droit »<sup>352</sup>. Aussi, par concurrence des normes, faut-il entendre pour utiliser les mots d'un éminent juriste :

« L'éventuelle incompatibilité ou même la simple coexistence entre par exemple des normes de la CEDEAO et de l'UEMOA ou entre un règlement de l'UEMOA et un acte uniforme de l'OHADA. Pour qu'un tel « conflit de normes » se produise, il faut donc que les normes produites par des institutions différentes réglementent la même situation »<sup>353</sup>.

**82** — . En l'espèce, des dispositions d'actes uniformes (OHADA), *l'Acte additionnel portant transactions électroniques* (CEDEAO); le *Règlement n°02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement dans*

---

<sup>351</sup> Pour le professeur Joseph Issa Sayegh, « on appellera droits communautaires les ordres juridiques ayant abouti à la création d'un groupement d'États conduisant une politique commune d'intégration juridique, politique et économique sur un plan très large au moyen d'une législation harmonisée ou uniforme [...] », Joseph ISSA SAYEGH, « Conflits en droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », *OHADATA-D-06-05*. James Mouague Kobilá précise que bien que l'ordre juridique communautaire soit un ordre propre, distinct de celui des États membres, « l'autonomie du droit communautaire ne veut pas pour autant dire qu'il est séparé du droit national car il en constitue même une source », James MOUAGUE KOBILÁ, *Cours polycopié de droit institutionnel de la CEMAC, cours de 1<sup>ère</sup> année de doctorat*, FSJP/ Universités de Douala et de Dschang, 2005, p. 53. Abondant dans le même sens et référant aux sources du droit européen, Guy Isaac et Marc Blanquet souligne que « le droit communautaire n'est pas un droit étranger, ni même un droit extérieur : il est le droit propre de chacun des États membres, applicable sur son territoire tout autant que son droit national, avec cette qualité supplémentaire qu'il couronne la hiérarchie des textes normatifs de chacun d'eux », Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit communautaire général*, Paris, Sirey, 2006, p. 128.

<sup>352</sup> Henri TCHANTCHOU, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, p. 100.

<sup>353</sup> Pierre MEYER, « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO », in *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Actes du Séminaire Sous-régional à Ouagadougou*, Burkina Faso du 6-10 octobre 2003, coll.DTE, éditions Giraf, p. 186.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

*les États de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) ainsi que le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest africaine (UEMOA) peuvent tous prétendre réglementer le commerce électronique ou au moins certains de ses aspects. Cette autonomie de source du droit fait qu'aucune des organisations régionales n'a ni la compétence ni la vocation à statuer sur les règles du commerce électronique qui ne relèvent pas de l'ordre juridique auquel elle appartient. La coexistence sans hiérarchie entre normes aptes à régir la seule et même situation répond bien à la définition de concurrence de normes précédemment donnée. Nous ferons état premièrement dans ce chapitre des facteurs expliquant dans le contexte communautaire africain cette concurrence des normes (section 1) et deuxièmement, faire état des conséquences qui peuvent en découler (section 2).*

***Section 1 : Les facteurs expliquant la concurrence***

Deux facteurs essentiels peuvent expliquer de notre point de vue la concurrence des normes dans l'espace OHADA : d'une part l'enchevêtrement des domaines d'action des organisations régionales (paragraphe 1) et de l'autre, les pouvoirs autonomes accordés aux cours de justice communautaires (paragraphe 2).



**Paragraphe 1 : L'enchevêtrement des domaines d'action des organisations  
régionales**

83 — . L'ambition première des quatre organisations précédemment mentionnées est de contribuer au renforcement de la compétitivité et à la sécurité juridique des activités économiques de leurs États membres. Aussi, l'UEMOA jouit-elle d'une compétence d'attribution générale qui couvre les domaines s'articulant autour des objectifs de l'Union<sup>354</sup>. Les compétences dévolues à la CEDEAO et la CEMAC sont aussi fonction des finalités de ces communautés<sup>355</sup>. Quant à l'OHADA, on se rappellera

---

<sup>354</sup> Article 4 du Traité de l'UEMOA : « [...] l'Union poursuit, dans les conditions établies par le présent Traité, la réalisation des objectifs ci-après : a) renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des États membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé ; b) assurer la convergence des performances et des politiques économiques des États membres par l'institution d'une procédure de surveillance multilatérale ; c) créer entre les États membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale commune ; d) instituer une coordination des politiques sectorielles nationales, par la mise en œuvre d'actions communes et éventuellement de politiques communes notamment dans les domaines suivants : ressources humaines, aménagement du territoire, transports et télécommunications, environnement, agriculture, énergie, industrie et mines ; e) harmoniser, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun, les législations des États membres et particulièrement le régime de la fiscalité ». Il convient toutefois de préciser qu'aux termes de l'article 5 « le Traité ne donne pas de compétences exclusives à l'Union mais instaure entre elle et les États membres. Ainsi selon le cas : - le droit communautaire s'impose comme droit uniforme auquel les droits nationaux ont l'obligation de s'assimiler ; - les droits nationaux, tout en continuant d'exister doivent cependant évoluer et s'harmoniser en tenant compte des exigences du droit communautaire ; - les droits nationaux et le droit communautaire coexistent et régissent le même objet. C'est le cas du droit communautaire de la concurrence », Yves D. YEHOUESSI, « Communication de la Cour de Justice de l'UEMOA », Actes du colloque d'Ouagadougou des 24 et 26 juin 2003, *Les Cahiers de l'Association Ouest Africaine des Hautes Juridictions Francophones*, 2003, p. 354.

<sup>355</sup> L'article premier du Traité révisé de la CEMAC indique clairement que « *la mission essentielle de la Communauté est de promouvoir la paix et le développement harmonieux des États membres dans le cadre de l'institution de deux Unions : une union économique et une union monétaire* ». Aux nombres des domaines visés par la CEMAC : le commerce, les transports et télécommunications, l'énergie et l'environnement, la recherche, l'enseignement et la formation professionnelle, l'agriculture, la pêche, l'industrie, etc. Voir le site de la CEMAC, [En ligne] à <<http://www.cemac.int>>. En ce qui concerne la CEDEAO, voir notamment : l'article 3 de son

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

que l'article 2 du Traité qui l'institua prévoit que l'harmonisation inclut aussi bien le droit des sociétés, le statut juridique des commerçants, le recouvrement des créances, les sûretés et voies d'exécution, le redressement des entreprises et la liquidation judiciaire, le droit de l'arbitrage, le droit du travail, le droit comptable, le droit de vente et des transports que « toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure ». Le Conseil des ministres de l'OHADA a d'ailleurs exercé cette prérogative à la rencontre de Bangui des 21 et 23 mars 2001 en étendant l'harmonisation « au droit de la concurrence, au droit bancaire, au droit de la propriété intellectuelle, au droit des sociétés civiles, au droit des sociétés coopératives et mutualistes, au droit des contrats, au droit de la preuve »<sup>356</sup>. La compétence que s'attribue l'OHADA est donc très large. Elle empiète sur les domaines d'intervention des autres organisations régionales telles l'UEMOA et la CEMAC qui elles, sont les premières à encadrer

---

Traité révisé : « [l]a Communauté vise à promouvoir la coopération et l'intégration dans la perspective d'une Union économique de l'Afrique de l'Ouest en vue d'élever le niveau de vie de ses peuples, de maintenir et d'accroître la stabilité économique, de renforcer les relations entre les États et de contribuer au progrès et au développement du continent africain » ; l'article premier du Traité de l'OHADA : « le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

<sup>356</sup> Noter cependant les critiques d'Henri Temple sur cette extension : « [l]es doutes deviennent des réticences ou même des rejets catégoriques, lorsque d'autres domaines d'harmonisation sont envisagés. Ainsi, et même si le Traité l'évoque en commettant un contresens flagrant, le droit du travail ne peut ni ne doit être assimilé au droit des affaires : il n'en a ni les mêmes finalités, ni les mêmes partenaires, ni les mêmes modes d'élaboration. Même si c'est, avec la discrétion qui sied à de telles opérations, on suggère ici et là de temps à autre, que l'OHADA viendrait s'occuper aussi de fiscalité, de concurrence... Or, il n'est ni sain ni logique que le milieu des affaires édicte des règles qui sont censées l'obliger à l'égard des salariés, du trésor public ou de ses concurrents. Ce n'est pas à l'assujetti de définir les liens de sa sujétion. Sauf à devenir « assujettisseur... ». Ou juge et partie », Henri TEMPLE, « Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'un acte uniforme sur le droit de la consommation », *Revue burkinabé de droit*, n° 43-44, 1er et 2ème semestres, 2003, OHADATA-D-05-25, p. 1.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

plusieurs des matières que prend ou compte prendre en charge l'OHADA. Par exemple, le règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 relatif aux pratiques anticoncurrentielles et celui n°2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante réglementent déjà respectivement le droit de concurrence au sein de la CEMAC et de l'UEMOA<sup>357</sup>. De même, dans le cadre de leurs politiques de transport, les membres de la CEMAC ont adopté des textes susceptibles d'interférer avec l'Acte uniforme OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route<sup>358</sup>. Des recoupements de compétence sont aussi potentiels dans le domaine bancaire en raison de la réglementation issue de la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation du droit bancaire en Afrique centrale. Le régime juridique de l'appel public à l'épargne n'est également pas à l'abri de ces interactions à cause d'une part l'adoption de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt et la mise sur pied par la CEMAC de la Commission de surveillance du marché financier de l'autre. Dans la même veine et s'agissant du commerce électronique au cœur des présents travaux, on peut redouter des risques

---

<sup>357</sup> Sur cette question : Marie Colette KAMWE MOUAFFO, *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence : UE, UEMOA, CEMAC*, Thèse, Université de Montpellier I, 2007 ; Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, « L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence. Double variation sur une partition européenne », *RDIDC*, n° 2, 2004, p. 329. Précisions par ailleurs que la Cour de justice de l'UEMOA a déjà indiqué qu'aux termes des articles 88 à 90 du Traité, l'Union avait compétence pour légiférer dans les domaines couverts par ces trois articles en matière de concurrence. Voir à ce sujet : Avis n° 3/2000 du 27 juin 2000 avec les observations de Joseph Issa-Sayeh et Michel Filiga Sawadogo, *OHADATA*, J-02-32.

<sup>358</sup> Entre autres textes adoptés : Convention réglementant les transports routiers (15/84-UEAC-146 du 19 décembre 1984), Code UDEAC de la marine marchande (Acte 6/94-UEAC-594 du 22 décembre 1994) ; Code de la navigation intérieure du 17 décembre 1999 ; Réglementation des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier de marchandises (Acte 5/96-UEAC-612 du 5 juillet 1996).

d'interférences entre certaines dispositions de l'OHADA et les actes ou règlements de l'UEMOA ou de la CEMAC.

**84** — . Il ressort de toutes ces observations que les domaines d'intervention des organisations à l'étude sont très souvent proches pour ne pas dire identiques ; que leurs champs d'application, loin d'être étanches sont à la fois flexibles, vastes et imprécis. Et l'on peut raisonnablement craindre une insécurité juridique régionale due, sans que cela soit une simple figure de l'esprit à un foisonnement de normes communautaires régissant la même matière qu'est le commerce électronique. Qui plus est, ces normes, en ce qui concernent l'OHADA, la CEMAC et l'UEMOA ont un effet direct<sup>359</sup> dans l'ordre juridique interne de leurs états membres et sont toutes d'application immédiate en plus d'avoir primauté sur les lois nationales<sup>360</sup>. De plus, du fait de sa compétence *rationae*

---

<sup>359</sup> L'effet direct d'après le Président Lecourt est « le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires » et « l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève », Pierre PRESCATORE, *L'ordre communautaire européen*, Liège, Presse Universitaire de Liège, 1973, p. 227.

<sup>360</sup> Cf. article 44 du Traité révisé de la CEMAC : « [...] les actes adoptés par les Institutions, Organes et Institutions spécialisés de la Communauté pour la réalisation des objectifs du présent Traité sont appliqués dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure » ; article 6 du Traité de l'UEMOA : « les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure » ; article 10 du Traité de l'OHADA : « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». La situation est beaucoup plus contrastée au sein de la CEDEAO. Si on peut reconnaître l'applicabilité immédiate aux actes de l'organisation, leur primauté sur le droit interne des États membres n'est pas explicitement affirmée. Sur les notions d'« application immédiate » et de « primauté de droit », nous faisons nôtres les remarques de l'honorable Pierre Kamto : « dire qu'une norme communautaire est d'application immédiate signifie qu'elle s'intègre automatiquement dans l'ordre juridique interne de l'État membre sans le secours d'une norme nationale d'introduction ; elle prend sa place dans l'ordre juridique interne en tant que droit communautaire et les juges nationaux ont l'obligation de l'appliquer. L'applicabilité directe

*loci* et celle *rationae materiae*, l'ordre juridique OHADA couvre aussi bien l'étendue du territoire de la l'UEMOA que celui de la CEMAC. Ce croisement des espaces géographiques, combiné à l'identité d'objectifs des institutions d'intégration régionales ne peuvent que conduire à une concurrence des normes. Concurrence accentuée par les pouvoirs suprêmes et autonomes accordés aux cours de justices communautaires.

### **Paragraphe 2 : Les pouvoirs autonomes des cours de justice communautaires**

84 — . Les organisations régionales africaines précédemment évoquées et dont nous savons qu'elles ont édicté des normes pour encadrer le commerce électronique disposent chacun à son sein d'une cour de justice chargée de veiller à l'application et à

---

signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets d'une manière uniforme dans tous les États membres à partir de leur entrée en vigueur, et pendant la durée de leur validité ; les normes communautaires directement applicables ont pour effet de rendre inapplicables de plein droit toute disposition contraire de la législation nationale existante ». « le principe de primauté signifie que la norme communautaire prévaut sur le droit national et implique qu'en cas de conflit interne entre une norme communautaire et une norme interne, l'application de la seconde soit écartée au profit de la première L'application immédiate et directe resterait lettre morte si un État pouvait s'y soustraire par un acte législatif opposable aux textes communautaires [...]. C'est la Cour de justice des Communautés Européennes qui a posé solennellement ce principe pour la première fois dans l'arrêt *Costa* en affirmant, par une formule synthétique et dense, qu' « issu d'une source autonome, le droit né d'un traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ». C'est donc la logique propre au droit communautaire qui commande de consacrer sa primauté sur les droits des États membres : la primauté est « une condition existentielle » du droit communautaire qui ne saurait exister en tant que droit qu'à la condition de ne pas pouvoir être mis en échec par le droit des États membres ; elle ne lui vient pas d'une hiérarchie entre les autorités nationales et communautaires mais se fonde sur ce que la règle communautaire doit prévaloir sous peine de cesser d'être commune ; or à défaut d'être commune, elle cesse d'exister et il n'y a plus de communauté », Pierre KAMTO, « La mise en œuvre du droit communautaire dans les États membres de la CEMAC », *IDEF*, 2002, p. 2 et s.

l'interprétation uniforme du droit produit<sup>361</sup>. Ainsi, conformément à l'additif au Traité de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) relatif au système institutionnel et juridique de la communauté, une cour de justice est mise en place le 5 juillet 1996<sup>362</sup>. Cette Cour, selon l'article 4 de la Convention<sup>363</sup> qui la régit :

« Rend en dernier ressort des arrêts sur les cas de violation des Traités de la CEMAC et des conventions subséquentes dont elle est saisie [...]. Elle juge, en dernier ressort, du contentieux de l'interprétation des Traités, Conventions et autres actes juridiques de la CEMAC [...]. Elle est juge en appel et en dernier des litiges opposant la Commission Bancaire d'Afrique Centrale aux établissements de crédits assujettis [...]. Elle est juge en

---

<sup>361</sup> La doctrine a longtemps dénoncé cette tendance à la juridictionnalisation ou à la « juridisation » des communautés ou unions africaines d'intégration régionale : Pierre MEYER, « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO » ; Luc Marius IBRIGA, « La problématique de la juridictionnalisation des processus d'intégration en Afrique de l'Ouest ». Selon ce dernier auteur, « la juridisation est la pénétration des règles de droit dans les relations sociales de plus en plus nombreuses, relations qui sont ainsi de mieux en mieux enserrées par le droit ». L'auteur précise qu'il tient l'expression « juridisation » du professeur de François Rigaux. Voir François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Éditions Vie Ouvrière, p. 103.

<sup>362</sup> Voir l'article 2 du *Traité instituant la CEMAC*, et la *Convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC* ainsi que les *Actes additionnels portant Statuts et Règles de procédure devant la Cour de Justice de la CEMAC*.

<sup>363</sup> La Convention régissant la Cour de Justice est complétée par les *Actes Additionnels n° 6/00-CEMAC-041-CCE-CJ-02 portant Statut de la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC* ; *n° 4/00-CEMAC-041-CCE-CJ-02 portant Règles de Procédure devant la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC* ; *n° 7/00/CEMAC-041-CCE-CJ-02 portant Statut de la Chambre des Comptes de la Cour de Justice de la CEMAC* ; *n° 5/00-CEMAC-041-CCE-CJ-02 portant Règles de Procédure devant la Chambre des Comptes de la Cour de Justice de la CEMAC*. Voir aussi : Jean MONGO ANTCHOUIN, « Les règles de procédure devant la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC » in *Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du Séminaire sous-régional*, Douala- Cameroun du 16 au 20 décembre 2002, AIF éd., p. 39; James MOUANGUE KOBILA et Léopold DONFACK SOKENG, « La CEMAC : à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en Afrique centrale », *Annuaire africain de droit international*, Vol 6, 1998, p. 87; Jean-Marie NTOUTOUME, « Réflexions sur certaines dispositions de la Convention, des règles de procédure et des Statuts de la Cour de Justice de la CEMAC », in *Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du séminaire sous-régional*, Douala-Cameroun, 16-20 décembre 2002, AIF, p. 46.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

premier et dernier ressorts, des litiges nés entre la CEMAC et les agents des institutions de la Communauté [...] »<sup>364</sup>.

85 — . La Cour jouit par ailleurs d'une autonomie organique<sup>365</sup>. L'article 7 de la Convention précitée indique qu'elle est « une institution indépendante des États, des organes et des autres institutions. Ses décisions sont prises au nom de la Communauté. Les membres de la Cour de Justice exercent leurs fonctions en toute indépendance, dans l'intérêt général de la Communauté ». Les décisions de cette juridiction sont exécutoires et ont autorité de la chose jugée. La cour peut être saisie par procédure de renvoi préjudiciel<sup>366</sup>. Cette procédure permet au juge national de requérir l'avis de la cour sur une question d'interprétation d'une norme communautaire<sup>367</sup>. C'est donc à la cour de

---

<sup>364</sup> Article 4 de la Convention. Par ailleurs, l'article 44 du Traité révisé précise que les Actes de la Communauté sont « appliqués dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ».

<sup>365</sup> Toutefois, il convient de rappeler que même si « l'ordre juridique communautaire est un ordre propre distinct de celui des États membres, l'autonomie du droit communautaire ne veut pas pour autant dire qu'il est séparé du droit national car il en constitue même une source », James MOUAGUE KOBILA, *Cours polycopié de droit institutionnel de la CEMAC, cours de 1<sup>ère</sup> année de doctorat*, FSJP/ Universités de Douala et de Dschang, 2005, p. 53.

<sup>366</sup> Le renvoi préjudiciel est le fait pour une juridiction nationale de décider de saisir la Cour de Justice communautaire d'une demande d'interprétation des traités ou d'appréciations de validité et d'interprétation des actes de droit dérivés. À ce sujet : *Lexique des termes juridiques*, 13<sup>e</sup> édition, campus D, 2001, p. 480. Voir aussi : Jean- Louis CLERGERIE, *Le renvoi préjudiciel*, Coll. *Le droit en question*, Ellipses, 2000, p. 5; Maurice LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire », *RTDE*, 1974, p. 294.

<sup>367</sup> C'est l'article 14 de la Convention régissant la Cour de Justice qui organise le recours préjudiciel au sein de la CEMAC. On peut y lire : « [l]a Chambre Judiciaire statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du traité CEMAC et des textes subséquents, sur la légalité et l'interprétation des statuts et des actes des organes de la CEMAC, quand une juridiction nationale ou un organisme à fonction juridictionnelle est appelé à en connaître à l'occasion d'un litige. En outre, chaque fois qu'une juridiction nationale ou un organisme à fonction juridictionnelle saisi de question de droit ci-dessus doit statuer en dernier ressort, il est tenu de saisir préalablement la Chambre Judiciaire. Cette saisine devient facultative lorsque la juridiction nationale ou l'organisme à fonction juridictionnelle doit statuer à charge d'appel ». Aussi : « [l]es interprétations données par la Chambre Judiciaire en cas de recours préjudiciel s'imposent à toutes autorités administratives et

justice de la CEMAC que revient de droit l'interprétation des dispositions du *Règlement relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement dans les États de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale*. L'article 17 de la Convention dispose que seules les juridictions nationales statuant en dernier ressort ont la faculté d'enclencher la procédure de renvoi préjudiciel<sup>368</sup>.

**86** — . L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)<sup>369</sup> s'est elle aussi, dans le respect de son Protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'organisation (adopté en 1996 et prévu à l'article 38 du Traité) dotée d'une cour de justice permanente pour assurer l'effectivité de ses directives, règlements et décisions dans les États membres<sup>370</sup>. La cour de justice de l'UEMOA a principalement

---

juridictionnelles dans l'ensemble des États membres. L'inobservation de ces interprétations donne lieu au recours en appréciation de légalité au sens de l'article 4 de la Convention », article 18 de la Convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC.

<sup>368</sup> Il faut par ailleurs préciser que les États membres de la CEMAC et ses Organes n'ont pas besoin de montrer qu'ils ont un intérêt pour contester la légalité d'un acte ou d'une décision communautaire. De plus, ils ne sont pas tenus de verser la caution de 100.000F Cfa dont les personnes privées sont astreintes en cas de recours devant la Cour de Justice. Ils ne sont non plus tenus à la formalité du recours administratif préalable dont sont soumis les agents de la Communauté. À ce sujet voir les *Actes additionnels portant Règles de procédures devant la Chambre Judiciaire et des Comptes de la Cour de Justice de la CEMAC*.

<sup>369</sup> Sur cette union, les études détaillées du Centre d'études européennes et de l'intégration : CENTRE D'ETUDES EUROPEENNES ET DE L'INTEGRATION (CEEI) : « La nature juridique des actes additionnels de l'UEMOA », *Cahiers du CEEI*, n° 001, juin 1999; « Le système institutionnel de la surveillance multilatérale des politiques macro-économiques au sein des États membres de l'UEMOA », *Cahiers du CEEI*, n° 002, juin 1999; « Le schéma d'intégration de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, UEMOA » *Cahiers du CEEI*, n°3, juin 2001; « Le schéma d'intégration de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest, CEDEAO », *Cahiers du CEEI*, n°3, juin 2001.

<sup>370</sup> Pour bien comprendre les différences entre directives, règlements et décisions dans le contexte communautaire africain, il nous faut encore rappeler ici les propos plus qu'éclairants du juge Pierre Kamtoh : « [l]e règlement est la principale source du droit communautaire dérivé qu'il s'agisse des règlements de base ou des règlements d'application ou d'exécution. [...] Le règlement est obligatoire dans tous ses éléments : il fixe un résultat à atteindre et prévoit parallèlement les moyens qu'il convient impérativement d'utiliser pour réaliser l'objectif fixé. Il



deux fonctions juridictionnelles : premièrement, elle connaît, comme le laisse entendre l'article 8 du Protocole additionnel n°1 du recours en appréciation du contrôle de la légalité des décisions de l'Union :

« Sur recours formé par un État membre, par le Conseil ou par la Commission, la Cour de Justice apprécie la légalité des règlements, directives et décisions. Le recours en appréciation de la légalité est ouvert, en outre, à toute personne physique ou morale, contre tout acte d'un organe de l'Union lui faisant grief »<sup>371</sup>.

**87** — . Deuxièmement, il est dévolu aux termes de l'article 12 du Protocole à la cour de justice de l'UEMOA de statuer sur les recours préjudicatifs. Ces Recours qui ne peuvent être exercés que par une juridiction nationale ou une autorité à fonction juridictionnelle visent essentiellement l'interprétation du Traité de l'Union, des actes pris par ses organes ou encore des statuts des organismes créés par un acte de son

---

s'impose aux Institutions de la Communauté, aux États membres et à leurs ressortissants. [...] [Quant à la directive], [e]lle apparaît selon la doctrine comme un acte communautaire hyper normatif c'est à-dire d'une intensité normative limitée et constitue selon une formule évocatrice « une méthode de législation à deux étages ... ». La directive n'a pas de portée générale, elle lie « tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales leur compétence en ce qui concerne la forme et les moyens ». [...] Elle doit donc faire l'objet de mesures nationales de transposition consistant à la mettre en œuvre et à l'issue de laquelle le droit interne doit être en conformité avec ses prescriptions [...]. Contrairement au règlement, la décision n'a pas de portée générale ; elle n'oblige que ses destinataires qui peuvent être des Etats, des entreprises ou des particuliers. Elle constitue l'acte typique par lequel les institutions communautaires réglementent les cas particuliers et, de ce point de vue, elle s'apparente à un acte administratif individuel. Pour la Cour de Justice des Communautés européennes, la décision est « un acte individuel d'exécution du droit communautaire ». Elle est obligatoire dans ses éléments, ce qui la distingue de la directive qui n'est obligatoire que quant au résultat à atteindre ; c'est un acte destiné à produire des effets de droit, au contraire des avis et des recommandations dépourvus de valeur obligatoire », P. KAMTO, préc., note 360, p. 2 et s.

<sup>371</sup>

Voir l'article 8 du Protocole additionnel.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

Conseil<sup>372</sup>. Ainsi, seule cette cour est compétente pour connaître par exemple en dernier ressort de tout contentieux ayant trait au *Règlement relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest africaine* et les arrêts de cette cour ont force obligatoire à l'égard de tous les États parties au Traité (article 20 du Protocole).

**88** — . À l'instar de la CEMAC et de l'UÉMOA, l'OHADA a également un organe juridictionnel dont la vocation est d'assurer « dans les États parties l'interprétation et l'application commune du [...] Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes »<sup>373</sup>. Il s'agit en l'occurrence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui a déjà fait l'objet de nos développements antérieurs. Il n'y a pas de recours préjudiciel devant la CCJA. Celle-ci peut toutefois être saisie à titre consultatif comme le prescrit le deuxième alinéa de l'article 14 du Traité :

« La Cour peut être consultée par tout État Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis

---

<sup>372</sup> Article 12 du Protocole additionnel et 15 paragraphe 6 du Règlement 01/96CJ portant sur les procédures de la Cour de justice de l'UÉMOA. Il faut néanmoins préciser que les conventions entre États membres qui n'ont aucun lien avec le Traité ainsi que le droit national des États membres ne peuvent faire l'objet de recours préjudiciels. Sur la Cour de justice de l'UÉMOA : Luc Marius IBRIGA et Pierre MEYER, « L'application du droit communautaire UEMOA dans le droit interne des États membres », *Revue Burkinabè de droit*, 2000, p. 28 ; Benjamin BOUMAKANI, « Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : La CCJA de L'OHADA, les Cours de Justice de l'UÉMOA et la CEMAC », *Annales de la FSJP de l'université de Dschang*, Tome 3, PUA, 1999 ; Youssouf Any MAHAMAN, « Cour de Justice de l'UÉMOA » in Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du Séminaire sous-régional, Douala- Cameroun du 16 au 20 décembre 2002, Coll. DTE, p. 51 ; Maurice KAMTO, « Les Cours de Justice des Communautés d'intégration économiques africaines », *Annuaire africain de droit international*, Vol. 6, 1998, p. 108.

<sup>373</sup> Article 14 alinéa 1 du Traité. Le règlement du contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des actes uniformes et à l'arbitrage est décrit aux titres III et IV du Traité.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13<sup>[374]</sup> ci-dessus »<sup>375</sup>.

89 — . Ce recours diffère de celui préjudiciel en ce sens qu'aucune juridiction n'est liée par un avis consultatif de la Cour<sup>376</sup>. Par ailleurs, lorsqu'elle est saisie par « voie de recours de cassation », la CCJA statue non seulement sur les moyens de droit mais aussi et en contravention du principe classique de la distinction entre juges de fait et juges de droit, elle rejuge l'affaire qui lui est soumise comme le ferait une juridiction d'appel<sup>377</sup>. Et l'article 20 du Traité de préciser que « les arrêts de la Cour commune de

---

<sup>374</sup> L'article 13 dispose que « le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États Parties ».

<sup>375</sup> Article 14 aliéna 2. La Cour peut-être consultée d'une part au moment où les actes uniformes sont élaborés par le Secrétariat Permanent et transmis aux gouvernements pour observations et de l'autre, lors de l'application réelle de ces mêmes actes uniformes sur toute question entrant dans le champ de l'article 14 précité. La CCJA est soumise dans l'exercice de ses fonctions au règlement de procédure du 18 avril 1996 ainsi que règlement d'arbitrage du 11 mars 1999.

<sup>376</sup> Demba Boubacar BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », in Pierre MEYER (dir.), *La libéralisation de l'économie dans l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, Ouagadougou, Publication du CEEI, n° 3, Imprimerie Presses Africaines, 2001, p. 165.

<sup>377</sup> Sont toutefois exclues de la cassation toutes les décisions appliquant des sanctions pénales (voir article 14, aliéna 3 *in fine*). Cela signifie qu'en matière pénale y compris dans les affaires faisant appel aux dispositions d'incrimination des actes uniformes, seules les juridictions nationales chargées du contrôle de la légalité peuvent connaître des pourvois en cassation. Sur cette question : Diouf NDI AW, « Actes uniformes et droit pénal des États signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace OHADA », *Revue burkinabé de droit*, n° 39-40, n° spécial, p. 63; Adamou RABANI, « Le droit pénal des sociétés commerciales. Droit pénal des affaires du Niger : une construction duale entre droit pénal uniforme et législation nationale », *OHADATA* D-05-30; Diouf NDI AW, « Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'inadaptation des réponses nationales à un phénomène de dimension internationale », *Revue sénégalaise de droit des affaires*, n° 2, 3 et 4, p. 59. D'ailleurs, sur cette question, la Cour de justice de la CEMAC a dû, le 09 avril 2003 (CJ CEMAC, avis, 9 avril 2003, Avant-projet de règlement sur les systèmes, moyens et incidents de paiement (voir *Recueil Penant*, 2007, n° 858, p. 122) « se frotter dans le cadre de ses fonctions consultatives au droit de l'OHADA. Une des dispositions du projet de règlement soumis à consultation prévoyait des sanctions pénales, ce que l'un des États membres, pendant la procédure a considéré comme contraire aux dispositions du Titre V de l'Acte uniforme

justice et d'arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force obligatoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales »<sup>378</sup>.

90 — . La dernière juridiction à être évoquée ici est la Cour de justice de la CEDEAO<sup>379</sup>. Cette cour créée en vertu de l'article 15 du Traité de la Communauté est établie par le Protocole n° A/P1/7/91 de 1991 entré en vigueur en 1996<sup>380</sup>. Elle est compétente pour connaître des différends au sein de ses membres ou entre ses membres

---

sur les procédures d'apurement du passif (AUPCAP), lequel définit les infractions pénales, en laissant aux États le soin d'établir les peines correspondantes. La Cour a observé que non seulement les États pouvaient décider d'exercer en commun les compétences qu'ils détenaient du Traité OHADA, mais qu'en outre rien ne s'opposait à ce que l'organe communautaire – en l'occurrence le Comité des ministres de l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UMAC) – adopte des dispositions relevant de ses attributions. Toutefois, et c'est là le plus important, elle a relevé que certaines des dispositions du projet de règlement étaient susceptibles de porter atteinte à l'AUPCAP, alors même que la primauté des Actes uniformes de l'OHADA visait aussi les « normes primaires et dérivées issues du Traité de la CEMAC », Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, « Les « espaces juridiques » de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme », *Lamy Droit Civil*, n° 67, 2010, pp. 63-64. Critiquant cette position, la doctrine s'est demandée sur quel fondement la Cour a-t-elle procédé à une telle hiérarchisation entre les normes OHADA et les normes CEMAC et ce d'autant plus que ces deux ordres juridiques sont autonomes. Le renvoi à l'article 10 du Traité est ici selon la doctrine discutable et injustifié. Sur les fonctions juridictionnelles de la CCJA : Joseph ISSA-SAYEGH, « La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », in Philippe BRUN (dir.), *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 175 et Etienne NSIE, « La Cour commune de justice et d'arbitrage », *Penant*, n° 828, 1998, p. 308.

<sup>378</sup> Article 20 du Traité.

<sup>379</sup> Sur la CEDEAO : KasongoTukumbi LUMUMBA, « Economic Community of West African States (ECOWAS): dependency or integration? », *Journal of Asian and African Affairs*, n° 3, 1991, p. 45; Uka EZENWE, *ECOWAS and the economic integration of West Africa*, London, C. Hurst, 1983; Kofi KUFUOR, *The institutional transformation of the Economic Community of West African States*, Aldershot, England, Ashgate, 2006; Noël DOSSOU-YOVO, « Intégration économique et "État des lieux" de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 47 (3), 1993, p. 421; Paul MASSON and Catherine PATILLO, *Monetary Union in West Africa (ECOWAS): is it desirable and how could it be achieved?*, Washington, International Monetary Fund, 2001.

<sup>380</sup> La cour est toutefois devenue opérationnelle en 2002 et a entendu sa première cause en 2004.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

et l'organisation relativement à l'interprétation et à l'application du traité, avec obligation de tentative d'un règlement amiable avant la phase contentieuse. Contrairement aux juridictions de l'UEMOA, de la CEMAC et de l'OHADA, celle de la CEDEAO est une non permanente qui ne connaît ni le mécanisme du recours préjudiciel ni celui du pourvoi en cassation<sup>381</sup>. Elle se réunit seulement sur convocation de son président<sup>382</sup>. Cette spécificité a fait dire des observateurs avertis du processus d'intégration régionale en Afrique que la Cour de justice de la CEDEAO était plus proche d'une juridiction internationale que d'une cour de justice communautaire<sup>383</sup>. Initialement, le Protocole de 1991 prévoyait que seuls les États membres ou les institutions de la Communauté pouvaient saisir la Cour pour tout manquement au Traité. Il en résulte selon la doctrine que « le droit dérivé CEDEAO est dépourvu de portée générale puisqu'il ne s'applique pas à des catégories envisagées abstraitement et dans leur ensemble ». D'où les doutes sur l'effectivité de l'Acte additionnel portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO<sup>384</sup>. Soulignons toutefois qu'en 2005,

---

<sup>381</sup> Elle peut néanmoins émettre des avis consultatifs : article 10 (1) du Protocole de 1991 : « [l]a Cour peut, lorsqu'elle est saisie par la Conférence, le Conseil ou par un ou plusieurs États Membres ou par le Secrétaire Exécutif et toute autre institution de la Communauté, émettre à titre consultatif, un avis juridique sur des questions qui requièrent l'interprétation des dispositions du Traité ».

<sup>382</sup> Voir notamment l'article 14 (1) Protocole n° A/P1/7/91 de 1991. Toutefois l'article 4 (8) du même Protocole dispose que : « [l]orsque le Président de la Cour ne peut participer au jugement d'une affaire déterminée, il est remplacé par le vice-président. En cas d'empêchement du vice-président, il est pourvu à son remplacement par un autre membre de la Cour conformément aux dispositions du Règlement intérieur ».

<sup>383</sup> Pierre MEYER, « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO », *in Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Actes du Séminaire Sous-régional à Ouagadougou*, Burkina Faso du 6-10 octobre 2003, coll.DTE, éditions Giraf, p. 186.

<sup>384</sup> Voir les développements critiques de Luc Marius Ibriga sur la Communauté : « l'unanimité de façade qu'elle préserve cache une coalition d'insatisfaits [...] [Ses] décisions et règlements n'ont

la CEDEAO a adopté le Protocole additionnel A/SP.1/01/05 qui élargit les compétences de la juridiction laquelle ouvre désormais son prétoire aux particuliers<sup>385</sup>. Seulement, ces requêtes individuelles ne peuvent être accueillies tant que la même affaire est en instance devant un autre tribunal international. L'article 19 du Protocole de 1991 indique que les décisions de la Cour sont définitives et exécutoires sans délai et l'État fautif doit indiquer à la Cour l'organe national responsable de l'exécution de la décision.

91 — . Cette brève incursion dans l'univers des juridictions communautaires africaines amène à croire qu'aucune juridiction régionale n'a l'autorité de remettre en cause les arrêts des cours de justice de la CEDEAO, de l'OHADA, de la CEMAC et de l'UEMOA. Ni les institutions dont elles sont l'émanation ni *a fortiori* leurs États membres ne peuvent faire échec à leurs décisions<sup>386</sup>. L'enchevêtrement des domaines

---

donc aucun effet *erga omnes* et relèvent plus des actes directifs. Ainsi, s'il est possible de leur reconnaître le caractère d'acte d'applicabilité immédiate, ils n'ont aucun effet direct puisque les particuliers ne peuvent s'en prévaloir », L. IBRIGA, préc., note 341, p. 150 et s.

<sup>385</sup> Voir l'article 10 (f) du Protocole de 2005. Robert Lecourt note que « lorsque le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître le droit qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté », Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruyant, 1976, p. 260. Dans le même ordre d'idées, le professeur René Chapus fait remarquer qu'en mettant en œuvre un moyen de contrôle de l'administration, le particulier se comporte comme un défenseur de la légalité ou un procureur du droit. L'auteur estime que si le juge annule l'acte attaqué, c'est moins pour réparer le tort fait au requérant que pour assurer le rétablissement de la légalité méconnue. Pour plus de précision, René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>e</sup> édition, 2001, n° 999, p. 788. Aussi : Olivier COSTA, « Les citoyens et le droit communautaire : les usagers élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'Union », *Revue internationale de politique comparée*, n° 1, Vol. 9, 2002, p. 99.

<sup>386</sup> Le fait qu'il n'existe ni hiérarchie, ni passerelles entre les juridictions de l'UEMOA, de la CEMAC, de l'OHADA et de la CEDEAO a fait dire au juge Tchantou que « cette figure d'horizontalité assise sur le principe de différenciation des ordres juridiques communautaires empêche que l'une des trois juridictions puisse saisir l'autre par la technique du renvoi préjudiciel et à *fortiori* qu'un arrêt de justice rendu par une instance communautaire même inférieure puisse faire l'objet d'un recours devant une autre institution juridictionnelle relevant d'un ordre voisin », H. TCHANTCHOU, préc., note 283, p. 200.

d'action fait que de virtuels, le danger des normes concurrentes est devenue vraisemblable voire avéré entre des organisations régionales précitées<sup>387</sup>. Cette concurrence, faute d'y apporter des réponses adéquates peuvent déboucher sur des conflits de compétence entre juridictions communautaires.

### ***Section 2 : Les effets néfastes de la concurrence***

La concurrence des normes dont nous faisons état dans la section précédente peut entraîner des conflits de compétence entre juridictions nationales et juridictions communautaires (paragraphe 1) ou entre juridictions communautaires (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Les conflits de compétence entre juridictions nationales et juridictions communautaires**

92 — . Un conflit de compétence entre juridictions nationales et juridictions communautaires supposerait qu'un litige fasse appel à la fois pour sa résolution au droit communautaire et au droit national. Cette situation est loin d'être virtuelle : l'article 68 par exemple de la loi Burkina Faso portant réglementation des services et des transactions électroniques renvoie, pour ce qui est de l'exécution du contrat électronique au règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États

---

<sup>387</sup> Joseph ISSA-SAYEGH, « Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », *OHADATA*, D-06-05, p. 5.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine<sup>388</sup>. Il n'est donc pas exclu, dans le cadre d'un différend mettant en cause la loi burkinabè, qu'une personne physique ou morale formule un recours en appréciation du contrôle de la légalité du règlement communautaire devant la Cour de justice de l'UEMOA. Dans le même sens, il n'est pas non plus superflu d'imaginer que des dispositions d'actes uniformes et celles de législations nationales sur le commerce électronique (législations non encore harmonisées dans le cadre de l'OHADA) soient applicables à un même litige. Sachant que « l'interprétation et l'application des actes uniformes de l'OHADA revient aux juridictions nationales du fond en premier et en dernier ressort mais à la CCJA en matière de cassation afin de garantir l'uniformisation des solutions jurisprudentielles »<sup>389</sup>, on peut légitimement s'interroger sur le partage des compétences lorsqu'un pouvoir en cassation mêle à la fois droit national et droit uniforme<sup>390</sup>. Une plume experte du droit OHADA s'est déjà faite l'écho de cette inquiétude :

« Faut-il attribuer compétence pour l'intégralité du litige à la Cour commune ? [Ou] au contraire, faut-il attribuer compétence intégrale à la juridiction nationale de contrôle de légalité ? [Ou encore] faut-il former deux pourvois en cassation contre la même

---

<sup>388</sup> Voir également l'article 7 de l'Acte additionnel portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO qui réfère aux lois nationales en ce qui concerne le droit applicable : « 1) [l]'exercice des activités entrant dans le champ d'application du présent Acte additionnel est soumis à la loi du pays membre de l'espace CEDEAO sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie. 2) Cette disposition est sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leurs transactions. Toutefois, en l'absence de choix des parties, la loi applicable sera la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur tant qu'il y va de son intérêt ».

<sup>389</sup> Joseph ISSA-SAYEGH, « Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », *OHADATA*, D-06-05, p. 5.

<sup>390</sup> Pour une vision détaillée sur cette problématique : Jean KENFACK, « Le juge camerounais à l'épreuve du droit communautaire et de l'intégration économique », *Juridis périodique*, n° 63, 2005 p. 64.



PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

décision, l'un devant la juridiction nationale de cassation et l'autre devant la juridiction commune ? [Peut-être] faut-il former un seul pourvoi avec deux moyens destinés à deux juridictions différentes de sorte que la juridiction nationale de cassation renvoie l'affaire devant la CCJA après s'être prononcée sur l'application des dispositions de droit interne non harmonisé ? Ou l'inverse, c'est-à-dire d'abord saisir la CCJA qui, après s'être prononcée, renvoie devant la juridiction nationale de contrôle de légalité ? »<sup>391</sup>.

**93** — . Pour illustrer ce conflit de compétence entre juridictions communautaires et juridictions nationales, la doctrine aime à rappeler l'arrêt *Snar Leyma* rendue par la Cour Suprême du Niger le 16 août 2001<sup>392</sup>. En l'espèce, le litige opposait la Société nigérienne d'assurance et de réassurance (*Snar Leyma*) au groupe *Hima Souley* à propos d'une opération de recapitalisation<sup>393</sup>. Le 23 mai 2001, la Cour d'appel de Niamey confirmait une ordonnance obtenue par le groupe *Hima Souley* pour la nomination d'un administrateur judiciaire dont la principale tâche consistait en la convocation d'une assemblée générale de la *Snar Leyma* en vue de constater la libération des actions souscrites par le demandeur<sup>394</sup>. La *Snar Leyma* se pourvoit en cassation au motif que

---

<sup>391</sup> Pierre MEYER, « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO », in *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Actes du Séminaire Sous-régional à Ouagadougou*, Burkina Faso du 6-10 octobre 2003, coll.DTE, éditions Giraf, p. 186.

<sup>392</sup> Cour Suprême du Niger, Chambre Judiciaire, Arrêt n°1-158/C du 16 août 2001, *Snar Leyma c/ Hima Souley*, en ligne : <www.OHADA.com> (consulté le 28 mars 2011), *OHADATA*, J-02-36.

<sup>393</sup> La société nigérienne d'assurance et de réassurance avait décidé de l'émission de 70 000 nouvelles actions et d'ouvrir son capital à de nouveaux actionnaires. Le groupe Hima Souley qui a participé à l'opération de souscription d'actions reprochait à la société d'assurance nigérienne le refus obstiné de son conseil d'administration à convoquer une assemblée d'actionnaire pour constater la libération des actions auxquels il a souscrit.

<sup>394</sup> Voir l'ordonnance n°0352/PTR/NY du 23 avril 2001. Il faut préciser que le 27 avril de la même année, la *Snar Leyma* a saisi le juge des référés en vue d'obtenir la rétractation de l'ordonnance mais sa requête fut rejetée (ordonnance n° 89/TR/NY du 10 mai 2001). Voir également l'arrêt

l'arrêt du 23 mai 2001 violait des règles de procédure et des règles de fond<sup>395</sup>. Le groupe *Hima Souley* oppose une exception d'incompétence de la cour de cassation nigérienne ainsi qu'une fin de non recevoir. L'exception d'incompétence repose sur la présumée violation de l'article 14 aliéna 3 du Traité de l'OHADA qui s'énonce comme suit :

« Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des États Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales »<sup>396</sup>.

94 — . Autrement dit, de l'avis du défendeur, la Cour commune de justice et d'arbitrage d'Abidjan est exclusivement compétente pour connaître de l'affaire. La fin de non recevoir elle, était fondée sur la non-inscription en faux contre la déclaration de souscription et de versement. La requête introduite par le demandeur contenait plusieurs moyens de cassation mais nous nous limiterons au volet « exception d'incompétence » pour les fins de la présente étude<sup>397</sup>. Dans la compréhension de la haute juridiction<sup>398</sup>, la

---

n° 81 du 23 mai 2001 qui en plus de confirmer l'ordonnance condamnait la *Snar Leyma* aux dépens.

<sup>395</sup> Le demandeur invoque une violation de l'article 809 du Code de procédure nigérien qui dispose que : « les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal ». Pour la *Snar Leyma*, en reconnaissant la qualité d'actionnaire au groupe *Hima Souley*, les juges de première et deuxième instance avaient outrepassé leurs pouvoirs de juges de référés. Les autres moyens du pourvoi reposaient sur la violation des dispositions du Code civil nigérien et du Code communautaire CIMA.

<sup>396</sup> Article 14, aliéna 3 du Traité de l'OHADA.

<sup>397</sup> Sans nous étendre sur tous les aspects de l'arrêt, notons que la Cour accueille le pourvoi sur le moyen pris de la violation de l'article 809 du Code de procédure civile nigérien. La Cour est d'avis que « [...] les mesures susceptibles d'être ordonnées en référé sont des mesures provisoires de nature à remédier à un état de crise conflictuelle sans pour autant trancher au fond le litige, ni fixer les droits des parties ; qu'ainsi, les mesures prises en référé ne doivent pas avoir un caractère

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

lecture des articles 14 et 15 du Traité OHADA « permet de se rendre compte que la compétence de la cour commune n'est pas exclusive de la compétence des juridictions nationales des États parties ». Aussi résulte-t-il d'après la Cour suprême du Niger de la combinaison des articles précités que :

« La cour commune n'est compétente que pour l'application des Actes uniformes ; qu'ainsi, lorsque le pourvoi n'est pas exclusivement fondé sur les actes uniformes, comme dans le cas en l'espèce où des dispositions du Code de procédure, du Code civil et du Code CIMA sont invoquées, il appartient à la Cour suprême nationale de saisir la Cour commune sur les questions spécifiques aux Actes uniformes ; [...] elle ne peut d'ailleurs le faire que si l'application des actes uniformes a été prépondérante

---

irréversible qui seraient incompatible avec la nature provisoire du référé ; mais attendu en l'espèce que les dirigeants sociaux de la SNAR Leyma ne reconnaissent pas la qualité d'actionnaire au groupe Hima Souley, qu'en reconnaissant à celui-ci cette qualité, lui ouvrant ainsi droit à un certain nombre de prérogatives, le juge des référés a violé l'article 809 précité prenant ainsi une décision n'ayant pas un caractère provisoire et fixant les droits d'une partie, que sa décision encourt donc cassation de ce chef [...] ». La Cour s'est ensuite penchée sur un moyen qu'elle a soulevé d'office ; moyen tiré du non respect de la procédure de référé pour la désignation du mandataire judiciaire. Selon les juges suprêmes : « [a]ttendu l'article 516 de l'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du groupement d'intérêt économique invoqué par le Groupe « Hima Souley » pour obtenir la désignation du mandataire judiciaire spécifie que cette désignation ne peut intervenir que selon la procédure du bref délai et en cas d'urgence ; attendu que le recours à ces notions de « bref délai » et « d'urgence » suffisent amplement à démontrer que seule la voie de référé, procédure contradictoire, est ouverte pour la désignation de ce mandataire ; que cette procédure contradictoire à l'avantage d'une part de permettre au président tribunal de s'assurer que toutes les conditions posées par le texte sont réunies et d'autre part qu'il y a urgence nécessitant son intervention ; [m]ais attendu en l'espèce que le président du tribunal a statué par simple ordonnance sur requête ; qu'en ne censurant pas une telle décision, l'arrêt de la Cour d'appel a lui-même violé la loi ; qu'il encourt cassation de ce chef ; [a]ttendu que l'irrégularité de la désignation du mandataire entraîne la nullité de toute la procédure subséquente ainsi que tous les actes posés ; attendu et ce sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ; qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt n° 81 du 23 mai 2001 de la Cour d'Appel de Niamey ; [a]ttendu que cette cassation ne laissant rien à juger, il y a lieu de dire qu'elle sera faite sans renvoi, les parties demeurant à la situation antérieure à la désignation du mandataire judiciaire [...] ».

398

Aux termes de l'article 2 des Statuts de l'Association Ouest-Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AOA-HJF), adoptés à Cotonou le 10 novembre 1998, « [o]n entend par Haute Juridiction [...] toute juridiction suprême, quelle que soit sa dénomination, dont les décisions sont sans recours et s'imposent à tous ».

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

pour la prise de la décision attaquée et que le pourvoi est surtout basé sur ces actes [...] »<sup>399</sup>.

95 — . Cette position jurisprudentielle fut vivement critiquée par la doctrine : pour certains, affirmer qu'il « appartient à la Cour suprême nationale de saisir la Cour commune sur les questions spécifiques aux Actes uniformes » reviendrait à reconnaître aux juridictions nationales de contrôle de légalité, en lieu et place d'un dessaisissement pur et simple l'initiative d'un recours préjudiciel non prévu par le Traité de l'OHADA<sup>400</sup>. Pour d'autres, le « recours à la notion de prépondérance jette le trouble dans l'esprit dans la mesure où il aurait été préférable de parler de question préalable. À supposer que la notion de prépondérance soit retenue par toutes les Cours suprêmes, il y a lieu de craindre que la nouveauté et l'imprécision de ce concept donne lieu à des

---

<sup>399</sup> Cour Suprême du Niger, Chambre Judiciaire, Arrêt n°1-158/C du 16 août 2001, *Snar Leyma c/ Hima Souley*, en ligne : <www.OHADA.com> (consulté le 28 mars 2011), *OHADATA*, J-02-36.

<sup>400</sup> Pierre Meyer affirme qu' : « une telle procédure, qui s'apparente au recours préjudiciel en interprétation n'est pas organisée dans le système institutionnel de l'OHADA. Le recours consultatif devant la C.C.J.A. n'est possible que pour les seules juridictions du fond. Ceci ressort explicitement de la combinaison des articles 13 et 14 alinéa 2 du Traité OHADA. En effet, l'article 13 vise l'application du droit uniforme par les juridictions du fond en première instance et en appel tandis que l'article 14 alinéa 2 vise la saisine de la C.C.J.A. pour avis consultatif « par les juridictions nationales saisies en vertu de l'article 13 ». Pour les juridictions nationales de contrôle de légalité, comme les cours de cassation, la seule voie, lorsqu'une question est posée devant elle relative à l'application des actes uniformes, est le dessaisissement. L'article 51 du Règlement de procédure de la C.C.J.A. apporte, sur ce point, une précision qui permet d'affirmer qu'une cour de cassation ne peut que se dessaisir si une question portant sur un acte uniforme est soulevée devant elle. Ainsi, ledit article dispose que « [l]orsque la cour est saisie conformément aux articles 14 et 15 du traité par une juridiction nationale statuant en cassation qui lui renvoie le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes, cette juridiction est immédiatement dessaisie ». La procédure évoquée par la Cour suprême nigérienne ne peut donc être envisagée. Seule une procédure de dessaisissement est prévue par le droit OHADA », Pierre MEYER, « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO », in *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Actes du Séminaire Sous-régional à Ouagadougou*, Burkina Faso du 6-10 octobre 2003, coll. DTE, éditions Giraf, p. 186.

incertitudes»<sup>401</sup>. Pour d'autres encore, le système proposé par la Cour suprême nigérienne confie la clé de la répartition entre droit national et droit uniforme à la haute juridiction saisie qui, par voie de conséquence statuera sur la compétence ou l'incompétence de la Cour commune. Ce qui constituerait une entorse grave aux conceptions mêmes du Traité OHADA : faire de la CCJA la seule juridiction compétente pour interpréter le droit uniforme<sup>402</sup>.

96 — . Quels que soient les jugements des uns et des autres sur la position de la Cour suprême du Niger, l'affaire *Snar Leyma* témoigne des conflits de compétence qui

---

<sup>401</sup> Joseph ISSA-SAYEGH, « Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », *OHADATA*, D-06-05, p. 5.

<sup>402</sup> Voir les observations de Djibril Abarchi sur l'arrêt : « la Cour suprême émet deux conditions excluant la compétence de la CCJA lorsque dans une affaire il ya application concomitante du droit communautaire et du droit national. La première tient à un dosage entre le droit uniforme et le droit national dans la prise de la décision attaquée. [...] S'agissant du dosage, [...] la Cour suggère que lorsque la juridiction dont la décision est attaquée n'a statué qu'en s'appuyant essentiellement sur le droit uniforme, le pourvoi doit être porté devant la CCJA. À l'inverse, si les motifs (puisque c'est à ce niveau qu'il faut rechercher les points d'ancrage de la décision) révèlent que c'est le droit national qui a été déterminant dans la prise de la décision attaquée, la compétence de la Cour suprême doit être retenue. [...] Au demeurant, on peut s'interroger sur la compétence à retenir lorsque le dosage entre le droit national et le droit uniforme se trouve équilibré. Plus compliquée sera encore la solution lorsqu'il est invoquée une règle ne relevant ni de l'un ni de l'autre, car il faudra bien la ranger dans l'un des « plateaux » pour déterminer le côté où se penche la balance [...]. Les juridictions nationales de cassation sont gardiennes de la cohérence de l'ordre juridique interne et la CCJA de l'ordre juridique communautaire. Il est souhaitable que chacun reste dans son rôle. Les promoteurs de l'OHADA n'ont certes pas perdu de vue cette considération. Mais les vicissitudes de la bataille juridique dans un procès sont ce qu'elles sont. On ne peut empêcher aux plaideurs de faire « feu de tout bois » en fondant leur recours aussi bien sur l'ordre juridique interne que sur l'ordre juridique communautaire, lorsque les circonstances l'exigent. Mais les mécanismes actuels prévus par le traité excluent le *distinguo* introduit par la Cour suprême », Djibril ABARCHI, « La compétence non exclusive de la CCJA en cas de violation de dispositions du droit uniforme de l'OHADA et du droit interne, note sous Cour suprême du Niger, Chambre judiciaire, arrêt n° 1-158/C du 16 août 2001, *Snar Leyma c/ Groupe Hima Souley* », Aussi : Djibril ABARCHI, « Cour Suprême du Niger, 16 août 2001 », *Revue burkinabé de droit*, 2002, p. 121 et s. et obs ; Alassane KANTE, « La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort en application des actes uniformes (Observations sur l'arrêt de la Cour suprême du Niger du 16 août 2001) », *OHADATA*, D-02-29.

peuvent naître entre juridictions nationales et juridictions communautaires. L'application distributive telle que opérée par la haute juridiction nigérienne présente un autre inconvénient majeur : celui d'un morcellement du procès aux conséquences imprévisibles. Toute chose qui ne peut que nuire à une bonne administration de la justice.

### **Paragraphe 2 : Les conflits de compétence entre juridictions communautaires**

97 — . Les conflits de compétence entre juridictions communautaires, c'est-à-dire une litispendance double semblent a priori théorique étant entendu que chaque juridiction est censée opérer dans les limites des contours territoriaux des États-membres de la communauté dont elle est l'organe juridictionnel<sup>403</sup>. Chaque juge en effet est chargé de l'interprétation ou de l'application de son traité, et chaque traité forme un système autonome<sup>404</sup>. La Cour de justice de l'UEMOA s'en était clairement expliquée le 02 février 2000 alors qu'il lui était demandé de se prononcer sur le projet du Code communautaire des investissements UEMOA. La Cour a soutenu que la CCJA (Cour commune de justice et d'arbitrage) ne pouvait la saisir en renvoi préjudiciel parce qu'elle n'est pas une juridiction nationale et que l'interprétation par la Cour de justice de l'UEMOA des Actes uniformes de l'OHADA porterait atteinte à « l'exclusivité de

---

<sup>403</sup> Benjamin BOUMAKANI, « La coexistence de la Cour commune de justice de l'OHADA et de la Cour de justice de la CEMAC », *Revue du droit des affaires internationales*, n°1, 2005, p. 97.

<sup>404</sup> Georges TATY, « Pluralité des juridictions régionales dans l'espace francophone et unité de l'ordre juridique communautaire : problématiques et enjeux », *Rencontre Inter juridictionnelle – Cour de justice UEMOA – CEDEAO – CEMAC – OHADA*, 27 juin 2008, en ligne : <[www.institut.idef.org](http://www.institut.idef.org)> (consulté le 28 mars 2011).

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

*compétence de la CCJA dans l'interprétation et l'application des Actes uniformes* »<sup>405</sup>.

C'est la même voie qu'emprunte la Cour de justice de la CEMAC dans l'affaire *Tasha Loweh Lawrence*<sup>406</sup>. En l'espèce, le requérant contestait non seulement la décision de la Commission bancaire de l'Afrique centrale (COBAC) qui mettait fin à ses fonctions de directeur général et président du Conseil d'administration mais aussi les conditions de convocation et de ce même conseil. Convocation au cours de laquelle la décision contestée a été prise, en violation soutient le requérant des dispositions de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. La Cour de la justice de la CEMAC statue que :

« Le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions nationales, et en cassation par la Cour commune de justice et d'arbitrage, selon les dispositions des articles 13 et 14 du Traité de l'OHADA, qu'en conséquence, la Cour est incompétente pour connaître des moyens tirés de l'inobservation des dispositions du droit OHADA »<sup>407</sup>.

98 — . Cela ne veut pas pour autant dire qu'un conflit de juridiction entre cours de justice communautaires soit totalement exclu. Un auteur affirme qu'au contraire, il peut arriver par exemple que deux États ouest africains tous deux membres de la CEDEAO et de l'UEMOA saisissent l'un, la Cour de justice de la Communauté et l'autre celle de l'Union, et que chacune des deux juridictions se déclare compétente pour

---

<sup>405</sup> Avis 001, dossier 6-99, 2 février 2000, *Revue Burkinabé de droit*, 2000, p. 127. Voir aussi : Yawovi BATCHASSI, « L'Avis n°001 du 2 février 2000 de la Cour de Justice de l'UEMOA », *Revue Burkinabé de Droit*, n°37, 2000.

<sup>406</sup> Arrêt n° 003/CJ/CEMAC/CJ/03 du 03 juillet 2003, Affaire *TASHA Loweh Lawrence c/ Décision COBAC D-2000/22 et Amity Bank Cameroon PLC, Sanda Oumarou, Anomah Ngu Victor*.

<sup>407</sup> Idem.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

une affaire où il est invoqué la violation des règles communautaires ou des dispositions des Traités constitutifs de ces deux structures d'intégration économiques<sup>408</sup>.

APPARTENANCE DES ÉTATS AUX DIFFÉRENTES ORGANISATIONS		
	AFRIQUE CENTRALE	AFRIQUE DE L'OUEST
3 niveaux	(6) Cameroun – Centrafrique – Congo – Gabon – Guinée équatoriale – Tchad	(8) Burkina Faso – Bénin – Côte d'Ivoire – Guinée Bissau – Mali – Niger – Sénégal – Togo
2 niveaux (dont OHADA)	(1) République démocratique du Congo	(1) République de Guinée
1 niveau	(3) Angola – Burundi – Sao Tome et Principe	(6) Cap Vert – Gambie – Ghana – Liberia – Nigeria – Sierra Leone

Tableau 1 : Appartenance des États aux différentes organisations

Source : Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, « Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique : entre droit communautaires et droit uniforme », *Lamy Droit Civil*, n° 67, 2010, p. 59.

<sup>408</sup> Maurice KAMTO, « Les Cours de justice des communautés et des organisations d'intégration économique africaines », *Annuaire africain de droit international*, 1998, vol. 6, p. 147 ; Aussi : Georges TATY, « Les conflits de compétence entre les Cours de justice de la CEMAC et de l'OHADA », in *Actes du séminaire sous-régional*, Douala, 16-20 décembre 2002, Éditions Giraf, 2003, p. 56. Sur les conflits de compétences : les commentaires du juge Tchantou : « la convergence des compétences entre [les différentes] organisations dans la région peut conduire à un trop plein de textes ou à un vide par évitement réciproque ; elle peut même déboucher sur un affrontement des normes et corrélativement sur un conflit entre juridictions à priori équivalentes et indépendantes ».



**PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI**

<b>ENTRÉE EN VIGUEUR DU TRAITÉ OHADA ET DES ACTES UNIFORMES À L'ÉGARD DES ÉTATS PARTIES</b>											
<b>MEMBRES ÉGALEMENT DE COMMUNAUTÉS ECONOMIQUES</b>											
<b>État partie</b>	<b>Zone Communautaire</b>	<b>Entrée En vigueur</b>	<b>AUDGG (1)</b>	<b>AUSCGIE (2)</b>	<b>AUS (3)</b>	<b>AUPSRVE(4)</b>	<b>AUPCAP (5)</b>	<b>AUA (6)</b>	<b>AUCE (7)</b>	<b>AUCE (7)</b>	<b>AURCMR (8)</b>
<b>Centrafrique</b>	CEMAC-CEEAC	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Tchad</b>	CEMAC-CEEAC	02/07/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Cameroun</b>	CEMAC-CEEAC	03/12/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Gabon</b>	CEMAC-CEEAC	05/04/98	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Congo</b>	CEMAC-CEEAC	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Guinée Équatoriale</b>	CEMAC-CEEAC	13/08/99	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Bénin</b>	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Mali</b>	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Sénégal</b>	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Niger</b>	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Burkina Faso</b>	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Togo</b>	UEMOA-CEDEAO	19/01/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Côte D'ivoire</b>	UEMOA-CEDEAO	11/02/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Guinée Bissau</b>	UEMOA-CEDEAO	20/02/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Comores</b>	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
<b>Guinée</b>	UEMOA-CEDEAO	21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	01/01/01	01/01/02	01/01/04

Tableau 2 : Appartenance des États aux différentes organisations  
Source : Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, « Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique : entre droit communautaires et droit uniforme », *Lamy Droit Civil*, n° 67, 2010, p. 59.

## CHAPITRE II : L'INADAPTATION DES TEXTES APPLICABLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

99 — . Aussi riche que soit l'apport des Actes uniformes, des législations nationales, de l'Acte additionnel portant transactions électroniques (CEDEAO) et des Règlements UEMOA et CEMAC relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement à l'encadrement du commerce électronique dans l'espace OHADA, il reste que des aspects de ces textes s'accommodent difficilement des réalités des transactions en ligne. Ces insuffisances s'observent tant au niveau du contrat électronique en général (section I) qu'à celui de consommation (section II).

### *Section 1 : Le contrat électronique en général*

L'incompatibilité des dispositions des textes applicables au contrat électronique en général tient en premier lieu à une maladroite adaptation de la notion classique de l'offre aux transactions en ligne (paragraphe 1) et, en deuxième lieu à des résidus d'un formalisme contractuel rigoureux (paragraphe 2).

**Paragraphe 1 : La maladroite adaptation de la notion classique d'offre**

**100** — . Il est de tradition juridique de considérer que l'offre n'est valable que si elle est ferme, complète et précise<sup>409</sup>. L'offre doit donc non seulement comporter les éléments essentiels du contrat projeté<sup>410</sup> mais aussi « indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »<sup>411</sup>. L'offre électronique n'échappe pas à ces exigences. En conséquence, si le contractant fait défaut d'exprimer clairement sa volonté d'être lié, on n'est pas en présence d'une offre mais d'une simple proposition à contracter<sup>412</sup>. La

---

<sup>409</sup> Dans ce sens l'article 210 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général : « une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »; l'article 2/2 de l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : « une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »; l'article 2:201 des *Principes du droit européen du contrat* « (1) une proposition constitue une offre lorsque : (a) elle indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation ; (b) et renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé ». Aussi a-t-il été décidé que « l'offre de rachat acceptée par l'autre partie de façon non équivoque dans les délais impartis est irrevocable et rend la vente parfaite » (CA Ouagadougou, n° 37 du 31 mai 2001). Dans la même perspective, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) d'Abidjan a jugé qu'« une proposition de conclure un contrat ne constitue pas une offre si l'auteur se réserve le droit de ne pas donner suite que partiellement à « cet appel d'offre » » (CCJA n° 064 du 22 décembre 2005). Pour une vision doctrinale de la fermeté et de la précision de l'offre : Denis MAZEAUD, « Contrats et conventions », *Defrénois*, n° 22, 1996, p. 1360; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Répertoire Defrénois, coll. « Droit civil », 2009 ; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat*, LGDJ / Montchrestien, 1999 ; Muriel Fabre-MAGNAN, *Les obligations*, Presses Universitaires de France, 2004. Pour le droit anglais, voir Guenter TREITEL, *Treitel on the Law of contract*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 34 : « [a]n agreement is not a binding contract if it lacks certainly, either because it is too vague or because it is obviously incomplete ».

<sup>410</sup> François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Les obligations*, D , coll. « Précis D », n°109, 2005, p. 119.

<sup>411</sup> Cass com., 6 mars 1990, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation* IV, n° 74, *Recueil D* 1991.somm.317, observations J.-L. Aubert, *Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)* 1990.II.21583, note B. Gross, *R.T.D Civ.* 1990.463, observations J. Mestre, *Revue trimestrielle de droit commercial*. 1990.627, observations B. Bouloc, *Defrénois* 1991.356, n° 13, observations J.-L. Aubert.

<sup>412</sup> Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique », *RDC*, n° 3, 2007, p. 681.

notion d'offre telle que définie par les législations sénégalaise et burkinabè sur le commerce électronique ou encore par l'Acte Additionnel portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO désigne-t-elle la manifestation d'une volonté ferme ? Quel sens peut-on par exemple donner à la notion d'« offre » retenue par l'article 25 de la loi sénégalaise sur les transactions électroniques qui s'énonce comme suit :

« Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et d'exiger la correction d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès »<sup>413</sup>.

**101** — . À l'évidence, la notion d'« offre » telle qu'ici décrite est pour le moins ambiguë et ne semble pas recouper parfaitement celle de l'offre classique généralement reçue dans les systèmes juridiques de droit civil : le bon sens commande en effet qu'une personne raisonnable ne puisse accepter d'être liée qu'après s'être assurée de la

---

<sup>413</sup> *Loi sénégalaise sur les transactions électroniques*, art. 25. Dans le même sens, l'article 12 de la *Loi régissant le commerce électronique au Cameroun* : « (1) un contrat ne peut être considéré comme valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu au préalable la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. (2) L'auteur de l'offre doit accuser réception en ligne de la commande qui lui a été adressée dans un délai ne devant pas excéder cinq (5) jours. (3) La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. (4) Les alinéas 1 et 2 ci-dessus ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes. Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions desdits alinéas dans les conventions conclues entre professionnels ».

solvabilité de son contractant ou encore au moins de disposer d'un stock suffisant<sup>414</sup>.  
Suivant cette logique, les rôles d'offrant et d'acceptant paraissent totalement inversés dans un environnement électronique : le catalogue mis en ligne par le cybermarchand ne saurait à notre sens constituer une offre ferme, complète et précise. En pratique, ce catalogue n'est qu'une simple invitation à émettre une offre. Ainsi, le consommateur se mue en auteur de l'offre grâce au bon de commande qu'il envoie au prestataire du service et il revient à ce dernier de l'accepter ou non<sup>415</sup>. Pour un auteur,

[...]. Si la notion d'offre qu'utilisent ces textes et la notion d'offre employée en droit commun coïncidaient, il faudrait l'affirmer. Mais, en ce cas, ce serait sur l'internaute que pèserait l'obligation d'énoncer les mentions [...] et ce serait à lui de ménager au professionnel la possibilité de relire sa « *commande* » et de lui en accuser réception... Cela est évidemment absurde. Par là, il faut conclure que « *l'offre* » évoquée dans les textes nouveaux ne renvoie pas à la notion juridiquement commune d'offre [...]. Ce hiatus était prévisible ; il est simplement dommage qu'il n'ait pas été évité par un législateur qui se recommande à ce sujet de « *toute notre tradition juridique* ». Le malentendu provient de l'influence qu'ont exercée l'esprit et la terminologie consuméristes sur la rédaction du texte »<sup>416</sup>.

**102** — . Par ailleurs, de sérieux problèmes de cohérence avec le reste du droit OHADA découlent de la notion d'« offre » telle que formulée par les rédacteurs des

---

<sup>414</sup> Étienne MONTERO, « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », in Étienne MONTERO et al. (dirs), *Le droit des affaires en évolution : le contrat sans papier : 14<sup>ème</sup> Journée du juriste d'entreprise - 20.XI.2003 = Tendensen in het bedrijfsrecht : contracteren zonder papier (e-contracts) : 14 Dag van de bedrijfsjurist - 20.XI.2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 39.

<sup>415</sup> Idem, p. 39.

<sup>416</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Com. Com. elec.*, n° 9, 2004, Étude 30.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

textes sénégalais et camerounais régissant le commerce électronique : l'article 210-1 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général précise effectivement que l'offre est une proposition de conclure le contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées<sup>417</sup>. Or la vitrine virtuelle du marchand ne vise pas des personnes nominativement connues. Elle est par essence ouverte et s'adresse à un public indéterminé<sup>418</sup>. Sur la distinction entre offre au public et offre à personne déterminée, le droit OHADA diffère nettement du droit français dont est inspirée la majorité des législations africaines sur le commerce électronique. Le droit interne français analyse l'offre à une personne indéterminée en une véritable sollicitation : selon la Cour de cassation, « l'offre faite au public lie le sollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à une personne déterminée »<sup>419</sup>. Chose curieuse, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui exclut d'emblée la proposition faite au public n'indique pas non plus clairement, comme le fait l'article 14-2 de la Convention de Vienne dont il s'inspire mais aussi les droits anglais et allemand que l'offre à des personnes indéterminées n'est qu'une invitation à entrer en pourparlers

---

<sup>417</sup> *Acte uniforme relatif au droit commercial général*, préc., note, art. 210-1 : « une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

<sup>418</sup> Un auteur note qu' : « en matière électronique, l'offre présentée sur un site internet s'adresse de manière collective et permanente à un nombre indéterminé de personnes. Le caractère public de l'offre paraît s'imposer », Michel ZOIA, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2<sup>e</sup> partie) », *Gaz. Pal.* , n° 289, 2001, p. 14.

<sup>419</sup> Cass, 3e civ. 28 nov. 1968, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation* III, n° 507, *Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)* 1969 II.15797, *Gaz. Pal.* 1969.1.95, *R.T.D Civ.* 1969.348, observations G. Cornu, et 555, observations Y. Lousouarn ; 13 juin 1972, *Recueil D* 1973.somm.88 ; 12 févr. 1975, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation* III, n° 60.

(*invitatio ad offerendum*), sauf volonté contraire explicitement mentionnée dans la proposition<sup>420</sup>. Du reste, les experts de l'OHADA ont renoncé à légiférer sur l'offre de pourparlers parce que « le contenu de ce que pourrait être un contrat de négociation est beaucoup trop imprécis pour qu'on puisse enfermer la négociation dans un cadre contractuel »<sup>421</sup>. On se retrouve en somme dans un flou juridique qui ne dit pas son nom : d'une part, l'offre électronique OHADA ne possède pas tous les attributs d'une offre « ferme et précise » et de l'autre, elle ne constitue non plus une invitation à entrer en pourparlers. En l'espèce, le recopiage pur et simple du droit français par les législateurs africains, sans que ceux-ci prennent la peine de supprimer d'éventuelles antinomies soumet à rude épreuve la cohérence du droit régional tant recherchée. C'est encore une nouvelle fois la clarté et l'intelligibilité de tout le droit qui en sort blessé<sup>422</sup>.

### **Paragraphe 2 : Des résidus d'un formalisme contractuel rigoureux**

**103** — . Le formalisme au sens large est défini comme « la tendance [...] dans une législation, à multiplier des formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de

---

<sup>420</sup> *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, art. 14(2) : « une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire ». Pour une étude détaillée de la notion d'offre en droit allemand et anglais : Cathérine DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat-contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 139 et s.

<sup>421</sup> Christian LARROUMET, *Droit civil, les obligations. Le contrat*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Économica, p. 248.

<sup>422</sup> P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 416, p. 3.

nullité »<sup>423</sup>. Aussi distingue-t-on généralement le formalisme direct, « noyau dur du formalisme » du formalisme « atténué », « adouci », ou « latent », ou encore « refoulé »<sup>424</sup> qui décrit l'hypothèse où la forme du contrat est exigée à titre de condition de validité de celui-ci. Quant au formalisme indirect, il s'agirait des cas où la forme est exigée non pas pour la validité du contrat mais pour la réception de la preuve. Cette précision terminologique évacuée, soulignons que la doctrine a fait état au cours des dernières années de la montée en puissance du formalisme dans les législations modernes et le droit OHADA, bien que consacrant le consensualisme n'échappe pas à cette tendance<sup>425</sup>. En dépit de leur volonté à prendre compte les nouvelles technologies de l'information, de nombreuses dispositions d'actes uniformes sont fortement teintées par un formalisme direct rigoureux au respect duquel la jurisprudence veille avec une sévérité sans faille<sup>426</sup>. Ce formalisme se manifeste sous diverses formes : il peut être soit relatif à un support, soit à une localisation, soit à l'implication d'un tiers ou soit encore à

---

<sup>423</sup> G. CORNU, préc., note 347, p. 58.

<sup>424</sup> Sur la notion du « noyau dur » du formalisme : Philippe MALAURIE, « Regards sur le formalisme en droit privé », *Deffrénois*, n° 6, 2005, p. 481.

<sup>425</sup> Sur la montée en puissance du formalisme : Magdi Sami ZAKI : « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », *R.I.D.C.*, 1986, n° 4, p. 1096 : « [f]ace au siècle dévoré par la vitesse et la course aux valeurs mouvantes, la forme, au lieu de s'éteindre, renaît de ses cendres comme pour répondre au besoin instinctif de racines, d'authenticité, de retour aux sources, aux rites antiques, à l'écrit, à l'écriture... La forme, peut-être, seconde chance de l'homme ». Dans le même sens : Xavier LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP. G.*, 1999, I 170, pp. 1767-1775 ; Didier GOBERT et Etienne MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », in Étienne MONTERO (dir.), *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse de la mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 199.

<sup>426</sup> *TPI Yaoundé*, Ord. Réf. n°-494/0, 06 février 2001.



la remise d'une chose<sup>427</sup> (A.), soit lié aux informations contractuelles que se doit de présenter à son cocontractant (B.).

### A. Le formalisme référant à un support physique

104 — . De nombreuses législations particulières de l'espace OHADA réfèrent encore au support papier. C'est le cas par exemple du *Code de la Communauté interafricaine des marchés d'assurance* (CIMA) qui régit le droit des assurances dans la plupart des pays de notre région d'étude : les articles 240 et 241 de ce code exigent la production de nombreux documents à la victime d'un accident ou à ses ayants droits<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> Sur ces multiples visages du formalisme, les développements de Marie Demoulin et Étienne Montero : le formalisme relatif au support concerne les « [...] formalités telles que l'exigence d'un support papier, d'une notification ou d'un écrit ( le cas échéant, l'acte doit être écrit en entier de la main de celui qui s'oblige), la nécessité d'une signature, de mentions manuscrites ou d'un envoi par lettre ou par lettre recommandée à la poste, la référence à l'utilisation d'un document ou formulaire particulier, la nécessité de créer plusieurs exemplaires, l'exigence de mentions obligatoire, des originaux multiples, d'une impression ou d'une publication, la nécessité de présenter une copie, de rédiger un avenant, de délivrer un bon de commande ou une facture, de présenter les informations publicitaires sous forme de prospectus, etc. ». Quant au formalisme relatif à la présence humaine ou à une localisation, il vise « [...] des formalités telles que la nécessité de négocier ou de conclure en présence des parties ou dans des lieux particuliers, la nécessité d'effectuer un inventaire, l'obligation de vendre dans les locaux où les produits étaient habituellement mis en vente, etc. ». Le formalisme relatif à l'implication de tiers lui « est généralement requis pour les « actes graves » (contrat de mariage, vente immobilière, donation, etc.) pour lesquels il est impératif de faire prendre conscience aux parties de l'importance de l'engagement pris, d'offrir à celles-ci les conseils d'un professionnel ou encore de protéger des intérêts publics (assurer la sécurité juridique grâce à l'effet préventif des formalités, permettre le contrôle de certains actes pour des raisons fiscales, etc.) ». Le formalisme relatif à la remise de la chose enfin « fait référence à la catégorie des contrats réels, dont la validité est subordonnée à la remise de la chose qui fait l'objet du contrat. On dénombre trois dans le Code civil de 1804 : le gage, le prêt et le dépôt [...] », Marie DEMOULIN et Étienne MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in Marie DEMOULIN et Étienne MONTERO (dir.), *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Collection Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, vol. 35, 2001, pp. 706-707.

<sup>428</sup> Article 240 : « la victime est tenue, à la demande de l'assureur, de lui donner les renseignements ci-après : 1° ses nom et prénoms ; 2° ses date et lieu de naissance ; 3° son activité professionnelle

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

De même, le contrat d'assurance doit être rédigé par écrit<sup>429</sup> et de nombreuses notifications sont subordonnées à l'envoi d'une lettre recommandée<sup>430</sup>. La plupart des

---

et l'adresse de son ou de ses employeurs ; 4° le montant de ses revenus professionnels avec les justificatifs utiles ; 5° la description des atteintes à sa personne accompagnée d'une copie du certificat médical initial et autres pièces justificatives en cas de consolidation ; 6° la description des dommages causés à ses biens ; 7° les nom, prénoms et adresses des personnes à sa charge au moment de l'accident ; 8° la liste des tiers payeurs appelés à lui verser des prestations ; 9° le lieu où les correspondances doivent être adressées. La victime est tenue, à la demande de l'assureur, de produire les documents suivants : 1° carte d'identité ; 2° extrait d'acte de naissance ; 3° acte de mariage » ; Article 241 : « [I]orsque l'offre d'indemnité doit être présentée aux ayants droits de la victime, à son (ses) conjoint (s) ou aux personnes mentionnées à l'article 265, chacune de ces personnes est tenue, à la demande de l'assureur de lui donner les renseignements ci après : 1° ses nom et prénoms ; 2° ses date et lieu de naissance ; 3° ses nom et prénoms, date et lieu de naissance de la victime ; 4° ses liens avec la victime ; 5° son activité professionnelle et l'adresse de son ou de ses employeurs ; 6° le montant de ses revenus avec les justifications utiles ; 7° la description de son préjudice, notamment les frais de toute nature qu'elle a exposés du fait de l'accident ; 8° la liste des tiers payeurs appelés à lui verser des prestations, ainsi que leurs adresses ; 9° Le lieu où les correspondances doivent être adressées. À la demande de l'assureur, les mêmes personnes sont tenues de produire les documents suivants : 1° certificat de décès de la victime ; 2° jugement d'hérédité non frappé d'appel ; 3° certificat de vie des ayants droits ; 4° le certificat de genre de mort 5° les actes civils des ayants droits et leurs pièces d'identité ».

<sup>429</sup> Article 7 : « [I]e contrat d'assurance est rédigé par écrit dans la ou les langues officielles de l'État membre de la CIMA en caractères apparents. Lorsque, avant la conclusion du contrat, l'assureur a posé des questions par écrit à l'assuré, notamment par un formulaire de déclaration du risque ou par tout autre moyen, il ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise. Toute addition ou modification au contrat d'assurance primitif doit être constatée par un avenant signé des parties. Les présentes dispositions ne font pas obstacle à ce que, même avant la délivrance de la police ou de l'avenant, l'assureur et l'assuré ne soient engagés l'un à l'égard de l'autre par la remise d'une note de couverture ».

<sup>430</sup> Par exemple l'article 235 relatif à la faculté de dénonciation : « [I]a victime peut, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dénoncer la transaction dans les quinze jours de sa conclusion pour des motifs de non respect du présent code. Toute clause de la transaction par laquelle la victime abandonne son droit de dénonciation est nulle. Les dispositions ci-dessus doivent être reproduites en caractères très apparents dans l'offre de transaction et dans la transaction à peine de nullité relative à cette dernière » (nos soulignements) ; l'article 21 sur la résiliation du contrat : « [I]a durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police. Toutefois, l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance. Ce droit appartient, dans les mêmes conditions, à l'assureur [...] » (nos soulignements). À propos des notifications, le professeur Etienne Montero épingle aussi l'article 1/9 l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats. On peut notamment y lire : « [u]ne notification, lorsqu'elle est requise, peut se faire par tout moyen approprié aux circonstances ». Seulement les aliéas 2 et 3 précisent respectivement : « elle prend effet au moment où elle parvient au destinataire » ; « [...] une notification parvient à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée à son domicile ou à son établissement ». Etienne Montero fait remarquer que : « [...] les

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

textes nationaux et régionaux encadrant le commerce électronique dans l'espace OHADA a repris certaines de ces exceptions tempérant du coup la portée de l'équivalence entre l'électronique et le papier au plan du formalisme solennel<sup>431</sup> : par exemple, l'article 15-2 de la *Loi n° 45-2009 portant réglementation des services et des transactions électroniques* au Burkina Faso indique clairement que :

« Toutefois les dispositions [...] ci-dessus ne s'appliquent pas aux : a) actes qui créent ou transfèrent des droits réels sur des biens immobiliers ; b) actes de sûreté et garantie fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; c) actes juridiques pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux ; d) actes authentiques ; e) actes juridiques relevant du droit de la famille ou du droit des successions ; f) procédures judiciaires »<sup>432</sup>.

---

communications électroniques arrivent généralement dans le serveur du fournisseur d'accès au réseau de communication utilisé par le destinataire. D'une part, pareil serveur ne saurait être considéré comme un domicile ou un établissement. D'autre part, il n'est pas rare que le serveur soit hébergé à une autre adresse que celle du domicile ou du lieu d'établissement du destinataire. Ce point n'est pas anodin étant donné qu'un certains laps de temps peut s'écouler entre le moment où la communication arrive dans le serveur et celui où elle parvient chez le destinataire, par exemple après qu'il ait téléchargé ses mails [...]. La prise d'effet de la notification ne saurait être retardée jusqu'au moment où le destinataire en prend effectivement connaissance car elle dépendrait alors de son bon vouloir. Il lui suffirait de ne pas relever sa boîte aux lettres électronique pour échapper aux effets de droit produits par la notification, ce qui paraît inacceptable [...] », E. MONTERO, préc., note, p.

<sup>431</sup> Voir notamment la formule de Jacques Flour qui définit parfaitement le formalisme du contrat solennel : « formalisme ne signifie pas forme compliquée, mais forme impérative c'est-à-dire imposés, sans équivalent possible », Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Mélanges Ripert*, tome 1, L.G.D.J., 1950, p. 101.

<sup>432</sup> Il en est de même de l'article 20 de la loi sénégalaise sur les transactions électroniques qui établit qu' : « il est fait exception aux dispositions de l'article 19 de la présente loi pour : 1) les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ; 2) les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ». Dans le même sens, l'article de 25 de l'Acte Additionnel portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO : « Il est fait exception aux dispositions de l'article 24 du présent Acte additionnel pour : 1) les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ; 2) les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ».

**105** — . Si la mise à l'écart de la forme électronique de certains de ces actes juridiques est tout à fait recevable en ce sens qu'elle vise à assurer une sécurité juridique sans faille aux intérêts des contractants, l'exclusion des actes authentiques nous semble excessive et dénote d'une méfiance encore vivace à l'endroit des technologies de l'information dans les États partie à l'OHADA. D'ailleurs, l'article 15 (2) de la loi du Burkina Faso est directement inspiré de celui 1108-2 du Code civil français. Or, en raison de l'opposition classique entre actes sous seing privé et actes authentiques, on peut penser qu'en visant uniquement les « actes sous seing privé », l'article 1108-2 a implicitement consenti à ce que la forme électronique soit applicable à l'acte authentique<sup>433</sup>. Malheureusement, dans sa pâle imitation de la législation française, le législateur burkinabè a manqué de doigté en excluant d'emblée de la forme électronique et sans précaution aucune toute une série d'actes juridiques, qui à plus ou moins brève échéance commanderont d'admettre la mention électronique<sup>434</sup>. Ces exclusions constituent à coup sûr une entrave à l'éclosion du commerce électronique.

**106** — . Outre ce passage en revue, qui ne prétend pas à l'exhaustivité des dispositions défavorables au commerce électronique<sup>435</sup>, il importe de revenir ici sur la

---

<sup>433</sup> Sur cette question : P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 416, p. 5.

<sup>434</sup> En France par exemple, la loi du 13 mars 2000, qui a introduit dans le Code civil l'acte instrumentaire sur support électronique, a admis que puissent être ainsi dématérialisés non seulement l'acte sous seing privé, mais aussi l'acte authentique. L'article 1317 du Code civil ne se borne plus seulement à définir l'acte authentique. Son deuxième alinéa indique que cet acte « peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

<sup>435</sup> Des objections sont aussi opposées à l'interprétation faite de l'article 13 de la CVIM (article 209 de l'*Acte uniforme portant droit commercial général*) par le Comité consultatif de la Convention

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

définition de l'écrit telle qu'appréhendée par les actes uniformes et les législations nationales sur le commerce électronique. On se rappellera que pour l'*Avant projet d'Acte uniforme sur les contrats* le terme « écrit » s'entend de « tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui est de nature à laisser une trace matérielle »<sup>436</sup>. D'éminents juristes ont émis des réserves sur la formulation de cette disposition, héritage de l'article 1.11 de la version 2004 des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*. Selon un auteur, « la notion de « trace matérielle » pourrait être interprétée comme une référence au support papier ou, à tout le moins semer la confusion »<sup>437</sup>. Au-delà des réserves sur la notion de « trace matérielle »,

---

de Vienne (*CISG Advisory Council*) : « [f]rom a litigation perspective, a party favoring exclusion of modern means of communication from the definition of "writing" could argue post-transaction that the specific reference to "telegraph" and "telex" indicated a preference for these means over other electronic means. This would be a textual argument, simple to make, concise to argue. This point could be raised out of litigation strategy, not out of a genuine preference for these dated media ». L'autorité du Comité consultatif est par ailleurs remise en cause : « the text was prepared as a private initiative [...]. That is not authoritative, it is ultimately flexible. [...] There is no governmental body of any type that must acknowledge change if a new interpretation is needed », Andrea I. charters, « Growth of the CISG with Changing Contract Technology: "Writing" in Light of the unidroit Principles and CISG-Advisory Council Opinion no. 1 », 2004, en ligne : <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg>> (consulté le 28 mars 2011).

<sup>436</sup> Avant Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, article 1/10.

<sup>437</sup> E. MONTERO, préc., note 199, p. 311. Dans la même veine Vincent Gautrais : « cet élément de matérialité, d'une part, laisse sous entendre une certaine relation avec tout support physique et présente donc une relative incompatibilité avec un mode de communication électronique. Il serait peut-être possible de comprendre que la « trace » pourrait être l'impression du document électronique, mais il apparaît néanmoins étrange que la réalisation de la condition de l'écrit soit conditionnelle à la retranscription sur un autre support que le support originel. D'autre part, il est également difficile d'apprécier la nature de la distinction entre ce critère de matérialité et le premier, relatif à la conservation. Face à cette définition quelque peu byzantine, il est donc assez difficile de prétendre avec assurance que cet article permet l'utilisation d'un document électronique dès qu'un écrit est nécessaire, et ce, même si ce court paragraphe prévoit que l'écrit s'entend « de tout mode de communication ». Simplement, le doute est de savoir si cette expression avait pour but d'englober toutes les techniques de transmission électronique qui font appel au papier (comme le télex ou le télécopieur), ou si les techniques totalement électroniques sont incluses dans cette définition », Vincent GAUTRAIS, « Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique », *RJT*, n° 36 2002), pp. 495-496. Des auteurs indiquent qu'à la différence de

les législations portant sur le commerce électronique divergent aussi quant à la qualité qu'ils associent à l'écrit électronique : l'adhésion de certains membres de l'OHADA à la *Convention des Nations Unies sur les communications électroniques dans les contrats internationaux* soulève des problèmes pratiques de cohérence. En effet, cette adhésion fut parfois faite en contradiction des dispositions législatives de leur droit interne. Une illustration parfaite de cette méprise peut être vue dans les divergences sur la notion d'écrit entre cette Convention et la loi sénégalaise sur les transactions électroniques. L'article 9 (2) du texte des Nations Unies dispose en effet que :

« Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consulté ultérieurement ».

107 — . Alors que la Convention parle de « consultation ultérieure », la loi sénégalaise privilégie plutôt, à notre connaissance le critère d'intégrité comme en fait foi son articles 35 : « l'écrit sous forme électronique est admis en facturation au même titre que l'écrit sur support papier, pour autant que l'authenticité de l'origine des données qu'il contient et l'intégrité de leur contenu soient garanties ». La doctrine est méfiante à l'endroit de ce critère de « consultation ultérieure » qui, somme toute est relativement neuf. Un auteur note que :

« Si le concept d'écrit est étroit, le critère de sa réalisation, à savoir la « consultation ultérieure », est lui passablement large, volontairement large, [...]. Il se veut inclusif afin de permettre au

---

la version anglaise, la mauvaise formulation de l'article 1.11 de la version française des Principes d'Unidroit est la source des doutes exprimés ici et là sur cette disposition.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

plus grand nombre possible d'États de devenir partie à la Convention la plus étendue possible et ne pas empêcher la qualité d'écrit à une technologie en particulier. Mais permettre trop facilement la réalisation de l'écrit n'est selon nous pas forcément salutaire relativement à une formalité qui, si elle est totalement dénaturée, perd sa raison d'être. Une réalisation d'un critère qui pourra par exemple s'effectuer *via* un lien hypertexte sans que celui-ci ne soit mis en exergue lors de la formation de l'acte par exemple »<sup>438</sup>.

**108** — . Dans une autre optique, aux termes de son article 2, la même convention des Nations Unies écarte de son champ d'application entre autres les « contrats conclus à des fins personnelles, familiales et domestiques »<sup>439</sup>. Autrement dit, les questions relatives à la protection du cyberconsommateur sont totalement évacuées du texte. Ce seul motif suffit à nous convaincre que l'adhésion à la Convention ne peut à elle seule suffire pour régler tous les problèmes juridiques induits par le commerce électronique au sein de l'OHADA ; son champ d'application est trop restreint pour englober tous les aspects juridiques dudit commerce.

---

<sup>438</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 226, p. 25.

<sup>439</sup> *Convention des Nations-Unies sur l'utilisation des communications électroniques de 2005*: 1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants : a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques ; b) i) Opérations sur un marché boursier réglementé ; ii) opérations de change ; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers ; iv) transfert de sûretés portant sur des valeurs mobilières ou sur d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires, ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments. 2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent (nos soulignements).

109 — . En définitive, il est certain que les dispositions que nous venons de mettre en exergue ont besoin d'être modifiées pour être adaptées au support électronique assurant par là même le passage de la feuille de papier au disque dur et à l'écran d'un ordinateur ou d'un téléphone portable. Même si depuis quelques siècles, le papier était confondu avec l'écrit lui-même, comme nous l'a indiqué une voix autorisée, on ne peut plus vouloir limiter le caractère et la forme de l'acte au support papier. Ce serait contraire à l'essence même du commerce électronique. Après tout, la reconnaissance de la fiabilité supérieure du papier n'a été que l'aboutissement d'une évolution technique. Aujourd'hui, une autre évolution technique a donné naissance à l'écrit électronique.

### B. Le formalisme informatif

110 — . Le formalisme informatif encore appelé formalisme de protection passe souvent par des mentions informatives portées dans le contrat lui-même. Ces mentions concernent les éléments essentiels du contrat<sup>440</sup>. Ce formalisme vise principalement à protéger la partie faible au contrat donnant ainsi droit au dicton : « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »<sup>441</sup>. C'est dans cette

---

<sup>440</sup> Sur le formalisme informatif : Véronique MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, n° 5, 2008, p. 177 ; Éric BAZIN, « Formalisme informatif applicable à une opération de démarchage à domicile », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, n° 42, 2007, p. 25; Dominique FENOUILLET « Formalisme informatif », *RDC*, 2005 n° 2, p. 323; Agathe LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », dans *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 597.

<sup>441</sup> Selon le professeur Ejan Maackay, ce dicton est attribué à tort à Lacordaire (voir Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, PUF, t. IV, n° 11, p. 41 (7e éd., 1972)). Il semble qu'« en fait, le passage dont le dicton est tiré apparaît dans la 52ème conférence de Notre-Dame, du 16 avril 1848, intitulé *Du double travail de l'homme* et repris aux pp. 471-495 dans le tome IV, consacré aux Conférences de Notre-Dame de Paris. T. III. Années 1846, 1848, des Œuvres du R. P. Henri-Dominique Lacordaire, Poussièlgue frères, Paris, 1872. - 9 vol », Ejan MAACKAY, « Entre le fort et le faible... », en ligne : <[www.gautrais.com](http://www.gautrais.com)> (consulté le 20 mai 2011). La citation exacte se lit



PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

perspective que la plupart des textes sur le commerce électronique actuellement en vigueur dans l'espace OHADA énumère toute une série d'obligations d'informations ponctuant la formation du contrat électronique. Aux nombres de celles-ci, figurent en premier lieu des informations indépendantes d'une offre de contracter<sup>442</sup> : l'on sait qu'il

---

comme suit : « sachent donc ceux qui l'ignorent, sachent les ennemis de Dieu et du genre humain, quelque nom qu'ils prennent, qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit. Le droit est l'épée des grands, le devoir est le bouclier des petits ».

<sup>442</sup> Article 4 de l'Acte additionnel portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO : « [s]ans préjudice des autres obligations d'informations prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur dans les pays membres de la CEDEAO, toute personne qui exerce une activité autant dans le champ d'application du présent acte additionnel est tenu d'assurer à ceux à qui est destiné la fourniture de biens ou la prestation de service un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes : 1) s'il s'agit d'une personne physique, ses noms et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, ses raisons et dénominations sociales ; 2) l'adresse complète de l'endroit où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ; 3) si elle est assujettie aux formalités d'inscription des entreprises ou au répertoire nationale des entreprises et associations, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ; 4) si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée, le numéro d'identification fiscale correspondant ; 5) si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ; 6) si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, le pays membre de la CEDEAO dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'autre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite ». C'est dans le même sens que va l'article 10 de la loi sénégalaise sur les transactions électroniques de 2008 : « [s]ans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 8 [commerce électronique] de la présente loi est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes : 1) s'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénom et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ; 2) l'adresse complète de l'endroit où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ; 3) si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ou au répertoire national des entreprises et associations, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ; 4) si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et immatriculée au répertoire national des entreprises et associations, son numéro d'identification nationale des entreprises et associations (NINEA) ; 5) si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ; 6) si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite. Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 8 de la présente loi doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

suffit, pour reprendre les termes de l'article 8 de la loi sénégalaise sur les transactions électroniques de « proposer » la fourniture de biens ou de services par voie électronique (art. 8, al. 1), voire de « fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche » (art. 8, al. 2) pour être astreint au respect de cette obligation. En deuxième lieu, l'émission d'une proposition de contracter oblige son auteur, s'il est un professionnel, à assortir sa proposition d'une liste de mentions obligatoires<sup>443</sup>. D'un point de vue technique, ces dispositifs nous semblent périlleux. On

---

et les frais de livraison sont inclus ». Aussi, l'article 45 de la *Loi n°045-2009/AN portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso* : « [s]ans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, le prestataire assure un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, aux informations suivantes : a) s'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénom et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ; b) son adresse géographique d'établissement, une adresse de courrier électronique et un numéro de téléphone permettant d'entrer en contact rapidement et efficacement avec lui ; c) le cas échéant, le registre de commerce dans lequel il est inscrit, son numéro d'inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ; d) s'il est assujéti à la taxe sur la valeur ajoutée, son numéro d'identification individuel visé à l'article 373 du code des impôts et son numéro d'identification fiscale unique (IFU) ; e) si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et les coordonnées de l'autorité ayant délivré l'autorisation ; f) s'il est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'État dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel il est inscrit ; g) les codes de conduite auxquels il est éventuellement soumis, ainsi que les informations relatives à la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique ».

<sup>443</sup> Voir par exemple l'article 57 de la *Loi n°045-2009/AN portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso* : « [s]ans préjudice des autres exigences légales et réglementaires en matière d'information, le prestataire fournit au destinataire du service les informations suivantes : a) les caractéristiques essentielles du bien ou du service ; b) le prix total du bien ou du service, y compris l'ensemble des taxes, charges, commissions et dépenses y afférentes ; c) lorsqu'il s'agit d'un service financier dont le prix exact ne peut être indiqué, la base de calcul de ce prix ; d) tout coût supplémentaire spécifique pour le destinataire du service lié à la technique de communication par voie électronique ; e) les frais de livraison, le cas échéant ; f) les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ; g) l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation ; h) la durée de validité de l'offre ou du prix ; i) dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service, la durée minimale du contrat ; j) la législation applicable au contrat et la juridiction compétente ; k) l'existence ou l'absence de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours accessibles au destinataire du service et, si de telles procédures existent, les modalités d'accès à ces dernières ; l) les différentes étapes à

ne peut, face à de telles obligations que s'interroger sur la manière dont un marchand qui propose de contracter via un téléphone mobile pourrait y répondre : comment en effet pourra-t-il donner accès à des conditions générales sur un écran aussi petit ? Au Québec, lors de l'étude du *Projet de loi n° 48 modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, le Consortium de l'industrie des télécommunications s'est fait l'écho de cette inquiétude :

« La rédaction proposée de l'article 54.4 [de la loi sur la protection du consommateur] exige une divulgation détaillée d'une longue liste d'informations avant la conclusion d'un contrat à distance. Or, aucune considération quant au moyen de communication utilisé lors de sa conclusion n'est prise en compte. Nous vous soumettons que les exigences ainsi mises de l'avant ne peuvent s'appliquer sans égard à cette distinction. Ainsi, dans le cas de la conclusion d'un contrat à distance par téléphone, qui représente le moyen de communication le plus souvent utilisé dans la vente des services des entreprises du consortium, et vu les caractéristiques inhérentes à ce moyen de communication, le niveau de divulgation requis par la loi est disproportionné par rapport au niveau de détails pouvant être raisonnablement communiqués au consommateur » (nos crochets)<sup>444</sup>.

111 — . Si cette inquiétude semble pour l'instant laisser indifférent le législateur québécois, elle a été prise en compte outre atlantique notamment en France et ce, au grand dam des promoteurs de l'Acte Additionnel portant transactions dans l'espace CEDEAO. En privilégiant le mimétisme juridique comme méthode de construction de

---

suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; m) les langues proposées pour la conclusion du contrat ; n) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données ; o) en cas d'archivage du contrat par le prestataire, les modalités de cet archivage et, le cas échéant, les conditions d'accès au contrat archivé ».

<sup>444</sup> CONSORTIUM DE L'INDUSTRIE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, « Projet de loi 48 -- Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances », en ligne : <[www.bibliotheque.assnat.qc.ca](http://www.bibliotheque.assnat.qc.ca)> (consulté le 31 mai 2011).

leur droit<sup>445</sup>, ceux-ci ont oublié que figurait dans la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* un article habilitant le pouvoir exécutif à formuler une solution spécifique aux obligations d'informations pour les contrats conclus par le biais de la téléphonie mobile<sup>446</sup>. Il est fort regrettable que les législateurs africains n'aient pas suivi la même voie car lister ainsi de façon exhaustive les obligations contractuelles se prêtent en effet mal à l'évolution excessivement rapide tant des technologies que de l'encadrement contractuel qui s'y applique<sup>447</sup>. Des auteurs ont déjà expliqué que :

« La sagesse législative exige que la loi soit en accord avec la  
« réalité vivante » qu'elle se doit d'encadrer ; elle doit bien

---

<sup>445</sup> L'article 18 de l'Acte Additionnel portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO reprend à la virgule pret les obligations d'informations établit par la *Loi française pour la confiance dans l'économie numérique* : « [l]e fournisseur qui propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture des biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permettent leur conservation et leur reproduction. L'offre doit comprendre : 1) les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2) les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3) les langues proposées par la conclusion du contrat ; 4) en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5) les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ». Aussi : l'article 24 de la loi sénégalaise sur les transactions électroniques de 2008 : « [...] L'offre énonce en outre : 1) les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2) les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3) les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 4) en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5) les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

<sup>446</sup> Voir sur cette question, les développements de Serge Kablan et d'Arthur Oulaï : Serge KABLAN et Arthur OULAÏ, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise » (2009), 54 *Revue de droit de McGill*, 636.

<sup>447</sup> Il est par ailleurs difficile de prévoir quelles seront les mentions qui demain poseront problèmes. De plus, un juge qui verra qu'une mention importante en termes d'information n'est pas spécifiquement prévue dans la longue liste identifiée par le législateur pourra aisément considérer que son absence est sujette à reproche.

sonder les différences que présente chaque technologie et contrer la tendance lourde qui consiste à les aplanir. Les lois ne sont donc pas forcément « future proof » et doivent s'assurer d'être en phase avec les changements. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le législateur légifère « trop » et suit une approche trop « bavarde » en conditionnant et limitant la possibilité interprétative des juges »<sup>448</sup>.

112 — . Au-delà des spécificités liées à la technologie utilisée, il y a aussi et surtout que la quantité d'informations exigées du professionnel est loin de servir son cocontractant. Est-il raisonnable d'imposer la publication de nombreuses clauses que ce contractant ne sera en pratique pas vraiment à même de lire<sup>449</sup> ? Trop d'informations tue l'information a-t-on coutume de dire : des chercheurs ont ainsi démontré que la lecture d'un document électronique est fondamentalement différente de celle d'un document papier<sup>450</sup>. « L'instantanéité des opérations, la lecture circulaire des documents avec un

---

<sup>448</sup> Vincent GAUTRAIS et Adriane PORCIN, « Les Sept Péchés de la Loi sur la protection du consommateur » (2009) 43:3 *RJT* 572.

<sup>449</sup> Au-delà de leur caractère multiple qui cadre mal avec la technologie mobile, la confirmation des informations préalables est aussi problématique. Par exemple l'article 59 de la loi du Burkina Faso indique que les conditions contractuelles ne sont opposables au cocontractant que si elles lui ont été communiquées par écrit « d'une manière permettant leur conservation et leur reproduction ». Ce régime est-il conciliable avec le commerce par téléphone portable ? La mémoire de ce téléphone stockant les SMS pourrait-elle être assimilée à un support permettant de conserver les conditions précontractuelles ? Cette mémoire pourrait-elle permettre de garantir la stabilité, la lisibilité ainsi que l'inaltérabilité des conditions sus mentionnées ? La question est tout à fait ouverte et il appartiendra au juge de trancher. Toujours est-il que ni les lois nationales africaines ni les textes d'organisations régionales ne font référence à un support particulier dans le cadre de la conservation des informations précontractuelles. Les directives européennes elles parlent de support « durable ». L'article 2 (f) de la directive relative aux services financiers à distance par exemple y voit « tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

<sup>450</sup> Voir l'étude réalisée par le Centre en Information de l'Université de Brunel et rapportée Rakhi Rajani & Duska Rosenberg : Rakhi RAJANI & Duska ROSENBERG « Usable? Or Not? Factors Affecting the Usability of Web Sites », 1999, en ligne : <<http://www.december.com>> (consulté le

aller retour incessant entre les différents onglets que parachève un consentement par double clic »<sup>451</sup> peut être source de complexité empêchant ainsi le contractant de repérer rapidement l'information qui importe à ses yeux<sup>452</sup>. Dès lors, « conclure un contrat par voie numérique n'a rien de commun avec la conclusion d'un contrat classique »<sup>453</sup>. Ce sont pour toutes ces raisons qu'un réexamen du volet relatif aux informations contractuelles obligatoires des législations du commerce électronique en vigueur dans l'espace OHADA s'impose<sup>454</sup>. Ce réexamen s'impose d'autant plus que le processus contractuel s'effectue en plusieurs étapes avec souvent une abondante utilisation des liens hypertextes qui du reste « constituent un outil fort efficace de mise à la connaissance du contractant »<sup>455</sup>. Pourtant, on peut avec raison se demander :

---

28 mars 2011). Aussi : Jakob NIELSEN, « Writing for the Web », en ligne : <<http://www.sun.com>> (consulté le 28 mars 2011).

<sup>451</sup> Mustapha MEKKI « Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique », *RDC*, n° 3, 2007, p. 681.

<sup>452</sup> Sur cette question : Omri BEN-SHAHAR, « The Myth of the “Opportunity to Read” in Contract Law », *U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 415* (2008), en ligne : <<http://ssrn.com>> (consulté le 28 mars 2011); Robert A. HILLMAN & Jeffrey J. RACHLINSKI, « Standard-Form Contracting in the Electronic Age », *77 N.Y.U. L. Rev.* 429, 435 (2002); Robert A. HILLMAN, « Online Boilerplate: Would Mandatory Web Site Disclosure of e-Standard Terms Backfire ? », dans Omri BEN-SHAHAR (dir.), *Boilerplate The Foundation of Market Contracts*, New-York, Cambridge University Press, 2007.

<sup>453</sup> M. MEKKI, préc., note 451, p. 681.

<sup>454</sup> À ce sujet les positions de l'Union des consommateurs en France : UNION DES CONSOMMATEURS, *Téléphonie cellulaire*, en ligne : <<http://www.consommateur.qc.ca>> (consulté le 28 mars 2011).

<sup>455</sup> Vincent GAUTRAIS, « Le consentement électronique », dans Éric CAPRIOLI (dir.), *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique*, Paris, Litec, 2004, p. 85. L'article 4 de la loi québécoise concernant le cadre juridique des nouvelles technologies de l'information précise qu' « un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition ». Citant Véronique Abad et Ivan Mokbanov, Serge Kablan et Arthur Oulaï expliquent

« Si le lecteur aguerrri dispose de la liberté et de l'efficacité offerte par l'hyperlien, qu'en est-il de celui qui ne souhaite pas se donner la peine de prendre connaissance d'un contenu qui nécessite action ? Aussi, au regard des difficultés de lisibilité que le procédé occasionne, il est sans doute nécessaire de repenser l'utilisation des hyperliens »<sup>456</sup>.

**113** — . Cette nécessité est plus que d'actualité à la lumière de l'affaire *Dell* sur laquelle s'est penchée la Cour suprême du Canada : en l'espèce, la plus haute juridiction du pays devrait déterminer si « la clause d'arbitrage accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet constituait une cause externe »<sup>457</sup> au sens de l'article 1435 du Code civil du Québec<sup>458</sup>. La Cour a jugé que :

« La clause d'arbitrage en litige, qui est accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet, ne constitue pas une clause externe au sens de l'art. 1435 C.c.Q. et est valide. [...] Le critère traditionnel de séparation physique, qui

---

la notion « éléments logiques structurants » de la façon suivante : « une loi qui serait découpée et accessible par article, à l'aide de liens hypertexte[s] continuerait à ne former qu'un seul et unique document technologique, tant que l'intégrité de chacun des articles est préservée » S. KABLAN et A. OULAÏ, préc., note 446, p. 660.

<sup>456</sup> Commentant l'affaire *Dell*, un auteur précise : « [s]ans doute, l'hyperlien rend un contenu accessible plus efficacement que la simple incorporation par référence dans un document papier, mais dans l'un et l'autre cas, les procédés pâtissent de défauts qui, bien que fondamentalement opposés, peuvent rendre l'information non utilisable. Dans l'incorporation par référence d'un document papier, l'information est souvent manquante et exige une démarche active de la part de celui auquel elle s'adresse à savoir, aller chercher le document. Dans l'utilisation de l'hyperlien, l'information est présente mais requiert néanmoins une démarche de la part du consommateur. Alors que le document sur support papier pêche par absence d'information disponible, l'hyperlien pêche souvent par trop d'informations disponibles. Dans le premier cas, l'information est distante ; dans le second, elle est susceptible de l'être aussi », Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell computer : dommage ! », (2007) 37-2 *R.G.D.*, p. 33.

<sup>457</sup> *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 802.

<sup>458</sup> L'article 1435 C.c.Q. dispose : « [l]a clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance ».

permet de reconnaître le caractère externe des stipulations contractuelles sur support papier, ne peut être transposé sans nuance dans le contexte du commerce électronique. La détermination du caractère externe des clauses sur Internet requiert donc de prendre en considération une autre règle qui est implicite à l'art. 1435 C.c.Q. : la condition préalable d'accessibilité. Cette condition s'avère un instrument utile pour l'analyse d'un document informatique. Ainsi, une clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. Il ressort de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. et du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information que l'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier »<sup>459</sup>.

**114** — . Cette position bien que critiquable sonne comme un avertissement<sup>460</sup> :  
vigilance et précaution doivent être de mises dans le processus de conclusion des  
contrats par voie électronique. En imposant la divulgation obligatoire d'informations

---

<sup>459</sup> *Dell Computer c. Union des consommateurs*, précité, note 457, p. 804.

<sup>460</sup> Voir notamment les critiques de Vincent Gautrais et d'Alain Prujiner sur la position de la Cour Suprême du Canada. Pour le premier : « il est en effet dommage que la Cour suprême n'ait pas fait preuve de plus d'innovation et préférât adopter une position que nous qualifierions de libérale, permissive, « promarchande » [...]. En associant le lien à l'accès, comme le fait la Cour suprême, de par sa très grande facilité, la clause externe devient impossible à trouver dans un environnement électronique. Car l'hyperlien est une « excroissance » naturelle d'un document sur Internet et il est possible d'en faire autant que l'on veut, sans les limites physiques associées au papier. C'est aussi un mode qui change la façon de lire à laquelle on est habitué, passant d'une lecture linéaire, de haut en bas, à une lecture hypertextuelle qui s'éloigne d'un document pour y revenir ensuite », V. GAUTRAIS, préc., note 456, pp. 7 et 34. Pour le deuxième : « cette position majoritaire de la Cour suprême entraîne une exclusion de principe de l'application de l'article 1435 C.c.Q. aux contrats passés sur Internet. Si tout ce qui est accessible par hyperlien est incorporé d'emblée dans le contrat, il est difficile de voir ce qui peut encore être externe dans un tel environnement. Le seul cas, rare, serait celui des renvois faits sans hyperlien », Alain PRUJINER, « Commentaire de *Dell Computer c. Union des consommateurs* », (2007) 3 *Rev. arb.* 567, pp. 595-596.



exhaustives au cybermarchand, le législateur africain à l'instar de son homologue occidental à penser assurer la sécurité des contrats électroniques. Force est de constater, à l'épreuve des faits, que malheureusement non. Si la forme doit être encore améliorée, qu'en est-il du fond surtout lorsque la transaction implique un consommateur ?

## ***Section 2 : Le « vague à l'âme » du cyberconsommateur OHADA***

115 — . « Le cyberconsommateur est mort. Vive l'adhérent ! »<sup>461</sup>. Ainsi s'exclamait une juriste canadienne. Cette remarque bien que fort critiquable paraît

---

<sup>461</sup>

Sylvette GUILLEMARD, « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent », *Journal du droit international privé*, n° 1, 2004, pp. 15 à 60 : l'auteure note que « le droit considère généralement l'individu comme « un bon père de famille », même s'il n'a pas le courage d'Achille, la sagesse d'Ulysse, ni la force d'Hercule ». Seulement, poursuit l'auteure, lorsque celui-ci « s'apprête à acquérir un bien pour son usage personnel, il devient alors inexpérimenté, ignorant, incompétent, faible, en situation d'infériorité, vulnérable, « profane ». Le seul fait de consommer transforme l'individu en être faible. La définition terminologique s'est muée en réalité psychologique ». En fait, selon Sylvette Guillemard, « cette faiblesse ne correspond à rien en soi, elle n'est que relative. C'est en comparaison de son vis-à-vis professionnel que le consommateur est faible ou inexpérimenté. Il connaît moins que le professionnel le bien objet de la vente, par exemple, ou il a moins l'habitude de contracter. En d'autres termes, le consommateur n'est faible que parce que son cocontractant est puissant. On pourrait ajouter que le consommateur n'existe que parce que face à lui existe un professionnel : « la qualité de consommateur n'existe pas en elle-même. Partie à un contrat, le consommateur est celui dont le cocontractant est un professionnel ». [...] La catégorisation, dans le cyberspace de certaines parties contractantes en « consommateurs » est inexacte, nuisible et inutile ». Elle est inexacte car l'acheteur en ligne n'est pas un avatar du consommateur du monde traditionnelle, n'en a pas les caractéristiques, les mêmes habitudes d'achats, ne présente pas la même faiblesse vis-à-vis de son contractant. [...] à cantonner l'acheteur dans cette définition improbable et incertaine même d'un point de vue traditionnel, on lui fait croire à une protection qu'il n'a pas à la fois en raison de l'inexistence d'un droit de la consommation transnational et d'un droit international de la consommation qui pourraient éventuellement, *mutatis mutandis*, régir les relations cyberspatiales ainsi qu'en raison des difficultés de mise en œuvre de ces règles nationales dans un contexte qui ne l'est pas. Elle est nuisible également car trop réductrice ; fondée sur le monde traditionnel, elle exclut des personnes qui présentent pourtant de nombreux communs avec celui que d'aucuns nomment le « cyberconsommateur ». Pour l'auteure, « la notion du contrat d'adhésion est moins incertaine que celle de contrat de consommation. Même si elle souffre quelques variations, les contrats cyberspatiaux - en particulier ceux conclus à partir de sites web- en présentent les caractéristiques

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

aujourd'hui presque prémonitoire pour le cyberconsommateur OHADA tant les dispositions prévues pour assurer sa protection n'ont été à la hauteur des espérances suscitées. Alors qu'on est à s'interroger sur la surprotection du consommateur français<sup>462</sup> et que le débat continue de faire rage sur le niveau de protection à offrir au consommateur européen de demain<sup>463</sup>, le citoyen africain lui, apparaît aujourd'hui, en tout cas en comparaison de ses congénères occidentaux comme l'enfant pauvre du droit de la consommation. Or le sort du consommateur africain aurait dû requérir plus d'attention et ce, parce que l'Afrique a des besoins spécifiques insoupçonnables découlant de sa situation socio-économique fragile<sup>464</sup>. Qui plus est :

« Ce sont peut-être les pays en voie d'industrialisation qui ont le plus besoin d'un régime de protection du consommateur puisque les excès pour ne pas dire la caricature de ce que l'on appelle la société de consommation y pénètrent souvent plus rapidement que ne progresse leur industrialisation »<sup>465</sup>.

---

unanimement admises au moins en ce qui a trait à sa condition fondamentale, l'impossibilité de négocier. Or le contrat d'adhésion est potentiellement dangereux puisqu'il permet au stipulant d'imposer à l'adhérent des clauses qui risquent de le défavoriser indûment [...]. L'ampleur des contrats d'adhésion dans le cyberspace est telle qu'elle vaut la peine qu'on s'y arrête et qu'on les encadre ».

<sup>462</sup> Anne SINAY-CYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur », *JCP*, 1994, I, 3804.

<sup>463</sup> Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Quelle protection des consommateurs de demain », *D.*, 2007, Chr., p. 956.

<sup>464</sup> H. TEMPLE, préc, note 46 p. 3. Voir également les virulentes critiques de cet auteur sur le *Projet d'Acte uniforme OHADA sur le contrat de consommation* : « les concepteurs auraient donc pu se limiter à un petit nombre de dispositions uniformes et impératives et laisser une certaine autonomie aux États parties, comme cela est en particulier expressément prévu pour les cas où des sanctions pénales seraient recommandées (article 5 al. 2 du Traité). Il eut été également possible de limiter le domaine de l'Acte uniforme à un ou plusieurs secteurs précis (l'étiquetage, la garantie, la sécurité) plutôt que d'encourir une réaction de rejet en proposant un bloc massif englobant la quasi-totalité du droit de la consommation ».

<sup>465</sup> Masamba MAKELA, « Droit de la consommation : techniques juridiques de protection des consommateurs au Congo », 2005, en ligne : <[www.congolegal.cd/spip](http://www.congolegal.cd/spip)> (consulté le 7 mai 2011).

**116** — . Face aux risques de plus en plus prégnants associés au commerce électronique, on attendait des promoteurs des législations sur le commerce électronique de notre région d'étude qu'ils assurent quiétude et confiance aux cybercontractants. L'attente est d'autant plus légitime que de nombreux rapports et recommandations n'ont cessé de mettre en garde les décideurs politiques, partout dans le monde contre les dangers inhérents à cette nouvelle façon de commercer<sup>466</sup>. Malheureusement, l'attente fut partiellement déçue. Dans cette section, nous noterons dans un premier temps que de sérieux doutes pèsent sur l'adéquation de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat

---

<sup>466</sup> Aux nombres de ces dangers : le phishing (« hammeçonnage ») qui « est une fraude consistant à se présenter, généralement par e-mail sous la fausse identité d'un prestataire ou d'un organisme reconnu (une banque, un portail...) afin de soutirer aux destinataires des données confidentielles telles que ses numéros de comptes bancaires, son identifiant et mot de passe, son numéro d'assurance sociale, sa date de naissance, son numéro de permis de conduire, le numéro et la date d'expiration de sa carte de crédit, etc. », Étienne MONTERO, « La publicité sur Internet : principes juridiques et applications », in Tanja DE COSTER, Marie DEMOULIN, Hervé JACQUEMIN, Étienne MONTERO, Marc VANDERCAMMEN, Thibault VERBIEST (dirs.), *Les pratiques du commerce électronique*, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 28, note 69. Comme autre dangers : le « scam 419 » ou « scam africain » qui « vise les courriers électroniques dont l'objet est de soutirer de l'argent aux internautes crédules en leur demandant de servir d'intermédiaires pour le transfert d'importantes d'argent (soit disant bloquées à l'étranger dans un contexte politiques difficile) en échange d'un pourcentage sur la somme transférée. Si la victime accepte, elle devra, par exemple ouvrir un compte en banque internationale et avancer divers fonds (faux frais de notaire ou d'avocat, pots-de-vin...) sans jamais recevoir en retour la somme promise », É. MONTERO, préc., note 466, p. 29, note 70. Il y aussi le « scam offre d'emploi » qui est « une forme clé du phishing permettant d'écouler l'argent volé. Une pseudo-société ou une société réelle dont l'identité a été usurpée) envoie un e-mail pour proposer un job. Souvent, il est question d'un travail à domicile dans le paiement électronique, qui consiste à effectuer des transferts de fonds. En réalité, il s'agit d'une arnaque visant à utiliser le compte en banque de l'internaute pour faire transiter des sommes d'argent, de manière à « blanchir » de l'argent volé à la faveur de diverses arnaques sur l'internet (vols de données bancaires, phishing...) », É. MONTERO, préc., note 466, p. 29, note 71. Il y a enfin les autres escroqueries en tout genre comme le « scam loterie » qui concernent des avances de frais réclamées à la victime. En général, « une cible » reçoit un courrier électronique non sollicité, l'informant qu'elle a gagné un lot important à une loterie même si elle n'y a pas participé. Pour recevoir le montant, le gagnant doit effectuer diverses démarches (remplir un formulaire sollicitant des informations personnelles, ouvrir un nouveau compte bancaire...) et consentir diverses avances de frais fictifs (frais de virement, taxes, droits de timbre...). É. MONTERO, préc., note 466, p. 29, note 72.

de consommation aux nouvelles technologies de l'information (paragraphe 1). On relèvera dans un deuxième temps des lacunes exclusives à des domaines incontournables de la cyberconsommation (paragraphe 2).

**Paragraphe 1 : Observations générales sur l'Avant-projet d'Acte Uniforme sur  
le contrat de consommation**

117 — . La première version de l'*Avant-projet d'Acte Uniforme sur le contrat de consommation* a été communiquée au Secrétariat permanent de l'OHADA en septembre 2003. Cette version a fait l'objet d'une révision en juin 2006 pour, aux dires de ses rédacteurs, en assurer la coordination avec l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats. Que la méthode choisie ou la stratégie adoptée soit critiquable, cela va de soi. Seulement, les réserves formulées à l'encontre du texte deviennent vite des rejets catégoriques lorsque le projet est confronté aux nouvelles technologies de l'information : d'une part, certaines dispositions de l'Acte sont incompatibles avec les transactions en ligne (A.) alors que de l'autre, on y décèle des omissions préjudiciables à toute législation sur le commerce électronique (B.).

**A. Des dispositions incompatibles avec le commerce électronique**

118 — . Même s'il prévoit quelques dispositions sur les contrats de consommation conclus à distance, l'Avant-projet d'Acte uniforme délivre l'impression que son adéquation au commerce électronique n'était pas la préoccupation majeure de

ses rédacteurs. À titre d'exemple, on évoquera ici au prime abord l'article 104 du texte (version de 2005) qui énonce que :

« L'entreprise qui conclut un contrat de consommation à distance ne peut demander un paiement partiel ou total au consommateur, ou lui offrir de percevoir un tel montant, avant l'expiration du délai de renonciation visé à l'article 103 [soit le délai de sept jours ouvrables à compter du lendemain du jour de la livraison du produit] »<sup>467</sup>.

**119** — . C'est donc dire que le vendeur a l'obligation d'attendre le délai de réflexion des sept jours de son client avant d'exiger paiement ; fut-il un paiement partiel. Cette disposition à elle toute seule suffit à « tuer dans l'œuf » toute initiative visant à promouvoir le commerce électronique sur le continent africain. En effet, ce n'est pas en édictant des règles juridiques très défavorables au marchand qu'on assure au cyberconsommateur la meilleure des protections<sup>468</sup>. Pire, aux termes de l'article 106 (version 2005) le consommateur qui a reçu le produit, ne l'a pas payé, y renonce dans le délai de sept jours suivant la livraison dispose de 15 jours ouvrables pour le restituer sauf à ce que sa renonciation soit sans effet. Cela signifie que près d'un mois après la

---

<sup>467</sup> *Avant-projet d'Acte Uniforme sur le contrat de consommation*, préc., note 140, p. , art. 104.

<sup>468</sup> Dans cette tendance à édicter des règles juridiques défavorables au marchand, voir également l'article 102 de l'Acte uniforme : « [l]a charge de la preuve de l'existence d'un contrat de consommation conclu à distance incombe à l'entreprise et requiert la présentation d'un contrat signé et daté par le consommateur »; article 105 : « [l]'entreprise doit informer par écrit le consommateur, au plus tard au jour de la livraison du produit, de son droit de faire usage du délai de renonciation visé à l'article 103. En cas d'omission de cette information, le produit est réputé être livré sans demande préalable de la part du consommateur et celui-ci n'est tenu ni de payer le prix, ni de restituer le produit. Cette information doit comprendre les modalités de reprise ou de restitution du produit et préciser le fait qu'en tout état de cause le produit est repris ou restitué aux frais de l'entreprise. Cette même information rappelle au consommateur qu'aucun paiement quelconque ne peut être exigé ou accepté avant l'écoulement du délai de renonciation visé à l'article 103 ».

livraison, le vendeur n'est toujours pas payé ni restitué du bien vendu. Et, comme pour couronner le tout, l'article 107 dispose qu'à « défaut de reprise du produit par l'entreprise dans le délai de 30 jours ouvrables à dater de la renonciation, le consommateur en devient propriétaire »<sup>469</sup>. Il s'agit là ni moins ni plus que d'une prise de possession induue du bien d'autrui et il nous semble que le droit n'a pas à inciter le consommateur à devenir malhonnête !

**120** — . Mais il y a plus inquiétant : notamment en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux contrats de consommation. L'article 14 (1) (version de 2005) de l'Acte renvoie pour les questions qu'il ne règle pas à celui sur le droit des contrats et à défaut au « droit national du lieu de formation du contrat ». Cette disposition doit être rapprochée de l'article 20 du même acte qui dispose que « dans tous les cas, le contrat de consommation est formé au lieu de la résidence habituelle du consommateur »<sup>470</sup>. On approuverait sans réserve cette solution si l'article 138 ne venait pas jeter le trouble dans les esprits : « [l]e choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions du présent Acte Uniforme »<sup>471</sup>. Autrement dit, les parties (mais en réalité le marchand) peuvent donc bien désigner une loi différente de celle du domicile du consommateur. Et si la loi désignée dans le contrat était celle d'un pays tiers à l'OHADA ? On déboucherait, dans le cadre d'une vente à

---

<sup>469</sup> *Avant-projet d'Acte Uniforme sur le contrat de consommation*, préc., note 140, art. 107.

<sup>470</sup> *Id.*, art. 20.

<sup>471</sup> *Id.*, art. 138.

distance par exemple sur un imbroglio juridique hors d'atteinte pour le consommateur OHADA. On ne peut qu'être étonné qu'une solution plus protectrice pour le consommateur africain n'ait été imposée en écartant d'emblée l'application de tout droit extérieur à l'OHADA. Au-delà de ces dispositions difficilement compatibles avec le commerce électronique<sup>472</sup>, d'autres lacunes sont perceptibles dans l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation.

### **B. Des omissions préjudiciables à toute législation sur le commerce électronique**

121 — . L'Avant projet d'Acte uniforme pêche aussi par omission : premièrement, en ce qui concerne le règlement des différends, aucune disposition ne vient prohiber les clauses attributives de compétence, qu'elles soient territoriales ou matérielles<sup>473</sup>. Il eut été plus judicieux de franchement désigner le tribunal du domicile

---

<sup>472</sup> Il faut par ailleurs souligner que la définition du concept même de « contrat à distance » suscite des interrogations : l'article 99 de l'Acte prévoit qu' : « [i]l y a contrat de consommation conclu à distance lorsque l'entreprise et le consommateur ne se trouvent pas en présence l'un de l'autre, ni lors de l'offre, ni lors de l'acceptation de l'offre par le consommateur, et jusqu'à la conclusion du contrat. Les techniques permettant la conclusion de contrats à distance sont notamment le téléphone, le télécopieur, la vidéo transmission, la télévision, le courrier électronique, la voie postale et la distribution d'imprimés ». Cette définition par sa généralité pourrait s'appliquer à un très grand nombre de situations d'où la nécessité de prévoir des exclusions. Sur cette question : Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 136.

<sup>473</sup> Une clause attributive de compétence est une disposition contractuelle dans laquelle les parties conviennent de confier le règlement d'un litige à une juridiction qui n'est pas légalement compétente pour en connaître, qu'il s'agisse de compétence d'attribution ou de compétence territoriale. La compétence d'attribution (latin : *ratione materiae*) énonce que telle matière relève du domaine de tel tribunal. Comme par exemple, l'article L.311-37 du code de la consommation français qui prévoit que tous les litiges survenant à la suite d'un crédit à la consommation en France sont de la compétence du tribunal d'instance. Quant à la compétence territoriale (latin : *ratione loci*), elle détermine le tribunal devant être saisi d'une affaire en fonction de critères de localisation géographique (en règle générale, lieu du domicile du défendeur). Sur cette question : Améhia TSKADI AYAWA, « De la compétence exclusive de l'Union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA », *Penant*, n° 873, 2010, p. 473; Stéphane GORRIAS, « La clause

du consommateur comme seul tribunal compétent. Deuxièmement, l'Avant projet d'Acte reste totalement silencieux sur l'encadrement de l'indemnité compensatrice éventuellement due par le consommateur en cas d'exercice de sa faculté de rétractation dans un contrat à distance<sup>474</sup>. L'article 108 de l'Avant-projet (version de 2005) se borne seulement à indiquer que :

« Lorsque la vente conclue à distance est associée à un contrat de crédit offert par la même entreprise ou par une autre entreprise, l'exercice par le consommateur de son droit de renoncer au contrat entraîne également l'annulation, sans indemnités quelconques, du contrat de crédit »<sup>475</sup>.

**122** — . Est-ce à dire que si la vente à distance n'est pas associée à un contrat de crédit, le marchand est autorisé à demander une indemnité ? Le silence de l'Acte est surprenant dans le contexte du débat actuel relatif à la proposition européenne de directive-cadre sur les droits des consommateurs visant à unifier les dispositions pour tous les droits de rétractation<sup>476</sup>. Certes, un autre article est consacré à la faculté de

---

attributive de compétence contenue dans le contrat d'affacturage est opposable quand le litige n'est pas soumis à l'influence de la procédure collective », *Revue des procédures collectives*, n° 2, 2008, p. 53.

<sup>474</sup> Voir en ce sens : l'article 357 [3] du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou *BGB*) dans lequel les directives européennes relatives à la protection du consommateur sont transposées : « le consommateur doit payer une indemnité compensatoire en cas de détérioration résultant d'une utilisation conforme de la chose pourvu qu'il ait été informé de cette conséquence juridique par écrit au plus tard au moment de la conclusion du contrat ainsi que de la possibilité de l'éviter. Il n'est pas tenu de verser une telle indemnité lorsque la détérioration résulte exclusivement de l'examen de la chose (...) ».

<sup>475</sup> *Avant-projet d'Acte Uniforme sur le contrat de consommation*, préc., note 140, art. 108.

<sup>476</sup> Delphine BAZIN-BEUST, « La protection du consommateur à distance : mouvements de flux et de reflux ? », *Petites affiches*, n° 123, 2010, p. 4.



PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

rétractation du consommateur<sup>477</sup> mais les rédacteurs de l'Acte aurait dû préciser si l'exercice de cette rétractation s'opérait dans une quasi-gratuité (hors frais de retour) ou si le consommateur est tenu de payer une indemnité compensatoire en cas de détérioration résultant d'une utilisation conforme de la chose pourvu. Les incompatibilités et omissions précédemment mises en relief montrent clairement que l'Avant projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation s'accommode difficilement des réalités du commerce électronique. Reste maintenant à déterminer si deux domaines clés de la cyberconsommation à savoir la cyberpublicité et le paiement électronique font exception à ce constat.

**Paragraphe 2 : Les insuffisances liées à des domaines décisifs de la  
cyberconsommation**

Outre les lacunes ci-dessus dénoncées, d'autres insuffisances peuvent être relevées dans le droit OHADA au regard de la cyberconsommation. Ces insuffisances concernent respectivement la publicité en ligne (A) et le paiement électronique (B.).

**A. L'éclatement des règles juridiques encadrant la publicité en ligne**

**123** — . La cyberpublicité est un élément essentiel du commerce électronique ; elle est dit-on, la fondation du « château de carte de la netéconomie »<sup>478</sup>. Et comme le

---

<sup>477</sup> *Avant-projet d'Acte Uniforme sur le contrat de consommation*, préc., note 140, art. 103 : « pour les ventes conclues à distance, le consommateur a le droit de renoncer à l'achat pendant un délai de sept jours ouvrables à compter du lendemain du jour de la livraison du produit.

<sup>478</sup> Solveig GODELUCK, *Le boom de la netéconomie*, Paris, La découverte, 2000, p. 3 et 4. Cité par Marc LACOURSIERE, Charlaïne BOUCHARD et Julie MC CANN, « La cyberpublicité : son visage, ses

souligne un auteur, « pour qu'une entreprise dure, elle doit séduire »<sup>479</sup>. C'est pour cette raison que les annonceurs font feu de tout bois<sup>480</sup>. Aussi l'internaute est-il souvent assailli de toute part de « pourriels, pollupostage, référencements »<sup>481</sup> et autres procédés l'invitant à contracter. Dans cette course effrénée à la séduction dont l'objectif ultime, il ne faut pas l'ignorer, est la réalisation du profit, le consommateur en général, le cyberconsommateur africain en particulier y trouve-t-il son compte ? Autrement dit, est-il bien protégé ? Nous verrons ici dans un premier temps que les dispositions encadrant la cyberpublicité dans l'espace OHADA sont disséminées dans différents textes (1.). Nous ferons ensuite état de la cacophonie qui caractérise les législations de notre région d'étude dans le choix entre opt-in et opt-out (2.) pour enfin montrer que tout un pan de la publicité électronique, soit la publicité ciblée a été oubliée par les législateurs nationaux et régionaux (3.).

## **1. La dissémination des dispositions régissant la publicité dans plusieurs législations**

---

couleurs - Qu'en est-il de la protection des consommateurs ? », (2005) 107 *Revue du Notariat* 305.

<sup>479</sup> *Id.*, p. 305.

<sup>480</sup> É. MONTERO, préc., note 466, p. 11.

<sup>481</sup> Éric LABBE, « Pourriel, pollupostage et référencement abusif : le spamming dans tous ses états », (1999) *Juriscom.net*.

124 — . Dans l'espace OHADA, la cyberpublicité est au prime abord encadrée par les lois nationales sur le commerce électronique<sup>482</sup> ; aucun acte uniforme à notre connaissance ne s'est spécifiquement penché sur cette question<sup>483</sup>. En deuxième lieu, les pays membres de l'OHADA qui n'ont pas de législations sur le commerce électronique mais qui sont également membres de la CEDEAO pourraient se référer à l'Acte additionnel portant transactions électroniques au sein de cette communauté<sup>484</sup>. Enfin, quant aux pays de l'OHADA qui ne disposent pas encore de législations sur le commerce électronique et qui n'appartiennent pas non plus à la CEDEAO, une analyse

---

<sup>482</sup> Voir par exemple l'abondante législation sur la publicité en Côte d'Ivoire mais qui ne tient nullement compte de la cyberpublicité : *Loi 91-1000 du 27-12-1997 portant l'interdiction et répression de la publicité mensongère ou trompeuse*, JORCI du 16-01-1992, p. 61 ; *Décret 91-182 du 27-03-1991 portant création d'un EPIC nommé bureau ivoirien de publicité*, JORCI du 18-04-1992, p. 213 ; *Décret 96-630 du 09-08-1996 portant création, organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la publicité*, JORCI du 26-12-1997, p. 1239 ; *Décret 97-697 du 10-12-1997 portant réglementation des professions publicitaires*, JORCI du 24-12-1997, p. 1484 ; *Arrêté interministériel n° 124 MCU CAB/INT/MTP du 03-04-1998 fixant les conditions du décret 67-539 du 07-12-1967 portant réglementation générale des panneaux publicitaires en RCI*, JORCI du 06-06-1968, p. 951.

<sup>483</sup> L'article 36 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation indique seulement qu'« est interdite toute publicité qui, par sa présentation, ne peut être nettement distinguée comme telle, à moins qu'elle ne comporte de manière non équivoque la mention « publicité ».

<sup>484</sup> Le chapitre III de l'Acte additionnel est consacré à la « publicité par voie électronique » : article 8 : « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée » ; article 9 : « [I]es publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque sur l'objet du courrier dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message » ; article 11 : « [d]ans l'espace CEDEAO, il est interdit la prospection directe par envoi de message au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen » ; article 13 : « [d]ans l'espace CEDEAO, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci »

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

sommaire de leurs textes nationaux sur la publicité traditionnelle lorsque confrontés à l'internet permet de constater leur inadaptabilité au commerce électronique<sup>485</sup>. C'est qu'en effet, la cyberpublicité est différente de la publicité traditionnelle à bien des égards : elle est non seulement polymorphe<sup>486</sup> parce qu'elle revêt plusieurs visages mais peut être aussi à la fois subtile et insidieuse<sup>487</sup>. Par ailleurs, l'interactivité et l'instantanéité des communications qu'elle favorise ne laissent presque pas au consommateur le délai de réflexion nécessaire avant la conclusion du contrat. En outre, l'utilisation de liens hypertextes peut « téléporter » le consommateur sur d'autres sites commerciaux l'amenant ainsi de façon presque détournée à visualiser les messages d'autres annonceurs<sup>488</sup>. Malheureusement, les lois nationales sur la publicité traditionnelle ne s'intéressent qu'au contenu du message publicitaire et non aux formes qu'il peut

---

<sup>486</sup> M. LACOURSIERE, C. BOUCHARD et J. MC CANN, préc., note 478, p. 310.

<sup>487</sup> Pour une vision complète des formes que peut revêtir la cyberpublicité voir : Éric LABBÉ, « La publicité en ligne », dans Daniel POULIN et al. (dir.), *Le guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 123 et s. Aussi, Charles TANGUAY, « Information, Publicité et Méthodes de vente », dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Yvon Blais, 2005, pp. 81-87; Éric LABBE, « Spamming en Cyberspace : À la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », (2000) vol.6, n<sup>o</sup>.1 *Lex Electronica* ; Véronique ABAD, « La collecte sur Internet des données personnelles par les entreprises québécoises dans un but publicitaire », (2002) *Droit & Nouvelles Technologies* et Christophe MASSE, « La publicité trompeuse dans le commerce électronique », (2000), *Juriscom*.

<sup>488</sup> À ce sujet : Jean Marc DINANT, « Les traitements invisibles sur Internet », in Étienne MONTERO (dir.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du CRID, n<sup>o</sup> 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 271. À ce sujet : Marlène LEROY et Bernard MOUFFE, *Le droit de la publicité*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2001.

prendre<sup>489</sup>. Qui plus est, les recours qu'offrent au consommateur ces lois en cas d'abus sont plutôt dérisoires parce que :

« Le fardeau de la preuve est relativement lourd, surtout lorsqu'il s'agit de prouver l'intention malicieuse ou la négligence d'un annonceur. Or tout ceci a un coût, qui peut paraître disproportionné comparé aux dommages en jeu. [...]. Pour pouvoir déposer une plainte contre une entreprise qui ne respecterait pas les droits des « cyberconsommateurs », il faut pouvoir identifier l'auteur des infractions. [Ce qui] peut se révéler délicat sur Internet. En effet, les sociétés peuvent être fictives, voire situées dans un autre pays et ne pas afficher leurs coordonnées sur leur site »<sup>490</sup>.

**125** — . Plus encore que la cyberpublicité en général, celle spécialement destinée aux enfants est difficile à cerner : il serait illusoire de croire qu'un mineur de l'espace OHADA, contrairement aux autres enfants du monde restera passif devant les encarts publicitaires d'une page web. L'interactivité que lui permet Internet fera certainement de lui une cible de choix pour les spécialistes du marketing qui collecteront sans état d'âme ses renseignements personnels<sup>491</sup>. La cyberpublicité en direction des mineurs soulève

---

<sup>489</sup> Véronique ABAD, « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », (2005) vol.10, n° 2 *Lex Electronica*, p. 38.

<sup>490</sup> *Idem*, pp. 35-36.

<sup>491</sup> Les enfants sont en effet particulièrement vulnérables aux pratiques de collecte de données et en général ils ne se rendent pas du tout compte de la quantité d'informations qu'ils révèlent ou de l'emploi potentiel de ces informations. Pressés de commencer un jeu ou de participer à un concours, les enfants acceptent souvent de répondre en ligne à toutes les questions que l'on peut poser sur eux-mêmes ou leur famille sans attendre d'avoir l'autorisation de leurs parents. Les sites peuvent aussi enregistrer et observer les données retraçant la succession des clics de souris durant l'interaction de l'enfant avec le site ; cela leur permet de deviner son personnage publicitaire ou son type de céréales favori en notant la fréquence et la durée de ses activités liées à un certain produit. Toutes ces informations peuvent être compilées pour former des profils personnels détaillés et servir à la conception de publicités personnalisées visant un enfant particulier.

ainsi des questions sérieuses auxquelles les décideurs africains doivent trouver des solutions idoines. En France par exemple, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.) a rendu public un rapport relatif à la collecte de données personnelles de mineurs sur internet. La Commission observe en particulier que :

« L'enfant, en raison de son manque de maturité psychique, intellectuelle et physique, doit être considéré comme ayant besoin d'une protection particulière, notamment juridique, afin de le garder des manœuvres de tiers ou de décisions malencontreuses qu'il pourrait prendre »<sup>492</sup>.

**126** — . L'Avant- projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation interdit la publicité visant les enfants de moins de 13 ans. L'Avant projet dans son principe est très clair : selon l'article 37 de ce texte (version 2005), pas de publicité aux enfants<sup>493</sup>. La règle semble donc a priori forte et on peut supposer que l'interdiction faite à l'article 37 s'étend aussi à la publicité en ligne en direction des enfants. Pourtant, une telle interprétation de notre point de vue ne résout pas pour autant la question. La publicité sur le réseau à l'endroit des enfants revêt aujourd'hui plusieurs formes : entre autres, les encarts publicitaires se retrouvant sur des sites internet destinés aux moins de 13 ans ; les envois massifs sans distinction aucune de pourriels au consommateur, et surtout, les récents populaires « jeux interactifs ». Toutes ces multiples façons insidieuses

---

<sup>492</sup> Rapport de la C.N.I.L. adopté le 12 juin 2001 et rendu public le 6 juillet 2001. Dans un rapport d'étude en date du 6 juillet dernier consacré aux données personnelles des mineurs, le même organisme remarque que « la rapidité des échanges, l'interactivité, voire l'aspect ludique du réseau internet peuvent faire des mineurs l'instrument idéal, reposant sur leur goût du jeu ou leur crédulité, pour collecter des données personnelles toujours plus nombreuses et plus précises sur leur environnement social, familial, économique, ... et ce à l'insu de leurs parents, sans que les mineurs en aient pleinement conscience ».

<sup>493</sup> *Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation*, préc., note 140, art. 13 : « il est interdit à une entreprise de diffuser de la publicité destinée à des enfants de moins de 13 ans ».

de solliciter les enfants mettent à mal l'effectivité de l'article 37 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation. Il nous semble donc impérieux, dans la perspective d'élaboration d'un Acte uniforme sur le commerce électronique que le législateur se penche sur cette question spécifique de la publicité faite aux enfants en ligne.

## 2. La cacophonie dans le choix opt-in et opt-out

127 — . Que signifie opt-in et opt-out ? Ce qui est au prime abord étonnant, c'est la facilité déconcertante avec laquelle l'expression est reprise dans sa formulation anglo-saxonne, sans que des efforts de remplacement par des équivalents francophones soient menés<sup>494</sup>. D'une part, la thèse dite de l'opt-out veut que le destinataire puisse, dès la collecte de ses coordonnées ou lors de la réception d'une prospection, s'opposer à recevoir ultérieurement un message commercial<sup>495</sup>. D'autre part, celle dite de l'opt-in veut que le destinataire ne puisse recevoir une prospection que s'il y a préalablement consenti<sup>496</sup>. Dans l'espace OHADA, le choix entre les deux thèses a donné lieu à une

---

<sup>494</sup> Sur cette critique : Pascale DEUMIER, « Opt-in et opt-out », *RDC*, n° 4, 2007, p. 1462.

<sup>495</sup> Sur les développements récents de cette question aux États Unis : Travis HANNIBAL, « Opting Out of the Internet in the United States and the European Union: Copyright, Safe Harbors, and International Law », *Notre Dame Law Review*, vol. 83, n° 4, 2008; Hans DEGRYSE & Jan BOUCKAERT, « Opt In versus Opt Out: A Free-Entry Analysis of Privacy Policies », *CESifo Working Paper Series*, n° 1831, 2006; Eric J. JOHNSON, Steven BELLMAN, Gerald LOHSE, « To Opt-In or Opt-Out? It Depends on the Question », *Communications of the ACM*, vol. 44, n° 2, 2001, p. 25. *L'opt-out* est actif lorsqu'il faut cocher une case ou sélectionner un menu déroulant pour ne pas recevoir de message ultérieurement. On considère l'accord de l'internaute comme acquis par défaut, comme implicite. *L'opt-out* est passif lorsqu'en s'inscrivant à un service, l'internaute est automatiquement inscrit sur une liste de diffusion sans qu'il ait la possibilité de changer cela au moment de l'inscription. La désinscription ne peut se faire qu'après l'inscription. L'opposition de l'internaute est exprimée *a posteriori*.

<sup>496</sup> Voir : Eric J. JOHNSON, Steven BELLMAN, Gerald LOHSE, « Defaults, Framing and Privacy: Why Opting In-Opting Out », *Marketing Letters*, vol. 13, n° 1, p. 5. *L'opt-in* peut être actif : l'internaute doit volontairement cocher une case ou faire défiler un menu déroulant pour que les

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

cacophonie juridique dont on aurait pu faire l'économie si les prometteurs des législations nationales et régionales sur le commerce électronique avaient fait preuve d'un minimum d'attention. Cette cacophonie juridique se matérialise par le fait que d'un côté, la loi sénégalaise sur les transactions électroniques de 2008 ainsi que l'Acte additionnel portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO interdisent clairement la prospection directe par envoi de messages au moyen d'automates d'appel<sup>497</sup>, de télécopieurs ou encore de courriers électroniques utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen alors que de l'autre côté, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 49 de la *Loi portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso* :

« La publicité par courrier électronique, par automate d'appel ou par télécopieur est autorisée, si le prestataire : a) recueille les coordonnées du destinataire directement auprès de lui dans le cadre de la vente d'un produit ou d'un service, dans le respect des exigences légales et réglementaires relatives à la protection de la vie privée ; b) exploite lesdites coordonnées à des fins de publicité exclusivement pour des produits ou services analogues que lui-même fournit ; et c) fournit au destinataire, au moment où ses coordonnées sont recueillies, la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à l'utilisation de celles-ci »<sup>498</sup>.

---

informations le concernant soient utilisées ultérieurement à des fins publicitaires. *L'opt-in* peut-être passif : une case est déjà précochée ou un menu déroulant déjà positionné sur oui.

<sup>497</sup> Article 11 : « [d]ans l'espace CEDEAO, il est interdit la prospection directe par envoi de message au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen ».

<sup>498</sup> *Loi n° 045-2009/ AN portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso*, art. 49 (2).



**128** — . Cette dissonance fort regrettable entre dispositions régissant la prospection directe sur internet, faute d'être corrigée est dangereuse pour tout le droit OHADA. Quelle attitude doit par exemple adopter le consommateur Burkinabé dont la loi nationale permet sous certaines conditions la prospection directe tandis que dans le même temps, la CEDEAO auquel son pays est partie l'interdit. On ne saurait ici invoquer la supranationalité des décisions de l'organisation régionale pour rendre inopérantes les dispositions de la loi du Burkina Faso portant réglementation des services et des transactions électroniques. Contrairement aux Actes Uniformes de l'OHADA, ceux de la CEDEAO ne « [...] sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »<sup>499</sup>. L'approche divergente dans l'encadrement juridique des publicités en ligne est aussi le reflet d'une absence de débats, les législateurs nationaux et régionaux se contentant d'adopter en « catimini » sans précaution aucune les règles élaborées dans les pays occidentaux. Quel que soit le choix qu'opérera l'OHADA entre opt-in et opt out, il nous semble qu'elle ne pourra se permettre l'économie d'un vrai débat sur cette question<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> Traité de l'OHADA, art. 10.

<sup>500</sup> Sur les critiques sur l'absence de débat dans l'espace OHADA, voir Vialens précité qui dénonce la procédure d'adoption en catimi des actes uniformes : « [s]i l'on considère en général le fonctionnement des institutions démocratiques (Parlement, université, mais aussi quatrième pouvoir), il n'en va, en Afrique, au mieux, pas différemment qu'ailleurs : l'adoption d'un Traité à la technicité absconse, dans un domaine peu propice à flatter ou alarmer les opinions publiques, mais lourd d'abandons de souveraineté futurs, passe quasi inaperçue, signature et ratification étant fournies complaisamment par les exécutifs et les organes législatifs. La démocratie formelle est sauve, mais c'est ensuite que les ennuis commencent ! L'article 8 du Traité dispose en effet que « l'adoption des actes uniformes par le conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des États-parties présents et votants » ; que « l'adoption n'est valable que si les

### 3. Un oubli inexplicable : la publicité ciblée

129 — . La publicité ciblée a fait son apparition tout récemment. Les exigences de rentabilité ont amené la plupart des annonceurs à adopter des techniques de ciblage de plus en plus précises pour que les publicités adressées à l'internaute soient en adéquation avec ses goûts et intérêts<sup>501</sup>. Pour la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) de France, cette forme de publicité se répartit en trois catégories : premièrement, la publicité contextuelle qui est fonction du contenu immédiat fourni à l'internaute ; deuxièmement, celle personnalisée qui fait référence aux caractéristiques connues de l'internaute comme par exemple son âge, son sexe ou encore sa localisation géographique et enfin troisièmement, la publicité comportementale (behavioral advertising) qui est définie comme celle :

« Choisie en observant le comportement de l'internaute à travers le temps [...] ; laquelle étudie les caractéristiques de l'internaute par ses actions pour en déduire son profil et lui proposer des publicités adaptées »<sup>502</sup>.

---

deux tiers au moins des États-parties sont représentés » et que « l'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des AU ». Ainsi, on le voit, non seulement les représentations nationales sont totalement évincées de la procédure d'adoption des AU, mais un État-partie peut voir intégrer dans son droit positif une législation qu'il n'a pas acceptée, soit qu'il ait été absent du conseil des ministres, soit qu'il se soit abstenu ! De manière platonique, on peut se féliciter d'un tel dispositif, mais il n'est que de regarder combien, dans l'Union européenne, suscitent encore de passions et de polémiques le fonctionnement des institutions communautaires et leur délicate dialectique avec les souverainetés nationales, pour deviner que, sur un continent qui expérimente tout juste l'État-nation, dont les sociétés civiles peinent à s'affirmer, et où l'État de droit et la démocratie sont encore balbutiants, la quête effrénée d'efficacité, aussi louable soit-elle, pêche contre elle-même ». V. VIALENS, préc., note, p.

<sup>501</sup> Éric A. CAPRIOLI, « L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée », *Com. Com. elec.*, n° 6, 2009, p. 38.

<sup>502</sup> COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (CNIL), « La publicité ciblée en ligne », 2009, en ligne : <www.cnil.fr> (consulté le 11 mai 2011).

**130** — . L'utilisation de la publicité ciblée grâce à des techniques innovantes et intrusives soulevé bien évidemment des inquiétudes quant à l'exploitation des données personnelles qui en résultent<sup>503</sup>. Il est reproché à cette forme de publicité d'opérer à partir à des informations collectées des discriminations commerciales : ces informations peuvent en effet par exemple révéler l'insolvabilité d'un consommateur ou encore sa propension à retourner le bien acheté<sup>504</sup>. Ce qui, on peut en douter permet de traiter sa commande de façon différenciée. Au surplus, les techniques de profilage et de collecte des données sont généralement peu transparentes : il est difficile de mesurer l'ampleur des données collectées et la finalité de leur traitement encore moins la durée de leur conservation. Ainsi, sans même s'enquérir du nom et de l'adresse de la personne, il est possible de la caractériser en fonction de critères socio-économiques et même psychologiques dans la mesure où son point de contact, c'est-à-dire son ordinateur ne nécessite plus la révélation de son identité<sup>505</sup>. Selon la CNIL,

« En l'absence de transparence de la part des fournisseurs de contenu ou de services sur les mécanismes de profilage et sur les

---

<sup>503</sup> *Id.*, en ligne : <[www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)> (consulté le 11 mai 2011).

<sup>504</sup> Voir l'étude réalisée en octobre 2009 par des chercheurs de l'Université de Berkeley qui fait état du manque de confiance exprimé par les utilisateurs d'internet à l'égard de la publicité ciblée. À ce sujet : Stephanie CLIFFORD, « Two-Thirds of Americans Object to Online Tracking », *New York Times*, 29 septembre 2009.

<sup>505</sup> Les tribunaux sont hésitants quant à la question de savoir si l'adresse IP permet ou pas une identification de l'internaute, sans l'aide du Fournisseur d'Accès à Internet (FAI). Dans une décision en date 27 avril 2007, la Cour d'appel indiquait que « l'adresse IP ne permettait pas d'identifier le ou les personnes qui ont utilisé cet ordinateur puis que l'autorité légitime pour poursuivre l'enquête (police ou gendarmerie) peut obtenir du FAI l'identité de l'utilisateur » (CA Paris, 27 avril 2007). Cette position fut réitérée par la même juridiction le 15 mai 2007 : « cette série de chiffres ne constituait en rien une donnée indirectement nominative dans la mesure où elle ne se rapporte qu'à une machine, et non à l'individu qui utilise l'ordinateur pour se livrer à la contrefaçon (CA Paris, 15 mai 2007).

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

données collectées et sur les possibilités de s'y opposer, l'internaute peut percevoir ces mécanismes comme intrusifs »<sup>506</sup>.

131 — . La publicité ciblée soulève en somme deux problématiques juridiques majeurs : premièrement, un problème de qualification des éléments d'informations recueillis : sont-ils oui ou non des données à caractère personnelles ? Et deuxièmement, de façon plus spécifique, quelle qualification donner aux « cookies traceurs » ?<sup>507</sup> Dans ce contexte, il est légitime de s'interroger sur le silence des législateurs africains sur ces nouvelles pratiques. Aucune des législations actuellement en vigueur dans l'espace OHADA ne permettent d'appréhender de façon satisfaisante la publicité ciblée<sup>508</sup>. Peut-être objectera-t-on qu'il s'agit là de techniques trop sophistiquées non encore explorées par les publicitaires africains. Seulement, le commerce électronique de part sa nature ne connaît aucune frontière et que le consommateur OHADA peut bel et bien être visé par des offres étrangères. Par ailleurs, alors qu'il devient de plus en plus difficile de faire coïncider l'adaptation ou l'interprétation des règles de droit à l'évolution technologique, on devrait se réjouir si, pour une fois le législateur africain décidait d'avance de prendre ses responsabilités.

---

<sup>506</sup> COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (CNIL), « La pub si je veux », 2008, en ligne : <www.cnil.fr> (consulté le 11 mai 2011).

<sup>507</sup> Les *cookies* sont de petits fichiers d'identification envoyés par un site et stockés sur le disque dur de l'ordinateur de l'internaute lorsqu'il surfe. Les données qu'ils contiennent permettent au prestataire de profiler le client et de l'identifier lors de son prochain passage sur le site.

<sup>508</sup> Entres autres législations : l'*Acte additionnel relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO* (CEDEAO) ; *Loi n° 2008-12 sur la Protection des données à caractère personnel* (Sénégal).

**B. La réglementation du paiement électronique : un goût d'inachevé**

132 — . L'adaptation des moyens de paiement a toujours été l'impératif premier de l'évolution normale du commerce<sup>509</sup>. Cette évidence est encore plus forte avec l'essor des nouvelles technologies et son pendant, le commerce électronique qui, chaque jour, s'impose comme le futur mode normal des échanges. En effet, les transactions peuvent être exécutées de plus en plus rapidement, à des distances de plus en plus importantes. Cette célérité a envahi la vie du consommateur OHADA. Sollicité non par les produits ou les services, mais par la facilité avec laquelle il pourra les payer, il entre dans un cercle social qui tend à imposer comme norme la possession d'une carte de paiement<sup>510</sup>. Or, à la nécessité sociale commandant de « protéger l'utilisateur contre le pouvoir

---

<sup>509</sup> Dans ce sens, Claude LUCAS de LEYSSAC et Xavier LACASE, « Le paiement en ligne », *JCP éd. G.*, 2001, p. 302.

<sup>510</sup> Il faut cependant souligner que la carte bancaire reste un instrument de paiement élitiste en Afrique en dépit des réformes des systèmes de paiement qui ont prioritairement pour but de banaliser son utilisation. Le marché africain des cartes bancaires est en formation et reste très réduit pour plusieurs raisons : un taux de bancarisation très faible ainsi que les mœurs de consommations habituées à l'utilisation de la monnaie fiduciaire et qui s'accommodent encore difficilement des moyens de paiement scripturaux et la monnaie immatérielle. Ainsi par exemple dans l'ensemble des pays de l'UEMOA, la monnaie fiduciaire est l'instrument principal de paiement des dépenses quotidiennes des particuliers et des entreprises, surtout celles du secteur informel, y compris pour les montants pouvant être considérés comme importants par rapport au niveau de revenu moyen. Cette forte utilisation de la monnaie fiduciaire dans les transactions s'explique en grande partie par : 1) un sentiment d'insécurité qui habite les populations depuis la crise du système bancaire des années 1980 et qui commande d'avoir constamment sur soi une encaisse de précaution ; 2) le niveau élevé des agios prélevés par les banques que les opérateurs économiques, surtout ceux du secteur informel, conçoivent difficilement ; 3) le faible niveau des revenus des populations qui ont du mal à recourir aux services du système bancaire ; 4) la rapidité et l'irrévocabilité des transactions réglées en espèces. Dans la même union, le moyen de paiement le plus répandu après la monnaie fiduciaire est le chèque. Il touche en moyenne plus de 5 millions d'opérations par an et représente, si l'on ne tient pas compte des opérations sur les cartes bancaires dont les données ne sont pas disponibles, 73% en moyenne sur la période, du total des paiements scripturaux. La part relative en valeur (hors opérations sur cartes bancaires) représente 52%. Il est le moyen le plus simple pour un détenteur de compte, pour peu qu'il soit alphabétisé, d'utiliser ses fonds, car il ne nécessite aucun instrument particulier ni un déplacement vers un lieu autre que celui où la transaction est initialisée et peut être transmis à son destinataire par la Poste.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

aveugle de la machine »<sup>511</sup> se substitue une inquiétude plus réaliste, celle de diminuer, sinon supprimer le risque humain : le danger pour le porteur de la carte de paiement se révèle être celui qui utilise frauduleusement sa possibilité de virement électronique, comme celui qui sert d'intermédiaire à l'ordre de paiement. Surpris peut-être par le développement rapide du commerce électronique, les législateurs africains n'ont pu répondre à ces défis du paiement électronique que partiellement. D'abord, ni l'Acte additionnel portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO<sup>512</sup>, ni les Actes uniformes<sup>513</sup> encore moins les législations nationales et régionales sur le commerce

---

<sup>511</sup> Alain BÉNABENT, sous T.I., 9 mai 1984, D. 1985, J, p. 359.

<sup>512</sup> Il est surprenant que cet acte additionnel sensé régir les transactions électroniques dans l'ensemble de l'espace CEDEAO ne contienne aucune disposition relative au paiement électronique. Les dispositions de l'Acte énoncent qu'il s'applique sans préjudice des textes législatifs et réglementaires en vigueur dans les pays membres de la CEDEAO. S'agissant du paiement électronique, on peut penser qu'il réfère soit au *Règlement n°02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement dans les États de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)* soit au *Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest africaine (UEMOA)*. La précision aurait été fort utile d'autant plus que tous les pays membres de la CEDEAO ne sont pas tous membres de l'UEMOA et de la CEMAC.

<sup>513</sup> En matière de paiement, l'article 60 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation se borne seulement à indiquer que « [l]e consommateur est tenu de payer le prix ». Les articles 62 et 63 du même acte autorisent même le paiement anticipé exposant ainsi le consommateur aux risques qu'une telle opération peut engendrer : article 62 : « [l]e paiement anticipé doit donner lieu à une réduction du prix que le consommateur aurait eu à payer si le paiement s'était fait au moment ou après la livraison du produit ou la fourniture du service »; article 63 : « [t]oute somme versée d'avance sur le prix d'un produit qui doit être livré ou d'un service qui doit être fourni à une date ultérieure est productive, au taux légal en matière civile, d'intérêts qui courent à l'expiration d'un délai d'un mois à compter du versement jusqu'à la réalisation de l'obligation ou la restitution des sommes versées d'avance, et ce, sans préjudice de l'obligation de livrer le produit ou de fournir le service de la part de l'entreprise qui reste entière. Les intérêts ainsi gagnés sont déduits du solde à verser au moment de la réalisation de l'obligation ou sont ajoutés aux sommes versées en cas de résolution par l'entreprise ». Les articles 6/11 et 6/12 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats se limitent eux à préciser les moyens de paiement que peuvent utiliser les cocontractants sans aucune référence à la rétrofacturation : article 6/11 : « 1) le paiement peut être effectué par tout moyen en usage dans les conditions normales du commerce au lieu du paiement. 2) Toutefois, le créancier qui, en vertu du paragraphe précédent ou volontairement, accepte un chèque, un autre ordre de paiement ou un

électronique n'ont prévu de clauses relatives à la rétrofacturation (1)<sup>514</sup>. Il y a ensuite de sérieux retards dans l'accréditation des prestataires de services habilités à délivrer des certificats électroniques (2).

### 1. L'absence de clauses relatives à la rétrofacturation

**133** — . La rétrofacturation est un néologisme introduit par le législateur québécois dans la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>515</sup> pour prévoir le cas où le paiement a été effectué par carte de crédit mais où le commerçant n'a pas remboursé le

---

engagement de payer n'est présumé le faire qu'à la condition que ces instruments seront honorés ». Article 6/12 : « 1) À moins que le créancier n'ait indiqué un compte particulier, le paiement peut être effectué par transfert à l'un quelconque des établissements financiers où le créancier a fait savoir qu'il possède un compte. 2) En cas de paiement par transfert, le débiteur est libéré de son obligation à la date à laquelle le transfert à l'établissement financier du créancier prend effet ».

<sup>514</sup> Ainsi que nous l'avons indiqué dans nos développements antérieurs, l'article 68 de la *Loi n° 045-2009/An portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso* se contente de renvoyer pour ce qui est du paiement électronique au Règlement de l'UEMOA : [l]orsque le paiement a lieu par voie électronique, le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine s'applique ». Ledit règlement malheureusement ne contient à notre connaissance aucune disposition relative à la rétrofacturation contrairement à celui de la CEMAC. Ce dernier règlement en effet dispose de clauses sur les paiements non autorisés : article 173 : « [l]a responsabilité du titulaire d'une carte de paiement, n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte. De même, sa responsabilité n'est pas engagée en cas de contrefaçon de sa carte et si au moment de l'opération contestée, il était en possession physique de sa carte »; article 174 : « [d]ans les cas prévus à l'article 173, si le titulaire de la carte conteste par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait, les sommes contestées lui sont recreditées sur son compte par l'émetteur de la carte ou restituées sans frais au plus tard dans le délai de 45 jours calendaires à compter de la réception de la contestation. La contestation prévue à l'alinéa précédent doit être émise au plus tard 60 jours calendaires après la date de l'opération contestée »; article 175 : « [e]n cas d'utilisation frauduleuse d'une carte de paiement, de crédit ou de retrait, l'émetteur de la carte rembourse à son titulaire la totalité des frais bancaires qu'il a supportés ».

<sup>515</sup> *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, article 54.14 : « [l]orsque le commerçant est en défaut de rembourser le consommateur conformément à l'article 54.13, le consommateur qui a effectué le paiement au moyen d'une carte de crédit peut, dans les 60 jours suivant le défaut, demander à l'émetteur de cette carte la rétrofacturation de toutes les sommes payées en vertu du contrat et de tout contrat accessoire, de même que l'annulation de tous les frais portés à son compte en relation avec ces contrats ».

consommateur. Ce dernier a alors la possibilité, dans les soixante jours du défaut du commerçant, de demander par écrit à l'émetteur de la carte de crédit la rétrofacturation des sommes payées en vertu du contrat et des frais portés à son compte en relation avec le contrat<sup>516</sup>. Un des arguments sous-jacents à l'adoption de la rétrofacturation est qu'elle vise à replacer le consommateur dans la position où il se trouverait si le contrat n'avait jamais existé. La rétrofacturation s'avère donc un outil équitable et efficace de protection du cyberconsommateur et son utilisation, à notre sens devrait être généralisée dans l'espace OHADA. Ce qui est loin d'être le cas actuellement.

## **2. Des retards dans l'accréditation des Prestataires de Service de Certification Électronique (PSCE)**

**134** — . Nous avons fait état, dans la première partie, de la reconnaissance, au sein de l'UEMOA et de la CEMAC de l'écrit électronique dans les opérations bancaires. De ce point de vue le Règlement UEMOA proclame la force probante identique du document signé électroniquement et celui signé de manière manuscrite<sup>517</sup>. C'est le sens du premier alinéa de son article 22 :

« Une signature électronique ne peut être déclarée irrécusable au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique ou qu'elle

---

<sup>516</sup> Sur cette question : Henri KÉLADA, « Commentaire sur le projet de loi n° 48 intitulé Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances - De nouvelles protections pour le consommateur québécois », *Repères*, 2006, EYB2006REP543; Jean-François MERCURE, « Commentaire sur la Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances – Quand le législateur se met au goût du jour... », *Repères*, 2008, EYB2008REP680.

<sup>517</sup> Aux termes de l'article du Règlement UEMOA, la signature électronique « consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache [...] ».



PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

ne repose pas sur un certificat qualifié ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature »<sup>518</sup>.

Toutefois, l'alinéa 2 du même article indique qu'il ne peut y avoir équivalence parfaite entre signature manuscrite et signature électronique sécurisée que si cette dernière est liée à un certificat électronique qualifié<sup>519</sup>. Ce qui suppose le recours à ces procédés techniques visant la construction d'« architecture de confiance » qui permettent de garantir : l'authentification de l'auteur du message ; la confidentialité du message ; son intégrité et sa non-répudiation. Malheureusement, la mise en place de ces procédés techniques est tributaire, pour ce qui est de l'espace UEMOA de l'accréditation, par la BCEAO, de prestataires de services de certification électronique, seuls habilités à

---

<sup>518</sup> Règlement UEMOA, art. 22.

<sup>519</sup> L'article 23 du Règlement UEMOA précise qu' : « [...] un dispositif sécurisé de création de signature électronique : 1) doit garantir, par des moyens techniques et des procédures appropriés, que les données de création de signature électronique ne peuvent être : - établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ; - trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ; - protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers ; 2) ne doit entraîner aucune modification du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer. Un dispositif sécurisé de création de signature électronique doit être certifié conforme aux exigences définies à l'alinéa 1 par des organismes agréés par la Banque Centrale et selon des règles définies par instruction prise à cet effet par elle. La délivrance d'un certificat de conformité est publiée dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou selon les modalités fixées par instruction de la Banque Centrale ». Sur les fonctions du certificat, voir aussi l'article 47 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., chapitre C-1.1 : « [u]n certificat peut servir à établir un ou plusieurs faits dont la confirmation de l'identité d'une personne, de l'identification d'une société, d'une association ou de l'État, de l'exactitude d'un identifiant d'un document ou d'un autre objet, de l'existence de certains attributs d'une personne, d'un document ou d'un autre objet ou encore du lien entre eux et un dispositif d'identification ou de localisation tangible ou logique. Un certificat d'attribut peut, à l'égard d'une personne, servir à établir notamment sa fonction, sa qualité, ses droits, pouvoirs ou privilèges au sein d'une personne morale, d'une association, d'une société, de l'État ou dans le cadre d'un emploi. Il peut, à l'égard d'une association, d'une société ou d'un emplacement où l'État effectue ou reçoit une communication, établir leur localisation. À l'égard d'un document ou d'un autre objet, il peut servir à confirmer l'information permettant de l'identifier ou de le localiser ou de déterminer son usage ou le droit d'y avoir accès ou tout autre droit ou privilège afférent [...] ».

délivrer aux usagers un certificat électronique<sup>520</sup>. Les accréditations n'étant pas encore effectives, il est douteux pour ne pas dire peu probable que le sort de la preuve en matière de paiement électronique connaisse une évolution significative dans l'immédiat. En conséquence, on se retrouve à la case de départ où l'écrit électronique ne vaudra que comme commencement de preuve ou à titre de simples présomptions<sup>521</sup>.

**135** — . Nous avons au terme dans cette première partie démontrée que les textes appelés à encadrer le commerce électronique dans l'espace OHADA se signalaient par leur caractère hétérogène. Cette hétérogénéité trouve son origine dans les initiatives azimuts et non coordonnées entreprises pour « prendre en charge » les transactions : opérées sur le réseau : les Actes uniformes, les législations nationales et régionales mises en place ici et là donnent du droit du commerce électronique de l'espace OHADA un droit émietté. Cet émiettement est susceptible d'entraîner des concurrences entre normes mettant ainsi en péril la sécurité juridique tant recherchée par l'organisation.

**136** — . Au-delà de la concurrence des normes que peuvent engendrer les textes actuellement en vigueur, il a été aussi montré que des aspects desdits textes ne

---

<sup>520</sup> Voir notamment l'article 26 du Règlement UEMOA : « [u]n certificat électronique ne peut être regardé comme qualifié que s'il est délivré par un prestataire de services de certification qualifié et s'il comporte : 1. une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ; 2. l'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'État dans lequel il est établi ; 3. le nom du signataire et, le cas échéant, sa qualité ; 4. les données de vérification de la signature électronique correspondant aux données de création de celles-ci ; 5. l'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ainsi que le code d'identité de celui-ci ; 6. la signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification qui délivre le certificat électronique ; 7. les conditions d'utilisation du certificat électronique, notamment le montant maximum des transactions pour lesquelles ce certificat peut être utilisé ».

<sup>521</sup> A. OUATTARA, préc., note 244, p. 2.

PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

répondaient pas aux réalités techniques du commerce électronique : alors que certains textes pêchent par actions (référence au support papier), d'autres pêchent par omission (rétrofacturation et publicité en ligne). C'est pour toutes ces raisons, que nous appelons à une véritable harmonisation des législations sur le commerce électronique dans le cadre de l'OHADA qui, a nos yeux est à toutes fins pratiques le forum approprié.

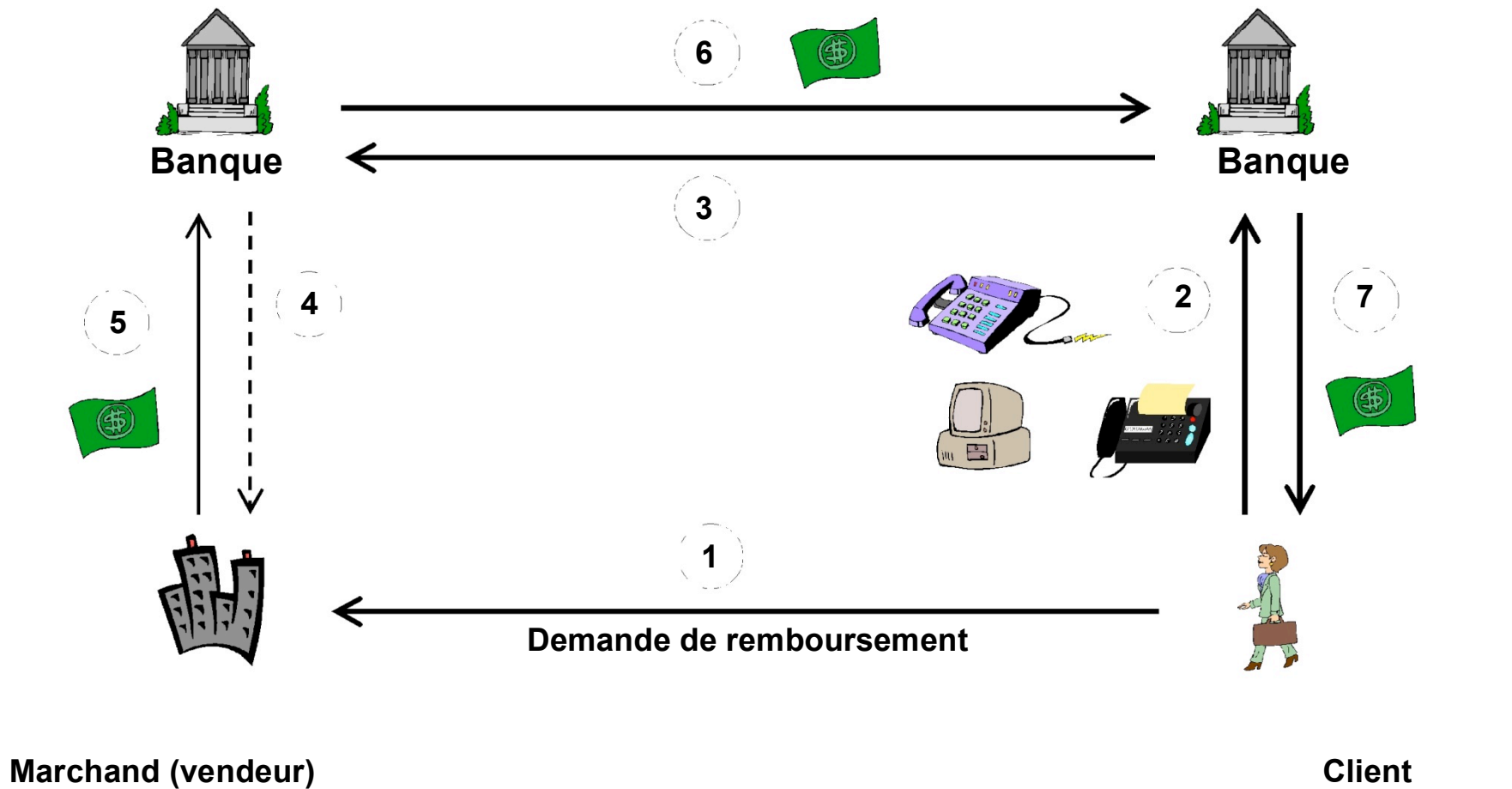
PARTIE 1 : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA :  
UN CADRE JURIDIQUE MAL DÉFINI

Figure 2 : Fonctionnement classique de la rétrofacturation

Source : Marc Lacoursière, « La rétrofacturation », Conférence *Droit civil et technologies*, Montréal, 19 février 2010.

**Demande de  
remboursement par  
l'émetteur au marchand**

**Demande de remboursement par le  
client à l'émetteur d'une carte de  
crédit**



## PARTIE II : REGARD PROSPECTIF SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS L'ESPACE OHADA

*« Si je vis encore quelque temps il n'y aura plus dans le royaume qu'une coutume, un poids, et une mesure ; toutes les coutumes seront mises en français dans un beau livre. Cela coupera court aux ruses et pilleries des avocats et les procès en seront moins longs [...] »<sup>522</sup>.*

*« L'uniformisation du droit est non seulement une condition pour la réussite d'un phénomène d'intégration mais plus encore, elle est élément moteur de cette intégration et ce, à double titre : comme élément de rapprochement des peuples et comme élément de rapprochement des économies »<sup>523</sup>.*

137 — . Le risque de divergences d'interprétation des textes portant sur le commerce électronique est l'une des plus graves menaces planant sur l'œuvre d'harmonisation entreprise par l'OHADA. Cette œuvre d'uniformisation risque en effet d'être sérieusement mise à mal si les juges nationaux ou régionaux interprètent les textes sur le commerce électronique de manière divergente<sup>524</sup>. Que de temps et d'énergie

---

<sup>522</sup> Philippe de COMMYNES, *Mémoires*, Genève, éd. Joël Blanchard, 2007. Philippe de Commines attribue cette citation à Louis XI vers 1350.

<sup>523</sup> Gilles CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » ses états : SADC et OHADA », *Actes de la Conférence Internationale sur L'harmonisation du droit commercial et ses avantages sur les investissements Chinois en Afrique*, Université de Macao, Faculté de droit, 27 novembre 2007.

<sup>524</sup> Pour une étude approfondie de ces deux notions : Fetze KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », (2009) 43 *Revue juridique Thémis* 605. Aussi : Étienne VERGÈS, « La Réforme de la justice civile, entre harmonisation et uniformisation (2<sup>de</sup> partie) », *Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale*, n°437, 2011 ; Sonnenberger HANS JÜRGEN, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

déployés par les artisans de l'OHADA qui seront peut-être gâchés par l'hétérogénéité de ces législations ! Un inconvénient encore plus grave doit ici être relevé : les expériences malheureuses qui peuvent découler de l'application des textes précédemment étudiés jetteront durablement le discrédit général sur l'entreprise régionale d'harmonisation du droit. « À quoi bon uniformiser et harmoniser, si le droit qu'on dit uniformisé est, à plus ou moins brève échéance, « désuniformisé » »<sup>525</sup>? Il est donc impérieux, pour que l'interprétation des textes régissant le commerce électronique se fasse de manière uniforme que l'OHADA procède une uniformisation. Tel qu'indiqué dans les précédents développements, nos réflexions sur cette uniformisation seront menées à la lumière des expériences des pays d'Europe et d'Amérique du Nord. C'est pour cette raison que nous exposerons, dans cette partie, au prime abord les fondements théoriques du recours à ces

---

communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *Revue Critique de Droit International Privé (RCDIP)*, n° 3, 2002, p. 405 ; Sonnenberger HANS JÜRGEN, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *Revue Critique de Droit International Privé (RCDIP)*, n°3, 2002, p. 405 ; Antonio MALINTOPPI, « Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Volume 116 (1965-III), p. 1 ; René DAVID, « L'unification ou l'harmonisation législative sans engagement international », Cité par Klaus Peter BERGER, « The Lex Mercatoria Doctrine and The Unidroit Principles of International Commercial Contracts », 28 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 943 (1996-1997) ; Clive M. SCHMITTHOFF, « The Unification or Harmonisation of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions », 17 *ICLQ* 551 (1968) ; Borislav T. BLAGOJEVIC, « Les procédés d'unification ou d'harmonisation dans les relations entre pays ayant les régimes économiques et juridiques différentes », *Annuaire d'Unidroit*, 1967-1968, Vol II, p. 43 et s.

<sup>525</sup> Jacques PUTZEYS, « Le droit uniforme désuniformisé », in *Uniform law in Practice*, New York, éd. Unidroit, 1998, p. 440. Aussi : Filip DE LY, *The Uniform Interpretation of the Convention on the International Sale of Goods and its Methods*, Rapport, Conference of the International Bar Association, Durban, 2002. Aussi : Walter VAN GERVEN, « Harmonisation of private law: do we need it », (2004) 41 *C.M.L.* (Common Market Law Review) 505.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

modèles juridiques étrangers (titre I) pour ensuite faire état de leurs applications pratiques dans la perspective de l'uniformisation (titre II).

### **TITRE I : LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU RECOURS À DES MODÈLES JURIDIQUES ÉTRANGERS DANS LA PERSPECTIVE DE L'UNIFORMISATION**

138 — . En cherchant à nous inspirer des législations européennes et nord américaines en matière de commerce électronique dans l'optique d'une réflexion prospective sur un cadre juridique commun dans le même domaine pour les pays membres de l'OHADA, nos travaux soulèvent clairement la problématique de la circulation des modèles juridiques. Nous envisageons par cette démarche formuler des propositions *de lege ferenda* en matière de commerce électronique à l'adresse des législateurs compétents de l'OHADA<sup>526</sup>. Dans cette perspective, et prenant en compte l'avertissement de Portalis<sup>527</sup>, il nous semble souhaitable, pour ne pas dire indispensable,

---

<sup>526</sup> Sur cette démarche : Joël MONÉGER, « De lege ferenda : d'un projet élaboré en catimini à un texte débattu concurrentement », *Loyers et copropriété*, n° 6, 2008, p. 1 ; Pierre MASSOT, « Les sanctions de la contrefaçon. Les solutions envisageables de lege ferenda », *Cahiers de l'Irpi*, n° 6, 2005, p. 83.

<sup>527</sup> Portalis soulignait à juste titre que : « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation , parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir. [...] Il ne

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

que notre réflexion se préoccupe à cet effet du contexte sociologique d'une éventuelle réception en Afrique de modèles juridiques élaborés en Amérique du Nord ou en Europe. Au fond, la question la plus importante, à nos yeux, est celle de savoir si l'OHADA peut se contenter d'adopter en bloc ou en partie, pour régir le commerce électronique sur le continent des modèles juridiques élaborés ailleurs ? Ou si, au contraire, se doit-elle de concevoir un modèle de régulation du commerce électronique qui tienne compte des particularités et des réalités sociales et économiques de ses États membres ? Pour répondre de façon adéquate à ces questions, il nous faut en premier lieu examiner les arguments théoriques qui militent en faveur d'un tel recours (chapitre I). En deuxième lieu, il nous faut ressortir les spécificités de l'OHADA si telle est que ces modèles juridiques devraient être les principales sources d'inspiration d'un acte uniforme sur le commerce électronique (chapitre II).

### CHAPITRE I : LES ARGUMENTS EN FAVEUR DU RECOURS

**139** — . Ces arguments sont de trois ordres : d'abord la circulation des modèles juridiques entre deux ou plusieurs juridictions est un phénomène de tous les temps (section 1). Ensuite, la réception de modèles de droit élaborés ailleurs n'est pas étrangère aux pays africains en raison de leur héritage colonial (section 2). Il y a qu'enfin, les

---

faut point des lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation », Jean- Etienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaires sur le projet de Code civil », dans *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix Marseilles, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, pp. 23-24.



droits étrangers ont déjà largement influencés l'élaboration des actes uniformes déjà adoptés (section 3).

***Section 1 : La circulation des modèles juridiques :  
un phénomène de tous les temps***

140 — . Par circulation de modèles juridiques, il faut entendre selon un auteur « l'entrée dans une société d'un droit ou de certaines règles juridiques qui ont été élaborés dans un milieu social différent et parfois à une époque lointaine »<sup>528</sup>. Les auteurs anglais ne s'entendent pas sur la traduction du vocable dans la langue de Shakespeare : certains utilisent l'expression “legal transplant”<sup>529</sup>, d'autres “legal irritant”<sup>530</sup> d'autres encore “transfrontier mobility of law”<sup>531</sup>. Au-delà de cette « querelle de synonymie », ce qu'il importe de retenir ici, c'est que la circulation des modèles

---

<sup>528</sup> Jean GAUDEMET, *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, 2000, p. 91. Voir aussi : Gianmaria AJANI, « La circulation de modèles juridiques dans le droit post-Socialiste », (1994) 4 *R.I.D.C.* 1087. L'expression « transfert de droit » est aussi généralement acceptée comme synonyme de « circulation de modèles juridiques » : par exemple : Michel ALLIOT, « Les transferts de droit ou la double illusion », in Michel ALLIOT (dir.), *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003.

<sup>529</sup> David NELKEN, « Legal Transplants and Beyond: of Disciplines and Metaphors », dans Andrew HARDING & Esin ÖRÜCÜ, (dir.), *Comparative Law in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 19; Alan WATSON, « Legal Transplants: An Approach to Comparative Law », Scottish Academic Press, n° 53, 1974.

<sup>530</sup> Gunther TEUBNER, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », (1998) 61 *Modern Law Review* 11, p. 12: “when a foreign rule is imposed on domestic culture [...] something else is happening. It is not transplanted into another organism; rather it works as fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events [...] it irritates law's “binding arrangements””.

<sup>531</sup> Robert W. JAGTENBERG, Esin ÖRÜCÜ, and Annie J. DE ROO, *Transfrontier Mobility of Law*, Boston, Kluwer Law International, 1995.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

juridiques n'est pas « tombées d'un arbre avant-hier » pour paraphraser le regretté Aimé Césaire<sup>532</sup>. Elle n'est en effet pas soudainement apparue comme un coup de tonnerre dans un ciel serein mais remonte plutôt à l'histoire. À ce sujet, le recteur Michel Alliot rappelle que « le Code d'Hammourabi a régné pendant un millénaire sur tout l'Orient ancien ; que les villes grecques s'empruntaient leurs législations comme d'ailleurs les villes médiévales européennes »<sup>533</sup>. Abondant dans le même sens, le professeur Alan Watson, figure emblématique de la théorie de la circulation des modèles juridiques écrit :

“The transplanting of individual rules or of a large part of a legal system is extremely common. This is true both of early times [...] and the present day. [...] Transplanting is, in fact, the most fertile source of development. Most changes in most systems are the result of borrowing”<sup>534</sup>.

**141** — . Après avoir rappelé l'influence prépondérante du droit romain sur les traditions juridiques en Europe<sup>535</sup>, Watson précise que la circulation des modèles

---

<sup>532</sup> Aimé CESAIRE, *Discours sur le colonialisme*, Paris, Présence africaine, 1989.

<sup>533</sup> M. ALLIOT, préc., note 175, p. 130. Aussi : Raphael TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri*, New York, Herald Square Press Inc., 1944; Georges MICHAELIDES-NOUARO, « La réception du droit civil byzantin en Grèce », Athènes, 1970 (Corapport au II<sup>ème</sup> Congrès international des études du Sud-Est Européen, Athènes, 7-13 mai 1970) et Alan WATSON, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1974.

<sup>534</sup> Alan WATSON, *Legal Transplants*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1974, p. 95.

<sup>535</sup> Alan Watson : “borrowing from another system is the most common form of legal change. For proof of this, one need only consider the reception of Roman law in later Europe”, Alan WATSON, *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, 131 *U. Penn. L. Rev.* 1125. Sur cette question aussi : Alan WATSON, *The Prehistory of Contracts with Especial Reference to Roman Law*, *Saturae Robert Feenstra* 37 (1985); Alan WATSON, *Legal Transplants and European Private Law*, *Ius Commune Lectures on European Private Law* 1 (2000); Alan WATSON, *The Evolution of Western Private Law*, Expanded ed. (Johns Hopkins University Press, 2001); Alan WATSON,

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

juridiques peut être réalisée entre pays indépendamment de leur niveau de développement :

“Successful borrowing could be made from a very different legal system, even from one at a much higher level of development and of different political complexion. What, in my opinion, the law reformer should be after in looking at foreign systems was an idea which could be transformed into part of the law of his country”<sup>536</sup>.

---

*Legal History and a Common Law For Europe* (Olin Foundation for Legal History, 2002) et Peter G. STEIN, « The Influence of Roman Law on the Law of Scotland », *Juridical Review*, viii, N.S., 1963.

<sup>536</sup> Alan WATSON, « Legal Transplants and Law Reform », *The Law Quarterly Review*, Vol. 92, 1976, p. 79. Il faut cependant savoir que l'enthousiasme de Watson à l'égard de la circulation des modèles juridiques est loin d'être partagé par l'ensemble de la communauté des « travailleurs de droit ». Nombres de juristes y sont farouchement opposés. La figure de proue de cette opposition est le professeur Otto Kahn Freund. Dans son article *On Uses And Misuses Of Comparative Law* devenu depuis un classique, cet auteur est plutôt sceptique sur la possibilité de faire circuler un modèle juridique d'un pays à un autre. Pour lui, cette circulation ne peut opérer qu'entre systèmes juridiques ayant des liens étroits : facteurs sociologiques, politiques, institutionnels, etc. doivent être pris en compte : “the degree to which any rule can be transplanted [...] still depends to some extent on the geographical and sociological factors [...]. The question is in many cases no longer how deeply it is embedded, how deep are its root in the soil of its country, but who has planted the roots and who cultivates the garden. Or in non metaphorical language: how closely it is linked with the foreign power structure”, Otto KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *The Modern Law Review*, vol. 37, 1974, pp. 12-13. Pour étayer son argumentation, Otto Kahn Freund fait référence à *De l'Esprit des lois* de Montesquieu qui à ses yeux est le premier des comparatistes modernes. Dans son célèbre œuvre, Montesquieu affirme en effet que : « les lois politiques et civiles de chaque nation [...] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre », Charles-Louis de Secondat de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, Livre I, Chap. 3 (*Des lois positives*). Le professeur Otto Kahn Freund insiste sur l'expression « un grand hasard »: “it is a great coincidence, a concatenation of circumstances which we can by no means take for granted that an organ of living body fits into another”, O. KAHN-FREUND, préc., note 536, p. 7. Et l'auteur de s'interroger : “were the forces which linked the law so closely to its environment that it could hardly ever change its habitat?” Se référant à *De l'esprit des lois*, il énumère des facteurs sociologiques (« le genre de vie des peuples »); des facteurs culturelles (« leurs inclinations, leurs mœurs, leurs manières ») et tout un catalogue de caractéristiques nationales qu'on peut qualifier d'éléments politiques (« la nature et le principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir ; le degré de liberté que la constitution peut souffrir »). S'agissant spécifiquement des facteurs politiques sus mentionnés, le passage le plus décisif de l'avis d'Otto Kahn Freund se trouve au livre XIX de l'œuvre de Montesquieu : « comme les lois civiles dépendent des lois politiques, parce que c'est toujours dans une société qu'elles sont faites, il serait bon que quand on veut porter une loi civile d'une nation chez une

autre, on examinât si elles ont toutes les mêmes institutions, et le même droit politique », C.-L. S. de MONTESQUIEU, préc., note 536, Livre XIX, Chap. 4. Le facteur politique est donc, à en croire Montesquieu le facteur le plus déterminant pour une circulation de modèles réussie en droit. Freund observe d'ailleurs que plus de deux cent ans plus tard la pensée du philosophe et écrivain français est toujours d'actualité : "Montesquieu's list of environmental factors has not lost its validity in the course of the more than two hundred years since he wrote it – at least not entirely, and in particular not in the relations between the so-called developed and the so-called developing nations or countries. But I submit - and this is my central thesis – that in these 200 years the geographical, the economic and social, and the cultural elements have greatly lost, but that the political factors have equally greatly gained in importance. The process of economic, social, cultural assimilation or integration among the developed countries (and also the developing countries has been accompanied by a process of political differentiation", O. KAHN-FREUND, préc., note 536, p. 7. Répondant aux critiques d'Otto Kahn Freund, Watson écrit : "with all his insights into the factors which militate against the transplanting of legal rules, Montesquieu badly – very badly – underestimated the amount of successful borrowing which had been going on, in his day. It is enough to draw attention to the Reception of Roman law in Western Europe. Of course, not every Roman legal institution was adopted at all, and many of those which were were profoundly modified in the process. Yet the Reception involved such a massive transfusion of Roman legal rules into the states of Western Europe that one simply cannot accept Montesquieu's claim that it is "un grand hazard" if the rules of one nation can suit another", A. WATSON, préc., note 536, p. 80. Loin de rassurer ou de convaincre, les propos de Watson ont généré des oppositions encore plus radicales. C'est dans cette catégorie qu'il faut ranger celle de Pierre Legrand dont l'article, "What "Legal Transplants""? (paru aussi sous le titre "The Impossibility of Legal Transplants", (1997) 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*) peut être considéré comme la critique la plus acerbe formulée à l'encontre des thèses de Watson. Opposé l'élaboration d'un Code civil européen (Pierre LEGRAND, "Against a European Civil Code", *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997), il voit d'un très mauvais œil l'importation de règles de droit d'un système juridique à un autre. The transplant, écrit-il : "does not, in effect, happen: a key feature of the rule – its meaning – stays behind so that the rule that was "there", in fact displaced over "here". Assuming a common language, the position is as follow: there was one rule (inscribed words a + meaning x), and there is now a second rule elsewhere (inscribed words a + meaning y). It is not the same rule. To paraphrase J. A. Jolowicz, the addition of a litre of green paint to four litres of yellow does not give us the same colour as the addition of litre of red paint to four litres of yellow. In sum, there always remains an irreducible element of autochthony constraining the epistemological receptivity to the incorporation of a rule from another jurisdiction, therefore limiting the possibility of effective "legal transplantation"", P. LEGRAND, préc., note 536, p. 57. Tout au plus poursuit le professeur Legrand : "what can be displaced from one jurisdiction to another is literally a meaningless form of words. To claim more is to claim too much. In any meaning-full sense of the term, "legal transplantation", therefore, cannot happen. No rule in the borrowing jurisdiction can have any significance as regards the rule in the jurisdiction from which it is borrowed", P. LEGRAND, préc., note 536, p. 63. Sur la controverse doctrinale sur un Code civil européen voir « ce que défendent les apologistes d'un droit européen, c'est le règne de l'hégémonie de l'homogène qui sanctionne la tendance irrépressible à réduire une diversité d'expériences juridiques à l'un... »; Philippe Malaurie : « je ne connais pas le droit européen et je ne l'aime pas. Ce que j'aime dans mon Europe, c'est sa diversité... Non, vraiment, je n'aime pas le droit privé européen unifié », Synthèse, in *Le droit privé européen*, in *Economica*, 1998 p. 246-247; René David : « On peut

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

**142** — . Le professeur Watson cite aussi en exemple le Japon qui à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle s'est servi du droit français comme modèle dans la rédaction de son code pénal et de son code de procédure criminelle adopté en 1882. Aussi, des éléments substantiels du code civil japonais adopté en 1898 proviennent-ils du droit allemand des contrats<sup>537</sup>. Ce qui a compté, prétend Watson est la volonté et le désir des japonais à faire de ces transferts un succès et non leur quelconque connaissance des contextes politiques français ou allemand ou une similarité vérifiable entre les institutions du Japon et celles des pays occidentaux<sup>538</sup>. Dans le même ordre d'idées, Esin Örucü fait remarquer que le droit n'est pas statique ; il est plutôt une force mobile donc transférable :

“The mobility of law takes various forms and the distances covered are amazingly long. We find Roman-Dutch legal institutions in South Africa, Swiss in Turkey and French in Louisiana. Not only are the paths taken diverse but also the methods by which such movements occur. In historical terms there have always been migrations of legal thought and

---

être bon européen et considérer avec réticence l'unification des droits européens ; on ne peut être bon européen et vouloir maintenir, sans effort d'harmonisation, la situation actuelle, c'est-à-dire la complète insularité de chaque système juridique national européen... Si l'Europe a un sens pour nous, il va de soi que nous devons vouloir l'harmonie des droits européens, sauf à déterminer en quoi doit consister cette harmonie et par quels moyens et sur quelles bases l'établir », in *L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation, Le droit comparé - Droits d'hier, Droits de demain*, Economica, 1982, p. 296; André-Jean Arnaud : « L'Europe juridique ne sera que si elle fait siens pluralisme et complexité, qui, dès l'origine, furent inscrits dans son histoire », André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991, p. 86.

<sup>537</sup> À ce sujet, William J. SEBALD, *The Civil Code of Japan*, London, Butterworth, 1934.

<sup>538</sup> Noda YOSIYUKI, *Introduction au droit japonais*, Paris, D , 1966, p. 49.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

institutions but never on such a scale and the speed and momentum we see today”<sup>539</sup>.

**143** — . En somme, s’inspirer des expériences européennes et nord américaines en matière de législations sur le commerce électronique dans l’optique d’une réflexion juridique sur l’harmonisation de ce même domaine du droit dans l’espace OHADA n’est, en soit pas une innovation. Loin d’être une nouveauté, la théorie de la circulation des modèles juridiques semble aussi vieille que le Code d’Hammourabi<sup>540</sup> même si la plupart des comparatistes s’accorde à dire qu’elle est aujourd’hui devenue une branche incontournable du droit comparé<sup>541</sup> en raison notamment de la globalisation des échanges qui a entraîné par ricochet une mondialisation du droit<sup>542</sup> :

“Importing and exporting bits and pieces of legal orders is hardly a new social phenomenon. It played an important role throughout the twentieth century, particularly in countries anxious to “modernise”, to adopt democratic regimes after defeat in war, or to impose them after victory. But such trade has become even more intense and pervasive in recent year, particularly after the political and economic reorientation of the socialist countries in Eastern Europe and the needs in many developing countries for legal infrastructure created by a globalising economy”<sup>543</sup>.

---

<sup>539</sup> Esin ÖRÜCÜ, “A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law”, in R. W. JAGTENBERG, E. ÖRÜCÜ, and A. J. DE ROO, préc., note 531, p. 5.

<sup>540</sup> M. ALLIOT, préc., note 528, p. 130.

<sup>541</sup> Esin ÖRÜCÜ, « *Unde Venit, Quo Tendit Comparative law ?* », in A. HARDING & E. ÖRÜCÜ, (dir.), préc., note 529, pp. 3-5.

<sup>542</sup> Voir sur cette question : Jacques CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in Charles-Albert MORAND (dir.), préc, note 79, pp. 37-61. Aussi : Éric LOQUIN et Catherine KESSIDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.

<sup>543</sup> Avant propos à David NELKEN & Johannes FEEST, (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland (Oregon), Hart publishing, 2001, p. 55.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

La circulation des modèles juridiques a un écho particulier en Afrique, terre d'élection par excellence de l'étude de l'imposition ou de la réception des droits étrangers<sup>544</sup> du fait d'une part de son héritage colonial et de l'autre de l'influence de droits étrangers dans l'élaboration des actes uniformes.

### ***Section 2 : L'héritage colonial des États membres de l'OHADA***

144 — . La plupart des pays membres de l'OHADA ont été des colonies françaises ou anglaises ou encore portugaises conformément aux accords de la conférence de Berlin de 1885 qui décidèrent du partage de l'Afrique. Dès le départ, et dans la perspective de sa supposée mission civilisatrice<sup>545</sup>, le législateur colonial imposa d'autorité son modèle juridique à « ses propriétés d'outre mer ». Modèles juridiques qui

---

<sup>544</sup> Sur la circulation des modèles juridiques étrangers en Afrique : Charles NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005; Rodolfo SACCO, *Le droit africain : anthropologie et droit positif*, Paris, D , 2009; Rolland SÉROUSSI, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dunod, 2000 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, Journées franco-italiennes, Paris, Litec, 1994 et Jean FOYER, « Les destinées du droit français en Afrique », *Penant*, 1962.

<sup>545</sup> Cette « mission civilisatrice » reposait entre autres sous le prétexte fallacieux voulant que les « indigènes » n'aient pas de droit : dans son *Introduction à la sociologie juridique*, Pedone, Paris, 1939, Nicholas Sergejevitch Timasheff doute fortement de l'existence « de droits véritables dans un certain nombre de sociétés africaines » qu'il qualifie de primitives. Sans ici adopter une forme de présentisme moral face aux injustices du passé, il nous semble que « l'application des règles de droit était tout de même assurée par des mécanismes connus et respectés » dans l'Afrique précoloniale qui a connu à un moment donné des royaumes et des empires. À ce sujet : Isaac SCHAPERLA, *Government and politics in tribal societies*, Londres, Watts, 1956; Joseph B. DANQUAH, *Gold Coast: Akan Laws and Customs and the Akim Abuakwa constitution*, London, Routledge & sons, ltd., 1928; Daniel CHU, Elliot P. SKINNER and Moneta BARNETT, *A glorious age in Africa: the story of three great African empires*, New York, Doubleday, 1956 et Yves BRILLON, *Ethnocriminologie de l'Afrique noire*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1980.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

tombèrent « sur l'Afrique comme un météore venu d'une autre planète »<sup>546</sup>. Un observateur averti de la scène juridique africaine explique qu'il s'est agi pendant cette période d'une « exportation forcée » du modèle juridique [européen] sur le vieux continent »<sup>547</sup>. En ce qui concerne par exemple le Sénégal, on peut lire dans l'arrêté français du 5 novembre 1830 que : « ce territoire, en matière d'application du code civil, sera considéré comme partie intégrante de la métropole. Toute personne née libre et vivant au Sénégal ou dans ses dépendances jouit des droits du citoyen français tels qu'ils sont garantis par le code civil »<sup>548</sup>. Le droit occidental régna ainsi sur les anciennes colonies africaines jusqu'aux indépendances. À leur accès à l'indépendance, les États membres de l'OHADA, soucieux de se sortir du labyrinthe du sous-développement, et ne pouvant se permettre un *tabula rasa* brutale des lois en vigueur, décidèrent de

---

<sup>546</sup> Jacques VANDERLINDEN, « À propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent », in Dominique DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 11.

<sup>547</sup> L. D. MUKA TSHIBENDE, préc., note 125, p. 383.

<sup>548</sup> Voir : Étienne LE ROY, « Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare », dans Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN (dirs.), *La Réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 298. Selon Étienne Le Roy, ce « texte est décisif dans le contexte du transfert puis de la réception du droit français au Sénégal ». Pour les colonies anglaises, Gordon R. Woodman : “[...] The colonial state included a legislature with authority to enact statutes of the type and having the effect of statutes in common law jurisdictions. It had an administration operating according to western and specifically common law principles of government. There was established a system of courts which were expressly required to apply the common law as administered in England at the time of reception. This was a continuation of the British imperial practice, in which the common law was applied generally in colonial courts, from all of which appeals lay to the Privy Council”, Gordon R. WOODMAN, “The implantation of the common law among African laws in Ghana”, in M. DOUCET et J. VANDERLINDEN (dirs.), *op. cit.*, note 195, p. 651. Voir aussi : Kristin MANN and Richard ROBERTS, *Law in Colonial Africa*, Londres, Portsmouth, 1991. Antony ALLOTT, *New Essays in African Law*, London, Butterworth, 1970.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

maintenir le système juridique légué par le colonisateur<sup>549</sup>. René David et John Brierley

font état de la situation dans les termes suivants :

“The law of western inspiration established by colonial powers has been confirmed in all the new states; as yet no voice has been raised in favour of its abrogation, even in those states which have declared themselves to be socialist. No important legislation has been repealed with a view to returning to the past. Various steps taken in different parts of the continent clearly indicate the intention to retain, and to perfect, the “modern law” put into operation during colonial times”<sup>550</sup>.

**145** — . À ce titre, ce n'est pas un hasard si la première constitution sénégalaise de 1959 indiquait clairement qu'à « moins que les autorités de la République du Sénégal n'en ait décidé autrement, les lois et règlements actuellement en vigueur [au moment de

---

<sup>549</sup> On peut alors parler de réception volontaire des droits importés ; l'imposition différent de la réception puisque cette dernière est le fait d'États indépendants : Jacques VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 57.

<sup>550</sup> René DAVID & John E. BRIERLEY, *Major legal systems in the world today*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Steven & Son, 1978, p. 520. Guy A. Kouassigan en fait aussi l'écho : « l'accession de ces pays à la souveraineté internationale n'a pas entraîné de profonds bouleversements dans leur organisation en tant qu'États. En vérité, dans la plupart des cas, il y a substitution de personnes plutôt que de révolution des institutions. [...] Les nouveaux dirigeants africains [n'ont pas cru] devoir remettre en cause ce qui leur paraît être un modèle d'organisation d'État moderne. [...] Les réformes intervenues [...] après l'indépendance n'ont guère altéré l'image que donnent les pays d'Afrique [...] d'être une projection de la France sous les Tropiques », Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, p. 22. Pour le doyen Decottignies, l'abrogation du droit colonial le jour des indépendances « aurait permis de tuer impunément son voisin ! », Roger DECCOTTIGNIES, « L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais », *Annales africaines de l'Université de Dakar*, 1964, p. 93. C'est dans le sens du maintien du droit colonial qu'il faut aussi lire la première constitution sénégalaise : « à moins que les autorités de la République du Sénégal n'en ait décidé autrement, les lois et règlements [coloniaux] actuellement en vigueur continueront à avoir leur plein effet en tout ce qu'ils ne sont pas contraires à la présente constitution ». Aussi, la cour de justice gabonaise de Céans : « l'indépendance du Gabon n'a pas eu pour conséquence de remettre en cause les textes promulgués lors de la souveraineté française, mais de la nationaliser au sens gabonais ». Voir : *Arrêt C.A. Libreville, 8 janvier 1963, aff. Bikey c/ Izouret, in Penant*, 1963, pp. 548 et s.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

l'accès à l'indépendance] continueront à avoir leur plein effet en tout ce qu'ils ne sont pas contraire à la présente constitution ». Dans le même sens, la Cour de Cécans au Gabon statuait que « l'indépendance du Gabon n'a pas eu pour conséquence de remettre en cause les textes promulgués lors de la souveraineté française, mais de la nationaliser au sens gabonais »<sup>551</sup>. En outre, le droit hérité de la colonisation aura permis de « régenter toutes les situations créées par le passage à la modernité, situations auxquelles les coutumes traditionnelles n'offraient pas de solutions pratiquement utilisables »<sup>552</sup>. Et Léopold Sédar Senghor d'écrire :

« Le colonialisme a eu ses ombres et ses clartés. Si l'Europe a détruit un certain nombre de nos valeurs de civilisation, elle nous a apporté parfois des valeurs de remplacement, presque toujours des valeurs fécondes, complémentaires »<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup> *Arrêt C.A. Libreville, 8 janvier 1963, aff. Bikey c/ Izouret*, in *Recueil Penant*, 1963, pp. 548 et s.

<sup>552</sup> L. D. MUKA TSHIBENDE, préc., note 125, p. 384.

<sup>553</sup> Léopold Sédar SENGHOR, *Déclaration de Londres*, Londres, Institut Royal des Relations Internationales, 1961. Il importe de mentionner ici que la vision de Senghor est loin d'être partagée par l'ensemble des intellectuels africains : un courant de pensée préconise lui la « *décolonisation intégrale* » c'est-à-dire la destruction totale de toutes les structures coloniales, qu'elles soient politiques, économiques ou juridiques. Voir à sujet M. JOUANNIN, *La pensée d'Ahmed Sékou Touré*, Thèse, Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, 1966. Cité par Pierre François GONIDEC, *Les droits africains : évolution et sources*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, p. 32. Dans la même mouvance : l'écrivain Frantz Fanon écrit : « dans décolonisation il y a [...] exigence de remise en question intégrale de la situation coloniale [...]. Pour le colonisé, la vie ne peut surgir que du cadavre en décomposition du colon », Frantz FANON, *Les Damnés de la Terre*, Paris, La Découverte, 1961. Cité par P. F. GONIDEC, préc., note 117, p. 32. Il faut préciser que La contestation de l'utilité des transferts de droit en Afrique fut d'abord l'œuvre des politiques et des anthropologues dans une Afrique fraîchement indépendante « où il n'existe, en dehors des grands centres, qu'un nombre très réduit, parfois insignifiant, de juristes » (René DAVID, *Le droit comparé. Droits d'hier, droit de demain*, Paris, Economica, 1982, p. 254). On reproche principalement aux droits transférés de ne suffisamment pas tenir compte des réalités locales et des besoins des africains. Jean Foyer l'exprimait déjà clairement en 1962 dans ses réflexions sur *les destinées du droit français en Afrique* : « Il faut bien reconnaître que l'héritage que nous vous laissons n'est, d'une part, peut-être pas aussi satisfaisant qu'il serait souhaitable et qu'il n'est pas toujours, convenons-en, adapté

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

**146** — . Il ne faut non plus oublier que c'est au contact de l'Occident que nous devons le droit positif des États africains tel qu'il est aujourd'hui appliqué et ce, dans une Afrique multiculturelle et multiethnique où il aurait été difficile voire impossible de déterminer une tradition unique applicable à tous. En somme, les transferts successifs de droit opérés depuis les indépendances ont assuré la viabilité des États africains, leur permettant ainsi de prendre leurs places dans le concert des nations et de participer aux échanges commerciaux internationaux. Le droit colonial est le socle sur lequel se sont construits les jeunes États indépendants et depuis lors, les modèles juridiques des anciennes métropoles ont toujours influencé les réformes législatives successives opérées en Afrique y compris celles entreprises dans le cadre de l'OHADA.

---

à vos nécessités et à vos besoins ». Quelques années plus tard, en 1972, au colloque de Dakar, les praticiens de droit sénégalais trouvaient impératif l'adaptation du droit sénégalais aux réalités sénégalaises. Adaptation qui devrait rendre « compte de la différence fondamentale entre les structures sociales des peuples français et africains, inspirés ici du droit romain et des mœurs chrétiennes et là des coutumes africaines musulmanes et fétichistes » (Rapporté par Stanislas MELONE, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », Acte du colloque de Dakar, *Revue Sénégalaise de Droit*, 1977, p. 52. Voir aussi : Xavier BLANC-JOUVAN, « La résistance du droit africain à la modernisation », Actes du Colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, *Revue Sénégalaise de Droit*, 1977, p. 22 : « les pratiques et croyances ne peuvent pas se transformer subitement, sous l'action d'un législateur moderne... , et il est illusoire de penser que le droit peut changer plus vite, au risque même de détruire l'harmonie d'ensemble ». Dans le même ordre d'idée : René DAVID, « La refonte du Code Civil dans les États africains », *Annales africaines*, 1962, p. 162: « le droit se doit de composer avec les données sociales et respecter dans une certaine mesure les sentiments, les manières de voir naturelles de la société, à peine de demeurer une œuvre théorique et de perdre même le caractère de droit ; car il ne serait plus, en dépit de toute sa valeur morale, ce qui est juste pour la société envisagée ». Ces vœux resteront pieux !

***Section 3 : L'influence de droits étrangers dans l'élaboration des Actes uniformes***

147 — . La plupart des pays membres de l'OHADA sont des pays francophones et les liens étroits qu'ils entretiennent avec l'ancienne métropole, la France est un secret de polichinelle. Cinquante ans après les indépendances, le modèle juridique français, jadis importé de force est demeuré pour ces États africains la meilleure des références dans la construction de leur droit. Même l'OHADA qualifiée de « révolution juridique unique au monde »<sup>554</sup> n'échappe pas à cette réalité. Le droit français est la « mamelle nourricière principale »<sup>555</sup> des Actes uniformes de l'organisation : l'Acte uniforme portant organisation des sûretés par exemple puise pour l'essentiel son inspiration dans le livre IV du Code civil français. La typologie des sûretés ainsi que leur classement ne sont pas étrangers aux juristes de l'hexagone<sup>556</sup>. La filiation dans le domaine du droit commercial est encore plus patente. Un auteur observe que :

« L'analyse de la plupart des Actes uniformes adoptés par cette organisation montre en effet qu'ils s'inspirent directement de la législation commerciale française. Ainsi, comme en droit français, l'acte de commerce est le fondement de ce droit commercial uniforme. De même, la notion de société trouve ses racines dans la définition de l'article 1832 du Code civil [...]. Cette influence du droit français est d'autant plus intéressante

---

<sup>554</sup> L. BENKEMOUN ET J. VIALENS, préc., note 142, p. 3.

<sup>555</sup> Expression empruntée à Achille NGWANZA, « OHADA entre adolescence et âge adulte : une crise existentielle », *Penant*, n° 866, 2009, p. 14.

<sup>556</sup> Voir à ce sujet les titres I, II et III de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

qu'elle provoque indirectement un rapprochement du droit africain des affaires avec le droit de l'Union européenne »<sup>557</sup>.

**148** — . Le modèle juridique français n'est cependant pas la seule source d'inspiration des Actes uniformes ; ceux-ci sont aussi influencés par des textes internationaux : il est généralement admis aujourd'hui que l'*Acte uniforme relatif au droit commercial général* est largement inspiré de la *Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*<sup>558</sup>; que l'*Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route* adopté à Yaoundé en mars 2003 est arrimé aux normes de la Convention relative au transport international de marchandises par route<sup>559</sup> ou encore que l'*Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats* a pour modèle les *Principes d'Unidroit relatif aux contrats du commerce international*<sup>560</sup>. Les exemples sont légions et nous ne prétendons pas ici à l'exhaustivité<sup>561</sup>. Toujours est-il que ces sources d'inspiration internationales sont :

---

<sup>557</sup> Denis VOINOT, « La législation française : instrument du rayonnement du droit français dans le monde », *L.P.A.*, n° 48, 2005, p. 5.

<sup>558</sup> Les similitudes entre les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général et celles de la *Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* concernant la formation du contrat de vente et les obligations des parties sont patentées. À ce sujet : Gaston KENFACK DOUJANI, « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », *Penant*, n° 851, 2005, p. 175 ; Alain FENEON, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », *Penant*, n° 853, 2005, p. 465.

<sup>559</sup> Cette convention dite « Convention CMR » a été adoptée en mai 1956 par la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies.

<sup>560</sup> Pour une étude approfondie de l'influence des *Principes d'Unidroit relatif aux contrats du commerce international* sur l'*Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats* : Marcel FONTAINE, « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Rev. dr. unif.*, n°2, 2004, p. 259 et Félix ONANA ETOUNDI, « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

« Des compromis entre les systèmes juridiques de droit continental et ceux de la Common Law, démentant ainsi ou, à tout le moins, conduisant à relativiser l'affirmation selon laquelle le droit OHADA est essentiellement d'origine civiliste »<sup>562</sup>.

Si le droit de l'OHADA est un hybride, à la fois civiliste et de Common Law, et fortement sous influence aussi bien de droits nationaux que d'instruments internationaux, nous sommes justifiés de nous inspirer des législations européennes et nord américaines en matière de commerce dans l'optique d'une harmonisation de ce même domaine de droit dans notre région d'étude. Notre démarche ne peut qu'être enrichissante dans la perspective d'une intégration future des pays anglophones dans la zone OHADA<sup>563</sup>. Mais encore nous faut-il tenir compte des spécificités de cette organisation dans cette démarche

---

l'avant – projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.*, n° 4, 2005, p. 709.

<sup>561</sup> Aussi, affirme-t-on que le système comptable OHADA n'est rien d'autre qu'une pâle copie des normes de l'International Accounting Standards Board (IASB) ; que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est empreint des dispositions de la loi modèle de la CNUDCI de 1985 relative à l'arbitrage ; etc. Voir : G. KENFACK DOUAJNI, préc., note 558, p. 179.

<sup>562</sup> G. KENFACK DOUAJNI, préc., note 558, p. 188.

<sup>563</sup> Sur les perspectives d'une admission future des pays anglophones au sein de l'OHADA : Marie Joseph COFFY de BOISDEFFRE, « Le rapprochement des normes de l'OHADA avec la législation des pays d'anglophone à la lumière de l'expérience de l'harmonisation du droit des affaires des pays de l'Union européenne », *Penant*, n° 849, 2004, p. 425.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

### CHAPITRE II : LA PRISE EN COMPTE DES RÉALITÉS SOCIO-ÉCONOMIQUES DE L'OHADA

La prise en compte des réalités socio-économiques de l'OHADA permettra d'assurer l'effectivité d'un éventuel Acte uniforme sur le commerce électronique. Le droit, écrit un auteur,

« N'est pas une création arbitraire du législateur. Il est le produit du milieu social. Il s'adapte aux conditions économiques, sociales, morales de chaque société. Il se modifie incessamment sous leur poussée. Il évolue ...»<sup>564</sup>.

**149** — . Par réalités socio-économiques de l'OHADA, nous entendons ici des « circonstances de fait et les données sociologiques qui prévalent dans les [États signataires du Traité], et qui peuvent avoir une incidence sur le choix des règles juridiques les plus appropriées »<sup>565</sup> relatives au commerce électronique. Trois traits caractéristiques des pays membres de l'OHADA nous semblent soulever des interrogations dans le cadre des présents travaux : premièrement, ces pays sont pour la plupart des États en développement. Devons-nous tenir compte du niveau de développement économique des États membres ? (section 1). Qu'en est-il, deuxièmement de l'analphabétisme très répandu dans notre région d'étude ? Devons prendre en compte cette donnée dans nos choix des modèles juridiques applicables au

---

<sup>564</sup> Henri CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, Pedone, 1904, p. 7. Cité par Emmanuel S. DARANKOUM, « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », (Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007), *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 242.

<sup>565</sup> M. FONTAINE, préc., note 560, p. 259.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

commerce électronique ? (section 2). Enfin et troisièmement, la téléphonie mobile apparaît comme le véhicule privilégié du commerce électronique dans l'espace OHADA. Nos réflexions sur l'uniformisation du cadre juridique de ce type de commerce ne devrait-elle pas prendre en considération cette technologie ? (section 3).

### *Section 1 : Le niveau de développement économique des États membres*

150 — . Nous partons du postulat qu'il est possible de promouvoir le développement et accélérer le progrès au moyen du droit<sup>566</sup>. Dans le contexte des pays de l'OHADA, quelle couleur devrait prendre le droit afin d'accomplir efficacement cette noble fonction ? Pour certains, il faut emprunter au passé traditionnel les cadres fondamentaux de la pensée juridique africaine et en adapter le contenu aux techniques modernes du développement économique et social<sup>567</sup>. Pour d'autres, le développement suppose une

---

<sup>566</sup> John H. MERRYMAN, « Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style Decline and Revival of the Law and Development Movement », *The American Journal of Comparative Law*, 25, 1977, p. 461.

<sup>567</sup> Telle est l'opinion du professeur Vanderlinden : « l'un des grands défis que pose l'avenir de l'Afrique est sans doute de lui permettre de redevenir elle-même et de constituer « un quartier » dans ce village global ; pour le juriste, cela passe nécessairement par une décolonisation mentale qui ne peut venir que des Africains eux-mêmes retrouvant la saveur des produits juridiques de leurs terroirs même si occasionnellement le produit importé passé au four à micro ondes peut être utile comme « roue de secours » temporaire », J. VANDERLINDEN, préc., note 193, p. 11. Dans la même logique : Etienne LEROY, « Droit et développement en Afrique noire francophone après dix ans d'indépendance politique », *Revue sénégalaise de droit*, 1971, pp. 52-72 ; Etienne LEROY, « Inventer un autre droit pour répondre à la crise des sociétés africaines », in *Marchés tropicaux*, n° 3000, 2003, pp. 981-983 ; Jacques VANDERLINDEN, « Droit du développement, droit au développement et développement du droit », *Bulletin des Séances de l'Arson*, vol. 18, n° 4, 1982, pp. 423-433 ; Eugène SHAEFFER, « Aliénation, réception, authenticité. Réflexions sur le droit du



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

mutation globale et profonde des sociétés africaines. Cette mutation passerait par l'adoption de modèles juridiques similaires à ceux qui existent en Occident puisque, seuls ces modèles juridiques, en avance sur les réalités économiques et sociales africaines sont en mesure de conduire les pays en développement vers la modernité<sup>568</sup>.

---

développement », *Penant*, 1974, p. 311; Max GLUCKMAN, « Problems and research arising from the study of traditional systems of law », in André TUNC (dir.), *Aspects juridiques du développement économique*, Paris, D , 1966, p. 73. Certains de ces auteurs récusent l'idée même de développement absolu ou de développement universel et concluent par voie de conséquence que la modernité juridique est nécessairement relative : « chaque société suit sa propre voie de développement vers un état de modernité qui lui est particulier [...]. Nous ne pouvons pas utiliser longtemps le modèle occidental, comme étalon de mesure », Georges BALANDIER, *Sociologie des mutations*, Paris, Anthropos, 1970, pp. 18-19. Sur le concept de modernité juridique : Raymond VERDIER, « En deçà et au-delà de la modernité juridique », in Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA, Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Les éditions Thémis, 1998, p. 47 ; Christian ATIAS, « Progrès du droit et progrès de la science du droit », *RTD civ.*, 1983 ; Jean Louis THIREAU, « Aux sources de la modernité juridique », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 40, 2004, p. 157 ; Pascale VINCENT, *Le droit autrement : nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2001.

568

Cette modernisation « postule que le développement est un processus évolutif conduisant inévitablement à l'établissement d'institutions politiques, économiques et sociales [comparables] à celles en Occident, à savoir une économie de marché capitaliste, des administrations hiérarchiquement organisées et soumises à un droit codifié, un régime politique démocratique, pluraliste et libérale », Thierry DELPEUCH, « La coopération internationale au prisme du courant « droit et développement », *Droit et société*, n° 62, 2006, p. 127. Au nombre de ceux qui pensent que priorité doit être accordée au développement économique : Kéba M'BAYE, « Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest », in A. TUNC (dir.), préc., note 209, p. 121 ; René GENDARME, « Problèmes juridiques et développement économique », in A. TUNC (dir.), *op. cit.*, note 209, p. 25 ; Jacques BOUVERESSE, *Droit et politiques de développement et de coopération*, Paris, PUF, 1990 ; G. A. KOUASSIGNAN, *op. cit.*, note 197 ; Paul BAIROCHE, *Le tiers monde dans l'impasse*, Paris, Gallimard, 1971, p. 136. Plus explicitement, Athanase C. PAPACHRISTOS écrit : « si la sauvegarde des droits coutumiers traditionnels constituait pendant la période coloniale un moyen de résistance qui pouvait renforcer la conscience africaine, leur maintien [aujourd'hui] entraverait le développement économique, condition indispensable de l'indépendance réelle et de la prospérité des peuples africains. Le développement économique [...] ne constitue pas pour les sociétés africaines une option, une voie qu'elles sont libres à suivre, mais une nécessité impérieuse », Athanase C. PAPACHRISTOS, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 29.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

**151** — . Les deux approches nous paraissent, l'une et l'autre radicales : au prime abord, se confiner dans un passé ancien et chanter les valeurs de l'Afrique traditionnelle dans la recherche d'un droit capable d'assurer la prospérité économique est contre productif. Peut-être objectera-t-on que l'Afrique n'est pas condamnée à l'uniformisation au nom de la mondialisation<sup>569</sup>. Il ne s'agit pas ici de nier au pays de l'OHADA leur africanité ni de remettre totalement en cause le droit traditionnel qui, nous n'en doutons pas peut trouver application dans d'autres domaines du droit comme par exemple en droit de la propriété, de la famille ou encore des successions. Application totale et sans discernement de ce droit serait pour le moins difficile, voire impossible en ce qui concerne notre champ d'étude, soit le droit des technologies de l'information. Qui en effet pourrait raisonnablement songer à établir un cadre juridique du commerce électronique puisant exclusivement « *sa source dans les profondeurs des traditions africaines ?* »<sup>570</sup>. Selon un auteur :

« Le droit traditionnel ignore la plupart des instruments juridiques nécessaires aux opérations économiques du monde moderne. Il ne connaît, par exemple, ni chèque, ni lettre de crédit et d'une manière générale tout ce qui incarne la civilisation de l'écriture. Si l'on y rencontre des institutions comme le cautionnement, le gage ou encore les intermédiaires de commerce, leur incorporation dans le droit moderne ne répond souvent qu'à l'expression d'une certaine idée d'affirmation de prise en compte de spécificités locales. C'est une œuvre sans

---

<sup>569</sup> Étienne LE ROY, « Quels projets de société pour les Africains du XXI<sup>e</sup> siècle » dans Camille KUYU (dir.), *À la recherche du droit africain du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Connaissances et savoirs, 2005, p. 68.

<sup>570</sup> Djibril ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, 2003, p. 103.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

lendemain pour le monde des affaires auquel « l'innovation » est destinée »<sup>571</sup>.

Dans la même veine, un auteur appelé à se pencher sur la notion du *favor contractus* dans l'*Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* opine que :

« [...] Les actes uniformes ne sont pas coulés dans le béton. [Que] l'euphorie et les prudences des premières heures de la première génération des Actes uniformes pourraient expliquer certaines solutions retenues sans pour autant qu'elles constituent des solutions idéales. [Que] le danger serait de ne pas corriger certaines erreurs ou impertinences qui pourraient se solder, à terme, par la création d'une autre méfiance à l'endroit du droit africain. [Qu'] ici donc, aucune particularité africaine ne justifierait la résolution judiciaire comme mode de principe. L'avènement de l'avant-projet constitue une opportunité propice, s'agissant du droit contractuel général, permettant à l'Afrique de rejoindre un mouvement de la modernité. Modernité qui consiste à faire du contrat, une chose des parties [...] »<sup>572</sup>.

**152** — . La seconde approche nous semble aussi péchée par son postulat : l'importation exclusive de modèles juridiques occidentaux ne garantit pas le succès ! Aucun ordre juridique ne détient de pharmacopée universelle de mesures-types capable de remédier au sous-développement. Le bilan des vingt dernières années des mouvements d'import/export de réformes juridiques et judiciaires orchestrés en faveur des pays africains est plutôt très mitigé<sup>573</sup>. Le faible degré de « pénétration » des droits

---

<sup>571</sup> Idem, p. 95.

<sup>572</sup> E. S. DARANKOUM, préc., note 564, p. 238.

<sup>573</sup> À ce sujet, Djibril Abarchi sur l'exemple des pays africains francophones : « tout se passe pour la plupart [de ces pays] comme si la France était devenue un laboratoire commun d'expérimentation du droit et que les constats qui ont conduit aux réformes dans ce pays sont valables partout et

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

importés dans les sociétés du Tiers monde a déjà fait l'objet de riches études<sup>574</sup>. À l'usage, ces droits importés ont montré leur limite car ne répondant pas aux réalités politiques et sociales africaines<sup>575</sup>. C'est pour cette raison qu'il importe de faire preuve d'une extrême vigilance lorsqu'on veut s'inspirer de législations étrangères pour construire son propre droit. *Ubi societas, ibi jus* dit la locution latine : lorsque la société change, le droit se modifie. Nous faisons ici nôtres les observations du recteur Michel Alliot :

« Il ne suffit pas de recopier un texte pour transférer un droit. Le texte ne parle que par les représentations qui lui sont associées et qui ne s'expatrient pas. Et quand bien même le discours qu'ils forment s'exporterait, il devrait s'associer à des pratiques juridiques qui auraient toutes chances de différer de celles qu'on attendrait, parce qu'elles répondent à des objectifs différents. [...]. Les manuels peuvent laisser croire que le droit se résume au texte : la réalité s'insurge contre le fétichisme du texte »<sup>576</sup>.

**153** — . S'inspirer de modèles juridiques occidentaux pour moderniser son propre droit n'est en soi pas un mal. Au contraire, il est admis en doctrine qu'il « n'est guère de grande réforme législative [...] qui ne soit pour divers motifs précédée

---

pour tous. Ainsi l'expérience menée doit par la suite profiter à tous. N'est-ce pas confondre évolution technologique et évolution juridique que de procéder à des réformes sur cette base ? Car, il faut le souligner, si les progrès technologiques se prêtent à un usage quasi universel, il n'en est pas de même du droit qui fait souvent appel, pour sa réceptivité dans l'ordre social, jusqu'aux considérations culturelles les plus profondes de l'homme », D. ABARCHI, préc., note 570, p. 93.

<sup>574</sup> Idem, p. 90.

<sup>575</sup> Idem, p. 93 : « le législateur africain, même dans les domaines où la force de la tradition prédestine le droit importé à l'ineffectivité a parfois fait preuve d'un mimétisme hardi ».

<sup>576</sup> M. ALLIOT, préc., note 528, p. 133.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

maintenant d'une enquête de droit comparé »<sup>577</sup>. Nous soumettons que le droit capable d'apporter à l'espace OHADA prospérité économique et développement social est forcément un « droit métissé » constitué à la fois d'expériences étrangères et de couleurs locales et qu'en réalité, il n'existe pas à proprement parler de système juridique « pure laine »<sup>578</sup>. Ainsi, comme on ne peut mener une réflexion sur un cadre juridique sur le commerce électronique en Afrique *ex nihilo*, il y a lieu de voir ce qui se passe ailleurs notamment dans les pays d'Europe et d'Amérique du Nord qui ont une expérience avérée en la matière. Un juriste éminent faisait d'ailleurs remarquer que :

« Les nouvelles technologies de l'information relèvent en totalité des sciences exactes ou naturelles, dont les lois propres sont communes à toute la planète. [Que] si leur logique s'imposait à la norme juridique, elle conduirait nécessairement à un droit universel »<sup>579</sup>.

**154** — . En l'espèce, tout en nous prémunissant d'un mimétisme juridique aveugle, il convient, dans le cadre du présent projet de faire preuve ce qu'on pourrait qualifier d'un « pragmatisme juridique » et avancer des propositions capables de doter

---

<sup>577</sup> Rodolfo SACCO et al., *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000, p. 12.

<sup>578</sup> À ce sujet, R. W. JAGTENBERG, E. ÖRÜCÜ, and A. J. DE ROO, préc., note 521, p. 7 : « in fact all legal systems are mixed. There is no pure legal system ». Dans le même sens : Pierre ARMINJON, Baron NOLDE and Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, vol. I, Paris, LGDJ, p. 49. Pour certains auteurs, « l'acculturation et le métissage des modèles juridiques constituent sans doute un des prochains champs de bataille en droit comparé. Les deux impliquent bel et bien un mélange de concepts issus des traditions juridiques des pays récepteurs et de celles des pays exportateurs de modèles », Hélène PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 130. Aussi : Werner MENSKI, *Comparative Law in Global Context: the legal systems of Asia and Africa*, New York, Cambridge University Press, 2006.

<sup>579</sup> Pierre CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Défrénois*, n° 15, 2000, p. 897.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

les pays de l'OHADA d'une armature juridique susceptible d'attirer les investisseurs et de permettre aux États membres de participer « à armes égales » aux échanges internationaux »<sup>580</sup>. Les législations européennes et nord américaines en matière de commerce électronique ont déjà inspiré une abondante doctrine et fait l'objet de nombreuses applications jurisprudentielles. L'OHADA en s'y inspirant disposerait d'emblée du bénéfice de cette littérature. Nous devons toutefois avoir à l'esprit le taux élevé d'analphabétisme qui caractérise notre région d'étude.

### *Section 2 : L'analphabétisme et le manque de culture juridique*

155 — . Devons-nous tenir compte du taux élevé d'analphabétisme qui caractérise notre région d'étude<sup>581</sup>? Le professeur Marcel Fontaine à qui a été confié la rédaction du *Projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats* s'est longuement penché sur cette interrogation. L'auteur en est venu à la conclusion qu'un « droit simplifié, limité à un certain nombre de règles élémentaires de compréhension aisée »<sup>582</sup> n'était pas la bonne façon de doter l'OHADA d'une armature susceptible d'attirer les investisseurs<sup>583</sup>. Aussi, préconise-t-il « un droit harmonisé des contrats qui contiennent des règles sophistiquées quant au processus de formation, quant aux sanctions, quant à la

---

<sup>580</sup> M. FONTAINE, préc., note 560, p. 259.

<sup>581</sup> Le professeur Marcel se référant aux conclusions du doyen Melone note que « l'analphabétisme avait déjà été mis en évidence au colloque de Dakar de 1977 comme la principale spécificité dont il fallait tenir compte dans la perspective de l'adaptation du droit aux réalités africaines », Marcel FONTAINE, « Acte uniforme sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant projet », 2006, p. 9, en ligne : <<http://www.unidroit.org>> (consulté le 29 mars 2011).

<sup>582</sup> M. FONTAINE, préc., note 560, p. 259.

<sup>583</sup> Idem, p. 259.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

transmission de ces obligations »<sup>584</sup>. Cette conclusion a engendré des débats passionnés parfois passionnels au sein de la doctrine africaine : des auteurs ont fait remarquer que le faible degré de « pénétration » des droits importés dans les sociétés africaines n'était aucunement lié à un quelconque analphabétisme ; que « même les analphabètes savent qu'il faut respecter la loi »<sup>585</sup>. Il est soutenu que « la difficulté se situe plutôt au niveau de l'acceptation effective »<sup>586</sup> de ces droits par les sociétés africaines. Sociétés qui se distinguent par une grande tradition orale et où le mode privilégié de preuve n'est pas l'écrit mais le témoignage<sup>587</sup>. Comment concilier un droit des technologies de l'information moderne avec ses caractéristiques ? Que faire pour que les règles juridiques du commerce électronique que nous proposerons soient effectives pour la marchande de Bamako ? Le « bon droit », affirme un juriste « naîtra d'une dialectique des sciences exactes et des sciences humaines, laquelle celles-ci prendront en compte les aspects sociaux et moraux de la loi nouvelle »<sup>588</sup>.

---

<sup>584</sup> M. FONTAINE, préc., note 560, p. 10.

<sup>585</sup> F. ONANA ETOUNDI, préc., note 224, p. 709.

<sup>586</sup> *Idem*, p. 709.

<sup>587</sup> F. ONANA ETOUNDI, préc., note 224, p. 702.

<sup>588</sup> P. CATALA, préc., note 579, p. 897.

***Section 3 : La téléphonie mobile : principal vecteur du commerce électronique dans notre région d'étude***

156 — . Le commerce électronique exige une infrastructure communicationnelle de qualité. Or, le niveau de connectivité à l'internet des pays de l'OHADA est encore bas<sup>589</sup>. L'Union Internationale des Télécommunications (UIT) note que la bande passante est faible de façon générale en Afrique et l'accès à l'internet y demeure relativement coûteux en comparaison aux autres régions du monde<sup>590</sup>. Face à ces insuffisances, la téléphonie mobile apparaît comme la « porte de sortie », la technologie qui permettrait, selon certains experts aux États africains de réaliser le « le fameux saut technologique » (le leapfrogging) leur permettant de « brûler les étapes pour accéder au développement et à la société de l'information »<sup>591</sup>. Plusieurs études rendent compte de la popularité plutôt inattendue et inespérée du téléphone cellulaire en Afrique. Par exemple, Nigel Scott, Simon Batchelor, Jonathon Ridley et Britt Jorgensen soulignent que :

« The demand for mobile phones in Africa in the last few years has been more than most people expected and continues to expand. Operators have traditionally target urban areas, but it is the demand from rural and low income areas that have exceeded

---

<sup>589</sup> Sur cette question : Amavi TAGODOE, *Diffusion du droit et Internet en Afrique de l'Ouest*, Mémoire, Université de Montréal, 2005, pp. 48 et s.

<sup>590</sup> UNION INTERNATIONALE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS (UIT), *African Telecommunication/ICT Indicators 2008: At a Cross-Roads*, 8<sup>th</sup> Edition, Genève, 2008; UNION INTERNATIONALE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS (UIT), *Measuring the Information Society 2007: ICT Opportunity Index and World Telecommunication/ICT Indicators*, Genève, 2007.

<sup>591</sup> Annie CHÉNEAU-LOQUAY, « Les territoires de la téléphonie mobile en Afrique », *Netcom*, n° 1/2, 2001, p. 1.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

all expectations. The use of phones has already become part of African culture »<sup>592</sup>.

157 — . Ce nouveau média, accessible à moindre coût<sup>593</sup> et qui de par sa nature permet de briser la solitude humaine offre déjà à de nombreux africains la possibilité d'accéder sans se déplacer à leur compte bancaire, d'envoyer de l'argent et même d'opérer des achats tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur pays<sup>594</sup>. Si la téléphonie

---

<sup>592</sup> Nigel SCOTT, Simon BATCHELOR, Jonathon RIDLEY & Britt JORGENSEN (dir.), *The Impact of Mobile Phones in Africa*, Commission for Africa, en ligne : <<http://www.commissionforafrica.org>>. Sur l'impact du telephone mobile en Afrique : Arun SARIN, « Africa: The Impact of Mobile Phone », *The Vodafone Policy Paper Series*, 3, 2005; Jonathan DONNER, « The Use of Mobile Phones by Microentrepreneurs in Kigali, Rwanda: Changes to Social and Business Networks », *Information Technologies and International Development*, vol.3, n° 2, 2006, p. 3; Peter HAHN & Ludovic KIBORA, « The Domestication of the Mobile Phone: Oral Society and New ICT in Burkina Faso », *Journal of Modern African Studies*, vol.46, n° 1, 2008, p. 87; Abi JAGUN, Richard HEEKS, and Jason WHALLEY, « Mobile Telephony and Developing Country Micro-Enterprise: A Nigerian Case », *IDPM Development InformaTIC Working Paper*, n° 29, 2007; Tim KELLY, « Mobile Communications in Africa », *African Technology Development Forum-ATDF Journal*, vol. 1, n° 2, 24, 2004; Rhett BUTLER, « Cell Phones could help 'Save' Africa », 2008, en ligne : <[mongabay.com](http://mongabay.com)> ; Emmanuel FORESTIER, Jeremy GRACE and Charles KENNY, « Can Information and Communication Technologies be Pro-Poor », *Telecommunications Policy*, n°26, 2002, p. 623; Gebreab AMARE, « Getting connected: competition and diffusion in African mobile telecommunications markets », World Bank, en ligne : <<http://econ.worldbank.org/files/15963wps2863.pdf>> (consulté le 30 mars 2011).

<sup>593</sup> Ainsi, « par rapport au réseau du fixe, les coûts du réseau mobile sont moindres et la durée de déploiement plus courte. [...] De plus, le modèle de facturation d'offre mobile en prépayé est particulièrement adapté aux contraintes des ménages africains. [...] Ce mode de facturation permet à l'utilisateur de choisir le montant de ses communications sans aucun engagement (« *pay-as-you-go* ») via l'achat d'un volume de consommation à l'avance. En achetant une carte à gratter (communément appelée « *scratch card* »), il obtient un code qui lui permet d'utiliser le compte d'unité de communication jusqu'à l'épuisement de son crédit (principe du « *top-up voucher* »), Henri TCHENG, Jean-Michel HUET, Mouna ROMDHANE, *Les enjeux financiers de l'explosion des télécoms en Afrique*, Institut français des relations internationales, 2010, p. 4 : en ligne : <<http://www.ifri.org>>.

<sup>594</sup> Il est généralement reconnu que : « le mobile joue un rôle essentiel pour les transactions distantes. [II] permet d'accélérer l'accès à des services tels que le paiement en ligne, la bancarisation, et les micro-crédits s'inscrivant pleinement dans les usages culturels africains tels que les tontines. [...] Le transfert d'argent de personne à personne se fait simplement par SMS.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

mobile connaît dans les pays membres de l'OHADA un « succès qui dépassent les prévisions les plus optimistes »<sup>595</sup>, il reste que, comme le commerce électronique, l'environnement juridique dans lequel il évolue est incertain. La plupart des législateurs modernes ont imposé des obligations strictes d'informations et de transmissions de conditions contractuelles au cybercommerçant sans s'interroger sur l'adéquation de ces règles aux réalités techniques de la téléphonie mobile<sup>596</sup>. Ces législations nous paraissent tailler sur mesure pour le commerce via internet et nous nous devons dans nos

---

[...] Ce type de paiement mobile [...] permet de réduire les coûts des transactions internationales et domestiques [...] (1\$ avec le paiement mobile contre plus de 30\$ avec les moyens précédemment développés », H. TCHENG, J.-M. HUET, M. ROMDHANE, préc., note 233, p. 16. Citant une étude de l'International Fund for Agricultural Development d'octobre 2009, les mêmes auteurs indiquent que « cet écart s'explique par [...] la situation de quasi duopole avec Western Union et Money Gram. En moyenne, par les voies classiques, le taux de commission pour les transferts d'argent représente 5,6% du montant au niveau mondial ; ce taux oscille entre 10 et 25% en Afrique ».

<sup>595</sup> A. CHÉNEAU-LOQUAY,, note 591, p. 1.

<sup>596</sup> Voir par exemple l'article 5 intitulé : « Information générale à fournir » de la *Directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »)* : « [o]utre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes : a) le nom du prestataire de services ; b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ; c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui ; d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre ; e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ; f) en ce qui concerne les professions réglementées : — tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès — le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé, — une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès ; g) dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification [...] ». À nos yeux, il est en pratique difficile pour ne pas dire impossible pour un marchand de rencontrer toutes ces obligations dans le cadre d'une transaction via téléphone portable. Dans le même sens, l'article 54.4 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1 du Québec.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

propositions, tenir compte des contraintes techniques qu'induit la taille réduite des écrans des téléphones mobiles. Dans l'un de ses rapports concernant les pays membres de l'OHADA, la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique faisait remarquer que :

« An effective legal and regulatory environment was needed that was able to regulate and balance the market for m-banking services, since current policy regimes in the telecommunications sector in different countries did not include these new e-commerce or m-banking issues »<sup>597</sup>.

**158** — . Suivant ces recommandations, et comme la téléphonie mobile est le principal vecteur du commerce électronique dans l'espace OHADA, toute réflexion digne de ce nom sur un cadre juridique de ce type de commerce dans notre région d'étude ne saurait d'aucune façon faire fi de cette spécificité. D'ailleurs, la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) a lancé dès 2009 un appel d'offres pour la sélection d'un ou de plusieurs opérateurs de téléphonie mobile ou prestataires de services « Kiosque SMS » de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) en vue de la mise en place d'un dispositif de consultation grand public de la Centrale des Incidents de Paiement (CIP) de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) par SMS. Le dispositif de consultation de la CIP par SMS doit permettre à tout usager d'un réseau de téléphonie mobile dans l'UEMOA de pouvoir vérifier la

---

<sup>597</sup>

COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, « Mobile commerce in Africa: An overview with specific reference to South Africa, Kenya and Senegal », 1999, [En ligne] à <<http://www.uneca.org/codist/codist1/content/E-ECA-CODIST-1-23-EN.pdf>>.

validité d'un chèque ou d'une carte bancaire. Les prestataires retenus auront pour principale mission la mise en place et la fourniture de services de consultation de la CIP par SMS en collaboration avec les équipes de la Banque Centrale.

## **TITRE II : LES APPLICATIONS PRATIQUES DU RECOURS À DES MODÈLES JURIDIQUES ÉTRANGERS DANS LA PERSPECTIVE D'UNE UNIFORMISATION**

159 — . Dans les précédents développements, nous avons montré que les textes applicables au commerce électronique dans notre région d'étude contenaient soit des omissions, soit des dispositions incompatibles avec le commerce électronique. Il serait fort regrettable qu'un futur acte uniforme sur cette question reprenne les mêmes lacunes. C'est pour cette raison qu'après avoir présenté les fondements théoriques du recours à des modèles juridiques étrangers dans la perspective d'une uniformisation, il sied dans le présent titre de faire état des applications pratiques de ces sources d'inspiration étrangères quant aux règles de fond qui pourraient régir le commerce électronique dans l'espace OHADA. Il ne s'agit pas ici de définir tous les contours du futur acte uniforme OHADA relatif au commerce électronique. Cette tâche incombe, nous l'avons dit aux autorités compétentes de l'OHADA. Notre examen se limitera donc à identifier dans les droits des pays européens et nord américains les solutions possibles aux lacunes mises en exergue dans la première partie. Aussi, et dans le sillage des arguments avancés pour

PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

délimiter le champ d'application des présents travaux dans la partie introductive, les dites applications pratiques seront-elles examinées au regard d'une part de la formation et de l'exécution du contrat électronique (chapitre 1) et de l'autre, de la publicité en ligne (chapitre 2).

## **CHAPITRE I : LES SOURCES D'INSPIRATION EN MATIÈRE DE FORMATION ET D'EXÉCUTION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE**

Un Acte uniforme OHADA sur le commerce électronique digne de ce nom se doit de prévoir entre autres des dispositions sur deux étapes essentielles de tout contrat : sa formation (section 1) et son exécution (section 2).

### ***Section 1 : La formation du contrat***

Il ne s'agit pas d'examiner ici dans les détails toutes les étapes de la formation du contrat. En parfaite cohérence avec les éléments mis en exergue dans la première partie, nous ferons ici état premièrement des précisions qu'il convient d'apporter à la notion d'offre OHADA pour son adaptation au commerce électronique (paragraphe 1). Deuxièmement, nous proposons des limitations aux exigences formelles en vue de lever tous les obstacles qu'elles sont susceptibles de poser lors de la conclusion d'un contrat électronique (paragraphe 2).

**Paragraphe 1 : La précision de la notion d'offre**

160 — . Le droit OHADA dénie la qualité d'offres aux propositions faites à des personnes indéterminées et omet de préciser si de telles propositions sont ou non de simples invitations à entrer en pourparlers. Nous avons vu dans la première partie que l'imprécision de la notion d'offre soulèveait des interrogations notamment lorsqu'on est en présence d'une offre électronique. Les expériences allemande et anglaise ainsi que celles d'organisations internationales pourraient servir d'exemples au législateur OHADA s'il décidait de corriger cette omission.

En droit Allemand, la proposition faite au public ne peut être qualifiée d'offres mais plutôt d'*invitationes ad offerendum*<sup>598</sup>. Le paragraphe 145 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*) pose comme principe que « celui qui propose à autrui de conclure un contrat est lié à l'offre à moins qu'il n'ait exclu ce lien obligatoire »<sup>599</sup>. Cette réserve implicite dépouille, aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence allemandes l'offre publique de toute fermeté. Dans une récente affaire où la demanderesse avait affiché de façon erronée le prix d'achat d'un ordinateur portable sur son site internet (245 euros au lieu de 2650), la Cour fédérale allemande a jugé que :

---

<sup>598</sup> Pour des développements sur cette question : Frédérique FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, D , 1997 ; Claude WITZ, *Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs : BGB, partie générale, loi sur les conditions générales d'affaires*, Paris, Litec, 1992 ; Michel PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 2004 ; Olivier JOUANJAN, « Science juridique et codification en Allemagne (1850-1900) », *Droits*, n° 27, 1998, p.65.

<sup>599</sup> Ci-contre le texte original : « § 145 *Bindung an den Antrag*. Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat ».

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

« La présentation par la demanderesse de l'ordinateur portable sur son site Internet ne constituait pas encore une offre ayant force obligatoire au sens du § 145 BGB, mais simplement une invitation à faire une offre (*invitatio ad oferendum*) »<sup>600</sup>.

161 — . C'est dans la même perspective que s'inscrivent les droits anglais et américains. Dans ces juridictions, ce n'est qu'exceptionnellement qu'une proposition faite à un public peut être considérée comme une offre<sup>601</sup>. Aux termes du paragraphe 28 du *Restatement (First) of Contracts* :

« An offer may be made to a specified person or persons or class of persons, or it may be made to anyone or to everyone to whom it becomes known. The person or persons in whom is created a

---

<sup>600</sup> *Cour fédérale allemande (BGH)*, 26.1.2005, NJW 2005, 976. Cette décision s'inscrit dans la droite ligne de celle rendue par la même juridiction déjà en 1980. La Cour fédérale allemande avait en effet estimé que « selon l'opinion prévalente de la jurisprudence et de la doctrine, l'exposition de marchandises dans une vitrine n'est pas une offre de contrat dans le sens § 145 BGB, même si le prix y est indiqué. Au contraire, l'exposition invite le client à faire une proposition de contrat [...] », *Cour fédérale allemande (Bundesgerichtshof)* 16.1.1980, NJW 1980, 1388. Pour des développements explicites sur le sens § 145 BGB : Claude WITZ, « La protection de la volonté par le principe de transparence en droit allemand des conditions générales d'affaires », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 899 ; Gerhard MEISSNER, « La formation du contrat authentique en droit allemand », in *La formation du contrat – L'avant-contrat*, 62<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, 1964, p. 426 ; Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et Allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961 ; Alfred RIEG, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>ème</sup> siècle », in *Archives de philosophie du droit, Sur les notions du contrat*, XIII, Paris, Sirey, 1968, p. 31 ; Reinhard ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>601</sup> Voir généralement : Danièle FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Paris, Ellipses, 2000 ; Richard A. POSNER, *Law and legal theory in England and America*, Toronto, Oxford University Press, 1996 ; Patricia KINDER-GEST, *Droit anglais : manuel*, Paris, LGDJ, 1997 ; Robert KOLB, *An introduction to the law of the United Nations*, Oxford, Hart, 2010 ; Robert BRAUCHER, « Interpretation and Legal Effect in the Second "Restatement of Contracts" », *Columbia Law Review*, vol. 81, n<sup>o</sup> 1, 1981, p. 13 ; Robert BRAUCHER, « Offer and Acceptance in the Second Restatement », 74 *Yale L.J.* 302 (1964) ; Hugh BEALE, *Contract Law: Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart Pub, 2002.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

power of acceptance are to be determined by reasonable interpretation of the offer »<sup>602</sup>.

En conséquence, de façon générale, on peut considérer qu'en common law, l'annonce faite sur un site internet est une invitation à faire des offres (invitation to treat (Angleterre) ou invitation to bargain (États-Unis)) et non une offre en bonne et due forme<sup>603</sup>. Il ne s'agit cependant là d'une règle immuable : les tribunaux anglo saxons appliquent des fois un critère objectif pour déterminer si une proposition publique constitue une offre ou pas : dès lors que les termes utilisés permettent à une personne raisonnable de croire qu'un contrat pouvait être conclu, alors il y a offre<sup>604</sup>.

**162—** . Au-delà des droits nationaux, les textes internationaux pourraient aussi servir de sources d'inspiration au droit OHADA dans l'optique d'une précision de la notion d'offre : l'Acte uniforme portant droit commercial général aurait dû reprendre les

---

<sup>602</sup> *Restatement (First) of Contracts*, § 28 (1932).

<sup>603</sup> Ce principe du « invitation to treat » fut à maintes reprises rappelé par les tribunaux de commlaw : *Partridge v. Crittenden* [1968] 1 WLR 1204; *Spencer v. Harding* (1870) LR 5 CP 561; *Harvela Investments Ltd v. Royal Trust of Canada (CI) Ltd* [1986] AC 207; *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* [1953] 1 QB 401; *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* [1893] 1 QB 256.

<sup>604</sup> En ce sens : Edward ERRANTE, *The Anglo-American law of contracts = Le droit anglo-américain des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 23 : l'auteur propose d'imaginer par exemple que : « le président de Macrohard Corporation, exaspéré par une série de procès relatifs au droit de la concurrence, dise « je vends ma société pour 10 dollars ». Un auditeur avide qui aurait entendu ses propos et qui accepte de payer cette somme pourrait prétendre avoir conclu un contrat en vue de l'acquisition de Macrohard Corporation. Il ne peut y avoir acceptation, car il n'y a pas d'offre, et en l'espèce il n'y a pas d'offre parce que les mots du président de Macrohard Corporation ne permettent pas à une personne raisonnable de s'imaginer qu'un contrat a été proposé ». Sur l'utilisation du critère objectif par la CommLaw : Alain A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Paris, D , 1996; Parviz OSWIA, « Silence, efficacy in contract formation : a comparative view of french and english law », *Int. and Com. Law Quaterly*, 1991, p. 784 et s ; Arthur L. CORBIN, « Offer and Acceptance and Some resulting Legal Relations », (1917) 28 *Yale Law Journal*, 169.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

termes de l'article 14 de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises. La convention subordonne en effet la qualification d' « offre » à la volonté explicitement exprimée du pollicitant d'être liée par la proposition publique. Certains y ont vu le souci d'une protection « des intérêts des commerçants [...] justifiée par la nécessité d'une sécurité juridique plus grande [...] le laps de temps écoulé entre l'émission de l'offre (diffusion du document au public) et l'acceptation de l'acheteur (manifestation de sa volonté) »<sup>605</sup>. Toujours est-il que suivant les commentaires officiels relatifs à la Convention de Vienne, l'offre faite au public est présumée être une simple « invitation à l'offre »<sup>606</sup>. Abondant dans le même sens, l'article 13 de l'Avant-projet du Code européen des contrats dispose :

« 2. Une déclaration [...] qui, adressée à des personnes indéterminées, présente le caractère d'une communication publicitaire ne constitue pas une offre et n'est donc pas susceptible d'être acceptée. Elle constitue une invitation à faire une offre, sauf si elle formule une promesse en faveur de celui qui accomplit une action ou révèle l'existence d'une situation

---

<sup>605</sup> John O. HONNOLD, *Uniform law for International Sale under the 1980 United Nations Convention*, Denver, Kluwer International, 1999, p. 75.

<sup>606</sup> INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW, *Secretary Commentary Guide to CISG*, art 14, en ligne : <[www.cisglaw.peace.edu/cisg/text](http://www.cisglaw.peace.edu/cisg/text)>; Cesare Massimo BIANCA, Michael Joachim BONELL, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 24; Clark KELSO, « The United Nations Convention On Contracts for the International Sales of Goods : Contract Formation and the Battle of Forms », *Colombia Journal of Transnational Law*, (1982) 83 529 ; John E. MURRAY, « An Essay on the Formation of Contract and Related Matters under The United Nations Convention On Contracts for the International Sales of Goods » *Journal of Law and Commerce* (1988) 11 51; Gyula EÖRSI, « Formation of contract » in *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Zurich, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1985, p.45. Karl H. NEUMAYER, Cathérine MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – commentaires*, Lausanne, Cedidac, 1993, p. 148.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

déterminée ; dans ce cas elle constitue une promesse au public [...] »<sup>607</sup> (nos soulignements).

Ce projet d'un Code européen des contrats qui prend en compte les textes de lois des deux grandes cultures juridiques de l'Europe, la *Common law* et la *Civil law* fait clairement la distinction entre offres et invitation à offrir. En somme, l'exercice de droit comparé auquel nous venons de nous livrer montre si besoin est encore de le rappeler la nécessité pour le législateur OHADA d'apporter une précision à la notion d'offre dans la perspective d'un Acte uniforme sur le commerce électronique. Cette précision permettra sans aucun doute d'éclaircir le flou juridique qui entoure actuellement la notion.

### **Paragraphe 2 : La levée des obstacles formels au processus contractuel**

**163** — . Par processus contractuel, il faut ici entendre toute la période allant de la période précontractuelle à celle de la conclusion du contrat ainsi que son exécution<sup>608</sup>.

---

<sup>607</sup> Sur l'*Avant-projet du Code européen des contrats*, voir les travaux de l'Académie des privatistes européens : ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre deuxième, 2, Rapports de membres de l'Académie et d'experts*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2008; ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI, *Código Europeu dos Contratos – Projecto preliminar, Livro primeiro. Dos contratos em geral*, Tradução Naiara Posenato, Curitiba Juruá Editora, 2008; Peter STEIN (a cura di), *Convegna di studio per la redazione del projet di un codice europeo dei contratti, Pavia, 1992-1994*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1996. Aussi : Gabriel GARCIA CANTERO, « L'Avant Projet de Pavie du Code Européen des Contrats », 2005 *SUBB Jurisprudentia* 55; Giuseppe GANDOLFI, « Le code européen des contrats », in Jean-Philippe DUNAND et Bénédicte WINIGER (dirs.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 275; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD (dirs.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2008.

<sup>608</sup> Sur la nécessité de prendre compte tout le processus contractuel, voir notamment le considérant 34 de la directive européenne sur le commerce électronique : « [c]haque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique. Il convient que l'examen des législations nécessitant cet

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

Pour lever les obstacles susceptibles d'entraver ce processus dans le cadre d'une transaction électronique dans l'espace OHADA, nous proposons d'un côté la mise en place d'une clause transversale générale (A.) dans l'éventuel Acte uniforme sur le commerce électronique et de l'autre, des moyens pour rendre plus réaliste le formalisme informatif (B.).

### **A. La mise en place d'une clause transversale générale**

Les nombreuses formalités évoquées dans le paragraphe sur la référence au support physique de la première partie montrent que le droit OHADA contient encore des dispositions susceptibles de constituer des entraves sérieuses à la conclusion de contrat par voie électronique. Comment le législateur OHADA doit-il s'y prendre pour contourner ces obstacles ? On peut bien imaginer la tâche titanesque et forcément imparfaite que sera celle du législateur OHADA s'il devrait procéder à une évaluation systématique de tous les textes de l'organisation en vue de leur adaptation au commerce électronique. L'approche la plus réaliste consisterait à notre sens à prévoir dans le futur Acte uniforme sur le commerce électronique une disposition transversale d'ordre général afin d'adapter le système juridique OHADA à ce nouveau mode de contracter. En

---

ajustement se fasse systématiquement et porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat. Il convient que le résultat de cet ajustement soit de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique. L'effet juridique des signatures électroniques fait l'objet de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques<sup>(24)</sup>, l'accusé de réception par un prestataire peut être constitué par la fourniture en ligne d'un service payé » (nos soulèvements). Aussi, l'article 17, paragraphe premier

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

Europe, la Directive sur le commerce électronique enjoint les États parties à veiller à ce que leur droit interne rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Le considérant 35 de cette directive précise que :

« Chaque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique. Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement se fasse systématiquement et porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat »<sup>609</sup>.

Plus explicitement, l'article 9, paragraphe premier de la même directive dispose que :

« Les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique »<sup>610</sup>.

---

<sup>609</sup> Directive 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 (« directive sur le commerce électronique »), préc., note 23, considérant 35.

<sup>610</sup> *Id.*, art. 9. Il faut cependant souligner que le paragraphe 2 de cet article indique que « [l]es États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'appliquent pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes : a) les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; b) les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ; c) les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; d) les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions ». Le législateur OHADA pourrait aussi s'inspirer de son homologue belge qui prévoit à l'article 16 de sa *Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information*, (M. B., 17 mars 2003, p. 12960) que : « § 1<sup>er</sup>. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées. § 2. Pour l'application du § 1<sup>er</sup>, il y a lieu de considérer : que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

Si l'OHADA décidait d'adopter une telle approche dans un Acte uniforme sur le commerce électronique, ladite approche sera forcément contraignante en raison de la supranationalité des actes uniformes et imposerait par là même une obligation de résultat aux États membres. La clause transversale générale pourrait ainsi s'étendre à une grande diversité de formalités entourant la conclusion du contrat. Elle pourrait néanmoins à l'instar de la directive européenne sur le commerce électronique contenir certaines exclusions comme par exemple pour les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers. Toutefois, nous ne croyons pas que l'exclusion que prévoira une législation OHADA sur le commerce électronique devrait viser les actes authentiques comme le fait actuellement l'article 15 de la *Loi portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso*<sup>611</sup>. En excluant les actes authentiques de

---

accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ; que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification ; que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier. § 3. En outre, le Roi peut, dans les dix-huit mois de l'entrée en vigueur de la présente loi, adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les §§ 1<sup>er</sup> et 2. Les arrêtés royaux pris en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> sont abrogés lorsqu'ils n'ont pas été confirmés par la loi dans les quinze mois qui suivent leur publication au Moniteur belge ».

<sup>611</sup> *Loi portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso*, préc., note, art. 15 : « [l]es dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout document électronique utilisé : a) dans l'accomplissement des actes juridiques privés par voie électronique ; b) dans le cadre des procédures administratives totalement ou partiellement dématérialisées ; c) dans le cadre des achats publics, sous réserve de dispositions légales ou réglementaires particulières régissant de tels achats. Toutefois les dispositions de l'alinéa 1 ci-dessus ne s'appliquent pas aux : a) actes qui créent ou transfèrent des droits réels sur des biens immobiliers ; b) actes de sûreté et garantie fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; c) actes juridiques pour lesquels la loi requiert

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

la forme électronique, le législateur Burkinabé a certainement entendu dire que seule la présence d'un notaire garantissait effectivement les intérêts du constituant<sup>612</sup>. Cette réserve montre que l'électronique suscite encore en Afrique, dans la sphère du formalisme solennel des méfiances imputables à une excessive prudence quant à la protection de la « partie faible au contrat ». D'aucuns ont même affirmé qu'accorder une valeur solennelle à l'écrit électronique équivalait à une « déclaration de guerre lancée [...] contre le formalisme protecteur de certains contractants »<sup>613</sup>. Si cette position est tout à fait compréhensible comme nous l'avons indiqué dans la première partie, il nous semble néanmoins que le législateur OHADA devrait sortir des « sentiers battus » en

---

l'intervention des tribunaux ; d) actes authentiques ; e) actes juridiques relevant du droit de la famille ou du droit des successions » (nos soulignements).

<sup>612</sup> P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 416, p. 12.

<sup>613</sup> Luc GRYNBAUM, « La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 18, p. 12. Sur des développements sur la protection de la partie faible au contrat électronique : Jean Michel BRUGUIÈRE, « La protection du cyber-consommateur dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, *RLDI*, n° 1, 2005; Cyril CHABERT, « Le commerce électronique et la loi sur l'économie numérique du 21 juin 2004 », *RLDC*, n° 5, 2005, suppl., étude n° 556; François COUPEZ et Thibault VERBIEST, « Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique », *D*, 2006 p. 3057; Paul Yves GAUTIER, « Formation du contrat : un code, deux régimes », *Rev. Contrats*, n° 2, 2005, p. 529; Luc GRYNBAUM, « La directive sur la commercialisation à distance des services financiers : vers un droit européen des contrats spéciaux », *CCE*, 2003, n° 15, p. 34; Jérôme HUET, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », *JCP*, n° 178, 2004; Jérôme HUET, « Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique », *Liber amicorum Jean Calais Auloy*, *D*, 2004, p. 507; Jérôme HUET, « Vous avez dit contrat « contrats électroniques ? », *Rev. Contrats*, n° 2, 2005, p. 553; Dominique LEGEAIS, « Ordonnance du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs », *RTD Com*, 2005 p. 816; Anne Marie LEROYER, « Réflexions critiques sur la protection du consommateur en ligne », in *Mélanges Lombois*, 2004; Guy RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, in *CCC*, n° 3, 2008, étude, 3; Michel VIVANT, « La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions, hésitations » in *Liber amicorum Jean Calais Auloy*, *D*, 2004, p. 115.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

présentant les technologies de l'information non pas comme un risque dont il faut se prémunir mais plutôt comme une chance à saisir. L'alliance de la forme électronique à la forme authentique doit donc être permis – bien entendu avec les ajustements que cette permission nécessitera - et ce d'autant plus que cette solution est déjà mise en œuvre par des juridictions sœurs à celle de l'OHADA<sup>614</sup>.

**164** — . Toujours en matière de formalisme, il faut savoir qu'une des spécificités du droit OHADA est qu'en dépit du principe du consensualisme, le contrat y est solennel car il ne se forme pas seulement pas par le seul échange des consentements mais aussi et surtout est généralement subordonné à la présence d'un témoin qui traduirait d'après un auteur son « aspect social [...] ainsi garanti par la collectivité ». Il importe donc qu'une réflexion sur l'harmonisation du droit du commerce électronique dans l'espace OHADA prenne en compte cette « théorie déclarée du droit traditionnel africain qui assure une plus grande sécurité juridique par rapport au concept de volonté réelle ou psychologique

---

<sup>614</sup> Voir notamment l'article 1317 du Code civil français qui admet déjà que l'acte authentique peut être dématérialisé : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ». Sur l'acte électronique authentique : Jordi NIVEA-FENOLL, « La preuve des actes électroniques en droit espagnol », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 52, spécial, 2009, p. 32; Nicolas DESSARD, « Signification et notification électroniques certifiées par voie d'huissier de justice », *La Gaz. Pal.*, n° 52, 2006, p. 18; Laurence GARNERIE, « Acte authentique électronique : c'est parti ! », *Droit et Patrimoine*, n° 175, 2008, p. 22; Jérôme HUET, « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi (décrets numéros 2005-972 et 973 du 10 août 2005) », *Recueil D. Sirey*, n° 42, 2005, p. 2903.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

du Code civil »<sup>615</sup>. Une des sources d'inspiration pourrait être l'article 19 de la *Loi sur les transactions électroniques* du Sénégal de 2008 qui dispose que :

« Lorsque celui qui s'oblige par voie électronique ne sait ou ne peut écrire, il doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte, son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés »<sup>616</sup>.

**165** — . Bien entendu, une telle disposition présentera des difficultés d'application en pratique. Elle aura néanmoins le mérite de prendre en compte le taux élevé d'analphabétisme de notre région d'étude et d'assurer la cohérence d'un Acte uniforme sur le commerce électronique avec les autres actes uniformes ainsi qu'avec le reste du droit OHADA<sup>617</sup>. C'est d'ailleurs en pensant à cette spécificité africaine qu'un auteur loue la sagesse des prometteurs de l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit contrat d'introduire dans ledit acte le principe de renégociation. D'un point de vue anthropologique écrit cet auteur,

« Le dogme de l'autonomie de la volonté [en Afrique] est bien relatif et ne doit donc pas être pris au pied de la lettre. Surtout, tenant compte des économies locales et de la psychologie des acteurs de la vie économique, l'érection de ce principe en dogme ne tient tout simplement pas, du moins ne colle pas à la réalité.

---

<sup>615</sup> Félix ONANA ETOUNDI, « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », *Rev. Dr. Unif.* (2005), 702 : l'auteur propose « d'admettre la preuve testimoniale ou la preuve orale comme principe dans le nouveau droit des contrats ».

<sup>616</sup> *Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques*, préc., note 25, art. 19.

<sup>617</sup> S'exprimant sur le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, Gaston Kenfack Douajni note que « la démarche à adopter pour élaborer le futur acte uniforme devrait être empreinte de fidélité à celle qui a présidé à la l'élaboration des précédents actes uniformes », Gaston Kenfack DOUAJNI, « La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres actes uniformes de l'OHADA », *Rev. Dr. Unif.* (2008), 367.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

Ce principe dynamique des relations socio-économiques nouées par contrat obéirait ainsi, avant tout, à une logique relationnelle. La société en Afrique étant de type solidariste, le besoin de renégocier est une donnée à la fois sociologique et psychologique. Face à cette réalité ontologique de la vie ou dynamique contractuelle, l'avant-projet préconise, avec sagesse et pragmatisme, le principe de la renégociation »<sup>618</sup>.

166 — . Au regard de tous ces éléments, il y a lieu d'affirmer, comme le recommande un juriste à l'attention du législateur français, que les autorités de l'OHADA se doivent de reconnaître au contrat électronique toute sa singularité :

« Il serait plus réaliste en matière d'économie numérique de consacrer la distinction entre cybernaute profane et averti. Est-ce une personne qui use souvent de ce mode de communication dans sa vie personnelle ou professionnelle ? Sa situation socioprofessionnelle l'amène-t-elle à maîtriser intellectuellement l'outil informatique ? L'âge et le milieu social facilitent-ils sa compréhension du monde numérique ? Un nouveau contrat pourrait naître appartenant à la catégorie de ce qu' [on] [...] a appelé « les contrats spéciaux technicae en raison de la faiblesse technique de l'un des partenaires »<sup>619</sup>.

Ces observations condamnent le législateur OHADA à l'innovation et à l'originalité. Ce sera peut-être là, l'expression d'un génie spécifiquement africain car le droit occidental a été mu dans les États de notre région d'étude et ce depuis les indépendances « en droit

---

<sup>618</sup> E. S. DARANKOUM, préc., note, p. 252.

<sup>619</sup> M. MEKKI, préc., note 451, p. 690. L'auteur précise que « La neutralité technique du législateur dissimule, à dire vrai, un choix idéologique majeur, ce qui confirme l'absence de neutralité axiologique. Le « nouveau » monde d'Internet est une terre promise, elle-même pleine de promesses. Le législateur croit, à tort, à la construction d'une « théorie pure du droit numérique » détachée de toute grille axiologique. Utopie ! ».

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

soleil, droit phare [...] par rapport auquel le législateur africain s'oriente et se détermine »<sup>620</sup>.

### **B. Des moyens de rendre plus réaliste le formalisme informatif**

167 — . L'auteur d'une proposition de contracter doit, s'il est un professionnel indiquer quelles sont les conditions de cette proposition et l'assortir de toute une série de mentions obligatoires. Nous avons déjà noté que ces nombreuses informations que doit afficher le vendeur et qui figurent dans la plupart des textes sur le commerce électronique actuellement en vigueur dans l'espace OHADA posaient des problèmes pratiques en matière de commerce par téléphonie mobile. Les législateurs africains, à l'inverse de leurs homologues occidentaux avaient pourtant largement eu le temps d'anticiper cette nouvelle technologie. Force est malheureusement de constater qu'ils ne

---

<sup>620</sup> L. D. MUKA TSHIBENDE, préc., note 125, p. 18. Il est évident que le droit français, pour ne citer que ce seul exemple jouit d'un prestige certain dans les pays africains francophones. Pour certains, ce prestige s'explique par le partage d'une même « langue du droit », soit la langue française. Pour d'autres, cela tient à la formation des juristes africains exclusivement axée sur les modèles occidentaux. Le professeur Jacques Vanderlinden déplore cet état de fait dans les termes suivants : « ... des juristes africains rendus orphelins de leur culture et des éléments les plus authentiques de la discipline qui doit être la leur. Il n'est guère étonnant dans ces circonstances que [...] après les indépendances, nombre d'entre eux raisonnent davantage comme des juristes [...] français qui les ont formés et soient ainsi incapables de développer des droits authentiquement réalisant la symbiose la mieux partagée possible entre les exigences du développement et les caractères spécifiques de la réalité africaine », J. Vanderlinden, préc., (les systèmes africains) note, p. 48. Dans le même sens : Jean-Claude TAHITA, « La réception du langage juridique français au Burkina Faso », in *L'expression du droit. Le français, langue africaine et internationale. La jurisfrancité*, Actes de la 18<sup>ème</sup> biennale de la langue française organisée à Ouagadougou, Paris, Fr.V.M. 2001, p. 61; Pierre BÉZARD, « Le droit français est-il exportable ? », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Galvada*, Paris, D , 2001, p. 43.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

l'ont pas pris en compte<sup>621</sup>. Or, lorsqu'on sait que la téléphonie mobile est le principal vecteur du commerce électronique dans notre région d'étude, on peut douter de l'effectivité des législations sur le commerce électronique actuellement en vigueur dans les pays de l'OHADA<sup>622</sup>. Conscientes des difficultés pratiques que pourraient engendrer les exigences d'informations précontractuelles lors de la conclusion d'un contrat par téléphonie mobile, les autorités européennes ont prévu des dispositions spéciales, capables de « prendre en charge » les spécificités techniques de cette technologie<sup>623</sup>. C'est le cas des parlementaires français qui ont jugé nécessaire l'ajout à la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* de 2004 d'un article spécifique qui prévoit que :

« Les obligations d'information et de transmission des conditions contractuelles visées aux articles 19 et 25 sont satisfaites sur les

---

<sup>621</sup> Le décret d'application de la loi sénégalaise portant transactions électroniques par exemple reste totalement silencieux sur les obligations d'informations lorsque de la téléphonie mobile.

<sup>622</sup> Voir à cet effet la différence que fait Guy Rocher entre « efficacité » et « effectivité » : « l'efficacité » d'une loi me paraît faire référence au fait qu'elle atteint l'effet désiré par son auteur ou, si ce n'est celui-même, à tout le moins un effet qui se situe dans la direction souhaitée par l'auteur et non pas en contradiction avec elle. En revanche, j'attribue au terme « effectivité » un sens beaucoup plus étendu et plus polyvalent, pour désigner tout effet et toute nature qu'une loi peut avoir », Guy ROCHER, « L'effectivité du droit » in Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dirs), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, p. 133.

<sup>623</sup> Des auteurs rappellent toutefois qu' : « aucun décret n'a été émis. Le récent rapport de mise en œuvre de la LCEN en fournit l'explication : la mention d'un décret à l'article 28 a été insérée à la demande des opérateurs mobiles. En effet, ceux-ci pensaient avoir besoin de précisions réglementaires pour appliquer sur leurs terminaux les obligations prévues aux articles 19 et 25. Le Gouvernement a constaté que, à ce jour, aucune demande de précision n'était formulée pour la mise en œuvre par les opérateurs des obligations résultant de ces articles. L'élaboration d'un décret n'a donc pas été entreprise. En revanche, elle pourra toujours être effectuée en cas de développement du commerce électronique sur téléphone portable (France, Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, La mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique par Jean Dionis du Séjour et Corinne Erhel, Rapport n° 627 (23 janvier 2008) à la p. 14) », S. KABLAN et A. OULAI, préc., note 446, p. 651, note 93.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

équipements terminaux de radiocommunication mobile selon des modalités précisées par décret ».

**168** — . Un acte uniforme OHADA sur le commerce électronique pourrait emprunter la même voie que les exigences d'obligations d'informations soient avant ou après la proposition de contracter. Comme l'OHADA est une organisation supranationale, il ne peut être renvoyé à un décret étatique qui prendrait en compte les spécificités de la téléphonie mobile. Une des avenues serait peut-être de prévoir une disposition dérogatoire qui indiquerait par exemple que :

« Lorsque le contrat est conclu exclusivement par échange de courriers électroniques en utilisant la téléphonie mobile, le prestataire fournit au destinataire du service uniquement les informations suivantes : a) la désignation du bien ou du service concerné ; b) le prix total du bien ou du service, c) l'existence d'un droit de rétractation ; d) les informations relatives au paiement »<sup>624</sup>.

**169** — . Au-delà des questions relatives aux spécificités techniques de la téléphonie mobile, des solutions doivent également être apportées aux problèmes de lisibilité des clauses contenues dans les contrats conclus par voie électronique. La doctrine occidentale sur la base des propos avancés par un spécialiste des technologies de l'information, propose de privilégier en général dans l'offre électronique de

---

<sup>624</sup> Il nous semble qu'il s'agit là des phases importantes de la vie d'un contrat. L'Acte uniforme pourrait aussi prévoir une dérogation pour l'accusé de réception émis via la téléphonie mobile et indiqué entre autres que « lorsque le contrat est conclu exclusivement par échange de courriers électroniques en utilisant la téléphonie mobile, l'accusé de réception comporte uniquement les informations suivantes : a) la désignation du bien ou du service concerné ; b) le prix total du bien ou du service, c) l'existence d'un droit de rétractation ; d) les informations relatives au paiement ».

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

contracter des textes plus courts, des phrases simples et au besoin d'utiliser des caractères « gras ». Cette invitation à la clarté ainsi qu'à la concision concerne aussi les liens hypertextes dont on doit user avec modération<sup>625</sup>. Cet appel semble déjà entendu par certains législateurs : le législateur belge par exemple dans sa loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur impose des clauses types devant être incluses dans le contrat électronique en précisant à l'article 79-2 que celles-ci doivent être rédigées « en caractère gras, dans un cadre distinct

---

<sup>625</sup> Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, n° 16-1, 2003, p. 68 et s. Sur la lisibilité d'une page web, les développements de Jacob Nielsen : « In print, your document forms a whole and the user is focused on the entire set of information. On the Web, you need to split each document into multiple hyperlinked pages since users are not willing to read long pages. Users can enter a site at any page and move between pages as they chose, so make every page independent and explain its topic without assumptions about the previous page seen by the user. Link to background or explanatory information to help users who do not have the necessary knowledge to understand or use the page. Make the word count for the online version of a given topic about half the word count used when writing for print: Users find it painful to read too much text on screens, and they read about 25 percent more slowly from screens than from paper. Users don't like to scroll through masses of text, so put the most important information at the top. Web users are impatient and critical: They have not chosen your site because you are great but because they have something they need to do. Write in the "news you can use" style to allow users to quickly find the information they want. Credibility is important on the Web where users connect to unknown servers at remote locations. You have to work to earn the user's trust, which is rapidly lost if you use exaggerated claims or overly boastful language; avoid "marketese" in favor of a more objective style. A few hyperlinks to other sites with supporting information increase the credibility of your pages. If at all possible, link quotes from magazine reviews and other articles to the source. The Web is an informal and immediate medium, compared to print, so users appreciate a somewhat informal writing style and small amounts of humor. Do *not* use clever or cute headings since users rely on scanning to pick up the meaning of the text. Limit the use of metaphors, particularly in headings: Users might take you literally. Use simple sentence structures: Convoluted writing and complex words are even harder to understand online. Puns do not work for international users; find some other way to be humorous. Add bylines and other ways of communicating some of your personality. (This also increases credibility). The Web is a fluid medium: Update pages as time goes by to reflect all changes. Statistics, numbers, and examples all need to be recent or credibility suffers. For example: Before a conference, the page about the event might point to a registration form; afterward, point to slides or presentation transcripts instead », Jacob NIELSEN, "Writing for the Web", en ligne: <<http://www.useit.com/jakob/>>.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

du texte » principal<sup>626</sup>. C'est dans cette même perspective que s'inscrit la jurisprudence américaine notamment dans l'arrêt *Lieschke, Jackson & Simon v. Realnetworks Inc* qui énonce que pour qu'une clause soit réputée suffisamment communiquée, elle doit être perceptible c'est à dire qu'elle ne doit pas être rédigée en caractères plus petits que le reste du contrat<sup>627</sup>. Elle doit en revanche être située à un endroit qui attire l'attention et être accessible pour consultation ultérieure. Il serait donc tout à fait judicieux qu'un éventuel Acte uniforme sur le commerce électronique de l'espace OHADA insiste sur la clarté, la cohérence et la lisibilité globale du contrat, plutôt que de se focaliser sur une liste de nombreuses informations dont la pertinence varierait en fonction des contextes. La mise en place d'un tel procédé s'appliquerait à ce qu'on pourrait appeler « les éléments essentiels du contrats » que le marchand aurait l'obligation de mettre en exergue. Ce renforcement des règles de mise à la connaissance du contenu contractuel à l'attention du consommateur est d'autant plus important que dans l'affaire *Dell*

---

<sup>626</sup> *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*, M. B., 29 août 1991. Plus explicitement, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 79-2 indique que : « le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants : 1° confirmation des informations mentionnées à l'article 78, 1°, 3° à 6° et 10°, ainsi que l'identification du produit ou du service ; 2° le cas échéant, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi que la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page : [...] » (nos soulignements).

<sup>627</sup> *Lieschke, Jackson & Simon v. Realnetworks Inc*, 2000 WL 631341 (U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, May 11th, 2000). La cour sous la plume de l'honorable Kocoras écrit : « [i]n this case, Plaintiffs assert that the presumption in favor of arbitrability is overcome because the Agreement refers to claims "arising under" its terms rather than using broader language "arising out of" or "relating to." This difference in terminology is not the kind that overcomes the heavy presumption in favour of arbitrability. The reach of phrases like "arising under" and "arising out of" are limited by enumerating specific claims that are subject to arbitration, not by choosing one phrase or the other ».

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

précédemment évoquée, la Cour suprême du Canada a considéré que preuve ne lui a pas été faite qu'un texte long et complexe puisse donner lieu à l'application de l'article 1436 du Code civil du Québec qui rend nulle, dans un contrat de consommation la clause illisible et incompréhensible pour une personne raisonnable si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice<sup>628</sup>.

**170** — . Même si la mise en lumière des éléments essentiels du contrat est la bienvenue, il est à croire la détermination d'un tel niveau de précision est davantage entre les mains du juge que celui du législateur. Par ailleurs, si des précisions devaient être proposées dans un texte, elles devraient davantage être présentées à la suite d'un processus de consultation entre divers acteurs concernés par le contrat de consommation en ligne<sup>629</sup>. Une telle solution apparaît plus souple, plus flexible, face à une situation factuelle relativement mouvante. C'est la piste qu'a emprunté en France, le Forum des droits sur l'internet. Cette institution recommande en effet aux professionnels de respecter l'usage consistant à proposer un lien direct clairement visible vers les conditions contractuelles sur toutes les pages des sites internes. Dans le même ordre d'idées, le Bureau canadien de la Consommation suggère d'offrir au consommateur « des conditions de vente qui soient en un seul et même document »<sup>630</sup>.

---

<sup>628</sup> *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1436 C.c.Q.

<sup>629</sup> Sur la critique de cette décision : V. GAUTRAIS, préc. note 460, p. 12 et A. PRUJINER, préc., note 456, p. 596.

<sup>630</sup> Cité par Vincent Gautrais : V. GAUTRAIS, préc., note 70, p. 76. Plus précisément : GROUPE DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE, *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique et documents connexes*, 2003, art. 1.4 *in fine* :

### ***Section 2 : L'exécution du contrat***

Le paiement est le mode juridique classique de l'exécution des contrats<sup>631</sup>. En matière de paiement électronique, nous avons montré dans nos développements antérieurs que la plupart des textes en vigueur dans l'espace OHADA donnait l'impression d'un goût d'inachevé. Nous plaidons dans cette section pour : premièrement une généralisation de la rétrofacturation (paragraphe 1) ; deuxièmement pour l'exclusion totale d'une quelconque indemnité lors de l'exercice du droit de rétractation (paragraphe 2) et enfin troisièmement pour la mise en place effective des prestataires de services de certification électronique (paragraphe 3).

#### **Paragraphe 1 : La généralisation du mécanisme de la rétrofacturation**

171 — . La rétrofacturation présente des avantages certains pour le cyberconsommateur OHADA : elle introduit un renversement du fardeau de la preuve au profit de celui-ci : le commerçant qui considère qu'il a droit aux sommes qui ont été rétrofacturées au consommateur devra saisir le tribunal et démontrer qu'il a respecté ses obligations. Étant entendu que le règlement UEMOA ne prévoit pas actuellement ce mécanisme, les décideurs africains pourraient s'inspirer de l'expérience occidentale

---

« [t]outes les conditions relatives à la vente devraient pouvoir être consultées à un même endroit », en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca//protecte.pdf>>.

<sup>631</sup> Laetitia de PELLEGRAS, « Moyens de paiement. Vers l'émergence de nouveaux intervenants dans le paysage bancaire ? », *Banque Magazine*, n° 720, 2010, p. 68; Hervé SITRUK, « L'évolution des systèmes de paiement interbancaires par carte et les nouveaux acteurs dans le cadre du SEPA », *Revue d'Économie Financière*, n° 92, 2008, p. 167.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

notamment canadienne. Au Canada, il faut au prime abord savoir qu'historiquement le *Code de pratique canadien des services de cartes de débit* adopté en 1992 et révisé en 2004 prévoit en son article 5(3) (b) que le consommateur n'est pas responsable pour :

« L'utilisation non autorisée d'une carte et d'un NIP [numéro d'identification personnelle] lorsqu'il incombait à l'émetteur de la carte d'empêcher une telle situation, par exemple à partir du moment où : le titulaire a signalé la perte ou le vol de sa carte, la carte est annulée ou périmée [et] le titulaire a signalé qu'une autre personne connaît peut-être son NIP »<sup>632</sup>.

172 — . Il ne s'agit pas encore là, à proprement parler de la rétrofacturation. Cette disposition du Code, qui soit dit en passant est non coercitif fait partie d'un ensemble de mesures mises en place au début des années 2000 pour protéger le consommateur canadien lors des transferts électroniques de fonds<sup>633</sup>. Le fardeau de preuve pour le moins exorbitant qu'impose le Code aux titulaires des cartes de paiement va conduire ensuite la plupart des provinces a intégré dans sa loi sur la protection du consommateur le mécanisme de la rétrofacturation. Entre autres provinces : l'Ontario

---

<sup>632</sup> AGENCE DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE FINANCIÈRE DU CANADA, *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*, en ligne : <[www.fcac-acfc.gc.ca](http://www.fcac-acfc.gc.ca)>.

<sup>633</sup> Sur ces mesures voir aussi : INDUSTRIE CANADA, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, 2001, en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01642e.html>>. Voir article 11 (1) du Modèle : « un consommateur qui a porté au compte de sa carte de crédit l'ensemble ou une partie de la contrepartie payable aux termes du contrat de vente par Internet ou toute transaction de consommateur accessoire, peut demander à l'émetteur de cette carte d'annuler ou de virer les frais et les intérêts courus ou tout autre frais, lorsque le consommateur a annulé son contrat conformément à l'article 5 et que le commerçant ne lui a pas remboursé, dans le délai de quinze (15) jours prévu au paragraphe 9(1), la totalité des montants versés ». Voir aussi : COMITÉ DES MESURES EN MATIÈRE DE CONSOMMATION, *Rétrofacturation par carte de crédit – Groupe de travail*, 2001, en ligne : <<http://cmcweb.ca>> (consulté le 20 mai 2011).

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

avec sa *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*<sup>634</sup>, la Colombie-Britannique avec le *Business practices and consumer protection* de 2004<sup>635</sup>, l'Alberta avec l'*Internet Sales Contract Regulation*<sup>636</sup>, la Saskatchewan avec le *Consumer Protection Act*<sup>637</sup>, le Manitoba avec sa *Loi sur la protection du consommateur*<sup>638</sup> et enfin la Nouvelle-Écosse

---

<sup>634</sup> *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, Chapitre 30, art. 99 (1) « le consommateur qui a débité d'un compte de carte de crédit tout ou partie d'un paiement visé au paragraphe (2) peut demander à l'émetteur de la carte de crédit d'annuler ou de contrepasser le débit et les intérêts ou autres frais connexes [...] ».

<sup>635</sup> *Business practices and consumer protection Act*, S.B.C. 2004, ch 2, art. 52 (2): « A consumer who has charged to a credit card all or any part of the total price under a distance sales contract or any related consumer transaction may request the credit card issuer to cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges if the consumer has cancelled the contract under section 49 and the supplier has not refunded all money as required under section 50 ».

<sup>636</sup> *Internet Sales Contract Regulation*, Alta. Reg. 81/2001, art. 12(1) « A consumer who has charged to a credit card account all or any part of the consideration payable under an Internet sales contract or related consumer transaction may request the credit card issuer to cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges where the consumer has cancelled the contract under section 6 and the supplier has not refunded all of the consideration within the 15-day period referred to in section 10(1) ». La rétrofacturation introduite dans la loi albertaine ne vise pas les contrats électroniques ayant une valeur inférieure à 50 dollars.

<sup>637</sup> *Consumer Protection Act*, Chapter C-30.1, art. 75.81(1): « A consumer who has charged to a credit card account all or any part of the consideration payable pursuant to an Internet sales contract or related consumer transaction may request that the credit card issuer cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges if: (a) the consumer has cancelled the Internet sales contract pursuant to section 75.61; and (b) the supplier has not refunded all of the consideration within the 15-day period mentioned in subsection 75.72(1) ».

<sup>638</sup> *Loi sur la protection du consommateur*, C.P.L.M. c. C200, art. 134(1) : « L'acheteur qui a fait porter au compte de sa carte de crédit la totalité ou une partie de la contrepartie exigible en vertu d'une convention de vente au détail ou d'une convention de location-vente au détail peut demander à l'émetteur de la carte de crédit d'annuler les frais de carte de crédit ainsi que les frais d'intérêt et autres frais connexes : a) s'il a annulé la convention sous le régime de l'article 129 ou 130 et que la contrepartie n'ait pas été remboursée au cours du délai de 30 jours mentionné à l'alinéa 133(1)b); b) si la convention ne peut être exécutée en raison du paragraphe 20(3) de la *Loi sur le commerce et l'information électroniques* et que la contrepartie ne lui ait pas été remboursée dans les 30 jours après qu'il a informé le vendeur de l'erreur mentionnée à ce paragraphe ».

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

avec le *Consumer Protection Act*<sup>639</sup>. Dans certaines provinces canadiennes, le champ d'application de la rétrofacturation s'étend au-delà des seuls achats réalisés sur le web : l'article 99 (2) a) par exemple de la loi ontarienne vise tous les « paiements effectués à l'égard d'une convention de consommation résiliée en vertu de la présente loi ou à l'égard d'une convention connexe ». Il en est de même de l'article 52 (2) de la loi de la Colombie Britannique qui englobe tous les contrats à distance ainsi que tout « related consumer transaction ». Le droit canadien offre donc tout un éventail de choix aux autorités compétentes de l'OHADA si ces derniers décidaient de mettre sur pied le mécanisme de la rétrofacturation<sup>640</sup>.

173 — . Outre l'expérience canadienne, celle des pays d'Union Européenne pourrait aussi servir de source d'inspiration au législateur OHADA<sup>641</sup>. Le parlement

---

<sup>639</sup> *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1989, c. 92, art. 21AF (1): « A consumer who has charged to a credit card account all or any part of the consideration payable under an internet sales contract or related consumer transaction may request the credit card issuer to cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges if the consumer has cancelled the contract under Section 21AA and the supplier has not refunded all of the consideration within the fifteen-day period referred to in Section 21AC ». La loi de la Nouvelle Écosse limite la rétrofacturation à des transactions électroniques qui ont une valeur de plus de 50 dollars.

<sup>640</sup> Les prémisses de l'application jurisprudentielle de ce mécanisme remonte à une décision de 1984 : en l'espèce, le défendeur qui était détenteur d'une carte de crédit « Master Charge » de la Banque Nationale du Canada avait établi de façon prépondérante devant la Cour qu'il n'avait jamais autorisé la note réclamée de 332,34 \$ de la part de la demanderesse auprès du marchand Lee's High Performance, de Détroit. Le tribunal en est arrivé à la conclusion qu'il s'agit « d'un cas d'abus de confiance équivalant à la force majeure et que la demanderesse aurait dû au moins enquêter, ce qu'elle n'a pas fait. Le défendeur ne peut en être tenu responsable ». Voir notamment la décision : *Banque Nationale du Canada (Master Charge) c. Pelletier*, J.E. 84-498 (C.P.).

<sup>641</sup> La rétrofacturation est permise par d'autres juridictions même si nous nous contentons ici des législations canadiennes, françaises et des directives européennes. On peut citer entre autres pour les États-Unis : le *Truth in Lending Act*, 15 U.S.C.A. § 1666i : « **(a) Claims and defenses assertible.** Subject to the limitation contained in subsection (b) of this section, a card issuer who

has issued a credit card to a cardholder pursuant to an open end consumer credit plan shall be subject to all claims (other than tort claims) and defenses arising out of any transaction in which the credit card is used as a method of payment or extension of credit if (1) the obligor has made a good faith attempt to obtain satisfactory resolution of a disagreement or problem relative to the transaction from the person honoring the credit card; (2) the amount of the initial transaction exceeds \$50; and (3) the place where the initial transaction occurred was in the same State as the mailing address previously provided by the cardholder or was within 100 miles from such address, except that the limitations set forth in clauses (2) and (3) with respect to an obligor's right to assert claims and defenses against a card issuer shall not be applicable to any transaction in which the person honoring the credit card (A) is the same person as the card issuer, (B) is controlled by the card issuer, (C) is under direct or indirect common control with the card issuer, (D) is a franchised dealer in the card issuer's products or services, or (E) has obtained the order for such transaction through a mail solicitation made by or participated in by the card issuer in which the cardholder is solicited to enter into such transaction by using the credit card issued by the card issuer. **(b) Amount of claims and defenses assertible.** The amount of claims or defenses asserted by the cardholder may not exceed the amount of credit outstanding with respect to such transaction at the time the cardholder first notifies the card issuer or the person honoring the credit card of such claim or defense. For the purpose of determining the amount of credit outstanding in the preceding sentence, payments and credits to the cardholder's account are deemed to have been applied, in the order indicated, to the payment of: (1) late charges in the order of their entry to the account; (2) finance charges in order of their entry to the account; and (3) debits to the account other than those set forth above, in the order in which each debit entry to the account was made ». Outre les États-Unis, il est aussi possible de mentionner l'article 7 de la *Loi du 17-07-2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds*, M. B., (17 août 2002) : « [s]ans préjudice des obligations et responsabilités du titulaire décrites à l'article 8, l'émetteur est responsable : 1° de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, à partir de dispositifs, terminaux ou au moyen d'équipements agréés par l'émetteur, que ceux-ci soient placés sous son contrôle ou non ; 2° des opérations effectuées sans autorisation du titulaire et de toute erreur ou irrégularité commise dans la gestion de son compte et imputable à l'émetteur ; 3° en cas de contrefaçon de l'instrument de transfert électronique de fonds par un tiers, de l'usage de l'instrument contrefait. § 2. Dans tous les cas l'émetteur est responsable, il doit rembourser au titulaire, dans les délais les plus brefs : 1° le montant de l'opération non exécutée ou incorrectement exécutée, éventuellement augmenté d'intérêts sur ce montant ; 2° la somme éventuellement nécessaire pour rétablir le titulaire dans la situation dans laquelle il se trouvait avant l'opération non autorisée, éventuellement augmentée d'intérêts sur cette somme ; 3° la somme nécessaire pour rétablir le titulaire dans la situation où il se trouvait avant l'usage de l'instrument contrefait ; 4° les autres conséquences financières éventuelles, notamment le montant des frais supportés par le titulaire pour la détermination du dommage indemnizable ; 5° la perte de toute valeur stockée sur un instrument rechargeable, lorsque cette perte est due à un dysfonctionnement de cet instrument, du dispositif ou terminal ou de tout autre équipement agréé par l'émetteur, pour autant que le dysfonctionnement n'ait pas été provoqué par le titulaire, soit sciemment soit en violation de l'article 8, § 1<sup>er</sup> ; 6° la perte financière résultant de l'exécution incorrecte des opérations par le titulaire, lorsque cette exécution est due à un dysfonctionnement de l'instrument rechargeable, du dispositif ou terminal ou de tout autre équipement agréé par l'émetteur, pour autant que le dysfonctionnement n'ait pas été provoqué par le titulaire, soit sciemment soit en violation de l'article 8, § 1<sup>er</sup> ». Dans le même sens, l'article 62 (2) de la *Loi du*

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

européen est le premier à montré la voie : l'article 8 de sa directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et repris dans la Directive 2002/65/CE<sup>642</sup> établit dès 1997 clairement que :

« Les États membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur : - puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance couverts par la présente directive, - en cas d'utilisation frauduleuse, soit

---

*14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers, Journal Officiel du Grand-Duché du Luxembourg, 8 septembre 2000, Mémorial A, n° 96, 2176 : « [s]auf dans les cas où il s'est rendu coupable d'une fraude ou de négligence grave, le titulaire d'un instrument de paiement électronique visé à l'article 64§1 a), b) et c): - assume jusqu'à la notification prévue au paragraphe précédent les conséquences liées à la perte, au vol ou à son utilisation frauduleuse par un tiers, à concurrence d'un montant fixé par règlement grand-ducal. Ce montant ne peut dépasser 150 euros. Par dérogation à l'alinéa 1 du paragraphe 2 du présent article, l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la valeur stockée sur l'instrument de paiement électronique rechargeable, lorsque celle-ci est la conséquence de l'utilisation de celui-ci par un tiers non autorisé, même après la notification prévue dans le présent article. - est déchargé de toute responsabilité de l'utilisation de l'instrument de paiement électronique visé à l'article 64§1 a), b) et c) après la notification. (3) En toute hypothèse, l'utilisation d'un instrument de paiement électronique sans présentation physique de celui-ci ou identification électronique, n'engage pas la responsabilité de son titulaire ». On notera pour terminer, l'article 21 du *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*, S.I. 2000/2334 des Royaumes Unis : « (1) Subject to paragraph (4), the consumer shall be entitled to cancel a payment where fraudulent use has been made of his payment card in connection with a contract to which this regulation applies by another person not acting, or to be treated as acting, as his agent. (2) Subject to paragraph (4), the consumer shall be entitled to be recredited, or to have all sums returned by the card issuer, in the event of fraudulent use of his payment card in connection with a contract to which this regulation applies by another person not acting, or to be treated as acting, as the consumer's agent. (3) Where paragraphs (1) and (2) apply, in any proceedings if the consumer alleges that any use made of the payment ».*

<sup>642</sup> *Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, [2002] J.O. L 271/16.*

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

recrédité des sommes versées en paiement ou se les voie restituées »<sup>643</sup>.

Les deux directives précitées ont été mises à jour en 2005 et mené à l'adoption de celle de 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, qui de l'avis de plusieurs spécialistes semblent plus généreuse pour le consommateur<sup>644</sup>.

---

<sup>643</sup> *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, [1997] J.O. L 144/19.

<sup>644</sup> *Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE*, J. O., n° L 319 du 05/12/2007, p. 0001-0036. Voir plus explicitement : l'article 60 de la directive : « [r]esponsabilité du prestataire de services de paiement en cas d'opérations de paiement non autorisées : 1. les États membres veillent, sans préjudice de l'article 58, à ce que, en cas d'opération de paiement non autorisée, le prestataire de services de paiement du payeur rembourse immédiatement au payeur le montant de cette opération de paiement non autorisée et, le cas échéant, rétablisse le compte de paiement débité dans l'état où il se serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu. 2. Une indemnisation financière complémentaire peut être déterminée conformément à la loi applicable au contrat conclu entre le payeur et son prestataire de services de paiement ». Article 61 : « responsabilité du payeur en cas d'opérations de paiement non autorisées : 1. Par dérogation à l'article 60, le payeur supporte, jusqu'à concurrence de 150 euros, les pertes liées à toute opération de paiement non autorisée consécutive à l'utilisation d'un instrument de paiement perdu ou volé ou, si le payeur n'est pas parvenu à préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés, au détournement d'un instrument de paiement. 2. Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou du fait que le payeur n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, à une ou plusieurs des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56. Dans ce cas, le montant maximal visé au paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas. 3. Lorsque le payeur n'a pas agi de manière frauduleuse ni n'a manqué intentionnellement aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56, les États membres peuvent limiter la responsabilité visée aux paragraphes 1 et 2 du présent article, en tenant compte notamment de la nature des dispositifs de sécurité personnalisés de l'instrument de paiement et des circonstances dans lesquelles celui-ci a été perdu, volé ou détourné. 4. Sauf agissement frauduleux de sa part, le payeur ne supporte aucune conséquence financière résultant de l'utilisation d'un instrument de paiement perdu, volé ou détourné, survenue après la notification prévue à l'article 56, paragraphe 1, point b). 5. Si le prestataire de services de paiement ne fournit pas de moyens appropriés permettant, à tout moment, la notification de la perte, du vol ou du détournement d'un instrument de paiement, conformément à l'article 57, paragraphe 1, point c), le payeur n'est pas tenu, sauf agissement frauduleux de sa part, de supporter les conséquences financières résultant de l'utilisation de cet instrument de paiement ». Sur les avantages présentés par cette directive : Marc LACOURSIÈRE, « Propositions de réforme pour une protection des titulaires de cartes de débit victimes de transferts de fonds non

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

**174** — . En France, depuis la transposition de la directive n° 2007/64/CE du 1<sup>er</sup> novembre 2007 concernant les services de paiement, l'*Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009*<sup>645</sup> a créé au *Code monétaire et financier* l'article L.133-19 qui limite à 150 euros la responsabilité de l'utilisateur en cas d'opérations de paiement non autorisées sur sa carte<sup>646</sup>. Au regard de la jurisprudence française, il faudrait que le titulaire de la carte commette une faute lourde pour être privé du bénéfice du plafond de 150 euros. Dans une récente affaire de perte de carte bancaire, un demandeur a décidé d'attaquer en cassation un jugement du tribunal d'instance de Roanne. Le demandeur faisait grief au tribunal au moyen :

---

autorisés », (2009) 54 R. D. McGill 3 – 42; Marc LACOURSIÈRE, « Contrats conclus par Internet et nouveaux systèmes de paiement », dans Françoise Maniet (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais, 2006, p. 131; Marc LACOURSIÈRE, « La réglementation des banques virtuelles », dans Luis Toro UTILLANO (dir.), *Jornadas de Derecho Internacional (17-20 novembre 2003)*, Washington (D.C.), Organisation des États Américains, 2005, p. 25.

<sup>645</sup> *Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement*, J.O. 16 juill. 2009.

<sup>646</sup> *Code monétaire et financier*, art. L. 133-19 : « I. — En cas d'opération de paiement non autorisée consécutive à la perte ou au vol de l'instrument de paiement, le payeur supporte, avant l'information prévue à l'article L. 133-17, les pertes liées à l'utilisation de cet instrument, dans la limite d'un plafond de 150 euros. Toutefois, la responsabilité du payeur n'est pas engagée en cas d'opération de paiement non autorisée effectuée sans utilisation du dispositif de sécurité personnalisé. II. — La responsabilité du payeur n'est pas engagée si l'opération de paiement non autorisée a été effectuée en détournant, à l'insu du payeur, l'instrument de paiement ou les données qui lui sont liées. Elle n'est pas engagée non plus en cas de contrefaçon de l'instrument de paiement si, au moment de l'opération de paiement non autorisée, le payeur était en possession de son instrument. III. — Sauf agissement frauduleux de sa part, le payeur ne supporte aucune conséquence financière si le prestataire de services de paiement ne fournit pas de moyens appropriés permettant l'information aux fins de blocage de l'instrument de paiement prévue à l'article L. 133-17. IV. — Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

« 1) Que Mme Y... s'était engagée contractuellement à assurer la conservation de sa carte ainsi que la conservation et la confidentialité de son code ; que suite à la perte de sa carte et à son utilisation avec composition du code confidentiel, il appartenait à Mme Y... d'établir qu'elle n'avait pas commis de faute lourde ; qu'en mettant à la charge de la banque, l'obligation de prouver que Mme Y... avait été négligente dans la protection de son code confidentiel, le tribunal a violé les articles 1134, 1147 et 1315 du code civil, ensemble l'article L. 132-3 du code monétaire et financier ;

2) Que le tribunal s'est borné à relever que l'actualité récente faisait état de plusieurs cas dans lesquels des malfaiteurs étaient parvenus à s'approprier des codes confidentiels de cartes bancaires sans pour autant bénéficier de la négligence voire de la complicité du titulaire de ladite carte ; qu'en l'état de ces seules énonciations par lesquelles il n'a pas caractérisé, autrement que par un motif d'ordre général et abstrait, l'absence de négligence de Mme Y..., le tribunal a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil, ensemble l'article L. 132-3 du code monétaire et financier ».

Selon la Cour de cassation :

« Qu'en cas de perte ou vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, au sens de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier, d'en rapporter la preuve ; que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute ;

Qu'en retenant que la banque était défailante dans l'établissement de la faute lourde alléguée à l'encontre de Mme Y..., le tribunal, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la seconde branche, légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut-être accueilli »<sup>647</sup>.

<sup>647</sup>

Cass. com., 2 octobre 2007, JCP, éd. E, 2007, p. 2376, obs. P. Bouteiller ; JCP 2008, II, 10014, note E. Bazin ; D. 2007, p. 2604, note V. Avena-Robardet ; RD bancaire 2007, n° 206, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; D. 2008, p. 454, note A. Boujeka ; Dr. et procédures, mai-juin 2008, p. 11,



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

175 — . L'ordonnance française du 15 juillet 2009 introduit par ailleurs une nouvelle hypothèse de responsabilité du prestataire de service de paiement : celle des opérations de paiement autorisée initiée par ou via le bénéficiaire comme par exemple l'hypothèse de la réservation à distance d'une chambre d'hôtel. L'article L. 123-35 du *Code monétaire et financier* dispose que :

« Le payeur a droit au remboursement par son prestataire de services de paiement d'une opération de paiement autorisée, ordonnée par le bénéficiaire ou par le payeur qui donne un ordre de paiement par l'intermédiaire du bénéficiaire, si l'autorisation donnée n'indiquait pas le montant exact de l'opération de paiement et si le montant de l'opération dépassait le montant auquel le payeur pouvait raisonnablement s'attendre en tenant compte du profil de ses dépenses passées, des conditions prévues par son contrat-cadre et des circonstances propres à l'opération »<sup>648</sup>.

Le payeur est tenu de présenter sa demande de remboursement avant l'expiration d'une période de huit semaines à compter de la date à laquelle les fonds ont été débités. Dans un délai de dix jours ouvrables suivant la réception de la demande de remboursement, le prestataire de services de paiement rembourse le montant total de l'opération de paiement, ou il justifie son refus de rembourser, en indiquant la possibilité de recourir à la procédure de médiation. Toutes ces doctrines et jurisprudence réunies permettront aux

---

obs. S. Piedelièvre. Comme on peut bien le voir, la Cour de cassation française adopte une conception très restrictive de la faute lourde.

<sup>648</sup> Selon l'article L.123-35-2, « le payeur et son prestataire de services de paiement peuvent convenir dans la convention de compte de dépôt ou dans le contrat-cadre de services de paiement que le payeur n'a pas droit à remboursement lorsqu'il a donné son consentement à l'exécution de l'opération de paiement directement à son prestataire de services de paiement et, le cas échéant, que les informations relatives à la future opération de paiement ont été fournies au payeur ou mises à sa disposition de la manière convenue, au moins quatre semaines avant l'échéance, par le prestataire de services de paiement ou par le bénéficiaire ».

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

autorités de l'OHADA de prendre des décisions éclairées si elles décidaient d'introduire le mécanisme de la rétrofacturation dans le système de paiement de leur juridiction.

176 — . Une autre question de notre point de vue qui mérite aussi l'attention de législateur OHADA est celle de savoir si oui ou non il convient d'étendre la rétrofacturation à d'autres types de paiement c'est-à-dire autre que la carte de crédit. Pour une protection adéquate du consommateur, nous répondons en ce qui nous concerne par l'affirmative. C'est d'ailleurs la voie empruntée par le législateur ontarien au regard de l'article 99 (7) de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* qui dispose que :

« Le consommateur qui débite d'un système de paiement prescrit tout ou partie d'un paiement visé au paragraphe (2) peut demander l'annulation ou la contrepassation du débit, auquel cas le présent article s'applique à celle-ci, avec les adaptations nécessaires »<sup>649</sup>.

177 — . Même si on promet au mécanisme un bel avenir, il est à noter qu'il ne fait pas l'unanimité : certains pointent notamment du doigt ce qu'ils appellent « l'envers de la médaille de la rétrofacturation » : dans une étude intitulée *La protection des paiements anticipés des voyageurs : plaidoyer pour un meilleur filet de sécurité*<sup>650</sup> et présentée au Bureau de la consommation d'Industrie Canada en 2006, Option Consommateurs rapportait la situation critique dans laquelle se trouve l'industrie du

---

<sup>649</sup> *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, préc., note 634, art. 99 (7).

<sup>650</sup> OPTION CONSOMMATEURS, *La protection des paiements anticipés des voyageurs : plaidoyer pour un meilleur filet de sécurité*, en ligne : <<http://www.optionconsommateurs.org>>.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

voyage : il faut savoir que pour recevoir paiement électronique de leurs clients, les agences de voyage se trouvent obligés à faire affaire avec ceux qu'on appelle des « acquéreurs »<sup>651</sup>, des sortes d'intermédiaires entre les marchands et les banques. Or, « les acquéreurs [...] sont devenus plus exigeants depuis que de nombreux transporteurs aériens éprouvent d'importants problèmes financiers [allant jusqu'à exiger] que les grossistes en voyages fournissent une garantie en plus de payer des frais de marchand. C'est-à-dire une garantie d'environ 5 % du chiffre d'affaires annuel ou 45 jours d'opération »<sup>652</sup>. Ainsi, « d'un côté, on voit les émetteurs de cartes de crédit qui remboursent leurs clients en cas de pépin avec un marchand. De l'autre, on retrouve des marchands qui paient, parfois en double, la protection dont bénéficient ces mêmes consommateurs »<sup>653</sup>. Sans nier les difficultés qu'engendre l'application de la rétrofacturation dans l'industrie du voyage qui du reste doit être, nous semble-t-il capable d'apporter des réponses internes à ces difficultés, notre conviction est que la rétrofacturation doit être adoptée et étendue à d'autres types de paiements dans la perspective d'adoption d'un acte uniforme dans l'espace OHADA.

**178** — . Il a été expliqué dans la première partie que le paiement électronique est encadré respectivement par les règlements UEMOA et CEMAC sur les systèmes de paiement. L'OHADA pourrait-elle s'attribuer cette compétence lors de l'adoption d'un

---

<sup>651</sup> Un des grands acteurs dans ce domaine se dénomme *Solutions Moneris* et a été fondé en 2000 par la Banque Royale et la Banque de Montréal, en ligne : <<http://www.moneris.com/fr/>>.

<sup>652</sup> OPTION CONSOMMATEURS, préc., note 650, p. 49.

<sup>653</sup> Idem, p. 49.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

Acte uniforme sur le commerce électronique ? Une telle approche serait quasiment une « déclaration de guerre » à l'encontre de l'UEMOA et de la CEMAC qui déplorent déjà, dans nombres de domaines, le « siphonage constant et progressif » de leurs attributions par l'OHADA. Ainsi en lieu et place de dispositions propres et détaillées sur le paiement électronique, il serait plus réaliste qu'un Acte uniforme sur le commerce électronique prévoit des « dispositions passerelles » entre lui et les règlements UEMOA et CEMAC comme le fait l'article 68 de la loi Burkinabè portant réglementation des services et des transactions électroniques :

« Lorsque le paiement a lieu par voie électronique, le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine s'applique ».

Cette approche permettra de tempérer les potentiels concurrence de normes mise en exergue dans la première partie. La CEMAC et l'UEMOA détiennent la compétence en matière de paiement depuis des décennies ; leur arracher cette compétence pourrait engendrer dans l'espace OHADA des bouleversements juridiques majeurs aux conséquences imprévisibles.

### **Paragraphe 2 : L'exclusion totale d'une quelconque indemnité lors de l'exercice du droit de rétractation**

179 — . Bien que l'Avant-projet d'Acte unifome OHADA sur la consommation ait prévu des dispositions sur la faculté de rétractation, il est resté totalement silencieux quant à l'éventualité d'une indemnité compensatrice qu'exigerait le cybermarchand lors

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

de l'exercice de cette faculté. Or, en droit on est bien loin de l'aphorisme « la parole est d'argent mais le silence est d'or ». Le silence de la loi est bien souvent sujet à controverses : il peut donner lieu à des interprétations des plus biscornues. On ne peut que regretter que les promoteurs de l'*Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation* n'aient pas explicitement exclu l'indemnité compensatrice que pourrait devoir le consommateur en cas d'exercice de sa faculté de rétractation. Cette exclusion aurait levé toute ambigüité et ce d'autant plus qu'une récente décision de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est venu jeter le doute dans les esprits<sup>654</sup> : en l'espèce, une consommatrice allemande demandait une réparation gratuite d'un ordinateur portable acheté sur internet plusieurs mois auparavant et qui s'est avéré défectueux. Face au refus du cybermarchand, la consommatrice décida d'exercer son droit de rétractation. Il faut savoir que la section 312 d. du Code civil allemand qui transpose l'article 6 de la directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997 indique clairement, à la différence du droit français<sup>655</sup> que le délai de rétractation ne peut courir tant que les

---

<sup>654</sup> CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, demande de décision préjudicielle de l'*Amtsgericht Lahr* (Allemagne), D. 2009, p. 2161, obs. V. Avena-Robardet, *LEDC*, octobre 2009, p. 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP G*, n° 47, 16 novembre 2009, 459, note G. Paisant.

<sup>655</sup> L'article L. 121-20 du Code de la consommation, qui transpose en droit français la directive du 20 mai 1997, précise que « le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour (...) ». Toutefois, ce droit de rétractation ne s'applique pas aux contrats conclus par voie électronique ayant pour objet la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée. Cette exception a été récemment adoubee par la Cour de cassation : « [a]ttendu que le 30 août 2007, Mme X... et M. Y... ont réservé à distance et par voie électronique par l'intermédiaire de l'agence de voyage GO voyages une chambre d'hôtel à Dakar du 23 au 30 septembre 2007 ; que le 31 août M. Y... a sollicité la modification du dossier à la suite d'une

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

informations obligatoires n'ont été transmises au consommateur<sup>656</sup>. Le cybermarchand oppose une fin de non recevoir au droit de rétractation et exige, contrairement au droit français<sup>657</sup> une indemnité compensatrice au titre de l'usage du bien acquis et ce, conformément la section 357 (3) du *BGB* :

« The consumer, notwithstanding section 346 (2) sentence 1 no. 3, must pay compensation for value for any deterioration caused by putting the thing to its intended use, if, at the latest when the contract was entered into, his attention was drawn in text form to this legal consequence and to a possibility of avoiding it. This does not apply if the deterioration is exclusively due to examining the thing. Section 346 (3) sentence 1 no. 3 does not apply if the consumer has been properly instructed on his right of revocation or he has obtained knowledge of it in another way »<sup>658</sup>.

---

erreur de saisie concernant les dates du séjour lors de sa commande ; que cette modification ou à défaut le remboursement des sommes versées a été refusée par la société Go Voyages. Attendu que pour faire droit à la demande de remboursement de Mme X... et de M. Y..., la juridiction de proximité retient que ceux ci ont été privés de leur faculté de rétractation ; Qu'en statuant ainsi alors que le droit de rétractation n'était pas applicable à la prestation de service litigieuse, le tribunal a violé les textes susvisés [...] », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 2010, n° 09-70833, P+B+I.

<sup>656</sup> Section 312 d. « (1) [i]n a distance contract the consumer has a right of revocation under section 355. In lieu of the right of revocation, the consumer may, in contracts for the supply of goods, be granted a right of return under section 356. (2) Notwithstanding section 355 (2) sentence 1, the revocation period does not commence before the duties to provide information under section 312c (2) have been performed; in the case of the supply of goods, not before the day on which they reach the receiver; in the case of recurring deliveries of goods of the same kind, not before the day on which the first part delivery reaches the receiver; and in the case of services, not before the day on which the contract is entered into. (3) In the case of a service, the right of revocation is also extinguished if the contract was performed in full by both parties at the express wish of the consumer before the consumer exercised his right of revocation », *Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002* (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 42, 2909; 2003 I p. 738), last amended by the statute of 28 September 2009 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3161).

<sup>657</sup> En droit français, le marchand ne peut pas exiger, en plus de la restitution du bien, le versement d'une indemnité à cause de la seule utilisation du bien. Sur cette question : Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, *D.* 2004, p. 2175, *JCP G* 2004, I, 173, n° 14, obs. Y.-M. Serinet, *RDC* 2005, p. 280, obs. Ph. Stoffel-Munck.

<sup>658</sup> *Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002*, préc., note 656, Section 357.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

Appelé à trancher le litige, le tribunal allemand (*Amtsgericht Lahr*) décide de soumettre à Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) la question préjudicielle suivante :

« Est-ce que les dispositions combinées de l'article 6, paragraphe 2, et 6, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance doivent (...) être interprétées comme s'opposant à ce qu'une réglementation nationale prévoit la possibilité pour le vendeur de réclamer une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien livré, en cas de rétractation du consommateur dans les délais ? »<sup>659</sup>.

**180** — . Dans sa réponse, la Cour rappelle d'abord que la directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997 interdit dans son principe « qu'une réglementation nationale prévoit de manière générale la possibilité pour le vendeur de réclamer au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation d'un bien acquis par un contrat à distance ». <sup>660</sup> Le législateur OHADA aurait pu s'inspirer de ce principe général que de

---

<sup>659</sup> CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, préc., note.

<sup>660</sup> Ce principe avait déjà été rappelé dans une décision antérieure de la Cour : dans cette espèce, une entreprise de vente par correspondance (Quelle) avait livré en 2002 un ensemble de cuisson à une consommatrice allemande. Au début de l'année 2004, cette dernière a constaté que l'appareil était défectueux et a retourné l'appareil à "Quelle", qui l'a remplacé par un appareil neuf. Cette société a toutefois exigé que la consommatrice lui verse une somme de 69,97 euros à titre d'indemnité pour les avantages qu'elle avait retirés de l'utilisation de l'appareil livré initialement. Une association de consommateurs agréée agissant en tant que mandataire de la consommatrice, a demandé que cette dernière soit remboursée de l'indemnité qu'elle avait payée, sachant que la législation allemande prévoit que le vendeur a droit, en cas de remplacement d'un bien non-conforme, à une indemnité en compensation des avantages que l'acquéreur a retirés de l'usage de ce bien jusqu'à son remplacement par un nouveau bien. La juridiction allemande a saisi la Cour de justice des Communautés européennes, afin de savoir si les dispositions de la directive s'opposaient à l'obligation, pour un consommateur, d'indemniser le vendeur d'un bien de consommation non conforme. La Cour avait jugé que « l'article 3 de la directive 1999/44/CE du

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

se borner à exclure l'indemnité que dans les cas où le contrat de vente à distance est accompagné d'un contrat de crédit<sup>661</sup>. Toutefois, si la Cour européenne rappelle l'interdiction générale, elle admet néanmoins que :

« [...] ces mêmes dispositions ne s'opposent pas à ce que le paiement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation de ce bien soit imposé au consommateur dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage dudit bien d'une manière incompatible avec les principes du droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause, à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la finalité de ladite directive et, notamment, à l'efficacité et à l'effectivité du droit de rétractation, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer »<sup>662</sup>.

**181** — . En toute déférence à l'égard de la haute juridiction, il est difficile de se satisfaire d'une telle interprétation : d'abord parce que l'expression « indemnité compensatrice pour l'utilisation d'un bien » est assez générale et finalement peu précise<sup>663</sup>. On peut par exemple se demander cette indemnité est aussi due à son l'usure normale du bien ? Ensuite, il y a des chances que des cybermarchands, pour justifier la

---

Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui permet au vendeur, dans l'hypothèse où il a vendu un bien de consommation affecté d'un défaut de conformité, d'exiger du consommateur une indemnité pour l'usage du bien non conforme jusqu'à son remplacement par un nouveau bien », CJCE, 17 avr. 2008, aff. C-404/06, *Quelle*, *JCP G* 2008, II, 10152, note G. Paisant, *D.* 2009, p. 393, obs. N. Sauphanor-Brouillaud, *D.* 2008, p. 2631, note G. Pignarre.

<sup>661</sup> Voir l'article 108 de l'*Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation* précédemment cité.

<sup>662</sup> CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *préc.*, note

<sup>663</sup> Carole AUBERT DE VINCELLES, « Faculté de rétractation dans les contrats à distance », *RDC*, n° 2, 2010, p. 643. Sur cette question : Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Contrat à distance : le paiement d'une indemnité peut être exigé lors de la rétractation », *L'essentiel Droit des contrats*, n° 9, 2009, p. 1; Sébastien PIMONT, « Rétractation dans les ventes à distance et indemnisation pour l'usage du bien acquis », *RDC*, n° 1, 2010, p. 113.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

légalité de pratiques dérogatoires, invoquent cette jurisprudence devant le juge national, ce dernier étant tenu d'interpréter sa législation conformément au droit communautaire<sup>664</sup>. Pour toutes ces raisons, il serait pertinent de prévoir dans une législation sur le commerce électronique dans l'espace OHADA des dispositions qui élimineraient, comme le recommande d'ailleurs, en France, la Commission des clauses abusives « les clauses ayant pour objet ou pour effet de soumettre l'exercice du droit de rétractation à des modalités pratiques non justifiées par la nécessité d'assurer la protection du bien restitué »<sup>665</sup>.

### **Paragraphe 3 : La mise en place effective des Prestataires de Services de Certification Électronique (PSCE)**

**182** — . La mise en place de Prestataires de Services de Certification (PSCE) tarde à être effectif dans l'espace OHADA même s'ils avaient été prévus de longue date, dans la zone UEMOA par le règlement de 2002 sur les systèmes de paiement<sup>666</sup>. Initialement, la

---

<sup>664</sup> Dans l'affaire *Marleasing SA*, la Cour de justice des communautés européennes rappelle « l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du Traité », CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing SA*, aff. C-106/89.

<sup>665</sup> Recomm. Comm. cl. abusives n° 2007-02, relative aux contrats de ventes mobilières conclus par Internet, *BOCCRF* 24 déc. 2007.

<sup>666</sup> À notre connaissance, le Règlement 02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement ne contient aucune disposition relative aux Prestataires de Services de Certification.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

BCEAO devait jouer le rôle d'organisme d'accréditation conformément à l'article 28 du règlement précité<sup>667</sup>. Mais cette avenue fut finalement abandonnée : on a estimé que l'accréditation n'était pas du ressort exclusif des banques et qu'il serait préférable de confier cette fonction à un organisme totalement indépendant<sup>668</sup>. Seulement, aucun Prestataire de Services de Certification Électronique régional n'a jusqu'ici vu le jour<sup>669</sup>. Il nous est toutefois revenu qu'une nouvelle instruction UEMOA sur la preuve électronique est en cours d'adoption et que cette instruction serait plutôt axée sur un schéma de reconnaissance qui se déclinerait comme suit :

---

<sup>667</sup> Voir notamment l'article 28 du Règlement : « [l]es prestataires de services de certification électronique qui satisfont aux exigences de l'article 27 peuvent demander à être reconnus comme prestataires qualifiés. Cette qualification vaut présomption de conformité et est délivrée par des organismes accrédités par les services de la BCEAO chargés de la sécurité des systèmes d'information. Elle est précédée d'une évaluation réalisée par ces mêmes organismes. Une Instruction prise par la BCEAO détermine la procédure d'accréditation des organismes de qualification et la procédure d'évaluation et de qualification des prestataires de services de certification électronique ».

<sup>668</sup> Cette réserve des banques à se positionner comme autorité de certification n'est pas spécifique à l'Afrique. Au Canada par exemple, seule la banque Scotia opère au meilleur de notre connaissance une autorité de certification même si l'article 42 de la *Loi sur les banques* permet à toute banque à chartes d'exploiter de tels services : « [...] la banque peut exercer son activité commerciale ou s'identifier sous un nom autre que sa dénomination sociale [...] », *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, modifiée par la Loi modifiant la législation relative aux institutions financières, L.C. 1997, c. 15, art. 42. Sur cette réserve dans le contexte nord américain : Tara C. HOGAN, « Now that the Floodgates Have Been Opened, Why Haven't Bank Rushed into the Certification Authority Business? », (2000) 4 *N.C. Banking Inst.* 417, 430.

<sup>669</sup> Toutefois, au niveau national, des organismes institués par la loi sont chargés de délivrer des agréments : Agence de l'Informatique de l'État (ADIE) (Sénégal) et l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques (ARCE) (Burkina-Faso). Il convient de mentionner ici aussi le Système Ouest Africain d'Accréditation (SOAC) institué par le Règlement n°01/2005/CM/UEMOA du 4 juillet 2005 portant schéma d'harmonisation des activités d'accréditation, de certification, de normalisation, et de métrologie dans l'UEMOA. Seulement le SOAC non plus n'est pas encore opérationnel et il ne dispose pas des compétences et des ressources nécessaires pour procéder à l'accréditation d'organismes d'évaluation et de certification/qualification de PSCE.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

- Reconnaissance par la BCEAO d'organismes d'accréditation situés hors de l'Union (Accords de reconnaissance);
- Agrément des organismes d'évaluation étrangers à l'Union (Convention d'agrément) qui auront été accrédités par les organismes reconnus par la BCEAO ;
- Acceptation/qualification et surveillance de PSCE étrangers à l'Union (Accord d'acceptation) pour intervenir dans l'espace UEMOA ;
- Acceptation/qualification et surveillance de certificats émis par ces PSCE.

**183** — . Quel que soit le modèle choisi, il est à souhaiter que la nouvelle instruction en cours d'adoption comble une des importantes lacunes du règlement de 2002 en prévoyant un régime de responsabilité qui encadrerait les droits et obligations des différents acteurs<sup>670</sup>. C'est ce que fait au Québec la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* notamment par le biais de ses articles 51 et

---

<sup>670</sup> Pour une vision complète des relations juridiques entre les banques et les autorités de certification, voir généralement : Marc LACOURSIÈRE et Édith VÉZINA, « La sécurité des opérations bancaires par Internet : l'apport des autorités de certification », dans Thierry Bourgoignie (dir.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais, 2008, p. 123; Marc LACOURSIÈRE, « La responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique : impact des autorités de certification », (2001) 42 *Cahiers de droit*, 961; Marc LACOURSIÈRE, « Legal Aspects of Electronic Payments », dans Andrea Schulz (dir.), *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction*, Munich, Sellier, 2006, p. 197; Marc LACOURSIÈRE, « Les services bancaires dans la tourmente de la mondialisation : l'impact des nouvelles technologies et des fusions bancaires dans les Amériques », dans Luis Toro UTILLANO (dir.), *Jornadas de Derecho Internacional (22-26 octobre 2005)*, Washington (D.C.), Organisation des États Américains, 2005, p. 127; Marc LACOURSIÈRE, « Les services financiers de consommation par Internet », dans Luis Toro UTILLANO (dir.), *Jornadas de Derecho Internacional (29 novembre - 2 décembre 2004)*, Washington (D.C.), Organisation des États Américains, 2005, p. 137; Marc LACOURSIÈRE, « La compensation interbancaire à l'ère d'Internet », SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit bancaire*, vol. 195, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2003, p. 85.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

suivants<sup>671</sup>. Il ne serait pas du tout incongru que les rédacteurs de la nouvelle instruction UEMOA portant sur le paiement électronique consultent la loi québécoise encadrant les nouvelles technologies de l'information. Cette loi, en dépit de ses imperfections pourrait se révéler être une bonne source d'inspiration, du moins sur l'aspect particulier des responsabilités des Prestataires de Services de Certification.

## CHAPITRE II : LES SOURCES D'INSPIRATION EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ EN LIGNE

184 — . Plusieurs initiatives menées au plan international<sup>672</sup> et dans les pays occidentaux<sup>673</sup> pourraient inspirer le législateur OHADA dans la recherche de solutions

---

<sup>671</sup> Par exemple l'article 56 : « [l]e prestataire de services de certification doit présenter des garanties d'impartialité par rapport à la personne ou l'objet visé par la certification, même s'il n'est pas un tiers à leur égard. Il doit assurer l'intégrité du certificat qu'il délivre au cours de tout son cycle de vie, y compris en cas de modification, de suspension, d'annulation ou d'archivage, ou en cas de mise à jour d'un renseignement qu'il contient. En outre, il doit être en mesure de confirmer le lien entre le dispositif d'identification ou de localisation, tangible ou logique, et la personne, l'association, la société, l'État ou l'objet identifié ou localisé au moyen du dispositif. Constitue une fausse représentation le fait de délivrer un document présenté comme étant un certificat confirmant l'identité d'une personne, l'identification d'une association, d'une société ou de l'État ou l'exactitude d'un identifiant d'un objet, alors qu'aucune vérification n'est faite par le prestataire de services ou pour lui ou que l'insuffisance de la vérification effectuée équivaut à une absence de vérification », *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note, art. 56. Aussi l'article 61 qui précise que les prestataires de services de certification ne sont tenus qu'à une obligation de moyens : « [l]e prestataire de services de certification et de répertoire, le titulaire visé par le certificat et la personne qui agit en se fondant sur le certificat sont, à l'égard des obligations qui leur incombent en vertu de la présente loi, tenus à une obligation de moyens ».

<sup>672</sup> On peut évoquer entre autres les travaux de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et ceux de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE). À ce sujet : CHAMBRE DU COMMERCE INTERNATIONALE (CCI), *Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet*, 1998, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/id912/idex.ht>>; ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE (OCDE), *lignes directrices régissant la*

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

adéquates pour juridiquement encadrer la publicité électronique qu'elle soit ciblée (section 2) ou non (section 1).

### ***Section 1 : L'encadrement juridique de la publicité électronique traditionnelle***

185 — . Par publicité électronique traditionnelle nous entendons ici celle non basée sur la collecte d'informations relatives au comportement du consommateur et qui ne vise pas à délivrer des messages personnalisés en fonction des centres d'intérêt de celui-ci<sup>674</sup>. Bien qu'il soit des fois difficile de tracer la frontière entre une publicité

---

*protection des consommateurs contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses*, 2003, en ligne : <<http://www.oecd.org/oecd/4.pdf>>.

<sup>673</sup> Au plan interne canadien, le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique, pour encadrer la cyberpublicité a mis en place les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique* ; principes repris par le Bureau de la concurrence du Canada et la plupart des provinces canadiennes qui l'a transposé dans son droit interne. Voir : GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien*, 1999, en ligne : <<http://www.cba.ca/fr/content/consumer/>>. Aussi : BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, préc., note 22. En europe, notamment en France, la *Loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* fait obligation au cybermarchand dans un premier temps d'identifier clairement qu'une publicité est une publicité et, dans un second, de rendre identifiable la personne physique ou morale pour le compte de qui la publicité est réalisée : « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ». Dans le même sens, l'article 21 de la loi précitée modifie le *Code de consommation* français en créant des dispositions spécifiques à la publicité trompeuse : « Les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message ».

<sup>674</sup> Sur la notion de publicité électronique traditionnelle : Marie DEMOULIN et Étienne MONTERO, « Les affres du « spamming », entreprotection de la vie privée et liberté du commerce », in

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

ciblée et celle qui ne l'est pas, il est avancé dans cette section des mesures spécifiques pour l'encadrement des publicités faites aux enfants (paragraphe 2) et un plaidoyer pour un débat ouvert quant au choix opt-in / opt out (paragraphe 1).

### **Paragraphe 1 : Plaidoyer pour un débat ouvert dans le choix opt-in / opt-out**

186 — . Dans la première partie, cette étude a fait état des divergences qui pourraient y avoir entre législations nationales et régionales quant au choix opt-in – opt-out. La thèse de l'opt-in selon laquelle le destinataire ne peut recevoir une projection que s'il y a préalablement consenti semble aujourd'hui recueillir la plus grande adhésion<sup>675</sup>. Ce large consensus, à notre avis n'interdit pas le débat. La question est de

---

Mirelle ANTOINE et Étienne MONTÉRO (dirs.), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 144; Christophe MASSE, « La publicité trompeuse dans le commerce électronique », en ligne : <www.juriscom.com>. Aussi : Blandine FAURAN, « Aspects juridiques de la publicité et de l'information des médicaments sur Internet », *Gaz. Pal.*, n° 85, 2002, p. 6.

<sup>675</sup> Voir par exemple en France, l'article L121-20-5 du *Code de la consommation* : « [d]ans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé. La Commission nationale de l'informatique et des libertés veille, pour ce qui concerne la prospection directe utilisant les coordonnées d'une personne physique, au respect des dispositions du présent article en utilisant les compétences qui lui sont reconnues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée. A cette fin, elle peut notamment recevoir, par tous moyens, les plaintes relatives aux infractions aux dispositions du présent article ». Aussi en Belgique, l'article 14 de la *Loi portant sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information*, préc.,

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

savoir si un Acte uniforme OHADA sur le commerce électronique doit donner priorité à la liberté du commerce ou privilégier la protection de la vie privée. Un auteur a déjà fait remarquer que :

« L'interdiction des publicités non sollicitées par e-mail pourrait se révéler néfaste pour les petites et moyennes entreprises, qui se voient privées d'un moyen de promotion commodes et peu coûteux. En effet, le recours aux autres modes de publicités (bannières, marketing, affichage) s'avère nettement plus onéreux. Le choix de l'opt-in, risque de mettre à mal la liberté du commerce et les intérêts économiques de certains prestataires [...] »<sup>676</sup>.

**187** — . Par ailleurs, on relèvera que l'Allemagne qui connaît la règle de l'opt-in depuis plusieurs années ne reçoit pas moins de pourriels que les autres pays européens<sup>677</sup>. Il n'est donc pas inutile de prendre ses distances des uns et des autres afin de déceler les enjeux et intérêts réellement en présence dans le débat opt-in / opt-out. Pour le législateur OHADA, l'objectif consistera à agir contre les pourriels. À cet égard, plus de 95% des pourriels reçus dans notre région d'étude proviennent de l'étranger notamment des pays d'Europe de l'Est et du Nigeria (qui n'est pas encore membre de l'OHADA). Les législations africaines qui ont adhéré à la thèse de l'opt-in ne seront

---

note, : « § 1<sup>er</sup>. [l]'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages ».

<sup>676</sup> Mirelle ANTOINE et Étienne MONTÉRO (dirs.), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 161.

<sup>677</sup> Pour une étude détaillée sur cette question, les développements de Sylvain Metille : Sylvain METILLE, « Google, facebook, logistep : la protection des données est un sujet brûlant d'actualité en Allemagne », en ligne : <[www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)> (consulté le 1<sup>er</sup> juin 2011).

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

donc en pratique qu'applicable à 5% au mieux des pourriels envoyés par des sociétés africaines à des citoyens de l'espace OHADA. Il y a donc de forts doutes que ces législations apprendront aux spammeurs nigériens - pour ne citer qu'eux - ce qu'est le principe de la collecte loyale de données. En revanche, elles modifieront en profondeur le marché OHADA du marketing.

**188** — . Pour les annonceurs et les propriétaires de fichiers, le coût d'acquisition de coordonnées destinées à recevoir des projections n'est du tout le même selon que les personnes disposent d'un droit d'opposition à recevoir des offres, ou au contraire, y ont consenti. Dans le premier cas (opt-out), la personne qui a fourni ses coordonnées sans user de la faculté qui lui était offerte dès ce stade de refuser de recevoir des sollicitations recevra un message commercial qui comportera un moyen (liens, adresses, e-mails) lui permettant de demander à ne plus jamais en recevoir d'autres. La relation de prospection sera interdite ou sera interrompue mais sa genèse n'aura coûté que le prix de la transparence.

**189** — . Dans le second cas (opt-in), l'entreprise a deux solutions pour obtenir d'une personne son consentement à être prospecté : la confiance ou l'artifice<sup>678</sup>. La confiance du consommateur que peut favoriser une relation récurrente avec ce dernier,

---

<sup>678</sup> À ce sujet : Yves POULLET, « Internet et vie privée : entre risques et espoirs », in *Journal des Tribunaux*, issue 6000, p. 155; Sophie LOUVEAUX, María Verónica PÉREZ ASINARI, Pierre POULLET, « Data protection and privacy in global networks : a european approach. Meda Conference », Athens, 25 April 2001, in *The EDI Law Review*, volume 8, issue 2-3, p. 147; Jean-Marc DINANT, Ewout KEULEERS, « Data protection : multi-application smart cards. The use of global unique identifiers for cross-profiling purposes. Part 1 », in *Computer Law and Security Report*, volume 19, issue 6, p. 480.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

et le conduit à se déclarer intéresser à recevoir des offres – c'est là toute la théorie du « permission marketing »<sup>679</sup>. Le coût d'acquisition du consentement est alors plus élevé. Pourtant, dès le premier envoi d'une prospection acceptée, le consommateur peut décider de ne plus en recevoir d'autre. Et l'investissement pour obtenir le consentement est perdu. L'artifice, moins onéreux peut consister à faire à proposer un rabais ou un avantage en échange du consentement à recevoir des offres. Quant à la sanction judiciaire de l'artifice, elle peut sembler aujourd'hui hypothétique : elle nécessite qu'une procédure soit lancée et ne soit pas classée sans suite puis qu'une discussion sur le terrain pénal portera sur la notion de « vice de consentement » très discutée en droit civil<sup>680</sup>.

**190** — . Pour le consommateur, le consentement est souvent considéré comme la meilleure garantie que la loi puisse lui offrir. Malheureusement, la commercialisation des fichiers opt-in met aujourd'hui sérieusement à mal la thèse de l'opt-in. En effet, lorsque l'internaute accepte de recevoir les offres d'un annonceur et de ses partenaires, ce « sésame » permet de partager ses coordonnées avec une multitude de sociétés. Toutes ces sociétés écriront au consommateur sur la foi d'un consentement parfait et

---

<sup>679</sup> Il s'agit d'une technique de marketing dans laquelle on demande à l'internaute son avis sur les informations promotionnelles qu'on entend lui faire parvenir. Le permission marketing fait ainsi de l'internaute un acteur de la consommation qui accepte ou non que l'entreprise lui envoie de l'information concernant des sujets qu'il aura déterminés au préalable. Il ne « subit » plus la publicité comme un téléspectateur passif. Sur cette technique : Seth GODIN, *Permission marketing: turning strangers into friends, and friends into customers*, New York, Simon & Schuster, 1999.

<sup>680</sup> Aude VALOTEAU, *La théorie des vices de consentement et le droit pénal*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 33.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

celui-ci devra ensuite manifester autant de fois son refus de recevoir des prospections de leur part. Est-ce là une grande avancée de son droit à la tranquillité ? Certainement que non. C'est pour toutes ces raisons que le législateur OHADA se doit de sortir du débat manichéen qu'est devenue la controverse opt-in /opt-out et opérer un choix réaliste quant à l'avenir du marché OHADA du marketing<sup>681</sup>. Il nous semble qu'un compromis puisse être trouvé à l'instar de la « directive vie privée et communications électroniques » qui prévoit ce que d'aucuns qualifient de *soft opt-in*, soit un régime d'interdiction de principe, sauf exceptions)<sup>682</sup>.

---

<sup>681</sup> D'ailleurs, en Europe, la directive sur le commerce électronique a laissé le débat ouvert pour ce qui est du choix opt-in /opt-out. C'est en tout cas ce qui ressort de la lecture de son article 7 qui donne une grande latitude aux communications commerciales non sollicitées : « 1. Outre les autres exigences prévues par le droit communautaire, les États membres qui autorisent les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique veillent à ce que ces communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur leur territoire puissent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire. 2. Sans préjudice de la directive 97/7/CE et de la directive 97/66/CE, les États membres prennent des mesures visant à garantir que les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement les registres "opt-out" dans lesquels les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces dernières.

<sup>682</sup> Notamment l'article 13 de la directive 2002/58/CE du Parlement européenne et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), préc., note : « 1. L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable. 2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque, dans le respect de la directive 95/46/CE, une personne physique ou morale a, dans le cadre d'une vente d'un produit ou d'un service, obtenu directement de ses clients leurs coordonnées électroniques en vue d'un courrier électronique, ladite personne physique ou morale peut exploiter ces coordonnées électroniques à des fins de prospection directe pour des produits ou services analogues qu'elle-même fournit pour autant que lesdits clients se voient donner clairement et expressément la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation des coordonnées électroniques lorsqu'elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n'auraient pas refusé d'emblée une telle exploitation [...] » (nos soulignements).

**Paragraphe 2 : Des dispositions particulières pour encadrer la publicité  
faite aux enfants**

191 — . S'agissant de la publicité en ligne faite aux enfants, sa réglementation bien que souhaitable se révèle être beaucoup plus difficile. Les expériences des pays occidentaux pourraient peut être servir de guide au législateur OHADA : en Europe, la Directive sur les pratiques commerciales déloyales interdit expressément le fait d'inciter directement un mineur à faire des achats<sup>683</sup>. Le Parlement européen a plus tard adopté en septembre 2005 une proposition de recommandation sur la protection des mineurs<sup>684</sup>. Cet acte juridique européen sans valeur contraignante a cependant pour objet d'inciter les États membres à s'en inspirer dans la mise en œuvre de nouvelles réglementations. Il encourage la mise en place, par les États membres et la Commission européenne, de mesures favorisant la protection des mineurs, ces derniers pouvant être selon le législateur européen, triplement victimes d'Internet : en tant que spectateurs accédant à des contenus préjudiciables, en tant qu'acteurs dont l'image peut être associée à des

---

<sup>683</sup> *Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JO L 149 du 11.6.2005, p. 22–39 : plus précisément le point 28 de l'Annexe 1 intitulé « les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances ». Ainsi est assimilée à une pratique déloyale : « [d]ans une publicité, inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle ».*

<sup>684</sup> *Rapport sur la proposition de recommandation du Parlement européen et du Conseil sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et le droit de réponse en lien avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information, (COM (2004) 0341-C6-0029/2004.*

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

contenus pornographiques et en tant que « proies » naviguant sur Internet et notamment sur les forums de discussion. Ce texte vise directement la responsabilisation des professionnels de l'Internet et en particulier des Fournisseurs d'Accès à Internet (FAI). Elle semble passer par l'obligation de la mise en place de moyens visant à limiter l'accès d'Internet aux mineurs en vue de leur protection. Plusieurs moyens sont ainsi proposés par ce texte qu'il s'agisse de mesures techniques, de pratiques d'autorégulation ou de dispositions juridiques.

**192** — . Aux États-Unis, à la suite d'une étude qu'elle a réalisée auprès des annonceurs, *La Federal Trade Commission* a recommandé l'adoption d'une législation pour protéger les mineurs sur internet. Les conclusions de l'étude menée par l'organisme américain ont permis de faire des constations surprenantes concernant spécifiquement les sites Web destinés aux enfants :

« 89% des 212 sites pour enfants interrogés collectent des informations à caractère personnel auprès des enfants. Seulement 8 % disent que les parents peuvent demander que les informations personnelles qui ont été collectées auprès de leurs enfants soient détruites ou non utilisées à l'avenir (“option de sortie”). Seulement 1 % demandent le consentement des parents avant la collecte ou l'utilisation de ces informations (“option d'entrée”) »<sup>685</sup>.

La Commission en est arrivée à la conclusion que l'autorégulation n'était pas suffisante pour protéger la vie privée des mineurs, recommandant du coup l'adoption d'une législation à cet effet. En 1998, le législateur fédéral est donc intervenu en votant le

---

<sup>685</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION, *Privacy On line: A Report to Congress*, en ligne : <<http://www.ftc.gov>> (consulté le 31 mai 2011)

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

*Child Online Protection Act* (COPA). Une disposition essentielle de cette loi interdit aux annonceurs de collecter sans le consentement de leurs parents ou tuteurs, des données personnelles de mineurs<sup>686</sup>. La loi a été jugée non conforme au Premier amendement de la constitution américaine en première instance et en appel. En 2002, la Cour suprême a préféré renvoyer l'affaire devant la juridiction d'appel sans revenir sur la suspension provisoire de la loi, après avoir précisé que le critère des (contemporary community standards) (normes locales en vigueur) posé par le texte pour déclarer un contenu illicite - car préjudiciable aux mineurs - ne rendait pas automatiquement son champ d'application « trop large » au regard du Premier Amendement<sup>687</sup>.

**193** — . Cette mansuétude s'explique certainement par la controverse suscitée par une décision prise moins d'un mois auparavant. En effet, dans une décision du 16 avril 2002, les juges avaient admis que deux dispositions du *Child Pornography Prevention Act* (CPPA)<sup>688</sup>, loi adoptée en 1996 pour lutter contre de nouvelles formes d'exploitation sexuelle des enfants dues à l'émergence et au développement des

---

<sup>686</sup> *Child Online Protection Act* (COPA), Pub. L. No. 105-277, 112 Stat. 2681 (1998) (codified at 47 U.S.C. § 231): « [...] A person making a communication described in subsection (a) - (A) shall not disclose any information collected for the purposes of restricting access to such communications to individuals 17 years of age or older without the prior written or electronic consent of - (i) the individual concerned, if the individual is an adult ; or (ii) the individual's parent or guardian, if the individual is under 17 years of age ; and (B) shall take such actions as are necessary to prevent unauthorized access to such information by a person other than the person making such communication and the recipient of such communication ».

<sup>687</sup> *ACLU v. Reno*, 31 F. Supp. 2d 473 (E.D. Pa. 1999).

<sup>688</sup> *Children's Internet Protection Act* (CIPA), 47 U.S.C.A. § 254(h) (Supp. 2001); 20 U.S.C. § 9134 (Supp. 2001).

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

technologies numériques, violaient le Premier amendement<sup>689</sup>. Selon l'opinion de la majorité, les termes de la loi étant trop larges, les images qui ne sont ni obscènes, ni issues de l'exploitation d'enfants « réels », sont susceptibles d'être réprimées. La tentative de la réglementation de la publicité faite au mineur sur l'internet par le législateur a donc subi de la part de la Cour suprême un contrôle strict qui s'est avéré presque fatal : l'application du COPA reste suspendue<sup>690</sup>. L'expérience américaine montre combien il est difficile d'appréhender efficacement la publicité faite au mineur en ligne. Les règles protectionnistes adoptées par les États sont en effet encore loin de faire leur preuve: la publicité est omniprésente et souvent adressée à tout « public » y compris les mineurs. Des législateurs ont proposé d'obliger le cybermarchand à tenir compte de l'âge du consommateur et de son inexpérience. Seulement, pour exécuter cette obligation encore faudrait-il que le vendeur ait connaissance de la minorité de son client. Ce qui est loin d'être aisé dans les environnements électroniques. En juillet 2001, en France, la Commission Nationale Informatique (CNIL) a mis de l'avant plusieurs propositions en faveur d'une meilleure protection des mineurs sur internet. Celles-ci

---

<sup>689</sup> *Ashcroft v. ACLU*, 532 U.S. 1037 (2001), and vacated by 535 U.S. 564, 122 S. Ct. 1700 (2002) [hereinafter *Reno IV*].

<sup>690</sup> Pour une vision globale du débat concernant la *Child Online Protection Act*, voir généralement : Kathleen CONN, "Protecting Children From Internet Harm (Again): Will the Children's Internet Protection Act Survive Judicial Scrutiny?" 153 *West's Educ. l. Rep.* 469 (2001); Catherine J. ROSS, "Anything Goes: Examining the State's Interest in Protecting Children from Controversial Speech", 53 *Vand. L. Rev.* 427, 504 (2000); William D. DEANE, "COPA and Community Standards on the Internet: Should the People of Maine and Mississippi Dictate the Obscenity Standards in Las Vegas and New York?" 51 *Cath. U. L. Rev.* 245 (2001); Steven D. HINCKLEY, "Your Money or Your Speech: The Children's Internet Protection Act and the Congressional Assault on the First Amendment in Public Libraries", *Washington University Law Quarterly*, vol. 80, n° 4, 2002.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

vont dans le sens d'une auto-régulation du secteur au détriment de la mise en place d'une réglementation impérative. Il s'agit là de notre point de vue d'une vision pragmatique du réseau et de ses modes de régulation, étant entendu qu'il demeure bien difficile aujourd'hui de déterminer l'identité ou l'âge d'un individu connecté sur internet. De plus, la diversité des sites destinés au jeune public ne permet pas d'apporter une réponse globale relative à un âge limite, et autorise plutôt une appréciation au cas par cas par chaque éditeur de site<sup>691</sup>. Ainsi, en ayant à l'esprit que l'objectif principal d'un acte uniforme est de favoriser l'éclosion du commerce électronique et non de l'entraver, le législateur OHADA veillera à trouver un équilibre entre les intérêts légitimes du vendeur et ceux de son client mineur. Cet équilibre pourrait par exemple passer par des dispositions beaucoup plus exigeantes à l'endroit du professionnel qui a l'habitude de s'adresser spécialement à un public mineur qu'à celui qui ne l'est pas.

### ***Section 2 : Pistes de réflexions sur l'encadrement juridique de la publicité ciblée***

En se livrant à un exercice de droit comparé, les autorités compétentes de l'OHADA s'apercevront rapidement que les différents risques liés à la publicité ciblée sont

---

<sup>691</sup> COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE (CNIL), « La collecte de données personnelles auprès de mineurs est-elle possible ? », en ligne : <[www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)> (consulté le 31 mai 2011).

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

appréhendés par la réglementation actuelle de la plupart des pays européens<sup>692</sup>. Ces réglementations issus de la transposition de la directive européenne sur la protection des données personnelles (directive 95/46/CE)<sup>693</sup> et celle relative à la vie privée et aux communications électroniques (directive 2002/58/CE)<sup>694</sup> sont axées sur les principes suivants : une conception large de la notion de données personnelles (paragraphe 1) et une obligation de sécurité et de conservation limitée des données recueillies (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Une conception large de la notion de « données personnelles »**

194 — . Si le législateur OHADA entend encadrer la publicité ciblée, il devra en premier lieu procéder à un élargissement de la notion de « données personnelles » qui sera applicable à toute activité de profilage. C'est ce qu'a fait en Europe le « G29 » dans son avis de juin 2007 précisant qu'une donnée personnelle repose sur « toute

---

<sup>692</sup> Voir : Thomas DAUTIEU, « Le nouveau régime juridique applicable à la prospection directe opérée par voie électronique (À propos du projet de loi relatif à la confiance dans l'économie numérique) », *Gaz. Pal.* , n° 305, 2003, p. 8. Aussi : Ariane MOLE et Hélène LEBON, « Publipostage électronique : entre certitudes et incertitudes (2<sup>e</sup> partie) », *Gaz. Pal.* , n° 194, 2002, p. 27.

<sup>693</sup> *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, J.O. n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031 – 0050.

<sup>694</sup> *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)*, J. O., n° L 201 du 31/07/2002 p. 0037 – 0047.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

information » concernant une personne physique identifiée ou identifiable. L'avis indique que :

« Les données concernent une personne si elles ont trait à l'identité, aux caractéristiques ou au comportement de la personne ou si cette information est utilisée pour déterminer ou influencer la façon dont cette personne est traitée ou évaluée »<sup>695</sup>.

Cette définition permet ainsi de considérer comme « données personnelles » toutes données susceptibles d'identifier une personne sans même avoir à connaître connaître son identité. La Cour de justice des communautés européennes est venue entériner cette position dans son arrêt du 28 janvier 2008 : une association espagnole sans but lucratif regroupant des producteurs et des éditeurs d'enregistrements musicaux et audiovisuels (Promusicae) cherchait à faire obstacle aux téléchargements illégaux de fichiers musicaux sur la plate forme Kazaa. Pour y parvenir, elle saisit les tribunaux espagnols pour qu'il soit ordonné à Telefónica de révéler l'identité et l'adresse physique de certaines personnes auxquelles cette dernière fournit un service d'accès à l'Internet et dont l'« adresse IP » (un identifiant unique propre à chaque ordinateur connecté à Internet) ainsi que la date et l'heure de connexion sont connues. Le tribunal espagnol

---

<sup>695</sup> Le Groupe Article 29 est le contrôleur européen de la protection des données personnelles. Selon son site internet, il « est composé de représentants des autorités nationales chargées de la protection des données, du CEPD et de la Commission européenne. Il constitue une plate-forme très importante pour la coopération, et ses principales missions consistent à : 1) donner à la Commission des avis d'experts des États membres sur des questions relatives à la protection des données ; 2) promouvoir l'application uniforme de la directive 95/46 dans tous les États membres de l'UE ainsi qu'en Norvège, au Liechtenstein et en Islande ; 3) donner à la Commission un avis sur tout acte communautaire (premier pilier) ayant une incidence sur le droit à la protection des données à caractère personnel », en ligne : <<http://www.edps.europa.eu>>.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

saisi de l'affaire décida de poser la question suivante à la Cour de justice des communautés européennes :

« Est-ce que le droit communautaire impose aux États membres de prévoir, en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur, l'obligation de communiquer des données à caractère personnel dans le cadre d'une procédure civile ? »<sup>696</sup>.

195 — . Dans sa réponse, le juge communautaire indique que parmi les exceptions permises par les directives relatives à la protection des données à caractère personnel, figurent les mesures indispensables à « la protection des droits et libertés d'autrui ». Dans le cas qui nous occupe, la législation espagnole limitait la communication des données personnelles aux enquêtes pénales, aux affaires liées à la sécurité publique ou à la défense nationale. Il a donc été refusé à Promusicae la communication des adresses IP (Internet Protocol) des internautes qui ont téléchargé le logiciel Kazaa. La Cour de justice des communautés européennes vient ainsi rappeler avec force que les adresses IP constituaient des « données personnelles » mettant du coup fin à des divergences jurisprudentielles sur cette question particulière. Cette conception extensive des données personnelles est parfois considérée comme excessive parce qu'il s'agit de données qui, en elles-même ne permettent aucune identification. La tendance est néanmoins à affirmer que ces données sont personnelles et donc soumises à

---

<sup>696</sup> CJCE (gr. ch.), 29 janvier 2008 : Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU - Affaire C- 275/06 - M. V. Skouris, prés. ; MM. C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis et U. Løhmus, prés.de ch. ; M. A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Malenovský (rapporteur), J. Klučka, E. Levits, A. Arabadjiev et M<sup>me</sup> C. Toader, juges ; M<sup>me</sup> J. Kokott, av. gén.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

la réglementation protectrice en la matière, dès lors qu'elles permettent de reconstituer la personnalité d'un individu et de lui attribuer des décisions en fonction de ses choix et références<sup>697</sup>.

### **Paragraphe 2 : Les obligations de sécurité et de conservation limitée des données recueillies**

196 — . La richesse des informations résultant des techniques de profilage suppose la mise en place de mesures techniques et organisationnelles renforcées pour protéger les données contre la destruction, la perte, l'altération, la divulgation, la diffusion, le stockage, le traitement et l'accès non autorisé ou illicite<sup>698</sup>. Encore ici, l'expérience européenne pourrait être une source d'inspiration pour les décideurs de l'OHADA. La doctrine européenne suggère en effet qu'en cas de défaillance dans la sécurité des données, qu'obligation soit faite pour le responsable de traitement d'avertir l'autorité nationale chargée de la protection des données, qui peuvent, si cette atteinte est de nature à affecter des données d'une ou plusieurs personnes exiger du responsable du traitement qu'il avertisse ces personnes<sup>699</sup>. Ainsi en France, le contenu, la forme et les

---

<sup>697</sup> Emmanuel DREYER, « Un an de droit de la publicité », *Com. Com. elec.*, n° 7, 2008, p. 15. Aussi : Bernard BOULOC « Protection des consommateurs-Publicité comparative ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 novembre 2009 », *Revue trimestrielle de droit commercial*, n° 3, 2010, p. 599.

<sup>698</sup> Sur cette question : Denise LEBEAU-MARIANNA et Pascal GAUDILLÈRE, « La LCEN. Quelles conséquences sur la pratique du commerce électronique ? », *Expertises des systèmes d'information*, n° 287, 2004, p. 423; Blandine POIDEVIN et Viviane GELLES, « Internet mobile. Les applications iPhone et la LCEN », *Expertises des systèmes d'information*, n° 353, 2010, p. 423.

<sup>699</sup> Voir : Sarah BYRT, « Publicité comparative : récents développements au Royaume-Uni », *Gaz. Pal.*, n° 152, 2006, p. 4.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

modalités de notification sont précisés par décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL. Elle participe de l'obligation de sécurité. Les données collectées à des fins de publicité comportementale peuvent être données sous une forme permettant l'identification (même indirecte) des personnes concernées pendant une durée qui ne doit pas excéder la durée nécessaire à la finalité commerciale recherchée<sup>700</sup>. Le Goupe de l'article 29 s'est prononcé à retenir notamment dans son avis du 04 avril 2008. Ainsi, au-delà de la durée, de conservation nécessaire, il faut être en mesure de justifier son extension ou appliquer un droit à l'oubli par une destruction des données et une anonymisation irréversible<sup>701</sup>. Ces principes universels et intemporels ne doivent pas occulter le fait que l'internaute est également demandeur d'une publicité ciblée plus adaptée à ses goûts et attentes du moment. Il est donc nécessaire de l'informer et de le sensibiliser aux moyens qui lui permettent de mieux maîtriser la divulgation de ses données selon les usagers recherchés<sup>702</sup>.

**197** — . Les traitements de données résultant de collectes à des fins de publicités ciblées doivent faire l'objet d'une déclaration à la CNIL. La norme simplifiée n° 48 prévoyant que « l'exploitation de données de connexion (date, heure, adresses, protocole

---

<sup>700</sup> Agathe LEPAGE, « Qui dit courrier électronique ne dit pas forcément communication privée », *Com. Com. elec.*, n° 5, 2008, p. 40.

<sup>701</sup> À ce sujet : Étienne DROUARD, « Internet et le droit à l'oubli numérique. Quels enjeux ? Quelles régulations ? », *Légipresse*, n° 272, 2010, p. 3; Philippe STOFFEL-MUNCK, Jean-Marc COBLENCÉ et Benoît TABAKA, « E-commerce : nouvelles libertés et vieilles contraintes ? », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 39, 2008, p. 76.

<sup>702</sup> Linda ARCELIN-LÉCUYER, « Droit de la publicité : bilan de l'année 2009 », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 23, 2010, p. 104.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

de l'ordinateurs du visiteur, page consultées) ne peut se faire qu'aux seules fins statistiques d'estimation de la fréquentation du site (une déclaration normale doit donc être envisagée pour le traitement des données à des fins de publicité ciblée). La Federal Trade Commission américaine rejoint d'ailleurs l'approche européenne en dégagant les principes suivants :

- La transparence : un site web collectant des données à des fins de publicité comportementale doit comporter des mentions bien visibles, claires, concises et faciles à comprendre informant que des données sur les activités en ligne des consommateurs sont collectées sur ce site et qu'elles seront utilisées pour diffuser des publicités pour des produits et services adaptés aux intérêts de chaque consommateur<sup>703</sup>.
- Les contrôles par le consommateur : ces mentions doivent également préciser que les consommateurs peuvent choisir de ne pas avoir leurs informations collectées à ces fins. Pour ce faire, le site internet doit fournir aux consommateurs s'opposant à la collecte une méthode claire, facile à utiliser et accessible leur permettant de faire respecter leur choix.
- La sécurité « raisonnable » : une société qui collecte et/ou stocke des données sur les consommateurs à des fins de publicité comportementale doit garantir une sécurité raisonnable pour ces données. Ces protections devraient prendre en compte la sensibilité des données, la nature des opérations commerciales réalisées de la société, les types de risques

---

<sup>703</sup>

Winston J. MAXWELL, Thomas ZEGGANE et Sarah JACQUIER, « Publicité ciblée et protection du consommateur en France, en Europe et aux États-Unis », *Cont Cons Conc*, n° 6, 2008, p. 18.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

auxquels elle est confrontée, ainsi que les protections raisonnables dont elle dispose<sup>704</sup>.

- La conservation limitée des données : les données ne devraient être conservées que pendant une période n'excédant pas celle nécessaire à la satisfaction des besoins commerciaux légitimes ou des obligations légales de la société.
- Le consentement affirmatif express pour les changements importants aux engagements existants en matière de vie privée : une société se doit d'honorer les promesses faites sur la manière dont elle traite ou protège les données des consommateurs. Dans l'hypothèse où elle décide de changer ultérieurement sa politique en matière de vie privée, elle doit obtenir le consentement affirmatif express des consommateurs concernés avant de pouvoir utiliser les données d'une manière substantiellement différente de celle décrite dans les engagements pris à l'époque où les données ont été collectées<sup>705</sup>.
- Le consentement affirmatif express pour l'utilisation de données sensibles à des fins de publicités comportementales : la collecte par une société de données sensibles à des fins de publicité comportementale est subordonnée à l'obtention du consentement affirmatif express du consommateur de recevoir cette publicité.

---

<sup>704</sup> Julien LE CLAINCHE « Les États-Unis se dotent d'une législation fédérale relative aux pourriels et optent...out », *Droit-Tic*, n° 23, 2003, p. 3.

<sup>705</sup> Guillaume JAHAN, « Le rapport du Congrès sur le « Can-Spam Act » : bilan de la loi américaine contre les spams », *Gaz. Pal.*, n° 110, 2006, p. 19.

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

198 — . Dans la même logique que les principes énoncés par la Federal Trade Commission, en France, le Forum des droits sur internet avance lui aussi des recommandations. Il est judicieux de rappeler ici quelques unes de ces recommandations à l'adresse des autorités compétentes de l'OHADA :

- « La publicité ciblée ainsi que le nom de la régie publicitaire qui permet la diffusion de cette publicité – qu'elle soit interne ou externe – doivent être clairement indiqués, dans un souci de transparence et de visibilité par l'internaute. À cette fin, il doit être mis en place un élément visuel cliquable depuis l'objet publicitaire. L'élément visuel ou la zone cliquable doit être visible, facilement accessible et compréhensible par l'internaute. À défaut, un lien en bas de page consacré à la publicité ciblée sur le site qui diffuse la publicité est recommandé afin d'informer au mieux l'internaute.
- Les régies publicitaires doivent mettre en place une page dédiée à la publicité ciblée (personnalisée et comportementale) regroupant toutes les informations nécessaires à la compréhension de ces pratiques par l'internaute. Cette page doit être facilement accessible à partir de l'élément visuel cliquable sur la publicité ou sur les contours de la publicité ciblée et, le cas échéant, à partir du site internet où est diffusée la publicité et facilement compréhensible et exploitable. Elle sera gérée par la régie publicitaire, qu'elle soit interne ou externe.
- Il doit être mentionné *a minima* les informations suivantes dans la page d'information dédiée à la publicité ciblée (personnalisée et

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

comportementale) : identification de la publicité ciblée, nature et fonctionnement des *cookies* installés à des fins de publicité personnalisée et comportementale, indication du système d'opposition utilisé par la régie publicitaire (système *d'opt-out*, etc.), indication des informations exploitées, indication de l'exclusion des informations dites « sensibles ».

- En cas d'utilisation d'un système *d'opt-out*, le dispositif de l'*opt-out* persistant lié à l'ordinateur, au navigateur ou tout moyen comparable doit être privilégié. Cela permettra ainsi que ladite fonction ne soit pas à ré-activer à chaque nouvelle navigation.
- Une réflexion sur la standardisation de l'élément visuel ou la zone cliquable doit être menée, pour assurer une visibilité immédiate de la part de l'internaute.
- En tout état de cause, il doit être souligné la nécessité de communiquer sur l'existence de de la publicité ciblée auprès des internautes afin que ceux-ci l'utilisent. [...] Le professionnel susceptible d'opérer un rapprochement entre des données à caractère personnel et des informations comportementales liées à la navigation : informe au préalable l'internaute de ce rapprochement et de sa finalité ; offre simultanément à l'internaute le droit d'accepter ou de refuser l'exploitation des données et informations rapprochées, et de l'informer des éventuelles conséquences de sa décision sur l'accès au service en ligne qu'il souscrit.



## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

- Les régies publicitaires doit mettre en avant, pour plus de transparence auprès de l'internaute, le fait que les données « sensibles » ne sont pas utilisées à des fins de publicité ciblée.
- Il ne doit pas être créé de catégories spécifiques relatives au comportement et aux centres d'intérêt des enfants de moins de 13 ans. À ce titre, ces dernières ne devront donc alors pas être utilisées à des fins de publicité ciblée.
- Les informations recueillies à des fins de publicité comportementale doivent être utilisées pendant une période limitée et raisonnable. En pratique, le Forum des droits sur l'internet estime que les acteurs pourraient observer un délai de 60 jours, sauf exceptions liées au cycle d'achat d'un produit ou à une activité de l'internaute qui ne permettrait pas la mise à jour de la liste des centres d'intérêt. À défaut ou de manière complémentaire, il estime que les acteurs pourraient favoriser la clarification de leurs pratiques en rendant publiques les durées relatives aux différentes données utilisées à des fins de publicité comportementale.
- Les informations recueillies à des fins de publicité comportementale, c'est-à-dire les données relatives au comportement de navigation, doivent être anonymisées, totalement et de manière irréversible, afin de permettre une protection effective de la vie privée de l'internaute. Les processus d'anonymisation ne doivent pas empêcher les annonceurs de procéder à l'ensemble des vérifications statistiques leur permettant de contrôler le respect des engagements contractuels des prestataires de publicité ciblée auxquels ils font appel. Le Forum

## PARTIE 2 : LA NECÉSSITÉ D'UNE UNIFORMISATION DANS LE CADRE DE L'OHADA

invite les internautes à vérifier si les informations recueillies à des fins de publicité ciblée (les requêtes effectuées *via* les moteurs de recherche) sont anonymisées »<sup>706</sup>.

---

<sup>706</sup> FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, « Recommandation : « publicité ciblée sur Internet » », 2010, en ligne : < <http://www.foruminternet.org> > (consulté le 31 mai 2011).

## Conclusion

**199** — . Le commerce électronique soulève des interrogations auxquelles le « scientifique du droit »<sup>707</sup> se doit de répondre même si les spécialistes en droit des technologies de l'information sont d'avantage portés à insister sur les particularités de ce droit<sup>708</sup>. Les réflexions sur l'encadrement juridique du commerce électronique ont déjà, en Europe et en Amérique du Nord fait l'objet de longues et riches études. D'aucuns affirment même qu'elles ont depuis asséché l'encre et les salives de la doctrine<sup>709</sup>. En revanche, en Afrique, des études concernant ce domaine particulier du droit sont encore rares. Il est donc du devoir des juristes africains d'apporter leur pierre à la construction de cet édifice ; de cette « cité encore imparfaite » que constitue le droit du commerce électronique<sup>710</sup>.

**200** — . Un examen sommaire des législations encadrant les nouvelles technologies de l'information dans l'espace OHADA amène rapidement à conclure qu'elles s'adaptent mal aux réalités techniques du commerce électronique : alors que certaines de leurs dispositions font encore référence au support papier, ces législations en omettent toute une série d'autres qui auraient dû y figurer.

---

<sup>707</sup> Sur le caractère scientifique du droit : Miodrag D. TOUTSAKOVITCH, *Elaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Gény*, Thèse, Université de Paris, 1938.

<sup>708</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 70, p. 2.

<sup>709</sup> Pierre- Yves GAUTIER, « Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions », *L.P.A* , n°26, 2000, pp. 4-11. Cité par Vincent GAUTRAIS, « Introduction générale : le défi de la protection de la vie privée face au besoin de circulation de l'information personnelle », *Lex Electronica*, Vol. 9, n° 2, 2004, p. 2.

<sup>710</sup> Richard DELMAS, « L'internet et les chantiers législatifs européens », *Actes du colloque* organisé par l'École Doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I, 2000. p. 71.

## CONCLUSION

**201** — . À ces imperfections, vient s'ajouter un danger encore plus préoccupant : le droit des technologies de l'information de l'espace OHADA donne actuellement l'image d'un droit en « miettes » ; en « milles morceaux ». En effet, le caractère hétérogène des législations applicables au commerce électronique accentue les risques de concurrence des normes régionales. Ce qui ne peut qu'être préjudiciable à l'œuvre d'uniformisation entreprise par l'OHADA depuis maintenant presque deux décennies : les adhésions unilatérales des États parties à la *Convention des Nations Unies sur les conventions électroniques* ainsi que l'adoption de législations nationales sur le commerce électronique sont des signes précurseurs d'un inquiétant retour des membres de l'OHADA à l'« individualisme juridique ». Après quatre décennies de « langueur juridique post-coloniale », voici l'Afrique confrontée, en matière des technologies de l'information à un trop plein de droit.

**202** — . Aux termes de nos recherches, nous soutenons que seule l'adoption d'un Acte uniforme sur le commerce électronique permettra d'éliminer le forum shopping ainsi que les potentiels risques de concurrence de normes régissant le commerce électronique dans notre région d'étude<sup>711</sup>. Premièrement, cette solution évitera de compromettre la clarté des autres actes uniformes en empêchant leur encombrement de dispositions qui ne leur sont pas propres. Deuxièmement, un Acte sur le commerce

---

<sup>711</sup>

Sur cette approche consistant à indiquer ses propositions de thèse en conclusion : Emmanuel GAILLARD, *Le Pouvoir en droit français*, Paris, Economica, 1985, p. 232 et s. ; Marianne FAURE-ABAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2003.

## CONCLUSION

électronique permettra d'éliminer les distorsions entre les différentes législations nationales et régionales et dotera les pays membres de l'OHADA d'un arsenal juridique effectif : à l'instar des autres actes, il sera directement applicable dans les États membres, nonobstant toute disposition de droit interne. Troisièmement, nous proposons que la rédaction de cet acte uniforme se fasse à la lumière des expériences menées en Europe et en Amérique du Nord. Il importe en effet, dans la perspective d'une harmonisation que le droit du commerce électronique OHADA parle le même langage que le droit de ses principaux partenaires. Nous soumettons toutefois que ce recours à des modèles juridiques étrangers doit se faire dans le strict respect des spécificités de l'OHADA notamment en tenant compte par exemple de l'analphabétisme et de la téléphonie mobile, principal vecteur du commerce électronique dans notre région d'étude. La prise en compte de ces spécificités est d'autant plus importante que l'efficacité et l'effectivité de l'acte uniforme que nous appelons de nos vœux en sortiront renforcées.

**203**— . La mise en place d'une cadre juridique unique du commerce électronique suscitera sans nul doute des réticences. Peut-être nous objectera-t-on que que la sagesse recommanderait de « légiférer en tremblant »<sup>712</sup> et que le législateur ne devrait accepter

---

<sup>712</sup> Jean Carbonnier : « [...] Ce serait déjà un beau résultat si nos hommes du gouvernement consentaient à prendre conseils de quelques maximes, inspirées de l'hypothèse et pourtant raisonnables telles Ne légiférez qu'en tremblant, ou Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale », Jean CARBONNIER, « Scolie sur le non droit », in *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 50.

## CONCLUSION

de faire la loi que s'il y croit, « non pas à la loi mais à la nécessité d'en faire une »<sup>713</sup>.

Ces objections, bien que compréhensibles doivent être repoussées. Nul observateur sérieux ne peut soutenir qu'il est aujourd'hui possible d'espérer une loi au temps long.

Une juriste émérite note que :

« Qu'il y a indéniablement une accélération du droit, due aux rapides et profonds changements que des phénomènes comme la mondialisation du droit, l'essor de nouvelles technologies, les bouleversements politiques et économiques entraînent dans presque tous les domaines, particulièrement dans le domaine économique. Comme le remarque avec acuité le philosophe du droit belge François Ost, qui a écrit un si bel ouvrage sur « le temps du droit »<sup>714</sup>, il devient de plus en plus difficile pour le législateur d'intervenir : « la bonne loi est telle encore la loi stable. N'est-ce pas plutôt la loi révisable ? [...]. Les codes qui s'écrivent aujourd'hui ne sont plus gravés dans le marbre mais dans de l'argile [...] ». Il est loin le temps où Uzbek, le persan disait : « qu'il ne fallait toucher aux lois que d'une main tremblante »<sup>715</sup>.

---

<sup>713</sup> Jean Carbonier : « N'accepte de faire de lois que si tu y crois, non pas à la loi, même à la nécessité d'en faire une. Et dis toi bien qu'en acceptant, tu te feras autant d'ennemis qu'il y avait de tes semblables capables d'en faire autant », Jean CARBONIER, « Leçons de lois, II » in *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 228.

<sup>714</sup> Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Le temps et le droit*, Conférence inaugurale de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, Montréal, Thémis, 2007, p. 35.

<sup>715</sup> François OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.

# Bibliographie

## I.- Législations nationales et internationales-Traités

### A.- Législations internationales

#### 1.- Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)

- a)- *Loi types de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, New York, 2001
- b)- *Loi type de la CNUDCI pour sur le commerce électronique*, New York, 1998
- c)- *Convention des Nations-Unies sur l'utilisation des communications électroniques*, New York, 2005

#### 2.- Organisation de Coopération et de Développement économique (OCDE)

- a) - *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, Paris, 1999
- b) - *Lignes directrices de l'OCDE régissant la Politique de Cryptographie*, 1997
- c) - *Lignes directrices de l'OCDE régissant la sécurité des systèmes et réseaux d'information*, 2002

#### 3.- Chambre de Commerce Internationale (CCI)

- a) - *Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission*, Doc. CCI, n° 452, en ligne : <[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)>
- b) - *General Usage for International Digitally Ensured Commerce*, en ligne : <[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)>

#### 4.- Union Européenne

- a) - *Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté Européenne*, JOCE, n° C 325 du 24 décembre 2002
- b) - *Directive n° 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19
- c) - *Directive n° 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, JOCE, n° L 013 du 19 janvier 2000, p. 12
- d) - *Directive 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, (« directive sur le commerce électronique »)*, JOCE, n° L 178/1 du 17 juillet 2000
- e) - *Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE*, JOCE du 9 octobre 2002
- f) - *Directive n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, JOCE, n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31
- g) - *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)*, JOCE, n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37
- h) - *Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements*, JOCE, n° L 275 du 27 octobre 2000



## **5.- Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)**

### a) Actes uniformes

*Acte uniforme adopté le 17 avril 1997 relatif au droit commercial général, J.O. OHADA n° 1 du 1<sup>er</sup> octobre 1997*

*Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999, J.O. OHADA n° 08 du 15 mai 1999*

*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, J.O. OHADA n° 2 du 1<sup>er</sup> octobre 1997*

*Avant - Projet d'Acte uniforme sur les contrats (en cours d'adoption)*

*Avant - Projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation (en cours d'adoption)*

### b) Uemoa

*Acte Additionnel n° 06/99 instituant un dispositif de compensations financières au sein de l'UEMOA*

*Directive définitive sur la bancarisation du 19 août 2002*

*Directive n°08/2002/CM/UEMOA portant sur les mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux*

*Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine*

*Règlement n°2/2002/cm/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA*

*Règlement n°3/2002/cm/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de UEMOA*

c) Cemac

*Instruction n° 2005-02 du 20 décembre 2005 portant dispositions transitoires relatives au dépositaire central-Chambre de compensation du marché financier de l'Afrique*

*Règlement n°02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement*

*Règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale*

*Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles*

*Traité instituant la CEMAC, et la Convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC ainsi que les Actes additionnels portant Statuts et Règles de procédure devant la Cour de Justice de la CEMAC*

d)- Cedeao

*Acte additionnel relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO (CEDEAO)*

*Acte additionnel portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO*

## **B.- législations nationales**

### **1.- Canada**

*Code civil du Québec, L. Q., 1991, c. 64*

*Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25 (Québec)*

*Electronic Transactions Act, [sbc 2001] chapter 10 (Colombie Britannique)*

*Electronic Transactions Act, S. A. 2001, c. E-5. 5 (Alberta)*

*Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.Q. 2001, c. 32 (Québec)*

*Loi de 2000 sur Le Commerce électronique*, L. O. 2000, c. 17 (Ontario)

*Loi sur la preuve au Canada*, [L. R., 1985, ch. C-5] (loi fédérale)

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*,  
L.C. 2000 (Fédérale)

*Loi sur la Protection des renseignements personnels et les documents électroniques*,  
[2000, ch. 5] (Loi fédérale)

*Loi sur les banques*, L.R.C., c. B-2 (Fédérale)

*Loi uniforme sur la preuve électronique*, Conférence pour l'Harmonisation des Lois au  
Canada (Fédérale)

*Loi uniforme sur le commerce électronique*, Conférence pour l'Harmonisation des Lois  
au Canada (Fédérale)

## **2. - États Unis**

*Digital Signature and Electronic Authentication Law*

*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, Pub. L. No. 106-229, 114  
Stat. 464, 2000

*Global E-Commerce Law*, [En ligne] [<http://www.bmck.com/uetacomp.htm>]

*Uniform Commercial Code*

*Utah Digital Signature Act*, Utah code Ann. §§46-3-101

## **3.- France**

*Code Civil*

*Code de commerce*

*Code de la consommation*

*Décret 2001-272 du 30 mars 2001 pris en application de l'article 1316-4 du Code Civil et relatif à la signature électronique, J.O. du 31 mars 2001, p. 5070*

*Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. n° 62 du 14 Mars 2000, p. 3968*

*Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168*

*Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O. n° 182 du 7 août 2004, p. 14063*

*Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 modifiée par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente a domicile, J.O. du 29 juin 1989*

*Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par voie la voie des télécommunications, J.O. du 13 juillet 1991, p. 9167*

*Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, J.O. du 4 juillet 1996, p. 10063*

*Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications, J.O. n°174 du 27 Juillet 1996*

#### **4.- Pays africains**

*Loi n° 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications (République du Congo)*

*Loi n° 2008-08 sur les transactions électroniques (Sénégal)*

*Loi n° 62/95/ADP du 14 décembre 1995 portant code des investissements au Burkina Faso, JO 1996 n°4 (Burkina Faso)*

*Loi n° 95-526 du 7 juillet 1995 portant Code des Télécommunications, (Côte d'ivoire)*

*Loi n°045-2009/AN portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso*

*Loi n°051/98/AN du 04 décembre 1998 portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso, (Burkina Faso)*

*Loi n°2001-15 du 27 décembre 2001 portant code des télécommunications, (Sénégal)*

*Loi uniforme n° 2000-012 du 15 février 2001 portant sur les instruments de paiement dans l'UEMOA : Chèques, carte de paiement, lettre de change, billet à ordre (Bénin)*

## **II- Jurisprudence et notes de jurisprudence**

*Arrêt C.A. Libreville, 8 janvier 1963, aff. Bikey c/ Izouret, in Recueil Penant, 1963, pp. 548 et s.*

*Arrêt n° 003/CJ/CEMAC/CJ/03 du 03 juillet 2003, Affaire TASHA Loweh Lawrence c/ Décision COBAC D-2000/22 et Amity Bank Cameroon PLC, Sanda Oumarou, Anomah Ngu Victor*

*Avis 001, dossier 6-99, 2 février 2000, Revue Burkinabé de droit, 2000, p. 127*

*Avis n°001/2001/EP du 30 avril 2001, Penant, n° 839, 2002, p. 225 et s.*

*Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company [1893] 1 QB 256*

*Cass com., 6 mars 1990*

*CJCE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband, aff. C-264/01, mes obs. in RJ com. 2004, p. 257)*

*CJCE, 20 nov. 2001, Malgorzata Jany, aff. C-268/99*

*CJCE, 23 avr. 1991, Höner, aff. C-41/90*

*CJCE, 29 févr. 1996, INZO, aff. C-110/94*

*Cour fédérale allemande (BGH), 26.1.2005, NJW 2005, 976*

*Cour fédérale allemande (Bundesgerichtshof) 16.1.1980, NJW 1980, 1388. Pour des développements explicites sur le sens § 145 BGB*

*Décision 2004-505 du 19 novembre 2004*

*Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992*

*Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S

*Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S

*Harvela Investments Ltd v. Royal Trust of Canada (CI) Ltd* [1986] AC 207

*Houteiff, (D.)*, obs. RTD. Civ., 2003, p. 185

*Lieschke, Jackson & Simon v. Realnetworks Inc*, 2000 WL 631341 (U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, May 11th, 2000)

*Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*

*Partridge v. Crittenden* [1968] 1 WLR 1204

*Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* [1953] 1 QB 401

*Rennes 31 mars 2000*, JCP E 2000, n° 48, p. 1902, obs. M. Vivant

*Snar Leyma c/ Hima Souley*, Arrêt n°1-158/C du 16 août 2001, OHADATA, J-02-36

*Spencer v. Harding* (1870) LR 5 CP 561

### **III-Ouvrages généraux, Traités et Manuels**

ARMINJON, (P.), NOLDE (B.) et WOLFF (M.), *Traité de droit comparé*, vol. I, Paris, LGDJ

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La circulation du modèle juridique français. Rapport de synthèse*, Journées franco-italiennes, Paris, Litec, 1994

ATIAS, (C.), *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985

BAIROCHE, (P.), *Le tiers monde dans l'impasse*, Paris, Gallimard, 1971

BALANDIER, (G.), *Sociologie des mutations*, Paris, Anthropos, 1970

BEAUD, (M.) et LATOUCHE (D.), *L'art de la thèse*, Montréal, Boréal, 1988

- BEBIN, (X.), *Pourquoi punir ? : L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris, l'Harmattan, 2006
- BERGERON, (M.) et KEMPA, (C.), *Vocabulaire d'Internet*, Montréal, Office de la langue française, 1995
- CASTELLS, (M.), *La société en réseaux, l'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1998
- CHANTEBOUT, (B.), *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 10<sup>ème</sup> éd., 1991
- CLERGERIE, (J. L.), *Le renvoi préjudiciel*, Coll. *Le droit en question*, Ellipses, 2000
- CORNU, (G.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2007
- CÔTÉ, (P.-A.), *Interprétation des lois*, Montréal, Éditions Thémis, 2009
- DAVID, (R.) and BRIERLEY, (J. E.), *Major legal systems in the world today*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Steven & Son, 1978
- de BALZAC, (H), *Le Médecin de campagne*, Editions Courville, 1833
- de MONTESQUIEU, (C-L.), de Secondat, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, Livre I
- DELMAS-MARTY, (M.), (dir.), *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004
- DEMERS, (V.), *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996
- DEVINAT, (M.), *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne : études de méthodologie juridique comparée*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005
- DIETRICH, (P-H.), et d'HOLBACH, (B.), *Morale universelle*, 1776
- ERRANTE, (E.), *The Anglo-American law of contracts = Le droit anglo-américain des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2001

- FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997
- FROMONT, (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Dalloz, 2001
- GAUDEMET, (J.), *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, 2000
- GENEVOIS, (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, Paris, STH
- GUILLEMARD, (S.), *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006
- GUTTERIDGE, (H.C.), *Le droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953
- HERRIOT, (É.), *Notes et Maximes*, Hachette, Paris, 1961
- HONNOLD, (J.O.), *Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention*, viii, 3<sup>ème</sup> édition, 1999
- INSTITUT POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 2004
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *Working group for preparation of principles of international commercial contracts - Unidroit principles and electronic commerce - (Questionnaire prepared by Professors M.J. Bonell and E.A. Farnsworth and replies of Professors A.H. Boss, J. Ginsburg and C. Ramberg)*, Rome, Unidroit, 2002
- ISAAC, (G.) et BLANQUET, (M.), *Droit communautaire général*, Paris, Sirey, 2006
- LARROUMET, (C.), *Droit civil, les obligations. Le contrat*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, p. 248
- LECOURT, (R.), *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruyant, 1976
- LEGEAIS, (R.), *Les grands systèmes de droit contemporains : une approche comparative*, Paris, Litec, 2004
- LEGRAND, (P.), *Le droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 2006



- LEVASSEUR, (A.), *Le contrat en droit américain*, Paris, Dalloz, 1996
- LOQUIN, (É.) et KESSIDJIAN, (C.), (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000
- LOYSEL, (R.), *Institutes coutumières d'Antoine Loysel ; ou manuel de plusieurs et diverses règles : sentence et proverbes*, London, Nabu Press, 2010
- MACE, (G.) et PÉTRY, (F.), *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, 3<sup>e</sup> éd., Québec, P.U.L., 2000
- MADER, (L.), *L'évaluation législative. Pour une étude empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985
- MARTY, (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges de fait*, Paris, Sirey, 1929
- MÜLLER, (F.). *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996
- NELKEN, (D.) and FEEST, (J.) (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland (Oregon), Hart publishing, 2001
- OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, Québec, Sémantix, 2011
- PAPACHRISTOS, (A.C.), *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975
- PEDAMON, (M.), *Le contrat en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 2004
- PIQUET, (H.), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005
- POPPER, (K.R.), *La logique de la découverte scientifique*, Édition Payot, Paris, 1973
- PORTALIS, (J-E-M.), *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>ème</sup> siècle*, Paris, 1834
- PRESCATORE, (P.), *L'ordre communautaire européen*, Liège, Presse Universitaire de Liège, 1973
- RESTER, (Y.), *L'analyse de l'écrit*, Paris, Armand Colin, 2009

- RIEG, (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et Allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961
- RIGAUX, (F.), *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Éditions Vie Ouvrière
- RIPERT, (G.) et ROBLOT, (R.), *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 1, LGDJ, n°339
- SACCO, (R.) et al., *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000
- SCHAPERLA, (I.), *Government and politics in tribal societies*, Londres, Watts, 1956
- SCHLECHTRIEM, (P.), *Uniform Sales Law – The UN Convention On Contracts For The International Sales of Goods*, Manz, Vienne, 1986
- SEBALD, (W.J.), *The Civil Code of Japan*, London, Butterworth, 1934
- SÉROUSSI, (R.), *Introduction au droit comparé*, Paris, Dunod, 2000
- TAUBENSCHLAG, (R.), *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri*, New York, Herald Square Press Inc., 1944
- TERRÉ, (F.), SIMLER, (P.) et LEQUETTE, (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2002
- UCHIDA, (T.), *Working group for preparation of principles of international commercial contracts – Unidroit principles and electronic commerce*, Rome, Unidroit, 1999
- VANDERLINDEN, (J.), *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995
- VINCENT, (P.), *Le droit autrement : nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2001
- WATSON, (A.), *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1974
- WATSON, (A.), *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, 131 *U. Penn. L. Rev.* 1125

- WATSON, (A.), *Legal History and a Common Law For Europe* (Olin Foundation for Legal History, 2002)
- WATSON, (A.), *Legal Transplants and European Private Law*, Ius Commune Lectures on European Private Law 1 (2000)
- WATSON, (A.), *Legal Transplants*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1974
- WATSON, (A.), *The Evolution of Western Private Law*, Expanded ed. (Johns Hopkins University Press, 2001)
- WATSON, (A.), *The Prehistory of Contracts with Especial Reference to Roman Law*, *Saturae Robert Feenstra* 37 (1985)
- WITZ, (C.), *Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs : BGB, partie générale, loi sur les conditions générales d'affaires*, Paris, Litec, 1992
- YOSIYUKI, (N.), *Introduction au droit japonais*, Paris, Dalloz, 1966
- ZIEGEL, (J.S.), *Report to the Uniform Conference of Canada on Convention on Contracts for International Sale of Goods*, University of Toronto, 1981
- ZIMMERMANN, (R.), *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2005
- ZWEIGERT, (K.) and KÖTZ, (H.), *Introduction to comparative law*, Toronto, Oxford University Press, 1998

## **IV- Ouvrages spéciaux-Monographies-Thèses**

### **A.- Commerce électronique**

- ANTOINE, (M.), ELOY (M.) et BRAKELAND (J.F.), *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, CRID, Bruxelles, 1992
- ATKINSON, (R.), EZELL, (S. J.), ANDES, (S. M.), CASTRO, (D.), and BENET, (R.), *The Internet Economy 25 Years After .Com: Transforming Commerce & Life*, The Information Technology and Innovation Foundation (ITIF), 2010

- BACCHETTA, (M.) et al., *Le commerce électronique et le rôle de l'OMC*, Genève, Organisation mondiale du commerce, 1998
- BELLAAJ, (M.), *Commerce électronique et avantages compétitifs*, Sarrebruck, Éditions Universitaires européennes, 2010
- BITOUZET, (C.), *Le commerce électronique : création de valeur pour l'entreprise*, Paris, Hermès science publications, 1999
- BULLETIN DE LA COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE LA CCI, *Principes UNIDROIT : nouvelles évolutions et applications*, Supplément spécial, 2005
- CACHARD, (O.), *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002
- CAPRIOLI, (E.), *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique*, Paris, LexisNexis Litec, 2007
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission*, Doc. CCI, n° 452, [En ligne] à <[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)>
- CHASSIGNEUX, (C.), *Vie privée et commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2004
- CISG ADVISORY COUNCIL, *Avis n° 1 - Les communications électroniques sous l'empire de la Convention de Vienne*
- CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *Stratégies de commerce électronique pour le développement : Promouvoir un dialogue international*, 2003
- CONSEIL D'ETAT, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998
- COUDOL, (T.) et BERTRAND, (A.), *Internet et loi*, Paris, Dalloz, 1997
- CUNNINGHAM, (P.) et FRÖSCHL, (F.), *Electronic Business Revolution: Opportunities and Challenges in the 21st Century*, Springer, New York, 2010
- de BELLEFONDS, (X. L.), *Le droit du commerce électronique*, Paris, PUF, 2005

- de BELLEFONDS, (X. L.), (dir.), *Internet saisi par le droit*, Travaux de l'AFDIT, Paris, Éditions des Parques, 1997
- DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, Paris, 1999
- DRAETTA, (U.), *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2003
- FORUM DES DROITS DUR L'INTERNET, *Droit de la consommation appliqué au commerce électronique*, 2007
- FRIEDMAN, (T.), *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalization*, 1<sup>st</sup> ed., Farrar, Straus and Giroux, 1999
- GAUTRAIS, (V.), *Analyse comparative de la Convention des Nations sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Québec, 2008
- GAUTRAIS, (V.), *L'Encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse, Tome II Montréal, 1998
- GOFFAUX (G.), *Du contrat en droit des sociétés - Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, Paris, Presses Universitaires, Sceaux, 2008
- GOLDSMITH, (J.) and WU, (T.), *Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World* Goldsmith & Wu, Oxford, University Press, 2006
- GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Code canadien des pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, 1999
- GUEDON, (J.-L.), *La planète Cyber. Internet et le Cyberspace*, Paris, Gallimard, 1996
- HALLOUIN, (J.-C.) et CAUSSE, (H.), *Le contrat électronique : au cœur du commerce électronique ; Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, Paris, LGDJ, 2005

- HANDA, (S.), MARSEILLE, (C.) et SHEEHAN, (M.), *E-commerce legislation and materials in Canada = Lois sur le commerce électronique au Canada et documents connexes*, Ontario, LexisNexis Butterworths, 2005
- ITEANU, (O.), *Internet et le droit : aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996
- JOLY, (C-R.), *Le paiement en ligne*, Paris, Lavoisier, 2005
- KAMEL, (S.), *Electronic Business in Developing Countries: Opportunities and Challenges*, Hershey, Igi Global, 2005
- KOELMAN, (K.J.) et al., *Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*, Boston, Kluwer Law International, 2000
- LANGLOIS, (M.) et GASH, (S.), *Le commerce électronique B. to B.- De l'E.D.I à Internet*, Paris, Dunod, 1999
- LEPAGE, (A.), *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, Paris, 2002
- LÉVY, (P.), *Qu'est-ce que le virtuel ?*, Paris, La Découverte, 1998
- LONGE, (K.), *Le contrôle des contrats de licence dans les pays membres de l'OAPI*, Thèse, Grenoble, 1987
- LORENTZ, (F.), *Rapport-Commerce électronique : Une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, Paris, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 1998
- MANI ONANA, (F.S.), *Vie privée en commerce électronique*, Thèse, Université de Montréal, 2006
- MONTERO, (É.) et al., *Internet face au droit*, Bruxelles, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, 1997
- MONTÉRO, (É.), ANTOINE, (M.) et al., « *Le commerce électronique européen sur les rails ? : analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique* », Bruxelles, Crid, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Bruylant, 2001

- NATIONS UNIES, *Convention des Nations Unies sur les communications électroniques dans les contrats internationaux*, 2005
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda*, OCDE, Paris, 2000
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *Le Commerce électronique : opportunités et défis pour les gouvernements*, Paris, OCDE, 1997
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *Les incidences économiques et sociales du commerce électronique : résultats préliminaires et programme de recherche*, OCDE, Paris, 1999
- POUSSART, (B.), *Rapport d'enquête sur l'adoption du commerce électronique par les PME québécoises*, Québec, Institut de la statistique du Québec, 2001
- RACICOT, (M.), HAYES, (M.S.), SZIBBO, (A.R.) et TRUDEL, (P.), *The Cyberspace is not a "No Law Land", A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet*, Ottawa, Industry Canada, 1997
- SÉDALLIAN, (V.), *Droit de l'internet – réglementation, responsabilités contrats –*, Collection AUI (Association des utilisateurs d'Internet), Paris, NetPress, 1997
- STATISTIQUES CANADA, *Une vérification de la réalité pour définir le commerce électronique*, 1999
- SUKHIJA, (P.), *E-commerce Opportunities & Challenges*, Global India Pubns, New Delhi, 2011
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *UNCITRAL model law on electronic commerce with guide to enactment*, New York, United Nations, 1997
- VERBIEST, (T.) et WÉRY, (É.), *Le droit de l'internet de la société de l'information – droits européens, belges et français*, Bruxelles, Larcier, 2001
- VERBIEST, (T.), *Le nouveau droit du commerce électronique : la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Bruxelles, Larcier, 2005

VICKERY, (G.) et KATSUNO, (M.), *Commerce électronique interentreprises : état actuel, incidences économiques et conséquences pour l'action des pouvoirs public*, Paris, OCDE, 1999

WÉRY, (E.), *Facture, monnaie et paiement électroniques : aspects juridiques*, Paris, Litec, 2003

WOLTON, (D.), *Internet, et après ?*, Flammarion, Paris, 2000

### ***B.- Droit de l'OHADA - droit africain***

ALHOUSSEINI, (M.), *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, LGDJ, Paris, 2001

ALLOTT, (A.), *New Essays in African Law*, London, Butterworth, 1970

BEN YAHMED, (D.), *Atlas du Burkina Faso*, Paris, Les éditions du Jaguar, 2005

BETHEMONT, (J.), FAGGI, (P.) et ZOUNGRANA, (T.P.), *La vallée du Sourou (Burkina Faso) : genèse d'un territoire hydraulique dans l'Afrique soudano-sahélienne*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2003

BOUVERESSE, (J.), *Droit et politiques de développement et de coopération*, Paris, PUF, 1990

BRUNET (P.), TIEMTORE (O.), VETTRAINO (M-C.), *Les enjeux éthiques d'internet en Afrique de l'Ouest. Vers un modèle éthique d'intégration*, L'Harmattan, CORDI, 2002

CÉSAIRE, (A.), *Discours sur le colonialisme*, Paris, Présence africaine, 1989

CHU, (D.), SKINNER, (E.P.) and BARNETT, (M.), *A glorious age in Africa: the story of three great African empires*, New York, Doubleday, 1956

COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE ET COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE DES ÉTATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST, *Rapport sur le développement d'un cadre légal pour le commerce électronique dans la CEDEAO*, 2005



- COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, *État de l'intégration régionale en Afrique*, Addis-Abeba, 2004
- COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, *Forum pour le développement africain : le commerce électronique en Afrique*, 2001
- DANQUAH, (J.B.), *Gold Coast: Akan Laws and Customs and the Akim Abuakwa constitution*, London, Routledge & sons, ltd., 1928
- DUFRENOT, (G.) et SAKHO, (H.A.), *Enjeux des politiques macroéconomiques des pays de l'UEMOA*, Paris, Économica, 2008
- DUFRENOT, (G.), HOUSSOU, (E.) et NONFODJI, (E.), *Politique budgétaire et dette dans les pays de l'UEMOA*, Paris, Économica, 2007
- EBÉNÉZER KEUFFI, (D.), *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010
- EZENWE, U, *ECOWAS and the economic integration of West Africa*, London, C. Hurst, 1983
- FOUCHARD, (P.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Paris LGDJ, 2000
- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Entente entre le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Burkina Faso portant sur l'implantation de systèmes d'accès à Internet au Burkina Faso*, Québec, Gouvernement du Québec, 2005
- HART (H. L. A.) (Traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove), *Le concept du droit*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1976
- ISSA-SAYEGH, (J.) et LOHOUES-OBLE, (J.), *OHADA : Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002
- ISSA-SAYEGH, (J.), POUGOUE, PG., SAWADOGO, (F.) et al., *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés 2008*, Chasseneuil, Juriscope, 2007
- JAGTENBERG, (R.W.), ÖRÜCÜ, (E.) and DE ROO, (A. J.), *Transfrontier Mobility of Law*, Boston, Kluwer Law International, 1995
- KAMWE MOUAFFO, MC., *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence : UE, UEMOA, CEMAC*, Thèse, Université de Montpellier I, 2007

- KAPUTA LOTA, (J.) et MOLINARO, (A.), *Identité africaine et occidentalité : Une rencontre toujours dialectique*, Paris, L'Harmattan, 2006
- KOKO BEBEY, (H.), *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) : Tome 1, Droit commercial général et droit de la concurrence*, Chennevières-sur-Marne, Dianoa, 2009
- KONÉ, (M.), *Le Nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : Comparaisons avec le droit français*, Paris, LGDJ, 2003
- KOUASSIGAN, (G.A.), *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974
- KUFUOR, (K.), *The institutional transformation of the Economic Community of West African States*, Aldershot, England, Ashgate, 2006
- LEJEAL, (F.), *Le Burkina Faso*, Paris, Karthala, 2002
- MADIÉGA, (Y.G.) et NAO, (O.) (dir.), *Burkina Faso. Cent ans d'histoire, 1895-1995*, Karthala, Paris, 2003
- MANN, (K.) and ROBERTS, (R.), *Law in Colonial Africa*, Londres, Portsmouth, 1991
- MARTOR, (B.), PILKINGTON, (N.), SELLERS, (D.) et THOUVENOT, (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2004
- MASSON, (P.) and PATTILLO, (C.), *Monetary Union in West Africa (ECOWAS): is it desirable and how could it be achieved?*, Washington, International Monetary Fund, 2001
- MENSKI, (W.), *Comparative Law in Global Context: the legal systems of Asia and Africa*, New York, Cambridge University Press, 2006
- MOUAGUE KOBILA, (J.), *Cours photocopié de droit institutionnel de la CEMAC, cours de 1<sup>ère</sup> année de doctorat*, FSJP/ Universités de Douala et de Dschang, 2005
- NTAMBUE, (R.T.), *L'Internet, son Web et son E-mail en Afrique : approche critique*, Paris, L'Harmattan, 2001
- NTAMPAKA, (C.), *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005

- OUEDRAOGO, (M.) et TANKOANO, (J.), *Internet au Burkina Faso : réalités et utopies*, Paris, L'Harmattan, 2001
- POGOUE, (P.G.), *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1998
- POUGOUE, (P.G.), *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1998
- PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Rapport sur le développement humain 2009 : Lever les barrières : mobilité et développement humain*, New York, Green Ink, 2009
- PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Rapport sur le développement humain 1990*, Paris, Économica, 1990
- SACCO, (R.), *Le droit africain : anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009
- SOUMARE, (M.), MHLANGA, (L.), NDIAYE, (R.) et NACIRI, (M.), *Fracture numérique du genre en Afrique francophone*, Dakar, Enda Éditions, 2005
- SOW, (O.), *UEMOA (Union Économique et Monétaire Ouest Africaine : règlement 15/2002/ CM / UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les états membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)*, Dakar, Ciga Éditions, 2002
- SOW, (O.), *La sécurisation des engagements bancaires dans les États-parties au Traité de l'OHADA*, Dakar, Nouvelles Éditions Numériques Africaines (NENA), 2010
- SPENCE, (R.) et SMITH, (M.), *Rôle des technologies de l'information et de la communication dans le développement humain, la croissance économique et la réduction de la pauvreté – document d'information*, Centre de recherche sur le développement international (CRDI), 2009
- TAGODOE, (A.), *Diffusion du droit et Internet en Afrique de l'Ouest*, Mémoire, Université de Montréal, 2005
- TCHENG, (H.), HUET, (J-M.) et ROMDHANE, (M.), *Les enjeux financiers de l'explosion des télécoms en Afrique*, Institut français des relations internationales, 2010

TCHEUMALIEU FANSI, (M. R.), *Les stratégies de modernisation des instruments financiers de paiement : étude comparative Europe-Afrique*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010

TIGER, (P.), *Le droit des affaires en Afrique : (OHADA)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999

TOUNG, (R.O.), *Éthique économique et endettement extérieur dans les pays de la CEMAC*, Paris, L'Harmattan, 2009

UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS (UIT), *Digital Opportunity Index*, 2007

VANDERLINDEN, (J.), *Les systèmes juridiques africains*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983

## **V- Articles- Études- Communications**

### **A.- Méthodologie juridique – Théorie de droit - Théorie des contrats**

AJANI, (G.), « La circulation de modèles juridiques dans le droit post-Socialiste », (1994) 4 *R.I.D.C.* 1087

ALLIOT, (M.), « Les transferts de droit ou la double illusion », in Michel ALLIOT (dir.), *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003

AMSELEK (P.), « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Arch.philo.droit*, 1979, p. 297

ATIAS (C.), « Contre la recherche juridique », *LPA*, n° 218, 2005, p. 5

ATIAS, (C.), « Progrès du droit et progrès de la science du droit », *RTD civ.*, 1983

BELLEY, (J.G.), « La loi du dépôt volontaire. Une étude de sociologie juridique », *C.de D.*, n° 16, p. 27

BERGEL, (J-L.), « Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique », (1996), *R.R.J.*, p. 1073 et s.

- BREDIN, (J. D.), « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 115
- BRUGUIÈRE, (J. M.), « La protection du cyber-consommateur dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, *RLDI*, n° 1, 2005
- CALLUM, (G. C.), Jr., "Legislative Intent "(1965-66) *75 Yale L. J.* 754
- CAYE, (P.), « La condition immatérielle du monde et la question du droit », in Sánchez de la TORRE ANGEL (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1999, p. 225
- CHABERT, (C.), « Le commerce électronique et la loi sur l'économie numérique du 21 juin 2004 », *RLDC*, n° 5, 2005, suppl., étude n° 556
- CHEVALIER (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit & Société*, n° 50/2002, p. 106
- CHEVALLIER, (J.), « La rationalisation de la production juridique », in Charles André MORAND (dir.), *L'État propulsif. Contributions à l'étude des instruments de l'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 18
- CIMAMONTI, (S.), « Doctrine », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 186
- CIMAMONTI, (S.), « Doctrine », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 186
- CLEWELYN, (D.), « Forum-shopping for trade mark litigation in the context of the community trade mark regulation », *RAE*, n° 1, 1999, p. 38
- COUPEZ (F.) et VERBIEST (T.), « Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique », *D*, 2006 p. 3057
- DELPEUCH, (T.), « La coopération internationale au prisme du courant « droit et développement », *Droit et société*, n° 62, 2006, p. 127
- DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Pour la recherche juridique », *LPA*, n° 224, 2005

- EPPLER, (M.), « L'application d'office de la règle de conflit de lois : le dernier rappel de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 228-330, 2008, p. 46
- GAUTIER, (P. Y), « Formation du contrat : un code, deux régimes », *R.D.C.*, n° 2, 2005, p. 529
- GLUCKMAN, (M.), « Problems and research arising from the study of traditional systems of law », in André TUNC (dir.), *Aspects juridiques du développement économique*, Paris, Dalloz, 1966, p. 73
- JACQUET, (J-M.), « Conflits de lois », *JDI*, n° 2, 2010, p. 496
- JESTAZ (J.), « Déclin de la doctrine », (1994) *Droits*, 89
- JOUANJAN (O.), « Science juridique et codification en Allemagne (1850-1900) », *Droits*, n° 27, 1998, p.65
- LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP. G.*, 1999, I 170, pp. 1767-1775
- LASSIER, (J.), « L'épuisement du droit du breveté et les règles du traité de Rome », in *L'épuisement du droit du breveté : actes de la 1ère rencontre de propriété industrielle*, CEIPI, Nice, Librairies Techniques, 1971, p. 118
- LAVENUE, (J-J.), « Souveraineté et Internet : la nécessaire définition d'une souveraineté fonctionnelle », Séminaire international *État de droit et virtualité*, Montréal, 2007
- LEGRAND, (P.), « Comparer », [1996] 2 *R.I.D.C.* 279, p. 285
- LETOURNEAU (P.), « Quelques conseils amicaux pour la rédaction des thèses et des mémoires », en ligne: < <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr>>
- MALAURIE (P.), « Regards sur le formalisme en droit privé », *Deffrénois*, n° 6, 2005, p. 481
- MASSIP, (J.), « Nouvelles réflexions sur les règles de conflit de lois en matière de divorce », *Deffrénois*, n° 20, 2009, p. 2193
- MECARELLI, (G.), « À propos du caractère inévitable du forum shopping dans la vente internationale de marchandises », *RDAI*, n° 8, 2003, p. 935

- MEISSNER (G.), « La formation du contrat authentique en droit allemand », in *La formation du contrat – L'avant-contrat*, 62<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, 1964, p. 426
- MERRYMAN, (J.H.), « Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style Decline and Revival of the Law and Development Movement », *AJCL*, 25, 1977, p. 461
- MICHAELIDÈS-NOUARO, (G.), « La réception du droit civil byzantin en Grèce », Athènes, 1970 (Corapport au II<sup>ème</sup> Congrès international des études du Sud-Est Européen, Athènes, 7-13 mai 1970)
- NELKEN, (D.), « Legal Transplants and Beyond: of Disciplines and Metaphors », dans Andrew HARDING & Esin ÖRÜCÜ, (dir.), *Comparative Law in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 19
- NMENDÉ, (M.), « Les solutions de conflit de lois en assurance maritime », *Revue de droit des transports*, n° 4, 2010, p. 24
- NOREAU, (P.), « La scalarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », *C.de D*, vol. 38, n° 4, 1997, pp. 741-768
- NOURISSANT, (C.), « Domicile, résidence : conflit de lois et conflit de juridictions », *Gaz. Pal.*, n° 262-63, 2007, p. 8
- NUYTS, (A.), « La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II », *Revue de Droit Commercial Belge*, n° 6, 2008, p. 489
- ORAISON, (A.), « Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnancement juridique international contemporain », *R.J.J.*, n° 1, 2000, pp. 285-302
- OST (F.) ET DE KERCHOVE (M. V.), « La doctrine entre “faire savoir” et “savoir faire” », in *Annales de droit de Louvain*, n° 1, 1997, p. 31
- OST (F.) et DE KERCHOVE (M. V.), « le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique » (1982) *27 Arch. Phil. Dr.* 395
- OST, (F.) et Van de KERCHOVE, (M.), « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulations sociales*, Paris, LGDJ, 1991, p. 69

- OST, (F.), « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in Jean CLAM et Gilles MARTIN (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 431
- OST, (F.), « Mondialisation, Globalisation, Universalisation : s'arracher, encore et toujours à l'état de nature », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5
- PETEV, (V.), « Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXI<sup>ème</sup> siècle », (1990) *R.R.J.*, p. 757
- PFERSMAN, (O.), « Qu'en entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" ? », *R.R.J.*, n° 22, 2008, p. 2595
- PFERSMANN, (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, 2001, p. 275
- PICARD, (É.), « Sciences du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119
- PORTALIS, (J-E-M.), « Discours préliminaires sur le projet de Code civil », dans *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, pp. 23-24
- POULIQUEN, (E.), « Droits indisponibles et conflit de lois : rappel de la Cour de cassation », *RLDC*, n° 70, 2010, p. 46
- REALE, (M.), « La science du droit selon la théorie tridimensionnelle du droit », *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 220-221
- ROUSSEAU (D.), « Les facultés de droit et la recherche juridique », *Rev.dr.publ.*, n° 2, 2010, p. 307
- SAGAUT, (J-F.) et CAGNIART, (M.), « Regard communautaire sur le forum shopping et le forum non conveniens », *LPA*, n° 74, 2005, p. 51
- SÉRIEUX, (A.), « La notion de doctrine juridique », (1994) 20, *Droits*, 65-74
- SHAEFFER, (E.), « Aliénation, réception, authenticité. Réflexions sur le droit du développement », *Penant*, 1974, p. 311
- STEIN, (P.G.), « The Influence of Roman Law on the Law of Scotland », *Juridical Review*, viii, N.S., 1963



- TEUBNER, (G.), « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », (1998) 61 *M. L. R.* 11, p. 12
- THIREAU, (J-L.), « Aux sources de la modernité juridique », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 40, 2004, p. 157
- VANDERLINDEN, (J.), « Droit du développement, droit au développement et développement du droit », *Bulletin des Séances de l'Arson*, vol. 18, n° 4, 1982, pp. 423-433
- VEDEL, (G.), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 38
- VERDIER, (R.), « En deçà et au-delà de la modernité juridique », in Andrée LAJOIE, (R.A.), MACDONALD, (R.), JANDA, (G.), ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Les éditions Thémis, 1998, p. 47
- VILLA, (V.), « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993, p. 284
- VIVANT (M.), « Le plan en deux parties, ou l'arpentage considéré comme un art », in *Le droit français à la fin du XXème siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, pp. 969-984
- VOINOT, (D.), « La législation française : instrument du rayonnement du droit français dans le monde », *L.P.A.*, n° 48, 2005, p. 5
- WATSON, (A.), « Legal Transplants: An Approach to Comparative Law », *Scottish Academic Press*, n° 53, 1974
- WATSON, (W.), « Legal Transplants and Law Reform », *The Law Quarterly Review*, Vol. 92, 1976, p. 79
- WIEDERKEHR, (G.), « Conflits de lois dans le temps et dans l'espace en matière de prescription », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 42, 2009, p. 89
- WILLIAMS, (R.), and WILLIAMS, (M.), « Forum shopping: a new lease of life », *International Business Lawyer (IBL)*, n° 27/7, 1999, p. 307
- WITZ (C.), « La protection de la volonté par le principe de transparence en droit allemand des conditions générales d'affaires », in *Le rôle de la volonté dans les*

*actes juridiques, Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 899

ZAKI (M. S.), « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », *R.I.D.C.*, 1986, n° 4, p. 1096

## **B.- Commerce électronique**

AGOSTI, (P.), « La confiance dans l'économie numérique (commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) », *L.P.A.*, n° 110, 2005, p. 6

BARBRY, (E.), « Le droit du commerce électronique : de la protection...à la confiance », *D. I.T.*, n° 2, 1998, p. 15

BARLOW (J.), « Déclaration d'indépendance du Cyberspace », *Davos*, 1996

BEAUCHARD, (J.), « L'offre dans le commerce électronique », *in* (J-Cl.), HALLOUIN et (H.), CAUSSE, *Le contrat électronique : au coeur du commerce électronique ; Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Paris, LGDJ, 2005, p. 35

BEGHE, (S.) et COHEN-TANUGI, (L.), « Droit d'auteur et copyright face aux technologies numériques ; comparaisons transatlantiques », *Légipresse*, n° 178, 2001, p. 1

BEN-SHAHAR (O.), « The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law », *U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n° 415* (2008)

BENYEKHEF, (K.) et VERMEYS, (N.), « Premiers éléments d'une méthodologie de réformation des processus judiciaires par la technologie », dans Daniel LE MÉTAYER (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, 2010, p. 207

BILON, (J-L.), « La définition du commerce électronique par l'article 14 de la LCEN », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 171, 2004, p. 21

BONELL, (M.J.), « UNIDROIT Principles and E-Commerce », *in* (A.), SCHULZ (Ed.), *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction*, International Conference in The Hague, 26 and 27 October 2004, München, European Law Publishers, 2006, p. 152, note 12

- BONNEAU, (T.), « Démarchage et Internet », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 5, 2001, p. 271
- BOTTALLO, (L.), « Sommet mondial pour la société de l'information : entre solidarité numérique et enjeux politiques », *La lettre du Centre d'Études Juridiques et Économiques du Multimédia*, n° 32, 2006, p. 10
- BRAHMI (A.), « La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ? », *L.P.A.*, n° 36, 2002, p. 4
- BRILLON (Y.), *Ethnocriminologie de l'Afrique noire*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1980
- BRÜHANN, (U.), « La protection des données dans le commerce électronique », *Revue de Marché Commun et de l'Union Européenne*, n° 430, 1999, p. 464
- BURNSTEIN (M.), « Conflicts on the Net: Choices of Law in Transnational Cyberspace », *Vanderbilt J. Of Transnational L.*, 1996, p. 75
- BUTLER (R.), « Cell Phones could help « Save Africa », 2008
- CACHARD (O.), « Le domaine coordonné de la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *RDAL*, n° 2, 2004, p. 161
- CACHARD, (O.), « LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable », *Com. Com. Elec.*, n° 9, 2004, Étude 31, p. 58
- CACHARD, (O.), « Le domaine coordonné de la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *RDAL*, n° 2, 2004, p. 161
- CAHEN (M.-I.), « La preuve sur Internet : les règles classiques et l'apport de la signature électronique », *Droit-Tic*, n° 16, 2003, p. 7
- CAILLOUX, (R.), « Arrêtons la lecture passive du Web, il faut apprendre à l'écrire », *Planète Internet*, 1996, p. 92
- CAPRIOLI (E. A.), « L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée », *Com. Com. Elec.*, n° 6, 2009, p. 38.
- CHATILLON (G.), « Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux », *D.I.T.*, n° 2, 1998, p. 107

- CHILDS, (A-L.), « The SEC begins to produce considered view on the Internet », *International Financial Law Review*, n° 8, 1996, p. 13
- CHONG, (K.W.) and CHAO, (J.), Suling, « United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: A New Global Standard », *Singapore Academy of Law Journal* 18 (2006)
- COFFEE, (J.C.), « Brave New World ? : The Impact of the Internet on Modern Securities Regulation », (1997), *52 Bus. Lawyer* 1195
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (CNIL), « La publicité ciblée en ligne », 2009
- COSTES, (L.), « Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis », *Droit et Patrimoine*, n°55, 1997, p. 64
- COSTES, (L.), « Cyber-commerçants situés à l'étranger : quid du paiement de la rémunération pour copie privée ? », *RLDI*, n° 10, 2005, p. 15
- de BELLEFONDS, (X.L.), « La LCEN et le consensualisme », *R.D.C.*, n° 2, 2005, p. 592
- DEGRYSE, (H.) & BOUCKAERT (J.), « Opt In versus Opt Out: A Free-Entry Analysis of Privacy Policies », *CESifo Working Paper Series*, n° 1831, 2006
- DELFORGE, (C.), « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat-contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 139 et s.
- DEMOULIN, (M.) et MONTERO, (É.), « La conclusion des contrats par voie électronique », in Marie DEMOULIN et Étienne MONTERO (dir.), *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Collection Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, vol. 35, 2001, pp. 706-707
- DEUMIER, (P.), « Opt-in et opt-out », *R.D.C.*, n° 4, 2007, p. 1462
- DINU, (I.), « Droit de la preuve appliqué au commerce électronique au Canada, droit civil/common law », *Lex Electronica*, n° 11, 2006, p. 1

- DONNER, (J.), « The Use of Mobile Phones by Microentrepreneurs in Kigali, Rwanda: Changes to Social and Business Networks », *Information Technologies and International Development*, vol.3, n° 2, 2006, p. 3
- EISELEN, (S.), « Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980 », 6 *EDI Law Review* (1999) 21, p. 8
- FARIA, (J. E.), “Online Contracting: Legal Certainty for Global Business: The New U.N. Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts”, *Uniform Commercial Code Law Journal* 39 (2006): 25
- FLECHTNER, (H.M.), « Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and Much More », 18 *Journal of Law & Commerce*, 1999, p. 220
- FORESTIER, (E.), GRACE, (J.) and KENNY, (C.), « Can Information and Communication Technologies be Pro-Poor », *Telecommunications Policy*, n°26, 2002, p. 623
- GABRIEL, (H.D.), « The Fear of the Unknown: The Need to Provide Special Procedural Protections in International Electronic Commerce », *Loyola Law Review* 50 (2004) : 307
- GAUTRAIS (V.) et PORCIN (A.), « Les Sept Péchés de la Loi sur la protection du consommateur » (2009) 43:3 *RJT* 572
- GAUTRAIS (V.), « Le vouloir électronique selon l’affaire Dell computer : dommage ! », (2007) 37-2 *R.G.D.*, p. 33
- GAUTRAIS, (V.), « La couleur du consentement électronique », *Cahiers prop. Intel.*, n° 16-1, 2003, p. 68 et s.
- GAUTRAIS, (V.), « Les Principes d’UNIDROIT face au contrat électronique », *RJT.*, n° 36, 2002, p. 495
- GAUTRAIS, (V.), « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », *Lex Electronica*, vol. 10, n° 3, 2006, p. 3
- GAVANON, (I.), « La Directive commerce électronique : continuité ou nouveauté juridique ? », *Com. Com. elec.*, n° 12, 2001, pp. 10-15

- GIGANTE, (A.), « Blackhole in Cyberspace: the Legal Void in the Internet », *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, 1997, n°3, p. 413
- GRANIER, (T.), « La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : une rencontre entre droit de la consommation et droit financier », *Bulletin Joly Bourse*, n° 1, 2006, p. 7
- GREGORY, (J.), « The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts », *Business Lawyer* 59 (2003) : 313
- GUILLEMARD, (S.), « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent », *JDI.*, n° 1, 2004, pp. 15 à 60
- HAHN, (P.) and KIBORA, (L.), « The Domestication of the Mobile Phone: Oral Society and New ICT in Burkina Faso », *Journal of Modern African Studies*, vol.46, n° 1, 2008, p. 87
- HANNIBAL (T.), « Opting Out of the Internet in the United States and the European Union: Copyright, Safe Harbors, and International Law », *Notre Dame Law Review*, vol. 83, n° 4, 2008
- HANS JÜRGEN (S.), « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *Revue Critique de Droit International Privé*, n° 3, 2002, p. 405
- HARDY, (T.), « The Proper Legal Regime for "Cyberspace" », *University of Pittsburg Law Review*, n° 55, 1994, p. 993
- HILL, (J.E.), « The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 2, n°1, 200
- 3
- HILLMAN (R. A.) & RACHLINSKI (J. J.), « Standard-Form Contracting in the Electronic Age », *77 N.Y.U. L. Rev.* 429, 435 (2002)
- HOF, (R D.) et al., « A New Era of Bright Hopes and Terrible Fears », *Business Week*, 1999, p. 86

- JAGUN, (A.), HEEKS, (R.) and WHALLEY, (J.), « Mobile Telephony and Developing Country Micro-Enterprise: A Nigerian Case », *IDPM Development InformaTIC Working Paper*, n° 29, 2007
- JEANCLOS, (Y.), « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », in *Hommages à Gérard Boulvert*, publiés par le Centre d'Histoire du Droit de LARJEPTAE, avec le concours de l'Université de Nice, de l'Université de Turin, du Centre de Documentation des Droits Antiques, 1987
- JOHNSON (E. J.), BELLMAN (S.), LOHSE (G.), « Defaults, Framing and Privacy: Why Opting In-Opting Out », *Marketing Letters*, vol. 13, n° 1, p. 5
- JOHNSON (E. J.), BELLMAN (S.), LOHSE (G.), « To Opt-In or Opt-Out? It Depends on the Question », *Communications of the ACM*, vol. 44, n° 2, 2001, p. 25
- JOHNSON, (D.R.), and POST, (D. G.), « Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace », (1996) *Stanford Law Review* 1367
- KABLAN (S.) et OULAÏ (A.), « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise » (2009), 54 *Revue de droit de McGill*, 636
- KAHN-FREUND, (O.), « On Uses and Misuses of Comparative Law », *The Modern Law Review*, vol. 37 1974, pp. 12-13
- KELLY, (T.), « Mobile Communications in Africa », *African Technology Development Forum-ATDF Journal* », vol. 1, n° 2, 24, 2004
- LA PRESLE, (A.), « La signature numérique est-elle une panacée ? », *DIT*, n° 3, 1998, p. 31
- LAMBERTERIE (de) (I.) « L'évolution du droit face au commerce électronique », *Ann. Télécommun.*, 58, n° 1-2, 2003, p. 236
- LE FLOCH, (G.), « Le Sommet mondial de Tunis sur la société de l'information », *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, n° 51, p. 464, 2005
- LE TOURNEAU, (P.), « La notion de consentement électronique », in Éric A. CAPRIOLI (dir.), *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique : actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003 organisé par le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC et l'École du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier*, Paris, Litec, 2005, p. 12

- LÉCUYER, (H.), « Exécution d'ordres de bourse reçus via Internet », *Com. Com. Elec.*, n° 2, 2006, p. 39
- LEDRIKH, (E.), « La gestion du Domain Name System en question : quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle... Réflexions autour de la "gouvernance" de l'Internet et du statut de l'ICANN suite au SMSI (Sommet mondial pour la Société de l'information) de Tunis », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 12, p. 35, 2006
- MALINTOPPI, (A.), « Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Volume 116 (1965-III), p. 1
- MARTIN, (C H.), « The UNCITRAL Electronic Contracts Convention : Will It Be Used or Avoided? », *Pace International Law Review* 17 (2005) : 261
- MARTIN, (C.H.), « The Electronic Contracts Convention, the CISG, and New Sources of E-Commerce Law », *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 16, n° 2, 2008, p. 475
- MASSOT, (P.), « Les sanctions de la contrefaçon. Les solutions envisageables de lege ferenda », *Cahiers de l'Irpi*, n° 6, 2005, p. 83
- MEKKI, (M.), « Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique », *R.D.C.*, n° 3, 2007, p. 681
- MONÉGER (J.), « De lege ferenda : d'un projet élaboré en catimini à un texte débattu concurremment », *Loyers et copropriété*, n° 6, 2008, p. 1
- MONTERO, (É.), « La publicité sur Internet : principes juridiques et applications », *in* (T.) DE COSTER, (M.) DEMOULIN, (H.) JACQUEMIN, (É.) MONTERO, (M.) VANDERCAMMEN, (T.) VERBIEST (dirs.), *Les pratiques du commerce électronique*, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 28
- NUYTEN, (B.) et LESAGE, (L.), « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois*, n° 8, 1998, p. 497
- OLE, (L.), « CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law », *American Journal of Comparative Law* 53, 2005



- ONANA ETOUNDI, (F.), « Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.* vol. 13, issue 1-2, 2008, p. 358
- POIDEVIN, (B.) et GELLES, (V.), « Le cadre du Business C to C », *Expertises des systèmes d'information*, n° 336, 2009, pp. 175-177
- POST, (D.G.), « Anarchy, state and the Internet: An essay on law-making in cyberspace », *Journal of online Law*, Art., 3, 1995, p.1
- PRUJINER (A.), « Commentaire de *Dell Computer c. Union des consommateurs* », (2007) 3 *Rev. arb.* 567, pp. 595-596
- RAYNOUARD, (A.), « La loi n° 204-575 pour la confiance dans l'économie numérique...ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire ! », *R.D.C.*, n° 2, 2005, p. 565
- REYGROBELLET, (A.), « Ordres de bourse transmis par l'Internet : les obligations du prestataire de services d'investissement », *Option finance*, n° 1006, 2008, p. 35
- ROUSSEAU, (S.), « Émission et transaction des valeurs mobilières sur Internet », in (V.) GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 213
- SAMASSÉKOU, (A.), « Le Sommet mondial sur la société de l'information : préparation, enjeux et résultats de la première phase », *R.Q.D.I.*, n° 18.1, p. 13, 2005
- SARIN, (A.), « Africa: The Impact of Mobile Phone », *The Vodafone Policy Paper Series*, 3, 2005
- SCHROETER, (U.G.), « Interpretation of Writing: comparison between provisions of CISG (Article 13) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law », *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2002
- SCHWERER, (F.), « Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique », *Cont Cons Conc.*, n° 12, 2000, p. 4
- SINAY-CYTERMANN (A.), « Protection ou surprotection du consommateur », *JCP*, 1994, I, 3804

- STROWEL, (A.), IDE (N.) ET VERHOESTRAETE (F.), « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *J.T.*, n° 6000, 2001, p. 137
- STROWEL, (A.), IDE, (N.) et VERHOESTRAETE, (F.), « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *J.T.*, n° 6000, 2001, p. 137
- TAPSCOTT, (D.), « Virtual Webs Will Revolutionize Business », *The Wall Street Journal*, 2000, p. A 38
- TERRÉ, (F.) et ADAM-OUTIN, (A.) « Codifier est un art difficile (à propos d'un... » Code de commerce) », *D.*, 1994, Chronique, p. 99 et s.
- TERRÉ, (F.), « esquisse d'une sociologie de la commercialité », in *Mélanges Roblot*, n° 11, LGDJ, 1984
- TRUDEL, (P.), « La Lex Électronica », in Charles Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 222-259
- TUNICK, (D. C.), « Has the Computer changed the law ? », *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 13, n°1, 1994, p. 43
- VALLÉE, (P-H.), et MACKAAY, (E.), « La confiance. Sa nature et son rôle dans le commerce électronique », *Lex Electronica*, vol. 11 n° 2, 2006
- VERBIEST, (T.), « Sommet mondial sur la société de l'information : quel rôle pour les professions libérales ? », *RLDI*, n° 163, p. 6, 2003
- VERBIEST, (T.), et WÉRY, (É.), « Commerce électronique par téléphone mobile (m-commerce) : un cadre juridique mal défini », *D.*, n° 41, 2004, p. 2981
- VERGÈS (É.), « La Réforme de la justice civile, entre harmonisation et uniformisation (2nde partie) », *Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale*, n°437, 2011
- VERMEYS, (N.), BENYEKHFLEF, (K.), et GAUTRAIS, (V.), « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2005) 38 *RJT*, pp. 651-652
- VIVANT, (M.), « Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique », *Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux*, n° 171, 2004, p. 2

VIVANT, (M.), « Le contrat plongé dans l'» économie numérique » », *R.D.C.*, n° 2, 2005, p. 533

ZOIA, (M.), « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2<sup>ème</sup> partie) », *Gaz. Pal.*, n° 289, 2001, p. 1

### **C.- Droit de l'OHADA - droit africain**

ABARCHI, (D.), « La compétence non exclusive de la CCJA en cas de violation de dispositions du droit uniforme de l'OHADA et du droit interne, note sous Cour suprême du Niger, Chambre judiciaire, arrêt n° 1-158/C du 16 août 2001, Snar Leyma c/ Groupe Hima Souley »

ABARCHI, (D.), « La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), *Revue internationale de droit africain*, n°4, 2000, p. 9

ABARCHI, (D.), « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, 2003, p. 103

ABESSOLO, (S.), « Brèves réflexions sur le nouveau droit des affaires en Afrique francophone », *Hebdo Informations*, n° 377, 1998, p. 1

ADOTEVI, (A.), « Les lacunes du nouveau droit des affaires harmonisé », *Jeune Afrique Économie*, n° 265, 1998, p. 3

AKA, (N.), « La problématique des processus d'intégration judiciaire dans l'espace OHADA », *Premier Symposium sur l'intégration africaine*, Abidjan, Institut Goethe, 4 et 5 juillet 2008

AKIN-OLUGBADE, (A.), « L'importance du droit dans le processus de développement économique des pays africains et l'appui du groupe de la Banque africaine de développement à l'effort d'harmonisation juridique en Afrique », *RDAI*, n° 6, 2008, p. 752

ANABA, MBO, (A.), « La nouvelle juridiction présidentielle dans l'espace OHADA : l'endroit et l'envers d'une réforme multiforme », *Revue camerounaise de droit des affaires*, n° 3, p. 9

ANOUKAHA, (F.), « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p. 7

- ARFAZADEH, (H.), « Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited », *Arbitration International*, n° 1, 2001, p. 73
- BA, (D. B.), « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », in (P.), MEYER (dir.), *La libéralisation de l'économie dans l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, Ouagadougou, Publication du CEEI, n° 3, Imprimerie Presses Africaines, 2001, p. 165
- BAMODU, (G.), « Transnational law, unification and harmonization of international commercial law in Africa », *Journal of african law*, n° 38, 1994, p. 125
- BATCHASSI, (Y.), « L' Avis n°001 du 2 février 2000 de la Cour de Justice de l'UEMOA », *Revue Burkinabé de Droit*, n°37, 2000
- BELLET, (P.), « La Cour de cassation », *R.I.D.C.*, vol. 30, n° 1, 1978, p. 193
- BENKEMOUN, (L.) et VIALENS, (J.), « Acculturation du droit européen en Afrique : esquisse d'analyse sur le processus exogène de création du droit dans l'espace OHADA », *L PA*, n° 20, 2008, p. 3
- BENKEMOUN, (L.), « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA : aspects conceptuels et évaluation », *Penant*, n° 860, 2007
- BOUMAKANI, (B.), « La coexistence de la Cour commune de justice de l'OHADA et de la Cour de justice de la CEMAC », *RDAI*, n°1, 2005, p. 97
- BOUMAKANI, (B.), « Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : La CCJA de L'OHADA, les Cours de Justice de l'UEMOA et la CEMAC », *Annales de la FSJP de l'université de Dschang*, Tome 3, PUA, 1999
- CAZENAVE, (R.), « La protection des inventions, marques, dessins et modèles dans l'Union Africaine et Malgache », *Gaz. Pal.*, n° 1, 1964, p. 68
- CENTRE D'ETUDES EUROPEENNES ET DE L'INTEGRATION (CEEI), « La nature juridique des actes additionnels de l'UEMOA », *Cahiers du CEEI*, n° 001, juin 1999
- CENTRE D'ETUDES EUROPEENNES ET DE L'INTEGRATION (CEEI), « Le schéma d'intégration de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, UEMOA » *Cahiers du CEEI*, n°3, juin 2001

- CENTRE D'ETUDES EUROPEENNES ET DE L'INTEGRATION (CEEI), « Le schéma d'intégration de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest, CEDEAO », *Cahiers du CEEI*, n°3, juin 2001
- CENTRE D'ETUDES EUROPEENNES ET DE L'INTEGRATION (CEEI), « Le système institutionnel de la surveillance multilatérale des politiques macro-économiques au sein des États membres de l'UEMOA », *Cahiers du CEEI*, n° 002, juin 1999
- CEREXHE, (É.), « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale », *Revue burkinabé de droit*, n° 39-40, n° spécial, p. 21
- CHÉNEAU-LOQUAY (A.), « Les territoires de la téléphonie mobile en Afrique », *Netcom*, n° 1/2, 2001, p. 1
- CHÉNEAU-LOQUAY, (A.), « Défis liés à l'insertion des technologies de l'information et de la communication dans les économies africaines, l'exemple d'internet au Sénégal », *Actes du symposium OUESTAFTECH*, Université de Lille, 1999
- CHÉNEAU-LOQUAY, (A.), « Nord Sud, quelle Afrique dans les réseaux de communications mondiaux ? », *Actes du colloque Monde et Centralité*, Bordeaux, 2000
- CHÉNEAU-LOQUAY, (A.), « Quelle insertion de l'Afrique dans les réseaux mondiaux ? » in Annie CHÉNEAU-LOQUAY (dir.), *Enjeux des technologies de la communication en Afrique, du téléphone à l'Internet*, Paris, Karthala, 2000
- COFFY de BOISDEFFRE, (M.J.), « Le rapprochement des normes de l'OHADA avec la législation des pays d'anglophone à la lumière de l'expérience de l'harmonisation du droit des affaires des pays de l'Union européenne », *Penant*, n° 849, 2004, p. 425
- CORBY, (K.), WILLIAMS, (L.) and WERTH, (A.), « The Relationship Between The Seat And The Law Of Arbitration-Two Recent English Cases In Perspective », *International Arbitration Report*, n° 23-6, 2008, p. 45
- COSTA, (O.), « Les citoyens et le droit communautaire : les usagers élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'Union », *Revue internationale de politique comparée*, n°1, Vol.9, 2002, p. 99
- DARANKOUM, (É.), « Condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p. 177

- DARANKOUM, (É.), « La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA : Analyse et rédaction des clauses », *Penant*, 2005
- DARANKOUM, (É.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », (Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007), *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 242
- DATE-BAH, (S.K.), « The Unidroit Principles of International Commercial contracts and the harmonisation of the Principles of commercial contracts in West and Central Africa », *Rev. dr. Unif.*, n° 2, 2004, p. 269
- DIALLO (I. K.), « La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode », *Le bulletin du transport multimodal*, n°00, 2004
- DIALLO, (B.), « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans le cadre du Traité de l'OHADA », *Penant*, n° 858, 2007, p. 46
- DIALLO, (I.K.), « La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode », *Le bulletin du transport multimodal*, n°00, 2004
- DIÉDHIYOU, (P.), « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale », *Rev. dr. Unif.*, Vol XII, n°2, 2007, p. 265
- DJUITCHOKO, (C.S.), « Les sources du droit de l'OHADA », *Penant*, 2003, p. 174
- DOLLFUS, (O.), « Le système monde », in Roger BRUNET et Olivier DOLLFUS, *Mondes nouveaux*, Tome 1, Géographie Universelle, Paris, Hachette-Reclus, 1990
- DOSSOU-(Y, N.), « Intégration économique et "État des lieux" de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 47 (3), 1993, p. 421
- FÉNÉON, (A.), « L'Influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », *Penant*, n° 853, 2005, p. 465
- FEVILIYE-DAWEY, (C.I.), « La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : l'exemple du droit des affaires en Afrique francophone », *Penant*, n° 847, 2004, p. 136

- FONTAINE, (M.), « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Rev. dr. Unif.*, n° 2, 2004, p. 259
- FOYER, (J.), « Les destinées du droit français en Afrique », *Penant*, 1962
- GOMEZ, (J R.), « Réflexions d'un commercialiste sur le projet d'harmonisation du droit des affaires dans la Zone Franc », *Penant*, n° 104, 1994, p. 4
- GOMEZ, (J R.), « Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique », *Penant*, n° 827, 1998, p. 162
- GUEYE, (B.), et TALL, (S N.), « Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », dans *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés 2008*, Chasseneuil, Juriscope, 2007, pp. 31 et 32
- GUYENOT, (J.), « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, n° 3, 1964, p. 561
- HOMMAN-LUDIYE, (L.), et GERAULT, (N.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Présentation générale », *Cahiers juridiques et fiscaux*, n° 2, 1998, p. 162
- IBRIGA, (L.M.), et MEYER, (P.), « L'application du droit communautaire UEMOA dans le droit interne des États membres », *Revue Burkinabè de droit*, 2000, p. 28
- ISSA-SAYEGH, (J.) et POGOUÉ, (P G.), « L'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions », *Rev. dr. Unif.*, n° 1/2, 2008, p. 458
- ISSA-SAYEGH, (J.), « Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », *OHADATA*, D-06-05, p. 5
- ISSA-SAYEGH, (J.), « La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », in (P.), BRUN (dir.), *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 175
- ISSA-SAYEGH, (J.), « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des États parties », *Revue Burkinabè de droit*, n° 3940, numéro spécial, 2001, p. 57

- ISSA-SAYEGH, (J.), « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », *Rev. dr. Unif.*, vol. IV, n° 1, 1999, p. 20
- ISSA-SAYEGH, (J.), « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement », *Penant*, n° 850, 2005, p. 7
- JEAMMAUD, (A.), « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? » in (F.) OSMAN (dir.), *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35 et s.
- KAMTO, (M.), « Les Cours de justice des communautés et des organisations d'intégration économique africaines », *Annuaire africain de droit international*, 1998, vol. 6, p. 147
- KAMTO, (M.), « Les Cours de Justice des Communautés d'intégration économiques africaines », *Annuaire africain de droit international*, Vol. 6, 1998, p. 108
- KANTE, (A.), « La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort en application des actes uniformes (Observations sur l'arrêt de la Cour suprême du Niger du 16 août 2001) », *OHADATA*, D-02-29
- KENFACK DOUAJNI, (G.), « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », *Penant*, n° 851, 2005, p. 175
- KENFACK, (J.), « Le juge camerounais à l'épreuve du droit communautaire et de l'intégration économique », *Juridis périodique*, n° 63, 2005 p. 64
- KIRSCH, (M.), « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Penant*, n° 827, 1998, p. 130
- LAGRANGE, (M.), « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire », *R T D E*, 1974, p. 294
- LE ROY, (É.), « Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare », dans (M.) DOUCET et (J.) VANDERLINDEN (dirs.), *La Réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 298
- LE ROY, (É.), « Quels projets de société pour les Africains du XXI<sup>e</sup> siècle » dans (C.) KUYU (dir.), *À la recherche du droit africain du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Connaissances et savoirs, 2005, p. 68



- LEROY, (É.), « Droit et développement en Afrique noire francophone après dix ans années d'indépendance politique », *Revue sénégalaise de droit*, 1971, pp. 52-72
- LEROY, (É.), « Inventer un autre droit pour répondre à la crise des sociétés africaines », *in Marchés tropicaux*, n° 3000, 2003, pp. 981-983
- LUMUMBA, (K.T.), « Economic Community of West African States (ECOWAS): dependency or integration? », *Journal of Asian and African Affairs*, n° 3, 1991, p. 45
- MAHAMAN, (A.), « Cour de Justice de l'UEMOA » *in* Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du Séminaire sous-régional, Douala-Cameroun du 16 au 20 décembre 2002, Coll. DTE, p. 51
- MARTOR, (B.) et THOUVENOT, (S.), « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », *Semaine juridique*, supplément n°5, 2004, p. 5
- MASAMBA, (R.), « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *Penant*, n° 855, 2006, p. 137
- MEYER, (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant*, n° 855, 2006, pp. 158-159
- MEYER, (P.), « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO », *in Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Actes du Séminaire Sous-régional à Ouagadougou*, Burkina Faso du 6-10 octobre 2003, coll.DTE, éditions Giraf, p. 186
- MEYER, (P.), « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO », *in Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Actes du Séminaire Sous-régional à Ouagadougou*, Burkina Faso du 6-10 octobre 2003, coll.DTE, éditions Giraf, p. 186
- MONGO ANTCHOUIN, (J.), « Les règles de procédure devant la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC » *in Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du Séminaire sous-régional*, Douala- Cameroun du 16 au 20 décembre 2002, AIF éd., p. 39
- MONTÉRO, (É.), « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques », *Rev. dr. Unif.*, vol. 13, issue 1-2, 2008, p. 293

- MOUANGUE KOBILA, (J.) et DONFACK SOKENG, (L.), « La CEMAC : à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en Afrique centrale », *Annuaire africain de droit international*, Vol 6, 1998, p. 87
- MOUDOUDOU, (P.), « Le juge congolais et le processus d'intégration économique africaine (note sous Cour Suprême du Congo – Avis du 1<sup>er</sup> septembre 1998) », *Penant*, n° 838, 2002, p. 122
- MOUELLE KOMBI, (N.), « L'intégration régionale en Afrique centrale : entre interétatisme et supranationalisme », in (H.), BEN HAMMOUDA, (B.), BEKOLO EBE, (T.), MAMA (dir.), *L'intégration régionale en Afrique centrale : bilan et perspectives*, Paris, Karthala, 2003, pp 205 et 206
- MUKA TSHIBENDE, (L D.), « Les Gaulois, nos ancêtres ? Sur la circulation et l'influence du modèle juridique français en Afrique noire francophone », *Rev. rech. Jur-Droit prospectif-*, n° 1, 2006, p. 381
- N'BAYE, (K.), « Avant-propos sur l'OHADA », Numéro spécial sur l'OHADA, *Penant*, n° 827, 1998, p. 125
- N'BAYE, (K.), « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *LPA.*, n° 205, 2004, p. 7
- NDIAW, (D.), « Actes uniformes et droit pénal des États signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace OHADA », *Revue burkinabé de droit*, n° 39-40, n° spécial, p. 63
- NDIAW, (D.), « Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'inadaptation des réponses nationales à un phénomène de dimension internationale », *Revue sénégalaise de droit des affaires*, n° 2, 3 et 4, p. 59
- NGWANZA, (A.), « OHADA entre adolescence et âge adulte : une crise existentielle », *Penant*, n° 866, 2009, p. 14
- NSIE, (É.), « La Cour commune de justice et d'arbitrage », *Penant*, n° 828, 1998, p. 308
- NTOUTOUME, (J-M.), « Réflexions sur certaines dispositions de la Convention, des règles de procédure et des Statuts de la Cour de Justice de la CEMAC », in *Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du séminaire sous-régional*, Douala-Cameroun, 16-20 décembre 2002, AIF, p. 46

- O'CONNOR, (D.), « Le commerce électronique pour le développement : de Charybde en Scylla », dans (A.), GOLDSTEIN et (D.), O'CONNOR, *Commerce électronique et développement*, Paris, OCDE, 2002, p. 61
- ONANA ETOUNDI, (F.), « L'État de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », *Penant*, n° 865, 2009, p. 478
- ONANA ETOUNDI, (F.), « La révision du Traité de Port Louis », *Penant*, n° 865, 2008, p. 399
- ONANA ETOUNDI, (F.), « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant – projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. Unif.*, n° 4, 2005, p. 709
- ONANA ETOUNDI, (F.), « OHADA : la Problématique de l'Unification de la Jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », Abidjan, Presses Edjehou Danhi Imprim, 2008
- OUATTARA, (A.), « Technologie et preuve : l'apport mitigé du règlement du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *RLDC.*, Suppl. n° 71, 2010, p. 33
- PAILLUSSEAU, (J.), « Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original », *Semaine juridique*, supplément n°5, 2004, p. 2
- PAILLUSSEAU, (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle », *D.*, 2003
- PAILLUSSEAU, (J.), « Mondialisation et droit des sociétés – Commentaires », *Revue Internationale de Droit Économique*, n° 2-3, 2002.
- PRISO-ESSAWE, (S-J.), « L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence. Double variation sur une partition européenne », *RDIDC.*, n° 2, 2004, p. 329
- PRISO-ESSAWE, (S-J.), « Les « espaces juridiques » de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme », *RLDC*, n° 67, 2010, p. 60
- RABANI, (A.), « Le droit pénal des sociétés commerciales. Droit pénal des affaires du Niger : une construction duale entre droit pénal uniforme et législation nationale », *OHADATA* D-05-30

- RAYNAL, (J-J.), « Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du traité OHADA », *Penant*, n° 832, 2000, p. 6
- SAWADOGO, (F M.), « 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 », Communication à la *Conférence régionale africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement*, 2003
- SAWADOGO, (F M.), « Les actes uniformes de l'OHADA : aspects techniques généraux », *Revue Burkinabé de droit*, n° 3940, numéro spécial, 2001, p. 46
- SOSSA, (D C). « Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation », *Rev. dr. unif.*, vol. XIII, n° 1/2, 2008, p. 348
- TAGNE, (R.), « La cour suprême du Cameroun en conflit avec la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) », *Juridis*, n° 62, p. 104
- TALON, (D.), « Une cour de cassation peut-elle juger en fait ? », *Gaz. Pal.*, n° 13, 2001, p. 6
- TATY, (G.), « Les conflits de compétence entre les Cours de justice de la CEMAC et de l'OHADA », in *Actes du séminaire sous-régional*, Douala, 16-20 décembre 2002, Éditions Giraf, 2003, p. 56
- TEMPLE, (H.), « Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'un acte uniforme sur le droit de la consommation », *OHADA*, 27 juin 2008
- TIGER, (P.), « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : Bilan et perspectives d'avenir – Aspects conceptuels et évaluation », *Penant*, n° 860, 2007, p. 292
- UNIVERSITÉ DE OUAGADOUDOU, « Inauguration du Centre de Ressources Informatiques (CRI) de l'Université de Ouagadougou », 2005
- VANDERLINDEN, (J.), « À propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent », in (D.) DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 11

VERBIST, (H.), « Arbitrability of Exclusive Distributorship Agreements in Belgium: Lex Fori (and Lex Contractus)? », *Journal of international arbitration*, n° 22-5, 2005, p. 427

WEIDONG, (Z.), « OHADA, as a base for Chinese further investment in Africa », *Penant*, n° 869, 2009, pp. 421-428

YEHOUESSI, (Y.D.), « Communication de la Cour de Justice de l'UEMOA », Actes du colloque de Ouagadougou des 24 et 26 juin 2003, *Les Cahiers de l'Association Ouest Africaine des Hautes Juridictions Francophones*, 2003, p. 354