UNIVERSITÉ DE DSCHANG – UNIVERSITY OF DSCHANG
****

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Faculty of Law and Political Sciences

UNITÉ DE FORMATION DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

LA RÈGLEMENTATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS LA CEMAC, CONTRIBUTION À L'ÉMERGENCE D'UN MARCHÉ COMMUN NUMÉRIQUE

Thèse pour le Doctorat/Ph. D. en Droit

Présentée et soutenue publiquement le 17 avril 2014

Par :

TCHABO SONTANG Hervé Martial

DEA, Droit Communautaire et Comparé CEMAC

Devant un Jury composé de :

Président : **M. BOKALLI Victor Emmanuel, Professeur, Université de Yaoundé II**

Rapporteurs :

M. GATSI Jean, Professeur, Université de Douala

M. FOKO Athanase, Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré

Membres :

M. CLAVIER Jean-Pierre, Professeur, Université de Nantes (Codirecteur)

Mme KALIEU ELONGO Yvette Rachel, Maître de Conférences, Université de Dschang (Codirecteur)

M. FOMETEU Joseph, Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré

L'Université de Dschang n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

DÉDICACE

À ma famille.

REMERCIEMENTS

À l'heure où s'achève la rédaction de ce travail, qu'il nous soit permis de remercier tous ceux qui nous ont soutenu et plus particulièrement :

Le Professeur **KALIEU ELONGO Yvette Rachel**, notre Directeur de thèse, qui, dès nos premiers pas sur le pénible sentier de la recherche, nous a pris sous son aile en nous nourrissant de son esprit de rigueur savamment assortie d'humanisme et de pleine attention ;

Le Professeur **CLAVIER Jean-Pierre**, notre co-directeur, pour la confiance qu'il nous a spontanément faite en acceptant, sans nous connaître, de diriger ces travaux ;

Le Professeur **ANOUKAHA François** pour la rigueur avec laquelle il a organisé notre formation au sein de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang ;

Le Professeur **KEUTCHA TCHAPNGA Célestin**, pour son attention, ses encouragements et ses conseils multidimensionnels ;

Le Professeur **FOMETEU Joseph**, pour sa constante disponibilité et surtout pour nous avoir spontanément recommandé au Professeur Clavier pour la co-direction ;

Le Docteur Isidore **MIENDJIEM Léopold**, notre Chef de Département, pour nous avoir toujours encouragé à travailler et à donner la priorité à cette thèse ;

Le Professeur **WATCHO Pierre** et les Docteurs **TCHOU-BAYO Jean-Paul** et **TCHOUNGA Anatole** pour leurs conseils ;

Les Docteurs, **SOWENG Dieudonné**, **NJEUFACK TEMGWA René**, **GNIMPIEBA TONNANG Édouard**, **DZEUKOU Guy-Blaise**, **TCHANTCHOU Henri**, **WATCHO Rolande**, **LOWÉ Patrick-Juvet**, **ASSONTSA Robert** et **KEM CHEKEM Bruno**, pour avoir accepté avec plaisir de partager avec nous leur expérience de la thèse ;

Leurs Majestés **SIKAM KONCHIPE Sylvestre** et **DJAMPOU TCHATCHOUANG Anick Julio** pour leur soutien ;

Messieurs **NGAPA Théophile, Le BIHAN Jean-François** et **KAMDEM Emmanuel** pour nous avoir facilité l'accès à la documentation.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act. Dr. de l'entr. :	Actualités, Droit de l'Entreprise
AFTEL :	Association Française de la Télématique Multimédia
AJDI :	Actualité juridique de droit immobilier
ANTIC :	Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (Cameroun)
ARCEP :	Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (France)
ART :	Agence de Régulation des Télécommunications (Cameroun)
Ass. Plén. :	Assemblée Plénière de la Cour de Cassation Française
AUDCG :	Acte Uniforme OHADA relatif au Droit Commercial Général
Bull. Civ. :	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Joly :	Bulletin Joly
BVMAC :	Bourse des Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale
C. S. :	Cour Suprême
C.I.E.T.R.M.D :	Convention inter-États de transport routier de marchandises diverses (CEMAC)
CA :	Cour d'Appel
Cah. dr. Entr :	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. Civ. :	Chambre civile de la Cour de Cassation (France)
Cass. Com :	Chambre commerciale de la Cour de Cassation (France)
Cass. :	Cour de Cassation
CCJA :	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (OHADA)
CEA/BSR-AC :	Commission Économique pour l'Afrique / Bureau Sous Régional pour l'Afrique Centrale

CEA-ONU :	Commission Économique des Nations Unies pour l'Afrique
CEMAC :	Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale
Cf. :	Confère
CGAP :	Consultative Group to Assist the Poor
Ch. :	Chambre
CJUE :	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNUDCED :	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
Coll. :	Collection
Comm. CE	: Commission des Communautés Européennes
Comm. com. Électr.:	Communications, Commerce électronique
Contrats, conc. consom :	Contrats concurrence consommation
CREDIMI :	Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux
CRID :	Centre de Recherche Informatique et Droit
CSA :	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (France)
D. :	Dalloz (Recueil)
DEA :	Diplôme d'Études Approfondies
DESS :	Diplôme d'Études Supérieures Spécialisées
E.D.C.E. :	Études et Documents du Conseil d'État
Éd. :	Éditions
FAI :	Fournisseur d'accès internet
Gaz. Pal. :	Gazette du palais
HIPSSA :	Support for Harmonization of the ICT Policies in Sub-Sahara Africa / Projet d'harmonisation des politiques en matière de technologies de l'information et de la communication en Afrique subsaharienne
Ibid. :	Au même endroit.
IR :	Informations rapides

JCP :	Juris-Classeur Périodique
JCP, éd. G :	Juris-Classeur périodique - édition générale
LGDJ :	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n° :	Numéro.
OAPI :	Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle
Obs. :	Observations.
OHADA :	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Op. cit. :	*Opere citato* (Cité plus haut)
p. / pp. :	Page / pages
PIBD :	Propriété industrielle, bulletin de documentation
PIN / NIP :	Personal Identification Number / Numéro d'identification Personnelle
PME :	Petite et Moyenne Entreprise
PUA :	Presses Universitaires d'Afrique
PUF:	Presses Universitaires de France
Rec. :	Recueil des Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes
Réf. :	Ordonnance de référé
Rev. Dr. Soc :	Revue de Droit Social
Rev. Droit Com. (Belge) :	Revue de de Droit Commercial
RIDA :	Revue internationale du droit d'auteur
RLDI :	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RTD civ :	Revue trimestrielle de droit civil
S. :	Suivant(e)s
Somm. :	Sommaire
Suppl. :	Supplément
T. :	Tome
TIC :	Technologies de l'information et de la communication
TUE :	Tribunal de l'Union Européenne

TVA :	Taxe sur la Valeur Ajoutée
UDEAC :	Union Douanière et Économique de l'Afrique Centrale
UEAC :	Union Économique de l'Afrique Centrale
UEMOA :	Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
UMAC :	Union Monétaire de l'Afrique Centrale
UNESCO :	Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture

RÉSUMÉ

Face aux difficultés pour les États membres de la CEMAC de parvenir à l'état de marché commun prôné par le Traité de N'Djamena, une réforme du droit communautaire, institutionnel et matériel, de la CEMAC a été initiée depuis quelques années déjà. C'est dans ce contexte que la réglementation des communications et du commerce électroniques a été entreprise au niveau communautaire. Plusieurs textes (Règlement, Directives et décision) visant à encadrer le secteur des communications électroniques ont été adoptés depuis 2008. Par ailleurs d'autres directives relatives au commerce électronique, aux données à caractère personnel, à la cybercriminalité et à la cybersécurité sont actuellement en cours d'adoption. La vision des pouvoirs publics communautaires est dès lors de se servir de ces outils, à forte valeur intégrative, pour favoriser l'émergence d'un marché commun numérique dans la sous-région.

Au regard de ce qui précède, ce travail a eu pour objectif d'évaluer le degré de pertinence du dispositif juridique projeté ou déjà mis en place par rapport à l'objectif poursuivi. L'important, en effet, n'est pas d'avoir la volonté ou simplement d'adopter des règles. En cette matière, et vu l'objectif à atteindre, le défi majeur consiste à mettre le cadre juridique du commerce électronique au service effectif des libertés économiques communautaires et à garantir, au profit de tous, un climat de confiance et de sécurité sur les réseaux numériques.

Dans le contexte spécifique de la CEMAC où certains textes importants sont encore au stade des projets, l'analyse, qui s'est voulue large pour épouser les différents aspects de l'intégration économique, a porté tant sur le droit positif que sur le droit prospectif. Cela a permis d'observer que, malgré ses limites sur bien de points, cette réglementation tend à prendre en compte les deux conditions fondamentales à l'implémentation d'un véritable marché commun à savoir : l'intégration matérielle des États membres et la sécurisation des transactions. Donc, par rapport à l'objectif d'intégration poursuivi, le dispositif réglementaire présente une allure globalement satisfaisante. Mais en profondeur, on observe quelques tares au rang desquelles la lenteur dans l'adoption des textes, le choix de la technique de l'harmonisation et l'absence d'un véritable droit communautaire de la consommation.

Pour l'amélioration de cette réglementation, plusieurs propositions ont été formulées.

Mots clés :

CEMAC, UEAC, OHADA, commerce électronique, communications électroniques, marché commun, contrat électronique, réglementation, écrit électronique, signature électronique, fonds de commerce électronique, libertés communautaires, interopérabilité, interconnexion, fiscalité communautaire, cybercriminalité, données personnelles, prestataires techniques.

ABSTRACT

With the difficulties of reaching a common marked by the CEMAC member states as advocated by the N'Djamena treaty, an institutional and material reform of CEMAC community law has been initiated for some years now. It is in this context that the regulation of communications and electronic commence has been undertaken at community level. Several texts (Regulation, Directives and decision) aimed at controlling electronic communications sector have been adopted since 2008. Moreover, the adoption of other directives relating to electronic commerce, personal information data, cyber criminality and cyber security is underway. The vision of community public authorities is to use them henceforth as tools with powerful integrative values, to encourage the emergence of a numeric common market in the sub-region.

From the foregoing, this work had as objective to evaluate the degree of pertinence of the would-be legal provisions or those already in existence with respect to the objective pursued. In effect, what is important is not the will or simply the adoption of rules. In this subject matter and given the objective to be attained, the major challenge is to put in place a legal framework for electronic commerce, at the effective service of community economic freedoms and to guarantee, for the benefit of all, an atmosphere of confidence and security on numeric networks.

In the specific context of CEMAC where some important texts are still at their draft stage, the wide analysis that has been made to bring together the different aspects of economic integration touches both on positive and prospective laws. This led to the observation that despite its limits on several points, this regulation takes into consideration two fundamental conditions for the implementation of a real common market namely: material integration of the member states and the security of transactions. Thus, in relation to the objective of integration pursued, regulatory provisions are globally satisfactory. However, in reality, there are some defects amongst which are: lateness in the adoption of texts, the choice of the technique of harmonisation and the lack of a genuine community law on consumption.

Key works

CEMAC, OHADA, UEAC, electronic commerce, electronic communications, common market, electronic contract, regulation, electronic writing, electronic signature, electronic business, community freedoms, interoperability, interconnection, community taxation, cyber criminality, personal data, technical service providers.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

PARTIE I : UNE RÉGLEMENTATION ORIENTÉE VERS L'INTÉGRATION MATÉRIELLE DES ÉTATS MEMBRES 32

TITRE I : L'HARMONISATION DU CADRE JURIDIQUE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES 35

CHAPITRE I : La politique juridique communautaire du secteur des communications électroniques 37

CHAPITRE II : L'harmonisation de la régulation du secteur des communications électroniques 82

TITRE II : L'ORIENTATION DU CADRE JURIDIQUE VERS LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS ET SERVICES 127

CHAPITRE I : L'encadrement des activités du commerce électronique 129

CHAPITRE II : Le développement des services intégrateurs complémentaires : le cas des activités financières et de transport 185

PARTIE II : UNE RÉGLEMENTATION ORIENTÉE VERS LA SÉCURISATION DES TRANSACTIONS ÉLECTRONIQUES 234

TITRE I : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES ACTEURS 238

CHAPITRE I : La protection des investissements des prestataires 241

CHAPITRE II : La protection des droits des consommateurs 295

TITRE II : L'ÉLABORATION D'UN CADRE JURIDIQUE SÉCURISÉ DES PRESTATIONS TECHNIQUES 350

CHAPITRE I : La consécration de la valeur juridique de la preuve électronique 353

CHAPITRE II : Le régime de responsabilité des prestataires techniques 409

CONCLUSION GÉNÉRALE 455

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Le processus d'intégration économique en Afrique Centrale, un peu essoufflé[1], cherche un esprit nouveau[2]. Plusieurs stratégies ont été imaginées et expérimentées, mais les résultats sont toujours demeurés loin des attentes[3]. Les autorités compétentes ont alors pensé à toiletter l'arsenal juridique et à intégrer de nouveaux instruments dans la démarche d'intégration. Ce toilettage a touché tous les aspects essentiels d'un projet d'intégration économique à savoir le cadre, le processus, les acteurs et les objectifs[4], l'ambition étant de donner une plus grande chance à la réalisation du marché commun. C'est dans cette perspective que s'inscrit la prise en compte du commerce électronique dans la réalisation de cet objectif essentiel d'établissement du marché commun. Pour mieux le comprendre, il est pertinent d'examiner, au préalable, trois points essentiels de ce renouveau de l'intégration, lesquels permettraient de relever la problématique de cette étude (IV). Les points en question sont relatifs à l'objectif du Traité de la CEMAC de parvenir à un marché commun (I), au rôle que les TIC et le commerce électronique peuvent jouer dans la concrétisation de cette ambition (II) et à la question de la réglementation du commerce électronique (III).

I- L'OBJECTIF DU TRAITÉ DE PARVENIR AU MARCHÉ COMMUN DE LA CEMAC

2. Parmi les principaux objectifs visés par les textes fondateurs de la CEMAC, figure en bonne place celui de la création d'un « *marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes* »[5]. Par cet objectif, les autorités communautaires visent à faire des territoires des États membres

[1] Pour plus de précisions, GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC)*, Thèse de Doctorat, Université de Nice-Sophia Antipolis, Mars 2005, pp. 381 et 382.

[2] Le Préambule du Traité de la CEMAC tel que modifié à Libreville est fort illustratif de cette idée. Il ressort en effet de ce Préambule que les États membres sont « *Résolus à donner une impulsion nouvelle et décisive au processus d'intégration en Afrique Centrale par une harmonisation accrue des politiques et des législations de leurs États …* ».

[3] Il ressort en effet d'une étude que dix ans après l'entrée en vigueur du Traité de la CEMAC, une revue des programmes institués par cet acte fondateur montre dans l'ensemble « *des évolutions contrastées, et des résultats -pour l'instant- en deçà des attentes formulées* ». Cf. CEA/BSR-AC, *État d'avancement du processus d'intégration en Afrique Centrale, Prospectus 2009*, Imprimerie Saint-Paul, Yaoundé, 2009, p. 8.

[4] « *En effet, on ne peut parler d'intégration économique que si un certain nombre d'éléments sont pris en considération : un cadre, un processus, des acteurs et des objectifs* ». Cf. GNIMPIEBA TONNANG (E.), Thèse précitée, p. 15.

[5] Cf. art. 2 (c), Convention du 26 juin 2008 régissant l'Union Économique de l'Afrique Centrale.

un espace économique homogène soumis dans tout son ensemble à un même corps de règles. C'est ainsi que, le marché commun peut être défini comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services est assurée. En soi, le marché commun ne s'obtient qu'au terme d'un processus[6] accompagné d'une stratégie bien définie. Sa mise en place effective suppose la déférence préalable des autorités communautaires et nationales à une série de contraintes tant positives que négatives.

3. Positivement, la création d'un marché commun suppose l'élimination des droits de douane intérieurs, des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, des taxes d'effet équivalent, de toute autre mesure d'effet équivalent susceptible d'affecter les transactions entre les États membres ; l'établissement d'une politique commerciale commune envers les États tiers ; l'adoption des règles communes de concurrence applicables aux entreprises et aux aides d'État ; la mise en œuvre des principes de liberté de circulation des travailleurs, de liberté d'établissement, de liberté de prestations de services, de liberté d'investissement et de mouvements des capitaux ; l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle des normes techniques ainsi que des procédures d'homologation et de certification[7].

4. Négativement, pour une mise en œuvre effective et efficace du marché commun, le Traité de la CEMAC impose aux États membres de s'abstenir d'un ensemble de comportements. Ainsi, ils ne doivent pas introduire entre eux tout nouveau droit de douane à l'importation et à l'exportation, toute taxe d'effet équivalent, ni augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles. Aussi, ils ne doivent pas introduire entre eux de nouvelles restrictions quantitatives à l'exportation ou à l'importation ou mesure d'effet équivalent, non justifiées par une

---

[6] La réalisation d'un marché commun est une longue marche. Classiquement, on reconnaît que le marché commun ne s'obtient qu'après deux étapes importantes à savoir :

- La Zone de libre-échange. Elle se caractérise par le fait que les États-parties renoncent, dans leurs transactions réciproques, à tout droit de douane. Mais, chaque État conserve sa souveraineté douanière vis-à-vis des États tiers. Cette étape permet aux États de se rendre compte de l'avantage qu'ils peuvent tirer en se rapprochant des autres, ils s'initient alors aux enjeux du régionalisme. Le danger ici, c'est la disparité des régimes douaniers entre les États-membres et les États-tiers.
- L'Union Douanière. Ici, c'est une Zone de libre-échange doublée d'une frontière douanière commune à tous les États membres : adoption d'un tarif extérieur commun. L'Union douanière aboutit à une protection tarifaire et non tarifaire commune aux États membres.

[7] Cf. art. 13, Convention du 25 juin 2008 régissant l'Union Économique de l'Afrique Centrale (Convention UEAC).

exception prévue à l'article 16[8]. Par ailleurs, les États membres doivent éviter de rendre plus restrictifs les contingentements et normes d'effet équivalent existants ou d'introduire toute disposition en vue d'établir sur leur territoire des mesures visant à des dérogations ou des exonérations susceptibles d'affecter la concurrence entre les entreprises de l'Union Économique[9].

5. Ces exigences, positives ou négatives, traduisent, de par leur cohérence, la volonté politique des Chefs d'État de la CEMAC de mettre en commun les forces de leurs États respectifs pour construire un bloc solide et compétitif pouvant rivaliser avec les économies les plus avancées. Parce que l'œuvre à réaliser est immense, il est globalement attendu des États membres qu'ils procèdent à des sacrifices conséquents, en consentant à de « *réels abandons de souveraineté au profit des institutions communes* »[10]. Autrement dit, les États participant à ce projet doivent consentir un transfert de certaines de leurs compétences au profit des instances communautaires. L'inobservation de cette contrainte a souvent été identifiée par la doctrine[11] comme principale cause d'échec des politiques d'intégration en Afrique francophone.

Ce prix à payer, bien qu'approuvé par les États[12], s'avère souvent difficile à assumer[13]. Même les expériences qui s'analysent généralement comme modèles

---

[8] L'article 16 de la Convention de l'UEAC dispose en effet que : « *Sous réserve des mesures de rapprochement des législations mises en œuvre par l'Union économique, les États membres peuvent interdire ou restreindre l'importation, l'exportation, ou le transit des biens, lorsque ces interdictions ou restrictions sont justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé ou de la vie des personnes et des animaux, de préservation des végétaux, de protection des patrimoines culturel, historique ou archéologique, de protection de la propriété intellectuelle.*
Les interdictions ou restrictions appliquées sur le fondement de l'alinéa précédent ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée au commerce entre les États membres ».

[9] Cf. art. 14, Convention UEAC.

[10] GUILHAUDIS (J.-F.), *Relations internationales contemporaines*, LITEC, coll. Manuels Juris-Classeur, Paris 2002, p. 158.

[11] BALMOND (L.), *Intégration Économique et droit des Organisations Internationales*, Thèse pour l'obtention du Doctorat d'État en Droit, Université de Nice, 1981, p. 151, cité par GNIMPIEBA TONNANG (E.), Thèse précitée, p. 24.

[12] Du Préambule de la Convention UEAC, il ressort clairement que les Chefs d'État sont « *Convaincus que l'intégration des États membres en une Communauté Économique et Monétaire exige la mise en commun partielle et progressive de leur souveraineté nationale au profit de la Communauté, dans le cadre d'une volonté politique collective* ».

[13] C'est pour illustrer cette difficulté qu'un auteur relève que « *si les gouvernements adhèrent à l'idée d'intégration régionale, ce sont les mêmes ensuite qui sèment les obstacles au moment d'appliquer les textes communautaires librement adoptés* ». Cf. TATY (G.), ''Le recours en manquement d'État de l'article 4 du traite révisé de la CEMAC : analyse critique'', communication à la *Troisième rencontre inter-juridictionnelle des cours communautaires de « l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et de l'OHADA »*, Dakar 4, 5, 6 mai 2010, http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/CommunicationJugeTATY-CEMAC.pdf

d'intégration pour l'Afrique en général, et l'Afrique Centrale en particulier, à l'instar de l'Union Européenne, ont dû, pour des questions de souveraineté des États-membres, se heurter à certaines difficultés[14]. Face à cette réticence des États à se délester de leur souveraineté d'un trait et pour les Organes communautaires à s'exécuter avec diligence, il s'est avéré important d'une part, d'adopter des solutions contraignantes pouvant renforcer l'autorité du droit communautaire et d'autre part, de valoriser certains instruments présentant une forte valeur intégratrice.

A- LES MESURES RENFORÇANT L'AUTORITÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE

6. S'agissant des mesures de renforcement de l'autorité du droit communautaire, l'on part du principe qui exige que, « *quels que soient la forme et le degré, primaires ou achevés, de l'intégration économique, ils impliquent une intégration juridique* »[15]. Et, parce qu'en vue de cette intégration juridique, les États membres et les organes communautaires doivent adopter des démarches cohérentes et s'abstenir de toutes mesures pouvant conduire au blocage du processus d'intégration économique, les textes fondamentaux de la CEMAC ont désormais consacré deux types de recours particuliers : il s'agit, d'une part, du recours en manquement des obligations d'États[16], et du « *recours en carence des institutions, des organes et institutions spécialisées, des obligations qui leur incombent en vertu des actes de la Communauté* »[17] d'autre part. Le premier recours est mis en œuvre en vue de contraindre les États indélicats à se conformer à la norme communautaire ; le second quant à lui, vise à obtenir

[14]GUILHAUDIS (J.-F.), *op. cit.*, pp. 158 et 159. À ce sujet, cet auteur révèle qu' « *il suffit de savoir que, dans le cas européen, c'est à la fin des années 1980, après des années et des années de marché commun, que l'on s'est décidé à passer réellement au marché unique* ».

[15] ISSA SAYEGH (J.), ''L'intégration juridique des États africains de la Zone Franc'', in *Penant*, 107ème année, n° 823, janvier-avril 1997, p. 6. Dans le même sens, un auteur affirme que « *l'intégration juridique est un préalable à l'intégration économique véritable* ». Cf. GNIMPIEBA TONNANG (É), Thèse précitée, p. 28.

[16] L'article 4 du Traité modifié de la CEMAC dispose en son al. 2 que : « *En cas de manquement par un État aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire, la Cour de Justice peut être saisie en vue de prononcer les sanctions dont le régime sera défini par des textes spécifiques* ». Cette disposition, qui est une véritable innovation, aura sans doute pour effet, de renforcer la portée de l'ordre juridique communautaire. En effet, de peur de faire l'objet d'une telle action, il est fort probable que les États soient désormais plus regardants sur leurs attitudes au regard des exigences communautaires. Pour plus de détails sur le régime de ce recours, voir TATY (G.), ''Le recours en manquement d'État de l'article 4 du traite révisé de la CEMAC : analyse critique'', Précité.

[17] Cf. art. 25, Convention régissant la Cour de Justice Communautaire CEMAC, Libreville, 30 juin 2009.

des organes et institutions communautaires qu'ils exécutent avec diligence les obligations que le droit communautaire met à leur charge.

Par ailleurs, en vue d'assurer une plus grande adhésion des États membres au processus d'intégration, la convention de l'UEAC telle que modifiée en 2008 exige des États, non pas un abandon total et brusque de leur souveraineté, mais, et plus sagement, leur « *mise en commun partielle et progressive […] au profit de la Communauté* ». Cette démarche modérée allégera sans doute la pression ressentie par les États membres. En outre, les États ne se sentant pas brusqués, on peut imaginer qu'au fur et à mesure que les compétences transférées seront bien gérées par les autorités communautaires, ils seront davantage motivés à en concéder de nouvelles. Au-delà de l'idée précédente, il convient d'observer que si cette approche ménage le sens de la prudence des autorités nationales, on note aussi qu'elle cadre opportunément avec le processus de construction du marché commun tel qu'indiqué par la Convention modifiée de l'UEAC. En effet, la réalisation du marché commun a été segmentée en deux grandes étapes de trois années chacune[18]. Logiquement, pour la réalisation de chaque étape, les organes communautaires n'auront besoin que de compétences spécifiques. En divisant ainsi le processus de réalisation du marché commun, cette Convention permet aux parties prenantes d'apprécier ce qui a déjà été fait avant de déterminer le niveau de contribution encore attendue d'elles. Aussi, il va de soi qu'en procédant ainsi, les pouvoirs publics communautaires cherchent sûrement à planifier, à propulser et à maîtriser le processus de l'intégration économique dans la CEMAC. Dans la suite de cette logique, ils ont jugé utile de valoriser de nouveaux domaines d'intégration.

B- LA VALORISATION DE NOUVEAUX DOMAINES D'INTÉGRATION

7. Relativement aux instruments d'intégration, l'on observe un renforcement de la politique de coordination sectorielle par la valorisation du secteur des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) dans le cadre des politiques à coordonner au niveau communautaire[19]. Même si dans le Traité de l'UDEAC, les États membres convenaient déjà d'harmoniser leur législation et de coordonner leur politique en matière

[18] Cf. art. 3, 4 et 6, Convention modifiée de l'UEAC.
[19] Cf. art. 2, d) Convention modifiée de l'UEAC.

de postes et télécommunications[20], il faut préciser que cette volonté n'a véritablement jamais été mise en pratique. Or, actuellement, les autorités semblent déterminées dans leur volonté de faire évoluer tant le processus que les domaines d'intégration. L'objectif clairement affiché est de parvenir à un marché commun numérique au sein de la Communauté. Partant, l'intégration des télécommunications et des TIC dans la catégorie des politiques sectorielles à coordonner ne doit plus être une simple idée virtuelle. Elle doit se matérialiser par des instruments juridiques traduisant toute la valeur que les textes fondamentaux de la Communauté reconnaissent à ces outils à valeur ajoutée[21]. Cette grande importance s'illustre désormais par le fait qu'il s'agit à ce jour de l'un des domaines les plus réglementés au niveau communautaire[22]. La place des TIC dans la stratégie du développement du marché commun est ainsi rendue plus visible.

Cette place paraît justifiée dans la mesure où ces outils sont dotés de la capacité à favoriser, non seulement le développement économique[23], mais aussi le processus d'intégration des États de la CEMAC[24]. Il en résulte la nécessité, voire l'urgence,

---

[20] Voir par exemple art. 57, Traité de l'UDEAC.

[21] D'après une étude, l'intégration physique par le développement et l'interconnexion des réseaux de télécommunications, « *parce qu'elle contribue à la réduction des coûts de transaction, est une condition nécessaire à l'optimisation des avantages d'un marché intégré* ». Cf. CEA/BSR-AC, *État d'avancement du processus d'intégration en Afrique Centrale Prospectus 2009*, Imprimerie Saint-Paul Yaoundé, 2009, p. 7.

[22] En effet, en sa séance du 19 décembre 2008, le Conseil des Ministres de l'UEAC a adopté 5 directives intervenant dans le secteur des TIC et un Règlement à savoir :

- Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC,
- Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 Fixant le Cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques,
- Directive n° 08- 08-UEAC-1 33-CM-18 Relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques dans les pays membres de le CEMAC,
- Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques,
- Directive n° 10/08-UEAC-133-CM-18 Harmonisant les modalités d'établissement et de contrôle des tarifs de services de communications électroniques au sein de la CEMAC,
- Règlement n° 21/08-UEAC-133-CM-18 Relatif à l'Harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.

D'autres textes relatifs au même domaine sont en cours de préparation.

[23] Selon le Préambule du Règlement n° 21/08 sus cité, les États considèrent « *l'importance des technologies de l'information et de la communication dans le développement de l'innovation, de la compétitivité, de l'emploi, de la croissance économique et de l'aménagement du territoire dans l'ensemble des États de la CEMAC* ».

[24] « *L'un des domaines de coopération qui nous interpelle est sans aucun doute les TIC. En effet, les TIC constituent aujourd'hui un des moyens les plus sûrs et les plus efficaces pour accélérer le processus de l'intégration sous régionale et pour le développement socio-économique de toute l'Afrique Centrale* ». Propos tenus par le Représentant du Secrétaire Exécutif de la CEMAC lors de l'atelier de restitution de la stratégie des TIC pour l'Afrique Centrale, Douala, 24-26 janvier 2007, www.antic.cm.

d'harmoniser les règles qui leur seront applicables[25], tâche qui suppose que l'on définisse préalablement ce qu'il faut inclure dans cette notion et qu'on identifie clairement les liens qu'elle peut entretenir avec le marché commun.

II- LE RÔLE DES TIC ET DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS LA RÉALISATION DU MARCHÉ COMMUN

Avant d'insister sur le rôle des TIC et plus spécifiquement du commerce électronique dans le développement des échanges économiques (B), il paraît utile de faire ressortir leur contribution globale au développement socio-économique intégré des États membres de la CEMAC (A).

A- LES TIC ET LE DÉVELOPPEMENT SOCIO-ÉCONOMIQUE INTÉGRÉ DES ÉTATS MEMBRES

8. Généralement, l'expression « *Technologies de l'Information et de la Communication* » désigne tout ce qui relève des techniques utilisées dans le traitement et la transmission des informations, principalement l'informatique, l'internet et les télécommunications[26]. Pratiquement, il s'agit d'un ensemble d'outils révolutionnaires[27] ayant affecté les modes de vie et de communication entre les hommes. Ils affectent de nombreux aspects de la vie quotidienne et peuvent moderniser radicalement la manière dont s'opèrent la plupart des échanges et des communications interpersonnelles[28]. Les changements suscités ou encore espérés[29] des TIC sont si prometteurs que plusieurs études associent désormais TIC et développement socio-économique[30]. Ainsi, se met en

---

[25] Selon le Préambule du Règlement n° 21/08 sus cité, les États sont convaincus que « *l'harmonisation des réglementations des communications électroniques et des politiques de régulation est de nature à accélérer l'intégration économique et sociale des États membres ainsi que le développement de réseaux transnationaux au sein de la CEMAC* ».

[26] Cf. Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la communication (ANTIC)-Cameroun, *Stratégie nationale de développement des technologies de l'information et de la communication*, septembre 2007, p. 5, www.antic.cm.

[27] La CNUDCED relève que « *Rarement, manifestation du pouvoir créateur de l'humanité aura transformé aussi profondément et rapidement la société que l'essor d'internet et d'autres technologies de l'information et de la communication (TIC) au cours de la décennie écoulée* », Cf. CNUDCED, *Rapport sur le commerce électronique et le développement* 2003, p. 3.

[28] SORIEUL (R.), ''Aperçu de quelques initiatives internationales pour un droit uniforme du commerce électronique'', in *Revue du Droit Uniforme*, 1999-4, p. 909.

[29] Comme le précise un éminent auteur, « souvent, en effet, l'appareil imaginé en vue d'une fin précise se révèle si puissant, si riche de virtualités, que l'on peut en obtenir des services inattendus de ses auteurs : de nombreux emplois s'ouvrent progressivement à lui ». Cf. CATALA (P.) ; *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina* ; PUF, coll. Droit, Éthique, Société ; Paris, mai 1998. p. 12.

[30] Dans son rapport sur le commerce électronique et le développement 2003, la CNUDCED soutient en effet que les TIC « *modifient radicalement les rapports et les liens sociaux et économiques en offrant aux*

exergue le rôle des TIC en tant que vecteur essentiel du développement[31] des pays sous-développés. Par ailleurs, il apparaît que ce sont des outils pouvant permettre d'accroître la productivité et la capacité d'innovation, de stimuler la croissance[32], de favoriser l'employabilité et la création des emplois, mais aussi d'améliorer la qualité de vie des populations[33]. On comprend dès lors pourquoi il est soutenu que l'Afrique pourrait trouver dans le développement des TIC la chance de sortir du sous-développement.

9. Cette conviction est aussi partagée, entretenue et mieux exprimée par certaines organisations internationales. Ainsi, pour la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUDCED), les TIC ont le potentiel de contribuer au développement du commerce, de dynamiser la croissance dans les pays en développement et de renforcer les capacités de production de ces pays[34]. Pour l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO), « *tant dans les pays industrialisés qu'en développement, les nouvelles technologies numériques ont le potentiel de renforcer les institutions de la démocratie représentative et de la société civile, d'aider les citoyens à s'informer et à se mobiliser sur les questions importantes et d'améliorer l'efficacité et la transparence des gouvernements grâce à une meilleure communication avec les citoyens* »[35]. Ce faisant, elles contribuent au recul de

---

particuliers, aux entreprises et aux gouvernements les moyens de bâtir des sociétés et des économies plus productives, plus ouvertes à tous et plus favorables au développement » , p. 3.

[31] « *Un consensus existe aujourd'hui sur le fait que la société de l'information, dont les Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) constituent l'un des plus puissants vecteurs, crée des occasions complètement nouvelles de parvenir à des niveaux de développement plus élevés. En effet, la capacité des TIC à réduire bon nombre d'obstacles classiques, notamment ceux que constituent le temps et la distance, permet pour la première fois dans l'histoire de faire bénéficier leur potentiel à des millions d'êtres humains dans toutes les régions du monde, donnant ainsi à chaque individu, communauté ou peuple la possibilité de créer, d'obtenir, d'utiliser et de partager l'information et le savoir pour réaliser l'intégralité de son potentiel de développement et de bien-être* ». Cf. ANTIC, *Stratégie nationale de développement des technologies de l'information et de la communication*, *op. cit.*, p. 10.

[32] À titre d'illustration et de comparaison, l'exemple des États-Unis d'Amérique peut être cité. À l'occasion d'un séminaire portant sur le commerce électronique, un panéliste diplomate américain a fait cette déclaration : « *Aux États-Unis, nous estimons que plus de 60 % de la croissance économique au cours des cinq dernières années peut être attribuée au développement du commerce électronique et des technologies de l'information* ». Cf. PEARSON (R), Communication au colloque *Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux*, 13 mai 1998, in *La Gazette du Droit des Technologies Avancées* n° 291 à 293 du 18-20 octobre 1998, http://www.creda.ccip.fr, p. 5.

[33] Cf. ANTIC, *Stratégie nationale de développement des technologies de l'information et de la communication*, *op. cit.*, p. 10.

[34] Cf. CNUDCED, Projet de rapport de la Commission des Entreprises, de la facilitation du commerce et du développement sur sa dixième session, 23 février 2006.

[35] Cf. UNESCO, Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), Paris, UNESCO, 2005 - iv, 27 p. ; 30 cm. (CI-2005/WS/3).

l'ignorance et de la pauvreté. De son côté, le Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NEPAD) fait des TIC une priorité en tant qu'outil pour le développement, pouvant aussi contribuer à la réalisation des objectifs de développement du Millénaire. Somme toute, les TIC sont très utiles à l'Afrique en général et à la Zone CEMAC en particulier ; surtout que, « *parce qu'elles s'affranchissent des distances et des frontières, (elles) pourraient constituer une formidable opportunité de développement, notamment à l'exportation* »[36].

10. Si toutes ces idées participent d'une certaine apologie des TIC, c'est sans doute parce que ces outils sont capables de plusieurs applications leur permettant de servir de base au développement de presque tous les secteurs économiques[37]. Il s'agit de technologies « *extrêmement* » puissantes pour le développement dans la mesure où elle « *créent des emplois… transforment l'éducation, la santé, le commerce, la politique et … peuvent aider dans la distribution de l'aide humanitaire, contribuer à la paix et à la sécurité* »[38]. De nos jours par exemple, un ordinateur ne sert plus seulement à la saisie des textes. Mais dorénavant, il s'agit d'une interface multidimensionnelle pouvant permettre la réalisation d'un nombre inchiffrable de services. Aussi, continuer aujourd'hui à voir dans un téléphone un simple outil d'émission et de réception d'appels serait très réducteur. Les fonctions originelles ont évolué et sont même, dans certains cas, largement dépassées. Pratiquement donc, on remarque qu'en soi, les TIC sont des leviers d'investissement comme le Conseil des Ministres de l'UEAC voudrait le souligner[39].

---

[36] FRANCK (M.), Allocution d'ouverture du colloque, *Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux*, *op. cit.*, p. 4.

[37] Parlant de l'importance des TIC, un auteur relève que « *L'internet apparaît comme le point focal des principaux enjeux de développement du troisième millénaire* ». Cf. MAYÉ ASSOKO (H.), *La régulation des réseaux numériques par le contrat*, Thèse de Doctorat, Université de Toulouse I, novembre 2006, p. 11.

[38] KOFI ANNAN, Discours de présentation du Groupe de Travail de l'ONU « Technologies de l'information - UN-ICT Task Force- », 20 novembre 2001, http://www.unicttaskforce.org/.

[39] Il ressort en effet du Préambule du Projet de Directive relative au Commerce électronique dans la CEMAC que : « *sur le plan socio-économique, le recours aux technologies de l'information et de la communication pour réaliser des transactions électroniques est un facteur de développement considérable, qu'il convient de soutenir par l'adoption d'un cadre normatif approprié* ».

B- LES TIC APPLIQUÉES AUX ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

11. L'un des domaines où la contribution des TIC se fait le plus ressentir, c'est le commerce, et dans ce cas, on parle de commerce électronique. Bien que très utilisée, et objet de beaucoup d'études, cette notion, rendue publique pour la première fois par celui qui était alors vice-Président américain, AL GORE[40], ne bénéficie cependant pas d'une définition unanime. Cette situation est principalement due au nombre de marchés et d'acteurs sur les réseaux numériques et à l'évolution rapide de leurs rapports complexes. En effet, « *ses formes multiples traduisent toutes les difficultés que rencontrent ceux qui tentent de le circonscrire* »[41]. Cependant, au regard de la place fondamentale de cette notion dans la présente étude, la nécessité de délimiter son contenu s'impose. À cette fin, l'on partira de quelques propositions déjà formulées par certains auteurs ou certains organismes.

12. Pour un auteur, « *le commerce électronique c'est le processus de numérisation partielle des opérations commerciales* »[42]. Malgré sa clarté, cette définition parait bien limitée dans la mesure où l'auteur n'a envisagé que la « *numérisation partielle des opérations commerciales* » alors que dans certains cas, toute l'opération commerciale peut être numérisée. Il en est ainsi d'un contrat de téléchargement suivi d'un paiement par monnaie virtuelle.

Allant un peu plus loin, l'Association Française de la Télématique Multimédia (AFTEL)[43] propose deux définitions du commerce électronique, l'une dite restreinte[44], et l'autre qualifiée d'extensive[45]. L'on remarque que, même si ces définitions divergent

---

[40] PIETTE-COUDOL (T.), ''Convention cadre pour le commerce électronique: Commentaires et Contrats'', in *Cybernews*, vol. 2, n° 1 (printemps 1996), www.lexelectronica.com.

[41] Commission Économique pour l'Afrique, Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives, ECA/SRDC-CA/ICE/XIX/01/PD/02, p. 4.

[42] RALLET (A.), ''Le commerce électronique et l'allocation urbaine des activités commerciales'', in *Revue économique*, Année 2001, vol. 52, n° 1, pp. 267 – 288. www.persée.fr.

[43] AFTEL, *internet, les enjeux pour la France*, édition 1998, p. 85.

[44] « *Dans sa définition restreinte, le commerce électronique désigne l'ensemble des échanges commerciaux dans lesquels l'achat s'effectue sur un réseau de télécommunications. Le commerce électronique recouvre donc aussi bien la simple prise de commande que l'achat avec paiement, et concerne autant les achats de biens que ceux de services, qu'ils soient eux-mêmes directement consommés en ligne (services d'informations, jeux...) ou non* ».

[45] « *Dans sa définition plus extensive, on peut inclure dans le "commerce électronique" l'ensemble des usages commerciaux des réseaux, y compris ceux dans lesquels une entreprise ne fait que présenter ses produits, la commande s'effectuant hors ligne* ».

en certains points, elles semblent, toutes, retenir deux critères essentiels : les technologies utilisées et les activités exercées.

13. S'agissant des technologies utilisées dans le commerce électronique, il faut relever que si l'internet[46] se présente comme son support privilégié[47], il n'en est pas l'unique. Certes, l'internet touche tous les secteurs d'activités. Mais pour autant, la doctrine observe que lorsque l'on parle de commerce électronique, le phénomène ne peut se réduire au seul réseau de l'internet[48]. D'ailleurs, avant l'internet[49], la première forme du commerce électronique, en l'occurrence, l'EDI[50] utilisait le Minitel[51]. De nos jours, la catégorie des TIC renvoie à un nombre élevé et sans cesse croissant de

---

[46] Le mot « *internet* » est composé du préfixe « *inter* » qui indique un lien entre deux éléments et le mot « *net* » qui est traduit de l'anglais par « *réseau* ». L'internet est alors un lien entre deux ou plusieurs réseaux informatiques, « *un réseau de réseaux* ». En fait, il s'agit du plus grand réseau informatique de la planète. Il regroupe une multitude de réseaux régionaux, gouvernementaux et commerciaux. Tous ces réseaux communiquent entre eux par le biais du même protocole de communication, TCP/IP (transmission Control Protocol Over internet Protocol). La connexion est effectuée par l'utilisation de lignes, des câbles, et des satellites comme joint des lignes téléphoniques. Cf. HAFNER (K.), *Where Wizards Stay Up Late : The Origins of the internet*, New York, Touchstone, 1996, p. 12; NAUGHTON (J.), *A Brief History of the Future: From Radio Days to internet Years in a Lifetime*, New York, WoodStock, 1999, p. 140.
Aussi appelé « *Net* » ou « *web* » ou encore « toile », le terme internet désigne le plus grand réseau de communication par ordinateurs au monde. Il recouvre quatre types de besoins : la recherche/consultation de sites par le biais de votre navigateur (HTTP), la messagerie électronique (POP et SMTP), la messagerie instantanée (Chat) et l'échange de fichiers (FTP). Cf. BOULANGER (J), *Lexique informatique pour débutants*, p. 32, www.jeanboulanger.com.
Pour illustrer sa singularité, un auteur précise que « *le réseau Internet se caractérise par sa dimension internationale, voire universelle* », ce qui fait de lui « *le réseau mondial d'interconnexion informatique* » ou simplement le « *réseau de réseaux numériques* ». Cf. MAYÉ ASSOKO (M.), *La régulation des réseaux numériques par le contrat*, Thèse précitée, p. 12.
Sur le plan terminologique, même si un certain courant conseille de ne pas précéder le terme « internet » du « *l'* » (cette position est celle de l'Office de la Langue Française du Québec in *Vocabulaire d'Internet*, Office de la langue française, Montréal, 1995, p. 31), un auteur fait observer que le mot « internet » « *n'étant ni un nom propre (d'une divinité) ni une marque, mais un nom générique, doit recevoir comme tel un article (l'internet) et ne point être affublé d'une majuscule (exactement comme le téléphone, le télex, le minitel, la radio ou la télévision)* ». Cf. LE TOURNEAU (P.), *Contrats informatiques et électroniques*, 4ème édition, Dalloz, 2006, n° 04. Cette position emportant notre conviction, l'utilisation du « l' » devant le vocable internet sera généralement observée dans le cadre de cette étude.

[47] Par exemple, la définition proposée par l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication du Cameroun (ANTIC) met à titre principal l'accent sur l'internet. Elle définit le commerce électronique comme : l'« *Activité économique impliquant les consommateurs, les fabricants, les distributeurs, les prestataires de services et les intermédiaires utilisant les réseaux tels que internet pour mener des affaires* ».

[48] CAPRIOLI (É. A.), ''Aperçus sur le droit du commerce électronique (international)'', http://www.caprioli-avocats.com. Cet auteur qualifie de « *restrictive* » la définition du commerce électronique proposée par BARBRY selon laquelle le commerce électronique serait « *l'ensemble des relations commerciales entre internautes* », le terme « *internaute* » faisant référence aux seuls utilisateurs d'internet.

[49] L'utilisation de ce terme est relativement récente. Il est vrai que l'internet est né aux États-Unis dans les années soixante, mais le célèbre ''*world wide web*'' – la forme la plus connue de l'internet – est né en Europe (en Suisse) au milieu des années quatre-vingt-dix.

[50] EDI signifie Échange de Documents Informatisés.

[51] Abréviation de Médium Interactif par Numérotation d'Informations Téléphoniques. Il s'agit d'un terminal de consultation de données vidéotex lancé par France Télécom en 1983. Cf. DROMARD (D.), et SERET (D.), ''Réseaux informatiques'', in *Encyclopaedia Universalis*, 2010.

technologies, toutes pouvant être appliquées au monde économique. C'est sans doute pourquoi certains auteurs évitent dans leurs définitions de nommer ou de lister les technologies utilisables. Observant cette précaution, un auteur relève que « *le commerce électronique s'entend de l'utilisation conjointe de tous les vecteurs et de tous les supports mis à disposition par les télécommunications, en vue de développer le commerce de l'entreprise, aux niveaux national et international* »[52]. Le commerce électronique serait alors réalisé chaque fois que les parties ont dû recourir à une technologie de communication électronique[53] pour le réaliser entièrement ou partiellement. C'est donc à juste propos qu'un autre auteur relève que « *la voie électronique peut apparaître comme le substrat de la notion de commerce électronique* »[54]. Mais alors, toutes les activités sont-elles concernées ?

14. Les différentes définitions qui sont proposées ne se prononcent pas toutes sur cet aspect. *A priori*, certains auteurs soutiennent que, ne sont contenues dans la notion de commerce électronique que les opérations et activités qui, classiquement, relèvent du monde commercial[55]. Selon cette conception, on dira tout simplement que c'est le canal qui a changé. Ainsi, le commerce électronique consisterait pour l'essentiel, en l'accomplissement, par voie électronique, des actes de commerce par nature[56], lesquels sont essentiellement constitués des opérations d'entremise dans la circulation

---

[52] MPONDO MBOKA (G.), ''Le droit de la preuve et le commerce électronique'', *in Revue camerounaise de droit et de science politique JANUS*, n° 2, janvier 2007, p. 125. Voir aussi PIETTE-COUDOL (T.), ''Convention cadre pour le commerce électronique: Commentaires et Contrats'', in *Cybernews*, vol. 2, n° 1 (printemps 1996), www.lexelectronica.com. Pour cet auteur, le commerce électronique « *c'est l'utilisation combinée et optimale de toutes les technologies de la communication disponibles pour développer le commerce de l'entreprise* ».

[53] L'article 2 de la loi camerounaise 2010-021 régissant le commerce électronique le définit comme une « *activité économique par laquelle une personne effectue ou assure par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ».

[54] CAUSSE (H.), ''Le contrat électronique, technique du commerce électronique'', in Hallouin (J.-C.) et CASSE (H.), *Le contrat électronique, au cœur du commerce électronique / Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial*, LGDJ, Collection de la Faculté de Droit et des sciences sociales, 2005, p. 18.

[55] C'est dans cette lignée que s'inscrit une étude récente réalisée sous l'égide du Sénat Français. Selon cette étude, le commerce électronique est d'abord du commerce, « q*ui consiste à acheter des produits à des tiers pour la revente en état* ». Cf. BOURDIN (J.), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion*, Rapport d'information au Sénat n° 272 (2011-2012) sur le *commerce électronique*, déposé le 18 janvier 2012, version Html, http://www.senat.fr/rap/r11-272/r11-272_mono.html.

[56] D'après l'article 2 de l'Acte Uniforme OHADA portant Droit Commercial Général modifié, le commerçant est celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession. L'acte de commerce par nature étant lui-même défini à l'article 3 comme l'acte par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire.
Sur le fondement de ces deux textes, l'on peut définir l'activité commerciale comme celle consistant en l'entremise dans la circulation des richesses avec l'intention pour celui qui l'exerce, d'en tirer un profit pécuniaire.

des richesses, des opérations de spéculation et dans une certaine mesure des opérations de production[57].

15. Un autre courant, à l'allure majoritaire, conseille, pour la définition des activités relevant du commerce électronique, de ne pas « *s'en tenir au terme commerce stricto sensu* »[58]. Dans cette logique, « *la notion de commerce électronique ne se limite pas aux transactions commerciales et aux opérations de consommation, c'est-à-dire ''Business to Business'' et ''Business to Consumers'' et à leurs paiements en ligne. À l'analyse, il conviendrait d'y adjoindre les relations que les entreprises entretiennent avec les administrations et les collectivités locales (...) car, c'est l'entreprise qui est la clé de voûte. Ainsi, il ne faut pas s'en tenir au terme commerce stricto sensu. Ceci nous conduit à définir le commerce électronique comme l'ensemble des communications des entreprises par le biais des réseaux numériques. Ce qu'il faut exclure : ce sont les messages qui relèvent de la correspondance privée et de la communication* »[59]. Cette perception de la notion de commerce électronique est aussi celle qui a été proposée par le Rapport Lorentz en France. Selon ce rapport en effet, « *le commerce électronique peut être sommairement défini comme l'ensemble des échanges numérisés, liés à des activités commerciales, entre entreprises, entre entreprises et particuliers ou entre entreprises et administrations* »[60]. Ceci étant, ne doivent pas être seulement vus comme relevant du commerce électronique les échanges commerciaux entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs, mais aussi ceux ayant lieu entre les entreprises et les administrations.

16. Sur le plan textuel, les législateurs, en général, se sentent plus séduits par la conception extensive de la notion de commerce électronique. En France, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, allant dans le même sens que

---

[57] Dans cette logique, certains auteurs relevaient déjà que, dans son sens juridique, l'expression « *commerce* » comprend « *non seulement les opérations de circulation et de distribution des richesses que font les commerçants, mais aussi les opérations de production que font les industriels et les opérations financières que font les banquiers* » à l'exclusion des « *opérations agricoles ou artisanales et les productions de l'esprit* ». Cf. DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), Traité de droit commercial, T. 1, 4ème édition, Montchrestien, 1988, n° 5, p. 21.

[58] CAPRIOLI (E. A.), Aperçus sur le droit du commerce électronique (international), *op. cit.*

[59] CAPRIOLI (E. A.), Aperçus sur le droit du commerce électronique (international), *op. cit.*

[60] LORENTZ (F.), *Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, janvier 1998, http://www.finances.gouv.fr.

la Directive européenne sur le commerce électronique, définit le commerce électronique comme « *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* »[61]. C'est en des termes sensiblement identiques que le Conseil des ministres de l'UEAC[62] et le législateur camerounais[63] ont défini le commerce électronique. Ainsi, sont visés dans cette définition non seulement les activités considérées habituellement comme commerciales mais aussi celles qui sont liées à la fourniture d'informations en ligne, des communications électroniques et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations. Aussi, alors que le commerce au sens classique est essentiellement une activité spéculative[64], le commerce électronique quant à lui, intègre des activités réalisées à titre gratuit. À ce titre, le projet de Directive communautaire pose clairement que « *le fait que la rémunération du service ne soit pas nécessairement acquittée par le destinataire de celui-ci est sans incidence sur la qualification* »[65].

17. Ces explications permettent d'observer que la notion de commerce électronique[66], en bien de points, est différente de l'activité commerciale au sens classique[67]. En regardant de près, on constate que, si au départ c'est le canal, c'est-à-dire l'utilisation des TIC qui permet de distinguer le commerce traditionnel du commerce électronique, on se rend bien compte après analyse que plusieurs autres éléments entrent dans le champ de cette distinction. Par exemple, si la distinction qu'on rencontre souvent dans le commerce traditionnel, relativement au statut des parties, a son équivalence dans

---

[61] Voir art. 14 Loi française pour la confiance dans l'économie numérique.

[62] Cf. art. 1er, Projet de Directive CEMAC relative au Commerce électronique. Ce texte entend par Service de la société de l'information « *toute activité économique, accomplie à distance et par voie électronique, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations* ».

[63] Cf. art. 2, Loi camerounaise n° 2010-21 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique. D'après ce texte, le commerce électronique c'est l'« *activité économique par laquelle une personne effectue ou assure par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ».

[64] Dans la définition du commerçant consacrée en droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), il apparait clairement que cette qualité dépend de l'accomplissement des actes de commerce par nature, lesquels sont essentiellement des actes réalisés « *avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire* ». Cf. art. 3, AUDCG Modifié.

[65] Cf. art. 1er *in fine*, Projet de Directive CEMAC relative au Commerce électronique.

[66] Le projet de Directive CEMAC parle plutôt de ''Service de la société de l'information'' qu'il définit comme « *toute activité économique, accomplie à distance et par voie électronique, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations* ». Cette définition étant quasi identique à celle donnée au commerce électronique par d'autres législations notamment celle européenne et celle camerounaise, et pour une question de cohérence dans les développements, c'est l'expression ''commerce électronique'' qui sera généralement utilisée.

[67] Voir supra, n° 14.

le commerce électronique[68], ce dernier, en revanche, connaît une variante qui est ignorée du commerce traditionnel[69]. Bien plus, il apparaît que les activités comprises sous la notion de commerce électronique ne sont pas toujours des activités exercées avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire[70]. C'est sans doute pour prendre en compte ces particularités que le législateur a simplement parlé d'activité économique, laquelle n'intègre pas forcément une dimension spéculative. Le caractère étendu de la notion d'activité économique, laquelle tend d'ailleurs à devenir le critère du droit commercial[71], par rapport à celle d'activité commerciale, permet de prendre en compte tous les échanges qui se nouent grâce aux TIC. Finalement, et au regard de tous les développements qui précèdent, par commerce électronique, nous entendons, dans le cadre de la présente étude, toute activité économique, accomplie par voie électronique, avec ou sans intention de spéculer, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations.

18. Ainsi défini, il convient de relever que le commerce électronique est une activité en plein essor. Ce développement fulgurant serait dû à deux facteurs principaux à savoir, d'une part, la convergence de métiers traditionnellement cloisonnés tels que l'informatique, les télécommunications, l'audiovisuel et, d'autre part, la révolution des TIC résultant de l'interconnexion au niveau mondial des ordinateurs, des téléphones et de télévisions, ayant pour conséquence la démultiplication de la capacité de transmission

[68] Ainsi, la distinction classique vente entre professionnels et vente aux consommateurs se traduit dans le commerce électronique par la distinction entre commerce électronique ''B to B'' (Business to Business) et celui ''B to C'' (Business to Consumers).

[69] Dans le commerce traditionnel, on ignore le commerce entre consommateurs, dont les contrats sont purement civils, pourtant le commerce électronique connaît une variante ''C to C'' (Consumers to Consumers).

[70] Dans la loi régissant le commerce électronique au Cameroun, le législateur a proposé une définition d'activité commerciale adaptée au commerce électronique. Contrairement à l'OHADA qui a fait de la spéculation un critère essentiel de l'activité commerciale, le législateur national, n'a retenu, dans le cadre de la loi sur le commerce électronique, que le critère de l'échange en ignorant celui de la recherche du profit. Ainsi, d'après l'article 2 de la loi camerounaise n° 2010/21 régissant le commerce électronique, il résulte qu'au sens de la présente loi et des textes pris pour son application on entend par activité commerciale « *toute activité de production et d'échange des biens et services exercée sur la base de supports matériels ou électroniques, par toute personne physique ou morale conformément aux dispositions des textes à caractère législatif, réglementaire ou conventionnel régissant le commerce* ».

[71] D'après un auteur, « *le droit commercial est celui qui régit le monde des échanges économiques*, Cf. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) et BLARY-CLÉMENT (É.), Droit commercial, 10ème édition, Domat Droit privé, Montchrestien, 2010, p. 1.

de l'information[72]. Au-delà de ces facteurs, il faut surtout relever le fait que les TIC soient devenues plus accessibles et moins encombrantes.

19. À cet environnement technologique favorable, il y a lieu de préciser et d'insister sur le rôle joué par les Institutions pour promouvoir le développement de cette activité. Dans les pays occidentaux, les acteurs politiques ont vite compris le rôle que le commerce électronique pouvait jouer dans le développement économique. Des études ont été menées sur les plans national[73], communautaire[74], et international afin de permettre aux entreprises et aux gouvernements de tirer le plus grand profit de cette activité. Ces études ont généralement démontré que la plupart d'entreprises ayant investi dans le commerce électronique ont vu leurs chiffres d'affaires évoluer. Au même moment, le volume d'affaires réalisé à travers le commerce électronique grandissait et continue de grandir de façon notable[75]. En effet, les entreprises qui ont compris d'emblée le caractère irréversible du changement ont alors saisi les nouvelles opportunités d'affaires que les TIC offraient par leur pouvoir de toucher et de satisfaire rapidement de nouveaux types de clients internautes[76]. De par ses caractéristiques, le commerce électronique serait même capable de résister à certains aléas économiques à l'instar de la crise financière qui sévit actuellement. D'ailleurs, même au cœur de cette crise, le commerce électronique poursuit une robuste croissance à deux chiffres, ce qui fait de lui « *un secteur si bien portant malgré la crise* »[77] .

---

[72] IRVING (L.), ''Les risques et avantages du commerce électronique'', *Revue électronique de l'USIA*, vol. 2, n° 4, octobre 1997.

[73] À titre d'illustration, on peut citer le Rapport Lorentz en France (janvier 1998) et le Rapport Magaziner aux États-Unis d'Amérique (juillet 1997). Au Cameroun, on peut citer l'étude réalisée par l' ANTIC portant que la stratégie nationale de développement des technologies de l'information et de la communication, septembre 2007, www.antic.cm.

[74] À titre d'illustration, on peut citer les études réalisées dans le cadre du projet régional de réseau de transmission à fibre optique appelé « Central Africa Backbone (CAB) », financé par la Banque Mondiale et donc la première phase concerne le Cameroun, le Tchad et la République Centrafricaine. Pour plus de détails, consulter les sites www.cemac.int, www.minpostel.gov.cm.

[75] En France, au cours du 1er trimestre 2008, le chiffre d'affaires de l'ensemble des sites marchands a progressé de 30 %, pour atteindre 4,8 Mrds €. http://www.jura.cci.fr/SITES/jura.cci.fr/IMG/pdf/Chiffres-2008-commerce-electronique-2.pdf. Une petite comparaison : En 1998, un chiffre d'affaires de l'ordre de 150 millions de francs était réalisé pour toute l'année.
Toujours en France, « *les achats électroniques de biens et services par les particuliers sont estimés à 37 milliards d'euros en 2011, dont sept pour les courses de Noël. Ils ont triplé en 5 ans* ». Cf. BOURDIN (J.), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion, op. cit.*

[76] Voir EGLIN (B.), ''Le grand virage du commerce électronique'' In *Le Monde*, 20 décembre 2000.

[77] BOURDIN (J.), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion, op. cit.*

20. De tout ce qui précède, transparaît en filigrane une certaine relation entre le commerce électronique et l'idée de marché commun. En effet, le commerce électronique, grâce aux supports technologiques sur lequel il s'appuie, banalise les frontières et relativise les notions de temps et de distance, surmontant ainsi « *le handicap structurel de la distanciation et des prestations différées* »[78]. Par ces effets, il concourt à rapprocher les individus et les lieux physiquement distants, et de ce fait, contribue de façon positive au développement du marché commun de la CEMAC. L'on gardera toujours à l'esprit que le marché commun prôné par le Traité de la CEMAC vise, à terme, la suppression de frontières entre les différents États membres et leur regroupement au sein d'un espace unique. Or, le commerce électronique permet assez aisément, grâce aux propriétés des réseaux numériques, de parvenir à de telles situations. Relativement aux principes de libre circulation, même si les personnes ne peuvent pas circuler dans l'environnement électronique, les capitaux, les marchandises et les services pourront, quant à eux et dans certains cas, s'affranchir totalement des tracasseries matérielles en profitant de la fluidité des autoroutes de l'information. Par ailleurs, si l'on note que dans bien de cas, les hommes ne cherchent à circuler que pour accompagner les marchandises ou pour aller prester les services, on observera que dans la mesure où les biens et services pourront emprunter le canal numérique en toute sécurité, le besoin de circulation des hommes pourra diminuer en conséquence, et du coup, la portée des tracasseries matérielles se relativisera.

21. Il y a donc un intérêt majeur à favoriser le développement du commerce électronique dans la zone CEMAC dès lors qu'il peut contribuer à l'émergence du marché commun prôné par le Traité. Cette contribution est tributaire de la volonté politique des autorités communautaires[79], du développement des infrastructures et de la définition d'un cadre juridique harmonisé tant des activités relevant du secteur des TIC que des activités économiques électroniques.

22. Dans le contexte propre à cette étude, favoriser le développement du commerce électronique, c'est avant tout le doter d'un cadre juridique, c'est-à-dire,

---

[78] *Idem*.

[79] Il est à noter que les différents séminaires organisés par les autorités communautaires et nationales sur les TIC témoignent dans une certaine mesure la volonté des autorités de vulgariser et d'apprivoiser ces outils.

définir un ensemble de règles propres aux acteurs et activités relevant du commerce électronique. En effet, comme il ressort clairement d'un rapport réalisé sous la tutelle de l'ARCEP[80], portant sur l'étude de l'harmonisation du cadre juridique des TIC en Afrique, « *l'absence d'un cadre réglementaire commun des télécommunications freine le développement et grève la compétitivité et l'intégration économique, alors qu'une telle harmonisation aurait des impacts économiques importants dans la zone puisqu'elle renforcerait l'attractivité des territoires en créant les conditions d'un marché intégré des télécommunications et en consolidant la confiance des investisseurs* »[81].

III- LA QUESTION DE LA RÉGLEMENTATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

23. Si la nécessité de doter le commerce électronique d'un cadre juridique ne pose pas de problème en soi, la question des modalités de cette réglementation suscite souvent des débats. Ces débats tournent autour du cadre de la réglementation (B), de la technique de la réglementation avec en toile de fond la question de l'opportunité de l'intervention des pouvoirs publics (A). La solution à retenir à la suite de ces questions doit veiller à être cohérente avec la philosophie générale poursuivie qui est celle de l'intégration économique des États membres.

A- LA QUESTION DE LA TECHNIQUE DE RÉGLEMENTATION

24. La réglementation renvoie essentiellement à l'action de réglementer, c'est-à-dire l'assujettissement d'une matière ou d'un secteur d'activité à un ensemble de règles juridiques[82]. Aussi, elle peut renvoyer à l'ensemble des règles, des prescriptions, des indications et autres textes juridiques qui régissent une activité sociale ou qui concernent un domaine particulier[83]. Selon la doctrine, « *elle est une technique par laquelle une autorité ayant compétence et légitimité impose des valeurs par le biais des normes qu'elle édicte* »[84]. Ainsi comprise, la réglementation peut procéder de plusieurs techniques globalement classées en fonction du rôle que doivent jouer les pouvoirs

[80] L'Autorité (française) de Régulation des Communications Électroniques et des Postes.
[81] VÈVE (É.), *Étude relative à l'harmonisation réglementaire des télécommunications en Afrique francophone subsaharienne*, Rapport pour l'ARCEP, p. 7, www.arcep.fr.
[82] Voir en ce sens, *Le petit Robert de la langue française 2011*, version DVD.
[83] Cette définition est proposée sur le site www.toupie.org.
[84] Cf. WERY (E.), ''Les phénomènes d'autorégulation sur le Web'', *op. cit.*, p. 23.

publics. En doctrine, on discute en effet sur le point de savoir si ceux-ci doivent intervenir pour réglementer le commerce électronique ou alors s'il faut laisser au marché et à ses acteurs cette précieuse tâche.

25. Pour les partisans de l'effacement ou plutôt de l'amenuisement du rôle des pouvoirs publics, plusieurs raisons sont avancées. Ils soutiennent d'abord que l'internet devrait créer un monde se traduisant par l'absence d'interventions publiques[85]. À ce titre, ses règles ne devraient découler que des seuls usages et tendances du marché. Ensuite, et c'est peut-être une question qui relève de la pratique, ils soulignent qu'étant donné que le commerce électronique s'appuie sur des technologies qui évoluent très rapidement en se complexifiant, il serait extrêmement difficile d'admettre qu'il soit réglementé par les pouvoirs publics dont la lourdeur et la lenteur des démarches législatives et réglementaires ne permettent pas de s'adapter rapidement à l'évolution technologique des outils du commerce électronique[86]. Pour ces auteurs, « *la vitesse de l'innovation dans le domaine du commerce électronique est un perpétuel défi à la lenteur de l'activité régulatrice des autorités gouvernementales et des forums de négociation multilatéraux* »[87]. Ils concluent que la meilleure façon d'encadrer le commerce électronique, c'est de laisser ses acteurs définir eux-mêmes les règles du jeu par le mécanisme de l'autorégulation. Toujours d'après ceux-ci, les méthodes des autorités publiques sont inaptes à s'appliquer avec efficacité à un objet mouvant, changeant et finalement instable. Bien plus, ils soutiennent que la pression législative pourrait avoir des effets négatifs sur l'innovation technologique et le décollage des entreprises dans le commerce électronique[88]. Tous ces arguments ont été pris en compte dans la stratégie

---

[85] DU MARAIS (B.), ''Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité'', in Revue *française d'administration publique* no 109, 2004, p. 84 http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_109&ID_ARTICLE=RFAP_109_0083. L'auteur rappelle en effet cette conception de l'internet pour démonter ses limites et la critiquer.

[86] Voir WERY (E.), ''Les phénomènes d'autorégulation sur le Web'', *op. cit.*, p. 24. Cet auteur relève que « … *le modèle de régulation par la réglementation étatique a souvent montré ses limites sur l'internet. Celles-ci résultent principalement de trois causes : (i) sur internet la circulation de l'information est instantanée et souvent internationale, là où le droit international a été conçu au fil des siècles sur la base du sacro-saint principe de souveraineté nationale ; (ii) le processus législatif démocratique est souvent lent et inadapté à un réseau en perpétuelle évolution ; (iii) l'ubiquité de l'internet se moque du champ d'application territorial strictement limité des normes édictées unilatéralement par un État ou un groupe d'États* ».

[87] LAPIERRE DONZEL (C.), ''L'Organisation Mondiale du Commerce et le commerce électronique'', in *Accomex CCIP*, janvier-février 2000, n° 31, p. 56.

[88] Il est permis, au moins sur le plan théorique, de penser que l'absence de législation crée une situation propice au développement des NTIC dans la mesure où il n'y aura pas un « *carcan* » ou un « *corset* » de règles juridiques rigides enfermant les NTIC alors qu'il s'agit d'un domaine en constante mutation et qui a besoin, pour ce faire,

américaine de régulation du commerce électronique comme l'affirme un diplomate américain en ces termes : « *aux États-Unis, nous privilégions des systèmes d'autorégulation* »[89]. En effet, les États-Unis prônent l'autorégulation[90] par les entreprises privées, l'intervention gouvernementale se limitant à contrôler les faiblesses du marché.

Concrètement, en tant que technique de réglementation, l'autorégulation consiste en l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes[91], de règles qu'ils ont formulées - *sous la forme, par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques* - et dont ils assurent eux-mêmes l'application[92]. Autrement dit, c'est un mode de réglementation dans lequel la création de la norme, son application et la mise en œuvre de la sanction relèvent entièrement ou partiellement du pouvoir des destinataires de ladite norme. Ce mode offrirait quelques avantages au niveau de la souplesse du processus de création de la norme et de l'adhésion des destinataires[93]. En revanche, il apparaît que ce mode de régulation se heurterait à beaucoup de limites, au rang desquelles la privation à la règle de droit de son caractère contraignant. Comme risque, une telle approche conduit à donner à l'internet et au commerce électronique une

---

d'une grande marge de manœuvre. Cf. SAWADOGO (F. M.), ''Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina et de l'Afrique de l'ouest'', Communication à la *Conférence régionale africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement*, organisée conjointement par la CNUCED et le Ministère du tourisme, du commerce et de l'artisanat de la Tunisie, à Tunis du 19 au 21 juin 2003.

[89] PEARSON (R.), Communication au colloque *Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux*, *op. cit.*, p. 6.

[90] Il ressort du document d'orientation américain de la politique de réglementation du commerce électronique que, « *Commerce on the internet could total tens of billions of dollars by the turn of the century. For this potential to be realized fully, governments must adopt a non-regulatory, market-oriented approach to electronic commerce, one that facilitates the emergence of a transparent and predictable legal environment to support global business and commerce* ». Cf. CLINTON (W. J.) et GORE (A.), Framework For Global Electronic Commerce, Washington, D.C., 1997, http://clinton4.nara.gov/WH/New/Commerce/read.html.

[91] Ce mode de régulation comporte lui-même au moins deux grandes variantes : l'autorégulation unilatérale où une entité décide de façon unilatérale d'une ligne de conduite qu'elle s'engage à respecter ; l'autorégulation multilatérale où en revanche, plusieurs personnes mettent au point un système régulateur, espérant que les contraintes qu'elles se proposent de respecter seront compensées par les avantages que chaque membre et tout le groupe espèrent retirer du système. Voir, WERY (E.), *op. cit.*, pp. 27 et suiv.

[92] Du MARAIS (B.), ''Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité'', *op. cit.*, p. 84.

[93] « *Selon ses adeptes, l'autorégulation offrirait une plus grande efficacité. Tout d'abord elle permet une bonne adéquation entre le champ de la régulation et le champ géographique du réseau. En effet, les opérateurs sont eux-mêmes transnationaux et certains maîtrisent l'accès final au grand public. Ensuite, le respect des chartes devrait être facilité par le fait qu'elles sont issues de négociations entre ceux-là même qui doivent les appliquer. Enfin, leurs modes d'adoption et de révision sont plus rapides et plus souples que le processus législatif* ». Cf. Du MARAIS (B), ''Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité'', *op.cit.*, p. 84.

certaine image, celle d'un monde incertain, peu sécurisé, instrumentalisé où l'artifice technique déploie un ordre qui lui est propre, sans ascèse et sans éthique. C'est le sens de la formule selon laquelle, « *les réseaux de communication font violence aux territoires* »[94]. Toutes choses qui plaquent une représentation du monde technique sur le monde réel physique et humain[95].

Aussi, abandonner le commerce électronique dans ses différents aspects au pouvoir régulateur des entreprises, c'est, dans une certaine mesure, créer un monde où les plus forts auront toujours raison, c'est « *créer une zone de non-droit, ou pire encore une zone de faux-droit dans laquelle le droit ne serait qu'apparent parce qu'il serait édicté précisément par ceux qui en sont les destinataires, avec le risque de voir ceux-ci privilégier un intérêt personnel au détriment de l'intérêt général* »[96].

Les entreprises n'ont en général que le souci de rentabiliser leurs investissements, et l'on est en droit de douter, si le pouvoir régulateur leur était transféré, qu'elles puissent sérieusement se soucier des intérêts des consommateurs et de la protection des données personnelles. L'analyse le révèle très bien, les pays qui ont opté pour le modèle de régulation étatique sont aussi ceux où les données personnelles sont les plus protégées[97]. Bien plus, même si certains exemples d'autorégulation ont réussi, il apparaît que « c*e n'est pas généralement par angélisme que les acteurs concernés se montrent ainsi capables de s'imposer des limites, mais plutôt par crainte de voir autrement le législateur prendre sa plume et leur imposer un cadre plus contraignant encore* »[98]. En prenant en compte ces critiques, et au regard de l'objectif poursuivi qui est celui de l'intégration économique des États membres, il apparait que la position des partisans de l'autorégulation ne peut être encouragée dans la Zone CEMAC. En effet, les entreprises privées ne présentent pas suffisamment de garantie pour se voir confier la tâche de définir les règles devant encadrer le marché commun numérique de la CEMAC.

---

[94] GUILLAUME (M.), *L'empire des réseaux*, Paris, Éd. Descartes & Co, 1999.
[95] DELMAS (R.), ''L'internet, gouvernance d'un monde incertain'', in *Revue française d'administration publique*, 2004/2 - n°110, P.220, http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_110&ID_ARTICLE=RFAP_110_0217.
[96] WERY (E.), ''Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web'', *op. cit.*, p. 24.
[97] Voir à ce sujet, DÉTRAIGNE (Y) et ESCOFFIER (A.-M.), Rapport d'information fait au Sénat relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques, mai 2009, www.senat.fr.
[98] *Idem*.

26. En revanche, pour les partisans de l'intervention des pouvoirs publics dans la régulation du commerce électronique, le principal argument consiste à dire que le développement du commerce électronique dépend du niveau de confiance que l'internet et les autres technologies utilisées à cette fin garantissent tant aux investisseurs qu'aux consommateurs. Or, à l'analyse, seule l'intervention de l'État peut garantir une telle confiance. Contrairement aux autres approches - *jurisprudentielles*[99] *ou professionnelles* - qui ne peuvent se développer que sur la base de litiges, seule l'intervention législative permet de poursuivre un objectif préventif et d'éviter précisément la naissance de litige. En plus, étant dans une logique communautaire où l'harmonisation des règles juridiques est un objectif prioritaire, seule l'intervention du législateur communautaire peut rassurer les divers acteurs du commerce électronique et renforcer le sentiment d'appartenir à un marché commun.

L'intervention de l'État et des pouvoirs publics communautaires est donc indispensable au développement harmonieux du commerce électronique. En effet, « *la demande de confiance de la part des internautes ou des ''cyber- fournisseurs'' se matérialise par une demande croissante de réglementation* »[100]. Or, le besoin de réglementation signifie besoin d'intervention étatique[101]. Il est aussi illusoire de penser, comme certains le disent, que les États n'auront aucune autorité sur le réseau mondial[102]. Tant que les acteurs du commerce électronique auront un lien les rattachant à un État, celui-ci pourra et devra même trouver les moyens d'exercer un pouvoir sur eux. D'ailleurs, les pays ou les zones dans lesquels les pouvoirs publics ne sont pas encore intervenus en vue de réglementer le commerce électronique, connaissent encore d'énormes difficultés à tirer avantage de cette activité. C'est notamment le cas de la CEMAC.

---

[99] Dans le contexte de la CEMAC, il serait difficile et critiquable de se fier à la jurisprudence pour assurer la sécurité sur les réseaux. Les raisons sont entre autres « *le fait que les décisions de justice soient très rarement publiées* », ce qui « *empêche de connaître la jurisprudence sur telle ou telle question de droit* ». TCHAKOUA (J.-M.), Introduction générale au droit camerounais, Presses de l'UCAC, 2008, p. 95.

[100] Du MARAIS (B.), ''Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité'', *op. cit.*, p. 86.

[101] DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) et BLARY-CLÉMENT (É.), *Droit commercial*, 10ème édition, Domat Droit privé, Montchrestien, 2010, p. 16. Pour ces auteurs, « *il peut paraître hérétique de parler de sources de droit d'origine privée, le droit émanant, par essence, de l'autorité publique. À strictement parler, le droit n'existe qu'à partir du moment où la règle dont il s'agit est susceptible de sanction de la part des autorités publiques* ».

[102] REIDENBERG (J. R.), ''Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules through Technology'', in *Texas Law Review* 76, 553 (1998).

Le rôle indubitable de l'État se situerait au moins à trois niveaux. D'abord, il faut garantir la sécurité que les règles et standards privés n'offrent pas. Ensuite, il est nécessaire d'encadrer les normes privées éventuelles afin qu'elles n'aboutissent pas à des positions privilégiées - *distorsion de concurrence* –. Enfin, l'État devra favoriser l'émergence de standards de résolution des litiges[103]. En fin de compte, il est aisé de soutenir que la définition du cadre juridique du commerce électronique doit incomber prioritairement aux autorités publiques communautaires. Dans le cadre de cette prérogative, ces autorités doivent tenir compte, entre autres, de deux exigences essentielles à savoir la souplesse et l'adaptabilité. Aussi, leur activité doit pouvoir coexister avec d'autres formes de régulation, et d'autre part, elle doit s'internationaliser[104].

27. Précisément, l'adaptation doit consister en la collaboration avec les autres formes de régulation. L'intervention étatique, dans sa forme classique, peut, pour certaines questions, ne pas être très adaptée au commerce électronique du fait tant de l'environnement très dynamique des technologies qui lui servent de support que des contraintes techniques et spatio-temporelles qui caractérisent les réseaux numériques. Ainsi, certaines études relèvent que le développement du commerce électronique dépend pour l'essentiel de la capacité soutenue des pouvoirs publics et des acteurs du commerce électronique à collaborer[105]. Dans ce cadre, les pouvoirs publics et les acteurs de la sphère privée doivent se concerter, ce qui aboutit à une sorte de corégulation. Cette notion « *s'analyse comme un lieu d'échange, de négociation entre les parties prenantes et les titulaires de la contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations ou en règles de droit* »[106]. En tant que technique de

---

[103] PRUM (A.), "La concurrence des droits devant le commerce électronique", Communication lors du Colloque CREDES - Université Nancy 2, 2000.

[104] WERY (E.), ''Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web'', *op. cit.*, p. 25.

[105] THERY (J.-F.) et FALQUE PIERROTIN (I.), Rapport d'étude au Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation Française, Coll. Études du Conseil d'État, 1998, pp. 8 et 168 et suiv www.ladocumentationfrançaise.fr. Il est soutenu dans ce rapport que « *la réglementation d'origine étatique doit désormais se combiner avec l'autorégulation des acteurs* » ; ARMINGAUD (C.-E.), *La part nécessaire de l'autorégulation dans le droit de l'internet*, Mémoire de Maîtrise Mention Droit Public, Université Paris X – Nanterre, 2003, p. 23 ; MAYÉ ASSOKO (H.), *La régulation des réseaux numériques par le contrat*, Thèse de Doctorat, Université de Toulouse I, novembre 2006, pp. 18 et suiv.
Pour cet auteur, « *la réglementation d'origine étatique doit désormais se combiner avec l'autorégulation des acteurs* ».

[106] CHAMPSAUR (P.), ''La corégulation en droit des communications électroniques'', in La lettre de l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes, Novembre-décembre 2008, p. 23.

régulation, elle est intéressante et efficace parce qu'elle favorise la concertation entre le secteur privé et les dépositaires du pouvoir de contrainte, ce qui permet de mieux articuler les atouts de l'autorégulation et ceux de la l'intervention étatique. Parce qu'ayant participé à l'élaboration de la règle, il est évident que tous les acteurs trouveront utile de la respecter parce qu'elle reflète leurs aspirations communes. C'est en cela qu'il est soutenu que la corégulation « *conduit souvent à un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes* »[107]. Cette stratégie suppose la définition des conditions favorables aux partenariats public-privé dont l'intérêt est de favoriser la participation du secteur privé tout en orientant son action vers des objectifs profitant à l'ensemble de la société[108].

28. Cependant, le domaine d'application de la corégulation doit être bien encadré. En effet, il n'est pas question que tous les aspects de la réglementation du commerce électronique relèvent de cette technique de régulation qui n'est « *adaptée qu'aux cas où des questions régaliennes ou des choix politiques importants ne sont pas en jeu* »[109].

B- LA QUESTION DU CADRE DE LA RÉGLEMENTATION

29. Concernant le cadre de la réglementation, le débat porte sur la dimension géographique du cadre juridique à mettre en place. Les technologies, support du commerce électronique, de par leur nature, banalisent le temps et l'espace. Parce que les réseaux numériques accélèrent et s'inscrivent dans la logique de la mondialisation, chercher à les réguler, c'est avant tout mettre en œuvre une stratégie globale. Les disparités entre les législations seront de nature à encourager des pratiques nuisibles au développement de cette activité. C'est en substance ce que rappelle le Préambule du projet de directive CEMAC sur le commerce électronique lorsqu'il précise que « *les divergences entre les législations nationales pourraient dissuader les prestataires d'offrir leurs services par-delà les frontières* ». En conséquence, le développement du

---

[107] Cf. Commission des Communautés Européennes, *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, Bruxelles, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final, p. 25.

[108] « *Il faut souligner à cette occasion que les modes dits alternatifs de régulation d'une part, et la réglementation étatique d'autre part, ne s'excluent pas dans la société de l'information. Contrairement à une idée trop souvent répandue, il n'y a pas de choix exclusif à opérer entre les deux* ». Cf. WERY (E.), ''Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web'', *op. cit.*, p. 23.

[109] CHAMPSAUR (P.), *op. cit.*, p. 23.

commerce électronique requiert un consensus global sur les règles à appliquer. C'est ce que montre clairement la question de la protection des données personnelles[110]. Il faut éviter qu'une condamnation pénale ou civile obtenue dans un État membre n'ait aucune chance d'être exécutée dans un autre État membre[111].

30. Puisque l'internet impose une ouverture, l'activité législative le concernant ne saurait être fermée. Les multiples essais de régulation et d'autorégulation démontrent que l'internet aura besoin désormais d'un épicentre de décisions au plan mondial, transparent, équitable et représentatif des intérêts en jeu, notamment de ceux de la communauté internationale des États[112]. Les acteurs du commerce électronique souhaitent un tel cadre juridique global sans lequel ils sont permanemment exposés à différents risques. Seul donc un cadre juridique ayant une vocation internationale peut garantir la sécurité juridique dans le commerce électronique. Malheureusement, il n'y a pas encore aujourd'hui de cadre de régulation spécifique de l'internet à l'échelle internationale. Pour pallier ce handicap, l'UNESCO a relevé la nécessité d'aller vers un Traité international du cyberespace[113].

D'un autre côté, les experts reconnaissent aussi que la procédure pour mettre en œuvre un cadre juridique mondial est très lourde. Actuellement, les exemples de régulation qui existent et qui semblent réussir se situent plus, soit au niveau national, soit au niveau communautaire. Mais, comme l'a souligné un expert africain sur la question, si le cadre mondial paraît lourd et difficile à mettre en œuvre, le cadre national, lui, paraît étroit et très limité. En conséquence, « *le niveau régional pourrait constituer un cadre adéquat d'élaboration et d'adoption d'une législation adaptée et efficace du commerce électronique* »[114]. Bien plus, ce choix serait aussi dicté par la raison, étant entendu que l'intérêt des zones d'intégration pour le commerce électronique est

[110] LAPIERRE DONZEL (C.), ''L'Organisation Mondiale du Commerce et le commerce électronique'', *op. cit.*, Cet auteur relève par exemple que l'absence aux USA de règles équivalentes à celles de la directive européenne prive de cette protection les consommateurs européens qui effectuent des transactions avec des sites américains et risque de pénaliser les sites de droit européen.
[111] Voir en ce sens, HASSLER (T.), ''Les données personnelles et la protection des personnes'', in *Les Premières Journées Internationales du Droit du Commerce Électronique*, *op. cit.*, p. 115.
[112] DELMAS (R.), ''L'internet, gouvernance d'un monde incertain'', *op. cit.* p. 222.
[113] *Idem*. p. 221.
[114] SAWADOGO (F. M.), ''Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina et de l'Afrique de l'ouest'', *op. cit.*

certain[115]. Il serait alors important que les conditions de son développement harmonieux soient décidées sur le plan communautaire afin qu'il puisse jouer avec efficacité son rôle de facteur d'intégration entre les États membres. Bien plus, il apparaît qu'une réglementation au niveau régional permettra de consolider l'effort d'intégration juridique amorcée par l'OHADA dans le domaine du droit des affaires.

L'Europe a compris l'enjeu d'une réglementation communautaire. Actuellement, plusieurs directives ont déjà été adoptées au niveau européen visant une harmonisation des règles applicables aux différents aspects du commerce électronique[116]. Les Zones d'intégration en Afrique commencent aussi à adopter cette stratégie dans leur approche d'intégration. Dans le cadre de l'UEMOA, plusieurs textes ont ainsi été adoptés à l'effet de fixer le cadre règlementaire des communications électroniques[117].

31. La CEMAC, quant à elle, prend progressivement conscience tant des enjeux du commerce électronique et de ses vertus intégratives[118], que des exigences préalables au développement de cette activité sur son espace. Des études ont en effet démontré qu'elle disposait d'énormes atouts à faire valoir dans le commerce électronique. Selon la Commission Économique pour l'Afrique, elle disposerait d'une main d'œuvre qu'il faudrait juste perfectionner pour une exploitation optimale du

---

[115] Cf. Commission de l'Union Africaine, *État de l'intégration en Afrique*, 2011, p. 123, http://ea.au.int/en/sites/default/files/SIA_French.pdf.

[116] Entre autres, on peut citer :

- La Directive 95/46/CE du 24.10.1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données
- La 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 » ;
- La 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 ;
- La 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 ».

[117] À ce titre, on peut citer entre autres, la Directive UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications ; la Directive UEMOA relative à l'harmonisation des régimes applicables aux opérateurs de réseaux et fournisseurs de services ; la Directive UEMOA relative à l'interconnexion des réseaux et services de télécommunications et la Directive UEMOA relative au service universel et aux obligations de performance du réseau.

[118] La CEMAC est également caractérisée par le sous-développement des moyens de communication physiques entre ses États membres. Dès lors, le commerce électronique, grâce à l'instantanéité favorisée par les TIC qui lui servent de support, revêt une importance cruciale pour l'intégration de ces pays, car il crée des voies de communication virtuelle ayant une forte valeur.

commerce électronique[119]. Elle a suffisamment de ressources que le commerce électronique pourra contribuer à développer et à exploiter. D'une manière générale, les créations artistiques et de modes, activités bien développées dans les États membres, peuvent faire l'objet d'échanges par le biais du commerce électronique. C'est ainsi qu'entre autres, certains types d'arts plastiques comme l'art *Fang* ou l'art *Bamoun* au Cameroun qui sont fortement demandés à travers le monde et qui sont vendus aux États -Unis pourraient, une fois mis dans un catalogue électronique, faire l'objet d'affaires à travers l'internet[120]. De plus, le tourisme est un autre secteur économique porteur, mais, peu développé en Afrique Centrale. Avec le commerce électronique, les agences touristiques de la sous–région se feront mieux connaître à travers l'internet et pourront ainsi vendre des circuits touristiques directement aux clients étrangers. Aussi, il est certain que les PME, grâce à la réduction des coûts que le commerce électronique engendre, ont beaucoup d'intérêt à voir développer un cadre juridique du commerce électronique garantissant leur sécurité lors des transactions. En bref, il faudra, pour la CEMAC, comprendre et tirer parti du constat établi par l'UNESCO selon lequel, « *les aptitudes professionnelles prennent une valeur nouvelle dans le monde des TIC* »[121].

32. Actuellement, des mesures sont initiées en vue de permettre aux acteurs économiques de la Zone CEMAC d'exploiter au mieux le Commerce électronique en vue du développement économique intégré des États membres. Ces mesures concernent, pour l'essentiel, le renforcement des capacités techniques et infrastructurelles et surtout la définition d'un cadre juridique harmonisé[122]. Sur le plan infrastructurel, certaines réalisations sont en train d'être mises en place. Au Cameroun, l'extension du réseau ''*CT phone''* et l'installation des câbles à fibres optiques permettront, d'ici peu, la

---

[119] Cf. CEA-ONU, *Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives*, ECA/SRDC-CA/ICE/XIX/01/PD/02, version électronique, http://www.uneca.org/ca/Publications/Documents2000/CommerceElectroniqueAC.doc. De cette étude, il ressort que , « *Chaque année, l'ensemble des établissements de formation professionnelle de la sous-région déversent sur le marché de l'emploi des centaines de secrétaires, assistantes, comptables, informaticiens, artistes plasticiens, couturières et stylistes, etc. qui constituent des ressources pour les entreprises de téléservices* », p. 17.

[120] *Idem*, p. 17.

[121] Cf. UNESCO, Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), Paris, UNESCO, 2005 - iv, 27 p. ; 30 cm.(CI-2005/WS/3).

[122] D'après le Préambule du projet de directive régissant le commerce électronique « *les règles doivent également être harmonisées autant que possible, pour soutenir la mise en place d'un véritable marché intérieur rassemblant les États membres de la CEMAC* ».

couverture d'une bonne partie du territoire, étant entendu que le ''*CT phone*'' permet une double connexion téléphonique et internet[123]. Bien plus, la BEAC[124] s'est résolument engagée sur le chemin du développement de la monétique. C'est dans ce cadre qu'elle a créé l'Office Monétique de l'Afrique Centrale (OMAC) et contribué à la réglementation du paiement électronique[125].

IV- L'INTÉRÊT, LA PROBLÉMATIQUE ET LE PLAN

33. Au regard de toute cette dynamique désormais enclenchée par les autorités communautaires, il y a lieu de veiller à la cohérence et à l'adéquation entre la stratégie à mettre en œuvre et les objectifs d'intégration. En effet, l'adoption d'une démarche mal planifiée ne peut qu'aboutir à des résultats décevants. Dans ce contexte, cette étude vise essentiellement à mettre en lumière le potentiel du commerce électronique dans son rôle de facteur d'intégration économique. Surtout, elle vise à analyser le cadre juridique existant et à formuler des propositions en vue de son amélioration dans l'optique de l'accélération du processus de mise en œuvre du marché commun de la CEMAC.

34. D'un autre côté, l'étude vise à appréhender la réglementation du commerce électronique, non comme un but, mais surtout comme un outil d'intégration, permettant d'accélérer la construction du marché commun de la CEMAC. En ce sens, transparaît la nécessité d'adopter une approche d'harmonisation des droits nationaux, à défaut de leur uniformisation. Les autorités communautaires ne semblent pas ignorer cette contrainte. Elles relèvent en effet l'urgence d'adopter des règles « *harmonisées autant que possible, pour soutenir la mise en place d'un véritable marché intérieur rassemblant les États membres de la CEMAC. Les bénéfices de ce marché intérieur des services de la société de l'information seront en effet recueillis par tous les opérateurs économiques, en ce compris les consommateurs* »[126]. Ainsi, les autorités

[123] Cf. Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (ANTIC) Cameroun, Stratégie nationale de développement des technologies de l'information et de la communication, Septembre 2007, p. 27.
[124] Banque des États de l'Afrique Centrale.
[125] Actuellement, cette réglementation se réalise à travers deux Règlements communautaires : le Règlement COBAC r–2005 / 02 relatif aux établissements de monnaie électronique et le Règlement n° 02-03-CEMAC-UMAC-CM relatifs aux systèmes, moyens et incidents de paiement.
[126] Cf. Préambule, projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

communautaires semblent avoir fait le choix de la technique d'harmonisation tel qu'en témoignent d'ailleurs la floraison des directives communautaires sur la question[127].

35. Pour une harmonisation efficace, une orientation précise doit être définie afin d'assurer la cohérence des mesures à prendre avec l'objectif du marché commun. De là, la problématique, en ce qu'elle **«** *est l'objet de la recherche, mais un objet construit autour d'une question fondamentale qui éclaire la démonstration et la guide* **»**[128]**,** se déduit aisément. Précisément, analysant la réglementation du commerce électronique dans la zone CEMAC comme contribution à l'émergence du marché commun numérique, la question majeure qui se dégage et à laquelle nous essayerons d'apporter des éléments de réponse est celle de savoir si les objectifs et les mesures qui découlent de la réglementation du commerce électronique sont suffisamment pertinents pour apporter une contribution soutenable à la réalisation du marché commun.

36. L'hypothèse qui se dégage dans le cadre de cette étude, comme réponse première à cette problématique et en tant que point de départ de la réflexion, est la suivante : dans la mesure où la réglementation, dans son contenu, tend d'une part à promouvoir le développement économique des États membres et leur intégration matérielle ; et d'autre part, à créer un climat de confiance à travers la sécurité des parties et des transactions, il en ressort, *a priori*, qu'elle peut contribuer notablement à la réalisation du marché commun.

37. La vérification d'une telle hypothèse passe nécessairement par l'usage d'une méthode et de techniques particulières qu'il convient à présent de décliner. Si la première, en ce qu'elle constitue « *une marche raisonnée que doit suivre l'esprit pour arriver à un point déterminé* »[129], renvoie à l'ensemble des opérations intellectuelles permettant de parvenir à la démonstration ; les secondes quant à elles, revoient à l'ensemble des opérations matérielles qui constituent le socle de la démonstration. Relativement à ce second aspect, la technique majeure qui sera utilisée est celle de

[127] On compte actuellement cinq directives et trois projets de directives dans le domaine des communications et du commerce électroniques.
[128] ONDOA (M.), Cours de méthodologie, épistémologie et théorie du droit, 2ème année Master en Droit public, inédit, Université de Dschang, 2009-2010, p.12
[129] VAN DER MENSBRUGGHE (F. R.), ''L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit'', p. 3, http://www.ecoledoctorale-droit.be/documents/methodefrancisvdm.pdf.

l'observation des données, laquelle s'appuiera essentiellement sur la recherche documentaire et l'analyse de leur contenu.

S'agissant du premier aspect, la spécificité de l'objet de ce travail commande, d'un point de vue général, le recours à deux méthodes majeures : la méthode juridique et la méthode comparative. S'agissant de la méthode juridique, ses principales déclinaisons que sont l'exégèse et la casuistique permettront, pour la première, l'étude étendue des textes existant et relatifs au domaine de l'étude ; et pour la seconde, l'analyse des décisions de justice. Toutefois, l'exégèse sera particulièrement utilisée ici, étant donné que la question n'a pas encore donné lieu à des développements jurisprudentiels importants dans l'espace communautaire.

38. Le recours à la méthode comparative s'inscrit d'une part, dans la logique qu'elle développe chez le juriste la faculté d'approfondissement des notions fondamentales et une certaine modestie à l'égard du droit national[130]. D'autre part et surtout, cette méthode est nécessaire dans le cadre de cette étude parce qu'elle sert, grâce au recours aux textes étrangers qu'elle favorise, à combler les lacunes et la rareté des textes communautaires sur la question. Il s'agit en réalité d'enrichir le travail en recueillant des informations cruciales sur ce qui est fait tant dans les structures d'intégration autres que celle choisie pour la présente étude, que dans les États où la réglementation du commerce électronique est suffisamment avancée. Cette dernière considération laisse entrevoir que même si l'étude va consister en l'analyse du droit positif, elle sera parfois menée dans une direction prospective consistant à s'inspirer des avancées réalisées ailleurs, et en tenant compte du contexte de la CEMAC, pour proposer des solutions pouvant contribuer à pallier les insuffisances et défaillances actuelles.

39. Sur cette base, la démarche qui sera suivie dans le cadre de cette étude consistera à démontrer que la réglementation est orientée d'une part, vers l'intégration matérielle des États membres (**Partie I**) et vers la sécurisation des transactions électroniques (**Partie II**) d'autre part.

---

[130] DRAGO (R.), ''Droit comparé'', in Dénis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 456.

PARTIE I : UNE RÉGLEMENTATION ORIENTÉE VERS L'INTÉGRATION MATÉRIELLE DES ÉTATS MEMBRES

40. L'Afrique Centrale semble avoir toujours été mue par le souci de réaliser une communauté économique forte. Si quelques instruments juridiques illustrent cette intention[131], il demeure cependant que dans les faits, elle s'est toujours heurtée à un ensemble d'obstacles plus ou moins surmontables. L'équation de l'intégration économique est cependant bien connue : il faut que les États membres mettent en place des politiques communes dans les domaines économiques et politiques, financiers et commerciaux. C'est à ce prix qu'ils pourront, à travers la libre circulation des personnes et des biens, parvenir à la création d'une véritable interconnexion entre leurs économies. En effet, il est désormais établi que l'une des étapes nécessaires à la mise en place d'un marché commun, c'est la libéralisation des échanges et la liberté de circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux[132].

Concrètement, l'intégration économique suppose qu'il n'existe aucune entrave à la communication, au déplacement ou aux transactions entre les citoyens relevant en principe de nationalités différentes et/ou situés sur des territoires d'États différents, mais tous membres d'un même espace économique intégré, à l'instar de la CEMAC. Il s'agit alors de considérer que tous les États membres ont unifié leurs territoires pour ne former qu'un espace unique, un marché commun.

41. Si actuellement en Afrique Centrale, l'implémentation de certaines mesures a eu pour conséquence de contenir les effets des obstacles tarifaires au commerce interétatique, il n'en est pas de même au sujet des obstacles non tarifaires. Ainsi par exemple, si les tarifs douaniers se trouvent à un stade d'harmonisation avancée, les procédures douanières quant à elles continuent de se dresser comme l'une des barrières non tarifaires les plus nuisibles à l'effort d'intégration dans la sous-région[133]. Pourtant, dans la mesure où l'intégration économique apparaît comme une solution porteuse d'espoir pour propulser le développement de l'Afrique[134], il s'avère

[131] À titre d'illustration, l'article 2 du Traité modifié de la CEMAC, précise que l'un des objectifs principaux assignés à la Communauté, c'est de parachever le processus d'intégration économique et monétaire entre les différents membres.
[132] Cf. Commission de l'Union africaine, *Libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux*, avril 2008, p. 3.
[133] *Idem*, p. 8.
[134] *Ibidem*, p. 47

impérieux pour les autorités de la CEMAC de trouver de nouvelles possibilités permettant de juguler ces handicaps.

En vue de renforcer le processus d'intégration économique dans les Communautés économiques en Afrique à l'instar de la CEMAC, la Commission de l'Union Africaine recommande un certain nombre de mesures parmi lesquelles, l'harmonisation des lois et règlements régissant le commerce et les transports ; l'émission, là où il n'en existe pas, de passeports communautaires et la création d'un système d'assurance automobile au niveau de chaque zone d'intégration. Toutes ces solutions font déjà partie du dispositif juridique de la CEMAC sans que l'intégration soit pour autant devenue une réalité palpable. C'est que, sur le terrain, elles ne sont pas effectives. Les tracasseries policières et douanières, les exigences abusives de visa, les expulsions abusives des ressortissants communautaires, entre autres, continuent de faire partie de l'actualité quotidienne de la CEMAC. La vérité c'est que, sans doute, ces solutions ne permettent pas de se déconnecter de l'environnement physique.

42. Conscients de cela, les institutions communautaires explorent désormais la piste du commerce et des communications électroniques. Leurs vertus sont nombreuses et dans le domaine des échanges, elles permettent de relativiser les facteurs temps et distance. Ainsi, contrairement au commerce classique qui est fortement dépendant d'un environnement physique encore défavorable à l'intégration dans la CEMAC, le commerce électronique, grâce aux réseaux de communications électroniques qui lui servent de support, peut favoriser l'intégration économique au sein de la Communauté. Forts de cette vision, les États membres ont transféré la compétence sur ces questions au niveau communautaire afin que se dégage à leur sujet un cadre juridique harmonisé (Titre I) compatible avec les objectifs fixés par les textes fondamentaux de la CEMAC. Il s'agit principalement de la promotion du développement numérique intégré des territoires des États membres, mais aussi et surtout de la mise des TIC au service des activités économiques intégratives (Titre II).

<u>TITRE I</u> : L'HARMONISATION DU CADRE JURIDIQUE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

43. Grâce aux recommandations formulées à travers certaines études[135], les communications électroniques semblent désormais bénéficier d'une attention bienveillante des autorités tant communautaires que nationales[136]. Plusieurs textes régissant leur cadre juridique sont en effet actuellement en vigueur dans la CEMAC. Définies par les textes communautaires comme étant constituées d'émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électronique, les communications électroniques consistent essentiellement en l'utilisation des TIC pour communiquer, contracter ou commercer.

Ainsi, utilisées dans le cadre d'un processus contractuel ou commercial, les communications électroniques débouchent sur le commerce électronique. Donc, en réglementant les communications électroniques, les législateurs tant communautaires que nationaux ont posé les premiers jalons du cadre juridique du commerce électronique. Bien plus, le développement du cadre juridique communautaire des communications électroniques s'inscrit directement dans la démarche des autorités en vue de la mise en place d'un véritable droit communautaire du commerce électronique. Cette démarche présente une allure cohérente tant il apparaît que certains prestataires des communications électroniques[137] sont, en tant que tels, des acteurs essentiels du commerce électronique. Donc, en harmonisant le cadre juridique des communications électroniques, les autorités de la CEMAC se donnent les moyens de maîtriser les enjeux juridiques et communautaires du commerce électronique.

44. Dans le cadre de la démarche qu'il a adoptée, le législateur communautaire a, par le biais de plusieurs Directives[138], défini une politique communautaire de réglementation des communications électroniques (Chapitre I) et orienté le sens des réglementations à intervenir au sein des États membres. Bien plus, il a procédé à l'harmonisation du cadre juridique de la régulation du secteur des communications électroniques (Chapitre II).

---

[135] À titre d'illustration, après avoir relevé l'importance d'un cadre juridique des TIC pour le développement de l'activité économique, l'ANTIC déplore l'absence d'un cadre juridique au sein de la CEMAC dédié aux TIC. Cf. ANTIC, Cameroun, Stratégie nationale de développement des TIC, 2008, www.antic.cm.

[136] Au Cameroun par exemple, Trois textes ont été promulgués le 21 décembre 2010 portant sur les communications électroniques, la cybersécurité et sur le commerce électronique.

[137] A l'instar des hébergeurs et des fournisseurs d'accès.

[138] Dont cinq sont déjà adoptées et d'autres encore en cours d'adoption.

CHAPITRE I : LA POLITIQUE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

45. Selon deux experts sur la question des TIC en Afrique, « *l'harmonisation des réglementations des télécommunications présente un double avantage : elle conduit à un marché plus large, aux règles harmonisées facilitant pour les opérateurs et les utilisateurs des économies d'échelle, avec pour conséquence la réduction des coûts ; par ailleurs, le caractère supranational qui en résulte favorise l'indépendance des régulateurs, condition indispensable pour sortir de pratiques anormales* »[139].

L'écho de toutes ces propositions aurait touché la sensibilité des autorités de la CEMAC qui se sont approprié leur quintessence. Désormais, la conviction du Conseil des Ministres de l'UEAC porte non seulement sur « *l'importance des technologies de l'information et de la communication dans le développement de l'innovation, de la compétitivité, de l'emploi, de la croissance économique et de l'aménagement du territoire dans l'ensemble des États de la CEMAC* » ; mais aussi et surtout sur le fait que « *l'harmonisation des réglementations des communications électroniques et des politiques de régulation est de nature à accélérer l'intégration économique et sociale des États membres ainsi que le développement de réseaux transnationaux au sein de la CEMAC* »[140]. C'est le chantier de l'harmonisation qui est lancé à la suite de cette prise de conscience[141]. L'objectif étant en fin de compte de promouvoir un environnement juridique favorable au développement des affaires électroniques.

---

[139] BLANCHÉ (J.) et NKOLWOUDOU (R.), Afrique : l'harmonisation des régulations des télécoms devient une urgence, www.acpnumerique.org , 27 octobre 2006.

[140] Cf. Préambule du Règlement n° 21/08-UEAC-133-CM-18 Relatif à l'Harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC (1er et 2ème Considérants).

[141] D'après le chronogramme de l'Union Économique de l'Afrique Centrale, la définition d'un cadre approprié et harmonisé des TIC relève des objectifs de la seconde étape qui, normalement, entre en vigueur après la fin de la première étape dont la durée est de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la Convention modifiée de l'UEAC (articles 3, 4 et 6) . Dans cette logique, on ne se serait pas encore attendu à ce que la construction de ce cadre juridique soit entamée à présent. Théoriquement au moins, cette convention étant adoptée en juin 2008, on serait encore dans la première étape en 2010. Sûrement, la question se faisant pressante, les TIC à l'heure actuelle constituant l'un des supports les plus efficaces de l'activité économique et de l'intégration régionale, le Conseil des Ministres aurait préféré introduire ce cadre juridique avant l'heure, se réservant peut-être de le compléter pendant la seconde étape.

46. Actuellement, le secteur des TIC jouit dans le cadre de la CEMAC d'une réglementation harmonisée, laquelle se veut par ailleurs réaliste[142] et globale[143]. Pour tirer le meilleur profit des TIC sur le plan du commerce et des affaires en général, le législateur communautaire a entrepris la construction d'un cadre juridique dont l'ambition est non seulement de contribuer à l'effectivité des libertés économiques communautaires mais aussi, de soutenir le développement harmonisé et intégré des territoires des États membres afin de rompre avec la fracture numérique qui s'observe encore entre les États membres ou entre les villes et les campagnes d'un même État. La manifestation de cette stratégie se traduit d'une part, par la libéralisation du secteur des communications électroniques dans l'espace communautaire (Section I) et d'autre part, par l'érection de l'accès des citoyens aux TIC en service public communautaire (Section II).

SECTION I : LA LIBÉRALISATION DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS L'ESPACE COMMUNAUTAIRE

47. Jusqu'à très récemment encore, le secteur des télécommunications et des Technologies de l'Information et de la Communication relevait dans les États membres de la CEMAC du monopole de l'État[144]. Incapables de soutenir la croissance et le

[142] Réaliste parce que le législateur, tenant compte des liens étroits qui existeraient entre les technologies de l'information et de la communication et la souveraineté des États, procède par une approche douce. Il s'agit en effet d'amener les États, et de façon subtile à se délester progressivement de leur souveraineté sur la question. Réaliste aussi parce que, les textes qui ont été mis sur pieds jusqu'à présent visent une certaine conciliation entre l'approche réglementaire et celle régulatrice, ce qui témoigne d'une volonté d'efficacité dans la démarche. Réaliste enfin parce que le législateur communautaire, intègre dans sa démarche les difficultés économiques qui caractérisent les populations des États membres ; et, dans une optique de mettre les TIC au service du développement rural, il a institué un service universel au profit du citoyen communautaire.

[143] Globale parce que, de nos jours, les technologies sont devenues tellement interdépendantes que l'on ne saurait envisager leur réglementation de façon séparée. En effet, les TIC résultent d'une convergence de plusieurs technologies et notamment de l'informatique, des télécommunications et de l'électronique. Ainsi, toute réglementation du commerce électronique doit toujours intégrer cette contrainte (Voir, BARBRY (E.), ''Le droit de l'internet est devenu au fil des années un droit « spécial »'', in *Gazette du Palais*, n° 296, 23 octobre 2010, p. 14.). S'agissant du cas de la CEMAC, le Conseil des Ministres de l'UEAC considère en effet que « *la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des techniques de l'information* » implique que « *tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire* ». Cf. Préambule du Règlement n° 21/08-UEAC-133-CM-18 Relatif à l'Harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC (3ème considérant).

[144] Cependant, bien avant l'arrivée de la réforme au niveau communautaire, certains États à l'instar du Cameroun avaient déjà pris conscience de la nécessité de libéraliser ce secteur, même si en réalité, cette libéralisation était très timide. Voir. ANTIC, *Stratégie nationale de développement des technologies de l'information et de la communication*, Septembre 2007, www.antic.cm.

développement des infrastructures dans ce domaine et de satisfaire la demande des populations de plus en plus grandissante, les États se sont résolus finalement à partager, voire collaborer avec les investisseurs privés en vue d'un développement efficace et compétitif de ces secteurs d'activité. La libéralisation est donc porteuse de beaucoup de promesses, déjà qu'elle est vue par certains experts comme « *une alternative sérieuse susceptible d'impulser de rapides, pertinentes et profitables avancées* »[145] en matière des communications électroniques.

48. Libéraliser un secteur d'activité, c'est soumettre ce secteur à la loi du marché. En conséquence, c'est diminuer la pression formaliste des lois ou des règlements[146] ; c'est aussi procéder à une sorte de déréglementation. Lorsqu'en effet, un secteur est dit libéralisé, l'intervention de l'État se fait de moins en moins présente. Si le rôle de l'État dans une économie est nécessaire au fonctionnement harmonieux de celle-ci, en fonction du degré de ce rôle, une distinction peut être faite entre l'interventionnisme, système dans lequel l'État joue un rôle prépondérant dans l'économie de telle sorte que la distinction secteur public/secteur privé devienne un peu relative et le libéralisme où l'intervention de l'État est très limitée dans les activités économiques.

49. Selon le Conseil des Ministres de l'UEAC, appliquer les règles du libéralisme économique aux secteurs des TIC et des télécommunications permettrait d'accélérer la croissance économique et le développement des États membres. Il soutient en effet que : « *la simplification des régimes des activités de communications électroniques est de nature à faciliter leur fourniture dans l'ensemble des États membres de la Communauté* »[147]. À ce titre, il est naturel que le législateur communautaire encourage les États à développer des cadres juridiques des activités de communications électroniques propices à la concurrence et à l'ouverture des marchés[148]. Le principe de

[145] Cf. Synthèse deuxième édition des Dîners-débats du GICAM de l'année 2011, tenue le 21 avril sur le thème « Développement des télécommunications : que gagnent le pays, les entreprises et les usagers ? », www.legicam.org.
[146] Notamment par suppression de certaines formalités ou par simplification des conditions d'exercice d'une activité.
[147] Cf. dernier considérant, Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.
[148] À titre d'illustration, l'article 3 al. 2 de la Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques pose que : « *Les régimes et les*

la libéralisation étant désormais au centre de la stratégie communautaire de réglementation des communications électroniques[149], le législateur communautaire l'a mis en œuvre en procédant d'une part à la simplification des conditions d'accès des opérateurs au secteur des TIC (Para. I) et d'autre part, à la consécration du principe de la libre circulation des services et des opérateurs du secteur des communications électroniques (Para. II).

PARA. I : LA SIMPLIFICATION DES CONDITIONS D'ACCÈS DES OPÉRATEURS AU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

50. Plusieurs Directives existent au niveau communautaire pour encadrer l'exercice des activités de communications électroniques dans la CEMAC. L'analyse de ces textes permet aisément de se rendre compte de la volonté des autorités communautaires de simplifier l'accès des opérateurs à ce secteur d'activité. Dans ce domaine en effet, le principe c'est la liberté de fourniture des services de communications électroniques (A), principe renforcé par l'institution d'un droit à l'interconnexion (B).

A- LE PRINCIPE DE LA LIBRE PRESTATION DES ACTIVITÉS DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

51. Le secteur des communications électroniques est, comme la plupart des activités économiques, régi par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie[150]. Dans ce domaine cependant, l'important n'est pas d'affirmer le principe de la liberté, mais c'est surtout de prévoir des infrastructures et un cadre juridique effectif dans la

---

procédures applicables au sein de chaque État membre à l'exercice des différentes activités dans le secteur des communications électroniques, doivent viser les objectifs suivants :
- favoriser l'émergence et le développement d'un secteur concurrentiel des communications électroniques dans chaque État membre pour faciliter l'accès des usagers aux services nouveaux aux meilleurs prix (...) ». Or, qui dit concurrence, dit sensiblement libéralisme économique.

[149] Selon l'article 3 al. 4 du Règlement n° 21/08-UEAC-133-CM-18 Relatif à l'Harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC, la réglementation et la régulation des communications électroniques ont entre autres pour objectif le développement du marché intérieur: « *en veillant à la libéralisation des activités de communications électroniques* ».

[150] La loi congolaise n° 9-2009 du 25 novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques dispose expressément en son article 6 que : « *Les activités de communications électroniques s'exercent librement* ». Ces dispositions sont à identiques à celles de l'article 18 de la loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.

mesure où le souci majeur est de faciliter l'utilisation aisée des technologies par les populations. Dans cette logique, il a paru urgent au législateur de consacrer le droit d'accès à ce secteur d'activités (1). Cependant, il a assorti ce principe de quelques aménagements précis (2).

1- Le principe de la liberté d'accès au secteur des communications électroniques

52. Le secteur des communications électroniques est désormais vu comme un levier important pour le développement économique des États. Il se révèle, en effet, être indispensable au développement des unités de production, aux échanges économiques et culturels, à la promotion sociale et à la protection des personnes et des biens[151]. Ainsi, il paraît extrêmement important pour les États, afin d'optimiser le rendement de ce secteur d'activité, de mettre sur pied des stratégies permettant sa vulgarisation et son développement : l'enjeu étant essentiellement de le rendre largement accessible. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur communautaire a, dans une certaine mesure, consacré le principe du libre accès à ce secteur d'activités. Même si toutes les activités relevant du secteur des communications électroniques ne sont pas soumises au même régime, il demeure néanmoins que la liberté demeure le principe. En effet, ayant pris le soin d'énumérer de façon limitative[152] les activités soumises aux régimes de contrôle, le législateur communautaire précise simplement que l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques et la fourniture de services de communications électroniques qui ne sont pas expressément soumis aux régimes de l'autorisation ou de la déclaration sont libres, sous réserve du respect des réglementations nationales qui leur sont applicables[153]. Ainsi, on peut conclure qu'à défaut de précisions spéciales, les activités de communications électroniques s'exercent librement.

---

[151] Cf. Synthèse deuxième édition des Dîners-débats du GICAM de l'année 2011, tenue le 21 avril sur le thème « Développement des télécommunications : que gagnent le pays, les entreprises et les usagers ? », www.legicam.org.

[152] En effet, le législateur communautaire utilise, lorsqu'il annonce tant les activités soumises au régime de l'autorisation que celles soumises au régime de la déclaration, la formule identique selon laquelle les États membres doivent veiller à ce que ne puissent être soumises à ces régimes que les activités qu'il énumère expressément. Cf. art. 8 et 14, Directive CEMAC n° 09/08 du 19 décembre 2008 harmonisant les régimes juridiques des activités de communications électroniques.

[153] Cf. art. 17, Directive CEMAC n° 09/08 du 19 décembre 2008 harmonisant les régimes juridiques des activités de communications électroniques.

53. Cette vision du législateur communautaire a été fidèlement relayée, dans son principe, par les législateurs nationaux notamment camerounais[154] et congolais[155]. Il est en outre exigé des législateurs nationaux, dans un souci de transparence et de cohérence avec la norme communautaire, qu'ils décrivent le plus précisément possible[156], les services qui sont soumis à un régime d'autorisation, à un régime de déclaration, ainsi que ceux qui peuvent être exercés librement. Il s'agit, à travers cette exigence, de s'assurer que les États ne chercheront pas à aggraver les conditions d'accès au secteur des communications électroniques. Pourtant, dans la mise en œuvre de la directive communautaire, toutes les législations nationales ne se déploient pas de la même manière. Pendant que le législateur congolais a tendance à assouplir les mesures prescrites par la Directive n° 09/08, son homologue camerounais tend plutôt à les aggraver. Ainsi, l'article 14 de la Directive n° 09/08 impose aux États de ne soumettre à déclaration que deux activités à savoir la fourniture de services internet et la fourniture de services à valeur ajoutée. Le législateur congolais n'a soumis à ce régime que la fourniture d'activités à valeur ajoutée[157], tandis que le législateur camerounais l'y a soumis non seulement la fourniture au public de services à valeur ajoutée et la fourniture au public du service internet, mais aussi la revente du trafic téléphonique, tout service de communications électroniques à partir des terminaux de systèmes globaux de communication par satellite (GMPCS) et l'utilisation d'une liaison louée de capacité supérieure à 10 mégabits par seconde.

54. Ce comportement a pour conséquence de limiter la portée et l'effectivité du principe de la liberté d'accès, consacré par le Conseil des Ministres. En attendant que les autres États membres adoptent des textes intégrant les dispositions de cette Directive, l'on constate déjà qu'il va falloir, pour la Commission de la CEMAC, faire preuve de

---

[154] Cf. art. 18, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques qui dispose que « La fourniture des services de communications électroniques autres que ceux visés par les articles 9, 10, 14, 15 et 16 ci-dessus est libre, sous réserve du respect des exigences essentielles visées à l'article 3 de la présente loi ».

[155] Cf. art. 6, loi congolaise n° 9-2009 du 25 novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques : « *Les activités de communications électroniques s'exercent librement, dans le respect des conditions de la législation et réglementation en vigueur* ».

[156] Cf. art. 3, Directive CEMAC n° 09/08 harmonisant les régimes juridiques des activités de communications électroniques.

[157] Voir art. 13, La loi congolaise n° 9-2009 du 25 novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques.

vigilance pour que la stratégie communautaire de développement et de vulgarisation des services de communications électroniques ne soit pas sapée du fait de mesures nationales incohérentes. Dans cette logique de fait, il est déjà à craindre que le devoir de collaboration tacitement imposée aux opérateurs ne soit qu'une exigence vaine.

2- Les aménagements du principe de la liberté d'accès au secteur des communications électroniques

55. Si la liberté constitue le principe en matière d'accès au secteur des communications électroniques, il faut relever que cette règle fait néanmoins l'objet de quelques aménagements tenant pour l'essentiel compte de la délicatesse de certains services. Il semble, à la lecture des textes, que c'est le souci d'une meilleure gestion de certaines ressources rares ou limitées et la protection de certains intérêts essentiels des États qui ont soutenu l'institution de ces modalités de contrôle. Toutefois, parce que le principe ne doit pas être vidé de son essence, les activités relevant du domaine du contrôle sont limitativement énumérées et les modalités de contrôle allégées. L'étude de ce domaine se fera en tenant compte de la distinction légale consistant à séparer les activités soumises au régime de l'autorisation (a) de celles soumises au régime de la déclaration (b).

a. Les activités relevant du régime de l'autorisation

56. D'après la Directive harmonisant le régime des activités des communications électroniques dans la CEMAC, six services sont subordonnés pour leur fourniture à l'obtention d'une autorisation par l'opérateur concerné. Il s'agit précisément de l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ouverts au public; l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de transport; la fourniture de services téléphoniques au public; l'utilisation de ressources rares[158] ; l'établissement et l'exploitation de réseaux indépendants; et la fourniture d'équipements terminaux lorsqu'ils sont destinés à être connectés à un réseau de communications électroniques ouvert au public.

[158] Au rang des ressources rares, le Conseil des Ministres cite les fréquences radioélectriques, la numérotation et les noms de domaine internet. S'agissant des noms de domaines, seule la CEMAC en Afrique la compte parmi les ressources rares. Cf. HIPPSA, *Harmonisation réglementaire des TIC : Étude comparée des initiatives régionales*, décembre 2009, www.itu.int/ITU-D/projects/ITU_EC_ACP/.

Dans les législations nationales, il ressort que l'autorisation peut en réalité se présenter sous différentes formes. Au Cameroun, l'article 8 de la loi 2010-13 prévoit que l'autorisation peut prendre trois formes à savoir la concession, la licence et l'agrément. La différence entre ces trois formes se situe pour l'essentiel au niveau de leur procédure ou de leur domaine.

57. La concession n'est octroyée qu'au terme d'une adjudication sur appel d'offres. Son bénéficiaire, le concessionnaire, doit s'engager à respecter un cahier de charges et être tenu aux termes de l'article 9 de la loi camerounaise régissant les communications électroniques au paiement d'une contrepartie financière, de redevances et contributions dont les modalités seront précisées dans la convention de concession.

58. La licence, quant à elle, doit être requise par toute personne physique ou morale désirant prester tout service support[159], ou exploitant les réseaux radioélectriques dans une ou plusieurs localités, à l'exception de ceux relevant du régime de la concession ; les réseaux privés indépendants à l'exclusion de ceux soumis au régime de la déclaration ; les réseaux temporaires ; les réseaux expérimentaux ; les réseaux de collecte et/ou de distribution, en vue de la fourniture au public de services de communications électroniques ; les réseaux de communications électroniques ouverts au public dans les zones rurales ; les réseaux virtuels ouverts au public ; la portabilité des numéros téléphoniques[160]. De même, les activités en matière de communications électroniques menées sur le territoire national par les institutions étrangères et les organismes jouissant de la personnalité de droit international sont soumises à l'obtention d'une licence, sauf stipulation contraire desdits accords[161].

59. S'agissant enfin de l'agrément, sont soumises à son régime les activités d'installateur des équipements et infrastructures des communications électroniques ; les laboratoires d'essai et mesures des équipements des communications électroniques ;

[159] D'après l'article 1er de la Directive N° 0 9/08 précitée, un service support est « *un service de simple de transport d'informations dont l'objet est soit de transmettre, soit de transmettre et d'acheminer des signaux entre les points de terminaison d'un réseau de communications électroniques, sans faire subir à ces signaux des traitements autres que ceux nécessaires à leur transmission, à leur acheminement et au contrôle de ces fonctions* »
[160] Cf. art. 10, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[161] Cf. art. 13, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.

l'homologation des équipements terminaux qui sont destinés à être raccordés à un réseau public de communications électroniques ; les installations radioélectriques.

60. Le constat qui se dégage de la confrontation de la loi camerounaise avec la Directive communautaire est que le législateur camerounais semble avoir élargi, au mépris de la lettre et de l'esprit des dispositions communautaires, la liste des activités soumises au régime de l'autorisation. En effet, de la lecture de l'article 8 de la Directive, il résulte que la liste indiquée est exhaustive. Dans cette liste, ne figure nullement l'activité d'installateur que la loi camerounaise soumet pourtant à l'autorisation sous forme d'agrément. Cette observation demeure valable à l'égard de la législation congolaise[162]. Il est donc fort à craindre, avec cette tendance impulsée par ces deux législateurs nationaux, que la réglementation qui se voulait libérale et harmonisée s'endurcisse et se nationalise. Il faut donc empêcher les législateurs nationaux de compliquer davantage une réglementation dont la singularité, en Afrique, est d'être parmi les plus contraignantes. En effet, comme le révèle une étude « *les réseaux indépendants sont assujettis à licence dans le cadre de la CEMAC, tandis qu'ils font l'objet d'une autorisation générale - ce qui est plus ou moins l'équivalent, pour la CEMAC, d'une déclaration - à la CEDEAO* »[163]. Bien plus, en soumettant l'utilisation des noms de domaine au régime de l'autorisation, le Conseil des Ministres commet sûrement une erreur. L'utilité de cette ressource pour le développement du commerce électronique commande sans doute qu'il soit d'un accès aussi aisé que possible. À défaut d'une liberté entière, il aurait encore été souhaitable de le soumettre au régime de la déclaration.

b. Les activités relevant du régime de la déclaration

61. De façon limitative, la Directive communautaire harmonisant les régimes des activités des communications électroniques dans la CEMAC a exigé des États qu'ils ne soumettent au régime de la déclaration que deux activités à savoir la fourniture des services internet et la prestation des services à valeur ajoutée[164]. Les opérateurs voulant

[162] Cf. art. 12, loi congolaise n° 9-2009 du 25 novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques.
[163] Cf. HIPSSA, *Harmonisation réglementaire des TIC : Étude comparée des initiatives régionales*, *op. cit.*
[164] Cf. art. 14, Directive CEMAC n° 09/08 du 19 décembre 2008 harmonisant les régimes juridiques des activités de communications électroniques.

exercer les activités soumises au régime de déclaration doivent notifier à l'autorité nationale de régulation de l'État membre sur le territoire duquel ils entendent exercer leurs activités, l'ensemble des informations requises par la réglementation nationale. En laissant à chaque État partie le soin de lister les informations à fournir par les prestataires aux fins de déclaration de leurs activités, il y a fort à craindre que des distorsions naissent entre les régimes applicables d'un État membre à un autre, créant ainsi un frein à l'effort d'harmonisation fourni au niveau communautaire. N'y avait-il pas lieu pour le Conseil des Ministres d'indiquer déjà les informations qui seraient fournies par tout opérateur désirant exercer une activité soumise au régime de la déclaration ?

Par ailleurs, il est prévu que l'Autorité nationale de régulation peut s'opposer à l'exercice des activités déclarées si elle est convaincue que l'entreprise n'a pas la capacité technique ou financière de faire face durablement aux exigences essentielles, ou à d'autres exigences d'intérêt public précisées dans la réglementation nationale[165]. Finalement, la déclaration s'assimile, au regard de cette disposition à une sorte d'autorisation tacite. Ceci dans la mesure où si l'Autorité de régulation ne dit rien, c'est qu'il consent, mais lorsqu'il parle, c'est généralement pour s'opposer. Une telle faculté peut faire donner lieu à des abus. Heureusement, il est exigé qu'une telle décision soit dûment motivée et notifiée par écrit à l'entreprise concernée, ce qui peut lui permettre d'intenter l'un des recours autorisés. Lorsque finalement, aucune décision d'opposition n'est prononcée, l'activité peut alors s'exercer aisément et l'opérateur bénéficie du partage des infrastructures préexistantes au titre de son droit à l'interconnexion.

B- LE DROIT À L'INTERCONNEXION

62. Dans le secteur des communications électroniques, il arrive très souvent qu'un nouvel opérateur ne puisse s'installer qu'en s'appuyant sur des infrastructures existantes appartenant généralement à d'autres opérateurs. Bien plus, dans la mesure où la libéralisation vise aussi à favoriser l'accessibilité des services de communications électroniques, les experts de l'Union Internationale des Télécommunications recommandent aux régulateurs du monde de promouvoir le partage des infrastructures,

[165] Cf. art. 15, al. 3, Directive CEMAC n° 09/08 du 19 décembre 2008 harmonisant les régimes juridiques des activités de communications électroniques.

dans la mesure où ce serait un outil efficace permettant d'atteindre cet objectif[166]. Encore faudrait-il que ce partage se fasse sous le regard vigilant des régulateurs, car si « *certaines options de partage peuvent offrir des avantages bien précis* », d'autres par contre *« pourraient comporter des risques, en particulier celui de freiner la concurrence* »[167]. Pour sa part, le législateur communautaire, en vue de l'effectivité du droit d'accès, a consacré le droit au partage des infrastructures et plus spécialement le droit à l'interconnexion.

63. D'après les différents textes[168] en vigueur dans la CEMAC, l'interconnexion se définit comme la liaison physique et logique des réseaux ouverts au public, exploités par le même opérateur ou un opérateur différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur. Elle vise à permettre aux abonnés d'un opérateur de pouvoir communiquer avec ceux d'un autre opérateur. En cela, elle contribue à la libéralisation et à la compétitivité dans le secteur des communications électroniques. En réalité, l'interconnexion permet des prestations réciproques entre deux exploitants. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. Elle constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux ouverts au public. Cette exigence est vue comme un facteur d'accélération du processus de libéralisation et de développement de ce secteur d'activités.

D'après le Conseil des Ministres de l'UEAC, les opérateurs de réseaux de communications électroniques ouverts au public sont tenus de faire droit[169] aux

---

[166] Cf. UIT, *Lignes directrices sur les bonnes pratiques relatives à des stratégies novatrices de partage des infrastructures visant à favoriser un accès économiquement abordable pour tous*, www.itu.org.

[167] *Idem*.

[168] Cf. art. 5 (26), loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques et article 5, La loi congolaise n° 9-2009 du 25 novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques.

[169] L'utilisation, dans ce contexte, de l'expression « *faire* droit », signifie sans doute que l'interconnexion n'est due que si elle est requise par un opérateur. En d'autres termes, si aucun opérateur ne manifeste le besoin d'une interconnexion entre son réseau (ouvert au public) et celui d'un autre opérateur, il n'y aura point d'interconnexion. La démarche est différente dans l'UEMOA. En effet, l'article 3 de la Directive UEMOA relative à l'interconnexion des réseaux pose pour sa part que « *Les opérateurs de réseaux de télécommunications ouverts au public sont tenus d'interconnecter leurs réseaux avec les réseaux ouverts au public techniquement compatibles. À cet effet, tout opérateur dûment autorisé à établir un réseau public de télécommunications établit une interconnexion entre son réseau et au moins un autre réseau public de télécommunications, afin d'obtenir directement ou indirectement l'accès à l'ensemble des autres réseaux de télécommunications ouverts au public techniquement compatibles* ».

demandes d'interconnexion émanant des autres exploitants de réseaux ouverts au public ou des fournisseurs de services de communications électroniques, du même État et/ou des autres États membres de la Communauté[170]. Cependant, il est urgent pour l'effectivité de ce droit à l'interconnexion de dimension communautaire, que certains États membres revisitent leur législation interne devenue caduque. À titre d'illustration, si le législateur centrafricain a consacré l'obligation de faire droit à une demande d'interconnexion, il l'a cependant expressément limitée entre opérateurs nationaux[171].

64. L'esprit de la réglementation communautaire est de permettre non seulement la libre circulation des services ou le libre établissement des opérateurs dans toute la Communauté, mais surtout, en fin de compte, « *le développement de réseaux transnationaux au sein de la CEMAC* »[172]. La transposition dans le corpus législatif national de cette vision est primordiale pour son effectivité, dans la mesure où il s'agit d'une Directive. Vivement donc que les législateurs nationaux s'acquittent de cette obligation pour le développement commun et harmonisé de toute la Communauté.

65. L'importance de l'interconnexion est reconnue par tous les législateurs africains, car comme le font remarquer certains auteurs, tous « *les États reconnaissent l'obligation pour les opérateurs de réseaux de télécommunications ouverts au public de faire droit aux demandes d'interconnexion des exploitants de réseaux ouverts au public et des fournisseurs de services de télécommunications dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires* »[173]. Puisque c'est un droit pour l'opérateur demandeur, la demande d'interconnexion doit être traitée dans un délai raisonnable mais

---

L'expression « *sont tenus* » dénote l'idée d'obligation, de contrainte. Il en ressort donc que l'interconnexion n'est pas seulement un droit, mais une contrainte à laquelle doit se soumettre tout opérateur d'un réseau ouvert au public. Cette vision semble plus efficace que celle de la CEMAC, dans la mesure où si en réalité, l'interconnexion favorise l'accès des opérateurs aux réseaux, lorsqu'elle s'établit, elle produit des conséquences positives à l'égard des consommateurs. Donc, il faudrait obliger les opérateurs à s'interconnecter.

[170] Cf. art. 3, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques. Cependant, beaucoup d'États tardent à intégrer cette dimension communautaire.

[171] L'article 5 de la loi centrafricaine n° 07-020 du 26 décembre 2007 portant régulation des télécommunications, dispose clairement que « *l'interconnexion entre les différents réseaux nationaux de télécommunications est obligatoire* ».

[172] Cf. Considérant n° 2, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques.

[173] VÈVE (É.), *op. cit., p. 42.*

aussi de bonne foi et de façon transparente[174], objective et non discriminatoire[175]. Dans ce cadre, le principe de non-discrimination signifie qu'un opérateur fournissant des services de télécommunication ne doit pas appliquer à un concurrent, quel qu'il soit des conditions techniques et commerciales moins favorables que celles qu'il s'appliquerait à lui-même, à ses filiales ou à ses associés pour ce qui est de la fourniture des services[176]. En effet, pratiquer des taux discriminatoires à l'égard d'autres opérateurs pourrait s'analyser comme un indice d'abus de position dominante. En ce sens, la Commission de l'Union Européenne, dans l'affaire *Sealink*[177], tout en consacrant en droit européen[178] la théorie de l'*« installation essentielle »*[179], décide qu'en accordant l'accès à une installation essentielle, à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, l'opérateur impose un désavantage concurrentiel au concurrent et commet ainsi une infraction à l'article 86 du Traité de l'UE.

66. S'agissant des délais, la durée des négociations déclenchées par une demande d'interconnexion ne saurait excéder trois mois à partir de la formulation de la demande. De même, le délai de réponse ne saurait excéder deux mois à partir de la clôture des négociations[180]. Par ailleurs, la demande d'interconnexion et d'accès au réseau ne peut être refusée que si elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur, et d'autre part, des capacités de l'opérateur à la satisfaire. Tout refus d'interconnexion doit être dûment justifié, motivé[181] et être notifié par l'opérateur

[174] C'est sans doute ce souci de transparence et d'objectivité qui a déterminé le législateur camerounais, sous l'impulsion de la Directive communautaire, à exiger des fournisseurs de services, qu'ils publient, chaque année une offre technique et tarifaire d'interconnexion, laquelle doit être approuvée par le régulateur. Cf. art. 42, loi 2010-13. Cependant, à titre de droit comparé, dans l'UEMOA, l'obligation de publier les catalogues d'interconnexion n'est mise qu'à la charge des opérateurs puissants (c'est-à-dire ceux détenant au moins 25% du volume du marché), Cf. art. 4, Directive UEMOA relative à l'interconnexion des réseaux.
[175] Cf. art. 3, al. 1, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques.
[176] Cf. HIPPSA, Harmonisation réglementaire des TIC, étude comparée des initiatives régionales, *op. cit.*, p. 58.
[177] Décision de la Commission, du 21 décembre 1993, IV/34.689 - Sea Containers c/Stena Sealink.
[178] FRÉGET (O.), *op. cit.*, p. 3.
[179] Pour plus de développements sur cette théorie, voir infra, (Titre II – Chapitre I – Section I – Para I – A).
[180] Cf. art. 3 al. 2, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques; voir aussi article 42, al. 4, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[181] Cf. art. 43 al. 1 loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.

refusant l'interconnexion. L'Autorité nationale de régulation doit être informée des décisions de refus d'interconnexion[182].

Situant leurs efforts dans une logique d'intégration, les textes communautaires ont utilement étendu le principe de la liberté de prestation de services de communications électroniques, pour tout opérateur communautaire, à l'ensemble des territoires des États membres.

PARA. II : LA LIBRE CIRCULATION DES SERVICES ET DES OPÉRATEURS DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

67. Le principe du libre accès au secteur des activités de communications électroniques ne vaut pas seulement pour l'État d'origine du citoyen souhaitant en jouir. En effet, selon les textes en vigueur dans la CEMAC, les opérateurs économiques bénéficient de deux droits fondamentaux leur permettant d'étendre ou d'exercer leurs activités sur le territoire des autres États membres. Il s'agit précisément de la liberté de prestation des services et du droit d'établissement. Pour la mise en œuvre de ces deux prérogatives du citoyen communautaire, des principes communs ont été dégagés à l'attention des États. En effet, il leur est recommandé d'encourager la concurrence et la transparence et surtout de ne point discriminer en fonction de la nationalité. Il s'agit de permettre l'exercice effectif de la libre circulation des services de communications électroniques (A) et le droit d'établissement des opérateurs des services de communications électroniques (B).

A- LA LIBRE CIRCULATION DES SERVICES DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

68. La libre circulation des services signifie la possibilité pour tout prestataire établi dans un État de fournir ses services contre rémunération à tout bénéficiaire situé dans un autre État membre. En effet, le prestataire et le bénéficiaire du service ne doivent pas être situés sur le territoire d'un même État, mais sur le territoire d'États différents,

[182] Cf. art. 3 al. 3, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques.

tous membres de la CEMAC. Elle se met en œuvre selon des formes particulières : soit le prestataire se déplace momentanément pour se rendre dans le pays du bénéficiaire afin de lui fournir le service, soit c'est le bénéficiaire qui se déplace dans le pays du prestataire pour recevoir ce service, soit enfin que seule la prestation se déplace, chacun restant chez soi.

69. En plus, la libre circulation des services ne se conçoit pertinemment qu'à l'égard des prestataires non-salariés. En effet, d'après l'article 27 alinéa 1 b) et c) *in fine* de la Convention modifiée de l'Union Économique de l'Afrique Centrale (UEAC), ne peuvent se prévaloir de cette liberté que les prestataires d'activités non salariées. Dans la même logique, le Traité CE considère comme services, les prestations fournies contre rémunération[183] par des acteurs économiques indépendants[184]. S'agissant de la condition de la rémunération, il faut relever qu'il importe peu que cette rémunération soit versée directement par le bénéficiaire des services lui-même dans la mesure où il a été jugé que la délivrance de soins par un hôpital sans que le patient ait à les rémunérer constituait une prestation de service car l'hôpital était rémunéré par un tiers[185]. Aussi, il est important, afin de délimiter le champ de cette liberté, de distinguer clairement entre un service et une marchandise. En effet, au sein d'une même entreprise, pendant que certaines activités relèvent de la production des services, d'autres par contre relèvent du cadre de la libre circulation des marchandises[186]. Ainsi, pour une entreprise de téléphonie mobile, les équipements terminaux constituent des marchandises tandis que les SMS[187] constituent des services. La distinction est importante dans la mesure où les services et les marchandises ne relèvent pas du même régime juridique.

70. Si le principe de la libre prestation des services à l'échelle communautaire est consacré dans la CEMAC, son domaine est cependant limité et ses modalités mal définies en l'état actuel du droit communautaire. En effet, il ressort de l'article 27 alinéa

[183] Même si la condition de la rémunération ne ressort pas expressément de la Convention modifiée de l'UEAC, il est clair qu'un investisseur n'agit en général qu'à titre onéreux.
[184] DUBOUIS (L.) et BLUMAN (C., *Droit matériel de l'Union Européenne*, 4ème éd., Montchrestien, Domat, Droit Public, 2006, p. 79.
[185] Cf. CJCE, arrêt *Smits* et *Peerbooms*, 12 juillet 2001, cité par DUBOUIS (L.) et BLUMAN (C.), *op. cit.*, p. 79.
[186] Une distinction en ce sens a été opérée entre la projection des émissions et les films vidéo cassettes d'une entreprise audiovisuelle par la CJCE, le 30 avril 1974 dans l'Affaire *Sacchi*, 155/73, Rec., p. 409.
[187] Abréviation de « Short Message Service », service permettant sur les réseaux de téléphoniques d'envoyer de courts messages.

1 c) de la Convention modifiée de l'UEAC, que la liberté de prestations de services est appliquée par priorité aux services qui interviennent de façon directe dans les coûts de production ou dont la libération contribue à faciliter les échanges de marchandises. L'utilisation de l'expression « *par priorité* » semble dans une certaine mesure, signifier qu'en dehors des services visés, les autres bénéficieront d'un traitement de second ordre, une sorte de principe à double vitesse.

Pour leur part, les services des communications électroniques, parce qu'ils interviennent dans le coût de production d'autres services, et aussi, parce qu'ils contribuent à la facilitation des échanges de marchandises, font évidemment partie du domaine prioritaire de la libre circulation des services. C'est sans doute pour caractériser ces vertus que le Conseil des Ministres affirme l'importance des technologies de l'information et de la communication dans le développement de l'innovation, de la compétitivité, de l'emploi et de la croissance économique dans l'ensemble des États de la CEMAC[188].

Plus spécifiquement, l'organisation de la libre circulation des services des communications électroniques est réalisée à travers quelques instruments communautaires. D'après l'article 3 alinéa 1 de la Directive Communautaire relative à l'interconnexion, il ressort que ce service n'est pas seulement dû aux opérateurs d'un même État, mais aussi, à ceux d'autres États de la CEMAC[189]. Ainsi, au-delà du droit de fournir son service à l'étranger, le législateur communautaire a consacré l'obligation de satisfaire la demande venant d'un autre État membre. De même, l'interopérabilité imposée par le Conseil des Ministres aux opérateurs du secteur des communications électroniques, s'agissant de leurs équipements terminaux, a un cadre communautaire. Le souci des autorités communautaires étant, à terme, de favoriser une interconnexion des réseaux nationaux et la construction des réseaux transnationaux et communautaires, il est clair que cette ambition ne peut commencer que par la reconnaissance de la

[188] Cf. Préambule, Directive CEMAC n° 09/08 du 19 décembre 2008 harmonisant les régimes juridiques des activités de communications électroniques.

[189] Ce texte dispose expressément que : « *Les opérateurs de réseaux de communications électroniques ouverts au public font droit aux demandes d'interconnexion émanant des autres exploitants de réseaux ouverts au public ou des fournisseurs de services de communications électroniques, du même État et/ou des autres États membres de la Communauté* ».

possibilité, pour tout prestataire, de desservir tous les États de la Communauté. Ceci ne peut être effectif que si les équipements terminaux d'un opérateur sont interopérables avec ceux des opérateurs d'autres États membres.

71. Aussi, parce que tout opérateur situé dans un État membre a le droit de fournir ses services aux citoyens établis sur le territoire d'autres États membres, il en résulte que les appels d'offres aux fins de prestations diverses lancés par les autorités d'un État devront alors s'étendre aux opérateurs d'autres États. Cette exigence résulte d'ailleurs tacitement de l'article 13 du Règlement 04/99 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres qui dispose que : « *Les marchés publics sont passés par voie d'appel d'offres ouvert, et publiés aux Journaux Officiels d'annonces légales de la Communauté et des États membres* ». Ainsi, l'obligation de publier de tels avis au Journal Officiel de la Communauté ne fait que traduire le droit pour les prestataires situés dans les autres États d'être informés de telles opportunités afin de pouvoir utilement soumissionner. De plus, aucune discrimination ne devra être opérée entre les prestataires en fonction de leur nationalité, dès lors qu'ils sont établis sur le territoire d'un État membre[190]. En effet, et dans la logique de la position de la CJCE[191], un prestataire n'a pas besoin de justifier d'un établissement stable dans un État précis pour y prester ses services.

72. Cette liberté de prestation des services des communications électroniques qui s'appuie sur le cadre juridique harmonisé des communications électroniques dans la CEMAC va permettre, dans une large mesure, d'améliorer la situation des consommateurs et de réaliser le vœu du Conseil des Ministres, de voir les utilisateurs en tirer un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité de services[192]. Il est connu, le développement du commerce électronique dépend largement de la possibilité pour les utilisateurs d'accéder aux services de communications électroniques pour communiquer ou commercer entre eux. En conséquence, plus cette liberté sera effective, plus le commerce électronique se développera. Ce développement sera davantage plus

[190] Cf. art. 3 al. 4, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.
[191] Cf. CJCE, 3 décembre 1974, Aff. Van Binsbergen, 33/74, *Rec*., 1299.
[192] Cf. Art. 3 al. 4, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

soutenu grâce au droit d'établissement des prestataires des services des communications électroniques.

B- LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT DES OPÉRATEURS DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

73. Contrairement au principe de la libre circulation des services, le droit d'établissement suppose que le prestataire s'installe de façon durable dans le pays où il entend exercer. La différence avec la libre prestation des services est en principe évidente. En effet, celui qui s'établit dans un autre État membre, exprime là sa liberté d'établissement et est soumis aux mêmes règles que celles qui sont appliquées aux ressortissants dudit État. Cependant, relayant une jurisprudence bien établie, des auteurs relèvent que la législation nationale ne s'applique pas intégralement au prestataire de services[193]. En effet, si le prestataire de service peut se déplacer, généralement, son déplacement à l'étranger est temporaire contrairement au caractère permanent et continu d'un établissement. Ainsi, à l'occasion d'un litige, la Cour de Justice des Communautés Européennes a décidé que la compagnie d'assurance qui maintient une présence permanente dans un autre État, « *crée un établissement* » même si cette présence ne prend que la forme d'un simple bureau géré par le propre personnel de l'entreprise ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence[194].

74. Dans la CEMAC, le droit d'établissement renvoie à la possibilité pour les investisseurs de la sous-région, d'accéder aux activités non salariées et à leur exercice ainsi que l'acquisition, la constitution et la gestion d'entreprises, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement. Ce droit, tout comme la liberté de prestation des services, est un droit fondamental de l'investisseur communautaire. Ainsi, le prestataire est libre de s'établir de façon stable dans un autre État membre, il ne peut y être contraint. Comme la CJCE le relève, une telle contrainte constituerait « *la*

[193] BOULOIS (L.) et BLUMAN (C.), *op. cit.*, p. 80. Cependant, un autre auteur relève que la libre prestation des services suppose pour le prestataire « *d'exercer son activité dans le pays où la prestation est fournie dans les même conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants* », ce qui laisse comprendre que le prestataire des services relèverait, pour la prestation dans un autre État membre, de la législation de ce dernier. Cf. BARAV (A.) et al., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, 1ère édition, PUF, 1993, p. 593.

[194] Cf. CJCE, 4 décembre 1986, Commission C\ Allemagne, 220/83, Rec., p. 3663, cité par BOULOIS (L.) et BLUMAN (C.), *op. cit.*, p. 81.

négation même de la libre prestation des services »[195]. De même, constituant une liberté communautaire, l'exigence au niveau national d'une simple « *autorisation* » d'établissement constituerait une restriction[196]. Une réserve doit cependant être faite à ce niveau. Le droit d'établissement conduisant à l'assimilation du prestataire arrivant au prestataire national, il en résulte que si les nationaux relèvent d'une procédure d'autorisation, les prestataires souhaitant s'établir doivent, eux aussi, relever de la même procédure d'autorisation.

Dans certains secteurs d'activité, ce droit bénéficie d'un cadre juridique très avancé et favorable à sa mise en œuvre. Il en est ainsi du secteur bancaire où grâce à l'institution d'un agrément unique[197], les établissements de crédit agréés au sein d'un État peuvent, sans plus être soumis à la procédure d'agrément, installer soit une succursale, soit une filiale sur le territoire d'un autre État membre. Cette formule, bien qu'efficace, n'a pas encore été expérimentée pour les autres secteurs d'activité.

75. S'agissant du secteur des communications électroniques, l'on retiendra que la mise en œuvre du droit d'établissement est fortement tributaire de l'état du droit en vigueur dans le pays où l'opérateur souhaite s'installer. En effet, en disposant que le droit d'établissement doit s'exercer « *dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement* »[198], le législateur communautaire semble abdiquer de sa mission d'harmonisation. Les éventuelles disparités existant entre les législations des États membres sur la question peuvent perturber la politique d'intégration prônée par le Traité de la CEMAC. Ainsi, si dans l'État d'origine, une activité relève simplement du régime de la déclaration ; et que dans l'État d'établissement, elle est soumise au régime de l'autorisation ; cette différence de régime sera de nature à inhiber la capacité des services et des opérateurs à circuler aisément dans l'espace communautaire. La solution aurait peut-être consisté à faire que les autorisations échappent à la compétence des autorités

[195] Cf. CJCE, 4 décembre 1986, Aff. Commission-Allemagne, 205/84, rec., 833 ; et, CJCE, arrêt Coenen, 26 novembre 1975, Aff. 39/75, Rec., 1547. Cités par, SCHAPIRA (J.), et al., *Droit européen des affaires*, Thémis Droit privé, PUF, 4ème édition, 1994, p. 569.
[196] Cf. CJCE, arrêt Transporoute et travaux, 10 février 1982, 76/81, Rec., 417. Cité par, SCHAPIRA (J.), et al., p. 569.
[197] Cf. Règlement du 27 novembre 2000, portant institution d'un agrément unique des établissements de crédit dans la CEMAC.
[198] Cf. art. 27 (b), Convention UEAC.

nationales pour être décidées par les autorités communautaires. La conséquence d'une telle solution serait de soumettre tous les opérateurs du secteur des communications électroniques dans la CEMAC de même que leurs activités au même traitement, favorisant par là leur établissement dans les autres États membres. Certes, en l'état actuel, la Convention modifiée de l'UEAC prévoit l'harmonisation progressive des dispositions nationales réglementant l'accès aux activités non salariées et l'exercice de celles-ci. Mais il semble que le problème est moins cette harmonisation que le contrôle de son effectivité qui doit être assuré par les autorités communautaires, notamment la Commission de la CEMAC[199].

76. Il aurait aussi été souhaitable que le législateur communautaire consacrât, en vue de favoriser l'exercice aisé du droit d'établissement dans le domaine des communications électroniques, le principe de la reconnaissance mutuelle des titres d'accès. Ainsi, lorsqu'un prestataire aurait déjà été agréé pour fournir tel service dans un État membre, il faudra que cet agrément soit reconnu ultérieurement par tout autre État membre dans lequel ce prestataire souhaite s'établir. À l'exemple de ce que le Comité Ministériel de l'UMAC a fait dans le secteur bancaire, l'institution d'un agrément unique dans le secteur des communications électroniques est primordiale dans l'optique de l'effectivité de la liberté d'établissement. Il est regrettable que les textes communautaires n'envisagent que la reconnaissance mutuelle des diplômes sanctionnant les formations dispensées dans les États membres par les établissements publics et privés reconnus par ces États[200]. Cette formule de reconnaissance mutuelle aurait efficacement complété l'œuvre du législateur communautaire tant elle s'analyse comme un procédé d'harmonisation[201]. Dans le droit communautaire européen, la Cour de Justice des Communautés Européennes, à travers l'arrêt *des Cassis de Dijon*, a érigé la reconnaissance mutuelle au rang des règles fondamentales du marché commun[202]. À ce titre, on est sensiblement en droit de conclure, que cette règle s'impose alors aux États

[199] En effet, en vertu de l'article 35 du Traité modifié de la CEMAC, la Commission est chargée de veiller au respect par les États membres des dispositions du Traité et des autres instruments juridiques émanant d'autres organes de la Communauté.
[200] Cf. art. 29, Convention modifiée de l'UEAC.
[201] BOULOIS (L.) et BLUMAN (C.), *op. cit.*, p. 294.
[202] Cf. CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral, Aff. 120/78, Rec., 649.

membres de destination, et ce, de façon naturelle[203]. Par ailleurs, il est difficilement concevable, qu'au sein d'une communauté économique, encadrée par des règles juridiques harmonisées, une activité relevant du domaine coordonné[204], soit libre dans un État membre et soumise à autorisation dans un autre.

77. Le droit d'établissement consacré par les différents textes communautaires pour les prestataires indépendants d'activités non salariées a besoin, pour sa mise en œuvre effective dans le domaine des communications électroniques, que les régimes soient mieux harmonisés, voire même unifiés pour l'ensemble des États membres de la Communauté. Ainsi, serait-il souhaitable que la reconnaissance mutuelle des contrôles techniques et agréments entre bel et bien dans le domaine juridique de la Communauté, ce qui aura l'avantage de faciliter la mobilité des services et des entreprises des secteurs contrôlés à l'instar du secteur des communications électroniques. C'est en ce sens que le caractère de service public communautaire des communications électroniques sera davantage révélé. En effet, si la politique de libéralisation permet d'unifier le marché numérique dans la CEMAC, elle a aussi pour mission de contribuer à vulgariser les services de communications électroniques et surtout à rapprocher ces services des populations, lesquelles doivent en être les premières bénéficiaires afin de pouvoir les mettre au service de leurs activités économiques. En ce sens, l'analyse de l'arsenal juridique mis sur pied dans la CEMAC cadre bel et bien avec l'idée selon laquelle l'accès aux services de communications électroniques est facteur de croissance économique. C'est ainsi, que les autorités en ont fait un service public communautaire.

SECTION II : L'INSTITUTION D'UN SERVICE PUBLIC COMMUNAUTAIRE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

78. Le commerce électronique, à la différence du commerce classique, est fortement dépendant des technologies et des équipements informatiques. Il est constant que cette activité peut booster la croissance économique dans les États membres de la CEMAC tout en favorisant la compétitivité des entreprises de cette région. Seulement,

[203] BOULOIS (L.) et BLUMAN (C.), *op. cit.*, p. 295.
[204] Cf. art. 2, Convention modifiée UEAC.

les citoyens désirant s'y lancer peuvent faire face à un ensemble d'obstacles au nombre desquelles l'inaccessibilité des outils tels l'internet ou le téléphone. C'est dire que l'accès des populations aux services de communications électroniques constitue un préalable à l'accès et au développement du commerce électronique. Cette vision est largement partagée par la Directive sur le commerce électronique de l'Union Européenne qui affirme dans son Préambule l'idée selon laquelle, le développement du commerce électronique dépend entre autres de la possibilité d'accès de tout citoyen à l'internet[205].

79. Pour sa part, et à la suite de conclusions de nombreuses études, les autorités de la CEMAC ont compris que les efforts qu'elles déploient pour libéraliser le secteur des communications électroniques et y accroître l'intensité de la concurrence ne doivent pas faire oublier la nécessité de garantir la fourniture d'un service universel. Cette nécessité étant plus pressante dans la mesure où les populations de la sous-région figurent au rang des plus pauvres de la planète[206]. Dans la même logique, ces autorités doivent s'approprier l'idée selon laquelle la libéralisation ne doit pas « *remettre en cause le service public et le principe d'égalité de traitement du citoyen* »[207]. Bien plus, les pouvoirs publics doivent se convaincre aujourd'hui de la nécessité, dans le contexte d'une société de l'information, de considérer le droit pour les citoyens d'accéder aux services de communications électroniques comme fondamental[208]. En tant que tel, la

---

[205] En effet, il ressort du point (2) du Préambule de cette directive que : « *Le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi dans la Communauté, en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'internet* ».

[206] VÈVE (É.), op. cit,. p. 155.

[207] LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (C.) et PAULIAT (H.), *Droit des services publics*, 3e éd., Armand Colin, 2004, p. 368.

[208] En ce sens, le législateur camerounais pose clairement à l'article 4 de la loi 2010-13 que : « *Toute personne a le droit de bénéficier des services de communications électroniques, quelle que soit sa localisation géographique sur le territoire national* ».
D'après le Conseil constitutionnel français, « *la liberté de communication et d'expression, énoncée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique aujourd'hui la liberté d'accéder à internet* ». Cf. Conseil Constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 28, version électronique, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/commentaires/cahier28/ccc_590dc.pdf.

mise en œuvre d'un tel droit ne saurait faire l'objet d'un désengagement de l'État, le marché étant incapable par lui-même d'en garantir l'effectivité[209].

80. Au regard de tous ces enseignements, la CEMAC, à travers la définition d'un cadre juridique visant à favoriser leur accessibilité à toutes les couches sociales de la Communauté, a sensiblement érigé les services de communications électroniques en service public[210] communautaire. Cette idée s'observe aisément à partir d'une lecture attentive des textes mis en œuvre au niveau communautaire et relayés pour certains sur le plan national. Ainsi, un ensemble de services jugés fondamentaux ont été définis pour être rendus obligatoirement accessibles à tout citoyen communautaire indépendamment de ses revenus et de sa localisation. On assiste là, à l'institution d'un service universel des communications électroniques. Par ailleurs, afin de permettre au citoyen communautaire, en dehors du bouquet de prestations relevant du service universel, de profiter du meilleur rapport qualité/prix, les textes communautaires ont institué un mécanisme de contrôle et d'encadrement des tarifs des communications électroniques. Sommairement, ce cadre juridique vise non seulement à rendre les services disponibles partout, mais aussi accessibles en termes de coût. En conséquence, l'analyse à ce niveau portera sur le régime communautaire tant du service universel (Para. I) que de la tarification (Para. II) des communications électroniques.

PARA. I : LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE DU SERVICE UNIVERSEL DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

81. Donnant écho aux conclusions de certaines études dédiées à la réglementation et au développement des services de communications électroniques, la plupart des Organisations sous régionales en Afrique ont institué pour leurs zones respectives un ''service universel'' et/ou un ''accès universel'' aux services de communications électroniques. Si ces deux notions participent de la même philosophie,

[209] ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, Rapport du séminaire sur le service et l'accès universels, Paris, les 29 et 30 avril 2004, p. 4, www.fratel.org. Il ressort en effet de ce rapport que « *les politiques d'universalité trouvent leur justification dans des situations de défaillance de marché et dans un souci d'équité. La justification économique a pour fondement l'idée que le marché ne fournit pas nécessairement les infrastructures et les services de télécommunications de manière efficiente* ».

[210] «*Le service public peut se définir comme une activité d'intérêt général (critère matériel) exercée par une personne publique ou sous son contrôle (critère organique) et qui suit un régime dérogatoire au droit commun (soumission au droit administratif)* ». COLIN (F.), *L'Essentiel des grands arrêts de droit administratif*, 2011-2012 - 3e édition, Gualino Editeur, 2011.

celle de promouvoir l'utilisation des communications électroniques par les citoyens, elles traduisent en pratique deux réalités différentes. En effet, par « *service universel* », on entend la fourniture de services de communications électroniques à chaque individu ou chaque ménage à sa demande, à un prix abordable et dans des conditions équitables. En revanche, par « *accès universel* », on entend la mise à disposition de services de communications électroniques efficaces, de bonne qualité et à un prix abordable, y compris un accès de bonne qualité à l'internet[211]. En termes de comparaison, il apparaît que l'institution d'un « *accès universel* » cadrerait mieux avec l'objectif de développer la culture du numérique chez les populations. En effet, avec le « *service universel* », ce qui est garanti, c'est la disponibilité du service demandé, alors qu'avec l'« *accès universel* », ce qui est garanti c'est non seulement la disponibilité d'un ensemble de services indispensables, mais aussi la qualité et l'accessibilité des coûts de ces services. Dans la pratique cependant, il apparaît que la distinction ne présente pas vraiment un grand intérêt dans la mesure où les deux expressions sont généralement confondues, employées pour signifier la même chose. D'après un auteur, confusément, ces deux notions renverraient à un contenu identique, c'est-à-dire « *un ensemble de mesures d'intérêt public visant à garantir à tous, dans des conditions définies, l'accès à un ensemble de services reconnus comme essentiels, d'une qualité donnée, et à un prix abordable* »[212]. Bien plus, les politiques d'accès ou de service universels sont toujours organisées autour de trois principes fondamentaux communs à savoir l'universalité, l'égalité et la continuité.

82. Dans la CEMAC, bien que n'évoquant que le service universel des communications électroniques, le législateur l'a cependant assorti d'une définition large qui engloberait même celle d'« *accès universel* », relativisant par là même les frontières entre ces notions. Selon la Directive n° 06/08[213], le service universel renvoie à un ensemble minimal des services définis de bonne qualité qui est accessible à l'ensemble de la population dans des conditions tarifaires abordables, indépendamment de la

[211] Cf. Union Internationale des Télécommunications (UIT*), Harmonisation réglementaire des TIC : Étude comparée des initiatives régionales*, Projet HIPSSA, Décembre 2009.
[212] ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, *op. cit.*, p. 2.
[213] Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 du 19 décembre 2008 fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.

localisation géographique[214]. En d'autres termes, cette conception reflète l'idée selon laquelle, les Technologies de l'Information et de la Communication étant un outil de développement et d'aménagement des territoires, les pouvoirs publics sont tenus d'en garantir l'accès à tout citoyen. Mais l'important, ce n'est pas la consécration d'un service universel, plutôt sa réalisation réelle et effective, laquelle est sujette à quelques modalités juridiques. Parmi ces modalités, l'étude sera essentiellement consacrée d'une part à celles relatives à la mise en œuvre de ce service (A), et d'autre part, à celles relatives à son financement (B).

A- LA MISE EN ŒUVRE DU SERVICE UNIVERSEL

83. Pour mettre en œuvre le service universel dans la Communauté et ses États membres, certaines mesures sont prescrites. Elles visent entre autres à ne confier cette délicate mission qu'aux opérateurs (1) présentant des garanties permettant d'assurer aux populations des services de qualité dont la consistance (2) est définie par le législateur.

1- Le choix des fournisseurs

84. En vue d'une fourniture efficace des services relevant du bouquet du service universel, les textes communautaires ont préféré mettre en berne le principe du libre accès. En effet, pour être fournisseur du service universel, il faut au préalable être sélectionné et agréé en tant que tel. D'après l'article 9 de la Directive n° 06-08 du 19 décembre 2008 fixant le régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC, les États membres doivent recourir au mécanisme d'appels publics à candidatures pour désigner une ou plusieurs entreprises chargées de la fourniture des composantes du service universel[215]. Ni le législateur camerounais du 21 décembre 2010[216], ni son homologue congolais n'ont

[214] Selon l'article 4 de la loi camerounaise 2010/13 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques, « *Toute personne a le droit de bénéficier des services de communications électroniques, quelle que soit sa localisation géographique sur le territoire national* ». Cette disposition est identique à celle de l'article 3 de la loi congolaise n° 9-2009 du 25 novembre 2009 portant règlementation du secteur des communications électroniques.

[215] Au cas où l'appel se révèle infructueux, il peut être procédé, par les pouvoirs publics, à la désignation d'un opérateur capable d'assurer le service universel sur l'ensemble du territoire national. Cf. art. 9 al. 4, Directive CEMAC n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres.

[216] Date d'adoption des différentes lois d'intégration des directives communautaires relatives aux communications électroniques dans l'ordre juridique camerounais.

apporté plus de précisions sur les modalités de désignation de ces fournisseurs du service universel.

La Directive n° 06-08 quant à elle, indique les principes qui doivent encadrer la désignation de ces fournisseurs. Ainsi, elle précise que le mécanisme d'appels publics à candidatures retenu par les États membres doit être non-discriminatoire, objectif et transparent[217]. Partant de là, il faut retenir que la procédure, pour être régulière et légitime, doit respecter trois principes fondamentaux.

85. D'abord, l'autorité de désignation doit s'abstenir de toute discrimination : c'est le principe de non-discrimination. Ce principe a au moins deux sens. D'une part, il signifie que les fournisseurs doivent être choisis sans discrimination, notamment en fonction de leur nationalité dans la mesure où ils sont ressortissants d'un État membre. En effet, étant dans une zone intégrée, le principe de libre prestation des services étant acquis à tout citoyen communautaire, il s'agit de réaffirmer son importance dans ce domaine spécifique. D'autre part, il signifie technologiquement que tout opérateur peut être chargé de fournir le service universel, sans considération de la ou des technologie(s) qu'il utilise[218]. Cette idée cadre bel et bien avec la recommandation de l'Union Internationale des Télécommunications selon laquelle les États devront « *adopter en matière de licences des pratiques technologiquement neutres permettant aux fournisseurs de services de recourir aux technologies les plus rentables pour proposer leurs prestations à l'utilisateur final* »[219]. Le souci étant de faire profiter aux populations le meilleur de toutes les technologies, il est important d'ouvrir la concurrence à toutes les innovations afin de pouvoir finalement retenir celle qui offre le meilleur rapport qualité/prix.

86. Ensuite, l'autorité de désignation doit observer le principe de l'objectivité. Par la consécration de ce principe, le Conseil des Ministres invite les États à tenir compte de la nécessité d'assurer un développement numérique équilibré de tout le territoire national. C'est pourquoi, il leur est exigé avant l'appel d'offres, de formuler une

[217] Cf. art. 9 al. 2, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[218] *Idem*.
[219] UIT, Lignes directrices concernant les meilleures pratiques de réglementation pour l'accès universel, Colloque Mondial des Régulateurs, Genève, Suisse, 8-9 décembre 2003, www.itu.int.

politique nationale définissant des objectifs d'accès ou de service universel appropriés et réalistes[220]. De plus, l'appel public à candidatures doit tendre à la satisfaction de besoins non déjà couverts par le marché. À ce titre, il doit être précédé d'un diagnostic de l'état actuel et futur du service universel sur l'ensemble du territoire de l'État membre[221].

87. Enfin, la procédure de désignation doit être transparente. Maître-mot de toute politique de développement, l'évocation de ce principe vise sans doute à insister sur le caractère fondamental des objectifs à atteindre. Ce principe complète utilement les deux premiers en ce que tout le processus doit être lisible. Ce principe implique pour les pouvoirs publics une obligation d'informer les populations et les fournisseurs. Ainsi, il est prévu que l'appel à candidatures fasse l'objet d'une publicité suffisante afin de permettre à tous les opérateurs intéressés de présenter leur candidature[222]. De même, les avis de publicité doivent clairement faire ressortir un certain nombre de renseignements indiquant les autorités responsables de l'organisation de l'appel à candidatures et de la sélection d'une ou des entreprises qui devront fournir le service universel, précisant la procédure et les critères de sélection, et surtout l'objet de l'appel à candidatures, à savoir les services attendus, les régions et/ou localités où ils doivent être desservis ainsi que les objectifs de performance de ces services.

88. Les États membres peuvent décider de confier la fourniture du service universel en lots séparés. Ces lots pouvant être définis matériellement[223] ou territorialement[224]. Aussi, il leur est loisible avant le lancement des appels à candidature, de mettre en place une procédure de pré-qualification afin de s'assurer de la capacité des entreprises candidates à fournir le service universel. Cette procédure de pré-qualification doit être menée, elle aussi, de manière non-discriminatoire, objective, et transparente.

89. Les États membres peuvent délivrer aux entreprises retenues une licence portant sur la fourniture de services universels. Ces licences devront préciser les droits

---

[220] *Idem.*
[221] Cf. art. 9 al. 2, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[222] *Idem*.
[223] Un tel lot consisterait simplement en un certain nombre de services relevant du bouquet du service universel.
[224] Ce lot serait représenté par des zones géographiques.

et obligations des entreprises sélectionnées et notamment les possibilités éventuelles de sous-traitance ou de transfert ; la durée de la convention, laquelle ne peut excéder trois ans ; les méthodes de calcul des coûts nets du service universel ainsi que les modalités de versement des subventions en vue de compenser ces coûts ; les modalités de contrôle du respect des obligations sur la base, notamment, de comptes rendus annuels d'activités de fourniture du service universel, lesquels doivent être rendus publics, et/ou d'audits réalisés par des organismes agréés et indépendants aux frais des entreprises retenues et les sanctions encourues en cas de non-respect des obligations. Ces licences doivent pouvoir être librement consultées par le public[225]. Toutes ces informations doivent être clairement formulées. Ceci afin d'éviter tout conflit ultérieur entre l'attributaire et le régulateur obligeant ce dernier à procéder à la renégociation de la convention, ce qui affecte la crédibilité du dispositif[226].

L'opérateur ainsi désigné aura alors la mission d'assurer, avec efficacité, un certain nombre de services relevant du bouquet du service universel.

2- La consistance du bouquet du service universel

90. En instituant le service universel, les législateurs nationaux et communautaire n'ont pas l'intention de se substituer au marché, mais simplement de le compléter, de lutter contre l'exclusion de certaines populations, de permettre l'accès des zones et populations reculées aux services de communications électroniques. L'interventionnisme de l'État à ce niveau est minimal. Ainsi, les services relevant du bouquet universel sont définis généralement en tenant compte de l'offre du marché et de la frange des populations desservies. Dès lors, le contenu du service universel est très dynamique et peut en réalité varier dans sa consistance d'un État ou d'une zone géographique d'un État à un(e) autre. En effet, il s'agit à travers une telle politique de ramener les populations marginalisées[227] au même niveau que celles bénéficiant déjà de

[225] Cf. art.10, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[226] ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, *op. cit.*, p. 14.
[227] C'est le cas notamment des populations vivant dans des zones où les coûts de revient sont élevés (régions rurales ou isolées), des groupes à plus faible revenu ou des personnes présentant un handicap tels que les aveugles ou les malentendants.

l'accès dans les conditions du marché en vue de rendre effectif le principe de l'égalité des citoyens devant le service public des communications électroniques.

91. Comme conséquence de l'idée qui précède, la notion de service universel se révèle avoir un contenu subjectif et variable. Même si au niveau communautaire, un ensemble de services sont définis comme constituant ce bouquet, la Directive, tenant compte des spécificités des États membres, prévoit que ces derniers « *peuvent imposer des services supplémentaires, notamment en vue du raccordement des écoles et des établissements hospitaliers au réseau téléphonique public et aux accès internet, sous réserve que ceux-ci soient définis dans le respect des dispositions de la présente directive et des principes d'égalité, de continuité, d'adaptabilité et de transparence* »[228]. Les besoins en termes de développement du numérique peuvent être différents d'un État à un autre. En conséquence, la notion de service universel ne renvoie pas elle-même à un contenu universellement admis. Les prestations faisant partie du service universel dépendent de l'économie, des besoins de la société et de l'état de la technique[229]. Mais, des référentiels existent en la matière. Ainsi, une bonne politique de service ou d'accès universels doit viser au moins à permettre l'accès de toutes les couches sociales au téléphone. Pour sa part, le Conseil des Ministres de la CEMAC prévoit que : « *Les États membres veillent à ce que soient fournis à leur population, quelle que soit leur localisation géographique, à des conditions tarifaires abordables et de façon ininterrompue, les services énumérés ci-après : Le raccordement au réseau téléphonique public; La mise à disposition de cabines téléphoniques publiques ; L'accès à un télécentre communautaire; Un accès aux services d'urgence; La possibilité d'utiliser des services de renseignements et un annuaire; Le bénéfice de mesures particulières pour certains groupes sociaux* »[230]. Ces services sont donc vus comme des services minimaux[231], essentiels[232] pour l'insertion du citoyen communautaire,

[228] Article 3 al. 1 Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[229] ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, *op. cit.*, p. 6.
[230] Cf. art. 3, al. 1 Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[231] En effet, le service universel ne porte pas sur tous les services de communications électroniques mais seulement sur certains d'entre eux, jugés nécessaires voire indispensables au développement des populations.
[232] Ainsi, lorsque ces services ne s'avèrent plus essentiels, ils doivent cesser. Par exemple, le législateur gabonais prévoit que le Ministre chargé des Télécommunications peut, sur avis motivé de l'Agence, relever un opérateur de tout ou partie de ses obligations en matière de service universel lorsque ces obligations ne répondent plus à un

indépendamment de sa localisation ou de ses revenus, dans la société de l'information. Tenant compte du caractère dynamique de la notion, l'UIT recommande de réexaminer périodiquement les politiques, les réglementations et les pratiques relatives à l'accès/au service universel pour les adapter en fonction de l'évolution des services TIC et des besoins des utilisateurs finals[233]. Ainsi, le législateur camerounais prévoit que le contenu du service universel doit faire l'objet d'un réexamen périodique par l'Administration chargée des Télécommunications[234]. Le délai de réexamen doit sûrement être celui de trois ans prévu par la Directive n° 06-08[235]. C'est le même délai qui a été retenu dans l'Union Européenne[236].

La Directive ne s'est pas juste limitée à l'énumération de ces services. Elle précise que ces services doivent être fournis dans des conditions qui garantissent leur qualité, leur accessibilité, leur permanence et l'égalité des utilisateurs.

92. S'agissant de l'exigence de qualité, elle consiste à s'assurer que les services sont fournis de telle sorte que les bénéficiaires puissent en jouir convenablement. Par exemple, tout raccordement réalisé dans le cadre du service universel, doit permettre aux utilisateurs d'émettre et de recevoir des appels téléphoniques locaux, nationaux et internationaux, des communications par télécopie ainsi que l'accès à internet à un débit suffisant. En effet, sans un débit suffisant, les transactions du commerce électronique seront fortement perturbées.

93. Relativement à l'exigence de l'accessibilité, souci majeur de la politique de service universel, une pression était mise tant sur les pouvoirs publics nationaux que sur les opérateurs attributaires des segments de marché relevant du service universel. Ainsi, les États devaient s'assurer de la mise en place de calendriers de déploiement de cabines téléphoniques afin qu'au 31 décembre 2012 au plus tard[237], toutes les

besoin du service public. Cf. art. 9, Décret n°000544 /PR/MPT du conseil d'État Fixant les modalités de mise en Œuvre, de financement et de gestion du fond spécial du service universel des télécommunications.

[233] UIT, Lignes directrices concernant les meilleures pratiques de réglementation pour l'accès universel, Colloque Mondial des Régulateurs, Genève, Suisse, 8-9 décembre 2003, www.itu.int.

[234] Cf. art. 28, al. 3, Loi 2010-13.

[235] Cf. art. 3, al. 2, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.

[236] Cf. Directive 2202/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive service universel).

[237] Tel n'est pourtant pas encore le cas plus de cinq mois après l'échéance fixée.

communautés de plus de deux cents habitants puissent disposer d'une cabine téléphonique publique et d'un accès internet au plus tard au 31 décembre 2015[238]. Les cabines téléphoniques publiques doivent être installées de telle manière qu'aucune personne ne soit obligée de marcher plus de trois kilomètres pour y accéder. En effet, le service universel est un service de proximité. Cette disposition qui aura l'avantage, sous réserve de son effectivité encore espérée, de sortir les États de leur indolence, est salutaire dans la mesure où, par rapport aux objectifs à atteindre, les délais qu'elle indique sont très contraignants. Si l'accessibilité ne signifie pas forcément absence de coût, il demeure cependant que, pour certains services jugés indispensables, la Directive communautaire recommande plutôt la gratuité. Il en est ainsi des services d'urgence[239]. Pour les autres services, les coûts doivent être raisonnables. Dans cette logique, elle indique que les paiements échelonnés doivent être autorisés pour le raccordement au réseau téléphonique[240].

Les services fournis dans le cadre du service universel doivent être permanents. Cette permanence implique un accès ininterrompu au réseau ou à une offre. En vertu de cette exigence, il n'est possible à un fournisseur du service universel de supprimer une offre particulière que s'il existe un substitut disponible.

94. Enfin, les services relevant du bouquet universel doivent être accomplis dans le respect du principe de l'égalité des citoyens[241], sans discrimination et le cas échéant en tenant compte de la particularité de certaines couches sociales. Dans cette logique, il est interdit aux fournisseurs des annuaires téléphoniques de discriminer dans le cadre du traitement et de la présentation des informations qui leur ont été communiquées par les opérateurs. En revanche, et lorsque cela s'avère approprié, les États membres doivent prendre des mesures particulières en faveur des utilisateurs handicapés et des utilisateurs ayant des besoins sociaux spécifiques pour leur permettre

[238] Cf. art. 5, al. 1, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[239] Cf. art. 6 Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[240] Cf. art. 4, al. 3, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[241] D'après l'article 27 de la loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques, la mise en œuvre du service universel tient compte entre autres de l'égalité d'accès aux services de communications électroniques.

un accès équivalent, à des prix abordables, aux services téléphoniques accessibles au public, y compris aux services d'urgence[242], de renseignements téléphoniques, d'annuaire et accès internet[243].

Afin de ne pas paralyser le fonctionnement du service universel, les autorités communautaires ont mis sur pied un mécanisme de financement dont l'analyse des modalités revêt une importance certaine dans le cadre de ce chapitre.

B- LES MODALITÉS DE FINANCEMENT DU SERVICE UNIVERSEL

95. Pour rendre effective l'obligation du service universel de communications électroniques, il est institué un fonds de financement du service universel dont il convient d'analyser la consistance (1) et les règles de gestion (2).

1- La consistance du fonds de financement du service universel

96. Toute politique de développement des services de communications électroniques, au-delà de l'institution d'un service universel, crée aussi un mécanisme de financement de ces services. Il s'agit en effet d'un ensemble de ressources mobilisées ou mobilisables en vue de soutenir les performances des opérateurs investis de la mission de fournir le service universel. La Directive relative au service universel dans la CEMAC recommande ainsi aux États membres de mettre en place un Fonds de financement du service universel dont les missions seront de promouvoir le développement du service universel au niveau national, et d'indemniser le(s) opérateur(s) chargés de fournir celui-ci. Ce fonds peut être constitué de redevances versées par les opérateurs, des emprunts contractés par l'État membre et qui sont affectés au Fonds, du produit des placements, des dotations du budget de l'État, des dons et libéralités et plus généralement, de toutes autres recettes qui pourraient lui être affectées.

97. Les États membres sont libres de déterminer les modes de financement qui conviendraient le mieux à leur situation. En utilisant l'expression « *peuvent* », le Conseil

[242] Cette notion n'est pas définie par les textes. Mais, abordant la question des appels d'urgence, le législateur gabonais dit qu'il s'agit, sans que cette liste soit exhaustive, des appels destinés aux services suivants : -la Sécurité, -les pompiers et -les services d'assistance médicale d'urgence. Cf. art. 4, Décret n° 000544 /PR/MPT du 15 juin 2005 du conseil d'État Fixant les modalités de mise en Œuvre, de financement et de gestion du fond spécial du service universel des télécommunications.

[243] Cf. art. 8, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.

des Ministres préserve la souveraineté des États sur cette question. Cependant, on a l'impression que le législateur camerounais a tiré profit du large éventail de modes proposés par la Directive communautaire pour diversifier au niveau national les moyens de financement du Fonds du service universel. En effet, l'article 20 de la loi 98-014 régissant les Télécommunications n'avait prévu, comme mode de financement du Fonds que les contributions des opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications. Aujourd'hui, en plus des redevances des opérateurs, sont notamment retenus les subventions de l'État, les revenus issus de la production et de l'édition de l'annuaire universel d'abonnés, les excédents budgétaires de l'Agence de Régulation des Télécommunications, des dons et legs…[244].

98. La contribution des opérateurs sous forme de redevances doit être faite dans les conditions de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité[245]. Au Cameroun, il est prévu que le financement des coûts imputables à l'obligation de service universel est assuré par l'ensemble des exploitants des réseaux de communications électroniques ouverts au public et par l'ensemble des fournisseurs de services de communications électroniques au public, dans les conditions fixées par les conventions ou les cahiers de charges respectifs. Pour l'essentiel, cette contribution est fixée au taux de 3% du chiffre d'affaires annuel hors taxe[246]. Au Gabon, les opérateurs doivent contribuer à ce fonds à concurrence de 2% du chiffre d'affaires net de l'exercice précédant la mise en recouvrement de la redevance[247].

Afin de s'assurer que les opérateurs concernés vont effectivement s'acquitter de cette redevance d'importance capitale, des mesures indiquées par la Directive et des études, doivent être mises en œuvre par les pouvoirs publics nationaux. Il s'agit en réalité de s'assurer que les opérateurs disposent d'un système de comptabilité fiable. Ainsi, les opérateurs et exploitants des réseaux de communications électroniques doivent tenir une comptabilité analytique permettant de déterminer les coûts, produits et

[244] Cf. art. 34 al. 1, loi n° 2010-13 précitée, cette disposition est reprise par l'article 3 du Décret n°2012/308 du 26 juin 2012 portant modalités de gestion du Fonds spécial des Télécommunications.
[245] Cf. art. 15, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[246] Cf. art. 34 al. 2, loi n° 2010-13.
[247] Cf. art. 13, Décret n° 000544 /PR/MPT du conseil d'État du 15 juillet 2005 fixant les modalités de mise en Œuvre, de financement et de gestion du fond spécial du service universel des télécommunications.

résultats de chaque réseau exploité et de chaque service offert. Par ailleurs, leur comptabilité doit être certifiée. Cette exigence qui est rappelée de façon spécifique dans ce domaine par certains législateurs[248] vise sans doute à relever l'importance de la transparence dans la mise en œuvre du financement de ce fonds, critère sans lequel la gestion du fonds risque d'être inefficiente.

2- La gestion du fonds de financement du service universel

99. Une fois les modalités de contribution au fonds définies, il est important d'analyser le mode de gestion élaboré par les autorités et mis en vigueur dans la Communauté. Pour une meilleure gestion de ce fonds, les modalités du calcul du coût net (a) et les compétences des autorités qui interviennent dans ce cadre (b) doivent être clairement définies.

a. Les modalités de calcul du coût net

100. Il est important de financer le service universel en vue d'assurer son effectivité. Cependant, le mode de financement doit veiller au respect d'un certain équilibre[249]. En effet, la problématique des aides anticoncurrentielles ne doit pas être ignorée lorsqu'on aborde la question du financement du service universel. D'une part, il faut éviter, par des charges supplémentaires, de réduire les performances d'un opérateur. D'autre part, il faut éviter, par des aides injustifiées et impertinentes, de favoriser un opérateur au détriment des autres. Ainsi, la technique choisie par le législateur à la suite des propositions des experts est celle du calcul du coût net. Technique permettant de ne financer, au final, que les pertes subies par le fournisseur à cause du service universel.

101. Le coût net, c'est la différence entre les dépenses et charges d'exploitation et de fourniture du service universel et les produits générés du fait de ces services. Sa logique est simple, si le résultat est négatif, il y aura lieu à compensation au profit du prestataire. Mais, si le résultat est positif, il n'y aura lieu à aucune compensation ou

[248] Cf. art. 10, Décret gabonais relatif aux droits, redevances et contributions applicables aux opérateurs de télécommunications titulaire d'une DSP ou d'une licence.
[249] Ainsi, le législateur gabonais prévoit par exemple qu'il est mis fin au versement des subventions à un opérateur si l'équilibre d'exploitation des services fournis dans le cadre de son obligation de service universel est atteint. Cf. art. 38, Décret n° 000544 /PR/MPT du Conseil d'État Fixant les modalités de mise en Œuvre, de financement et de gestion du fond spécial du service universel des télécommunications.

subvention : on ne finance donc que le déficit encore dit pertes évitables[250]. Aussi, de l'avis de certains experts sur la question, il serait nécessaire, de distinguer les coûts nets attribuables au service universel des coûts qui sont liés à l'inefficacité potentielle, technique ou commerciale[251] de l'opérateur en charge du service universel[252]. En effet, le financement doit être optimalisé. Il ne doit nullement s'agir de dépenser les deniers publics pour financer l'incompétence ou l'inefficience de la stratégie d'un opérateur.

102. Parce que le risque de distorsions concurrentielles est réel dans ce domaine, il s'avère important de vérifier que le déficit qui est compensé ne résulte ni d'une activité autre que celle relevant du bouquet universel ni de la stratégie défaillante du fournisseur. À cet effet, il doit être institué des systèmes de contrôle et de comptabilité stricts[253]. C'est en cela que les opérateurs chargés du service universel sont tenus de disposer de comptes séparés permettant de distinguer aisément les résultats d'activités relevant du service universel du résultat des activités n'en relevant pas[254]. En effet, l'efficacité de la stratégie doit s'appuyer sur une juste comptabilisation des recettes[255]. Il convient donc de veiller à évaluer correctement les coûts que l'entreprise désignée aurait évités si elle avait eu le choix de ne pas remplir d'obligations de service universel.

Une fois toutes ces précautions prises, il faudra encore déterminer quels éléments peuvent être pris en compte pour évaluer le bénéfice tiré de la prestation du service universel. En effet, le souci d'éviter que le financement du service universel ne débouche sur des distorsions concurrentielles invite à tenir compte, pour le calcul du profit évitable, non seulement du profit matériel ou financier, mais aussi, et comme c'est

[250] C'est-à-dire, pertes que l'opérateur aurait évitées s'il n'était pas soumis aux contraintes du service universel.
[251] À titre de droit comparé, le droit de l'Union Européenne (L'annexe IV, partie A, de la Directive 2002/22) en matière de financement du service universel prévoit expressément que « *les autorités nationales envisagent tous les moyens possibles pour inciter les opérateurs (désignés ou non) à remplir leurs obligations de service universel de manière rentable* ». En d'autres termes, il s'agit de leur recommander de ne point financer des pertes subies du fait d'une mauvaise stratégie du fournisseur.
[252] ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, *op. cit.*, p. 7.
[253] Cf. art. 12, al. 2, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[254] Cf. art. 12, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.
[255] ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, *op. cit.*, p. 8.

désormais la tendance dans la plupart des législations[256], des avantages immatériels, concurrentiels acquis au prestataire du fait du service universel. Cette position résulterait aussi de l'article 12 de la Directive CEMAC 06-08 selon lequel les recettes à prendre en compte, sont celles induites directement ou indirectement de la fourniture du service universel. Ainsi, un calcul juste du coût net doit tenir compte des bénéfices induits dont les plus courants sont l'ubiquité, la réputation de l'opérateur, le renforcement de la marque ainsi que le cycle de vie des abonnés[257].

103. L'ubiquité suppose que les nouveaux abonnés dans une région donnée fassent appel en priorité à l'opérateur historique, sachant que ce dernier est partout présent. N'étant habituées qu'au réseau du prestataire du service universel, les populations desservies ne connaissent que ce dernier, si bien que lorsqu'elles décident de souscrire de nouveaux services, ou qu'elles changent de localité, elles ne pensent généralement qu'à ce prestataire qu'elles connaissent déjà. Le cycle de vie d'un abonné suppose que les abonnés non-profitables qui sont desservis choisissent prioritairement l'opérateur du service universel, à partir du moment où ils deviennent profitables. Bien plus, on peut estimer que les parts de marché de l'opérateur historique diminueraient davantage et plus rapidement si celui-ci n'était pas le prestataire de service universel, car, il perdrait alors la clientèle qui lui est réservée d'office dans le cadre du service universel.

La prise en compte de ces bénéfices induits traduit juste l'idée selon laquelle, la fourniture du service universel n'implique pas que de contraintes, mais, est souvent source d'avantages concurrentiels de la part de l'opérateur choisi. Ignorer ce dernier facteur pourrait, dans une certaine mesure, conduire à financer de façon disproportionnée le service universel. Cette prise en compte impose de procéder à une estimation, en termes monétaires, des avantages indirects qu'une entreprise tire du fait de sa position en tant que fournisseur du service universel, et à déduire ce résultat du coût net direct des obligations de service universel afin de déterminer le coût d'ensemble.

---

[256] À titre d'illustration, le point 19 de la Directive Service Universel de l'Union Européenne pose que : « *le calcul du coût net du service universel devrait tenir dûment compte des dépenses et des recettes, ainsi que des avantages immatériels découlant de la fourniture du service universel* ».

[257] ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, *op. cit.*, p. 9.

Les pouvoirs publics doivent scrupuleusement veiller au respect de toutes ces exigences, d'ailleurs des pouvoirs conséquents leur sont reconnus.

b. Les autorités compétentes

104. Parce que le service universel participe du service public des communications électroniques et que les ressources du Fonds du service universel sont des deniers publics[258], il a justement paru nécessaire de confier à certaines autorités publiques le soin d'en contrôler la mise en œuvre et l'utilisation des fonds y affectés. À titre principal, on note l'intervention dans la gestion du fonds du service universel, de deux autorités. Il s'agit pour le cas du Cameroun du Ministre des Postes et Télécommunications et de l'Agence de Régulation du secteur des Télécommunications.

105. Dans le cadre de la gestion du Fonds, ces autorités ont notamment la responsabilité de définir les projets prioritaires à financer, à recouvrer les ressources et à ordonner les dépenses. Seulement, alors qu'on aurait cru que, pour une question d'efficacité, l'essentiel des compétences serait laissé à l'autorité de régulation, le législateur camerounais a fait preuve d'une originalité impertinente. En effet, il est parvenu à dissocier la fonction d'ordonnateur de recettes du fonds de celle de l'ordonnateur des dépenses. Ainsi, l'Agence est chargée de recouvrer les ressources[259] tandis que le Ministre des postes et télécommunications est seul ordonnateur des dépenses du Fonds[260]. Cette logique n'est pas reprise par les autres législateurs nationaux. Au Gabon par exemple, il est clairement prévu que c'est l'Agence qui ordonnance les subventions et qui gère le fonds[261]. En réalité, le législateur camerounais aurait dénaturé l'esprit de la Directive au moment de sa transposition sur ce point. D'ailleurs, il ressort clairement de la Directive que : « *Le Fonds de financement du service universel sera géré, dans chaque État membre, par l'autorité nationale de régulation sur la base des programmes prioritaires arrêtés par les pouvoirs publics qui*

[258] Cette précision ressort clairement de l'article 34, al. 3 de la loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[259] Cf. art. 34, al. 4, Loi 2010-13.
[260] Cf. art. 34, al. 7, Loi 2010-13.
[261] Cf. art. 39 et 40 Décret n°000544 /PR/MPT du conseil d'État Fixant les modalités de mise en Œuvre, de financement et de gestion du fond spécial du service universel des télécommunications.

en assureront la supervision »[262]. Que veut en réalité dire « *gérer* », sinon administrer tant les recettes que les dépenses ? On s'interroge d'ailleurs sur l'efficience d'un tel dispositif et sur le partage de responsabilité le cas échéant. Finalement, l'exigence de transparence peut s'en trouver paralysée.

Dans tous les cas, les États doivent comprendre qu'il y a justement urgente nécessité de respecter l'harmonie et la cohérence voulues par les Directives communautaires, s'ils veulent effectivement profiter des avantages des économies d'échelle ambitionnées dans le secteur des communications électroniques. Prenant à cœur cette nécessité d'harmonie, le législateur communautaire l'a étendue à la question de la tarification des services de communication électroniques. Ainsi, afin de favoriser davantage l'accès de tout citoyen communautaire, dans des conditions tarifaires abordables et similaires, aux services de communications électroniques, il est prévu un système de contrôle et d'encadrement des tarifs des communications électroniques.

PARA. II : LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE DE LA TARIFICATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

106. Il serait sans doute vain de dire à un citoyen communautaire qu'il bénéficie d'un droit d'accès aux services de communications électroniques, sans pouvoir s'assurer que les coûts desdits services lui sont accessibles. Ayant déjà, par le biais du service universel, contribué à rendre ces services disponibles, le législateur communautaire vise aussi, à travers le contrôle de leur tarification à les rendre accessibles.

Le principe en matière de tarification des services de communications électroniques, c'est bel et bien que les opérateurs fixent librement les prix et tarifs de leurs prestations. Mais, ils doivent le faire conformément à certains principes dégagés par les textes communautaires au rang desquels, la transparence, l'objectivité et l'égalité de traitement. D'où le constat qu'il s'agit d'une liberté tempérée (A), parce qu'assortie d'un véritable contrôle (B).

[262] Cf. art. 13, al. 2, Directive n° 06/08-UEAC-1 33-CM-18 Fixant le Régime du service universel dans le secteur des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.

A- LA LIBERTÉ TEMPÉRÉE DES OPÉRATEURS DANS LA FIXATION DES TARIFS

107. Les communications électroniques, désormais considérées comme un secteur fondamental pour le développement et la croissance économique des États membres, sont soumises à un régime de tarification comparable à celui d'un service public. Le souci de les rendre accessibles amène les pouvoirs publics à veiller à ce que, même en dehors du bouquet universel, ces services soient accessibles par les citoyens sans distinction de conditions économiques ou sociales.

Ce souci de favoriser l'accessibilité de ces services doit, dans une certaine mesure, composer avec l'environnement libéral dans lequel se déploient les opérateurs de ce secteur. Ainsi, n'étant pas des émanations de l'État, et au regard du droit de la concurrence, il a paru important et pertinent pour le législateur communautaire de laisser à ces opérateurs le droit de fixer eux-mêmes le prix de leurs services. Mais, ce secteur étant protégé, cette liberté des opérateurs est fortement encadrée dans la mesure où ces prix doivent respecter un certain nombre de règles.

108. Pour certains services jugés fondamentaux, on assiste à un véritable contrôle des tarifs. Ainsi, par dérogation au principe de la liberté des tarifs, les autorités nationales de régulation encadrent les tarifs du service universel ainsi que les tarifs des services ou paniers de services fournis par un opérateur qui dispose de droits exclusifs ou spéciaux ou qui bénéficie d'une position dominante sur le segment de marché de ces services ou paniers de services. En effet, étant des services dont l'accès doit être garanti à tout citoyen indépendamment de sa condition économique et sa situation géographique, il est normal que les autorités s'assurent que les prix pratiqués pour de tels services rendent possible le but poursuivi. Ainsi, il est exigé que les tarifs du service universel soient fixés à un niveau abordable. Cette notion en elle-même intègre une certaine souplesse permettant de tenir compte, pour son appréciation, de la spécificité économique de chaque État membre. En effet, un prix n'est vu comme abordable que par rapport à un ensemble d'indicateurs économiques au rang desquels on cite le pouvoir d'achat des citoyens. Or, ce dernier peut facilement varier d'un État membre à un autre.

De même, sont aussi soumis au régime du contrôle, les tarifs d'interconnexion et de partages d'infrastructures en général. Il est désormais acquis que tout opérateur jouit d'un droit à l'interconnexion et au partage d'infrastructures. Ce droit ne peut être effectif que si les propriétaires ou concessionnaires des infrastructures sollicitées pratiquent des prix équitables. Car en réalité, ne souhaitant pas faciliter l'entrée sur le marché à un concurrent, il est fort à craindre qu'un opérateur développe quelques stratagèmes au rang desquels des tarifs d'interconnexion dissuasifs. C'est pourquoi, les textes communautaires exigent que les opérateurs soient en mesure de démontrer que leurs tarifs d'interconnexion reflètent effectivement les coûts pertinents[263].

À ce titre, les États membres doivent veiller à ce que les opérateurs joignent à leur projet de catalogue d'interconnexion une présentation détaillée justifiant les principaux tarifs proposés. Bien plus, les Autorités Nationales de Régulation peuvent demander aux opérateurs tout élément d'information afin de leur permettre d'apprécier si les tarifs sont bien orientés vers les coûts. Le cas échéant, elles peuvent exiger des opérateurs qu'ils modifient leurs calculs pour corriger les erreurs identifiées. Si les opérateurs ne produisent pas les justifications requises, les Autorités Nationales de Régulation peuvent se substituer à eux pour évaluer les coûts sur la base d'informations en leur possession. Elles peuvent aussi procéder à des enquêtes, dans les conditions prévues à l'article 8 du Règlement relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC, afin de recueillir des éléments d'information non communiqués par les opérateurs ou pour vérifier la validité des informations reçues[264]. L'interconnexion joue un rôle fondamental dans toute politique de développement du numérique. Ainsi, laisser sa tarification à la libre discrétion des participants peut favoriser le développement des pratiques abusives d'opérateurs puissants.

109. Mais, parce que le principe demeure la liberté des opérateurs à fixer eux-mêmes les tarifs de leurs prestations, la décision d'encadrer les tarifs des services ou

[263] Cf. art. 10, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques.
[264] Cf. art. 10 al. 2, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques.

paniers de services fournis par un opérateur qui dispose de droits exclusifs ou spéciaux ou qui bénéficie d'une position dominante est prise après que l'Autorité Nationale de Régulation se soit préalablement assurée de la situation de la concurrence sur le segment de marché considéré[265]. En effet, ces autorités peuvent renoncer à encadrer un tarif lorsque le marché du service concerné est non significatif au regard des besoins du public. Donc, le contrôle doit être exceptionnel, d'ailleurs, « *la décision d'encadrer des tarifs est motivée et notifiée à l'opérateur concerné* »[266].

Le but de ces contrôles, c'est de parvenir à orienter les tarifs des services vers leurs coûts de revient résultant d'une gestion efficiente, d'éliminer les subventions croisées entre des services distincts et de favoriser la concurrence. Il ne s'agit donc pas de priver les opérateurs des marges bénéficiaires rémunérant normalement leurs investissements, mais surtout d'éviter que les utilisateurs soient finalement à la merci des opérateurs. Ce contrôle s'exerce selon des modalités précises

B- L'EXERCICE DU CONTRÔLE DES TARIFS

110. Pour un exercice efficace de ce contrôle, le législateur communautaire a pris le soin de définir tant ses principes-cadres (1) que sa procédure (2).

1- Les principes-cadres

111. Dans sa stratégie, le législateur communautaire a consacré quelques principes fondamentaux à l'instar des principes de transparence et d'égalité.

S'agissant du principe de transparence, il est exigé des opérateurs qu'ils tiennent leurs tarifs à la disposition du public. Ainsi, les États membres doivent veiller à ce que des informations transparentes et actualisées relatives aux tarifs pratiqués, ainsi qu'aux conditions générales de vente, soient régulièrement publiées et mises à la disposition des utilisateurs par les exploitants de réseaux de communications électroniques ouvert au public et les opérateurs fournissant au public des services de communications électroniques[267]. De même, les contrats d'abonnement et les catalogues

[265] Cf. art. 4, al. 2, Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.
[266] Cf. art. 4 al. 2 in fine, Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.
[267] Cf. art. 8, Directive 07-08.

d'interconnexion et de partage d'infrastructures doivent toujours préciser les conditions tarifaires. Cette obligation de transparence imposée aux opérateurs en matière de tarification de leurs services n'est, dans une certaine mesure, que le pendant du droit fondamental du consommateur à l'information. D'après l'article 52 de la loi camerounaise 2010-13, le consommateur des services de communications électroniques a droit à l'information adéquate concernant, les tarifs et les autres frais afférents. Bien plus, cette transparence permet utilement à l'Autorité de régulation d'avoir connaissance des pratiques tarifaires de l'opérateur afin de mieux les contrôler.

S'agissant du principe de l'égalité en matière de tarification des services de communications électroniques, il faut tout simplement relever que les opérateurs ne devront nullement imposer des tarifs à la tête du client. Cependant, ce principe n'exclut pas la pratique des réductions de tarifs liées à des conditions d'abonnement spécifiques ou à des volumes de trafic importants, sous réserve que ces conditions soient publiées avec les tarifs et que les réductions soient applicables sans discrimination à tout client remplissant les mêmes conditions. De même, ne sont pas interdits les suppléments de tarifs liés à des demandes spécifiques des clients. Mais, ces compléments font obligatoirement l'objet de devis détaillés qui sont remis aux clients pour accord, préalablement à l'exécution du contrat[268]. En fin de compte, les destinataires situés dans des conditions identiques doivent profiter d'un traitement identique, sinon les conditions générales du prestataire pourront être invalidées au terme de la procédure de contrôle.

2- La procédure de contrôle

112. Le contrôle des conditions tarifaires relève de la compétence des Agences Nationales de Régulation[269]. Dans ce cadre, la procédure devant elles est clairement définie. Les opérateurs doivent communiquer à l'Autorité Nationale de Régulation de leur pays tout nouveau tarif, au moins deux mois avant sa mise en application. Cette communication doit présenter l'ancien et le nouveau tarif. Ces nouveaux tarifs doivent être notifiés à leurs clients au moins quinze jours calendaires avant sa mise en application. Par ailleurs, ils sont tenus de porter à la connaissance de l'Agence nationale,

[268] Cf. art. 3 al., 3 Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.
[269] L'étude de ces Agences sera faite dans le chapitre II de ce titre.

leurs tarifs spécifiques. De même, les opérateurs dont les tarifs sont encadrés sont tenus de présenter à la même autorité une comptabilité analytique des produits et charges des services ou paniers de services concernés.

Les Agences nationales ne sont pas toujours passives. Lorsqu'elles le jugent opportun, elles peuvent exiger des opérateurs la communication de toute information utile à l'évaluation de la concurrence sur les différents segments de marché. Au besoin même, elles peuvent accéder aux locaux des opérateurs, demander la communication de tous documents professionnels nécessaires et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications nécessaires.

113. Pour apprécier les tarifs d'un opérateur, l'Agence de régulation doit au préalable, en tenant compte de tous les éléments déterminants du marché[270], définir un prix moyen pondéré pour le service ou le panier de services dont le tarif est encadré. Ce prix doit varier entre le prix-plancher et le prix-plafond[271] définis par l'Agence de régulation. Parce que la situation du marché considéré peut varier considérablement et que les critères de contrôle définis par l'Autorité de régulation ne cadrent plus avec la réalité, les opérateurs et fournisseurs de services soumis à la procédure de contrôle, peuvent saisir l'autorité nationale de régulation d'une requête de révision des règles d'encadrement.

À la fin du contrôle et en cas de non-conformité des tarifs pratiqués à ceux indiqués[272], l'Autorité nationale de régulation notifie immédiatement à l'opérateur les écarts et lui enjoint de procéder à la correction de ses tarifs. L'opérateur en question dispose d'un délai de dix jours pour effectuer cette correction et la communiquer à

[270] Les éléments à prendre en compte sont : les gains de productivité des fournisseurs du service ou du panier de services considéré ; la baisse tendancielle des coûts de revient des équipements et services de communications électroniques ; la suppression progressive des subventions croisées entre le service ou le panier de services considéré et les autres services de communications électroniques. Cf. art. 5 al. 2 Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.

[271] Pour fixer les prix plafonds ou planchers, les autorités nationales de régulation évaluent les couts de revient de référence des services ou paniers de services concernés, sur la base des informations fournies par les opérateurs sur la constitution des coûts de revient de ces services. À cet effet, les autorités nationales de régulation ont accès aux comptabilités générales, analytiques et auxiliaires des opérateurs de comparaisons, d'une part, avec les autres tarifs des mêmes services, pratiqués dans le même pays, et d'autre part, avec les tarifs de services équivalents fournis dans des pays comparables, notamment au sein de la CEMAC, par des opérateurs jugés efficients. Cette comparaison permet de mettre en évidence, le cas échéant, les gains de productivité exigibles des opérateurs et fournisseurs de services nationaux.

[272] C'est le cas lorsque le tarif pratiqué est soit inférieur au prix plancher ou supérieur au prix plafond.

l'Autorité Nationale de Régulation. Si l'opérateur persiste à maintenir ses tarifs, le régulateur pourra engager une procédure de sanction[273].

*

* *

* * *

114. La définition d'une politique communautaire harmonisée du secteur des communications électroniques dans la Zone CEMAC va sûrement permettre la création d'un marché commun de ce secteur et de toutes les activités économiques sous-jacentes dans cette sous-région. À travers ce nouveau cadre juridique communautaire, les autorités sous régionales visent la libéralisation de ce secteur d'activités. Il s'ensuit que l'afflux des investissements dans ce secteur, favorisé tant par l'amélioration des conditions d'accès, la consécration du principe de libre circulation que par le développement et la protection d'un environnement concurrentiel, s'annonce comme un facteur de propulsion du marché intégré des communications électroniques dans la Communauté. Les communications électroniques n'étant pas en soi des biens finaux, mais des facteurs de production dans la mesure où ils servent de support au développement d'autres activités économiques sous-jacentes, on est en droit d'espérer que leur développement contribuera à l'essor d'autres activités économiques dans la CEMAC.

C'est sans doute cette foi en la capacité des communications électroniques à porter le développement intégré des populations et des économies de la Zone CEMAC, qui a déterminé les pouvoirs publics communautaires à faire de leur accès un droit fondamental du citoyen communautaire. Cet accès est actuellement l'un des moyens les plus indiqués permettant à tout citoyen de participer et de jouir des vertus du marché commun de la CEMAC. C'est la raison pour laquelle, un système de régulation communautaire a été institué.

[273] Cf. art. 5, al. 4, Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.

CHAPITRE II : L'HARMONISATION DE LA RÉGULATION DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

115. Les activités économiques, bien que régies par le principe de la liberté, font néanmoins toujours l'objet d'un encadrement juridique. Comme le note en effet un auteur, les marchés ne fonctionnent pas naturellement. Ils ont besoin dans leur construction d'un système juridique général[274]. Il s'agit, par cet encadrement juridique, de veiller à ce que tous les intérêts légitimes en cause soient pris en compte. Classiquement, cette fonction d'encadrement juridique a essentiellement été du ressort principal des pouvoirs publics. Mais désormais, du fait de la mondialisation économique, et en l'absence d'une autorité centrale dotée d'une légitimité normative universelle, on se rend compte de l'incapacité des systèmes juridiques étatiques à maîtriser le cadre d'exercice de certaines activités telles les communications et le commerce électroniques.

En effet, les communications électroniques, du fait des caractéristiques des outils qui leur servent de support, sont des activités à forte propension internationale. Sans même en avoir conscience, les utilisateurs de services de communications électroniques parcourent souvent le monde, tant la virtualité et la célérité des réseaux banalisent les frontières et relativisent la notion de temps. Un auteur exprime bien cette idée en relevant que « *le cyberespace défie les repères que sont les frontières des États, cadres privilégiés d'élaboration et de mise en œuvre du droit. Comme cet espace paraît peu sensible aux frontières territoriales, le droit des États ne saurait régir à lui seul les activités prenant place dans le cyberespace à la façon des réglementations encadrant les activités se déroulant dans les espaces physiques* »[275].

116. À l'analyse, il s'avère difficile de soumettre les communications électroniques et les activités du commerce électronique au seul pouvoir normatif de l'État. Plusieurs raisons motivent cette assertion. L'on citera dans ce cadre le fait que la réaction législative est de loin plus lente que le développement technologique. En effet, les communications électroniques sont des activités en perpétuelle mutation, et le droit qui doit les régir doit pouvoir s'adapter aussi rapidement que cette mutation se

[274] FRISON-ROCHE (M.-A.), ''Pourquoi des autorités de régulation?'', In *Le politique saisi par l'économie*, Economica, 2002, p. 272.
[275] TRUDEL (P.), ''La Lex electronica'', in *Le droit saisi par la mondialisation*, coll. de droit international, Ed. Bruylant, Ed. de l'Université de Bruxelles, Helbing et Lichtenhahn Verlag, p. 221.

manifeste. Or, si la technologie va déjà beaucoup plus vite que notre capacité à l'utiliser[276], qu'en sera-t-il de la capacité à la réglementer ?

Aussi, vu que le commerce et les communications électroniques sont porteurs de promesses d'avenir pour le monde et pour l'humanité[277], les experts de l'Organisation des Nations Unies ont proposé, dans la perspective de favoriser leurs développements, que les États s'abstiennent de toute mesure pouvant en perturber l'épanouissement. En effet, la forte intervention de l'État dans l'encadrement juridique des communications et du commerce électroniques peut avoir un effet négatif sur le développement de ces activités dans la mesure où la disparité des textes d'un État à un autre peut être source d'insécurité juridique ou que certains systèmes juridiques peuvent être plus sensibles à certains contenus que d'autres. Toutes ces idées militent dans une certaine mesure, non à l'abdication du rôle de l'État, mais à son adaptation, voire même à son confinement. En conséquence, pour un souci d'efficacité, le pouvoir normatif dans le secteur des communications électroniques doit être partagé. La mondialisation du droit[278] démontre bien que l'État n'a plus le monopole normatif dans nos sociétés modernes, et donc n'a pas non plus de légitimité à légiférer seul sur un réseau à caractère transnational[279]. C'est ainsi qu'on assiste à l'émergence d'autres catégories de créateurs de normes dans la sphère des communications électroniques à l'instar des professionnels de ce secteur. Leur activité normative rappelle une autre, celle de la société des marchands du commerce international ayant donné lieu à la *Lex mercatoria*[280]. Désormais, les pouvoirs publics doivent, dans le domaine des communications électroniques, tenir compte et favoriser le développement de la *Lex electronica*[281].

---

[276] ROULET (M.), ''Un bouleversement majeur dans nos sociétés'', in *Géopolitique*, n°48, fév. 1998, p. 5.
[277] JOSPIN (L), (discours), in *La société de l'information : quel avenir ?* Actes de la journée d'étude du 9 octobre 1997, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.
[278] LOQUIN (E.) et KESSEDJIAN (C.), (sous la direction de.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI), vol. 19, Litec, 2000.
[279] MAYÉ ASSOKO (H.), *La régulation des réseaux numériques par le contrat*, Thèse précitée, pp. 11 et 12.
[280] Cette expression qui signifie littéralement « *loi marchande* » désigne le Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout droit étatique et dont l'application échapperait pour cette raison à la méthode du conflit des lois. Cf. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009, p. 546.
[281] La doctrine de la *Lex electronica*, développée au Canada, se veut une expansion continue de la Lex mercatoria qui, dans le domaine de la régulation des réseaux numériques, fait office de référence historique. Cf. MAYÉ ASSOKO (H.), *La régulation des réseaux numériques par le contrat*, Thèse précitée, p. 30.

117. Parce que l'État ne détient plus l'exclusivité de la production normative dans le secteur des communications électroniques, il devient inapproprié dans ce secteur de parler exclusivement de réglementation, d'où l'idée de régulation. En effet, pendant que la réglementation fait référence à la technique par laquelle une autorité[282] ayant compétence et légitimité impose des valeurs par le biais des normes qu'elle édicte[283]. La régulation quant à elle, serait la tâche qui consiste à assurer entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi. L'idée ici est que le rôle de l'État est moins de commander directement aux acteurs sociaux, que d'établir entre eux des règles du jeu et de veiller à ce qu'elles soient respectées. La régulation serait alors l'activité intermédiaire entre la définition de la politique, qui revient au gouvernement et au Parlement, et la gestion entrepreneuriale qui relève des opérateurs économiques[284]. Aussi, la régulation est définie comme le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner les actions afin d'en maintenir l'équilibre, de l'adapter aux circonstances et d'en obtenir un fonctionnement correct eu égard à ses finalités. Ainsi, si dans un système de réglementation, l'État légifère sur tous les points, dans un système de régulation par contre, l'essentiel de son activité consiste à contrôler la mise en œuvre des règles[285] édictées dans un secteur d'activité donné. En réalité, la régulation complète la réglementation, car si réglementer c'est produire les normes, réguler c'est, dans une certaine mesure, contrôler l'application de ces normes par les assujettis.

Dans le cadre de la CEMAC, les autorités ont mis sur pied un dispositif de régulation du secteur des communications électroniques. L'ambition de ce dispositif, c'est d'accélérer l'intégration économique et sociale des États membres, le désenclavement numérique des régions et des territoires ainsi que le développement de réseaux transnationaux au sein de la CEMAC[286]. Le dispositif de régulation en vigueur dans ce secteur est organisé à deux niveaux, tous régis par des textes issus pour

[282] Cette autorité pouvant relever soit de l'Exécutif soit du Législatif.
[283] WERY (É.), Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web, *op. cit.*, p. 23.
[284] CANNAC (Y.) et GAZIER (F.), ''Études sur les autorités administratives indépendantes'', in *E.D.C.E.* 1983/1984 n° 35.
[285] Ces règles pouvant, dans ce contexte, émaner de l'État lui-même ou d'organismes privés.
[286] Cf. Considérant n° 3 Directive CEMAC n° 09/08 du 19 décembre 2008 harmonisant les régimes juridiques des activités de communications électroniques et Considérant n° 2, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

l'essentiel de l'ordre juridique communautaire. Ainsi, on distingue le niveau national et celui régional.

S'agissant de la régulation du secteur des communications électroniques sur le plan national, il y a lieu de préciser que le souci d'harmonisation se traduit par la définition d'un ensemble de règles et de principes d'organisation communs à toutes les Autorités Nationales de Régulation. En effet, si chaque État membre dispose ou doit créer une Autorité Nationale de Régulation, toutes ces Autorités sont régies et fonctionnent selon les principes identiques, définis par les textes communautaires.

Sur le plan communautaire, les Autorités Nationales de Régulation sont réunies au sein d'un organe de coordination et de coopération dénommé Comité Technique de Régulation. Ce Comité est doté de réels pouvoirs contribuant à réaliser ou à renforcer l'harmonisation réglementaire voulue par le législateur communautaire.

118. Mais parce que réguler ne suffit pas, l'efficacité de la régulation supposant le meilleur ajustement possible entre les moyens et les fins[287], il y a lieu de scruter le dispositif communautaire afin d'en apprécier l'aptitude à permettre le désenclavement numérique des États membres. On observe déjà que l'harmonisation réalisée se traduit d'une part par la définition des principes d'organisation et de fonctionnement communs aux Autorités nationales de Régulation (Section I) et d'autre part par la mise en place d'un organe de coopération et de coordination des Autorités Nationales de Régulation au niveau communautaire (Section II).

SECTION I : L'HARMONISATION DES PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

119. La libéralisation du secteur des communications électroniques dans la CEMAC a eu pour conséquence de limiter le domaine d'intervention de l'État. Mais en réalité un secteur aussi sensible ne peut nullement être laissé sans règles. Seulement, la

[287] FRISON-ROCHE (M.-A.), ''Pourquoi des autorités de régulation?'', *op. cit.*, p. 275.

production de ces règles peut relever de plusieurs modalités dont l'autorégulation ou la régulation.

L'autorégulation renvoie à tous les modes de régulation dans lesquels la mise au point de la norme et/ou sa mise en œuvre sont totalement ou partiellement le fait de ceux qui en sont les destinataires[288]. Sa particularité consiste en ce que les opérateurs du secteur concerné sont à la fois auteurs et assujettis à la norme, ils édictent alors eux-mêmes la norme qui va régir leurs propres activités, et, ils en contrôlent l'application. Cette autorégulation peut se présenter tant sous la forme unilatérale, que sous la forme multilatérale. Dans le premier cas, un opérateur décide seul d'une ligne de conduite et s'engage à s'y tenir[289]. Mais la faiblesse de ce mode se trouve dans le caractère unilatéral de la norme, ce qui, par conséquent, la rend peu contraignante en théorie. En effet, créée par la volonté de celui qui accepte s'y soumettre, la règle peut également disparaître ou être modifiée par la volonté de cette même personne[290]. Les instruments généralement utilisés dans l'autorégulation unilatérale sont les conditions générales. Dans le second cas –autorégulation multilatérale-, on assiste plutôt à l'intervention de plusieurs opérateurs d'un secteur donné, dans la mise au point de la norme. Les instruments privilégiés de ce modèle sont les codes de conduite. Malgré ses avantages[291], l'autorégulation n'a pas toujours généré un modèle d'organisation globalement satisfaisant, le marché étant incapable par lui-même d'assurer la préservation suffisante de tous les intérêts légitimes en présence dans la sphère économique. Fort de ce constat, l'État est donc, malgré la libéralisation du secteur des communications électroniques, forcé d'intervenir par le biais des politiques économiques ou de la régulation.

La régulation intègre en réalité l'autorégulation dans la mesure où cette dernière n'est qu'une modalité de la première. Malgré cela, allusion ne sera faite qu'aux

---

[288] WERY (E.), ''Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web'', *op. cit.*, p. 25.

[289] Exemple d'un cybermarchand qui s'engage à ne débiter le compte de ses cocontractants que tel nombre de jour après la transaction pour leur permettre d'exprimer effectivement leurs réclamations.

[290] WERY (E.), ''Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web'', *op. cit.*, p. 27.

[291] Un auteur relève, au titre des avantages, que l'autorégulation est un modèle « *décentralisé, non hiérarchique et extrêmement adaptable puisque ce sont les propres acteurs qui modifient eux-mêmes leurs règles. Ce système permet également l'application ou l'exécution de ces règles par ceux-là même qui les ont édictées et donc une application automatique. L'autorégulation doit normalement conduire à ce que l'on appelle le self enforcement* ». Du MARAIS (B.), ''Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité'', *op. cit.*

phénomènes qui intègrent l'intervention des tiers dans la production ou le contrôle d'application des normes. Ces tiers pouvant être l'État lui-même, une entité privée ou une entité publique dotée de la personnalité juridique. Aucune de ces formes de régulation n'est neutre, toutes présentant en fonction de circonstances des avantages et des inconvénients précis.

120. Dans la CEMAC, toutes ces formes de régulation sont exploitées en vue d'assurer au secteur des communications électroniques le développement qui lui permettra à son tour de propulser l'intégration dans la sous-région. Ainsi l'analyse du dispositif réglementaire mis en place fait ressortir des éléments de l'autorégulation, de la réglementation et de la régulation par une autorité tierce. D'ailleurs, le système issu du cadre juridique communautaire s'appuie essentiellement sur les Autorités Nationales de Régulation (ANR). Si ce modèle présente quelques avantages, il ne manque pas, par moments, de se montrer fragile. Ainsi, parce que les Autorités Nationales de Régulation constituent des pièces maitresses du dispositif de régulation du secteur des communications électroniques dans la CEMAC, l'appréciation de la pertinence du choix de ce modèle de régulation par les autorités communautaires (Paragraphe I) précèdera l'analyse de l'importance des fonctions des ANR (Paragraphe II).

PARA. I : L'APPRÉCIATION DU MODÈLE DE RÉGULATION RETENU

121. Les développements à ce niveau visent, pour l'essentiel, à apporter une réponse à la question de savoir pourquoi parmi tous les modèles de régulation, le législateur communautaire a préféré le modèle d'une autorité de régulation. La question est davantage pertinente dans la mesure où les rôles confiés à cette autorité de régulation sont finalement la fusion de missions assignées à des instances démocratiques d'un État.

En réalité, ce choix doit, pour être efficace, procéder d'un ensemble de paramètres adéquats permettant le développement harmonieux du secteur considéré. Ainsi, les développements porteront sur l'étude des critères d'efficacité du modèle de régulation axé sur l'autorité de régulation (A) avant de les appliquer au secteur des communications électroniques pris dans le contexte socio-économique des États membres de la CEMAC (B).

A- LES CRITÈRES D'EFFICACITÉ DU MODÈLE AXÉ SUR L'AUTORITÉ DE RÉGULATION

122. Les autorités de régulation sont devenues au fil des temps des instruments efficaces au service de la libéralisation économique. Par leurs actions, elles garantissent l'articulation harmonieuse entre les intérêts économiques des investisseurs dans un secteur déterminé et l'exercice de certaines missions de service public. Elles apparaissent plutôt comme une nouvelle façon de gouverner, favorisant la transparence, la consultation et la négociation[292], adoptée par la plupart des États modernes. L'existence d'une autorité de régulation indépendante est un stimulant indéniable pour l'ensemble de l'appareil d'État. Ceci dans la mesure où elle oblige l'administration à confronter l'approche du droit privé et l'approche du droit public, les préoccupations des juristes et celles des économistes[293]. En effet, la recherche d'une politique sectorielle efficiente est tributaire de la capacité des pouvoirs publics à poser sur l'objet à réguler un regard panoramique, apportant des réponses précises à toutes les questions suscitées en intégrant dans la démarche les enjeux tant juridiques qu'économiques. À ce titre, il ressort à l'analyse que seul un organe technique, indépendant, tant de l'administration[294] que du secteur à réguler, peut être à même d'assumer cette mission, celle d'allier l'équité à l'efficacité.

Cet avantage ne peut en réalité être obtenu que si le dispositif mis en place est bien réfléchi. À ce sujet, la question de la légitimité de ces autorités est souvent posée. En effet, leur modèle d'organisation remet en cause les principes fondamentaux qu'exige la démocratie, car elles exercent, en les cumulant, les trois fonctions essentielles que sont la fonction législative, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. Cette situation, parce que délicate et susceptible de donner lieu à un impérialisme de la part de l'Autorité, est souvent vue comme étant dangereuse. C'est pourquoi, l'institution d'une autorité de régulation doit être soigneusement pensée. En

---

[292] GÉLARD (P.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié* (Tome 1 : Rapport), 15 juin 2006, version Html, www.senat.fr.
[293] Cf. Conseil d'État, Rapport, 2001, pp. 385 et 386.
[294] À l'occasion d'un litige concernant l'État belge, la Cour de Justice de l'Union Européenne a affirmé que même le législateur national (parlement) pouvait, malgré l'exigence du principe d'indépendance, jouer le rôle de régulateur. Cf. CJUE, 6 octobre 2010, affaire C-389/08, Base NV e.a. c/ Ministerraad, http://curia.europa.eu.

d'autres termes, il ne faudrait y recourir que si le secteur concerné présente certaines spécificités. Car, malgré les avantages qu'elle offre, elle est sujette à quelques faiblesses. De façon générale, il faut dire que les autorités administratives indépendantes ne sauraient devenir le mode d'administration de droit commun[295]. Pour en tirer le meilleur parti, les pouvoirs publics doivent alors répondre à deux questions au moins à savoir celle de l'opportunité d'une autorité de régulation et celle du statut d'une autorité de régulation.

123. S'agissant de son statut, l'autorité de régulation relève généralement de la catégorie d'autorités administratives indépendantes. Elle doit être dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière[296]. En effet, seuls ces attributs peuvent garantir à l'autorité de régulation l'efficacité de son action. À ce titre son champ de compétence doit être bien défini afin d'éviter toute confusion ou immixtion de la part de l'administration. Cette répartition stricte de compétences entre l'autorité de régulation et l'administration participe aussi de la transparence conditionnant l'attractivité des investissements dans le secteur régulé. Comme le note la doctrine, l'autorité de régulation doit pouvoir créer et gérer la confiance sans laquelle le dispositif de régulation perd en crédibilité. Cette confiance exige des dispositifs de régulation solides, renforçant le dynamisme du marché, favorisant une concurrence saine et loyale dans le secteur et, surtout, soucieuse des intérêts des usagers et consommateurs qui sont très préoccupés par un service de qualité à des prix accessibles[297].

L'indépendance du régulateur et la fiabilité du dispositif sont bien liés. Et c'est à cause de ce lien que l'administration ne peut efficacement jouer le rôle de régulateur qu'en libéralisant entièrement le secteur économique régulé, sinon, le risque de conflit d'intérêt est très élevé. C'est sans doute fort de cette analyse que le législateur communautaire pose clairement que les fonctions de régulateur sont incompatibles avec celles d'opérateur dans le secteur de communications électroniques de même qu'avec

---

[295] GÉLARD (P.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié* (Tome 1 : Rapport), 15 juin 2006, version Html, www.senat.fr.

[296] Ces attributs sont consacrés dans la CEMAC par l'article 4 al. 2 du Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

[297] Cf. Cours de ''Régulation des Télécommunications'', Master droit du cyberespace africain, imprimé le 10 mars 2011, www.foad.refer.org/IMG/pdf/cours_regulation_des_telecommunications.pdf.

celle d'autorité de réglementation[298]. Cette indépendance est néanmoins curieuse dans la mesure où il est de principe que l'administration est régie par le principe de la hiérarchie. C'est pourquoi, observant et analysant cet attribut reconnu aux Autorités de régulation, un auteur parle d'« *oxymore juridique* »[299].

124. S'agissant de l'opportunité d'une autorité de régulation, paraphrasant le Conseil d'État français, un auteur invite à la modération dans leur création[300]. Afin d'aider à comprendre quand est-ce qu'il faut créer une autorité de régulation, la doctrine propose un distinguo : « *si le secteur considéré est organisé selon les modalités du marché concurrentiel et peut perdurer ainsi, en s'appuyant simplement sur un contrôle ponctuel et a posteriori des comportements, alors le seul droit de la concurrence est adéquat. S'il apparaît que le secteur considéré ne peut produire par ses simples forces cette plénitude concurrentielle, ni même y tendre efficacement, alors il doit y avoir un ensemble de règles complexes et corrélées entre elles, propres aux techniques du secteur considéré, une sorte donc d'appareillage de normes spécifiques posées a priori, des dispositions portant sur la structure même du secteur, et un monitoring opéré sur l'évolution de celui-ci* »[301]. Dans cette occurrence, l'institution d'une autorité de régulation, loin d'être exceptionnelle, ne doit cependant pas relever d'un automatisme. On gardera toujours à l'esprit que l'institution d'une autorité de régulation n'est pas une fin en soi, mais un instrument d'efficience au service du développement économique. L'application de ce critère pourra conduire à observer que, pendant que l'institution d'une autorité de régulation est opportune pour un secteur, elle se révèle inopportune pour un autre. Qu'en est-il du secteur des communications électroniques ? Le législateur communautaire a-t-il bien fait d'instituer dans ce secteur une autorité de régulation ? La réponse affirmative paraît très pertinente.

[298] Cf. art. 3, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.
[299] GÉLARD (P.), *op. cit.*
[300] FRISON-ROCHE (M.-A.), ''Pourquoi des autorités de régulation?'', *op. cit.*, p. 272.
[301] *Idem*.

B- L'INSTITUTION PERTINENTE DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

125. Le secteur des communications électroniques revêt une importance certaine dans le développement économique d'un État et plus particulièrement des États en voie de développement à l'instar de ceux membres de la CEMAC. Dans ces États, ce secteur sort d'une grande et profonde mutation. En effet, autrefois sous le monopole des États, ce secteur est désormais libéralisé. Cette libéralisation a besoin d'être bien accompagnée. Cet accompagnement ne peut nullement être assuré par le droit général de la concurrence. D'ailleurs, certaines spécificités de ce secteur rendent inopérantes les règles classiques du droit de la concurrence et exigent des mesures plus adéquates. Aussi, ce marché serait par lui-même incapable de dégager des règles claires, efficaces et cohérentes avec les intérêts, tant des concurrents et des consommateurs, que de l'économie en général, pour encadrer les pratiques et les opérations d'interconnexion et d'interopérabilité entre autres.

Aujourd'hui, avec la libéralisation, l'enjeu central dans la politique de promotion des communications électroniques, c'est la préservation d'une dynamique « *raisonnée* » de développement de l'innovation et des usages sur les réseaux. Aussi, dans la mesure où les communications électroniques constituent désormais un service public, cette dynamique doit naturellement composer entre les intérêts des opérateurs, des consommateurs et de l'économie en général. Toutes ces idées militent pour que, dans les États membres de la CEMAC, tout comme dans la plupart des États du monde, le secteur des communications électroniques soit pertinemment soumis à la régulation[302] d'une autorité indépendante.

Par ailleurs, les communications électroniques constituent une catégorie d'activités mouvantes, complexes et très évolutives. À ces caractéristiques, s'ajoute le fait que les opérateurs et marchands intervenant dans ce secteur ont tendance à faire

[302] Voir STOFFAËS (C.) et al., *Vers une régulation européenne des réseaux*, Rapport, Paris, Juillet 2003, 153 p., http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=034000531&brp_file=0000.pdf. Il résulte de ce rapport que « *la notion de régulation est cruciale dans les secteurs de monopoles naturels et de services publics, en particulier dans les secteurs de réseaux pour assurer le fonctionnement de la concurrence conformément à l'intérêt général* ». Justement les Communications électroniques sont des services de réseau qui présentent aussi la caractéristique d'être un service public.

régner leur propre encadrement normatif. Loin d'être une simple manifestation de rébellion à l'égard du pouvoir législatif, le contrat est devenu l'une des principales sources des règles encadrant les rapports entre les intervenants[303]. Cette prévalence du contrat est dans une certaine mesure due au fait que les lois étatiques apparaissent, par moments, inadaptées aux pratiques complexes et fugaces, et aussi à l'évolution rapide des technologies. Dans cette optique, le choix des pouvoirs publics communautaires d'adopter une solution combinant la loi et les pratiques contractuelles ne pouvait être effectif que s'il est institué une autorité de régulation pour veiller à une articulation équilibrée entre ces deux normes.

126. D'autres raisons contribuent à la justification du choix de soumettre le secteur des communications électroniques à la régulation. Il a été relevé ci-dessus que l'un des motifs présentés était fondé sur l'incapacité du secteur considéré à produire, par ses propres forces, une plénitude concurrentielle ou à y tendre efficacement[304]. Ce secteur présente justement les symptômes d'une telle incapacité.

D'une part, c'est un secteur qui passe d'une situation de monopole à une organisation concurrentielle du fait de la libéralisation. Dans ce cas, il serait difficile pour les opérateurs historiques[305], habitués au monopole, de s'adapter volontairement à la concurrence. Par ailleurs dans un secteur comme celui des communications électroniques, où la plupart des infrastructures essentielles relèvent du pouvoir de l'opérateur historique, il faut particulièrement, sans s'appuyer sur le seul droit général de la concurrence, veiller à ce que le partage de ces structures se fasse convenablement dans le respect de tous les intérêts légitimes en présence. Pour rendre effective et concrète cette transition, il faut une autorité de régulation.

D'autre part, il s'agit d'un secteur où certaines activités sont soumises à la concurrence pendant que d'autres, relèvent simplement du monopole ou de la

[303] Voir, pour plus de développements, MAYÉ ASSOKO (H.), *La régulation des réseaux numériques par le contrat*, Thèse précitée.
[304] FRISON-ROCHE (M.-A.), ''Pourquoi des autorités de régulation?'', *op. cit.*, p. 272.
[305] Cas de la CAMTEL au Cameroun.

concession exclusive[306]. Dans ce cas, l'équilibre et l'articulation entre ce qui relève de la concurrence et ce qui n'en relève pas, nécessite l'appareillage de la régulation.

Finalement, l'autorité de régulation se révèle nécessaire dans la concrétisation du processus de libéralisation de ce secteur de même que pour l'effectivité et la conciliation de la concurrence avec les nécessités de service public dans le secteur des communications électroniques. Dès lors, on comprend pourquoi ces organes sont investis de fonctions importantes.

PARA. II : L'IMPORTANCE DES FONCTIONS DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION (ANR)

127. Même si les autorités de régulation sont des instruments qui participent de la démocratie dans un État, force est de constater que leur mode de fonctionnement semble être en déphasage avec les principes démocratiques. En effet, il s'agit de structures qui cumulent entre leurs mains les pouvoirs réglementaires, administratifs et juridictionnels remettant ainsi en cause la philosophie de la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu. Mais à l'analyse, il est assez aisé de constater que malgré leur indépendance et l'importance des pouvoirs qu'ils cumulent, il s'agit de structures qui sont néanmoins soumis à quelques contrôles. Sous ce titre, l'analyse portera sur l'étendue de leurs fonctions (A) et le contrôle dont elles sont l'objet dans le cadre de leur mission (B).

A- L'ÉTENDUE DES FONCTIONS DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

128. Les autorités nationales de régulation instituées par les textes communautaires dans le secteur des communications électroniques sont dotées d'un

[306] Bien que la Directive communautaire dispose que « *les Etats membres devront abroger toutes les dispositions accordant des droits exclusifs et spéciaux dans l'exercice d'activités de communications électroniques , en ce compris pour l'établissement et l'exploitation de réseaux de communications électroniques ouverts au public et la fourniture de services téléphoniques au public* », elle, tempère cette exigence en relevant que certains droits spéciaux et monopoles « *pourront cependant être maintenus pour tenir compte des conditions économiques du marché national concerné, pendant une durée qui ne pourra excéder cinq années* ». En conséquence, certaines activités continueront de relever du monopole des opérateurs historiques. Cf. art. 13, Directive n° 09/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.

ensemble de pouvoirs de nature diverse. À titre principal, elles exercent des fonctions administratives (1) et des fonctions juridictionnelles (2).

1- La fonction administrative des Autorités Nationales de Régulation

129. Cette fonction est très importante, elle se manifeste essentiellement à trois niveaux : d'abord la gestion des ressources limitées (a), ensuite le contrôle des activités des opérateurs (b) et enfin le rôle consultatif des Autorités Nationales de Régulation (c).

a. La gestion des ressources limitées

130. La particularité des communications électroniques réside pour une grande part sur le fait que pour les prester, il faut disposer de certaines ressources technologiques indispensables. Seulement, ces ressources ne sont pas toujours suffisantes pour satisfaire tous les opérateurs et potentiels opérateurs du secteur. Par ailleurs quand bien même des ressources auraient été allouées à certains opérateurs, il faudrait encore que ces derniers les exploitent convenablement de manière à ne pas perturber les réseaux. Pour veiller à toutes ces précautions, à l'allocation et à l'utilisation rationnelles de toutes ces ressources, l'Autorité Nationale de Régulation a reçu d'énormes pouvoirs. Cependant ces pouvoirs doivent être mis en œuvre dans le respect de certains principes fondamentaux en la matière, notamment les principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination.

Au rang des ressources relevant de la gestion contrôlée par l'Autorité, le texte cite les fréquences radioélectriques, la numérotation et les noms de domaine internet[307]. D'après l'alinéa 2 de l'article 36 de la loi camerounaise régissant les communications électroniques, l'Agence de Régulation des Télécommunications a, en matière de ressources rares, la mission d'assurer l'assignation et le contrôle du spectre des fréquences ; d'établir et de gérer le plan de numérotation et d'assigner les ressources en adressage. Cette disposition rejoint en s'y conformant la formule consacrée par l'article 5 du Règlement communautaire n° 21-08[308]. Une fois ces ressources assignées,

[307] Au sujet des noms de domaine, voir, infra, Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe I. (n° 303 ss.).
[308] Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

l'Autorité Nationale de Régulation doit veiller à leur meilleure exploitation, ceci s'inscrit dans le cadre de sa mission de contrôle.

b. Le contrôle des opérateurs

131. Le secteur des communications électroniques est un secteur délicat. Les promesses de développement et de moteur d'intégration qu'il porte suscitent chez les pouvoirs publics beaucoup d'attention. Cette attention se manifeste dans une certaine mesure par la mission de contrôle dévolue à l'Autorité Nationale de Régulation. Cette mission présente deux déclinaisons : un contrôle à l'accès et un contrôle du déroulement des activités.

S'agissant du contrôle à l'accès, il se manifeste à travers le pouvoir reconnu à l'ANR d'instruire les procédures de licence, d'agrément et d'autorisation. Par ailleurs elle a le pouvoir de délivrer les autorisations[309]. Cependant, le pouvoir de l'ANR n'est pas illimité, en effet, elle est incompétente en ce qui concerne l'autorisation portant sur l'établissement et l'exploitation de réseaux ouverts au public de nature radioélectrique. Cette limitation découle de l'article 5 du Règlement n° 21/08 qui dispose que les ANR ont notamment pour mission de « *délivrer les autorisations aux opérateurs, à l'exception de celles qui portent sur l'établissement et l'exploitation de réseaux ouverts au public de nature radioélectrique* ».

Quant au contrôle des activités, l'ANR doit veiller à ce que le déploiement des activités des opérateurs cadrent bel et bien avec l'esprit des textes, c'est-à-dire promouvoir un cadre compétitif pour le développement des activités de communications électroniques de même que la protection des intérêts des consommateurs. Dans ce cadre notamment, il pèse sur l'ANR le devoir de s'assurer de la mise en œuvre effective et concrète des mécanismes d'interconnexion et du service universel. En effet, l'ANR doit mettre en œuvre les dispositions relatives â l'interconnexion et à l'accès, dans les conditions définies par la directive relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques dans les États membres de la CEMAC.

[309] Cf. art. 36 al 2, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques; article 5 loi congolaise n° 11-2009 du 25 novembre 2009 portant création de l'agence de régulation des postes et des communications électroniques.

Au même titre, elle doit « *s'assurer que l'accès aux réseaux ouverts au public s'effectue dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires* »[310]. Ce contrôle des activités des opérateurs est une mission essentielle de l'ANR en ce qu'il lui permet de s'assurer du respect par les opérateurs de la réglementation en vigueur[311].

132. L'un des objectifs visés à travers l'institution de ce pouvoir de contrôle, c'est de permettre à l'ANR de s'assurer que les opérateurs respectent le principe de traitement égalitaire des usagers. Aussi, ce pouvoir de contrôle vise à s'assurer, de façon générale, que les opérateurs respectent les obligations mises à leur charge par la loi, les règlements ou les cahiers de charges qui leur sont assignées.

Ce contrôle peut être exercé de plusieurs manières, à travers des visites ou descentes sur le terrain, ou en consultant simplement les documents communiqués par les opérateurs. Dans ce cadre, au Cameroun, les agents assermentés de l'Agence peuvent effectuer des contrôles inopinés et constater sur procès-verbal les infractions commises en matière de communications électroniques[312]. Cette possibilité cadre avec la réglementation communautaire en vertu de laquelle «*les autorités nationales de régulation peuvent, sur la base d'une décision motivée, exiger des personnes exerçant des activités de communications électroniques, la communication de toute information utile à l'exercice de leurs missions, sans qu'il puisse leur être opposé le secret des affaires* ». Bien plus, « *dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues au paragraphe 1, elles peuvent également recueillir auprès des personnes exerçant des activités de communications électroniques les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect par celles-ci de leurs obligations* »[313].

133. Les contrôles sont rendus efficaces avec la possibilité reconnue à l'ANR de pouvoir prononcer des sanctions. Ainsi, mettant en exergue cette prérogative,

---

[310] Cf. art. 36 al. 2, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.

[311] Cette mission résulte de l'article 5 al. 1 du Règlement CEMAC n° 21/08 précité. Voir aussi 36 al. 2 de loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques selon lequel, l'Agence de Régulation des Télécommunications doit « *veiller à l'application des textes législatifs et réglementaires en matière des Télécommunications et des Technologies de l'Information et de la Communication* ».

[312] Cf. art. 74, al. 2, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.

[313] Cf. art. 7, Règlement CEMAC n° 21-08, précité.

l'Agence de Régulation des Télécommunications du Cameroun, intervenant en vertu de sa mission d'assurer l'assignation et le contrôle du spectre des fréquences, a infligé des sanctions aux opérateurs camerounais dont les comportements avaient violé la réglementation en vigueur. Pour des motifs variés, plusieurs opérateurs (Ringo SA[314], Orange[315], Orange Multimédia[316], ou MTN[317]) ont été sanctionnés au terme d'un contrôle effectué par l'Agence de Régulation. La question qu'on peut être en droit de se poser au regard de la sévérité de ces sanctions est celle de savoir si l'Agence de Régulation a eu à l'esprit, au moment du délibéré, des modalités définies par le Règlement communautaire. Cette interrogation naît du fait que d'une part, aucune de ces décisions ne porte le visa du Règlement communautaire[318] qui fixe directement les modalités d'exercice du pouvoir de sanction des Autorités Nationales de Régulation. D'autre part, ce Règlement impose le principe de la proportionnalité[319] de la sanction au comportement décrié. S'agissant de ce principe de proportionnalité, il est fort à craindre qu'il soit malmené dans un souci de rentabilité financière. En effet, en disposant que les ressources de l'ART sont constituées entre autres des « *amendes instituées par la loi régissant les télécommunications au Cameroun* »[320], l'intention du législateur est certes de doter cette structure de ressources suffisantes ; mais, il est aussi fort à craindre que l'ART impose des pénalités disproportionnées à la faute commise dans le seul souci de renflouer sa caisse.

---

[314] Par Décision n°000052/ART/DG/DAJCI/SDAJPC/SCO du 09 juin 2011, cette société a écopé d'une pénalité d'un montant forfaitaire de quatre cent vingt millions neuf cent cinquante mille cinq cent cinquante (420 950 550) francs CFA, pour « *exploitation sans autorisation de bandes de fréquence et exploitation de bandes de fréquences dans les villes non autorisées de Yaoundé, Douala, Limbé et Bafoussam* ».

[315] Par Décision n°0000064 /ART/DG/DAJCI/SDAJPC/SCO du 22 juin 2011, cette société a été condamnée à Une pénalité d'un montant de trois milliards deux cent millions (3 200 000 000) de francs CFA, pour établissement des liaisons de transmissions interurbaines sans autorisation.

[316] Par Décision n°0000073/ART/DG/DAJCI/SDAJPC/SCO du 08 juillet 2011, elle a écopé d' une pénalité d'un montant de un milliard neuf cent trente un millions deux cent quarante-cinq mille deux cent (1 931 245 200) francs CFA, pour exploitation de bandes de fréquences sans autorisation et exploitation de bandes dans les villes non autorisées de Douala, Dschang, Bamenda, Bafoussam, Buea ,Edéa, Limbe, Garoua, N'Gaoundéré, Bertoua, Maroua et Kousseri.

[317] La Décision n°000070/ART/DG/DAJCI/SDAJPC/SCO du 30 juin 2011 a frappé cette société d'une Une pénalité d'un montant forfaitaire de deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs CFA pour utilisation des fréquences sans autorisation dans les villes de Douala et Bafoussam.

[318] Il s'agit du Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques, notamment en son article 8.

[319] Cf. art. 8, al. 2, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

[320] Cf. art. 18, Décret n° 98/197 du 8 septembre 1998 portant organisation et fonctionnement de l'Agence de Régulation des Télécommunications au Cameroun.

Les sanctions prononcées peuvent être de nature pécuniaire, comme dans les affaires citées ci-dessus. Dans ce cas, l'une des questions fondamentales qu'elles suscitent est celle de leur nature juridique. En effet, comme les textes semblent le dire, il s'agirait de pénalités prononcées à l'occasion d'infractions[321] commises par les opérateurs relevant du secteur des communications électroniques. Mais, en réalité, et conformément à l'article 65, alinéa 2 de la loi camerounaise n° 2010/13, lequel précise que la compétence de l'ART s'éclipse lorsque le comportement objet du litige constitue une infraction pénale, l'on peut soutenir qu'il ne s'agit pas de véritables sanctions pénales. Le terme infraction, tel qu'utilisé dans ce contexte, doit être pris dans son sens générique signifiant tout simplement manquement à une règle établie. Donc, la question de la légitimité d'un organe, autre qu'une juridiction, prononçant une décision pénale, soulevée avec pertinence au sujet des pouvoirs du Conseil Régional de la Concurrence par la doctrine[322], ne concerne pas les ANR. En effet, dans la mesure où les infractions pénales sont clairement exclues de leur domaine de compétence, les sanctions qu'elles prononcent, bien que qualifiées de pénalités[323] ne seraient en réalité que des sanctions administratives[324].

134. Bien plus, le pouvoir de sanction est subordonné au respect, par l'Autorité de régulation, de la formalité de mise en demeure des opérateurs indélicats. En effet, le législateur communautaire dispose que lorsqu'une entreprise manque à ses obligations résultant de la réglementation communautaire, ou de la réglementation nationale applicable en matière de communications électroniques, l'Autorité Nationale de Régulation la met en demeure de cesser ses agissements dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois, ou dans un délai plus court si le manquement est répété. Elle peut rendre publique cette mise en demeure[325]. Les législateur nationaux semblent n'avoir

[321] L'article 8 du Règlement CEMAC n° 21/08 parle bien d'« *infraction* ».
[322] Voir ABOMO (M.-L.), ''Les particularismes et les zones d'ombre de la répression des pratiques anticoncurrentielles dans la zone CEMAC'', in *Juridis Périodique*, n° 70, avril-mai-juin 2007, pp. 110-116.
[323] Une distinction est bien faite dans les textes entre « *pénalités* » et « *amendes* ». Quand le législateur parle de pénalité, il ne fait allusion qu'à la compétence de l'ART ; alors que lorsqu'il parle d'amende, il réserve la compétence aux autorités judiciaires.
[324] Ces pénalités sont instituées par l'article 69 de la loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques. Cet article se trouve inséré dans le chapitre II qui traite des « *Dispositions administratives* ».
[325] Cf. art. 8, al. 1, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

pas compris que ce texte était directement applicable et donc qu'ils ne devaient pas prendre des mesures d'incorporation. Non seulement, le législateur camerounais, postérieurement à l'entrée en vigueur de ce Règlement[326], a sensiblement repris ses dispositions, mais surtout, les a parfois dénaturées. À titre d'illustration, alors que le Règlement prévoit que la durée de cette mise en demeure, préalable au prononcé de toute sanction par l'ANR, ne doit pas être inférieure à un mois, le législateur camerounais a plutôt prévu pour sa part que cette mise en demeure est faite pour un délai de quinze (15) jours[327]. Cette insubordination manifeste du législateur camerounais met le justiciable dans une totale confusion, laquelle est davantage nuisible si l'ANR ne fait pas preuve de courage en restaurant la suprématie du Règlement communautaire, lequel est, en vertu du Traité révisé de la CEMAC obligatoire et directement applicable dans les États membres[328]. Malheureusement, l'espoir que les ANR restaurent cette hiérarchie s'annonce vain lorsqu'on s'aperçoit que dans le cadre des sanctions citées ci-dessus, ces Autorités n'ont pas fait allusion audit Règlement communautaire.

Le non-respect de ces modalités, s'il n'est pas détecté et sanctionné le cas échéant par la juridiction de recours, pourrait constituer un manquement de l'État camerounais au respect des normes communautaires d'application directe[329].

À travers ce contrôle, l'ANR dispose d'une compétence et d'une base de données sur le secteur qui lui permettent en retour d'influencer à bon escient sa réglementation à travers son rôle consultatif.

c. Le rôle consultatif des ANR

135. Dans le cadre des missions qui lui sont dévolues et pour un souci d'efficacité de la politique de développement du secteur des communications électroniques, les ANR se sont vu doter d'un rôle consultatif leur permettant, le cas

[326] Le Règlement CEMAC n° 21/08 dispose en son article 15 que : « *Le présent Règlement qui entre en vigueur à compter de la date de sa signature, sera publié au Bulletin Officiel de la Communauté* ». Ainsi, il serait entré en vigueur le 19 décembre 2008, date de sa signature. Cependant la loi camerounaise dont il est question a été promulguée le 21 décembre 2010.

[327] Cf. art. 68, al. 1, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.

[328] Cf. art. 41, al. 2, Traité révisé CEMAC.

[329] Pour les modalités de cette action, voir les articles 4 et suivants du Traité de la CEMAC tel que modifié à Libreville.

échéant, d'influencer le sens des lois et règlements intervenant dans ledit secteur. Ce rôle est consacré par le Règlement communautaire[330] d'après lequel, l'ANR doit participer à l'élaboration des projets de lois et de règlement relatif aux activités de communications électroniques et proposer à l'autorité de tutelle tout projet de texte législatif ou réglementaire visant à faire évoluer le cadre juridique, économique et sécuritaire dans lequel s'exercent ces activités et les technologies de l'information.

Cette mission d'aide à la décision est essentielle et traduit de la part des autorités communautaires, la prise en compte tant du caractère technique des communications électroniques que de la nécessité d'avoir des normes résultant des aspirations des acteurs dudit secteur. Seulement, le Règlement communautaire n'a pas été suffisamment clair. Il n'a pas précisé les modalités de la participation des ANR à l'activité législative ou réglementaire portant sur les communications électroniques.

136. Pour leur part, les législateurs nationaux n'ont réalisé sur la question qu'une timide avancée. En effet, le législateur camerounais prévoit que l'Agence de Régulation des Télécommunications est chargée d'une part, d'émettre un avis sur tous les projets de texte à caractère législatif et réglementaire en matière de communications électroniques et d'autre part, de soumettre au Gouvernement, toute proposition et recommandation tendant à développer et à moderniser le secteur des Télécommunications et des Technologies de l'Information et de la Communication. Dans le premier cas, l'ambiguïté naît du fait que la nature de cet avis[331] n'est pas précisée. Malgré cette imprécision, et d'après la formulation de ce texte, il peut être soutenu qu'il s'agirait d'un avis obligatoire[332]. Dans le second cas, l'initiative de la loi ou du règlement venant de l'ANR, sa participation à l'activité normative est plus sensible.

137. Le législateur congolais a expressément reconnu à l'Agence faisant office d'ANR au Congo de véritables pouvoirs en matière réglementaire. Il ne s'agit plus seulement de reconnaître à cette dernière le pouvoir d'émettre des avis ou d'initier

[330] Cf. art. 5, Règlement CEMAC n° 21/08, précité.
[331] L'avis, en droit administratif, peut se présenter sous trois formes. Selon les cas, il peut être dit facultatif, obligatoire ou conforme.
[332] L'avis est simplement dit obligatoire lorsque l'autorité qui a le pouvoir de décision est tenu de le requérir mais sans être tenu de s'y conformer.

des lois, mais elle est dotée du pouvoir d'« *émettre des instructions et règlements administratifs nécessaires pour la régulation des secteurs des postes et des communications électroniques* » et de « *formuler des règles, règlements et instruments administratifs nécessaires à son fonctionnement* »[333]. Bien que le législateur communautaire n'ait pas expressément prévu un tel pouvoir au profit des ANR, cela ne signifie pas que le législateur national ait dénaturé l'esprit du Règlement communautaire. En effet, en renforçant les pouvoirs de l'ANR, il est clair qu'il renforce son indépendance et qu'en conséquence, il lui donne suffisamment de moyens pour accomplir efficacement la mission qui lui est dévolue. En plus de cette prérogative elle peut trancher des litiges.

2- Le règlement des différends par les ANR

138. Le règlement des différends est devenu un instrument nécessaire de régulation, il a d'ailleurs pris une place prépondérante au sein de l'action du régulateur[334]. Par ailleurs, l'exercice de cette fonction par les régulateurs jouerait un rôle utile pour l'ouverture des marchés de communications électroniques[335]. Le législateur communautaire n'est pas resté insensible à ces observations. En effet, il a confié aux ANR le pouvoir de régler les différends pouvant naitre dans la mise en œuvre de la réglementation des communications électroniques. Cette fonction constitue, dans une certaine mesure, une forme de régulation juridique permettant de faire respecter et d'adapter en permanence le droit des communications électroniques en faveur du développement du marché[336]. Ainsi, les ANR peuvent être saisies des différends opposant des opérateurs du secteur des communications électroniques. Le contentieux dont elle a la charge est un contentieux particulier tant par son domaine (a) que par son régime (b).

---

[333] Cf. art. 4, loi congolaise n° 11-2009 du 25 novembre 2009 portant création de l'agence de régulation des postes et des communications électroniques.

[334] METTOUDI (R.), *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2 septembre 2004, p. 19.

[335] ADDA (J.), ''Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques'', in *Concurrences*, n° 4-2010 – pp. 75-84, version Html, www.concurrences.com.

[336] Cf. METTOUDI (R.), *Thèse précitée* p. 17.

a. Le domaine de l'office juridictionnel des ANR

139. Relativement au domaine de l'office juridictionnel des ANR, plusieurs dispositions doivent être combinées pour reconstituer l'ensemble des questions pouvant être portées à la connaissance de l'ANR. De façon générale, il ressort des textes que les ANR sont compétentes pour connaître des litiges relatifs à l'interconnexion, à l'accès à la boucle locale ou au partage des infrastructures ou des biens fonciers[337]. Aussi, elles connaissent des litiges naissant entre les utilisateurs et les fournisseurs de réseaux et/ou de services de communications électroniques[338] et, des litiges relatifs à la location de capacité ou l'utilisation partagée entre opérateurs d'infrastructures existantes situées sur le domaine public ou sur des propriétés privées; et d'une manière plus large, à leurs accords commerciaux. Cependant, comme le précise le législateur camerounais, la compétence de l'Agence n'est possible qu'au cas où les faits, objet du différend, ne constituent pas une infraction pénale[339].

S'agissant des personnes assujetties, la particularité en cette matière consiste en ce que les ANR ne connaissent pas seulement des différends naissant entre les opérateurs, professionnels des communications électroniques. Elles sont par ailleurs investies par le Règlement communautaire du pouvoir de trancher les litiges pouvant naitre entre ces derniers et les utilisateurs.

b. Le régime de l'office juridictionnel des ANR

140. S'agissant du régime de l'office des ANR en matière de règlement de litiges, il y a lieu de préciser d'abord la diversité de procédures pouvant être mises en œuvre, ensuite, il faut préciser les caractères de cet office et enfin la typologie des décisions pouvant être prises par les ANR.

i. La diversité des procédures

141. Il ressort des dispositions du Règlement n° 21/08 que les ANR peuvent régler les litiges par voie contentieuse ou de conciliation. Les modalités de ces

[337] Cf. art. 13, Directive 08/08 du 19 décembre 2008 Relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques dans les pays membres de le CEMAC.
[338] Cf. art. 15, Directive n° 07/08 du 19 décembre 2008 Fixant le Cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques.
[339] Cf. art. 65, al. 2, loi 2010/13 précitée.

procédures n'ont pas été définies par le législateur communautaire. Heureusement, certains législateurs nationaux à l'instar de celui du Cameroun y ont apporté quelques précisions.

La conciliation est un mode alternatif de résolution des litiges consistant dans un effort, par le conciliateur, de rapprochement des deux protagonistes. Elle vise à aboutir à une solution amiable du litige. Elle n'est pas une procédure obligatoire en principe. Cependant, la loi camerounaise régissant les communications électroniques prévoit qu'elle peut être appliquée d'office par le Régulateur[340]. Dans tous les cas, qu'elle soit mise en œuvre d'office par le régulateur ou de façon conventionnelle par les parties, il est prévu que la décision de conciliation soit prononcée dans un délai de 30 jours à compter de la saisine de l'Agence[341]. En fonction des cas, la décision de conciliation peut se présenter sous trois formes à savoir le procès-verbal de conciliation[342], le procès-verbal de conciliation partielle[343] ou le procès-verbal de non conciliation[344]. Dans ces deux derniers cas, le litige n'ayant reçu aucune solution ou qu'une solution partielle, peut être soumis à la voie contentieuse.

La voie contentieuse s'apparente à une véritable procédure juridictionnelle. Elle exige, pour sa mise en œuvre, que les conditions d'un véritable procès soient réunies. Le souci dans ce cadre n'est plus axé sur la recherche d'une solution amiable, mais il s'agit de trancher le litige en principe selon l'état du droit. Pour déclencher la procédure, la partie demanderesse doit apporter la preuve du désaccord pour lequel elle sollicite l'arbitrage de l'Autorité Nationale de Régulation[345]. Le souci du législateur c'est, sans doute, de favoriser la conciliation entre les parties au différend. Elles ne peuvent saisir l'ANR d'une requête aux fins de règlement de litige que si elles n'ont finalement pas pu s'entendre. Parce qu'il s'agit d'une voie à l'allure juridictionnelle, les règles de transparence, et de contradictoire sont de rigueur.

---

[340] Cf. art. 65, al. 4, loi 2010/13 précitée.
[341] *Idem*.
[342] Il est dressé lorsque les parties sont tombées d'accord. Le litige est donc éteint.
[343] Cas dans lequel les parties n'ont pu s'entendre que sur certains points, le litige demeurant sur d'autres points.
[344] Dans ce cas, les parties n'ont pu trouver aucun point d'accord.
[345] Cf. art. 6, al. 3, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

S'agissant de la transparence, il est à noter que la procédure contentieuse de règlement des différends devant l'ART est régie par le principe de la séparation de l'autorité d'instruction de celle de jugement. En effet, au sein de l'ART, il existe deux organes[346] intervenant dans la procédure de règlement des litiges. Il s'agit précisément du Comité de Règlement des Différends qui est l'organe délibérant et de la Commission Technique de Règlement des Différends qui assure l'instruction des dossiers. D'autre part, il est imposé aux ANR, dans le cadre des procédures contentieuses, de motiver suffisamment leurs décisions[347], ce qui accroît la crédibilité du système tout en renforçant le caractère juridictionnel de la décision.

S'agissant du principe du contradictoire, les règles applicables à la procédure en vigueur devant l'ART au Cameroun précisent clairement que les parties sont soumises au respect du contradictoire, raison pour laquelle elles doivent prévoir au moment de dépôt tant de la requête que d'autres pièces, un exemplaire pour chaque partie au litige[348]. Ce principe s'impose aussi à la Commission Technique de Règlement des Différends qui doit, en tout temps, mener ses instructions dans le respect du principe du contradictoire[349].

ii. Les caractères de l'office de règlement des litiges des ANR

142. D'après le Conseil des Ministres, les ANR doivent avoir la charge de l'essentiel du contentieux relevant des relations entre les opérateurs du secteur des communications électroniques[350]. Partant de là, le législateur camerounais a, de façon expresse, disposé que la compétence de l'ART pour les litiges qui relèvent de son

[346] Cf. art. 5, Décision n°000098 /ART/DG/DAJCI du 31 juillet 2008 portant régime du règlement des différends dans le secteur des télécommunications au Cameroun.
[347] D'après l'article 6, al. 1 in fine du Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques, « *leurs décisions, qui sont motivées, précisent les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles le différend est réglé. Ces décisions sont rendues publiques dans les conditions et sous les réserves prévues par les lois nationales* ».
[348] Cf. art. 27, Décision n°000098 /ART/DG/DAJCI du 31 juillet 2008 portant régime du règlement des différends dans le secteur des télécommunications au Cameroun.
[349] Cf. art. 29, Décision n°000098 /ART/DG/DAJCI du 31 juillet 2008 portant régime du règlement des différends dans le secteur des télécommunications au Cameroun.
[350] Cf. art. 6, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques. D'après l'al. 1er de ce texte, « *Les autorités nationales de régulation doivent pouvoir régler l'ensemble des litiges entre exploitants de réseaux de communications électroniques et/ou les fournisseurs de services associés relatifs à l'interconnexion, la location de capacité ou l'utilisation partagée entre opérateurs d'infrastructures existantes, situées sur le domaine public ou sur des propriétés privées; et d'une manière plus générale, à leurs accords commerciaux* ».

ressort, est obligatoire et préalable[351] à la saisine de toute autre juridiction. En d'autres termes, relativement aux litiges concernés, les tribunaux devront, pour retenir leur compétence, s'assurer que l'ART a déjà eu à se prononcer sur l'affaire. Ainsi, les tribunaux ne peuvent intervenir dans ce cadre que comme juridiction de recours. Par ailleurs, en matière d'interconnexion, l'une des clauses obligatoires devant figurer dans la convention est celle concernant « *l'obligation de saisir l'Autorité Nationale de Régulation en cas de litige* »[352].

Les Autorités de Régulation dans le domaine des communications électroniques ne bénéficient pas toujours d'une telle compétence obligatoire. Dans l'Union Européenne par exemple, l'article 20 de la directive-cadre[353] dispose en son point 5, relatif aux règlements de différends que cette procédure « *ne fait obstacle à ce que l'une des parties engage une action devant une juridiction* ». En d'autres termes, dans cet espace communautaire, la compétence sur ces questions est partagée entre les autorités de régulation et les juridictions.

L'office juridictionnel de l'ANR se caractérise aussi par sa célérité. Des délais impératifs sont en effet impartis à cet organe pour se prononcer sur les litiges dont il est saisi. En ce qui concerne son office de conciliation, l'article 65 al. 4 de la loi camerounaise régissant les communications électroniques, précise que la décision de conciliation doit intervenir dans un délai maximum de trente (30) jours, à compter de la saisine de l'Agence.

143. En présence d'une requête contentieuse, l'alinéa 7 de l'article 65 du même texte impose à l'agence de statuer dans un délai de quarante-cinq (45) jours à compter de la date de dépôt de la requête. De telles exigences tendent à lutter contre l'inertie de l'agence, laquelle peut occasionner chez les litigants des préjudices importants dans un domaine où les investissements mobilisent beaucoup d'argent. Cependant, cet objectif risque de demeurer un vœu pieu dans la mesure où le texte ne prévoit pas de sanction en

[351] Cf. art. 65, al. 1, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[352] Cf. art. 4, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques.
[353] Cf. Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

cas de non-respect desdits délais. Cependant, l'on peut se dire que si l'Agence n'a pas vidé sa saisine dans le délai imparti, la juridiction compétente de recours pourra, en cas de saisine, retenir pertinemment sa compétence. Le non-respect des délais pourrait alors signifier dans ce cas décision de rejet de la demande du requérant. Toutefois, il est toujours souhaitable que l'autorité de régulation puisse vider sa saisine en se prononçant dans les délais impartis sur les affaires dont elle est saisie et qui relèvent de sa compétence. C'est dans ces conditions qu'elle peut bien jouer le rôle qui lui est dévolu et secréter un fonds commun de sa pratique décisionnelle.

iii. La typologie des décisions

144. La procédure de règlement des différends devant les ANR se solde par une décision. En général, cette décision viendra mettre fin au différend, mais, ces organes peuvent, si les circonstances l'exigent, prendre des mesures provisoires. Il peut en être ainsi lorsque le comportement, objet du litige, constitue une atteinte grave et flagrante aux règles régissant le marché national des communications électroniques. La mesure à prendre dans ce cas, parce que visant à assurer la continuité du fonctionnement des réseaux, doit être précédée d'une demande adressée aux parties les invitant à formuler leurs observations[354]. Parce qu'elles sont provisoires, de telles mesures ne peuvent produire d'effets que durant une période limitée, laquelle ne peut être supérieure à six semaines[355].

145. La décision mettant fin au litige peut contenir divers types de sanctions. Il peut s'agir de sanctions pécuniaires ou de celles ayant une dimension purement technique. En général, l'Autorité de Régulation peut prescrire ou enjoindre l'ouverture d'un passage au profit d'un opérateur bénéficiant d'une servitude légale[356]. Elle peut demander, au besoin sous astreintes financières, à ce que l'interconnexion soit réalisée immédiatement dans l'attente de la conclusion d'une convention, si elle estime urgent d'agir afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs[357]. Elle

[354] Cf. art. 6, al. 2, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.
[355] Cf. art. 8, al. 2, *idem*.
[356] Cf. art. 13, al. 2, Directive CEMAC n° 08/08 du 19 décembre 2008 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques.
[357] Cf. art. 3, al. 4, *idem*.

peut aussi prononcer la suspension du titre d'exploitation d'un opérateur pour une durée maximale d'un (01) mois, la réduction d'un (01) an sur la durée de son titre d'exploitation ou le retrait du titre d'exploitation[358]. Afin d'assurer l'efficacité et l'effectivité de ses sanctions elle peut les assortir d'astreintes financières[359]. Les décisions des ANR sont immédiatement exécutoires. Si elles peuvent faire l'objet d'un recours gracieux, ce dernier n'a pas d'effet suspensif sauf si le sursis à exécution a été prononcé[360]. Le sursis n'est possible d'une part, que si la décision est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité, et, d'autre part, que s'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à sa légalité.

Toutes ces exigences visent sans doute à renforcer l'autorité des ANR afin qu'elles puissent efficacement faire régner l'ordre dans un secteur aussi délicat que celui des communications électroniques. Mais, parce qu'il s'agit aussi de promouvoir un État de droit, les pouvoirs des ANR font l'objet d'un contrôle.

B- Le contrôle exercé sur les ANR

146. Parce qu'elles exercent d'énormes responsabilités et qu'elles cumulent d'importants pouvoirs, il est important, afin de prévenir toute dérive de la part des ANR, de soumettre leurs actions et leurs actes à un contrôle. La nature et les fonctions hybrides des ANR sont de nature à justifier à leur égard un contrôle administratif (1) et un contrôle juridictionnel (2).

1- Le contrôle administratif

147. Les Autorités Nationales de Régulation, sont des structures de nature administrative. Tel qu'elles sont organisées dans la CEMAC, elles n'épousent pas totalement les contours d'une autorité administrative indépendante[361] classique au sujet

[358] Cf. art. 68, al. 2, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[359] Cf. art. 6, al. 3, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.
[360] Cf. art. 9, al. 2, *idem*.
[361] Même si l'article 110 de la loi gabonaise n° 5/2001 portant réglementation du secteur des télécommunications dispose que l'Agence de régulation des télécommunications est une autorité administrative indépendante dotée de l'autonomie financière, elle ne manque pas de dire à l'article 111 qu'elle est soumise à une double tutelle, ce qui relativise cette indépendance.

de laquelle on a pu observer une double nature paradoxale à savoir « *administrative* » et « *indépendante* »[362]. En effet, dans la CEMAC, loin de consacrer son indépendance, le législateur communautaire a plutôt consacré son autonomie[363]. Ainsi la réglementation communautaire dispose que les autorités nationales de régulation sont des organismes dotés de la personnalité juridique et de l'autonomie financière. Elles doivent être juridiquement distinctes et fonctionnellement autonomes du pouvoir politique et des entreprises assurant la fourniture de réseaux, de services ou d'équipements de communications électroniques[364]. En évitant de parler d'indépendance, le Conseil des Ministres fait preuve de réalisme. En effet, les ANR ne sont, en réalité, que des délégataires des pouvoirs de l'État dans la mesure où la mission de contrôler et d'assurer la régulation des services publics et des services d'intérêt général relève, par nature, de la compétence de l'État[365]. Dans sa définition de l'ANR, le Conseil de Ministres précise qu'il s'agit d'un organisme « *chargé par l'État* »[366] de la mission de régulation des communications électroniques[367]. Ce sont les législateurs nationaux qui ont, sans

[362] DECOOPMAN (N.), ''Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes'', in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, pp. 211, version électronique, http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/nicole_decoopman.pdf_4a07e02582e00/nicole_decoopman.pdf.

[363] Si dans le langage courant, indépendance et autonomie peuvent être employées indistinctement, juridiquement, ces deux notions peuvent décrire deux situations différentes. D'après le Vocabulaire Juridique Cornu (8ème édition, novembre 2009), utilisée à propos d'entité juridique, l'autonomie renvoie à la situation d'institutions administratives (à l'instar des collectivités territoriales) n'ayant pas acquis pleine indépendance vis-à-vis de l'État, mais qui néanmoins sont dotées d'une certaine liberté interne de se gouverner ou de s'administrer elles-mêmes. La notion d'indépendance quant à elle renvoie à l'absence de soumission à un quelconque contrôle ; on note ici l'existence d'une liberté d'organisation tant interne qu'externe. Finalement, on constate que l'autonomie ne dispense pas d'un contrôle, même si celui-ci est allégé, alors que l'indépendance dispense de toute soumission à un contrôle, du moins en théorie.

[364] Cf. art. 4 al. 2, Règlement CEMAC n° 21/08 précité.

[365] Cette idée s'exprime clairement dans les diverses législations nationales à travers l'utilisation de la formule selon laquelle l'ANR exerce ses fonctions « *pour le compte de l'État…* ». Cette formule illustre bien le rôle de délégant de l'État. Voir article 36, al. 2 de la loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques. Voir aussi, article 5, loi congolaise n° 11-2009 du 25 novembre 2009 portant création de l'agence de régulation des postes et des communications électroniques; article 133 loi gabonaise n° 5/2001 portant réglementation du secteur des télécommunications.

[366] Cf. art. 1er, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.

[367] À titre de droit comparé cependant, la Cour constitutionnelle belge a déclaré qu'une Autorité de Régulation n'avait pas, du fait de sa nature indépendante, à subir, un contrôle de la part de l'État. Cf. VISEUR (F.), ''La Cour constitutionnelle valide l'indépendance des autorités de régulation'', version Html, 13/1/2011, http://www.philippelaw.com/files/Statut%20des%20autorit%C3%A9s%20publiques%20de%20r%C3%A9gulation.pdf.

dénaturer l'esprit du Règlement communautaire, le mieux exprimé cette idée en prévoyant que l'ANR est un organisme public sous tutelle[368].

148. La tutelle est une institution consistant en un contrôle exercé par l'État sur les personnes administratives décentralisées, moins dans leur intérêt, qu'en vue, surtout, de la sauvegarde de l'intérêt général et de la légalité[369]. Une personne administrative est dite décentralisée lorsqu'elle bénéficie d'une autonomie de gestion et qu'elle jouit de la personnalité juridique. C'est justement le cas des ANR.

Concrètement, ce pouvoir de contrôle permettra aux États de s'assurer que les ANR exercent correctement la mission qui leur est confiée et qu'elles n'en abusent pas. Les moyens classiques de l'État dans le cadre de la tutelle sont les pouvoirs d'approbation, d'annulation et de substitution. Mais, relativement aux ANR, la tutelle de l'État se manifeste essentiellement par les pouvoirs de nomination des dirigeants et d'approbation de certains de leurs actes par le gouvernement. Ainsi par exemple, la répartition des bandes de fréquences entre catégories de services et entre autorités affectataires par l'ANR gabonaise n'est valable qu'autant qu'elle a été approuvée par le Ministre chargé des télécommunications[370]. De même, la fixation des règles de tarification par l'Autorité tchadienne de régulation, doit être soumise à l'approbation du Ministre des télécommunications[371]. Au Congo, les Statuts de l'Agence de Régulation, établis par le Conseil de régulation, doivent être approuvés par le conseil des ministres[372] de même que certaines autres décisions de ce Conseil[373].

Pour ne pas compromettre l'effectivité de la réglementation communautaire, il eût peut-être été pertinent de définir les modalités de cette tutelle dans un texte communautaire. Car, à l'analyse, l'on se rend compte que la disparité des législations

---

[368] Cf. art. 1er, al. 3, loi congolaise n°11-¬2009 du 25 novembre 2009 portant création de l'agence de régulation des postes et des communications électroniques, articles 108 et 111, loi gabonaise n° 5-2001 portant réglementation du secteur des télécommunications, article 36, al. 3, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques, article 58, loi tchadienne n° 009/PR/98 portant sur les télécommunications.

[369] GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des Termes Juridiques*, 14ème édition, 2003.

[370] Cf. art. 131, loi gabonaise n° 5/2001 portant réglementation du secteur des télécommunications.

[371] Cf. art. 59 (d), loi tchadienne n° 009/PR/98 portant sur les télécommunications.

[372] Cf. art. 9, loi congolaise n° 11-2009 du 25 novembre 2009 portant création de l'agence de régulation des postes et des communications électroniques.

[373] Cf. art. 13, loi congolaise n° 11-2009 du 25 novembre 2009 portant création de l'agence de régulation des postes et des communications électroniques.

nationales sur l'organisation de cette tutelle et l'étendue des pouvoirs conférés par ces législations aux autorités tutelaires entament l'idée d'harmonisation voulue par les autorités communautaires. Il est à regretter que le législateur n'ait pas suivi la démarche qu'il a instituée lorsqu'il s'agissait de réglementer les Agences Nationales d'Investigation Financière (ANIF). À cette occasion, le Conseil des Ministres avait pris soin d'indiquer le caractère obligatoire de la dénomination[374], de l'organigramme et de la composition[375] en termes de ressources humaines des Agences. Surtout, il avait prévu dans les détails le régime des relations que les ANIF doivent entretenir avec les États en précisant les instances nationales qui devaient en assurer la tutelle[376].

Pourtant, au sujet des ANR, on constate que l'autorité de tutelle n'est pas partout la même. Pendant que dans certains États membres cette tutelle est exercée exclusivement par le Ministre en charge des télécommunications[377], dans d'autres, la structure de l'autorité de tutelle est duale[378]. L'harmonie sur ce point est largement menacée. Aussi, cette tutelle doit être sérieusement encadrée, afin que l'État ne s'en serve par pour absorber l'autonomie conférée aux ANR. Heureusement, il s'agit d'une tutelle limitée aux seuls pouvoirs de nomination des dirigeants et d'approbation de certains actes. Vivement donc, que le contrôle juridictionnel fasse preuve d'efficacité, afin que tant les pouvoirs conférés aux ANR que la tutelle exercée sur elles soient effectivement orientés vers l'objectif de développement intégré des États membres de la CEMAC.

2- Le contrôle juridictionnel

149. La question du contrôle juridictionnel des ANR, en ce qu'elles se rapprochent des autorités administratives indépendantes, est d'une grande utilité. En effet, ces Autorités cumulent en réalité trois pouvoirs devant, par nature, être exercés par des autorités différentes. Si en France, le Conseil Constitutionnel a eu à dire que ce

[374] Cf. art. 25, Règlement n°01/03/CEMAC/UMAC/CM portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme en Afrique Centrale.
[375] Cf. art. 27, Règlement n°01/03/CEMAC/UMAC/CM précité.
[376] Cf. art. 26, Règlement n°01/03/CEMAC/UMAC/CM précité.
[377] C'est le cas du Tchad. Cf. art. 4 (h) et 58, loi tchadienne n° 009/PR/98 portant sur les télécommunications.
[378] Pour le cas du Cameroun par Exemple, l'article 36 al. 3 de la loi n° 2010/13 dispose que l'ART « *est placée sous la tutelle technique du Ministère chargé des Télécommunications et sous la tutelle financière du Ministère chargé des Finances* ». Pour le cas du Gabon, voir l'article 111, loi n° 5-2001 précitée.

cumul ne portait pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs[379], c'est tout simplement parce que les décisions que ces autorités prennent, peuvent faire l'objet d'un contentieux devant les juridictions françaises.

Cependant, l'idée d'une immunité juridictionnelle des Autorités administratives indépendantes fut défendue par certains commentateurs de l'arrêt *Retail* dans lequel le Conseil d'État admit la compétence de principe du juge administratif pour examiner la légalité des décisions prises par le médiateur[380]. Malgré l'ambition qu'on pouvait prêter aux arguments des partisans de cette immunité, lesquels invoquaient alors le souci de garantir l'indépendance et l'originalité de ces instances[381], on ne pouvait, au nom des principes fondamentaux qui régissent un État de droit[382], s'en laisser convaincre. C'est ainsi, que désormais, tant le législateur[383], la doctrine[384] que la jurisprudence sont d'avis que les décisions des Autorités administratives indépendantes, au rang desquelles on peut ranger les ANR, peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions.

Si la question du principe de la justiciabilité des décisions des ANR trouve aisément une réponse, l'enjeu se reporte désormais sur les modalités d'un tel contentieux. En effet, les ANR sont des structures administratives dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie de gestion. Mais, dans leur déploiement, elles exercent la mission de régler certains litiges, ce qui semble leur donner une nature hybride. En conséquence, on s'interroge sur l'ordre de juridiction compétent pour connaître des recours contre les actes des ANR : l'ordre des juridictions administratives du fait de la nature administrative des ANR ? Ou les juridictions de droit commun, du fait que la décision contestée a généralement une nature juridictionnelle ? L'enjeu de cette interrogation n'est pas négligeable dans la mesure où les règles applicables sont bien différentes d'un ordre juridictionnel à un autre.

---

[379] Déc. 17 janv. 1989,88-248 DC, Rec. 18 , RFDA 1989, 215, note B. Genevois; 28 juillet 1989,89-260, *Rec*. 71, RFDA 1989, 671, note B. Genevois.
[380] DECOOPMAN (N), ''Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes'', *op. cit.*, p. 212.
[381] GAUDEMET (Y.), "Le Médiateur est-il une autorité administrative ?", in *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117.
[382] TEITGEN-COLLY (C.), "Les instances de régulation et la constitution", RDP 1990, pp. 228 s.
[383] À titre d'illustration, voir, Article 65, al. 8, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[384] À titre d'illustration, Voir DECOOPMAN (N.), ''Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes'', *op. cit.*

La question a déjà été bien débattue dans le monde juridique européen. En France par exemple, face au silence du législateur, le juge administratif s'était reconnu compétent. Cette compétence a été approuvée par le Conseil constitutionnel français. Partant du fait que les autorités de régulation sont des organismes administratifs, cette Haute juridiction a considéré qu'il figure au nombre des *« principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »*, celui selon lequel *« relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique »*[385], par les autorités administratives. En conséquence, le contentieux de leurs décisions relève de la compétence du juge administratif. Malgré cette argumentation décisive du Conseil constitutionnel, il reste que pour certaines questions, c'est le juge judiciaire qui s'est vu habilité à trancher. Donc, finalement, ce contentieux n'est pas unifié.

Ce partage entre deux juges à la culture très différente du contentieux de différentes décisions du même régulateur, souvent étroitement imbriquées entre elles, risque d'aboutir à des contradictions de jurisprudence, préjudiciables à la cohérence de la régulation[386].

150. Une autre question surgit, celle de l'étendue des pouvoirs du juge compétent en cas de contrôle des décisions des ANR. En effet, si on est d'accord qu'une juridiction puisse connaitre des recours contre les décisions de ces organismes, il faudrait organiser ce contrôle de façon à préserver leur autonomie et leurs compétences fondamentales, c'est du moins l'avis d'un auteur[387] militant ainsi pour un contrôle juridictionnel limité. En réalité, ce point de vue peut être soutenu. S'il a été décidé de reconnaitre à ces organismes le pouvoir de connaitre des différends naissant dans le secteur régulé, c'est sans doute parce que du fait de la spécificité du secteur, seules ces autorités, techniquement mieux outillées, pouvaient trancher lesdits litiges en intégrant

---

[385] Cette décision fut rendue le 23 janvier 1987, à propos du régime contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence. Voir DECOOPMAN (N), ''Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes'', *op. cit.*, p. 213.

[386] ADDA (J.), ''Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques'', in *Concurrences*, n° 4-2010 – pp. 75-84, version Html, www.concurrences.com.

[387] DECOOPMAN (N), ''Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes'', *op. cit.*, p. 212. Cet auteur s'interroge en ces termes, « *Un contrôle juridictionnel approfondi ne risque-t-il pas de faire perdre à ces autorités leur caractéristique essentielle, c'est-à-dire leur indépendance, et en conséquence leur place originale dans l'architecture institutionnelle*? ».

toutes les considérations utiles tant techniques que juridiques et économiques. Donner à une juridiction de recours, qui en général, ne s'appuiera que sur le droit, le pouvoir de remettre en cause tous les aspects de la décision contestée, peut se révéler contreproductif. C'est pourtant la solution retenu dans la Zone UEMOA où il est prévu que l'organisme de recours devra être en mesure d'examiner non seulement la procédure au terme de laquelle la décision de l'Autorité nationale de régulation a été prise, mais également les faits de la cause[388]. Ce qui laisse entrevoir la possibilité d'un contrôle approfondi.

151. Dans la CEMAC, le législateur communautaire a certes consacré le droit au recours contre les décisions et sanctions des ANR[389] en disposant qu'elles « *doivent pouvoir être contestées de manière efficace devant une instance juridictionnelle nationale* ». Mais, il n'a nullement précisé les modalités d'un tel contentieux. Il revenait alors aux autorités nationales, avec tout le risque de disparité et d'incohésion que cela pouvait comporter, de réglementer l'exercice de ce droit de recours. Évidemment, les sons de cloches différents n'ont pas tardé à se faire entendre du fait des imprécisions du texte communautaire.

Au sujet de la nature de la juridiction compétente, le législateur communautaire a gardé un silence coupable. L'objectif d'harmonisation l'obligeait, en effet, à identifier avec précision cette juridiction. Peut-être qu'il s'est abstenu de s'immiscer dans l'organisation judiciaire interne des États membres, mais ce manque de courage peut impacter négativement sur l'objectif d'harmonisation si d'un État membre à un autre, le juge compétent peut relever d'un ordre différent. Comme on pouvait le craindre, tous les États membres n'ont pas confié ce contentieux aux juridictions d'un même ordre. Intervenant sur la question, le législateur tchadien l'a confié aux juridictions de l'ordre administratif de N'Djamena[390]. Pour sa part, le législateur gabonais dont l'intervention est antérieure à celle du législateur communautaire, avait cependant adopté une formule très proche de ce dernier en disposant que : « *ces décisions sont susceptibles de recours*

[388] Cf. art. 10, al. 2, Directive n° 01/2006/CM/UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications.
[389] Cf. art. 9, al. 1, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.
[390] Cf. art. 63, 65 et 81, loi tchadienne n° 009/PR/98 portant sur les télécommunications.

devant les juridictions compétentes »[391]. Quant à lui, le législateur camerounais n'a pas manqué de marquer sa particularité. En effet, il dispose que : « *Les décisions de l'organe sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun* »[392]. Il en résulte donc que l'arbitre devient dans le cadre de ce contentieux une juridiction de recours, ce qui paraît très original. Il est à préciser tout de même que les arbitres dont il est fait allusion doivent être désignés par l'ART[393].

Au sujet des effets de l'exercice de ce recours, le législateur communautaire précise tout simplement que les recours gracieux ne sont pas suspensifs[394] à moins que le sursis à exécution ait été ordonné par la juridiction de recours. Si le droit communautaire est muet sur les effets du recours contentieux, le législateur camerounais, pour sa part, pose clairement que tous les recours, gracieux ou contentieux, sont non suspensifs[395].

152. Le caractère non suspensif de ces voies de recours semble discutable au moins relativement à une partie de ce contentieux. De prime abord, il faut distinguer deux catégories de décisions des ANR : celle comprenant les décisions de sanction et celle constituée des décisions tranchant des litiges entre deux parties. Si les premières peuvent être vues comme des actes administratifs unilatéraux[396], et comme tels, assorties de leurs privilèges traditionnels[397], les secondes quant à elles, ont plutôt un caractère juridictionnel[398]. Cette distinction aurait sans doute pu permettre aux autorités communautaires de soumettre le recours contre les décisions de la première catégorie à la connaissance du juge administratif, et dans ce cas, le caractère non suspensif de ce

[391] Cf. art. 30, al. 2 et 33, al. 2, loi gabonaise n° 5/2001 portant réglementation du secteur des télécommunications.
[392] Cf. art. 65, al. 8, loi 2010/13 précitée.
[393] Cf. art. 40, al. 1, Décision n°000098 /ART/DG/DAJCI du 31 juillet 2008, précitée.
[394] Cf. art. 9, al. 2, Règlement CEMAC n° 21/08 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques.
[395] Cf. art. 65, al. 11, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques; articles 65 et 81 al. 4 loi tchadienne n° 009/PR/98 portant sur les télécommunications.
[396] En effet, cette catégorie renvoie aux décisions unilatérales, initiées par l'ART en tant qu'autorité administrative, dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique, créant des obligations à l'égard de leurs destinataires. Sur les critères de l'acte administratif unilatéral, voir, pour le cas du Cameroun CFJ/CAY, arrêt n° 20 du 20 mars 1968, Aff. *Ngongang Njanké Martin.*
[397] Par exemple, privilège du préalable en vertu duquel l'acte administratif unilatéral doit être exécuté par l'administré, même si ce dernier entend le contester, il doit au préalable l'exécuter.
[398] L'adjectif juridictionnel caractérise tout acte par lequel un litige est tranché à partir des règles de droit. Ainsi, s'agissant de cette catégorie de décisions, il faut retenir que l'ART n'intervient qu'en vertu de la saisine dont elle a été l'objet de la part d'une partie. Cet office s'apparente donc à celui d'une véritable juridiction.

recours ne serait qu'indiscutable. En revanche, le recours contre les décisions de la seconde catégorie devrait relever, dans tous les États membres, de la compétence du juge judiciaire avec tout ce que cela comporte comme conséquences.

Malheureusement, les législateurs nationaux, profitant de la désinvolture du législateur communautaire, rivalisent d'originalité. Il reste alors à espérer que l'organe de coordination des ANR soit à la hauteur des attentes qui sont placées en lui afin de tempérer ces discordances.

SECTION II : L'INSTITUTION D'UN ORGANE COMMUNAUTAIRE DE COORDINATION

153. De par leurs caractéristiques, les communications électroniques, pour être efficacement régulées, ont besoin d'un cadre juridique international. Certaines études ont même proposé le cadre mondial ; d'autres, sans négliger l'importance de cette dimension mondiale, mais par souci de réalisme, ont préféré soutenir les initiatives régionales. En effet, la cadre mondial paraît très lourd et difficile à mettre en œuvre. Même si certaines organisations, ayant vocation universelle, ont structurellement des capacités pour abriter une telle initiative, il reste que le contexte socio-économique n'étant pas le même dans tous les États, une telle approche manquerait sûrement d'assise dans certains d'entre eux. L'avantage de l'approche régionale vient alors de ce qu'il existe déjà dans le monde un ensemble d'organisations économiques régionales, regroupant pour la plupart des États présentant quelques affinités sociales et économiques, ce qui rend alors pertinente l'approche d'un système commun de régulation des communications électroniques.

En Afrique, plusieurs initiatives existent en ce sens. Ces initiatives sont pour l'essentiel propulsées par le projet HIPSSA[399], co-présidé par la Commission de l'Union Africaine et l'Union Internationale des Télécommunications. Ce projet est lui-même une composante du programme « *ACP-Information and Communication Technologies* » (@CP-TIC) initié dans le cadre neuvième Fonds Européen de Développement (FED)[400].

[399] Projet Appui à l'harmonisation des politiques en matière de TIC en Afrique subsaharienne.
[400] Cf. HIPPSA, *Harmonisation réglementaire des TIC : Étude comparée des initiatives régionales*, Décembre 2009, www.itu.int/ITU-D/projects/ITU_EC_ACP/.

L'objectif de ce projet est d'accroître l'harmonisation des politiques publiques et de la réglementation des TIC sur l'ensemble de l'Afrique subsaharienne. Il implique l'Union africaine, les Communautés économiques régionales (CER), leurs États membres respectifs, les associations régionales des autorités nationales de régulation ainsi que les associations d'opérateurs et de fournisseurs de services. L'un des enjeux du projet HIPSSA, c'est d'impulser des stratégies régionales de réglementation et de régulation des télécommunications en suscitant, là où elles n'existent pas encore, des organisations régionales de régulateurs des télécommunications. C'est dans ce contexte que plusieurs organisations régionales de ce type à l'instar du Comité de Régulateurs des Télécommunications (CRTL) de l'UEMOA[401] et du Comité Technique des Régulateurs de la CEMAC ont été instituées.

154. Créé par décision du Conseil des Ministres de l'UEAC[402], le Comité Technique de Régulation de la CEMAC est la réponse à au moins deux soucis des autorités communautaires. D'une part, la volonté d'harmoniser le régime des activités de régulation des communications électroniques dans la CEMAC, en lui permettant de réaliser et de veiller à une bonne collaboration et coopération entre les ANR. D'autre part, le souci de promouvoir des réglementations adaptées à l'évolution des technologies et aux besoins de la Communauté. Ainsi le CTR est doté d'une fonction de veille technologique et législative. Par ailleurs, l'une de ses principales missions consiste notamment à assurer le respect de l'évolution des actes juridiques communautaires dans le secteur des communications électroniques. Au regard de son importance, il s'avère intéressant d'étudier les deux principales fonctions de ce Comité à savoir la fonction technique (Para. I) et la fonction économique (Para. II).

PARA. I : LA FONCTION TECHNIQUE DU COMITÉ TECHNIQUE DE RÉGULATION

155. Le Comité Technique de Régulation est essentiellement constitué des ANR des États membres de la CEMAC. À ce titre, c'est un organe technique. Et ses

[401] Cf. Décision n° 09/2006/CM/UEMOA du 26 mars 2006 portant création du Comité des Régulateurs nationaux de Télécommunications des États membres de L'UEMOA.
[402] Cf. Décision n°45/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Portant création du Comité Technique de Régulation des communications électroniques des États membres de la CEMAC.

missions traduisent bel et bien cette idée. Même si sa composition intègre les nationaux de tous les États membres, aucun de ses membres n'y siège en qualité de représentant d'un État. Ses membres sont donc choisis en fonction de leur compétence technique et de leur connaissance du monde des communications électroniques. En cela, le CTR se présente comme l'organe de régulation au niveau communautaire. Dans le cadre de cette fonction, il veille à la coopération entre les ANR (A) et sur l'évolution technologique et réglementaire des communications électroniques (B).

A- L'ANIMATION DE LA COOPÉRATION ENTRE LES ANR

156. Entre les réseaux établis sur des territoires géographiques distincts et régulés par des autorités différentes, le besoin d'une coordination internationale s'impose comme une nécessité intrinsèque dès lors qu'il est souhaité que des échanges s'établissent entre eux[403]. C'est justement le cas dans la CEMAC. Si les ANR sont des instruments importants dans le cadre de la mise en œuvre sur les territoires nationaux de la stratégie communautaire de développement des communications électroniques, il demeure qu'elles ne doivent pas évoluer en rangs dispersés. Leurs décisions qui ont pour mission d'appliquer et de faire respecter un même corpus législatif communautaire sur leurs marchés nationaux, ont naturellement des répercussions sur les échanges transfrontières. Parce qu'elles œuvrent toutes à la concrétisation d'une politique commune, elles doivent collaborer et veiller à se rapprocher dans leurs démarches.

Pour veiller sur cette coopération, le CTR doit pouvoir être destinataire des rapports périodiques des activités des ANR et leur tenir en retour des observations et recommandations. Mais aussi, de façon ponctuelle, certaines décisions des ANR ne devraient pas être adoptées et mises en œuvre sans consultation préalable du CTR. Ainsi, lorsque les Autorités nationales de régulation prennent des décisions qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur les échanges entre États membres et sur la mise en place du marché commun ; soit, qu'elles concernent la mise en œuvre de la politique de développement du Service Universel ; soit, qu'elles intéressent l'interconnexion ou portent sur les modalités d'attribution d'autorisation en vue de l'établissement, l'exploitation et/ou la fourniture de services de télécommunications ouverts au public,

[403] STOFFAËS (C) et al., *Vers une régulation européenne des réseaux*, *op. cit.*

elles doivent au préalable s'assurer que lesdites mesures ainsi que les arguments qui les motivent sont communiqués au Comité des Régulateurs, un mois avant leur mise en œuvre. Cette communication au CTR n'est pas seulement une mesure d'information. Car en réalité, elle vise à permettre aux autres ANR, regroupés au sein du CTR d'apprécier de telles mesures afin de se prononcer sur leur compatibilité avec les objectifs d'intégration et d'harmonisation de la politique communautaire des communications électroniques.

Le CTR n'est vraiment concerné que si les mesures entreprises par une ANR peuvent avoir une dimension communautaire par son objet ou par ses effets. Mais, on se rend compte que du fait que les autorités communautaires visent à assurer à tous les citoyens, indifféremment de leur nationalité, de leurs conditions économiques ou sociales, l'accessibilité aux mêmes services, on se demande si le domaine réservé exclusivement aux États n'est pas finalement symbolique. Pratiquement donc, la plupart des mesures des ANR devront être notifiées au CTR pour lui permettre de veiller permanemment à leur rapprochement avec celles en vigueur dans les autres États, ceci afin de garantir à tous les citoyens de la CEMAC le même niveau de développement technologique.

Dans le cadre de la coopération des ANR, le rôle du CTR ne se limite pas à l'étude des mesures et la déclaration de leur compatibilité ou non. En effet, il est aussi investi d'une mission d'arbitrage. Ainsi, en cas de litige entre des opérateurs établis dans deux États membres, ceux-ci peuvent soumettre le différend à l'une et à l'autre des Autorités Nationales de Régulation concernées. Ces dernières doivent coordonner leurs efforts afin de résoudre le litige conformément aux principes énoncés (transparence, non discrimination, égalité…). En l'absence de coordination entre ces autorités nationales de régulation, et afin de parvenir à une solution, chaque partie peut saisir le Comité Technique des régulateurs. À ce niveau, le Président du Comité veille à ce que le différend soit tranché dans le respect des principes indiqués précédemment[404]. Les Autorités nationales de régulation doivent prendre en compte les observations de la Commission et du Comité des Régulateurs. La réponse du CTR est donc obligatoire, ce

[404] Cf. art. 6, al. 4, Règlement n° 21/08 précité.

qui lui donne une autorité certaine. Sa dimension technique s'illustre davantage à travers sa mission de veille technologique et réglementaire.

B- LA VEILLE TECHNOLOGIQUE ET RÉGLEMENTAIRE

157. Les communications électroniques sont des activités en perpétuelle mutation. L'évolution des techniques, des technologies et même des comportements de ses acteurs est souvent imprévisible. De façon permanente aussi, les autorités doivent se soucier de la sécurité tant des utilisateurs que des réseaux. Pour relever cet important défi, un système de veille a été institué.

Demeurant fidèles à l'objectif du développement du marché commun des communications électroniques à travers une approche coordonnée, voire intégrée, les autorités communautaires ont confié cette mission, non aux ANR, mais au CTR. En réalité, du fait de la composition du CTR, ce sont finalement toutes les ANR qui assurent cette mission sur le terrain, mais, de façon collective et harmonisée. Cette logique est satisfaisante au moins à deux niveaux. D'une part, parce que le CTR est composé des ANR, celles-ci assurent au niveau national cette veille en observant l'évolution tant des technologies que celle des législations sur leur territoire national, ce qui constitue la veille de base. D'autre part, parce que les problèmes observés dans chaque État ne doivent pas donner pas lieu à un traitement isolé ou national, mais, être recoupés au niveau communautaire pour favoriser l'intégration et la cohérence des solutions adoptées par rapport à l'objectif d'intégration, il est possible d'aboutir à des solutions harmonisées intégrant bel et bien les réalités spécifiques de chaque État membre.

Dans le cadre de cette mission, le CTR est tenu de mettre en place une base de données d'informations sur des questions communes touchant à la réglementation et à la régulation des communications électroniques au sein des États membres[405]. Cette base de données devra être consultable par les différentes autorités intervenant soit dans la réglementation, soit dans la régulation des communications électroniques dans la Zone CEMAC. Cette fonction constituant le prolongement de la mission l'animation de la coopération entre les ANR.

[405] Cf. art. 2, al. 2 Décision n°45/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Portant création du Comité Technique de Régulation des communications électroniques des États membres de la CEMAC.

158. Grâce à ce travail de veille et à la base de données, le CTR peut alors efficacement jouer l'un de ses plus importants rôles : celui de conseiller les organes de la CEMAC en matière de communications électroniques[406]. Cette mission traduit certainement la volonté des pouvoirs publics communautaires d'avoir des réglementations qui tiennent compte des spécificités des communications électroniques. Le CTR est un organe technique et sa participation, au moins à titre consultatif, à l'élaboration des textes devant régir ce secteur évitera, à coup sûr, la prise de décisions déconnectées de la réalité dudit secteur.

Il existe tout de même une petite difficulté dans la mise en œuvre effective de ce système de veille. En effet, la lecture des textes fait bien comprendre que son efficacité dépend intégralement des modalités de transmission des informations par les ANR au CTR. Si le CTR n'a pas d'informations fiables concernant les différents aspects du marché, il ne pourra qu'imparfaitement jouer ce rôle. D'où l'intérêt d'instituer une obligation périodique, à la charge des ANR, de collecter et de transmettre au CTR des informations précises. Cette mesure n'étant au demeurant envisagée qu'en ce qui concerne les tarifs.

PARA. II : LA FONCTION ÉCONOMIQUE DU COMITÉ TECHNIQUE DE RÉGULATION

159. Telle qu'elle est conçue, la politique de développement des communications électroniques dans la CEMAC vise à satisfaire un ensemble de conditions économiques au profit des populations de la Communauté. Essentiellement, il s'agit de rappeler que l'un des objectif de cette politique, c'est d'atténuer l'impact du coût économique et financier des services de communications électroniques chez les utilisateurs. La question du prix ou tarif de ces services ne doit plus constituer l'obstacle majeur à l'accès aux services de base. De plus, étant dans une zone intégrée où tous les États connaissent quasiment des situations économiques similaires, les pouvoirs publics communautaires ambitionnent de parvenir à des niveaux de prix équilibrés et harmonisés sur les territoires de tous les États membres. Comme moyen de cette

[406] *Idem*.

politique, le CTR s'est vu confier la mission d'observateur des prix (A) et de garant de leur équité (B).

A- L'OBSERVATION DES TARIFS DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

160. Parmi les activités qui lui sont dévolues, le Comité Technique de Régulation a en charge l'observation des tarifs pratiqués par les opérateurs de communications électroniques[407]. Pour bien accomplir cette mission, il a besoin de la collaboration des autorités nationales de régulation qui d'après la directive communautaire doivent communiquer au Comité Technique de Régulation, et ce au début de chaque année, les tarifs pratiqués par leurs opérateurs nationaux pour un échantillon de services définis préalablement par les textes communautaires. Actuellement la liste des services concernés comprend notamment le raccordement et l'abonnement au service téléphonique fixe, le trafic local, national et international téléphonique fixe, l'accès au service téléphonique mobile (offres prépayées et post-payées), le trafic national et international téléphonique mobile et l'accès commuté ou permanent à l'internet.

En cette matière, le Comité Technique est doté d'un pouvoir important. C'est lui qui définit le cadre de la collecte de ces informations. À cet effet, il peut, selon l'évolution des circonstances dans ce secteur d'activités, décider de faire évoluer la liste des services figurant ci-dessus en vue de prendre en compte les services les plus significatifs pour l'économie. En outre, Il peut également décider, après avoir initialisé sa base de données, d'évoluer vers une périodicité trimestrielle de collecte de tout ou partie des données. Cette possibilité qui lui est offerte est une aubaine pour les utilisateurs des services de communications électroniques. En effet, il s'agit d'un secteur où l'évolution des pratiques se fait souvent à un rythme incroyable. Ainsi, il est possible qu'au cours d'une même année, les tarifs varient sensiblement et à plusieurs reprises. En conséquence, fixer définitivement la périodicité de cette collecte à l'année pourrait

[407] Cf. art. 6, al. 1, Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.

compromettre l'objectif d'adaptabilité[408] des mesures de régulation, pourtant fondamental dans ce secteur. Si le CTR observe les tarifs des communications électroniques dans les États membres c'est afin de s'assurer qu'ils sont équitables.

B- LA RECHERCHE DU NIVEAU ÉQUITABLE DES PRIX

161. La collecte des données relatives aux tarifs pratiqués par les opérateurs dans les États membres n'est pas une fin en soi. Elle s'intègre, comme un maillon essentiel, dans une logique consistant à établir le meilleur niveau des prix pouvant servir de tarif aux services concernés. Pour parvenir à cette fin, le CTR applique une méthodologie définie par les autorités communautaires. Concrètement, le CTR doit commencer par établir une comparaison des tarifs pratiqués par les opérateurs des États membres. Cette comparaison se fait en tenant compte des contextes économiques et de l'état d'évolution du marché des communications électroniques dans les différents États membres. Cette contrainte est importante dans la mesure où le souci n'est pas d'aboutir forcément à un tarif unique pour un service donné dans toute la sous-région, mais, de déterminer pour chaque État le niveau de prix approprié par service. L'appréciation des informations nationales doit donc se faire *in concreto* en raison de la grande diversité des conditions économiques et sociales[409]. Les résultats de cette comparaison constituent un premier indice.

D'après la Directive communautaire, au résultat de la comparaison des tarifs pratiqués par les opérateurs établis dans la Communauté, le Comité Technique de Régulation doit ajouter les informations dont il dispose sur les tarifs pratiqués pour ces mêmes services dans les pays africains voisins. Le législateur communautaire cherche, par cette modalité, à arrimer la politique tarifaire sur les modèles des États ayant avec les États membres de la CEMAC des conditions économiques et structurelles similaires. Ce modèle de rapprochement informel peut contribuer à réduire le fossé numérique existant entre les États membres de la CEMAC et les autres États de l'Afrique. Car, par

[408] Cet objectif est indiqué à l'article 3, al. 1 de la Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.
[409] Voir en ce sens, ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, *op. cit.*

cet exercice, le CTR copiera sans doute les modèles de tarification qui ont eu du succès dans ces pays voisins.

Les résultats de cette double comparaison sont diffusés aux autorités nationales de régulation des États membres, lesquelles devraient les intégrer dans leurs politiques nationales. On constate, en fin de compte, que le modèle de régulation des communications électroniques dans la CEMAC est organisé sous la forme d'un processus de recyclage de l'information. Les ANR collectent des informations qu'elles communiquent au CTR qui les analyse, les traite, les compare et les restitue, harmonisées, aux ANR qui doivent alors les exploiter. Aussi, on note que la régulation sur le territoire national relève pratiquement de la seule compétence des ANR. Donc, les observations du CTR ne sont pas directement applicables dans les États, elles nécessitent d'être intégrées dans le dispositif national par un acte de l'ANR compétente ; mais, à l'égard des ANR, elles sont obligatoires. C'est en ce sens qu'il est précisé que les autorités nationales de régulation doivent prendre en compte les données restituées par l'observatoire des tarifs dans l'évaluation des coûts de référence[410].

*

* *

* * *

162. Le secteur des communications électroniques présentant désormais un intérêt majeur pour le processus d'intégration dans la CEMAC, les pouvoirs des autorités nationales ont fait l'objet d'un encadrement orienté vers les objectifs du marché commun. Ainsi, la régulation du secteur des communications électroniques est organisée à un double niveau. Au niveau national, elle est assurée par les Autorités Nationales de Régulation, lesquelles sont caractérisées, en vue d'une plus grande efficacité, par leur personnalité juridique et leur autonomie de gestion. Malgré ces caractères, elles doivent veiller à se conformer aux mesures édictées par le Comité Technique de Régulation qui coordonne la régulation des communications électroniques sur le plan communautaire.

[410] Cf. art. 6, al. 4, Directive CEMAC n °10-2008 harmonisant les modalités d'établissement et de controle des tarifs de services de communications électroniques.

La diversité et l'importance des fonctions imparties aux organes de régulation font d'eux les principaux acteurs du développement du marché commun numérique dans la CEMAC. En effet, ils édictent des règles, délivrent des agréments, règlent les différents entre les acteurs et sanctionnent les manquements constatés chez les prestataires. D'un autre côté, le souci de la transparence et de l'objectivité a conduit à ce que ces organes soient eux-mêmes soumis à un contrôle afin de prévenir les potentielles dérives dont ils peuvent être à l'origine.

CONCLUSION DU TITRE I

163. Au regard de tout ce qui précède, l'idée qui se dégage est que les autorités communautaires sont décidées à se servir des communications électroniques pour propulser l'intégration économique dans la CEMAC. Le cadre juridique de ce secteur d'activité mis sur pied par le Conseil des Ministres participe de cette stratégie. En effet, ses objectifs sont clairs : soutenir le développement numérique équilibré et harmonisé des États membres dans un esprit d'ouverture et de concurrence.

Désormais, le secteur des communications électroniques est, en principe, libre d'accès. L'État en a perdu le monopole. Les principes d'égalité et de non-discrimination doivent être respectés par les autorités nationales lorsqu'elles y interviennent. Ces règles visent à attirer les investisseurs dans ce secteur afin d'optimiser son rendement socio-économique à l'échelle communautaire. Ainsi, la liberté de circulation des communications électroniques et le droit à l'interconnexion de dimension communautaire sont tous consacrés dans le but de réaliser des infrastructures et des réseaux interétatiques censés renforcer les liens entre les États membres.

164. Tenant compte de l'importance de ces services, et de la condition économique des populations de la sous-région, un service universel des communications électroniques a été institué. La large définition de son contenu illustre la volonté des autorités de favoriser l'alphabétisation numérique des citoyens communautaires, condition sans laquelle toute lutte contre la fracture numérique serait vaine. Par ailleurs, pour que ces services très importants soient accessibles, les conditions tarifaires sont bien encadrées dans le but de leur allègement.

Toutes ces règles sont placées sous le contrôle d'une autorité indépendante à savoir l'Autorité Nationale de Régulation. Le choix de ce mode de régulation témoigne dans une certaine mesure de la volonté des autorités de prendre en compte les spécificités de ce secteur d'activité dans la mise en œuvre des règles instituées. Aussi, cette orientation vise à permettre à ces activités d'accompagner et de soutenir la libre circulation des autres biens et services.

TITRE II : L'ORIENTATION DU CADRE JURIDIQUE VERS LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS ET SERVICES

165. Le commerce électronique doit être traité non seulement comme une activité à promouvoir, mais surtout comme un instrument au service de l'intégration économique de toute la Sous-région. Ainsi, son développement ne doit pas être vu comme une fin en soi, mais comme un moyen pour parvenir à l'effectivité des libertés économiques communautaires et à la construction du marché commun. Il s'agit, à ce niveau, d'analyser le cadre juridique pouvant servir de support au commerce électronique dans une logique d'intégration économique.

Ainsi, si la libre circulation des biens, enjeu majeur de la CEMAC, peut être réalisée grâce au commerce électronique, il faut cependant rester vigilant afin que ne circulent que des marchandises et services autorisés d'une part, et que les contraintes fiscales et douanières ne soient point contournées d'autre part. C'est là le défi qui attend les autorités communautaires, défi qu'elles devront relever en s'abstenant par ailleurs, de créer des obstacles au développement de ces activités puisque dans leur sillage, celles-ci propulsent l'émergence d'autres activités intégratrices. En réalité, ces activités intégratrices et le commerce électronique entretiennent des relations mutuellement bénéfiques.

En s'appuyant sur le cadre juridique des libertés économiques consacrées dans la CEMAC, le commerce électronique peut dynamiser les relations économiques entre les États tout en renforçant, grâce à ses caractéristiques, le rayonnement desdites libertés. L'on verra en effet que grâce à l'environnement du commerce électronique, la circulation des biens et des services devient plus aisée. Désormais, l'urgence semble être de mieux encadrer l'exercice des activités du commerce électronique afin de s'assurer que leur développement s'accorde bien avec les principes communautaires (Chapitre I). Bien plus, l'on constatera d'autre part que le développement du commerce électronique produit un effet d'entraînement sur d'autres activités intégratrices, telles les activités financières et de transport (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'ENCADREMENT DES ACTIVITÉS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

166. On a souvent pensé que les réseaux de communications électroniques constituaient des mondes sans loi ; et, qu'à ce titre, il était possible d'y faire ce qu'on veut sans courir le risque des sanctions. Très vite, les partisans d'une telle conception ont déchanté, car loin de constituer un monde sans règles, il s'est au contraire révélé être un monde trop réglementé du fait du foisonnement des textes nationaux ayant souvent vocation à régir la même situation. Ainsi, bien que des législations reconnaissent et consacrent le principe de la liberté des communications et du commerce électroniques[411], il ne s'agit nullement d'un laisser-aller. Bien au contraire, désireux de s'assurer que tout citoyen communautaire peut jouir effectivement de cette liberté, le législateur communautaire, assisté en cela par les législateurs nationaux, a assorti la mise en œuvre de cette liberté de quelques aménagements. Puisque la liberté finit très souvent par asservir, c'est la loi qui doit la réguler pour le bien de tous.

Ces aménagements visent essentiellement à garantir entre autres objectifs, la licéité des comportements des acteurs, l'accès au marché par tout potentiel opérateur, l'interpénétrabilité des marchés nationaux, la sécurisation des ressources fiscales et douanières, *etc*. L'atteinte de ces objectifs dans l'environnement électronique nécessite de la part des autorités quelques réajustements des stratégies et des repères en vigueur jusqu'à lors. Comme le relève pertinemment un auteur, de nouvelles balises pour le droit sont nécessaires dans le cyberespace[412]. Ces propos seront illustrés à travers la confrontation tant du droit communautaire de la concurrence (Section I) que de la législation fiscalo-douanière (Section II) de la CEMAC au commerce électronique.

SECTION I : LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

167. Les autorités communautaires ont fait de la concurrence entre les agents économiques une pièce maitresse du système de régulation du marché commun de la CEMAC. À ce titre, le principe de la concurrence est couramment rappelé dans les

[411] À titre d'illustration, voir art. 3, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.
[412] GOLA (R. V.), *Droit du commerce électronique - Guide pratique du e-commerce*, Gualino Editeur, 2013, p. 20.

différents textes importants de la CEMAC. Déjà, il ressort du paragraphe 5 du Préambule de la Convention modifiée de l'UEAC que les États membres de la CEMAC affirment « *leur volonté de se conformer aux principes d'une économie de marché ouverte, concurrentielle et favorisant l'allocation optimale des ressources* ». Dans la même lancée, l'alinéa c) de l'article 13 de la même Convention dispose que le marché commun de l'Union Économique comporte « *l'adoption des règles communes de concurrence applicables aux entreprises et aux aides d'État* ».

La réglementation de la concurrence constitue, sinon l'attribut essentiel, du moins, le mécanisme d'impulsion d'une économie de marché. Il est question de s'astreindre à une compétition économique notamment l'offre par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire les besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle[413]. Par ailleurs, dans la mesure où l'importance de l'internet pour le commerce devient de plus en plus visible, la protection de la concurrence quant aux activités commerciales liées à l'accès des particuliers et des organisations à ce canal devient donc cruciale[414].

De par la nature et les vertus des technologies sur lesquelles le commerce électronique s'appuie, il apparaît *a priori* qu'il se déploie dans un environnement ouvert favorable à la concurrence et où l'entrée des opérateurs est garantie grâce à une technologie de plus en plus répandue et à un coût de plus en plus bas. Cependant, le risque de comportements anticoncurrentiels existe et souvent, de façon très subtile. C'est sûrement en vue de contenir ce risque que le Conseil des Ministres a, à travers la réglementation du partage des infrastructures, de l'interconnexion et de l'interopérabilité, cherché à protéger le droit de tout opérateur potentiel à pouvoir intégrer le marché des communications et du commerce électroniques. En effet, l'important pour les prestataires de commerce électronique n'est pas d'avoir la volonté et les moyens, il faut encore pouvoir compter sur un environnement technologique et un

[413] NJEUFACK TEMGWA (R.), *La protection de la Concurrence dans la CEMAC*, Thèse de Doctorat/Ph.D en Droit, Université de Dschang, 2005, p. 2

[414] BUIGUES (P. A.) et URRUTIA (B.), ''Les enjeux pour la concurrence des marchés lies à internet et au commerce électronique'', in *Gazette du Palais*, 24 juin 2000 n° 176, p. 6.

cadre juridique favorables. C'est pourquoi il est utile de s'assurer que le droit de la concurrence en vigueur dans la CEMAC est suffisamment outillé pour faire face aux pratiques commerciales courantes dans le commerce électronique.

168. Actuellement, l'arsenal juridique de la CEMAC comporte quelques textes relatifs au droit de la concurrence dont les plus importants sont sans doute, le Règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles modifié par le Règlement n° 12/05-UEAC-639 U-CM du 25 juin 2005 et le Règlement n° 4/99 relatif aux pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres[415]. De ces textes, il ressort clairement que, l'objectif étant d'assurer une fluidité des relations commerciales entre les États membres, certaines pratiques sont interdites au nombre desquelles les ententes et les abus de position dominante tandis que d'autres, à l'instar des concentrations, sont soumises à contrôle. Ces règles sont aussi applicables aux activités commerciales déployées par le biais de réseaux numériques sous forme de commerce électronique[416]. Seulement, il y a une difficulté qui n'a pas été résolue dès le départ par ladite réglementation, celle de savoir comment appliquer ces règles au commerce électronique. Cette question est d'autant plus intéressante que l'environnement du commerce électronique est de nature, non seulement à favoriser la mise en œuvre des pratiques proscrites (Para I), mais aussi à rendre difficiles d'application les critères originellement définis par les textes (Para II).

PARA. I : LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES DANS LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

169. Les pratiques commerciales relevant du commerce électronique ne sont pas toujours seulement une pure transposition de celles ayant cours dans le commerce classique. Grâce à son environnement technologique et virtuel, le commerce

[415] Voir KALIEU ELONGO (Y. R.) et KEUGONG WATCHO (R.), Commentaire des Règlements n° 1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles et, n ° 4/99/UEAC-CM-639 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le Commerce entre les États membres ; in *Juridis Périodique*, n° 54, Avril-mai-juin 2003, p. 96.

[416] À la suite des Directives communautaires, les lois camerounaises prévoient expressément que « *l'exercice du commerce électronique est soumis au respect des dispositions relatives […] aux pratiques anticoncurrentielles et à la concentration économique* », cf. art. 3 al. 2, loi n° 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

électronique fait naître dans sa pratique des mécanismes souvent inconnus du commerce classique. Pour rendre compte de cette particularité du commerce électronique et des problèmes qui peuvent naître de sa rencontre avec le droit de la concurrence, l'on étudiera, à la lumière du droit de la concurrence de la CEMAC, quelques pratiques susceptibles d'hypothéquer la concurrence sur le marché commun ou sur une partie de celui-ci. Les développements porteront sur deux illustrations. L'une relative aux pratiques unilatérales (A) et l'autre, aux pratiques collectives (B).

A- LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES UNILATÉRALES : LA QUESTION DE L'INTEROPÉRABILITÉ

170. Du fait de ses propriétés, le commerce électronique favorise le développement et l'amplification de comportements anticoncurrentiels unilatéraux. La seule maîtrise d'une plate-forme essentielle pour la réalisation des transactions électroniques peut permettre à un opérateur d'influencer la concurrence sur le marché sans toutefois la subir. L'environnement du commerce électronique contraint les opérateurs à collaborer au moins techniquement. Cependant, cette nécessité de collaboration doit souvent être formulée par les pouvoirs publics, lesquels doivent par ailleurs faire preuve de vigilance à l'égard de cette collaboration. L'on illustrera ces idées en démontrant, d'une part, l'importance de l'interopérabilité que les pratiques unilatérales tendent généralement à remettre en cause (1), et d'autre part, la nécessité de définir un régime approprié de l'interopérabilité (2).

1- Importance de l'interopérabilité dans le cadre du commerce électronique

171. Le commerce électronique est fortement dépendant des technologies de l'information et de la communication. La capacité des opérateurs du commerce électronique à développer ou à accéder aux solutions technologiques innovantes et compétitives est un gage de succès dans ce secteur d'activité. En général, pour faire fonctionner une plate-forme de commerce électronique, il est indispensable d'avoir accès à des infrastructures matérielles et logicielles. Puisqu'il s'agit d'un environnement réseauté, ces infrastructures font généralement appel au service et à la compétence d'un ou de plusieurs autres matériels ou programmes d'ordinateur. Pour ce faire, les logiciels ayant vocation à travailler ensemble doivent pouvoir communiquer entre eux. Il s'agit

là de l'exigence de compatibilité ou d'interopérabilité sans lesquelles « *il n'existe pas de société de l'information et de la communication* »[417].

L'interopérabilité, notion plus technologique que juridique, se révèle très intéressante lorsqu'il s'agit d'étudier la régulation des rapports concurrentiels entre les acteurs du commerce électronique. Dans le commerce classique, son importance est assez relative du fait de l'indépendance des activités vis-à-vis des solutions technologiques. Cette notion peut être définie comme la capacité de plusieurs éléments hétérogènes matériels ou immatériels, complémentaires ou substituables, à fonctionner ensemble grâce à l'adoption de caractéristiques techniques communes, impliquant le recours à une ou plusieurs normes ou standards techniques, généralement ouverts, afin d'aboutir à un résultat parfait[418]. Elle peut impliquer le recours à des interfaces physiques ou logiques. Sous l'angle du commerce électronique, son absence ou sa présence influence nettement, négativement ou positivement, le développement de la concurrence sur le marché considéré.

172. L'impact de l'interopérabilité à l'égard du droit de la concurrence dans le commerce électronique est évident. Pendant que son absence tend à l'exclusion des potentiels concurrents et à l'éviction des petites entreprises du marché, sa présence a plutôt comme effet de juguler le cloisonnement du marché, de favoriser son ouverture et de préserver la liberté de choix des consommateurs. Globalement, elle contribue à maintenir une concurrence effective sur les marchés en cause et développe des effets positifs sur l'innovation et les prix, le tout au bénéfice des consommateurs et de la société[419].

173. Dans un système où il n'y a pas d'interopérabilité, le jeu de la concurrence est faussé, puisqu'il peut être pratiquement impossible pour les concurrents d'accéder au marché ou de s'y maintenir. Par ailleurs, ne faisant face à aucune contradiction, le maitre de la technologie, en situation de position dominante, ne trouve en général plus d'intérêt à innover dans la mesure où la clientèle qui lui est acquise ne risque pas d'être

[417] DAVID-WARCHOLAK (N.), *Interopérabilité et droit du marché*, Thèse Doctorat en droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université de Nantes, 24 juin 2011, p. 5.
[418] *Idem*, p. 29.
[419] *Idem*.

attirée ailleurs, faute de solutions alternatives. Il est dès lors évident que « *le refus d'interopérabilité, ou de compatibilité, opposé par le propriétaire de la technologie dominante peut donc avoir des conséquences négatives sur la concurrence et l'innovation* »[420]. Même en proposant un produit techniquement supérieur, les entreprises concurrentes ne pourront que difficilement compenser les coûts de changement technologique pour les consommateurs, et contrecarrer les effets d'enfermement[421]. En conséquence, on observe la création ou le renforcement d'une position dominante au profit de l'entreprise propriétaire de la technologie innovante. De ce fait, les développeurs de produits complémentaires ne réalisent que des produits adaptés à la solution dominante puisqu'ils savent que cette solution étant celle qui capte le plus de clients, c'est la seule façon pour eux d'atteindre ces derniers. Les solutions concurrentes sont en conséquent vouées à la disparition puisque ne captant pas l'intérêt des développeurs[422]. Finalement, le refus de l'interopérabilité a un effet négatif considérable sur la compétitivité et l'innovation et peut constituer un abus de position dominante si l'entreprise propriétaire de la technologie en question jouit d'une part de marché importante. Si en général l'abus de position dominante est constitué par des pratiques actives ou positives[423] d'une entreprise, la particularité ici est qu'elle résulte d'un pratique négative, consistant pour une entreprise à s'opposer à la demande d'interopérabilité des rivaux ou à s'abstenir de communiquer ou publier les informations nécessaires à l'établissement de l'interopérabilité[424].

---

[420] *Idem*, p. 67.

[421] DAVID-WARCHOLAK (N.), *op. cit.* p. 67.

[422] C'est un peu ce qu'on observe avec les éditeurs de logiciels d'application qui ne développent, dans la plupart des cas, que des produits compatibles avec Windows de Microsoft. Dans ces conditions, un utilisateur n'a pas intérêt à installer un autre logiciel d'exploitation, même gratuit à l'instar de Linux ou UBUNTU, car il trouvera très peu de logiciels compatibles.

[423] D'après l'article 16 du Règlement n ° 1/99/UEAC-CM-639 ; portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles modifié par le Règlement n°12/05-UEAC-639 U-CM du 25 juin 2005, l'abus de position dominante résulte généralement d'une action de l'entreprise, et notamment le fait de : « *a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ;*
b) pratiquer des prix anormalement bas ou abusivement élevés ;
c) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
d) appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
f) se concerter sur les conditions de soumission à des appels d'offres en vue d'un partage du marché au détriment des autres concurrents ».

[424] Cf. TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft Corp. C/ Commission des Communautés européennes. Dans cette affaire, Microsoft a été condamné pour abus de position dominante pour avoir refusé de communiquer certaines

174. Dans un système où l'interopérabilité est instituée, ou du moins encouragée, les acteurs ont intérêt à innover et à prendre en considération les aspirations des consommateurs. Le marché étant ouvert, les solutions technologiques innovantes des uns peuvent, grâce à l'interopérabilité et la compatibilité, permettre aux concurrents de développer de nouveaux produits autant ou plus efficaces. Dans ce climat, les acteurs ont le plus grand intérêt à créer, inventer ou innover. Pourtant, en l'absence d'interopérabilité, le propriétaire de la technologie innovante subit moins la pression de la concurrence. Son succès technologique ne pouvant aucunement, ou que très difficilement, profiter aux concurrents, il est assuré de conserver sa clientèle même sans fournir des efforts conséquents. Le marché devient moins efficient, les clients ne choisissant plus leur fournisseur sur la base de son efficacité, mais seulement parce qu'ils y sont contraints. On observe ainsi un effet d'enfermement des consommateurs[425]. De même, ne subissant plus de façon notable la concurrence des rivaux, rassuré que l'impossibilité d'interopérabilité avec sa technologie, dominante, empêche les rivaux de capter sa clientèle, l'opérateur est le plus souvent enclin à développer des pratiques abusives, d'où l'intérêt de définir un régime approprié de l'interopérabilité.

2- Définition d'un régime approprié de l'interopérabilité

175. Bien que l'interopérabilité se révèle être un instrument nécessaire pour assurer la concurrence dans le commerce électronique, l'on se rend cependant compte qu'elle ne suscite pas toujours l'adhésion de tous les acteurs du marché. Si les consommateurs préfèrent des réseaux et solutions interopérables[426], la position des opérateurs est plutôt nuancée. En effet, la politique d'une entreprise en matière d'interopérabilité ou de compatibilité pourra amplement varier dans le temps, en fonction de sa part de marché et de sa position concurrentielle sur le marché[427]. Le critère c'est généralement que l'entreprise en position dominante n'a pas, et pour des raisons

informations permettant l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail avec l'environnement Windows 2000

[425] DAVID-WARCHOLAK (N.), *op. cit.*, p. 68.

[426] GELLE (B.), *Interopérabilité et droit d'auteur*, Mémoire Master II Recherche, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université de Nantes, Année académique 2006-2007, p. 5.

[427] DAVID-WARCHOLAK (N.), *op. cit.*, p. 8.

stratégiques, intérêt à promouvoir des solutions interopérables, contrairement à une petite entreprise.

Malgré l'importance de l'interopérabilité, il faut relever que son absence ou le refus de certains opérateurs de la mettre en œuvre peut résulter de l'exercice de prérogatives légitimes de tout auteur ou inventeur. En effet, l'obligation faite à un opérateur de faciliter l'interopérabilité entre sa solution innovante et celle de ses concurrents peut parfois être interprétée « *comme une atteinte illégitime à l'approche civiliste de la propriété* »[428]. Le droit des propriétés incorporelles confère justement à l'auteur d'une œuvre de l'esprit le monopole de son exploitation[429]. Ce monopole permet généralement à l'auteur de décider des modalités d'exploitation de son œuvre, de définir sa politique de licence et de diffusion entre autres.

Même le droit de la concurrence n'est pas totalement hostile à l'existence et à l'exercice d'un tel monopole. En effet, dans une économie de marché reposant sur la propriété privée, les entreprises doivent être libres de choisir quelle politique d'exploitation elles souhaitent mettre en œuvre pour leurs produits[430]. Cette prérogative est utile dans la mesure où, en contrôlant l'exploitation de son œuvre, l'auteur dispose par-là de moyens lui permettant de rentabiliser son investissement. Sans cette garantie d'exclusivité d'exploitation, les auteurs manqueraient sans doute la motivation d'innover[431]. Si les éditeurs innovent, c'est généralement dans le souci de se démarquer de la concurrence, de développer des avantages concurrentiels. C'est cet enjeu qui doit stimuler tous les concurrents sur un marché, s'ils veulent y jouir d'une place confortable.

176. La position du droit de la concurrence n'est donc pas fondamentalement pour une interopérabilité parfaite, entière ou absolue. Le souci du droit de la concurrence étant de parvenir à un marché efficace et compétitif, les entreprises ne doivent pouvoir,

---

[428] FRÉGET (O.), ''Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé : La nécessité d'une mise à jour d'un concept "incontournable" ?'', in *Revue des droits de la concurrence -Concurrences* n° 2-2011, http://www.concurrences.com/IMG/Droit_Eco__O-Freget_Infrastructures_essentielles__-3.pdf, p. 2.

[429] À tire d'illustration, voir l'article 13 de la loi camerounaise n° 2000-011 relative au droit d'auteur qui précise que « *les auteurs des œuvres de l'esprit jouissent sur celles-ci, du seul fait de leur création, d'un droit de propriété exclusif et opposable à tous* ».

[430] DAVID-WARCHOLAK (N.), *Thèse précitée*, p. 8.

[431] MARTY (F.) et PILLOT (J.), ''Politiques de concurrence et droits de propriété intellectuelle : La théorie des facilités essentielles en débat'', communication au colloque, Communication au Colloque : « L'économie industrielle depuis 30 ans: réalisations et perspectives », Juan les Pins, 13-14 Novembre 2008, version électronique, http://www.gredeg.cnrs.fr/Colloques/REI/Documents/marty_pillot.pdf.

pour leur survie, compter que sur leur capacité à innover. Ainsi, le refus de l'interopérabilité ne doit pas, en lui-même, être vu comme illicite. En effet, le monopole ou la position dominante ne sont pas en eux-mêmes restrictifs de la concurrence[432]. Au contraire, ils participent souvent de la stimulation de la concurrence. Mais, ils deviennent constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle si leur mise en œuvre est abusive. Tel sera le cas d'un opérateur qui se refuserait à l'interopérabilité dans le seul but de créer ou de renforcer sa position dominante sur un marché. Ce risque de déboucher sur un marché anarchique, où la domination ne repose pas forcément sur l'efficience de l'offre ou sur l'efficacité des solutions proposées aux consommateurs, mais seulement sur l'aptitude d'un opérateur à verrouiller le réseau pour embrigader les consommateurs et éliminer les rivaux, légitime l'intervention des pouvoirs publics pour instituer l'interopérabilité.

Le refus de l'interopérabilité n'est donc pas toujours illicite en soi. À partir de là, l'office des pouvoirs publics et des régulateurs dans ce cadre devra moins consister à imposer en tout point l'interopérabilité, qu'à réaliser un point d'équilibre entre les prérogatives fondamentales des auteurs et éditeurs et la recherche du bien-être économique et de la compétitivité du marché. En d'autres termes, il va falloir arbitrer convenablement le conflit entre le droit de la concurrence et le droit des propriétés intellectuelles. Cet arbitrage ne peut aboutir à une solution efficace que si les autorités confinent le droit de la concurrence dans ses missions essentielles à savoir la protection des consommateurs et celle de la concurrence. Autrement, une injustice se créerait au détriment des porteurs de solutions innovantes. Les concurrents doivent travailler dans un esprit de compétition économique et technologique et non pas attendre pour tirer profit des solutions des autres.

177. Le droit de la concurrence ne doit pas, à notre sens, viser automatiquement la protection des concurrents. En effet, la concurrence étant une compétition, les autorités de concurrence devraient juste s'assurer que cette dernière se déroule convenablement et que les faibles, incapables d'y faire face, s'évincent d'eux-mêmes si

[432] *Idem*. Pour ces auteurs, « *les situations de monopole ne sont pas répréhensibles en elles-mêmes s'il est socialement préférable qu'une unique firme assume la totalité de la production ou des services (cas des monopoles naturels)* ».

cette éviction du marché ne met pas en péril les intérêts du consommateur. Dans cette logique, l'interopérabilité ne doit pas être la solution automatique. Si elle doit être encouragée, elle ne peut devenir une contrainte que si la structure du marché est devenue inefficiente au préjudice du consommateur. C'est dans cette logique qu'un auteur conclut que l'interopérabilité parfaite et totale n'est ni accessible, ni même souhaitable[433].

Dans sa démarche cependant, le législateur communautaire, mû plus par son souci d'assurer un meilleur partage des infrastructures et surtout en vue d'instaurer les conditions d'une concurrence effective, loyale et transparente dans le secteur des communications électroniques[434], a subtilement consacré le droit à l'interopérabilité. Ce qui s'apparente finalement à la consécration de la prévalence du droit de la concurrence sur le droit des propriétés intellectuelles.

178. D'importantes mesures sont donc instituées par le législateur communautaire et les législateurs nationaux en vue de la promotion et de l'effectivité de l'interopérabilité. Ainsi, il ressort clairement de l'article 3 du Règlement n° 21/08 que la réglementation et la régulation des communications électroniques poursuivent entre autres objectifs, celui de l'interopérabilité des services de communications électroniques dans la Communauté. S'inspirant de cette philosophie, le législateur camerounais classe l'interopérabilité dans la catégorie des facilités essentielles qui constituent des exigences dont la satisfaction doit être assurée par tout opérateur avant d'être autorisé à exploiter ou fournir des services de communications électroniques[435]. Critère fondamental dans l'encadrement juridique de l'interopérabilité, la notion de facilité essentielle désigne l'ensemble des installations (matérielles ou non), détenues par une entreprise en position dominante, qui s'avèrent non aisément reproductibles et dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leurs activités sur le marché[436]. Partant de l'expression « *Bottleneck* » consacrée dans le contexte américain, un auteur précise que la notion de facilité essentielle désigne « *un "goulot d'étranglement" au travers duquel doivent*

[433] DAVID-WARCHOLAK (N.), *op. cit.*, p. 8.
[434] Cf. 4ème Considérant, Règlement CEMAC n° 21/08, précité.
[435] Cf. art. 3, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[436] BAZEX, 2001, cité par MARTY (F.) et PILLOT (J.), *op. cit.*

s'efforcer de passer tous les concurrents »[437]. Le recours à la notion de facilité essentielle doit se faire avec modération et rigueur. En d'autres termes les autorités de concurrence doivent l'apprécier de façon très restrictive afin de filtrer les demandes d'interopérabilité non fondées, formulées par des concurrents opportunistes. C'est ce que semble en effet suggérer le législateur communautaire lorsqu'il consacre, sous certaines réserves, le droit pour un opérateur de rejeter la demande d'interconnexion d'un concurrent[438].

179. Dans tous les cas, le principe demeure celui de l'interopérabilité, autrement dit, du droit d'accès aux infrastructures essentielles. Afin que ce principe ne débouche pas sur des sollicitations abusives, la jurisprudence, notamment celle des juridictions française et européenne, a dégagé un ensemble de critères permettant de qualifier une facilité, une installation ou une infrastructure, d'essentielle. Ainsi, pour la Cour de Cassation, cette qualification suppose au préalable que les entreprises intéressées établissent, d'une part qu'elles ne peuvent mettre en œuvre aucune solution alternative économiquement raisonnable et, d'autre part, que l'accès à la facilité est indispensable l'exercice de leur activité[439]. De façon plus détaillée, analysant la jurisprudence de la CJCE, un auteur a dégagé cinq critères fondamentaux de la notion de facilité essentielles à savoir : l'entreprise qui détient l'infrastructure doit être en position dominante ; l'infrastructure doit être essentielle, c'est-à-dire non reproductible dans des conditions économiques et techniques raisonnables ; le refus d'accès à cette infrastructure ou son autorisation doivent intervenir dans des conditions telles qu'elles faussent ou restreignent la concurrence ; un accès à cette infrastructure doit être possible ; et enfin, le refus de partage doit être injustifié[440].

En attendant que la jurisprudence au sein de la CEMAC précise les conditions d'application de la notion de facilité essentielle, en entérinant ou non les critères exposés ci-dessus, les législateurs nationaux, dans l'esprit de la Directive communautaire veillent à ce que le marché ne puisse être vérouillé par le comportement d'un ou de

---

[437] FRÉGET (O.), *op. cit.*, p. 2.
[438] D'après l'article 3 al. 3, Directive n° 08- 08-UEAC-1 33-CM-18 relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques dans les pays membres de le CEMAC, l'interconnexion peut être refusée si la demande n'est pas raisonnable, notamment au regard de l'interopérabilité ou de la compatibilité, et si l'exploitant n'a pas la capacité technique de la satisfaire.
439Cf. Cass. Com., 12 juillet 2005, affaire des NMPP.
[440] FRÉGET (O.), *op. cit.*, p. 4.

plusieurs opérateurs. En ce sens, ils semblent laisser les pleins pouvoirs aux Autorités Nationales de Régulation pour apprécier cette exigence. Ainsi, l'Autorité Nationale de Régulation du Cameroun a le pouvoir d'annuler une convention entre deux opérateurs si celle-ci ne garantit pas l'interopérabilité des réseaux et des services de communications électroniques[441]. Le législateur congolais s'inscrit dans la même logique lorsqu'il prévoit que l'établissement et l'exploitation des réseaux et la fourniture au public de services de communications électroniques ouverts au public sont soumis au respect des conditions nécessaires pour assurer l'interopérabilité des services[442].

180. Globalement, la philosophie des autorités de la CEMAC en matière d'interopérabilité est que l'antériorité d'un exploitant ne doit pas constituer un obstacle pour l'arrivée de nouveaux sur le même marché. Elles partagent donc l'idée selon laquelle « *s'il est indéniable que les inventeurs et les inventions doivent être protégés et qu'il serait profondément injuste qu'ils soient « pillés », il ne faut pas se dissimuler les aspects négatifs des monopoles d'exploitation : limitation de la concurrence ; difficulté d'intégration de nouveaux commerçants dans un marché bloqué ; tendance à l'élévation des prix et à un moindre effort d'innovation, par suite de l'existence de « rentes de situation »* »[443]. Le marché doit donc être une conquête permanente. La jurisprudence européenne a déjà eu l'opportunité de rappeler cette règle à l'occasion de certaines affaires. Ainsi, la Commission de l'Union Européenne[444], puis le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes[445] ont prononcé des sanctions contre la Société *Microsoft* en la contraignant entre autres, à divulguer des informations relatives à l'interopérabilité, à toute entreprise souhaitant développer et distribuer des systèmes d'exploitation concurrents pour serveurs de groupe de travail, et d'autoriser, à des conditions raisonnables et non discriminatoires, ces entreprises à utiliser les

[441] Cf. art. 42 al. 3, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[442] Cf. art. 27 de la La loi congolaise n° 9-2009 du 25 novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques. De même, l'art. 10 de loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniquessoumet la délivrance de la licence à un exploitant à la satisfaction par ce dernier aux conditions nécessaires permettant l'interopérabilité des services.
[443] DEKEUWER DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E), *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 10ème édition, Montchrestien, Domat droit privé, 2010, p. 270.
[444] Cf. Décision de la Commission de l'Union Européenne, 24 mars 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP/C-3/37.792 Microsoft).
[445] Cf. TPICE, 17 septembre 2007, Aff. *Microsoft Corp. C/ Commission des Communautés européennes.*

informations relatives à l'interopérabilité pour développer et distribuer des systèmes d'exploitation concurrents pour serveurs de groupe de travail.

De même, les juridictions françaises ont eu à condamner l'opérateur public français, en l'obligeant à rendre ses téléphones mobiles interopérables avec les services d'autres fournisseurs d'accès. D'après cette jurisprudence, les mobiles vendus par cet opérateur devront indiquer « *clairement la préprogrammation du numéro du fournisseur d'accès internet de France Télécom* » et comporter « *la possibilité, clairement indiquée, de remplacer ce numéro par celui d'un autre fournisseur d'accès à internet au gré de l'utilisateur, moyennant quelques manœuvres simples* »[446]. Alors que le demandeur dans cette affaire sollicitait que l'opérateur public mette fin à la pré-programmation de ses terminaux mobiles, les juges ont trouvé cette requête abusive. En revanche ils ont décidé que l'opérateur devrait informer les consommateurs de cette pré-programmation et leur permettre le cas échéant de déprogrammer à des conditions très accessibles afin de remplacer les numéros par ceux d'un autre opérateur. La jurisprudence semblait réaliser là une sorte de compromis entre le droit pour les opérateurs de protéger et d'accroitre leur part de marché et le droit des consommateurs de choisir librement leur opérateur. Mais aussi, par cette décision, les juges garantissent aux concurrents de la société dominante le droit d'accéder au marché de l'internet mobile et surtout de discuter la clientèle abonnée de l'opérateur dominant.

181. En somme, par la théorie des facilités essentielles avec son corollaire le droit à l'interopérabilité, les entreprises concurrentes du secteur des communications et du commerce électroniques – mais pas exclusivement – sont tenues à un devoir de coopération se manifestant par l'obligation pour le détenteur d'une ressource de la rendre disponible pour ses concurrents, dès lors que l'accès à cette ressource est indispensable

[446] Voir Aff. WAPPUP. COM contre France Télécom, T. Com., 30 mai 2000, D. 2000, A.J., 349, note C. Manara ; Paris, 13 juillet 2000, Comm. Com. Elec., oct. 2000, n° 9, comm. G. Decocq ; adde N. Charbit, Faut-il avoir peur du Wap-lock ? La protection des investissements au regard du droit de la concurrence et les pratiques de pré-programmation des terminaux de télécommunication, in *Comm. Com. Elec.*, nov. 2000, chron. n° 22.
Voir aussi, Microsoft. Dans ces deux affaires, les opérateurs avaient introduits dans leurs terminaux des logiciels qui les rendant incompatibles avec les services proposés par d'autres opérateurs, ces pratiques ont été sanctionnées. Voir davantage, pour l'affaire Microsoft http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/microsoft.html.
Ces deux Affaires sont citées par MANARA (C.), ''Les consommateurs français face à quelques aspects du commerce électronique'', *Juriscom.net*, 25 janvier 2002, http://www.juriscom.net.

à ces derniers pour exercer leur activité, et son refus est condamnable[447]. En effet, le refus d'accès à l'infrastructure essentielle apparaîtrait généralement comme une forme d'abus tenant à un refus de contracter susceptible d'entraîner une restriction de concurrence sans justification pertinente[448].

À côté de ces pratiques unilatérales tendant à verrouiller le marché en hypothéquant les marges de manœuvre des concurrents, traduisant généralement un abus de position dominante, d'autres pratiques présentant des aspects anticoncurrentiels existent dans le commerce électronique. Ces dernières résultent généralement de pratiques concertées.

B- LES PRATIQUES COLLECTIVES ANTICONCURRENTIELLES : LE PROBLÈME DES PLACES DE MARCHÉS ÉLECTRONIQUES

182. Les places de marché électroniques, bien que participant d'un enjeu de compétitivité (1) sont susceptibles, de masquer des pratiques collectives anticoncurrentielles, d'où la nécessité d'un encadrement mesuré de leur développement (2).

1- Notion et enjeu des places de marché électroniques

183. Le commerce électronique bien que se développant dans un environnement particulier semble, par moments, s'appuyer sur des procédés en usage dans le commerce classique. En effet, l'enjeu concurrentiel semble être le même, quel que soit le canal utilisé pour commercer. Tout comme des entreprises ont tendance à se rapprocher afin de développer des stratégies communes, utilisant par-là certains procédés plus ou moins raffinés, dans le commerce électronique ces rapprochements débouchent généralement sur la mise en place d'une plate-forme électronique commune. L'intérêt de telles pratiques pour les entreprises est de parvenir, par des investissements réduits, au partage des données, à l'optimisation et à la rentabilité de leurs chaînes d'approvisionnement.

[447] FRÉGET (O.), *op. cit.*, p. 2.
[448] *Idem*, pp. 2 et 5.

Dans un environnement économique ouvert, voire mondialisé, à l'instar de celui des communications électroniques, les entreprises ont besoin de s'équiper sérieusement pour affronter la concurrence. Très souvent, en fonction de l'objectif visé et des moyens disponibles, les entreprises décident de créer des places de marché. Même si les différentes analyses réalisées sur la question des places de marchés ne semblent pas laisser voir un engouement de la part des entreprises situées dans la Zone CEMAC, il demeure que leur étude est très intéressante dans le cadre de ce travail. En effet, l'inexistence constatée des places de marché électroniques dans la sous-région peut être due à plusieurs raisons parmi lesquelles l'ignorance, par les entreprises, des avantages qui peuvent en résulter. Donc, il paraît important, même dans une vue prospective, d'analyser ce phénomène afin d'anticiper sur les difficultés qu'il traîne en esquissant quelques solutions possibles. L'on s'inspirera dans ce cadre des développements faits ailleurs, notamment dans l'Union européenne et aux États-Unis.

184. Une place de marché électronique peut être définie comme un lieu d'échange où plusieurs acheteurs et vendeurs se rencontrent afin de conclure des transactions électroniques. D'après un auteur, c'est « *un carrefour d'affaires, une ''venue'' en anglais, c'est-à-dire un lieu de transaction en ligne sur lequel se rencontrent l'offre et la demande* »[449]. Ces définitions, quoique simples, paraissent bien insuffisantes dans la mesure où, prises ainsi, elles ne révèlent pas leurs caractéristiques essentielles. Ce n'est là que l'expression de la difficulté à cerner cette notion complexe dans tous ses contours. En effet, la particularité commune des places de marché électroniques est de constituer une plate-forme virtuelle permettant une interconnexion entre les fournisseurs et les vendeurs ou même les acheteurs professionnels d'un secteur d'activité particulier ou un segment de marché spécifique.

Les places de marché diffèrent selon leur composition, leurs objectifs et les services qu'elles rendent. Plusieurs distinctions peuvent être faites. Celle qui permet de séparer les plates-formes B2B (business to business) de celles B2C (business to

[449] Le QUELLENEC (E.), *Les enjeux concurrentiels des places de marché en ligne*, Mémoire, DESS juriste d'affaire – DJCE Université de Rennes I, 2003, p. 7, http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/103-1.pdf.

consumers)[450]. Par ailleurs, on distingue aussi les places de marchés électroniques publiques[451] et les places de marché électroniques privées[452].

Les places de marché publiques peuvent être verticales ou horizontales selon qu'elles concernent un domaine d'achat bien précis, lié à un secteur ou à un type de produits, ou qu'elles concernent un spectre beaucoup plus généraliste[453]. De cette distinction, on observe de prime abord que du point de vue du droit de la concurrence, les places de marchés publiques présentent un peu plus d'intérêt que celles privées. En effet, parce qu'elles opèrent un regroupement d'entreprises, il est possible qu'elles développement des pratiques anticoncurrentielles[454].

185. L'analyse du mode d'organisation et de fonctionnement des places de marché électroniques laisse voir qu'elles offrent un certain nombre d'avantages. En effet, des études révèlent que les places de marché permettent de limiter le coût et le temps des démarches administratives des entreprises membres[455]. De même, elles favorisent la baisse des coûts d'achats des matières premières. Par ailleurs, elles permettent une meilleure rencontre de l'offre et de la demande, réduisent les coûts de transaction et rendent les opérations commerciales plus efficaces[456]. En outre, leur facilité d'installation rend leur coût modique. C'est sans doute tous ces avantages qui font que, elles semblent de plus de plus sollicitées par des entreprises si bien qu'une récente étude en dénombre plus de sept mille (7.000) fonctionnant actuellement[457].

La doctrine prédit souvent un avenir radieux à ce modèle d'organisation. Elle soutient en ce sens que les chaînes d'approvisionnement des entreprises, leurs produits

---

[450] VOGEL (L.), ''Les places de marché et le droit'', communication à l'Atelier *internet et Concurrence*, http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm.

[451] On parle de ce type des places de marché, lorsque l'ensemble des services que la plateforme constitue sont détenus, opérés et animés par un acteur intermédiaire, qui n'est ni acheteur ni fournisseur. Simplement, il s'agit de places de marchés constituées par de groupes d'entreprises indépendantes l'une de l'autre. Ce type est encore dit place de marché ouverte. Les plateformes ouvertes peuvent être soit verticales ou horizontales.

[452] Il s'agit dans ces cas, de places de marchés créées par une seule entreprise.

[453] BOUTEILLER (J.) et al., ''Places de marche & performances des entreprises utilisatrices : PME / grandes entreprises'', Mémoire collectif, DESS, École Supérieure des Affaires, Université de Grenoble, juin 2002, P, 68, http://www.iae-grenoble.fr/uploads/0053_Places_de_marche.pdf.

[454] Le QUELLENEC (E.), *Mémoire précité*, p. 34.

[455] BOUHAJ (Z.), *Le fonctionnement des places de marché électroniques*, Rapport du projet de fin d'études pour l'obtention du D.U.T, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah École Supérieure de Technologie -FES-, Année universitaire : 2006-2007, p. 14, http://riffi-amarti.voila.net/Files/bouhaj_pfe.pdf.

[456] VOGEL (L.), ''Les places de marché et le droit'', *op. cit.*

[457] BENZONI (L.), ''La place de marché est-elle proconcurrentielle ?'', Communication à l'Atelier : internet et Concurrence, http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm.

et leurs stratégies commerciales, leurs processus et leurs opérations, jusqu'à leurs modèles économiques, dépendront de la manière dont les relations ''B to B''[458] se constitueront et les transactions s'effectueront. On en conclut qu'il est important pour les prestataires de s'intéresser aux places de marché[459]. Dans le même sens, l'étude révèle que dans le monde virtuel, ces places de marché apparaissent porteuses d'une intensité concurrentielle accrue[460]. Fort de ces arguments, un auteur s'indigne de ce que les autorités de concurrence ont cependant, très souvent subordonné l'agrément des places de marché à des conditions très strictes, limitant très fortement leur marge de manœuvre[461]. Mais, à l'analyse, cette indignation doit être tempérée. En effet, il apparaît que le contexte de développement et de fonctionnement des places de marchés électroniques est très ambigu. Généralement, leur structure se présente sous la forme d'une entreprise commune[462], ce qui ne manque pas de susciter quelques interrogations relatives à la réglementation des pratiques anticoncurrentielles. De là, on perçoit la nécessité pour les autorités de la concurrence de faire preuve d'un tact particulier dans le traitement de cette problématique. Par ailleurs, ce traitement doit tenir compte du contexte économique dans lequel se déploient les activités de la place de marché.

2- Nécessité d'un encadrement mesuré des places de marché électroniques

186. Dans leur souci de construire un marché commun conforme aux principes d'une économie de marché ouverte, concurrentielle et favorisant l'allocation optimale des ressources[463], les autorités communautaires font aujourd'hui du droit de la concurrence l'un des instruments essentiels de leur politique d'intégration[464]. Le but c'est sans doute de faciliter la libre circulation des richesses et des entreprises dans la sous-région, de rendre l'interpénétrabilité des marchés nationaux effective. Par conséquent, il a paru nécessaire d'élaborer, sur le plan communautaire, des dispositions applicables aux pratiques des entreprises susceptibles d'entraver de manière significative

[458] Signifiant *business to business*, type de commerce électronique se déroulant entre professionnels.
[459] BOUTEILLER (J.) et al., *op. cit.*, p. 5.
[460] BENZONI (L.), *op. cit.*
[461] BRUNET (F.), ''Commerce électronique et droit de la concurrence'', in *Petites affiches*, 06 février 2004 n° 27, p. 45
[462] VOGEL (L.), *op. cit.*
[463] Cf. Préambule Convention modifiée de l'UEAC.
[464] NJEUFACK TEMGWA (R.), *Thèse précitée*, p. 6.

une concurrence effective dans le marché commun ou dans une partie de celui-ci[465]. Ainsi, et fort logiquement, « *toute pratique de nature à faire obstacle au libre jeu de la concurrence et notamment les ententes illicites, les abus de position dominante, les concentrations qui réduisent sensiblement la concurrence* » sont interdites[466].

Si globalement ces pratiques suscitent une méfiance de la part du législateur communautaire, il reste que, dans le détail, elles ne sont pas automatiquement sanctionnées. Des deux grandes conceptions de la politique du droit de la concurrence, les pouvoirs publics de la CEMAC ont retenu celle de la concurrence-moyen au détriment de celle de la concurrence-condition[467].

187. D'après la conception retenue dans la CEMAC, n'étant qu'un instrument au service de la régulation du marché, la concurrence peut être partiellement sacrifiée, dans certaines circonstances exceptionnelles, au nom du progrès économique et social. Il s'agit, comme l'a noté un auteur dans le contexte européen, de rétablir l'équilibre entre liberté individuelle et police économique[468]. Dans ce contexte, on constate que le droit de la concurrence est pris dans l'étau, entre « *la mâchoire du libéralisme et la mâchoire de l'interventionnisme* »[469]. Cette conception n'est que le reflet de la théorie de la raison qui veut qu'une pratique soit tolérée si les avantages qu'elle procure à l'économie sont supérieurs à la nuisance qu'elle fait subir à la concurrence.

Ainsi, de la législation communautaire relative au droit de la concurrence, il résulte une philosophie constante selon laquelle l'objectif à réaliser c'est de parvenir à un marché compétitif et efficient, permettant le progrès économique et social des États membres. D'après l'article 23, alinéa 2, de la Convention modifiée de l'UEAC, les Règlements qui prévoient les interdictions des pratiques anticoncurrentielles « *peuvent prévoir des exceptions limitées afin de tenir compte des situations spécifiques* ». Dans

[465] Cf. Préambule, Règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles, Modifié par le Règlement n°12/05-UEAC-639 U-CM du 25 juin 2005.
[466] Cf. art. 2, Règlement n ° 1/99/UEAC-CM-639 modifié.
[467] Elle entend la concurrence comme un moyen indispensable pour assurer le développement économique, celle-ci devant, par conséquent être préservée à n'importe quel prix. Selon cette conception, la concurrence serait une finalité en soi, sa protection contre toute pratique susceptible de la restreindre constituant un objectif primordial. Cf. *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, op. cit, 267.
[468] AUGUET (Y.), ''L'équilibre, finalité du droit de la concurrence'', in *Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz 2006, pp. 29 et s.
[469] NJEUFACK TEMGWA (R.), *Thèse précitée*, p. 16.

la même lancée, le Règlement portant sur les pratiques anticoncurrentielles dispose que ces pratiques peuvent être exemptées si elles contribuent, entre autres, à l'efficience économique ou à l'amélioration de la situation des consommateurs[470].

188. Face à tous ces développements, on est donc en droit de se demander si les places de marché doivent être tolérées, encouragées ou prohibées. En effet, ces instruments économiques, bien que « *pro concurrentiels* »[471], peuvent aussi facilement devenir anticoncurrentiels. Très souvent en effet, ces places de marché réunissent en leur sein des entreprises ou groupes concurrents censés demeurés indépendants les uns des autres. Ainsi, on peut y voir, selon les cas, une plate-forme de concertation, d'accord ou d'association. S'il ne fait donc aucun doute, qu'une place de marché constitue une entreprise commune tombant en principe sous le coup de la législation anticoncurrentielle de la CEMAC, l'enjeu incident consiste à identifier le cadre dans lequel son traitement doit être opéré : entente ou concentration ?

Cette interrogation résulte de ce que les concentrations et les ententes ne sont pas traitées de la même façon. Ainsi, le classement des places de marchés dans l'une ou dans l'autre de ces catégories aura sans aucun doute un effet notable sur le sens de son évolution. Bien que le régime juridique de ces deux pratiques soumette leur mise en œuvre à une procédure de notification, il demeure vrai qu'il s'agit de deux pratiques différentes dans la mesure où, en cas de concentration, la notification est préalable et obligatoire et qu'en cas d'entente, elle est apparemment facultative[472]. Tandis que les ententes sont sévèrement traitées[473], les concentrations sont soumises à un seuil de tolérance[474]. Par ailleurs, partant de la lecture de l'article 2 du Règlement n° 1/99 tel que

---

[470] Cf. art. 3 al. 2 dudit Règlement tel que modifié en 2005.

[471] BENZONI (L.), ''La place de marché est-elle proconcurrentielle?'', communication à l'Atelier : internet et Concurrence, http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm.

[472] On a l'impression en lisant l'article 3 in fine du Règlement n° 01/99 précité que la communication des ententes est facultative. Les parties n'y trouvant un intérêt que lorsqu'ils souhaitent bénéficier d'une dérogation. Ce texte dispose en effet que, « *pour pouvoir bénéficier d'une dérogation à l'interdiction, les accords ou ententes doivent avoir été notifiés au Conseil Régional de la Concurrence par les entreprises intéressées* ».

[473] Par exemple, pour le traitement des ententes, on ne tient pas compte de la taille des entreprises. L'al. 1er de l'article 3 du Règlement n° 01/99 précité dispose clairement que « *sont incompatibles avec le marché commun et par conséquent interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises, et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et qui ont pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* ».

[474] Ainsi, selon l'article 6, al. 2 Règlement portant sur les pratiques anticoncurrentielles, « *Une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque deux (2) au moins des entreprises partenaires réalisent*

modifié le 25 juin 2005, un auteur relève que « *les concentrations d'entreprises bénéficient d'un préjugé favorable* »[475]. Ce constat rejoint la recommandation formulée par un auteur français d'après laquelle « *le législateur devrait être favorable aux concentrations et défavorable aux ententes* »[476].

189. *A priori*, la distance est évidente entre ces deux notions. La concentration aboutit généralement à une fusion entre les entreprises concernées alors que l'entente laisse subsister l'autonomie et la personnalité juridique des entreprises membres. Donc, si la concentration réalise une intégration des entreprises, l'entente quant à elle, aboutit plutôt à une plate-forme de coopération. Dans l'Union Européenne par exemple, « *une opération sera appréciée au regard du contrôle des concentrations si les entreprises dépassent les seuils de contrôle de dimension communautaire et si l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Dans le cas contraire, elle sera analysée comme une entente* »[477]. Ainsi le critère déterminant se révèle être le statut de l'entreprise commune. Dans la CEMAC, la ligne de démarcation paraît plus claire dans la mesure où le législateur a bien pris soin d'indiquer, de façon précise, certes indicative, les cas constitutifs[478] d'entente ou de concentration. En droit communautaire CEMAC, on ne peut parler de concentration que lorsque deux ou plusieurs entreprises fusionnent ou que, par leurs participations conjointes, elles donnent naissance à une entreprise commune qui fonctionne de façon autonome[479].

Malgré cette clarté terminologique, les places de marchés ne représentent pas une réalité homogène. Si certaines places de marché sont susceptibles de constituer des instruments indépendants des membres qui les constituent, ce qui rend probable

---

sur le Marché Commun un chiffre d'affaires supérieur à un milliard de francs CFA chacune ou les entreprises parties à l'opération détiennent ensemble 30 % du marché ».

[475] NANDJIP MONEYANG (S.), ''Les concentrations d'entreprises en droit interne et en droit communautaire CEMAC'', in *Afrilex* : http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/LES_CONCENTRATIONS_D_ENTREPRISES_EN_DROIT_INTERNE_ET_EN_DROIT_COMMUNAUTAIRE_CEMAC.pdf, in *Juridis Périodique*, n° 73, Janv-Fév-Mars 2008, pp. 65-79.

[476] GUYON (Y.), *Droit des Affaires, T.1 Droit Commercial Général et Sociétés Commerciales*, Economica, 7è édition. pp. 884-885.

[477] VOGEL (L.), *op. cit.*

[478] Ce caractère indicatif découle de l'utilisation du terme « *notamment* », cf. art. 3, Règlement n° 1/99 précité.

[479] Cette lecture se déduit de l'article 5 du Règlement n ° 1/99 précité.

l'application du régime des concentrations[480] ; d'autres par contre peuvent n'afficher aucune autonomie vis-à-vis de leurs membres, ce qui les apparente à une situation d'entente. Pour caractériser cette autonomie ou son absence, la Commission de l'Union Européenne a dégagé des critères. Pour elle, l'entreprise commune, pour avoir le statut d'autonome, doit opérer sur un marché en y accomplissant toutes les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur le marché. En revanche, elle ne serait pas autonome, si elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses fondatrices, sans avoir accès au marché[481]. Dans le contexte de la CEMAC, et au regard de la diversité de formes des places de marché électroniques, la position du Conseil Régional de la concurrence de la CEMAC devra se définir en tenant compte des circonstances réelles et en s'inspirant du critère ci-dessus. Seulement, il paraît indispensable, par souci de sécurité juridique, de définir préalablement les modalités applicables et de les rendre publiques afin de permettre aux entreprises membres d'une place de marché de catégoriser leur structures dès le départ afin, le cas échéant, de procéder à la notification préalable et obligatoire s'il s'agit d'une concentration[482].

190. L'office des Autorités de la concurrence dans la CEMAC[483] devra tenir compte de l'importance des places de marchés dans le développement de la compétitivité des entreprises communautaires. Il faudra sans doute, en se référant à la théorie des effets pro-concurrentiels[484], favoriser leur développement surtout

---

[480] En effet, d'après le Règlement communautaire, il y a aussi concentration *« lorsque une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital , contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises* ». Cf. article 5, al. 1 (b). En effet, dans ce cas, la place de marché sera une structure autonome créée par deux ou plusieurs entreprises.

[481] VOGEL (L.), *op. cit.*

[482] Cf. art. 9, Règlement n ° 1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles modifié par le Règlement n°12/05-UEAC-639 U-CM du 25 juin 2005 portant modification du Règlement n°1/99-639-UEAC-639 réglementant les pratiques commerciales anticoncurrentielles. Ce texte dispose que « *les opérations de concentration de dimension communautaire visées par le présent Règlement doivent être notifiées à l'OSC avant leur mise en œuvre. Cette notification doit être faite par les parties à la concentration* ».

[483] Notamment la Commission de la CEMAC, le Conseil Régional de Concurrence et la Cour de justice de la CEMAC.

[484] Cette théorie qui est généralement appliquée par les juridictions allemandes permet de tolérer les pratiques qui, bien que créant ou renforçant une position dominante, ont cependant des effets pro-concurrentiels supérieurs aux effets anticoncurrentiels que leur comportement dégage. Cette théorie commande de procéder au bilan concurrentiel des pratiques mises en cause. Voir à ce sujet, COHEN-TANUGI (L.) et al., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations, Analyses juridique, économique et comparative Europe, États-Unis, Japon*, Coll. Droit/Économie, De Boeck-Larcier, 2ème édition, 1998, p. 257.

lorsqu'elles développent une dimension communautaire, voire internationale. Notre avis est que, vu les avantages qu'on leur reconnaît[485] et l'ambition de développer une économie numérique à même de réagir de façon compétitive face à la rivalité des entreprises occidentales, les pouvoirs publics communautaires, devraient plus chercher à orienter les activités et le développement de ces instruments que de les soumettre au même traitement que les pratiques ayant cours dans le commerce physique. Parce que les plates-formes électroniques sont spécifiques dans la mesure où leur croissance doit être suffisamment rapide pour leur permettre d'atteindre une taille critique et d'affronter la concurrence[486] ; parce qu'elles sont aujourd'hui devenues incontournables dans le développement du ''B to B'' ; elles méritent, dans un environnement ou le développement des affaires numériques est dans sa phase de naissance, une attention favorable de la part des pouvoirs publics.

191. L'environnement technologique d'une part, et l'objectif de développement d'un marché commun numérique d'autre part, pourraient sans doute constituer ces « *situations spécifiques* »[487], dont la prise en compte est recommandée par la Convention modifiée de l'UEAC. D'ailleurs, il est évident que « *le caractère hautement technologique de ces places de marché devrait avoir un impact certain, si ce n'est sur la nature, au moins sur l'application des règles* » de la concurrence[488]. Ainsi, au regard des enjeux, la démarche pourrait consister en la promotion ou en la tolérance des places de marchés électroniques, car il est désormais notoire qu'elles sont porteuses d'efficacité[489]. Par ailleurs, plus que dans le commerce traditionnel, les regroupements

---

[485] « *Les places de marché (ex : eBay, Price Minister, Fnac.com, Amazon, RueDuCommerce etc.), qui offrent à des vendeurs la possibilité de référencer leurs offres, comme le ferait une galerie marchande dans le monde physique, sont aussi un facteur d'animation de la concurrence. Elles permettent à des marchands peu visibles de profiter de la notoriété de sites importants et de devenir accessibles aux consommateurs, laissant ainsi ces derniers disposer d'une offre plus étendue et d'une concurrence plus forte entre opérateurs* ». Cf. Autorité de la Concurrence (France), Communiqué : Conclusions de l'enquête sectorielle sur le commerce en ligne, 12 septembre 2012, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=417.

[486] VOGEL (L.), *op. cit.*

[487] Cf. art. 23, al. 2 in fine, Convention modifiée de l'UEAC .

[488] VOGEL (L.), *op. cit.*

[489] En Europe, voir notamment les discours de Mario Monti du 18 septembre 2000 : Barriers in Cyberspace, SPEECH/00/315, et du 2 mars 2001 : Competition in the e-economy, SPEECH janvier 1998 ; aux États-Unis, voir le rapport de la FTC d'octobre 2000 : « Entering the 21st Century : Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces».

fondent aujourd'hui la réalité de la vie économique[490] que le législateur national ou communautaire ne peut ignorer[491].

Toutefois, l'objectif du droit de la concurrence étant aussi de garantir l'effectivité de la liberté d'accéder au marché. L'environnement électronique dans lequel se déploient ces places de marchés constituant une contrainte pour tout opérateur du commerce électronique, les pouvoirs publics devraient sans doute veiller à ce que, dès qu'une place de marché devient une référence dans le secteur d'activités concerné, qu'elle soit traitée, conformément au régime des infrastructures essentielles, comme un bien public, ouvert à tous[492]. Dans tous les cas en effet, les conditions d'admission des participants doivent être conformes aux règles de concurrence[493]. C'est dans cette logique que certaines autorités de la concurrence conditionnent l'agrément des places de marché électroniques à la possibilité pour des tiers non fondateurs à y avoir accès[494]. C'est en posant des exigences-cadres comme celles-là que les places de marché vont se discipliner et développer une efficacité certaine et profitable à toute l'économie de la sous-région.

Par ailleurs, la promotion des places de marchés électroniques en vue d'exploiter leur potentiel concurrentiel et économique ne signifie pas à notre sens, donner libre cours aux entreprises membres. Il s'agira dans une certaine mesure de soumettre ces instruments à une autorégulation, permettant aux entreprises membres à s'auto conformer aux règles nécessaires pour le développement harmonieux du marché en évinçant elles-mêmes les comportements anticoncurrentiels. Certaines études

---

[490] PARIENTE (M.), *Les Groupes de Sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Litec, 1993, p. 1. Voir aussi art. 173 de l'Acte Uniforme OHADA organisant les sociétés commerciales et les GIE, qui envisage le groupe de société et le définit comme « *l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elle de contrôler les autres* », in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2002, 2ème édition, p. 352.

[491] NANDJIP MONEYANG (S.), *op. cit.*

[492] Voir BRUNET (F.), *op. cit.*
C'est en ce sens qu'on peut ranger la décision de la Cour suprême des États-Unis dans le cadre de l'affaire *US v. Terminal Rail Association of Saint Louis* (224 U.S. 383 (1912)) selon laquelle les détenteurs de l'infrastructure essentielle en l'espèce devraient, soit admettre des tiers concurrents dans le consortium, soit à défaut, être contraints de le dissoudre. Voir, FRÉGET (O.), ''Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé : La nécessité d'une mise à jour d'un concept "incontournable" ?'', *op. cit.*, p. 2.

[493] VERBIEST (T.) et CASSIERS (D.), ''Places de marché électroniques : la Commission EU s'en mêle'', in *l'Écho* du 19 septembre 2002, chronique "Droit & multimédia", version Html : www.droit-technologie.org.

[494] Pour l'exemple de la Commission de l'Union Européenne, voir Communiqué de presse IP/00/896 du 31 juillet 2000 publié à l'occasion de l'Affaire Volbroker.com.

démontrent que l'expérience de l'autorégulation dans les places de marché présente aujourd'hui quelques résultats encourageants. Par exemple la plate-forme de *Covisint*[495] a d'office exclu la possibilité pour les fondateurs de réaliser des ventes en commun. D'autres à l'instar de *Global Next Exchange* (GNX)[496] s'interdisent de procéder à des achats groupés[497].

192. Avec le commerce électronique, les autorités en charge de la concurrence ont assurément beaucoup à faire. À côté de ces deux illustrations qui viennent d'être exposées, il faudra aussi s'interroger les risques anticoncurrentiels des accords intersectoriels qui tendent à se généraliser dans le monde des affaires numériques. En effet, on assiste depuis peu « *à des accords entre acteurs de secteurs économiques différents dont l'élément commun est l'opportunité d'exploiter de nouveaux marchés sur internet. Il s'agit, à titre d'exemple, des alliances entre entités bancaires et opérateurs de télécommunications, sociétés de logistique et fournisseurs de services d'internet, sociétés de production de contenu multimédia et fabricants d'ordinateurs, etc. Ces accords sont, pour la plupart des cas, de nature pro-compétitive et représentent l'émergence de nouvelles formes de concurrence* », mais « *quand des acteurs très influents dans leur secteur naturel d'activité, […] dont la position dominante sur plusieurs marchés est bien établie, concluent des pactes stratégiques avec d'autres acteurs aussi importants dans les secteurs bancaires ou de production audiovisuelle, ceci suscite des interrogations sur l'effet sur la concurrence dans les nouveaux marchés qu'on prétend exploiter* » [498]. Ce type d'accords est bien réel dans la Zone CEMAC, notamment entre les sociétés de téléphonie mobile et les établissements de crédit dans le cadre des contrats de la monnaie électronique[499]. Si un tel accord empêche toute autre entreprise intéressée de se lier à l'une des parties en vue d'émettre de la monnaie électronique, et que cet obstacle l'empêche d'entrer sur ce marché, ne serait-on pas là

[495] Plate-forme de commerce électronique créée dans l'industrie de l'automobile par Ford, Daimler Chrysler, General Motors, Renault et Nissan.
[496] Plate-forme regroupant des acteurs du secteur de la grande distribution, notamment français (PPR, Carrefour), anglais (Sainsbury) et allemand (Metro).
[497] BRUNET (F.), *op. cit.*
[498] BUIGUES (P. A.) et URRUTIA (B.), *op. cit.*
[499] Cas de l'accord entre la société de banque BICEC et la société de téléphonie mobile Orange Cameroun pour l'émission et la distribution de la monnaie électronique « *OrangeMoney* ».

en face d'un accord anticoncurrentiel ? Ou plus précisément, ne se trouverait-on pas là en face d'un obstacle à l'accès à une infrastructure ou facilité essentielle ?

Quand bien même ces pratiques seront constatées, il faudra encore qu'elles puissent être saisies par le droit communautaire. C'est la question des critères d'application du droit communautaire. En général, ces pratiques, lorsqu'elles sont avérées, donnent lieu à des sanctions. Mais encore faudrait-il parvenir à les établir juridiquement, car les critères définis par les textes actuels semblent être inadaptés à l'environnement du commerce électronique.

PARA. II : LES CRITÈRES DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

193. Les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas sanctionnées d'office dans le droit communautaire de la CEMAC. Pour encourir une sanction, elles doivent être de nature à affecter, par leur objet et/ou par leurs effets, de manière significative, le commerce entre les États membres. Donc, seules les pratiques de dimension communautaire sont visées par le droit communautaire de la CEMAC. Ainsi seront tolérées les pratiques insignifiantes. La question dès lors est celle de savoir quelles sont les conditions à remplir pour qu'une pratique soit qualifiée de dimension communautaire. Comme piste de réponse, les textes communautaires ont proposé deux critères : celui du chiffre d'affaires et celui de la part de marché[500]. Ces critères doivent être appréciés relativement à un marché pertinent bien délimité, c'est là le critère le plus complexe dans le contexte du commerce électronique. Ce dernier s'appuie sur des réseaux numériques, par théorie, indépendants de tout rattachement géographique. À moins d'une adaptation appropriée, il serait très difficile d'appliquer au commerce électronique le critère du marché pertinent.

La notion de marché renvoie au « *lieu où se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou service spécifique* »[501]. Sa délimitation est très importante en droit

[500] Ainsi, une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque deux au moins des entreprises partenaires réalisent sur le Marché Commun un chiffre d'affaires supérieur à un milliard de francs CFA chacune ou qu'elles détiennent ensemble 30 % du marché (Article 6 al. 2, Règlement n° 1/99 modifié). D'après l'article 15 du Règlement n° 1/99, la situation de position dominante résulterait de l'acquisition ou de la possession d'une part du marché supérieure ou égale à 30%.

[501] GRYNFOGEL (C.) et Marthan (J.), *L'essentiel du droit de la concurrence*, éd. Gualino, 2010, p. 23.

de la concurrence dans la mesure où l'analyse des pratiques anticoncurrentielles ne se conçoit que sur un marché bien défini qualifié de marché pertinent. Cette notion renvoit à la détermination du marché sur lequel l'effet de la pratique doit être évalué[502]. En effet, une pratique anticoncurrentielle n'est sanctionnée qu'autant qu'elle perturbe de façon substantielle la concurrence sur un marché déterminé. La sphère économique est en effet segmentée en marchés différents. Un marché étant en général constitué de deux éléments fondamentaux à savoir l'objet sur lequel il porte -biens ou services- et le territoire qu'il couvre. La concurrence consistant en une confrontation, deux prestataires ne sont en concurrence que s'ils peuvent satisfaire des demandes identiques, ou substituables, formulées par des clients situés dans la même zone géographique.

194. Avec le commerce électronique, il s'impose comme une obligation de reconsidérer la définition et les critères d'évaluation des marchés pertinents[503]. Ainsi, il n'est pas tout à fait illusoire de soutenir que la sphère géographique d'un prestataire est presqu'illimitée, ce qui perturbe le critère de la limitation géographique (A). Par ailleurs, étant donné, avec la dématérialisation qui peut avoir lieu, que certains produits et services peuvent être indistinctement fournis tant physiquement que numériquement, il importe d'adapter la notion d'identité ou de substituabilité des produits et services à l'avènement du commerce électronique (B).

A- LA QUESTION DE LA DÉLIMITATION GÉOGRAPHIQUE DANS L'ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE

195. Ne sont en situation de concurrence que des opérateurs situés sur un même marché géographique. Ce dernier s'entend du territoire sur lequel les entreprises rivales se sont engagées dans l'offre des biens et services similaires et sur lequel, les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes permettant une délimitation d'avec les zones géographiques voisines[504]. Le critère géographique est fondamental dans l'application du droit – communautaire ou national - de la concurrence. Sur le plan communautaire, il ressort des textes que le droit de la concurrence ne s'applique que si

[502] Voir à ce sujet, COHEN-TANUGI (L.) et al., *op. cit.*
[503] DANG N'GUYEN (Godefroy), ''internet et la délimitation des marchés pertinents : un point de vue économique'', communication à l'Atelier : internet et Concurrence, http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet4.htm.
[504] KALIEU (Y. R.) et KEUGONG WATCHO (R.), *op. cit.*, p. 96.

les pratiques en cause sont « *susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou dans une partie de celui-ci* »[505]. Ainsi, ne relèvent du droit communautaire de la concurrence que les pratiques qui produisent des effets localisés[506] sur le marché commun ou une partie de celui-ci[507], peu importe le lieu d'établissement des auteurs des pratiques concernées. Ainsi, quand bien même ces auteurs sont situés hors du territoire de la Communauté, dès lors que leurs agissements affectent le commerce entre les États membres, le droit communautaire de la concurrence s'applique. La jurisprudence de l'Union Européenne est clairement fixée en ce sens depuis l'arrêt *Pâte de bois I* du 27 septembre 1988[508]. Ce qui importe donc, ce sont « *les seules répercussions économiques, à l'intérieur du marché commun* »[509] des comportements adoptés, même en dehors de la Communauté.

L'affectation du commerce entre les États membres est dès lors le critère fondamental de répartition de compétence entre les autorités communautaires et celles nationales en matière d'encadrement et de contrôle de la concurrence. Les autorités communautaires ne seront compétentes que si la mesure concernée est susceptible d'affecter le marché commun.

196. Le marché commun auquel il est fait allusion, c'est celui créé par le Traité de la CEMAC entre ses six États membres[510]. Mais pratiquement, force est de constater que le marché de tous les États membres, ne pourra que très rarement, être affecté par une seule pratique[511]. Heureusement, il est aussi prévu l'application du droit communautaire lorsque la pratique ne porte que sur une partie du marché commun. Si cette disposition traduit un certain réalisme de la part des autorités communautaires, il y

[505] Cf. Considérant n° 5, Règlement n ° 1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles.
[506] « *La localisation concerne ainsi surtout la localisation des effets* » et non pas celle des entreprises auteurs de tels actes. Cf. KALIEU ELONGO (Y.R), Cours de Droit de la Concurrence de la CEMAC, DEA, année académique 2005-2006.
[507] Pour le cas de l'Union Européenne, voir, Commission UE, *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, 27 avril 2004. Il ressort expressément du point 12 de ces lignes directrices que le droit communautaire « *n'est pas applicable aux accords et aux pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres* ».
[508] Citée par, DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union Européenne*, 3ème édition, 2008, manuel, LGDJ, p. 121.
[509] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, p. 123.
[510] Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, République Centrafricaine et Tchad.
[511] KALIEU (Y.) et KEUGONG WATCHO (R.), *op. cit.*, p. 96.

a lieu tout de même de relever une petite ambiguïté qu'elle soulève. En effet, en disposant simplement que le droit communautaire est aussi saisi si une partie du marché commun est affectée, les autorités communautaires de la concurrence risquent, en violation du principe de subsidiarité[512], d'empiéter sur le domaine de compétence des autorités nationales de concurrence, ce qui est susceptible de créer un « *risque de difficultés diplomatiques* »[513].

Pratiquement, tout segment de territoire d'un État membre est une partie, même insignifiante, du marché commun. Ainsi, toute pratique anticoncurrentielle, nonobstant sa dimension géographique pourrait, dans certains cas, être vue comme affectant le commerce entre les États membres et donc relever du droit communautaire. Si donc ce critère n'est pas apprécié et appliqué avec rigueur, il est à craindre que les textes nationaux se retrouvent finalement dépouillés de tout pouvoir en matière de régulation de la concurrence. Pourtant, comme le remarque avec pertinence un auteur, « *le droit communautaire de la concurrence ne se substitue pas ou n'abroge pas les législations nationales de la concurrence* »[514]. Justement, prenant l'exemple de l'Union Européenne, la CJCE admet l'application simultanée des deux ordres juridiques dans les cas où la pratique perturbe à la fois le marché national et le marché communautaire, à condition toutefois que l'application du droit national ne porte pas préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'efficacité de celui-ci[515]. Cependant, la crainte évoquée ci-dessus doit être tempérée dans la mesure où, outre le fait qu'elle a lieu dans le territoire communautaire, la pratique ne relèvera du droit communautaire que si elle atteint un certain seuil, à défaut, elle ne relèvera que de la compétence exclusive des autorités nationales.

197. Pour plus de transparence, le législateur communautaire aurait dû s'inspirer de la formule de son homologue de l'Union Européenne, lequel a plutôt parlé

[512] Principe selon lequel la compétence des autorités communautaires ne porte que sur des questions qui leur ont été expressément transférées par les États membres. Dans la CEMAC ce principe résulte clairement du Préambule du Traité qui précise que les États membres désirent établir « *une organisation commune dotée de compétences et d'organes propres agissant dans la limite des pouvoirs qui leur sont conférés par le présent Traité* ».
[513] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, p. 124.
[514] NJEUFACK TEMGWA (R.), *Thèse précitée*, p. 84.
[515] Cf. CJCE, 13 février 1969, Aff. Walt Wilhelm et autres C. Bundeskartellamt, Aff. 14/68, Rec., 1969, p. 1.

de « *partie substantielle* »[516]. Quoi qu'il en soit, la position des auteurs qui soutiennent que l'importance économique et démographique du territoire affecté doit être pris en compte[517] est intéressante, ceci surtout afin d'éviter le conflit annoncé et décrié par la doctrine[518] entre les autorités communautaires et nationales. Mais cette prise en compte n'exige pas forcément que la mesure produise des effets au-delà d'un État, car en réalité certaines parties d'un État peuvent à elles-seules constituer une partie substantielle du marché commun[519]. Si une telle partie est verrouillée grâce à des pratiques anticoncurrentielles, il est certain que le droit des entreprises d'autres États membres de circuler et de s'implanter sur ce territoire sera fortement limité. Cette logique est évidemment partagée par la Commission de l'Union Européenne lorsqu'elle indique que « *le commerce entre États membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational* »[520].

Si sur le plan physique, ces solutions peuvent être mises en œuvre avec peu de difficulté, force est de constater que dans l'environnement électronique, des difficultés sérieuses se poseront. En effet, dans les réseaux numériques il est très difficile, voire impossible, de délimiter le champ d'action d'une entreprise ou d'une activité. Il est même soutenu que les marchés du commerce électronique sont déjà mondiaux[521]. Par ailleurs, la même difficulté existe lorsqu'il faut apprécier l'effet d'une pratique réalisée dans l'environnement électronique sur le marché commun ou sur une partie de celui-ci. Globalement, il s'agit dans une certaine mesure de se poser la question des délimitations territoriales sur ces réseaux.

198. Si on n'y prend garde, tous les fournisseurs de services et produits déployés à travers des sites web accessibles dans les États membres pourront être pris en compte. Aussi, on ne pourra plus efficacement contrôler les pratiques, le territoire

[516] D'après l'article 82 du Traité de Rome, « *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».
[517] KALIEU (Y. R.) et KEUGONG WATCHO (R.), *op. cit.*, p. 96.
[518] NJEUFACK TEMGWA (R.), *Thèse précitée*, pp. 84 et suiv.
[519] Exemple de la ville de Douala au Cameroun pour son poids économique dans la sous-région.
[520] Commission UE, *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, 27 avril 2004, Point n° 22.
[521] Le QUELLENEC (E.), *Mémoire précité*, p. 24.

n'étant pas délimité. Dans une affaire, une Cour américaine a décidé très clairement qu'il ne peut y avoir de monopole sur internet[522].

Il y a donc nécessité d'une réglementation appropriée pour une mise en œuvre efficace de ce critère. Classiquement, le droit communautaire ne s'applique qu'à l'activité tournée vers le marché commun, laquelle ne se confond pas toujours avec l'activité produite sur le marché commun mais donc la commercialisation est tournée vers l'extérieur, même s'il n'est pas exclu que cette dernière soit aussi source de nocivité pour le marché commun[523].

Si physiquement, il est très difficile qu'un consommateur camerounais se tourne vers un producteur algérien, dans l'environnement électronique cependant, cette situation relève d'une banalité. Les concurrents dans le commerce électronique ne sont donc plus forcément confinés dans le même espace géographique. Ainsi, la notion de marché pertinent devient très élastique. Son critère géographique semble désormais dilaté, chaque prestataire pouvant, dans l'environnement électronique, satisfaire des demandes issues de toute part.

199. Le souci d'efficacité d'une politique de la concurrence commande que le critère géographique soit précisément défini et que son application tienne compte des spécificités du marché concerné. Relativement au commerce électronique, les modalités de mise en œuvre de ce critère se doivent d'épouser les contraintes de l'environnement électronique. Ainsi, puisque ne relèvent du droit communautaire de la concurrence que les pratiques tournées vers le marché commun, la solution pourra consister à distinguer les activités expressément orientés vers le marché commun de celles n'ayant sur lui qu'un effet incident.

En effet, un opérateur qui cible le marché commun de la CEMAC ou celui d'un des États membres est censé se soumettre à la réglementation communautaire de la concurrence. Dans ce contexte, plusieurs critères pourront être pris en compte pour déterminer si l'opération en cause intéresse ou non le marché commun. À titre

[522] Cf. Federal Court in the Eastern District of Virginia, *AOL v. GreatDeal.net*, 01/1999. Citée par Le QUELLENEC (E), Mémoire précité, p. 24
[523] KALIEU ELONGO (Y. R.), Cours précité.

d'illustration, le fait pour une entreprise de droit américain à l'instar de GOOGLE INC. de solliciter un nom de domaine « *.cm* »[524] doit justement être interprété, de sa part, comme la volonté de se soumettre au droit camerounais, pour l'ensemble des activités relevant du site www.google.cm[525]. Cependant, si un site cybermarchand américain est sollicité par un consommateur camerounais, notre point de vue est que, en l'absence de toute démarche[526] du cybermarchand visant à intéresser spécifiquement les clients établis dans la Communauté, on devra classer cette opération hors du champ de la détermination du marché pertinent des produits en cause. Ces illustrations démontrent bien que l'appréciation du critère géographique dans l'environnement électronique ne se fait pas sans difficultés réelles. Souvent même, ce critère semble illusoire.

200. D'après la Commission de l'Union Européenne, deux entreprises seraient vues comme relevant du même territoire géographique si les clients des parties peuvent transférer leurs commandes d'une à l'autre, peu important le lieu d'implantation, à court terme et à moindre coût[527]. Ce critère, qui cadre bien avec l'environnement du commerce électronique, permettra dans son application, d'apprécier le critère géographique en fonction des caractéristiques des produits, selon en effet qu'il s'agit des biens informationnels ou physiques. Dans le cas des biens informationnels, puisque circulant sur le réseau, par principe, le lieu de localisation du prestataire est techniquement et économiquement neutre ; dans ce cas, le territoire à prendre en compte est presqu'infini, la contrainte géographique disparaît. En revanche, dans le cas des biens physiques, certains paramètres font que le consommateur ne peut pas indifféremment choisir tel ou tel fournisseur. La localisation du fournisseur est déterminante, pour des questions de temps et d'argent[528]. Donc, le territoire à prendre en compte sera probablement plus

[524] Ceci est le nom de domaine national pour le Cameroun.
[525] Le législateur camerounais partagerait aussi cette position. D'après l'article 2 de la Charte de Nommage en Zone .CM précise que « *le demandeur en question tombe sous le coup de la loi camerounaise en ce qui concerne le contenu de son site et les droits de propriété intellectuelle qui s'y attachent* ».
[526] Ceci peut être déduit de la présentation du site. Ainsi, on peut prendre en compte la langue du site, la monnaie de paiement, l'utilisation ou non des messages publicitaires s'adressant aux ressortissants communautaires etc.
[527] Cf. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, OJ C 372 on 9/12/1997.
[528] Si le fournisseur est situé à l'étranger, la livraison prendra naturellement plus de temps, aussi, du fait des droits de douane, la transaction pourra s'avérer plus onéreuse.

réduit dans le cas des biens physiques que dans le cas des biens informationnels. Cette distinction influence aussi le critère de la substituabilité.

B- LA NOTION DE SUBSTITUABILITÉ À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

201. La substituabilité des produits et services constitue l'autre critère nécessaire à la compréhension de la notion de marché pertinent. La concurrence ne peut en principe avoir lieu qu'entre deux opérateurs offrant des produits identiques ou aptes à satisfaire des besoins identiques. Ce critère s'apprécie ainsi tant à l'égard des consommateurs qu'à l'égard des fournisseurs[529]. La venue du commerce électronique, sans remettre en cause la valeur de ce critère, perturbe cependant les modalités de son appréciation. Classiquement le test de substituabilité est celui de l'élasticité croisée. On étudie à ce niveau, l'influence que la variation du prix du bien ''A'' sur le prix ou la demande du bien ''B''. Ainsi, si la variation du prix d'un bien influence le comportement d'achat d'un autre bien, on conclura que ces deux biens sont substituables. En plus, on vérifie aussi si les biens en cause satisfont des besoins identiques ou similaires. Mais, dans l'environnement électronique, ces critères perdent en efficacité. On assiste ainsi à une sorte de renouvellement de la problématique des biens substituables. Ce changement s'observe à travers deux situations.

202. D'une part, la question se pose de savoir si entre les biens physiques et les biens numérisés, on peut véritablement établir la substituabilité. En d'autres termes, lorsqu'un bien est à la fois commercialisé dans l'environnement électronique et dans les boutiques physiques, la question est celle de savoir si en pareille circonstance, on est en présence du marché du même produit ou en présence de deux marchés différents. À titre d'exemple, on peut se poser cette question dans le cas des distributeurs de CD musicaux et des sites de téléchargements de fichiers musicaux. La question n'est pas anodine et la formulation actuelle des textes applicables ne permet pas d'y répondre aisément. En pratique, la clientèle des biens numérisés peut être bien différente de celle des biens physiques[530]. La substituabilité des produits supposant au préalable l'existence des

[529] Voir en ce sens, COHEN-TANUGI (L.) et al., *op. cit*, p. 257.
[530] On constate de plus en plus que certaines personnes préfèrent les versions numériques de certains biens tels des livres que la version papier.

caractéristiques communes, si l'on conçoit que le terme de caractéristique est réservé aux seules propriétés intervenant dans le processus de choix des différentes consommations[531], c'est qu'il est logique de pencher pour la solution selon laquelle, le commerce électronique d'un bien et le commerce physique du même bien ne font forcément pas partie du même marché.

203. D'autre part, du fait des spécificités et de la diversité des pratiques commerciales usitées dans le commerce électronique l'on est fondé à s'interroger sur le degré de substituabilité de certains produits identiques ou satisfaisant des besoins similaires et commercialisés dans l'environnement électronique. Il faut à ce sujet relever que les activités du commerce électronique ne sont pas toujours des activités lucratives ou spéculatives, certains sites web offrent certains services ou produits gratuitement pendant que d'autres les vendent. Dans cette mesure, ces prestations gratuites appartiennent-elles au même marché que celles fournies contre paiement par les autres opérateurs ? Bien plus, plusieurs sites web peuvent offrir gratuitement des produits et services fonctionnellement similaires. Comment apprécier dans ce cas la substituabilité des produits en cause dans la mesure où du fait de la gratuité, le critère d'élasticité prix ne s'applique pas[532] ?

Bien que ces biens soient fonctionnellement vus comme substituables, une étude relève que les caractéristiques du produit et l'usage auquel il est destiné ne suffisent pas pour conclure que deux produits sont ou non substituables au niveau de la demande. L'interchangeabilité fonctionnelle ou des caractéristiques similaires peuvent ne pas être, en soi, des critères suffisants, dans la mesure où la sensibilité des clients à des variations des prix relatifs peut être déterminée également par d'autres considérations[533]. D'ailleurs, certains individus semblent « *percevoir* » des propriétés d'un bien que d'autres ne perçoivent pas[534]. Pendant que la forme, numérique ou physique d'un bien, laisse indifférent un consommateur, elle s'avère déterminante pour un autre. Bien plus, la commercialisation par voie électronique n'impose pas les mêmes contraintes

[531] Voir. GLAIS (M.) et LAURENT (P.), *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 120.
[532] DANG N'GUYEN (G.), *op. cit.*
[533] Cf. Communication de la Commission de l'Union Européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, OJC 372 on 9/12/1997.
[534] Voir. GLAIS (M.) et LAURENT (P.), *op. cit.*, p. 120.

techniques et économiques que la commercialisation des mêmes produits dans une boutique physique.

204. Dans le contexte du commerce électronique, la notion de marché pertinent devra donc peut-être, être définie non pas de façon abstraite, mais par rapport à de grandes familles de biens et services[535]. Ainsi et à titre d'illustration, selon qu'il s'agit de biens informationnels ou non, l'appréciation de la substituabilité sera différente. S'agissant des biens informationnels, au-delà des caractéristiques des produits en cause, de leur prix ou de leur gratuité, la qualification pourra se déterminer en fonction d'autres éléments tels la facilité d'accès, le nombre de titres, etc. S'agissant des services, le critère déterminant pourra être la qualité desdits services[536].

Finalement le commerce électronique soumet l'appréciation des critères du marché pertinent à des modalités particulières, l'appréciation desquelles se heurte à quelques difficultés. À quelques nuances près, la législation fiscalo-douanière de la CEMAC se heurte à des difficultés similaires.

SECTION II : LA LÉGISLATION FISCALO-DOUANIÈRE DE LA CEMAC A L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

205. Les services et outils de communications électroniques aident à concevoir des procédures fiscales et douanières conviviales. La CEMAC a compris cet enjeu, raison pour laquelle elle a décidé de moderniser et d'informatiser les services de douanes. De l'article 18 de la Charte des Investissements de la CEMAC, il ressort clairement que l'informatisation des procédures douanières est un objectif prioritaire.

En revanche et s'agissant essentiellement des transactions économiques et commerciales réalisées par le biais du commerce électronique, il y a lieu de constater qu'à cause de la dématérialisation qui les caractérise, la collecte des ressources douanières et fiscales devient très difficile, voire souvent impossible. Les ressources fiscales et douanières sont pourtant très importantes pour les finances publiques des

[535] DANG N'GUYEN (G.), *op. cit.*
[536] *Idem*.

États membres de la CEMAC. En plus, elles contribuent pour une large part au financement des projets de la Communauté[537]. Dès lors, il s'avère très nécessaire de trouver des stratégies permettant d'assurer et de sécuriser leur recouvrement malgré les contraintes de l'environnement électronique.

206. La CEMAC étant une zone d'intégration économique, c'est tout naturellement que sa législation fiscalo-douanière discrimine selon que les activités en cause sont d'origine communautaire ou non. Ainsi, pendant qu'il y a suppression des droits de douane entre les États membres[538], les États tiers demeurent assujettis à de tels droits. Si une telle règle est de mise en œuvre relativement aisée dans un contexte physique, l'on verra qu'avec le commerce électronique, une adaptation s'impose, car la détermination de l'origine d'un bien n'est pas la chose la plus facile dans le commerce électronique.

Ainsi, il y a deux grands défis qui interpellent les autorités communautaires de la CEMAC dans le cadre de la mise en œuvre de la politique fiscale du commerce électronique. D'une part, assurer le recouvrement effectif et sécurisé des ressources fiscales et douanières. D'autre part, appliquer la distinction fondée sur la nature et l'origine des produits et services considérés. Pour y parvenir, les autorités communautaires devraient veiller à adapter à l'environnement électronique l'appréciation du critère objectif (Para I) et du critère territorial (Para II) tels que consacrés par les dispositions actuelles de la réglementation fiscalo-douanière communautaire.

[537] Ainsi, l'Acte Additionnel n° 3/00-CEMAC-046-CM-05 du 14 décembre 2000 instituant un mécanisme autonome de financement de la Communauté a consacré la Taxe ou prélèvement communautaire d'intégration. Cette taxe s'applique aux importations des États membres de produits originaires des pays tiers, mis à la consommation et est calculée au taux de 1% de la valeur en douane des produits importés. Son objectif est de financer le processus d'intégration régionale.

[538] En effet, d'après l'article 13, a) de la Convention modifiée de l'UEAC, le marché commun institué par le Traité comporte entre autres : « *l'élimination des droits de douane intérieurs, des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, des taxes d'effet équivalent, de toute autre mesure d'effet équivalent susceptible d'affecter les transactions entre les États membres*».

PARA. I : L'APPRÉCIATION DU CRITÈRE OBJECTIF DANS LE CONTEXTE DU NUMÉRIQUE

207. Il est souvent très difficile, de maîtriser tous les éléments permettant de retracer une transaction. Or, on ne prélève pas les impôts à tort et à travers. Les agents du fisc ou de la douane doivent, dans ce cadre, clairement identifier l'opération imposable en même temps que le contribuable débiteur. Du fait de la contrebande, de certaines difficultés techniques et de différentes sortes de fraude, il arrive souvent que les autorités soient incapables de retracer le circuit emprunté par une marchandise de façon à déterminer son origine. Cette difficulté, déjà réelle dans l'environnement physique, se densifie lorsque les réseaux numériques s'en mêlent.

Le commerce électronique ayant une forte propension à l'international et une dimension virtuelle, les autorités fiscales doivent donc déployer à la fois une prudence et une vigilance appropriées pour éviter des erreurs et cerner toutes les activités imposables pour appliquer les prélèvements indiqués. Les enjeux sont considérables. Même si certains problèmes étaient déjà connus, le commerce électronique vient leur donner un nouveau souffle et de nouvelles perspectives. Finalement, l'objectif c'est d'éviter la double imposition, ou l'absence erronée d'imposition.

208. La possibilité de prélèvement des impôts par les États demeure à toutes les époques et doit s'adapter à tous les progrès[539]. C'est ainsi qu'en s'adaptant convenablement à l'environnement électronique, la fiscalité pourra éviter de devenir un facteur de discrimination entre le commerce électronique et le commerce traditionnel d'une part et une source d'injustice sociale à travers des prélèvements et des exonérations hasardeux d'autre part.

De tous les éléments objectifs d'une transaction de commerce électronique, ceux qui sont déterminants pour l'application de la législation fiscale peuvent être regroupés en deux catégories : celle relative aux éléments décrivant le produit ou le service (A) et celle relative à l'identification du contribuable (B).

[539] BOYTCHEV (S.), *TVA et e-Services*, Mémoire DESS, Université Paris I, Panthéon – Sorbonne, Année 2002-2003, p. 5.

A- LE PROBLÈME DE LA DESCRIPTION DES OPÉRATIONS IMPOSABLES

209. La mise en œuvre de la réglementation fiscale dépend dans le cadre de la CEMAC, zone d'intégration communautaire, de certaines informations relatives aux produits ou services en cause. Principalement, les critères déterminants sont ceux de la détermination de l'assiette de l'impôt (1) et de son origine (2).

1- La détermination de la matière imposable dans le commerce électronique

210. Il ressort de la réglementation fiscale communautaire que, « s*ont soumises à la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA) les opérations faites par des personnes physiques ou morales, relevant d'une activité économique* »[540]. Par activités économiques il faut entendre, au sens de la même Directive, les « *activités de production, d'importation ou de prestations de services y compris les activités commerciales, agricoles, extractives, industrielles, forestières, artisanales et celles des professions libérales ou assimilées, effectuées à titre onéreux par un assujetti sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté* »[541]. Le commerce électronique, en tant qu'activité économique[542], relève donc, par principe, du droit fiscal et spécifiquement du régime de la TVA. Comme l'écrit, à ce sujet, un auteur, « *en application du droit fiscal traditionnel, une part importante des transactions électroniques qui se déroulent sur le Net sont susceptibles d'être imposables* »[543]. Cependant, l'application de ce principe est rendu difficile dans le commerce électronique du fait des caractéristiques des réseaux numériques. Partant de ce handicap doublé de la volonté de promouvoir le commerce électronique, un débat mondial est né sur la question de savoir s'il fallait imposer ou non les transactions électroniques. Dans le cadre de ce débat, les arguments contre la taxation des transactions électroniques se fondent le plus souvent, soit sur l'impossibilité technique

---

[540] Cf. art. 1er Directive n° 07 /11-UEAC-028-CM-22 du 19 décembre 2011 portant révision de la Directive n° 1/99- CEMAC-028-CM-03 portant harmonisation des législations des États membres en matière de Taxe sur la Valeur Ajoutée et de droits d'accises. (Directive CEMAC TVA).

[541] Cf. art. 2, Directive CEMAC TVA.

[542] Dans le projet de Directive CEMAC portant sur le commerce électronique, cette notion y est définie comme « *toute activité économique, accomplie à distance et par voie électronique, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations* ». voir aussi l'article 2 de la loi camerounaise n° 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique qui définit ce dernier comme l'« *activité économique par laquelle une personne effectue ou assure par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ».

[543] BERTRAND (A.) et PIETTE-COUDOL (T.), *Internet et le droit*, PUF, Que sais-je?, Collection Encyclopédie, 2000, p. 106.

d'identifier l'assiette de la taxe, soit sur l'ambition de soutenir le développement du commerce électronique.

211. S'agissant de l'impossibilité technique d'identifier l'assiette de la taxe, l'on insiste sur le fait que, du fait de l'environnement technologique et virtuel qui les caractérise, les transactions électroniques sont susceptibles de se dérouler et se dénouer sans que les autorités fiscales en aient connaissance. Or, pour être imposables, les transactions doivent être connues du fisc. Par ailleurs, la détermination de la catégorie à laquelle cette transaction appartient est une exigence préalable au prélèvement de l'impôt. L'exercice de classement est tout à fait fondamental dans l'application de la législation fiscale[544]. Mais, les réseaux numériques rendent évidemment difficiles l'identification et la classification des transactions. Toutefois, il y a lieu, pour apprécier l'effet de cette difficulté, de distinguer selon que la transaction est totalement dématérialisée ou qu'elle comporte une étape physique. Lorsque la transaction comporte une étape physique, cas d'une vente électronique de biens tangibles, cet obstacle n'existe pas *a priori*. Dans ce cas, les autorités fiscales appliquent les méthodes usuelles et les taxes et droits de douanes sont alors prélevés lors du franchissement de la frontière si l'opération est internationale. Cependant, lorsqu'on est en présence d'une transaction entièrement dématérialisée, l'obstacle technique devient alors réel. Non seulement il est difficile de retracer l'opération et lorsqu'on y parvient, il faut encore distinguer selon qu'il s'agit d'une transaction portant sur des biens ou sur des services. Sur le plan international, l'enjeu de cette distinction semble opposer les États. Par exemple, pendant que les Européens considèrent que toutes les transactions électroniques sont des échanges de services et relèvent donc des principes du GATS, les États-Unis, quant à eux, distinguent les services délivrés sur internet qui doivent être couverts par le GATS des biens numérisables qui sont plus difficiles à classer et préfèrent attendre les développements techniques futurs avant de les affecter dans les catégories de biens et de services[545]. Un peu comme pour trancher ce débat, l'OCDE fait une recommandation, celle selon laquelle, « *la livraison de produits numérisés ne devrait pas être traitée*

[544] Le GALL (J.-P.), Communication au Colloque *Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises*, *op. cit.*, p. 28.
[545] BARBET (P.), ''Commerce électronique et régulation des échanges internationaux'', http://ses.telecom-paristech.fr/bourreau/Cours/Article_Barbet.pdf, consultée le 12 octobre 2011, p. 7.

comme une livraison de biens »[546]. On peut donc en déduire que d'après cette Institution, tous les produits numérisés sont des services.

212. La classification des biens informationnels en marchandises ou en services n'est pas neutre du point de vue du commerce international. Dans le cadre multilatéral de l'OMC, les biens et les services relèvent de deux cadres juridiques très différents. Le commerce des marchandises, régi par l' Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT)[547], fait l'objet d'un ensemble clairement établi de principes juridiques fondamentaux à l'instar de la clause de la Nation la plus favorisée qui impose à tout État membre de l'OMC qui concède un avantage commercial à un autre pays, abaissement des droits de douanes par exemple, d'étendre ces conditions aux autres États membres. Les services, en revanche, sont régis par un instrument différent : l'Accord Général sur le Commerce des Services (GATS)[548]. Cet instrument juridique permet aux États, grâce à l'approche « *par liste* », de choisir les secteurs et les modalités des concessions qu'ils consentent[549]. Dans le cadre de cette approche, les États peuvent écarter l'application de la clause la nation la plus favorisée dans les secteurs de services de leur choix[550]. Ainsi, la position européenne de même que celle de l'OCDE, consistant à dire que tous les produits numérisés sont des services, bien que pouvant avoir pour effet de libérer ces transactions des droits de douanes, sont cependant moins libérales car les accords du GATS ne libéralisent les marchés des services que pour les secteurs où les membres de l'OMC ont fait des propositions alors que les offres de libéralisation inscrites dans le GATT sont plus contraignantes[551].

213. Sur le plan fiscal, la législation communautaire ne discriminant point entre les services et les biens[552], la question de savoir si les produits numérisés sont des biens

---

[546] OCDE, *Principes directeurs internationaux pour l'application de la TVA/TPS*, février 2006, http://www.oecd.org/dataoecd/16/39/36179233.pdf.

[547] Cet Accord constitué l'annexe 1a de l'Accord de Marakech du 15 avril 1994 instituant l'organisation Mondiale du Commerce.

[548] Cet Accord constitue l'Annexe 1b de l'Accord de Marakech du 15 avril 1994 instituant l'organisation Mondiale du Commerce.

[549] À titre d'exemple, l'article XX du GATS précise que « *chaque Membre indiquera dans une liste les engagements spécifiques qu'il contracte au titre de la Partie III du présent accord. En ce qui concerne les secteurs pour lesquels ces engagements sont contractés* ».

[550] KADDOURA (H.), *op. cit.*

[551] BARBET (P.), *op. cit.*, p. 7.

[552] D'après l'article 23 al. 2 de la Directive CEMAC TVA, « *les taux de TVA sont applicables aussi bien aux marchandises et services produits localement qu'aux biens importés* ».

ou des services est sans enjeu. En revanche, le droit douanier opère bien une distinction entre les biens ou marchandises et les services. D'après les articles 20 et suivants du code des douanes de la CEMAC, ne donnent lieu au prélèvement des droits de douane que l'importation ou l'exportation des produits encore dits marchandises[553]. Ainsi, en fonction de la politique communautaire de développement du commerce électronique, il faudra donner une qualification précise à cette catégorie de transaction. En ce sens, du point de vue fiscal et douanier, l'approche américaine, consistant à distinguer entre les services électroniques purs et les biens numérisables est à explorer. Ainsi, pendant que les premiers seront soumis au régime des services, les seconds quant à eux relèveront du régime des biens. En plus de limiter les pertes de revenus douaniers, cette solution aura aussi le mérite de juguler le risque de discrimination entre le commerce électronique et le commerce physique. L'idée défendue est que, le sort fiscal ou douanier d'un produit ne doit pas dépendre du canal de sa commercialisation, ceci au nom du principe de non discrimination.

214. S'agissant de l'idée selon laquelle la fiscalité peut avoir un effet négatif sur le développement du commerce électronique, il y a lieu de relever que pour un développement harmonieux du secteur des affaires, aucune distorsion ne doit être prônée entre les prestataires suivant le canal de leurs activités. Pourtant, la pression des pays développés tend vers la mise en place et la permanence d'un espace totalement libéralisé pour le commerce électronique (duty free cyberspace)[554]. Ce projet vise à faire considérer le commerce électronique comme une véritable zone de libre échange pour les biens et services électroniques. C'est en ce sens que l'OMC a institué à travers l'Information Technology Assessment (ITA), un moratoire temporaire sur les droits de douanes pour tous les produits livrés par internet. Si une telle position, bien qu'officiellement mue par le souci de soutenir le développement du commerce électronique, est presque sans effet sur l'économie des États occidentaux où les droits

[553] La notion de marchandises n'implique pas celle de services, elle semble ne renvoyer qu'aux choses ou produits. D'après la CJCE, la marchandise est « tout bien appréciable en argent et susceptible comme tel de former l'objet de transactions commerciales » cf. CJCE, Commission contre Italie, 1968 (C-7/68). D'un autre côté, les services sont définis comme des prestations qui donnent lieu à une rémunération, http://www.univ-valenciennes.fr/IUT/CAIDEMI/docdroitvincent/premierepartie.pdf.

[554] BARBET (P.), *op. cit.*, p. 8.

de douane ne constituent plus une recette budgétaire majeure[555], la CEMAC ne peut indifféremment s'y soumettre. En effet, les recettes douanières, notamment prélevées lors des transactions réalisées avec les pays tiers constituent une source essentielle des revenus budgétaires des États de cette zone[556]. Ce paramètre n'a pas du tout échappé aux analystes institutionnels qui confirment que « *l'essentiel des recettes fiscales des pays en développement proviennent des droits de douanes collectés* »[557].

Certes, il faut encourager le commerce électronique, mais, pas en discriminant[558] au détriment du commerce classique, le risque étant d'occasionner des détournements de courants d'échanges. En effet, en défiscalisant le commerce électronique, il est logique que les prix pratiqués seront nettement inférieurs à ceux pratiqués dans les canaux traditionnels du commerce. En conséquence, les consommateurs se détourneraient rapidement des prestataires du commerce traditionnel pour s'adresser à ceux du commerce électronique[559]. Finalement, l'idée à suivre est celle selon laquelle, toutes les activités économiques doivent bénéficier du même traitement fiscal sans égard à leur mode de déploiement. Ainsi, la neutralité fiscale devrait constituer le principe directeur de l'imposition électronique[560]. À ce titre, chaque fois qu'une opération du commerce traditionnel est sujette à des droits, son équivalent dans l'environnement

---

[555] *Idem*, p. 10.

[556] Un auteur relève justement que « *les pays en développement dont l'équilibre budgétaire dépend grandement des droits de douane craignent une perte importante de revenus s'ils n'arrivent pas à taxer les transmissions électroniques* », cf. KADDOURA (H.), *Les obstacles juridiques du commerce électronique transfrontière*, Mémoire de Master Droit et Science politique, Université Nice Sophia-Antipolis, avril 2007, version électronique, http://cabinetjaidane.com/doc/hk_ecommerce.pdf.

[557] Cf. CEA-ONU, *Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives*, *op. cit.*, p. 8.

[558] Dans son rapport daté du 25 septembre 1998, l'OCDE soulignait la nécessité d'éviter « *les distorsions inéquitables de la concurrence qui aboutiraient à une exonération de fait du commerce électronique par rapport au commerce traditionnel* ».

[559] « *La non-perception des droits de douane pour un mode particulier de livraison (électronique) alors que les mêmes produits livrés traditionnellement sont soumis au tarif douanier conduit à la création mais aussi au détournements d'échange…La suppression des droits de douane pour le commerce électronique conduit à une baisse des prix et donc une augmentation des échanges (effet de création). Il y a risque de détournement si, dans le cas du commerce électronique, le choix de ce mode de distribution est économiquement moins efficient et donc intéressant uniquement par l'avantage douanier qu'il procure* ». Cf. BARBET (P.), *op. cit.*, p. 11.

[560] FERAL-SCHUHL (C.), *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz-Dunod, Paris, 1999, p. 148. Aussi d'après l'OCDE, « *La fiscalité devrait viser à assurer la neutralité et l'équité entre les différentes formes de commerce électronique et entre les formes conventionnelles et les formes électroniques de commerce. Les décisions devraient être motivées par des considérations économiques et non fiscales. Les contribuables qui se trouvent dans des situations similaires et qui effectuent des transactions similaires devraient être soumis à des niveaux d'imposition similaires* », cf. OCDE, *Commerce électronique et impôts sur la consommation*, http://www.oecd.org/dataoecd/37/20/2673675.pdf.

électronique devrait suivre le même traitement en tenant compte de son origine, communautaire ou non.

2- L'identification de l'origine

215. La question de l'origine des produits et services donnant lieu au prélèvement de l'impôt ou des droits de douane est importante. En application du principe de la territorialité de l'impôt, ce dernier ne frappe, en principe, que les revenus qui trouvent leur origine dans l'État bénéficiaire de l'impôt[561]. Ainsi par exemple, dans la CEMAC, ne sont soumises à la TVA d'un État, que les affaires réalisées sur le territoire de celui-ci[562]. De même, lors du franchissement d'une frontière, les services de douane d'un État membre sont tenus de vérifier l'origine des produits. En effet, selon que le produit est d'origine communautaire on non, le régime douanier de l'opération est différent. Les produits d'origine communautaire ne sont pas soumis aux droits de douane contrairement aux produits provenant d'États tiers soumis au tarif extérieur commun de la CEMAC. pour marquer cette différence de régime entre les produits originaires des États membres et ceux provenant des États tiers, les termes « *d'importation ou d'exportation ne sont plus utilisés* » en Europe que pour désigner les produits ou la destination des États tiers[563]. Dans tous les cas, les services de douane des États membres de la CEMAC doivent faire preuve de beaucoup de vigilance afin que les produits importés ne bénéficient du traitement de faveur attribué à leur origine que s'il est régulièrement justifié de cette origine[564].

Le législateur communautaire, tenant sûrement compte de l'importance de ce critère dans la mise en œuvre harmonieuse de la législation fiscale communautaire et des difficultés pouvant naitre dans la pratique, a indiqué quelques précisions pour une meilleure application de ce critère. Ainsi, pour le cas d'une vente, lorsque celle-ci est réalisée aux conditions de livraison de la marchandise d'un État, elle pourra être vue comme relevant, pour la TVA, de cet État. Pour d'autres types d'opérations, lorsque le service rendu, le droit cédé ou l'objet loué sont utilisés ou exploités dans un État, ce

[561] Le GALL (J.-P.), *op. cit.*
[562] Cf. art. 10 Directive CEMAC TVA.
[563] BOCHURBERG (L.), *Internet et commerce électronique*, 1ère édition, Encyclopédie Delmas, 1999, p. 154.
[564] Cf. art. 22, al. 4, Code des douanes CEMAC.

dernier est le créancier de la TVA[565]. Au regard de ces précisions, il est à constater que cette solution se rapproche certainement de celle actuellement en vigueur dans l'Union Européenne selon laquelle, la TVA sera prélevée par l'État de consommation et non plus celle de production[566]. Sa mise en œuvre, même dans un contexte de commerce électronique peut s'avérer relativement aisée, surtout pour les biens tangibles[567]. En revanche, pour les biens informationnels ou numérisés, puisqu'ils sont livrés et consommés sur le réseau, il peut être très difficile de les rattacher à une souveraineté territoriale. Il n'y a pas, ni frontières, ni balises territoriales sur les réseaux numériques supports de transactions économiques. Mais cette situation ne doit pas signifier absence de droit de perception de recettes[568]. Certaines solutions existent, mais exigent pour la plupart que le contribuable soit effectivement identifié.

B- LA QUESTION DE L'IDENTIFICATION DU CONTRIBUABLE

216. L'une des difficultés observées dans la mise en œuvre de la législation fiscale est celle de l'identification des contribuables. Être au courant de l'existence d'un fait générateur d'impôt est important mais, insuffisant pour prélever l'impôt. L'impôt est une charge à supporter par un citoyen qu'il faut alors toujours identifier.

217. Dans le cadre de la Taxe sur la Valeur Ajoutée, il est toujours important pour le fisc de savoir s'il a à faire à une personne physique ou à une personne morale. En effet, se fondant sur les dispositions de l'article 5 de la Directive portant harmonisation les législations en matière de TVA dans la CEMAC, le législateur fiscal camerounais ne soumet les personnes physiques au régime de la TVA que si elles réalisent un chiffre d'affaire annuel minimal de quinze millions (15.000.000) de Francs CFA[569]. Si dans un contexte traditionnel, la vérification d'un tel critère peut se faire sans grande difficulté, dans l'environnement électronique, cette difficulté est réelle. Le

[565] Cf. art. 10, al. 2, Directive CEMAC TVA.
[566] En effet, avant le 1er juillet 2003, le système de TVA européen prévoyait que la TVA devait être payée au lieu de production. Cette approche s'est avérée source de distorsion concurrentielle avec au profit des prestataires établis en dehors de l'UE. Depuis l'entrée en vigueur de la directive n° 2002/38/CE du 7 mai 2002, les règles ont changé en matière de services électronique, la TVA sera désormais payée au lieu de consommation. Cette solution est aussi celle préconisée par l'OCDE.
[567] Dans ce cas, tous les droits et taxes sont prélevés lors du franchissement des frontières par les services de la douane.
[568] NÉEL (B.), ''Le contentieux fiscal et douanier fait-il place au hasard ? L'espace, paramètre d'un hasard douanier?'', in *Gazette du Palais*, 17 février 2001 n° 48, p. 4.
[569] Cf. art. 125, al. 3, Code général des impôts 2012.

caractère virtuel et mondial des réseaux numériques fait que les prestataires masquent généralement leur identité et même l'importance de leurs transactions. Avec le développement du paiement électronique, les autorités ne disposent plus des traces de paiement qui permettent encore aujourd'hui, par l'intermédiaire des banques, d'opérer des contrôles[570]. De même, il est très difficile, voire impossible, dans un contexte de monnaie et de paiement électroniques, et en l'état actuel du droit communautaire, de pouvoir évaluer avec certitude le chiffre d'affaire d'un cybermarchand. Dans ce contexte, un contrôle fiscal efficace est techniquement impossible dans l'environnement électronique. Du fait que les volumes d'activité et le nombre d'opérateurs sont tels que le décompte des opérations est impossible, on ne peut, avec beaucoup de tact, en saisir qu'une infime fraction[571].

Par ailleurs, l'une des particularités de la TVA c'est d'être un impôt supporté par le consommateur, mais collecté et reversé au fisc par les prestataires. Cependant, il est des cas, notamment pour les transactions extra frontières, où la TVA est directement prélevée lors du dédouanement du bien, ce qui facilite les choses. Mais pour le cas de biens informationnels, lesquels peuvent être créés et mis en circulation sur les réseaux numériques sans jamais franchir de cordon douanier matérialisé, l'administration fiscale aura généralement beaucoup de difficulté à identifier le contribuable et à prouver qu'il relève de sa souveraineté.

218. Face à de telles difficultés, quelques pistes, certes difficiles à mettre en œuvre, peuvent néanmoins être explorées. Ainsi, certains proposent de responsabiliser les agents économiques eux-mêmes, en les incitant à respecter les règles fiscales, et en utilisant, si besoin est, des moyens techniques appropriés, des logiciels adaptés[572], capables d'identifier, de localiser la transaction, de déterminer l'impôt à acquitter et de le rajouter au prix facturé par le vendeur. Aussi, en contre partie de l'effritement du rôle des banques classiques dans le renseignement des opérations et l'identification des prestataires, on peut se rejouir et tirer profit du rôle que les opérateurs de monnaie

[570] FERAL-SCHUHL (C.), *op. cit.*, p. 148.
[571] PICHARDIE (R.-J.), *La liberté fiscale sur internet*, Mémoire de Master Droit des Affaires et Fiscalité, Université de Rouen, Année universitaire 2005-2006, version électronique, www.mémoireonline.com.
[572] LE GALL (J.-P.), *op. cit.*

électronique, intermédiaires privilégiés des transactions commerciales électroniques, jouent dans la réalisation des transactions électroniques. Ces acteurs peuvent être mis à contribution aux fins d'identification des prestataires, de conservation des preuves de paiement et de recouvrement des taxes dues. Une telle solution pourra évidemment s'appuyer sur la réglementation actuelle des activités des établissements de monnaie électroniques dans la CEMAC. En effet, cette réglementation fait obligation à ces opérateurs d'identifier convenablement leurs clients[573]. Les informations recueillies dans ce cadre pourront être communiquées aux autorités fiscales en temps opportun et leur permettre d'avoir quelque indice sur l'identification des territoires concernés par la transaction.

PARA. II : LA DIFFICULTÉ AU NIVEAU DE L'APPRÉCIATION DU CRITÈRE TERRITORIAL

219. En vertu du principe de la territorialité de la fiscalité, ne peut prélever l'impôt que l'État sur le territoire duquel l'activité ou les profits sont réalisés. Selon que l'on se trouve dans le cadre des impôts directs ou des impôts indirects, le critère de cette compétence territoriale varie. Ainsi, dans le cadre des impôts indirects à l'instar de la TVA, la territorialité est fondée sur la consommation. Quant aux impôts directs, à l'instar de l'impôt sur les sociétés ou sur les revenus des personnes physiques, le critère déterminant c'est celui de l'établissement stable. Parce que posant le plus de problème dans sa détermination lorsque l'activité économique, fait générateur de l'impôt, se déploie sur les réseaux numériques, c'est ce critère d'établissement stable qui méritera le plus notre attention dans le cadre des développements à faire à ce niveau (A).

En matière douanière, le critère classique de « *cordon douanier* » mérite, dans le souci d'une meilleure application des règles de l'Union douanière établie entre les États de la CEMAC, une certaine adaptation (B).

[573] Voir art. 17 et suiv, Règlement COBAC R–2005 / 02 du 1er décembre 2005 relatif aux établissements de monnaie electronique.

A- LE CRITÈRE DE L'ÉTABLISSEMENT STABLE À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

220. Le lien qui existe entre l'État qui prélève l'impôt et l'entreprise assujettie audit impôt doit être clairement établi. Ce lien est généralement celui de la nationalité de l'entreprise, mais, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, un État peut avoir le droit de prélever des impôts sur une entreprise étrangère[574] tout en étant dépourvu de cette prérogative à l'égard d'un de ses ressortissants. La raison de cette situation est que la compétence fiscale n'est plus exclusivement fondée sur le lien de nationalité, mais, elle se fonde aussi sur le critère de l'établissement stable.

221. Le concept d'établissement stable est apparu vers 1850 pour éviter le phénomène de double imposition dans les relations inter-municipales en Prusse[575]. Puis, à l'occasion des négociations internationales visant à établir un système équitable d'imposition des opérations internationales, il est apparu que la répartition des recettes fiscales entre les États devait se fonder sur le concept de source, afin de tenir compte de l'existence d'un marché dans l'État de consommation et donc des dépenses budgétaires que ce dernier a dû engager à cet effet. Le fondement théorique de ce concept, c'est l'idée d'allégeance économique au terme de laquelle, un État a compétence fiscale sur tous ceux qui participent à sa vie économique ou sociale. En conséquence, tous ceux qui bénéficient d'une communauté économique doivent payer à l'etat concerné un impôt[576]. Ainsi, un État peut imposer les bénéfices d'une entreprise étrangère si celle-ci exerce ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable sur son territoire. Si la logique selon laquelle les revenus produits sur un territoire y sont taxés[577] est désormais érigée en principe par plusieurs conventions et législations

[574] Cf. OCDE, *Modèle de Convention Fiscale concernant le revenu et la fortune*, Version abrégée, Juillet, 2008, www.sourceocde.org/fiscalite/9789264048201.

[575] DOERNBERG (R.) et HINNEKENS (L.), *Electronic commerce and international taxation*, Kluwer law international, The Hague, The Netherlands, 1999, p. 309.

[576] LACHAIZE (H.), *La notion fiscale d'établissement stable à l'épreuve du commerce électronique*, mémoire de D.E.A. Droit des affaires, Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman, Strasbourg, Année universitaire 1999-2000.

[577] Voir. MARINI (P.), Rapport d´information du Sénat sur l'impact du développement du commerce électronique sur les finances de l'État, 7 avril 2010, www.senat.fr. p. 18.

fiscales[578], son application exige au préalable une définition précise et transparente de cette notion fondamentale.

222. D'après l'article 5 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, l'expression « *Établissement stable* » désigne une « *installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* ». Telle que définie, cette notion peut être confondue avec d'autres situations dans lesquelles une entreprise développe des stratégies de représentation. Pourtant, la notion d'établissement stable présente des caractéristiques propres, lesquelles ont été rappelées par la Cour de Justice des Communautés Européennes à l'occasion d'une affaire. Dans l'arrêt *Berkholz*[579], cette haute juridiction précise qu'un établissement stable suppose la réunion permanente de moyens humains et techniques, nécessaires à la réalisation de prestations de services déterminées[580]. Cette conception matérielle de l'établissement stable serait aussi celle en vigueur dans la Zone CEMAC. Bien que n'ayant pas expressément formulé une définition précise, le législateur communautaire a procédé à une énumération qui la sous-entend. Ainsi, il dispose que « *constituent notamment des établissements stables un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier, une mine, carrière ou autre lieu d'extraction de ressources naturelles, un chantier de construction ou de montage, une installation utilisée aux fins de stockage d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise, un dépôt de marchandises appartenant à l'entreprise, entreposées aux fins de stockage, d'exposition de livraison, une installation fixe d'affaires utilisées aux fins d'acheter des marchandise* »[581].

Cependant, toutes les installations physiques ne constituent pas des établissements stables. Par exemple, il n'y a pas d'établissement stable si des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise ; ou, si une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules

[578] Cf. art. 10, al. 1, Acte n° 5/66 UDEAC-49 DU 13 décembre 1966 portant Convention fiscale entre les états membres de l'UDEAC ; article 7, Modèle de Convention fiscale OCDE.
[579] Cf. CJCE, 2e Ch., 4 juillet 1985, Aff. *Günther Berkholz c/Finanzamt Hamburg-Mitte-Altstadt*, n° 168/84.
[580] LACHAIZE (H.), *Mémoire précité.*
[581] Cf. art. 3, Convention fiscale UDEAC.

fins de publicité, de fourniture d'information[582], de recherche scientifique ou d'activités analogues qui ont pour l'entreprise un caractère préparatoire ou auxiliaire[583]. On comprend dès lors que bien que les législateurs et la jurisprudence fassent prédominer le critère matériel dans la définition de cette notion, ce critère est insuffisant. Pour caractériser cette notion, il est toujours exigé, outre une présence physique de l'entreprise, la vérification de fonctions particulières notamment la représentation. Finalement, un établissement stable serait constitué d'un ensemble de moyens humains et matériels affectés à un service déterminé d'une entreprise et contribuant à la réalisation d'activités autonomes[584].

223. Le commerce électronique remet profondément en cause cette conception matérielle et physique de l'établissement stable, car, dans cette forme de commerce, une société peut entrer en contact avec la clientèle d'un autre pays sans avoir de présence physique dans ce pays grâce aux serveurs et aux sites web[585]. C'est tenant compte de cette spécificité du commerce électronique que le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a, en l'an 2000, initié une réflexion sur la question de savoir si la définition d'établissement stable devait être remise en cause ou si ce concept devait être abandonné purement et simplement[586].

Comme il a été précisé ci-dessus, l'idée d'établissement stable repose sur un souci d'équité et de rationalité fiscales. Elle permet à la fois d'éviter une double imposition et d'assurer le recouvrement effectif de l'impôt par l'État sur le territoire duquel l'activité a généré des profits. Ainsi, à moins de trouver un autre mécanisme satisfaisant à ce double enjeu, il n'est point question de supprimer cette notion comme critère de répartition de compétence fiscale entre les États. C'est sensiblement aussi à cette conclusion que l'OCDE aboutit. À travers un commentaire additionnel sur l'article 5 de la Convention modèle, elle a entrepris de donner des interprétations permettant

[582] Ainsi, dans le contexte du commerce électronique, la seule ouverture d'un site web diffusant des informations relatives à l'entreprise ne saurait constituer un établissement stable.
[583] Cf. art. 3, b, Convention fiscale UDEAC.
[584] La nécessité de l'autonomie de l'activité de l'établissement stable ressort bel et bien de la disposition qui exclut les installations accomplissant une activité de caractère préparatoire ou auxiliaire de la catégorie d'établissements stables (Cf. art. 3, b, Convention fiscale UDEAC).
[585] LACHAIZE (H.), *Mémoire précité.*
[586] Cf. OCDE, Communiqué du 9 janvier 2001, *Revue de droit fiscal*, n° 6 du 7 février 2001, p. 285, com. 105.

l'application du critère d'établissement stable dans le cadre du commerce électronique[587].

224. Dans la CEMAC, telles qu'elles sont actuellement conçues, les dispositions relatives à la notion d'établissement stable sont inadaptées au commerce électronique. Il s'avère donc urgent de s'y pencher pour une meilleure adéquation avec les spécificités de l'environnement numérique. Le risque est en effet que le territoire de la Communauté ou celui de certains États membres constitue de véritables marchés de consommation sans qu'en retour, la Communauté ou l'État membre en question ne puissent imposer les revenus collectés sur son territoire. L'état actuel de la législation sur la question n'est pas de nature à empêcher aux réseaux numériques de jouer le rôle de facteur d'érosion des ressources fiscales. Il faut donc envisager une sorte de virtualisation des critères d'établissement stable. Toutefois, cette virtualisation doit composer avec les critères fondamentaux d'un établissement stable.

D'abord, il faudra éviter de trouver dans tout signe d'une présence commerciale en ligne, un établissement stable. Ainsi, ni l'accessibilité d'un site internet marchand sur un territoire, ni l'utilisation d'un nom de domaine géographique[588] ne doivent conduire d'office, à la conclusion de l'existence d'un établissement stable. En général donc, on considère que le site web n'a pas autre attache que celle, immatérielle, qui la relie à l'entreprise qu'il représente ; que, faute de corpus, il ne peut en aucun cas être un établissement stable ou un représentant permanent, sauf au prix d'un « *anthropomorphisme délirant* »[589]. Ce qui est reproché au site web c'est de ne pouvoir effectivement jouer le rôle d'installation fixe. Cependant, un auteur propose de tenir compte des fonctionnalités du site avant de décider de son statut d'établissement stable ou non. Ainsi, il soutient qu'« *un site web peut être un établissement stable dès lors qu'il est un centre de négociation commerciale* »[590]. Concrètement, selon cette

[587] Cf. OCDE, Communiqué précité.
[588] À ce sujet, un auteur précise que « *le nom de pays figurant dans le nom de domaine n'est pas significatif de l'emplacement réel du serveur hébergeant le site Web* », GOLA (R. V.), *Droit du commerce électronique - Guide pratique du e-commerce*, Gualino Editeur, 2013, p. 21.
[589] Cf. ''La fiscalité des réseaux et du commerce électronique'', in *Lamy informatique* 2000, p. 1560. Cité par, LACHAIZE (H.), *Mémoire précité*.
[590] DOUVIER (P.-J.) et BOZZACCHI (P.), ''Le régime fiscal des moyens modernes de communication : cyberespace et commerce électronique'', in *Bulletin Fiscal* 5/98, p. 284.

approche, il faudra distinguer les sites qui ne servent qu'à l'information et à la publicité[591] de ceux qui permettent la négociation et la conclusion des contrats, seuls pouvant être vus comme contituant des établissements stables. Par ailleurs, même dans le cas où le site remplirait cette condition, il faudrait qu'il soit situé dans un État différent de celui dans lequel est situé le siège principal de l'entreprise, faute de quoi la question de l'établissement stable perdrait de son intérêt[592].

Ensuite, il faudra adapter le critère de l'intervention humaine. En effet grâce au développement technologique, certaines tâches incombant autrefois à l'Homme peuvent désormais être exécutées par des installations technologiques. Ainsi, l'OCDE précise que « *la présence de personnel n'est pas nécessaire pour considérer qu'une entreprise exerce totalement ou partiellement son activité à un endroit si aucun personnel n'est en fait requis pour y exercer des activités de l'entreprise* »[593]. Ainsi, il n'est pas exclu qu'une installation fixe, à l'instar d'un serveur informatique, puisse, en l'absence de toute intervention humaine être considérée comme un établissement stable. Dans ce cas, ledit serveur devrait présenter certains caractères dont l'appartenance au propriétaire du fonds de commerce électronique concerné[594].

Enfin, il est exigé pour la caractérisation de l'établissement stable que l'installation fixe accomplisse des activités autonomes et non intermittentes. Dans l'environnement électronique, l'application de ce critère devra conduire à raisonner au cas par cas. D'après l'OCDE, certaines activités sont généralement reconnues comme préparatoires ou auxiliaires[595], à moins qu'elles ne constituent en elles-mêmes une partie essentielle et significative de l'activité commerciale de l'entreprise ou que le serveur qui les exécute remplit d'autres fonctions essentielles de l'entreprise[596]. À cette

[591] Ce site ne peut pas être vu comme un établissement stable, en effet, l'article 3, b de la convention fiscale de l'UDEAC précise que ne constitue pas un établissement stable l'installation fixe d'affaires qui est utilisée aux seules fins de publicité et de fourniture d'information.
[592] En effet, la question d'établissement stable n'a d'intérêt que lorsqu'il faut imposer une entreprise hors de l'État dans lequel elle est a son siège social.
[593] Cf. OCDE, Communiqué précité.
[594] Ce critère d'appartenance à l'entreprise est exigé par l'article 3, b, de la convention fiscale de l'UDEAC lorsqu'il considère comme établissement stable une installation utilisée aux fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise.
[595] Par exemple : assurer un lien de communication entre fournisseur et client, - réalisation de messages publicitaires, relais et collecte d'informations.
[596] Cf. OCDE, Communiqué précité.

appréciation qualitative des fonctions d'un serveur jouant le rôle d'installation fixe, certains auteurs proposent une autre alternative, l'approche quantitative. Selon cette approche, on pourrait considérer que dans la mesure où le nombre d'opérations réalisées par le serveur serait plus important que le nombre d'opérations réalisées par les moyens traditionnels de commerce, celui-ci pourrait être vu comme gérant une activité principale pour l'entreprise alors que les autres activités seraient reléguées au rang d'activités secondaires[597].

225. C'est donc la casuistique qui devra servir de base de raisonnement en la matière. Le but étant de développer l'attractivité du commerce électronique tout en évitant d'une part des discriminations fiscales d'avec le commerce classique et l'injustice fiscale entre les États d'autre part. D'après une étude menée en France, le système de l'OCDE, fondé sur la notion d'établissement stable ne permet pas de taxer de manière efficace les revenus produits dans le commerce électronique. Comme remèdes à cette situation, l'auteur du rapport propose d'une part de remplacer le critère d'établissement stable par celui de l'État d'origine, c'est-à-dire celui où naissent les revenus, et d'autre part, il invite à taxer le chiffre d'affaires plutôt que de taxer les bénéfices, ceci afin d'instaurer un recouvrement de la taxe directement sur le preneur de la prestation et non sur le vendeur. Cette solution risque de générer d'autres difficultés, tant conceptuelles que pratiques. Sur le plan conceptuel, si on impute l'impôt au bénéficiaire de la prestation quelle différence y aurait-il encore entre l'impôt sur les revenus et la TVA ? Sur le plan pratique, en recommandant d'asseoir l'impôt sur le chiffre d'affaire plutôt que sur les bénéfices, il ne fait que déplacer le problème. En effet, l'identification du chiffre d'affaires rencontrera les mêmes difficultés que l'identification des bénéfices ou que l'appréciation du cordon douanier.

B- LE CRITÈRE DU CORDON DOUANIER DANS LE CADRE DE LA DÉMATÉRIALISATION DES OPÉRATIONS

226. D'après l'alinéa 1 de l'article 110 du code communautaire des douanes de la CEMAC, « *toutes les marchandises importées ou exportées doivent faire l'objet d'une déclaration en détail leur assignant un régime douanier* ». Tel que prévu, aucune

[597] LECHAIZE (H.), Mémoire précité.

discrimination ne doit être faite en fonction du canal de circulation desdites marchandises. Plus précise est alinéa 2 de l'article 3 de la loi camerounaise régissant le commerce électronique qui dispose que « *l'exercice du commerce électronique est soumis au respect des dispositions relatives […] au Code des douanes de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale* ». En attendant que les autres États interviennent sur cette question, l'on entrevoit déjà que leur solution ne serait pas différente de celle-ci, laquelle s'inscrit dans la logique du principe de non-discrimination entre le commerce électronique et le commerce traditionnel. Par ailleurs, le code des douanes de la CEMAC précise que ses dispositions s'applique à l'ensemble du territoire douanier de la Communauté, celui-ci étant constitué des territoires nationaux des six États membres « *abstraction faite des frontières communes à ces États lorsqu'ils sont limitrophes* »[598]. Dès lors, les marchandises qui entrent sur le territoire douanier ou qui en sortent sont passibles des droits d'importation ou de sortie inscrits au tarif des douanes[599]. En décidant que les biens numériques circulant sur les réseaux numériques sont des services, l'Union Européenne a évité d'avoir à se confronter à la difficile question d'application des droits de douanes dans un environnement purement virtuel dans la mesure où les droits de douane ne s'appliqueraient qu'aux marchandises[600].

Dans le cadre de la CEMAC, il n'y aura aucune difficulté lorsque le bien importé ou exporté sera livré physiquement, le passage à la frontière fera naturellement l'objet d'un prélèvement au titre des droits de douane. Cependant, lorsque le bien sera livré par voie électronique, il faudra alors déterminer à partir de quel moment il peut donner lieu au prélèvement des droits de douane. En d'autres termes, comment circonscrire le territoire douanier de la CEMAC dans l'environnement électronique ? Originellement défini sur la base des critères physiques, peut-on aujourd'hui trouver dans l'environnement électronique des équivalents à ces critères ?

[598] Cf. art. 1, Code des douanes de la CEMAC.
[599] Cf. art. 3, Code des douanes de la CEMAC.
[600] L'article 1er du Règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire indique que le code des douanes communautaires s'applique « aux marchandises relevant du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, du Traité instituant la Communauté économique européenne ou du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ».

L'environnement électronique est un environnement qui banalise la notion d'espace et se présente comme un défi pour les autorités de la douane qui doivent alors le maîtriser à toutes fins utiles. En effet, l'absence de frontières ne doit signifier ni absence de droit de perception de recettes, ni absence de contrôles[601], car désormais, « *l'espace douanier n'est plus seulement physique mais aussi virtuel* »[602]. Si cet avis est intéressant, c'est sous réserve que les critères de délimitation de cet espace soient bien définis, or c'est là le plus difficile. Pour illustrer cette difficulté, un auteur se pose la question de savoir si le téléchargement est constitutif d'opération d'importation au sens du code des douanes en vigueur dans la CEMAC et crée, par voie de conséquence, une obligation de payer des droits de douane[603] comme l'exige l'article 3 dudit code[604]. La réponse que les autorités camerounaises ont donnée à cette question est sans appel. Pour elles, « *tout logiciel téléchargé par une entreprise ou une industrie pour les besoins de son exploitation ou en vue de l'optimisation de sa productivité est soumis au prélèvement des droits et taxes de douane* »[605]. Si le souci de ces autorités est d'éviter toute différence de traitement douanier entre le logiciel transmis physiquement et celui transmis par voie numérique, ce qui est louable, la formule utilisée paraît un peu maladroite. En effet, tout téléchargement ne constitue pas forcément un franchissement du cordon douanier. Cette solution est donc de nature à créer d'autres problèmes.

227. Faut-il alors renoncer à l'assujettissement des opérations dématérialisées aux droits de douane ? Pour au moins deux raisons, la réponse négative paraît logique. D'une part, en y renonçant, on aboutirait une distorsion de la concurrence entre le commerce électronique et celui traditionnel. En effet, d'après le principe de la non-discrimination, aucun traitement différencié ne doit en principe être fondé sur la nature du support ou du canal d'une opération. Toutes les transactions équivalentes franchissant le cordon douanier communautaire, qu'elles empruntent le canal physique

[601] NÉEL (Brigitte), ''Le contentieux fiscal et douanier fait-il place au hasard ? L'espace, paramètre d'un hasard douanier?'', in *Gazette du Palais*, 17 février 2001 n° 48, p. 4.
[602] NÉEL (B.), *op. cit.*
[603] NJOYA NKAMGA (B.), ''La problématique du traitement douanier des logiciels importés dans la CEMAC'', in *Revue de Droit et de Jurisprudence CEMAC*, n° 00, 1er semestre 2012, pp. 143 (n° 7) et 154 (n° 46).
[604] Ce texte dispose que : « *Les marchandises qui entrent sur le territoire douanier sont passibles des droits d'importation inscrits au tarif des douanes. Les marchandises qui sortent du territoire douanier sont passibles des droits de sortie* ».
[605] Voir Note-Circulaire du Directeur général des Douanes camerounaises n° 062/MINFI/DGD du 16 avril 2013 rappelant et précisant les modalités de dédouanement des logiciels transmis par voie électronique.

ou le canal numérique, doivent être soumises au même traitement douanier. La position consistant à exclure d'office les transactions électroniques du domaine du droit douanier n'est pas à encourager dans la CEMAC ; de même, la position tendant à soumettre au prélèvement des droits douaniers toutes les transactions électroniques sans tenir compte du lieu de leur provenance et du lieu de leur destination est à bannir. D'autre part, en libérant les opérations du commerce électronique des contraintes douanières, on ferait face à une perte de ressources douanières pourtant nécessaires au développement économique de la sous-région. On le voit, le commerce électronique entraîne un nécessaire repositionnement de la Douane[606]. Les règles du droit douanier de la CEMAC doivent s''adapter aux spécificités du commerce électronique et, plus généralement, aux réseaux informatiques. À cette fin, la prise en compte de la dématérialisation et de l'ouverture qui caractérisent ces techniques informatiques s'impose. Par ailleurs, du fait de l'internationalité des réseaux numériques, l'établissement de conventions internationales en matière de fiscalité et de lutte contre la fraude s'avère nécessaire. Globalement, la refonte des principes du droit douanier doit être orientée vers l'objectif de conciliation entre le droit douanier et les réseaux informatiques[607].

*
* *
* * *

228. Tout comme le commerce traditionnel, le commerce électronique pose le problème des pratiques anticoncurrentielles de même que ceux liés à la fiscalité et aux droits de douanes. Mais, à la différence du commerce traditionnel, d'une part, on assiste, dans le commerce électronique, à une complexification des problèmes connus et à un développement de nouvelles techniques anticoncurrentielles ; d'autre part, on recense d'énormes obstacles empêchant l'implémentation aisée des solutions classiques. Par ailleurs, de par sa nature même, le commerce électronique est très exposé aux risques d'évasion fiscale et de fraude douanière.

[606] NÉEL (B.), *op. cit.*
[607] DIONE (A.), interview, in *Le Phare*, http://www.itcis.net/doc/Dione.pdf.

En définissant des solutions juridiques appropriées à l'environnement du commerce électronique tout en préservant les principes de la neutralité technologique et de non-discrimination, les autorités communautaires et nationales vont permettre au commerce électronique de contribuer au développement économique intégré de la sous-région. Ce développement du commerce électronique, à cause du grossissement du volume de transactions intracommunautaires qui va s'en suivre, va aussi entraîner dans son sillage le développement d'autres secteurs d'activités, à vertus intégratives.

CHAPITRE II : LE DÉVELOPPEMENT DES SERVICES INTÉGRATEURS COMPLÉMENTAIRES : LE CAS DES ACTIVITÉS FINANCIÈRES ET DE TRANSPORT

229. La réalisation de marché commun prôné par le Traité de la CEMAC passe, entre autres, par la mise en œuvre effective d'un ensemble de principes indiqués dans les textes fondateurs de la Communauté[608]. Au rang de ces principes, figure en bonne place celui de la libre circulation des biens et des personnes qui est par ailleurs un pilier important dans la stratégie de réalisation de l'intégration économique dans la Zone CEMAC. Sa mise en œuvre est confiée aux organes des deux Unions créées par le Traité à savoir l'UEAC[609] et l'UMAC[610], cette dernière étant essentiellement concentrée sur les questions relatives à la libre circulation des capitaux.

Malgré l'importance de ces principes pour la réalisation du marché commun et malgré la volonté politique souvent affichée au plus haut niveau par les Chefs d'État de la sous-région, le constat final a toujours été celui de l'échec. La distance entre la réalité vécue sur le terrain et les principes consacrés dans les textes est souvent saisissante.

230. Sur le plan juridique, des avancées sont notables. La consécration des principes d'une union douanière est réelle. La règle ici est que les marchandises d'origine communautaire ne sont pas soumises aux droits de douanes lorsqu'elles circulent entre les États membres[611] et « *le tarif préférentiel généralisé TPG s'applique globalement à tous les produits reconnus originaires, et commercialisés avec un Certificat de Circulation CEMAC* »[612]. S'agissant de la libre circulation des personnes, un important texte communautaire dispose que « *la circulation des ressortissants des États membres de la CEMAC est libre sur l'ensemble de l'espace communautaire à partir du 1er*

---

[608] Il s'agit principalement du Traité de la CEMAC, des deux Conventions relatives à l'UEAC et à l'UMAC et de l'Acte additionnel n° 01/13-CEMAC-070 U-CCE-SE du 25 juin 2013 portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire.

[609] Union Économique de l'Afrique Centrale, régie par la Convention de Yaoundé du 25 juin 2008.

[610] Union Monétaire de l'Afrique Centrale, régie par une autre Convention de Yaoundé de la même date que celle de l'UEAC.

[611] D'après l'article 3 du code des douanes de la CEMAC, seules l'entrée et la sortie des marchandises du territoire douanier sont soumises aux droits de douanes. D'après l'article 1er du même code, « *Le territoire douanier de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale comprend les territoires de :*

- *la République du Cameroun,*
- *la République Centrafricaine,*
- *la République du Congo,*
- *la République Gabonaise,*
- *la République de Guinée Équatoriale,*
- *la République du Tchad,*

abstraction faite des frontières communes à ces États lorsqu'ils sont limitrophes ».

[612] Cf. CEA/BSR-AC, *État d'avancement du processus d'intégration en Afrique Centrale Prospectus 2009*, Imprimerie Saint-Paul Yaoundé, 2009, p. 9.

Janvier 2014, sous réserve de la présentation d'une Carte Nationale d'Identité ou d'un Passeport délivré par un État membre et en cours de validité ». Cette liberté consiste pour tout ressortissant communautaire au « *droit de se déplacer sans visa et de séjourner dans tout autre État de la Communauté pour une durée de quatre-vingt-dix (90) jours au plus* »[613]. Ce texte vient renforcer et compléter celui qui a institué un passport communautaire dans la sous-région en vue de faciliter la mobilité des ressortissants[614]. En espérant que cette date indiquée sonne le glas des actes de xénophobie et des expulsions injustifiées des ressortissants communautaires par certains États membres de la CEMAC, l'on peut déjà relever que ce texte marque le début d'une nouvelle ère pour la construction du marché commun de la CEMAC. Sur le plan des services financiers, il est prévu que les transactions financières entre les États membres ne sont pas soumises à la réglementation des changes de la CEMAC. Le principe est donc celui de la liberté de transfert et de circulation des signes monétaires entre les États membres de l'Union Monétaire[615]. Pour faciliter la circulation des entreprises et l'interpénétrabilité des marchés nationaux, la liberté d'établissement et les règles de la concurrence ont été consacrées. Par ailleurs, l'agrément unique a été institué au profit des établissements de crédit[616]. Dans les textes donc, le marché commun de la CEMAC est en cours d'achèvement ; pourtant dans la pratique, des pesanteurs réelles et physiques continuent de joncher le chemin de l'idéal "communautaire"[617] initié et poursuivi par les institutions et organes sous-régionaux.

Au rang de ces obstacles, et à titre indicatif, on indexe généralement les tracasseries administratives, douanières et policières aux frontières ; l'absence d'infrastructures de communication, etc. Dans un tel contexte, les États membres échangent très peu entre eux et certaines activités intégratrices, à l'instar des services financiers et des transports, sont par conséquent moins sollicitées. Or, on ne peut construire un marché commun qu'entre des États qui acceptent de rapprocher leurs

[613] Cf. art. 1 et 2, Acte additionnel n° 01/13-CEMAC-070 U-CCE-SE du 25 juin 2013 portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire.
[614] Cf. art. 1er, Règlement n° 1/00-CEMAC-042-CM-04 du 20 juillet 2000, portant institution et conditions d'attribution du Passeport CEMAC.
[615] Cf. art. 5 (c), Convention modifiée de l'UMAC.
[616] Cf. Règlement n° 01/00/CEMAC/UMAC/COBAC du 27 novembre 2000 portant institution de l'Agrément Unique des établissements de crédit dans la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale
[617] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Thèse précitée*, p. 44.

offres et leurs demandes réciproques puisque le marché sert à échanger. Pour y parvenir, il faut au préalable que des voies de contournement de ces obstacles physiques soient explorées.

231. Comme l'a si bien dit un auteur, « *il faudra bien que la Communauté se décide à donner un second souffle à la construction sous régionale* »[618]. Ce second souffle doit être celui de la modernité des instruments d'intégration et du développement intégré. Heureusement, les autorités communautaires semblent l'avoir compris. Elle misent désormais sur les vertus des technologies de l'information et de la communication pour juguler les obstacles physiques régulièrement dénoncés. Ainsi, en explorant ces nouveaux canaux des activités économiques, grâce à leur caractère virtuel, il est possible de déboucher sur une nouvelle dynamique, plus vivante, de l'intégration économique dans la sous-région CEMAC. Donc, contrairement au commerce traditionnel, fortement dépendant de l'environnement physique, le commerce électronique faciliterait mieux les relations économiques et commerciales entre les États membres de la CEMAC.

À l'analyse, comme il sera démontré par la suite, il apparaît que le développement du commerce électronique pourrait entraîner dans son sillage une augmentation des flux d'échanges intracommunautaires et par voie de conséquence un accroissement des activités intégratrices à l'instar des activités financières (Section I) et des services de transport (Section II).

SECTION I : L'AMPLIFICATION DES ACTIVITÉS FINANCIÈRES

232. L'activité économique, parce que se réalisant essentiellement à titre onéreux donne généralement lieu à un paiement. Donc, plus l'activité économique se développe, plus les moyens et systèmes de paiement sont sollicités. D'un autre côté, on relèvera que si l'activité économique draine dans son sillage l'utilisation des moyens de paiement, on observe que le développement des moyens de paiement modernes est un

[618] *Idem*, p. 358.

facteur essentiel du dynamisme économique. En effet, il est nécessaire que les modalités des moyens et des systèmes de paiement s'adaptent à celles de l'activité économique.

Puisque le commerce électronique est caractérisé par la célérité des transactions et la virtualité de son environnement, les moyens de paiement qui doivent l'accompagner doivent, dans une certaine mesure, épouser ou s'adapter à ces contraintes. Dans cette perspective, il est important et urgent, pour le secteur bancaire et financier, de développer des solutions de paiement à distance pour soutenir l'accomplissement aisé des transactions du commerce électronique. Dans la pratique déjà, on observe que certains moyens de paiement qui, à l'origine, n'avaient pas vocation à être utilisés sur les réseaux de communications électroniques sont de plus en plus utilisés sur ces réseaux. Aussi, il y a un développement de nouvelles solutions de paiement adaptées et efficaces pour le commerce électronique.

Ce développement des moyens de paiement modernes, au-delà de l'environnement technologique sur lequel il doit s'appuyer, a nécessairement besoin d'un cadre juridique approprié aux besoins[619] des acteurs du commerce électronique. C'est dans cette optique que des projets communautaires de réforme des systèmes de paiement avaient été conçus dans la CEMAC. Des organismes dédiés, à l'instar de la SMAC[620] et de l'OMAC[621], ont été institués à l'effet de conduire et de gérer les projets de la monétique[622] dans la sous-région.

233. La monétique[623] n'est pas seulement une réponse aux exigences du commerce électronique. Sa mise en œuvre contribue aussi à la croissance du taux de

[619] Rapidité, sécurité, simplicité…

[620] Créée le 12 Décembre 2005 à Libreville, dans le cadre de la mise en place des structures du Système Monétique Interbancaire (SMI) de la CEMAC. Elle est chargée entre autres, de gérer deux centres de traitement monétique (CTM) situés l'un à Libreville (Gabon) et l'autre à Douala (Cameroun). Son siège est établi à Libreville.

[621] Créée le 09 décembre 2009 à Douala par La Banque des États de l'Afrique Centrale (BEAC), la Banque de Développement de l'Afrique Centrale (BDEAC), les Établissements de crédit de la CEMAC, les Services Financiers des Administrations Postales nationales, les Associations Professionnelles des Établissements de Crédit (APEC) et la Fédération des Associations Professionnelles de Crédit. Son siège est établi à Yaoundé.

[622] Dans la CEMAC, elle est définie comme l'ensemble des dispositifs utilisant l'informatique et l'électronique dans les transactions bancaires (cartes de paiement, terminaux de points de vente, etc.). C'est sensiblement la contraction de « monnaie électronique ». Dans un sens plus large, elle peut s'étendre à tout traitement automatisé des paiements. Cf. OMAC, ''La monétique'', www.omac.afr.org.

[623] La monetique c'est l'ensemble des dispositifs utilisant l'informatique et l'électronique dans les transactions bancaires (cartes de paiement, terminaux de points de vente, etc.). Contraction de « monnaie électronique ». Initialement, elle s'entend comme l'utilisation d'une carte de paiement ou de retrait, par opposition à la monnaie fiduciaire (les pièces et les billets) et la monnaie scripturale (les chèques, virements, prélèvements). Dans un sens plus large, peut s'étendre à tout traitement automatisé des paiements. www.omac-afr.org.

bancarisation dans la sous-région grâce à sa flexibilité, sa disponibilité, sa simplicité d'usage et surtout son accessibilité. C'est sûrement la prise en compte de cette idée qui a déterminé le Comité Ministériel de l'UMAC à réglementer l'activité d'émission de la monnaie électronique[624]. À la fois donc, si elle est un instrument conçu et développé pour soutenir et accompagner le commerce électronique, elle se révèle aussi être une grande source d'opportunité tant pour les établissements habilités que pour les populations (Para. I). Cependant, une vigilance particulière doit être réservée à l'utilisation de ces services financiers électroniques dans la mesure où ils peuvent être source de risques (Para. II).

PARA. I : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, SOURCE D'OPPORTUNITÉS POUR LE SECTEUR FINANCIER

234. En changeant de canal, l'activité économique développe de nouveaux besoins. Ainsi, le canal de l'internet a bouleversé le marché bancaire et financier et s'analyse, pour les établissements de crédit, comme une formidable opportunité[625]. Grâce au commerce électronique, les prestataires des services financiers font donc face à de nouvelles demandes de plus en plus croissantes leur offrant en conséquence l'opportunité de développer de nouvelles offres. À la faveur des facilités technologiques qui existent, ces offres peuvent être personnalisées pour cadrer avec le profil des bénéficiaires. Le défi étant de pouvoir satisfaire les utilisateurs en tirant le meilleur parti du commerce électronique. Dans ce contexte, le souci du législateur étant de préserver l'ordre économique et la sécurité des parties, il s'est avéré nécessaire de définir un cadre juridique approprié pouvant accompagner les prestataires dans leurs démarches. Dans cette logique, la prise en compte du contexte technologique et des enjeux du commerce électronique doit pouvoir contribuer à aboutir à un cadre juridique adapté prenant en

[624] Cette présomption se déduit de ces deux considérants figurant au préambule du Règlement n° 01/11-CEMAC/UMAC/CM du 18 septembre 2011 relatif à l'exercice de l'activité d'émission de monnaie électronique : « *Considérant la nécessité pour une importante partie des populations de la CEMAC d'accéder aux services financiers de base ;*
Considérant le bien-fondé de l'inclusion financière dans la réalisation des objectifs de politique monétaire fixés par la BEAC ».

[625] ABI-RIZK (G. D.), *L'internet au service des opérations bancaires et financières*, Thèse pour le Doctorat en Droit, l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006, p. 4.

compte l'installation des prestataires sur les réseaux numériques (A) et le développement par ceux-ci de nouvelles solutions de paiement (B).

A- L'INSTALLATION DES PRESTATAIRES DES SERVICES FINANCIERS SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

235. Avec le commerce électronique, la notion d'installation est généralement déconnectée de toute considération physique. Ainsi, pour tirer le meilleur parti tant des innovations technologiques que des activités économiques qu'elles facilitent, les prestataires financiers décident souvent de s'installer sur des plates-formes électroniques, soit exclusivement, soit en complément de leurs activités classiques. L'internet a ainsi permis la naissance de banques dites « *100% internet* » comme, par exemple, *ING Direct*[626]. Dans la CEMAC, certains établissements de crédit proposent effectivement des services de banque en ligne[627]. Cette situation peut rendre inefficace la réglementation actuelle dans la mesure où celle-ci ne l'avait pas envisagée à l'origine. Ayant pris conscience de cette lacune, les autorités communautaires ont entrepris certaines réformes devant conduire à la définition d'un cadre juridique approprié des services bancaires électroniques. À ce titre, trois instruments au moins, traduisant cette volonté du législateur, ont déjà été adoptés[628]. Par cette politique de réforme, le législateur vise à encadrer l'activité bancaire électronique (1) de manière à assurer leur sécurité, leur compétitivité et leur accessibilité (2).

1- L'encadrement de l'activité bancaire en ligne

236. L'activité bancaire, quel que soit son support ou le canal utilisé est une activité qui a fortement besoin d'encadrement. Les opportunités créées par le commerce électronique dans ce secteur d'activité font affluer des prestataires qui statutairement ne sont pas investis pour de telles activités. Si cette diversification d'acteurs n'est pas condamnable en soi[629], il importe cependant de s'assurer qu'elle n'entraîne pas un

[626] Pour plus d'informations sur cette banque, voir http://www.ingdirect.fr.
[627] Pour le cas de Afriland First Bank, consulter https://www.afrilandfirstbank.com.
[628] Il s'agit du Règlement n° 02-03-CEMAC-UMAC-CM du 28 mars 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, du Règlement COBAC R–2005 / 02 du 1er décembre 2005 relatif aux établissements de monnaie électronique et du Règlement N° 01/11-CEMAC/UMAC/CM du 18 septembre 2011 relatif à l'exercice de l'activité d'émission de monnaie électronique.
[629] D'après une étude menée sous l'égide de la Banque Mondiale, certains opérateurs non bancaires sont généralement bien placés pour offrir des services financiers électroniques aux populations des pays en voie

désordre. Cette contrainte sera vérifiée à travers l'analyse de deux questions. La première portant sur le monopole bancaire (a) et la seconde, relative à la l'agrément (b).

a. La question du monopole bancaire

237. Les prestations des services bancaires électroniques ne relèvent pas du monopole bancaire. Les autorités communautaires ont, de façon voilée admis que certaines de ces activités puissent être prestées par des entreprises autres que les établissements de crédit. La COBAC avait expressément prévu cette solution en consacrant une catégorie d'entreprises dédiées aux activités de monnaie électronique, l'établissement de monnaie électronique (EME)[630]. Bien plus, une lecture attentive de certaines dispositions de ce Règlement COBAC du 1er décembre 2005 laissait aisément comprendre que, bien que s'agissant d'activités bancaires, l'émission et la distribution de la monnaie électronique pouvaient être assurées par un établissement non bancaire[631].

Avec l'intervention du Comité Ministériel de l'UMAC du 18 septembre 2011, cette solution n'apparaît pas au premier abord. En effet, dans un premier temps, le Comité Ministériel affirme que : « *seuls les établissements de crédit sont habilités à exercer l'activité d'émission de monnaie électronique* »[632]. Ainsi, il n'a fait allusion au monopole des établissements de crédit qu'en ce qui concerne l'émission de la monnaie électronique. En conséquence, il est possible de soutenir que les activités de distribution de la monnaie électronique restent ouvertes aux entreprises ne jouissant pas du statut d'établissement de crédit. Cette position peut être confortée par la disposition du Règlement de 2011 selon laquelle, « *le retrait de l'agrément en qualité d'établissement de crédit ou de microfinance entraîne de plein droit celui de l'autorisation d'exercer l'activité d'émission de monnaie électronique* »[633]. En effet, si l'éventualité du retrait, à

---

développement. Cf. TARAZI (M.) et BRELOFF (P.), ''Émetteurs non bancaires de monnaie électronique : approches réglementaires pour protéger les fonds des clients'', in *Note Focus* n° 63, Washington, D.C. : CGAP, juillet 2010.

[630] Consacré par le Règlement du 1er décembre 2005 relatif aux Établissements de Monnaie Électronique.

[631] Cet article 4 dispose : « *Tout établissement autre qu'un établissement de crédit ou de microfinance souhaitant émettre ou distribuer de la monnaie électronique à titre principal ou complémentaire doit préalablement obtenir une autorisation de la Banque des États de l'Afrique Centrale (BEAC) et un agrément de l'Autorité monétaire du lieu de son siège, délivré sur avis conforme de la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC)* ».

[632] Cf. art. 3, Règlement n° 01/11-CEMAC/UMAC/CM du 18 septembre 2011 relatif à l'exercice de l'activité d'émission de monnaie électronique.

[633] Cf. art. 32, Règlement n° 01/11-CEMAC/UMAC/CM du 18 septembre 2011 relatif à l'exercice de l'activité d'émission de monnaie électronique.

un établissement de microfinance, de l'autorisation d'exercer l'activité d'émission de la monnaie électronique est envisagée, c'est que, logiquement, cette microfinance a pu être autorisée à exercer une telle activité. Finalement, on peut retenir que cette activité ne relève pas du monopole bancaire. C'est une solution de raison. En effet, des études menées sous l'égide de la Banque Mondiale démontrent que certains établissements non bancaires peuvent fort efficacement offrir de prestations de banque électronique au même titre, ou mieux, que les établissements de crédit. Prenant l'exemple des opérateurs de téléphonie mobile, il est constaté que ceux-ci disposent de certains avantages au rang desquels leur base de clientèle existante, leurs compétences en marketing, leur infrastructure physique de distribution ainsi que leur expérience en matière de transaction de volume important et de faible valeur (la vente de temps de communication, par exemple) [634].

Le cas des opérateurs de téléphonie mobile est vraiment intéressant dans ce contexte car, il s'agit de prestataires habitués à recevoir de l'argent du public ; ce qui amène certains auteurs à la conclusion selon laquelle « *il n'y a qu'un pas entre recevoir de l'argent du public, même à des fins de paiement plutôt que d'épargne, et accepter des dépôts publics* »[635]. En fin de compte, le constat est que l'avènement de la téléphonie mobile et de technologies novatrices oblige les autorités de réglementation à revoir leurs règles en matière de prestations de services financiers. Les acteurs non bancaires tels que les opérateurs de téléphonie mobile sont bien placés pour étendre considérablement, selon le vœu même du Comité Ministériel de l'UMAC[636], la portée et la gamme des services financiers pour les pauvres et les personnes exclues du système bancaire. Aussi, d'après des études menées par la CGAP[637] et le Département britannique pour le développement international[638], le développement de la banque électronique dépend de l'apparition d'un réseau d'agents non bancaires capables de prendre en charge les flux de liquidités.

---

[634] TARAZI (M.) et BRELOFF (P.), *Émetteurs non bancaires de monnaie électronique : approches réglementaires pour protéger les fonds des clients*, *Note Focus* n° 63, Washington, D.C. : CGAP, juillet 2010, p. 1. www.cgap.org.
[635] *Idem*, p. 1.
[636] Cf. Préambule Règlement n° 01/11-CEMAC/UMAC/CM du 18 septembre 2011 relatif à l'exercice de l'activité d'émission de monnaie électronique.
[637] Consultative Group to Assist the Poor, une institution de microfinance hébergé au sein de la Banque mondiale.
[638] http://www.dfid.gov.uk/.

238. Dans tous les cas, le rôle des établissements de crédit dans le développement des services financiers électroniques doit, malgré la perte de leur monopole, demeurer très important. Exposant les différentes approches réglementaires relatives à l'exercice, par des émetteurs non bancaires, de la monnaie électronique, le CGAP recommande que, pour plus de sécurité, les actifs liquides de ces émetteurs soient placés sur un compte auprès d'une banque soumise à une réglementation prudentielle suffisante[639]. Cependant, si le Règlement de 2005 fait obligation aux EME de conserver les actifs reçus en contrepartie de l'émission de la monnaie électronique, elle ne les oblige pas à les placer sur des comptes bancaires. En revanche, pour renforcer la sécurité de ces fonds, la réglementation a plutôt jugé utile de soumettre ces prestataires à une autorisation préalable afin, d'une part, d'éviter des distorsions réglementaires et, d'autre part, de créer un climat de sécurité pour les fonds des clients.

b. La question de l'agrément

239. Classiquement, l'accès à la profession bancaire, ou à toute autre profession permettant de fournir des services financiers n'est pas libre. Il faut en général être habilité par un agrément des autorités financières nationales après avis conformes de la COBAC pour les activités bancaires[640], ou de la Commission régionale de contrôle des assurances pour les opérations d'assurance[641] ou encore de la Commission de Supervision du Marché Financier de l'Afrique Centrale (COSUMAF) pour les opérations relevant du marché financier[642]. Parce que le canal virtuel utilisé dans le commerce électronique ne change pas la nature des activités financières qui continuent de relever d'un secteur réglementé, l'exercice de ces activités n'est pas, à l'analyse, libre. L'agrément n'est pas tributaire du statut de l'entreprise, mais de la nature des activités exercées. Ainsi, dès lors qu'une entreprise exerce des activités soumises à l'agrément, peu importe son statut d'origine, elle doit être soumise à l'agrément. Le rôle de l'agrément consiste pour les autorités attitrées à s'assurer que le postulant au secteur

[639] TARAZI (M.) et BRELOFF (P.), *op. cit.*, p. 3.
[640] Cf. art. 12 de la Convention portant harmonisation de la réglementation bancaire en Afrique Centrale.
[641] Cf. art. 20 et suivants Code des assurances CIMA.
[642] Voir par exemple l'article 29 du Reglement 2003-06 du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale qui dispose que « *le capital social de la BVMAC est réparti entre les Sociétés de Bourse, Etablissements de Crédit, Sociétés d'Assurance, et autres institutions et organisations ou sociétés commerciales agréées par la Commission de Surveillance du Marché Financier* ».

financier remplit un ensemble de conditions garantissant la sécurité des transactions et des épargnants. Ainsi, la réglementation communautaire relative aux activités de monnaie électronique soumet tous les postulants à la formalité d'autorisation. Le Règlement COBAC de 2005 prévoyait deux formalités distinctes, l'agrément et l'autorisation. La seconde, qui ne concernait que les établissements non assujettis à la COBAC, ne s'appliquait ni aux établissements de crédit, ni à ceux de microfinance[643]. Toujours d'après ce texte, les établissements assujettis à la COBAC avant l'entrée en vigueur du Règlement relatif aux EME, souhaitant émettre ou distribuer la monnaie électronique, devaient juste faire une déclaration à la COBAC.

Avec la sortie du Comité Ministériel de l'UMAC en 2011, ces règles ont été revues et l'on est revenu à la solution qui avait été consacrée en 2003[644]. De nouveau donc, « *l'exercice de l'activité d'émission de monnaie électronique est soumis à l'autorisation de la BEAC* »[645]. Les autorités communautaires ont sans doute préféré contrebalancer le libéralisme qu'elles ont favorisé en admettant dans ce secteur des entreprises ne relevant pas du secteur bancaire, avec un dispositif de prudence plus rigoureux.

240. Cette prudence mérite quelques observations positives. En effet, s'il faut faciliter le développement des services financiers électroniques à cause de leur contribution au développement des populations, il faut toujours s'assurer que les aventuriers ne profitent pas de l'ouverture pour spolier les clients vulnérables. En effet, comme le préambule du Règlement de 2011 l'indique, « *les exigences de sécurité financière des moyens de paiement et la préservation de la crédibilité du système financier* » doivent toujours être garanties. Si l'agrément des établissements assujettis garantit d'une manière générale leurs aptitudes à prester les services bancaires classiques, il s'avère important, au regard de la spécificité des risques drainés par l'activité de banque électronique, de passer les projets de ces établissements à un test de

[643] Cf. art. 4 Règlement EME.
[644] L'article 193 al. 4 du Règlement du 04 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement disposait que : « *tout projet de création de monnaie électronique doit être préalablement soumis à la Banque des États de l'Afrique Centrale pour autorisation* ».
[645] Cf. art. 4, Règlement n° 01/11-CEMAC/UMAC/CM du 18 septembre 2011 relatif à l'exercice de l'activité d'émission de monnaie électronique.

sélection approprié. Les établissements non assujettis ont besoin, quant à eux, d'une vigilance accrue, car, non habitués aux risques des moyens de paiement et des services bancaires. Grâce à ce contrôle, on peut parier que les prestataires accrédités prendront bien la mesure des enjeux des services financiers électroniques.

2- Les enjeux des services financiers électroniques

241. L'environnement électronique présente un double avantage pour les prestataires des services financiers. Il permet une réduction des coûts de fonctionnement des entreprises et de leurs frais de communication, tout en leur offrant la possibilité d'accroitre leurs clientèles[646]. Dans une logique d'intégration économique, le marché étant communautaire, les opérateurs pourront à partir d'un seul point gérer l'ensemble des transactions se déroulant dans tout l'espace communautaire, et ce, en temps réel.

242. Grâce aux réseaux numériques, les services financiers atteignent les populations les plus reculées et les plus pauvres. C'est ainsi qu'une étude relève que grâce à un service de paiement électronique par téléphone mobile, des millions de kenyans ont pu accéder pour la première fois à des services financiers de base[647]. Or, l'accès aux dispositifs de paiement est un facteur essentiel de l'accès universel à la finance. Dès lors qu'un individu a la possibilité d'échanger librement et facilement des paiements avec n'importe qui, sa marge de manœuvre financière s'accroît[648].

243. Les populations sans comptes bancaires ont désormais la possibilité de réaliser des paiements à distance sans être obligées de manipuler des espèces. Ainsi, la monnaie électronique telle qu'elle est instituée et réglementée dans la CEMAC n'est pas adossée sur un compte bancaire, ce qui facilite davantage son utilisation et surtout sa vulgarisation. En effet l'exigence d'un compte bancaire pour pouvoir en jouir aurait sans doute eu comme conséquence de tenir à l'écart des populations n'en disposant pas. Grâce à ces solutions, ce sont les services financiers qui vont vers les populations[649].

---

[646] ABI-RIZK (G. D.), *Thèse précitée*, p. 11.
[647] TARAZI (M.) et BRELOFF (P.), op.cit. p. 1.
[648] MAS (I.), ''Réaliser le potentiel de la banque à distance : Les défis à venir'', in *Note Focus* 50. Washington, D.C. : CGAP, août 2008, p. 1, http://www.cgap.org/gm/document-1.9.44576/FN50_FR.pdf.
[649] CRACKNELL (D.), ''La banque électronique pour les pauvres'', in *Fiche de synthèse Nº 31 de MicroSave*, p. 1, http://www.lamicrofinance.org/files/18492_file_BN_31_Electronic_Banking_For_the_Poor_french.pdf. D'après cet auteur, « *la banque électronique a le potentiel d'apporter des comptes virtuels économiques à un grand nombre de personnes sans compte dans le monde entier. Les changements sont facilités par la baisse de*

Cette idée sera davantage vraie quand le service universel des communications électroniques sera suffisamment mis en place. En effet, les avantages des services bancaires électroniques ne peuvent prendre effectivement corps que si les populations peuvent accéder aux dispositifs techniques et technologiques tant matériels[650] que logiciels préalables. En outre, la relation banque/client deviendra plus fluide grâce à la capacité des clients à avoir accès, en temps réel, à l'information disponible en banque.

244. Sur le plan de l'intégration économique dans la CEMAC, les services financiers électroniques seraient d'un apport considérable. Dans la mesure où les États membres partagent une monnaie commune, il sera plus aisé de développer des solutions de paiement électronique à l'échelle communautaire et donc, plus facile pour les citoyens de l'espace communautaire de disposer de la meilleure offre en la matière. En effet, puisque les réseaux numériques mettent en concurrence les prestataires situés dans des États différents, les clients peuvent indifféremment recourir à tout prestataire établi dans la sous-région. Certes, la concurrence s'étend même aux entreprises situées en dehors de la sous-région, mais, il est certain qu'il y aura toujours une préférence pour un prestataire communautaire. Ceci se justifie par le fait qu'en recourant à un prestataire communautaire, certains coûts, à l'instar des coûts de change, sont inexistants. D'autre part, il sera toujours préférable de recourir à un prestataire de la Communauté pour des raisons juridiques dans la mesure où ce dernier sera soumis au droit communautaire que le consommateur sera plus aisé à invoquer qu'un droit étranger. Donc, si les prestataires communautaires sont, sur certains points, vis-à-vis du marché communautaire, protégés contre les concurrents extérieurs, ils sont, en revanche en pleine concurrence dans le marché intérieur ; ce qui renforce le sentiment d'intégration.

245. Pour renforcer cette intégration financière à travers les services bancaires électroniques, des structures dédiées ont été instituées afin de coordonner et d'harmoniser les pratiques dans toute la sous-région. D'un côté, on a la Société Monétique de l'Afrique Centrale (SMAC). Au rang de ses missions et objectifs principaux, on note la promotion d'une stratégie de développement dynamique du

---

coûts en technologie et par le fait que des solutions électroniques peuvent offrir une vaste gamme de services aux clients pour un coût modique »,

[650] Par exemple, ordinateur, téléphone portable…

secteur bancaire avec des moyens de paiement modernes tant au niveau régional qu'au niveau de chaque pays, grâce à la mise en place d'une monétique interbancaire à travers des centres de traitement pilotes associés. Aussi, elle est chargée d'émettre, de gérer et d'exploiter les systèmes, moyens et instruments de paiement électroniques et monétiques, notamment les cartes de paiement et la monnaie électronique. Enfin, sa mission consiste aussi à favoriser les échanges et le commerce intra-régional, à mutualiser les ressources financières et humaines nécessaires à la mise en place des opérations monétiques, dans le but de soutenir le développement harmonieux de la monétique au sein de la CEMAC, à pourvoir à la sécurité des citoyens dans leurs déplacements où ils n'auront plus besoin de circuler avec des espèces[651].

De l'autre côté, l'OMAC[652], basée à Yaoundé, promeut l'intégration entre les Entreprises de monétique à travers la culture de l'interbancarité et de l'interopérabilité. Sa mission consiste, à travers le contrôle d'un ensemble de contrats fondateurs[653], à amener les opérateurs des services bancaires électroniques à définir et à se conformer à des règles d'émission et d'acquisition communes d'une part ; et, à mettre en place et à utiliser un système de commissionnement commun d'autre part.

246. Le souci de cohésion du système communautaire de la monétique se caractérise par la consécration de deux principes majeurs à savoir, l'interbancarité et l'interopérabilité[654]. À ce sujet, il ressort clairement du Protocole monétique interbancaire de la CEMAC que le Système Monétique Interbancaire instaure d'une part l'interopérabilité entre les réseaux monétiques de l'ensemble des membres de l'OMAC, et d'autre part, l'interbancarité qui confère au titulaire d'une carte interbancaire agréée émise par un établissement monétique particulier de pouvoir s'en servir auprès des réseaux des autres établissements monétiques[655]. Ainsi, chaque établissement monétique

[651] Pour plus de détails, voir www.smac-ac.org.
[652] Office de la Monétique de l'Afrique Centrale, www.omac-afr.org.
[653] Le contrat constitutif, Le règlement intérieur, Les contrats porteurs et accepteurs.
[654] D'après l'article 1er, Protocole monétique interbancaire de la CEMAC, l'interbancarité, désigne « *le principe ou l'accord par lequel les établissements monétiques confèrent le droit à tout porteur de carte interbancaire de paiement d'obtenir un ensemble de services identiques auprès de tout établissement signataire membre du réseau monétique* » ; l'interopérabilité quant à elle renvoie dans ce domaine à la « *capacité de différents systèmes d'information des établissements monétiques d'échanger de manière transparente pour tous les acteurs et utilisateurs, les données relatives aux transactions monétiques qui transitent d'un système à un autre* ».
[655] Cf. art. 5, Protocole monétique interbancaire de la CEMAC.

s'engage, non seulement à accepter dans son réseau monétique l'ensemble des cartes interbancaires éligibles émises par les autres établissements, mais aussi, à s'abstenir, dans les contrats qu'il conclut, à introduire des clauses de nature à faire obstacle à l'interbancarité[656]. Grâce à ces deux principes, le système monétique interbancaire de la CEMAC présente une homogénéité de nature à renforcer le sentiment des usagers d'appartenir à un espace économique unique. Cet atout dote ce système d'un avantage comparatif en termes d'attractivité par rapport aux solutions fournies par les prestataires établis en dehors de la Communauté.

247. Concernant l'intégration du marché financier de la CEMAC, il est envisageable que le développement des services d'intermédiation financière électronique renforcera le degré de participation de toutes les entreprises communautaires à l'activité de la Bourse de Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale. En effet, parce qu'il n'y a pas de marché financier sans intermédiaires, et parce qu'il y a un seul marché financier pour toute l'Afrique Centrale, les intermédiaires financiers sont évidemment contraints de développer des techniques de prestations à distance pour aller à la rencontre des investisseurs. Dans un tel contexte, « *le réseau internet, dénommé aussi le « réseau des réseaux », est aujourd'hui l'instrument incontournable pour que cette rencontre, qui peut mettre en relation des opérateurs situés dans des pays différents, s'effectue d'une manière efficace et rapide* »[657]. Grâce donc aux réseaux numériques, la distance entre la BVMAC et les investisseurs du monde entier s'estompe. Par ailleurs, le développement des services financiers électroniques aura comme conséquence la réduction à coup sûr des charges de transaction auprès de cette structure dans la mesure où certaines étapes des procédures seront automatisées. La convivialité et la simplicité ne sont pas du reste dans la mesure où toutes les informations utiles, notamment celles relatives à la cotation, aux indices boursiers ou aux dernières dépêches, pourront être disponibles en ligne. Ainsi, les investisseurs pourront, grâce à ce flux d'informations, remplir un formulaire électronique sans attendre sa réception ou son envoi par courrier postal, transférer des fonds grâce aux moyens de paiement

[656] Cf. art. 6, Protocole monétique interbancaire de la CEMAC.
[657] AMIN HAJJI, ''internet, services boursiers et prestations d'assistance juridique'', communication lors du Séminaire de la CCI – Maroc sur *le commerce électronique. Expérience internationale et émergence nationale*, Casablanca 19 mai 2000.

électroniques et sécurisés que les établissements habilités sont actuellement en train de développer dans la CEMAC.

B- LE DÉVELOPPEMENT DE MOYENS DE PAIEMENT À DISTANCE

248. Le commerce électronique a besoin de moyens de paiement efficaces, et surtout aptes à une utilisation à distance. Ce souci est bien compris par les autorités communautaires qui, par la réglementation des moyens de paiement, permettent aux établissements de crédit d'en développer plusieurs formes. En ceci, le commerce électronique permet aux établissements de crédit de diversifier leurs offres et d'améliorer la rentabilité des solutions classiques qui existaient déjà. En effet, avec le commerce électronique, on assiste à une densification dans l'utilisation des moyens de paiement à distance classiques (1), mais aussi, par souci d'efficacité, les banques développent de plus en plus de nouveaux moyens de paiement mieux adaptés au commerce électronique (2).

1- L'utilisation des moyens de paiement classiques dans le commerce électronique

249. Le degré d'utilisation des moyens de paiements modernes est généralement considéré comme un indice de développement. Partageant cet avis, un auteur relève que l'accès aux dispositifs modernes de paiement est un facteur essentiel de l'accès universel à la finance. Malheureusement, notre société a toujours été caractérisée par l'utilisation accrue d'une seule forme de monnaie, les espèces, pourtant un texte communautaire en a limité le pouvoir libératoire[658]. Ces instruments, bien que simple d'utilisation, drainent un certain nombre de risques et sont par ailleurs inadaptés à certaines transactions dont le déroulement exige plus de sécurité, de rapidité et de dématérialisation.

250. Dans l'optique de satisfaire aux conditions d'efficacité, de rapidité et de sécurité nécessaires à la participation au système économique mondial ouvert et globalisé, le Comité Ministériel de l'UMAC a institué des règles favorisant l'accès des

[658] Partant des articles 3 et 4 du Règlement sur les moyens, systèmes et incidents de paiement dans la CEMAC, l'on peut dire que les paiements en espèces sont plafonnés à 500.000 FCFA entre les commerçants et à 1.000.000 FCFA entre les non-commerçants.

populations aux moyens de paiement scripturaux. Par ces règles, l'institution communautaire cherche aussi à renforcer le taux de bancarisation des populations des États membres. Au rang des plus importants moyens mis en œuvre, l'on peut citer le droit au compte bancaire de tout citoyen communautaire[659] et l'organisation de même que la promotion de l'activité de microfinance[660] en vue de fournir « *des services financiers spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel* »[661]. Malgré toutes ces diligences, le décollage escompté par les autorités ne s'est pas encore réalisé.

Avec le développement du commerce électronique, grâce aux solutions de connexion à internet de plus en plus accessibles aux populations de différentes couches sociales[662], la télédensité[663] se développant, les populations et les entreprises s'investissent aussi davantage dans le commerce électronique. Dans un tel contexte, il devient courant de voir différents sites commerciaux d'entreprises situés dans la sous-région réserver aux clients des possibilités, grâce à leur carte bancaire, de paiement en ligne du produit ou du service proposé sur ledit site[664]. De même, on assiste de plus en plus à l'utilisation des terminaux de paiement électronique dans différents commerces[665].

251. Certains de ces moyens de paiement ont une dimension communautaire et peuvent servir de support de transactions commerciales dans tous les États de la sous-région CEMAC. De telles cartes, à mi-parcours entre les cartes internationales telles *VISA* ou *Mastercard*, et les cartes purement nationales, vont évidemment traduire dans

---

[659] D'après l'article 7 du Règlement relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, « *Toute personne physique ou morale domiciliée dans un État membre de la CEMAC et dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement assujetti de son choix* ».

[660] Cf. Règlement N° 01/02/CEMAC/UMAC/COBAC relatif aux Conditions d'Exercice et de Contrôle de l'Activité de Micro finance dans la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (Règlement microfinance).

[661] Cf. art. 1er , Règlement microfinance.

[662] Par exemple, l'opérateur public CAMTEL offre un forfait de 100 heures par mois à 5000 FCFA.

[663] Cette notion renvoie globalement au taux de pénétration des TIC dans une zone géographique donnée.

[664] Par exemple, le quotidien national camerounais ''*Cameroon-Tribune*'' permet à ses clients à procéder à toutes les formalités d'abonnement complètement en ligne. En ce qui concerne la phase de paiement, le candidat à l'abonnement est invité à entrer son numéro de carte bancaire. Les modalités de cette diligence varient selon le fournisseur de cartes, ainsi « p*our MasterCard ou Visa, ce sont les trois derniers chiffres dans la zone de signature au dos de votre carte. Pour American Express, ce sont les quatre chiffres sur le recto de la carte* ». Cf. http://www.cameroon-tribune.cm/index.php?option=com_osemsc&view=register&Itemid=18.

[665] Pharmacie, supermarchés, stations-services …

la réalité l'idée de l'intégration financière de la CEMAC. C'est cette ambition qui sous-tend sensiblement l'initiative de l'OMAC, laquelle a abouti à la mise en place de deux cartes de dimension communautaires à savoir la « *Carte CB OMAC* » qui est une carte de retrait et la « *Carte OMAC VISA* » qui est une carte de paiement. Imaginés pour accompagner les échanges dans la sous-région, ces instruments, de par leur dimension communautaire, auront sans doute comme conséquence d'inciter les utilisateurs à se diriger d'abord vers leurs partenaires communautaires avant de regarder ailleurs ; ce qui renforcera le taux des échanges intra CEMAC.

252. L'utilisation judicieuse de ces instruments dans l'environnement électronique a besoin que certaines règles de sécurité soient définies et adoptées. Les titulaires de ces cartes doivent en effet, faire preuve de beaucoup de prudence[666] lors de l'utilisation de leurs codes afin que ceux-ci ne puissent pas être captés par des pirates ou des logiciels espions qui rodent sur les réseaux numériques. Les autorités communautaires devraient veiller à imposer aux entreprises gérant les systèmes de paiement par cartes bancaires sur leurs sites, un ensemble d'obligations garantissant la sécurité des transactions. Le danger résulte de ce qu'en l'absence de telles règles de sécurité, les clients abusés finissent par développer une antipathie vis-à-vis du commerce électronique. À l'heure actuelle, plus de 80% des paiements[667] sur internet se font par cartes bancaires. En cela, elle est l'outil le plus utilisé sur la toile mondiale en matière d'achats en ligne[668], d'où la nécessité de sécuriser son utilisation. Cette sécurité ne peut être obtenue qu'à travers la soumission des opérateurs à des normes juridiques et de mesures techniques bien définies à l'instar de l'utilisation de dispositifs de cryptage. Sur ce point, il ne semble pas conseillé de faire confiance aux prestataires, car comme le constate une étude, ceux-ci sont moins enclins à adopter des véritables mesures de sécurité, estimant qu'elles entraînent « *une perte de 10 à 30% du chiffre d'affaires selon le type de commerçants » ;* perte due selon eux, à la *« complexité*

[666] À titre d'exemple de précaution, le consommateur devra respecter certaines précautions comme toujours s'assurer que son numéro de carte bancaire lui est demandé au sein d'un espace sécurisé (l'adresse du site commence alors par https au lieu de http). Cf. LE FORUM DES DROITS SUR INTERNET, *Les paiements sur l'internet*, Deuxième rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation, 19 mai 2005, p. 5, www.foruminternet.org.

[667]Cf. FEVAD, Chiffres clés de la vente à distance et du e-commerce, année 2004.

[668] Cf. LE FORUM DES DROITS SUR INTERNET, Les paiements sur l'internet, *op. cit.*, p. 5.

supplémentaire induite par l'authentification du paiement, qui décourage la ''fluidité de l'achat'' et augmente ainsi les abandons d'achats »[669]. Donc, il importe que ce soit le législateur qui intervienne sur ce point.

Finalement, avec le commerce électronique, les cartes bancaires prendront de la valeur dans la Zone CEMAC. Cependant, elles ne constituent pas l'unique instrument de paiement dans le commerce électronique. Le fait qu'elles soient adossées à des comptes bancaires les rend un peu plus contraignantes que les nouveaux moyens de paiement caractérisés par leur dématérialisation avancée.

2- Le déploiement de nouveaux moyens de paiements conçus pour le commerce électronique : la monnaie électronique

253. Dans le cadre de ses missions, la BEAC a initié un projet dont l'ambition est de réformer le système et les moyens de paiements dans la CEMAC. L'un des objectifs spécifiques de cette initiative est d'édicter les règles fondamentales destinées à promouvoir, à encadrer l'usage et l'essor de moyens modernes de paiement scripturaux, notamment le virement, le prélèvement, les cartes de paiement et la monnaie électronique. Dans le cadre de cette volonté de réforme, alors que le monde des affaires le réclamait déjà, la COBAC a adopté le 1er décembre 2005 le Règlement relatif aux Établissements de Monnaie Électronique.

D'après l'article premier de ce Règlement, la monnaie électronique est un moyen de paiement constituant un titre de créance incorporé dans un instrument électronique, émis contre réception d'une somme d'argent équivalente, et accepté en paiement par des tiers autres que l'émetteur. Cette monnaie électronique peut être fixée sur tout support électronique, ce qui traduit la cohérence avec le principe de la neutralité technologique qui guide la démarche du législateur communautaire dans sa politique de développement numérique de la Zone CEMAC. Cette considération est aujourd'hui largement exploitée par les opérateurs économiques désireux de tirer le meilleur parti des réseaux de communications électroniques pour le développement de leurs affaires. Ainsi, plusieurs

[669] Cf. UFC-Que Choisir, *Fraude à la carte bancaire sur internet: l'UFC-Que Choisir donne les codes pour une sécurité renforcée !*, février 2012, http://image.quechoisir.org/var/ezflow_site/storage/original/application/83f4417e31338af6bb5499bf735ebb0d.pdf.

formes de monnaie électronique sont désormais en usage dans la Zone CEMAC et notamment au Cameroun. À titre d'illustration, on peut citer la *Ecard* qui est une solution développée par deux entreprises commerciales, l'une du secteur des TIC[670] et l'autre du secteur bancaire[671]. Cette monnaie est matérialisée par une carte à puce.

254. L'un des supports, des plus appréciés actuellement, de la monnaie électronique, c'est le téléphone portable. Certaines études tendent à démontrer l'efficacité inégalée de la *m-money*[672] dans le cadre de la promotion de la croissance économique des pays en voie de développement. Le téléphone portable, étant suffisamment vulgarisé de nos jours et se transformant en support de monnaie électronique, favorise d'un trait, l'accès de ses utilisateurs aux services de paiement universels et modernes, ce, sans contraintes particulières. Selon certains experts, sur les 4 milliards de personnes n'ayant pas accès à des services bancaires, plus d'un milliard possèdent un téléphone mobile[673]. Par ailleurs le taux de pénétration des services de téléphonie mobile croît très rapidement. Ainsi, en utilisant le téléphone portable comme support de la monnaie électronique, il certain que le commerce électronique ne tardera pas à devenir accessible à toutes les populations de la sous-région. Bien plus, tout en soutenant le commerce électronique, ces solutions vont favoriser l'inclusion financière des populations.

Une expérience vécue au Kenya permet aujourd'hui aux autorités de l'Afrique Centrale de croire et de se convaincre de la valeur ajoutée de la monnaie électronique. En effet, la solution de transfert d'argent et de paiement par téléphone portable *M-PESA*, développée par un opérateur kényan a connu un essor fulgurant. En seulement trois ans, elle a attiré plus de 9,5 millions de clients dans un pays qui ne compte pourtant que 8,4 millions de comptes bancaires[674]. Plusieurs solutions similaires sont aussi en cours d'implémentation dans la CEMAC, à l'instar du produit *Orange Money* développée par

[670] La société Intelligentsia.
[671] La société Afriland First Bank.
[672] Pour dire Mobile money, monnaie électronique gérée à partir des téléphones portables.
[673] PICKENS (M.), ''Populations non bancarisées et argent mobile aux Philippines'', CGAP, Décembre 2009, p. 1, http://www.cgap.org/gm/document-1.9.48858/Mobile_Money_Philippines_BR_FRN.pdf.
[674] TARAZI (M. l.) et BRELOFF (P.), *op. cit.*, p. 1.

le partenariat Orange Cameroun[675] et la BICEC[676] devant permettre aux abonnés de la première de régler divers services à partir de leurs téléphones portables. Désormais donc, on peut acheter et payer certains services par le biais de son téléphone portable.

Actuellement dans la CEMAC, des études sont en train d'être réalisées afin de permettre une meilleure réglementation de la *m-money*. C'est dans ce cadre que la BEAC a réuni les 7 et 8 juin 2011 les représentants des secteurs concernés au rang desquels les opérateurs de téléphonie mobile autour des échanges devant aboutir à la conception d'un cadre juridique approprié. Le souhait de la Banque d'émission étant de se servir du téléphone portable comme levier d'accès par toutes les populations au système bancaire[677]. Au-delà de cet objectif, ce cadre juridique est très attendu par les populations désireuses de se lancer et de profiter des vertus du commerce électronique qui n'est efficace que si des moyens de paiement électroniques existent et sont largement utilisés.

255. L'important n'est pas, au final, que des moyens de paiement existent. Ils doivent bénéficier d'un cadre juridique garantissant la fiabilité des processus de paiement et la sécurité des parties sur le marché commun. La dématérialisation de certains instruments de paiement peut avoir pour conséquence de dénaturer leur régime juridique. Par exemple, il serait très difficile de mettre en œuvre les garanties cambiaires en présence d'une lettre de change entièrement dématérialisée. Cette observation avait suscité la prudence d'un auteur pour qui, il n'était pas encore souhaitable qu'on admît des lettres de change entièrement dématérialisées dans la mesure où « *une dématérialisation totale de la lettre de change ne peut répondre aux impératifs de sécurité juridique* »[678]. Donc, les cadres juridiques à mettre en œuvre devront veiller à l'équivalence fonctionnelle entre les versions papier ou classiques et les versions modernes ou dématérialisées des moyens de paiement nécessaires au développement du

[675] Opérateur de téléphonie mobile.
[676] Il s'agit d'un établissement de crédit basé au Cameroun. BICEC signifie, Banque Internationale pour le Commerce et l'Économie du Cameroun.
[677] L'ambition affichée de la BEAC est de propulser le taux de bancarisation actuel de 7% à 20% en l'espace de cinq ans, grâce à la monnaie électronique, ce qui peut aussi avoir pour conséquence d'accroître le PIB sous régional de 2 à 3 %.
[678] DJOUDI (J.), ''Les garanties cambiaires à l'épreuve de la lettre de change magnétique'', in *Recueil Dalloz* 2001 p. 1858.

commerce électronique. En outre, ces cadres juridiques devront intégrer les aspects anti blanchiment dans leur logique.

PARA. II : LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, SOURCE DE RISQUES DE BLANCHIMENT D'ARGENT

256. Le développement technologique n'entraîne pas que des effets positifs ; en quête de facilités nouvelles dans le cadre de leurs activités criminelles, les délinquants trouvent aussi dans les TIC l'occasion de développer de nouvelles méthodes dans l'espoir d'échapper à la vigilance des autorités. Le constat est désormais bien établi : les TIC et leurs différentes applications à l'instar du commerce et des virements électroniques seraient le nouveau socle du blanchiment d'argent, ce dernier étant le fait pour toute personne, auteur d'une infraction qui lui a procuré des revenus, de chercher à dissimuler l'origine frauduleuse desdits revenus. Face à un tel constat, toute réglementation du commerce électronique doit pouvoir intégrer les aspects relatifs à la lutte contre le blanchiment en tenant compte des particularités du commerce électronique.

A priori, on aurait pu penser que cette lutte bénéficierait, dans le contexte du commerce électronique d'un ensemble d'atouts, notamment le fait de l'implication des intermédiaires professionnels (A), pourtant le réalisme veut que le législateur redouble bien de vigilance dans ce domaine à cause des propriétés intrinsèques des réseaux de communications électroniques et des facilités qu'elles procurent aux criminels à col blanc (B).

A- UNE LUTTE *A PRIORI* FACILITÉE PAR L'IMPLICATION D'INTERMÉDIAIRES PROFESSIONNELS

257. Parmi les procédés qui facilitent les opérations de blanchiment d'argent, on cite généralement l'utilisation accrue des espèces dans les transactions financières et la désintermédiation financière du fait que les personnes non soumises à un cadre juridique organisé réalisent des opérations financières sans aucun contrôle. Avec le commerce électronique, sans nier, comme on le verra par la suite, sa vulnérabilité aux fraudes de différentes sortes, on constate que l'effet de ces deux facteurs décriés se relativise.

258. Contrairement à la monnaie fiduciaire qui est un moyen de paiement anonyme, la monnaie électronique n'est pas toujours anonyme. Partant de là, un auteur a soutenu que « *l'identification des personnes est une donnée incontournable du commerce juridique* »[679]. Par ailleurs, telle que régie par le droit communautaire de la CEMAC, la monnaie électronique ne peut désormais être fixée que sur un support nominatif[680]. Même si le Règlement EME admettait la possibilité de monnaie électronique anonyme, il semblait avoir consacré le principe de la monnaie électronique nominative. Cette idée se déduisait d'une part de l'obligation faite aux EME d'identifier les porteurs et, d'autre part de la limitation des valeurs susceptibles d'être incorporées sur un support anonyme. Ainsi, les unités de monnaie électronique incorporées dans un instrument qui ne permettait pas l'identification du porteur ne pouvaient excéder à aucun moment 100 000 Francs CFA[681]. Par ailleurs, tout établissement de monnaie électronique qui effectuait le remboursement contre espèces d'unités de monnaie électronique d'un montant supérieur à 100 000 Francs CFA au profit de personnes non liées par un contrat ou par une convention de compte permettant leur identification, devait relever l'identité de ces personnes et la tenir à la disposition des autres établissements concernés, de la COBAC et de l'Agence Nationale d'Investigation Financière pendant une durée de cinq ans[682]. Toutes ces mesures, signifiant que la circulation de la monnaie électronique n'est pas vraiment libre, tendaient sûrement à limiter les facilités des blanchisseurs. Grâce à l'imposition de la seule forme nominative par la réforme de 2011, la monnaie électronique sera plus traçable que la monnaie fiduciaire. D'ailleurs, il incombe aux opérateurs de monnaie électronique une obligation, celle d'assurer la traçabilité des chargements et des encaissements des unités de monnaie électronique[683].

---

[679] CAPRIOLI (E. A.), ''Anonymat et commerce électronique'', in *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique*, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, coll. Actualités de droit de l'entreprise, Litec, 2002, p. 176.

[680] Contrairement à l'art. 1, b Règlement EME du 1er décembre 2005 qui admettait que la monnaie électronique pût être fixée sur un support anonyme, l'art. 1, i) Règlement du 18 septembre 2011 a tacitement exclu la possibilité de l'anonymat en disposant que l'instrument de paiement électronique est constitué de « *signaux enregistrés dans une mémoire informatique, incorporée dans une carte nominative…* ».

[681] Cf. art. 17, Règlement EME.

[682] Cf. art. 18, Règlement EME.

[683] Cf. art. 13 Règlement du 18 septembre 2011.

La monnaie électronique ne peut être émise, distribuée et gérée que par des établissements dûment agréés. Ces établissements exercent leurs activités dans un cadre juridique bien défini et sous le contrôle des autorités monétaires. Ces contraintes peuvent, au moins *a priori*, être analysées comme une limite au pouvoir de nuisance des criminels dans les réseaux numériques. En effet, avec le commerce électronique, la plupart des paiements se fera avec la participation des intermédiaires, ce qui pourra permettre facilement d'organiser des méthodes de traçabilité des transactions. Ainsi, au moins en théorie, il sera plus facile de détecter ou de repérer des opérations suspectes. Plus les flux vont être gérés par les intermédiaires financiers des réseaux du commerce électronique, plus, ces flux pourraient être contrôlés grâce aux règles prudentielles auxquelles sont soumises les activités de ces intermédiaires. Par ailleurs le GAFI observe que « *les systèmes de paiement électroniques offrent une plus grande sécurité parce qu'il est plus facile de suivre la trace des différentes transactions grâce à des registres électroniques qui peuvent être automatiquement générés, tenus et/ou transmis en même temps que la transaction elle-même* »[684].

259. Bien plus, le commerce électronique, grâce à ses différentes applications, présente d'autres vertus dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière, notamment contre la corruption et le détournement des deniers publics qui sévissent actuellement dans la sous-région de l'Afrique Centrale. Concernant la lutte contre le détournement des deniers publics, la sécurité des dispositifs de paiement électronique contribuera à garantir la traçabilité et la destination des fonds. Ainsi, les paiements seront faits immédiatement dans le compte ou dans le porte-monnaie de l'administration bénéficiaire, sans être obligés de passer par les poches ou les comptes des préposés de l'administration. Grâce au développement des solutions de paiement électronique, on observera aussi une diminution des situations de contact entre les usagers et les agents de l'administration, ce qui contribuera, sans doute, à réduire les hypothèses de corruption.

Sans que ces idées soient absolument remises en cause, l'on n'oubliera pas que la complexité de la réalité du monde virtuel c'est aussi de présenter souvent de

[684] Cf. GAFI, *Rapport sur les typologies du blanchiment, 2003-2004*, p. 5.

caractéristiques contradictoires. En effet, bien que le cadre juridique de la monnaie électronique tende à la rendre moins vulnérable au blanchiment d'argent, des études démontrent que les autorités doivent redoubler d'efforts, car les propriétés des réseaux numériques compliqueraient bien la mise en œuvre du dispositif anti-blanchiment.

B- UNE LUTTE COMPLIQUÉE PAR LES PROPRIÉTÉS DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

260. Si les réseaux numériques favorisent l'éclosion et le développement des opérations économiques, si elles favorisent le glissement progressif des activités du secteur informel vers le secteur formel plus réglementé et plus surveillé, il est aussi vrai qu'ils amplifient les possibilités pour les criminels de blanchir leurs revenus illicites, ces progrès technologiques pouvant également être vus comme sources de caractéristiques susceptibles d'attirer les terroristes ou blanchisseurs en puissance[685]. Il a été relevé que les monnaies virtuelles constituent de nos jours l'un des remparts des nouveaux circuits financiers clandestins[686]. Ces monnaies sont très sollicitées par les criminels. Malheureusement, peu de statistiques existent quant à l'utilisation de monnaies virtuelles par des groupes criminels. La raison de cette carence, c'est justement que ces flux monétaires ne sont pas suffisamment traçables. En effet, quand bien même un compte virtuel pourrait être relié à son auteur, les autorités n'ont, dans la majorité des cas, ni la possibilité d'y accéder, ni la possibilité de prendre connaissance de la somme qui y est contenue[687]. Du fait des propriétés des réseaux, il est ainsi possible d'échanger, à volonté, instantanément et dans le monde entier de fortes sommes d'argent échappant à la surveillance des services de police, des services fiscaux et des douanes. Les conclusions du GAFI sont assez édifiantes à ce sujet. Il constate que « *l'augmentation de la vitesse et du volume des virements, conjuguée à l'absence de cohérence dans les méthodes permettant d'enregistrer des informations essentielles sur ces transactions, d'en garder la trace et de transmettre les informations nécessaires en même temps que*

[685] Cf. GAFI, *op. cit.*, p. 5.
[686] Voir, GARBEZ (M.), ''Monnaies virtuelles : les nouveaux circuits financiers clandestins…'', http://www.xmco.fr/whitepapers/XMCO-LesNouveauxCircuitsFinanciersClandestins-Sept2011.pdf.
[687] GARBEZ (M.), *op. cit.*, p. 4.

les transactions, sont un obstacle à la traçabilité des transactions individuelles pour les autorités chargées d'enquêter sur elles »[688].

Si les opérations bancaires effectuées sur internet ne paraissent pas, en soi, présenter de risques de nature spécifique en matière de blanchiment d'argent, il convient en revanche de noter l'existence de trois facteurs principaux qui accroissent les risques traditionnels : facilité d'accès au réseau sans contrainte géographique, matérielle ou temporelle, dématérialisation, et rapidité des opérations. Dans un contexte de traitement automatisé des opérations, ces modalités rendent le contrôle des flux financiers plus complexe, tant au moment de l'entrée en relation avec le client que lors de la réalisation des transactions financières[689].

261. Certes, le droit communautaire CEMAC promeut l'utilisation des supports électroniques nominatifs, mais la monnaie électronique peut aussi être émise sous forme anonyme. Comme mesure de protection, les supports anonymes ne peuvent être crédités au-delà d'un certain montant. Dans la pratique cependant, une étude observe que, bien que dans la plupart des législations, les textes interdisent de créditer des supports anonymes au-delà d'un certain montant, les opérateurs ont une tendance à ne pas respecter ces contraintes. « *Certains créateurs de monnaies virtuelles ont décidé de ne soumettre leur clientèle à aucune limite et, en complément, de leur garantir un anonymat total, ce qui a forcément attiré la criminalité organisée* »[690]. En devenant totalement anonyme, la monnaie électronique affirme alors sa forte attractivité et sa pleine compatibilité avec le blanchiment d'argent.

262. À l'anonymat, s'ajoute l'instantanéité et l'internationalité du réseau faisant que le suivi des traces d'une opération nécessite finalement un ensemble de moyens difficiles à réunir. La célérité des opérations financières électroniques rend très aléatoire toute tentative de traçabilité[691]. Malgré les prouesses constatées jusqu'à présent dans l'évolution des technologies de l'information et de la communication, repérer les traces d'une opération sur internet n'est pas un exercice aisé. Internet impose de

[688] Cf. GAFI, *op. cit.*, p. 5.
[689] Cf. Banque de France - Secrétariat Général de la Commission Bancaire, *Livre Blanc, internet, quelles conséquences prudentielles ?*, Décembre 2000, p. 75.
[690] GARBEZ (M.), *op. cit.*, p. 3.
[691]Cf. Banque de France, *op. cit.*. p. 75

nouveaux défis aux autorités de lutte anti-blanchiment. C'est désormais la combinaison de transferts rapides, en grande partie anonymes, et de destinations protectrices que les actions de lutte contre le blanchiment d'argent doivent combattre.

Puisque, travailler sur internet c'est à la fois être nulle part et partout, la seule réglementation nationale est devenue insuffisante pour contenir les risques de blanchiment de la monnaie électronique. Ainsi, tout s'ouvre et, en se décloisonnant et en s'internationalisant, le système financier opérationnel sur internet a permis à l'argent sale de mieux circuler, de mieux se cacher, de mieux se mouvoir et de mieux se mettre en valeur, le plus souvent très loin de son lieu géographique et social d'origine. Les traces se perdent du fait d'une infinité de services rendus aux mêmes instants et empruntant les mêmes canaux, touffus et confus. En conséquence, le risque de rupture de la piste d'audit est très probable. Par ailleurs, le cryptage informatique des messages et le recours aux signatures électroniques garantissent le secret des transactions. L'ordinateur qui reçoit des unités de valeur sait qu'elles sont authentiques, mais très souvent, il en ignore l'origine. On peut manipuler la monnaie électronique sur internet à volonté sans qu'elle ne laisse la moindre trace.

L'internet peut, de ce fait, être très sollicité pour le blanchiment. Chaque jour, plusieurs centaines des milliards d'euros transitent entre les comptes des milliers de banques en réseau[692]. Ces transactions se déploient avec une telle rapidité que repérer leur provenance et leur destination finale est un leurre. Selon une étude, il faut environ vingt minutes maximum pour transférer par internet des fonds d'un pays à un autre, ces fonds pouvant à leur tour être déplacés soixante-douze fois en vingt-quatre heures d'une partie à une autre de la planète[693]. Cependant, les opérations de détection prendront mille fois plus de temps que l'opération elle-même, on aura besoin d'experts pointus et d'une coopération internationale très dynamique, ce qui tarde toujours à se mettre en place. Pratiquement, pour peu qu'un mouvement bancaire ait utilisé trois à quatre écrans d'ordinateurs, il faut souvent bien plus qu'une année pour reconstituer la chaîne de

[692] LE CERF (X.) et IVALDI (N.), ''Des usages de la Traçabilité en matière de Paiement en ligne'', in *Traçabilité et Responsabilité*, ouvrage collectif sous la direction scientifique de PÉDROT (P.), Ed. Economica, 2003, p. 189 et s.
[693] Voir, LE CERF (X.) et IVALDI (N.), *op. cit.*

l'opération. On ne peut qu'être désolé quand on se rend compte que pour le temps nécessité pour retracer (si on y parvient) une opération bancaire sur internet, de milliers d'autres opérations pourraient être effectués.

Comme on le voit, internet se présente comme un labyrinthe, qui, couplé à l'ingéniosité des acteurs et promoteurs de l'industrie du crime organisé se révèle être très hostile à toute tentative de détection des preuves contre ces derniers.

263. Des mesures doivent être prises par les autorités dans la CEMAC en vue de renforcer le dispositif anti-blanchiment dans le commerce électronique. Actuellement, le cadre juridique de la monnaie électronique reste à parfaire. L'une des mesures attendues est d'ordre purement technique, plafonner pratiquement la valeur maximale des unités électroniques pouvant être contenues dans un support de monnaie électronique. Par ailleurs, il faudra sans doute veiller à encadrer et surveiller les possibilités de transfert de monnaie électronique entre deux supports, notre souhait étant que le recours à un intermédiaire institutionnel soit toujours obligatoire pour la réalisation de transferts entre deux supports. En adoptant de telles mesures, il est possible de parvenir à contenir l'instantanéité et l'extrême mobilité de la monnaie électronique, vertus attractives des criminels. L'espoir dans cette démarche est de parvenir finalement à assainir l'environnement du commerce électronique en garantissant tant la sécurité des consommateurs et opérateurs contre les risques de fraudes des moyens et systèmes de paiements électroniques, que l'intégrité de l'économie numérique globale. Rien ne doit en effet perturber le développement normal du commerce électronique dans la mesure où, de son épanouissement, dépend sans doute celui du transport intracommunautaire.

SECTION II : LE DÉVELOPPEMENT DE L'INDUSTRIE DU TRANSPORT

264. Le succès du commerce électronique dépend pour une large part de l'industrie du transport. D'un autre côté aussi, il est désormais établi que l'internet aura

de profondes répercussions sur l'évolution de la chaîne d'approvisionnement[694]. En effet, la confiance sur la base de laquelle le commerce électronique va se développer dépend pour une large part, de la capacité du cybermarchand à acheminer, et ce dans les délais raisonnables, les produits physiques qui ont fait l'objet de la vente au client. Pour y parvenir, il a naturellement besoin de compter sur un réseau de transport solide. D'après la CNUDCED, le commerce électronique influe considérablement et de différentes façons sur les transports. La demande de services de transport devrait de ce fait s'accroître[695]. Mais, pour bénéficier de cette manne, les prestataires de services de transports devraient mieux s'organiser pour être compétitifs.

Aussi, il est à relever que le transport fait partie des services utiles au processus d'intégration. L'intégration visant et se traduisant par l'existence et la densification des courants d'échanges, il va de soi que les courants d'échanges ne peuvent se développer qu'en s'appuyant que sur des réseaux de transport performants. Cette idée est bien résumée dans la formule selon laquelle « *le transport constitue le complément nécessaire de la vente* »[696]. Puisque le commerce électronique, grâce aux vertus des TIC qui lui servent de support, va sensiblement doper les échanges intracommunautaires, il faudra, pour accompagner cette révolution, une industrie de transport plus forte et bien dynamique. En effet, bien que le commerce électronique entraîne la dématérialisation de beaucoup de biens et services, bon nombre de produits seront toujours sous la forme physique et donc nécessiteront d'être matériellement transportés d'un point à l'autre.

265. Le développement des interfaces efficaces et intégrées en matière de transport peut jouer un rôle crucial dans le développement économique des pays de la CEMAC et renforcer les courants d'échanges entre ces derniers, contribuant par là-même à la construction du marché commun. Prenant acte de cette vérité, le législateur

---

[694] SAYERS (I.), ''L'électronique dans les affaires: une révolution dans les échanges commerciaux internationaux'', in *Forum du commerce international*, n° 4, décembre 2000, version html : http://www.intracen.org/L%C3%A9lectronique-dans-les-affaires/.

[695] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux: meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, 26-28 septembre 2001, TD/B/COM.3/EM.12/2, n° 6, p. 6.

[696] BOKALLI (V. E.) et SOSSA (D. C.), *OHADA, Droit des contrats de transport de marchandises par route*, Bruylant, Bruxelles, Coll. Droit uniforme africain, 2006, p. 1.

communautaire a, à travers plusieurs instruments juridiques[697], reconnu le transport comme vecteur d'intégration. Cependant, la faiblesse actuelle des courants d'échanges intracommunautaires rend insignifiante la contribution du transport dans la croissance économique de la sous-région. Ce déficit a notamment pour conséquence de retarder le développement économique de la CEMAC. Des auteurs relèvent en effet que dans les pays où les réseaux de transports sont bien développés et dans les régions où les courants d'échanges sont densifiés, les liens affirmés[698] entre le transport et la croissance, se vérifient aisément[699].

Par rapport au commerce électronique, l'enjeu fondamental, c'est de pouvoir transporter toujours plus loin et plus vite. La question des infrastructures de transport se pose alors avec acuité tant sur le plan technique que sur le plan juridique. Sur le plan technique, il est clair que l'absence des routes est un frein au développement et à l'intégration économique sous régionale ou continentale. Il est soutenu que la disponibilité et la qualité des infrastructures est une condition préalable pour la facilitation des échanges dans la sous-région[700]. Sur le plan juridique, diverses études[701] ont montré que les obstacles juridiques au développement du commerce électronique affectent également les transports et vice-versa. Ainsi, il est souhaitable que les échanges se fassent plus facilement sans subir les effets des procédures administratives compliquées[702].

---

[697] Notamment: L'Acte n° 15/84 UDEAC – 146 DU 19 décembre 1984 portant Convention inter-États de transport routier de marchandises diverses (C.I.E.T.R.M.D.), la Convention inter-états de transport multimodal des marchandises en Afrique Centrale signée à Libreville au Gabon en 1996, le Règlement du 20 juin 2008 Portant adoption du Réseau routier intégrateur harmonisé de la CEMAC avec le Réseau routier consensuel de l'Afrique Centrale, le Règlement du 03 août 2001 Portant adoption du Code Communautaire révisé de la Route, le Règlement du 03 août 2001 Portant adoption du Code Communautaire révisé de la Marine Marchande, le Règlement du 10 décembre 2003 Portant adoption de la Réglementation des Conditions d'accès à la Profession de Transporteur Routier Inter-États de Marchandises Diverses, *etc*.

[698] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux: meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, *op. cit.* n°. 20, p. 10.

[699] BOKALLI (V. E.) et SOSSA (D. C.), *op. cit.*, p. 3.

[700] NJANKE TATCHOU (M.), *Transports et échanges commerciaux dans les pays de la CEMAC*, Mémoire de DESS, Université de Yaoundé II, année académique 2007 – 2008, version Html, www.memoireonline.com.

[701] Voir, CEE/ONU, ''Legal aspects of Trade data interchange: Review of definitions of "writing", "signature" and "document" employed in multilateral conventions and agreements relating to international trade'', TRADE/WP.4/R.1096, juillet 1994. Voir aussi le rapport de la CNUDCI intitulé ''Legal value of computer records'', A/CN.9/265, février 1985.

[702] NJANKE TATCHOU (M.), *op. cit.*

266. L'état actuel du secteur des transports semble ne pas être en mesure d'accompagner efficacement le commerce électronique ou de profiter des opportunités qu'il offre. En effet, nombre d'obstacles au rang desquels le mauvais état des routes, la multiplication des postes de contrôles, la lourdeur et la complexité des procédures administratives continuent de faire partie du quotidien des opérateurs de ce secteur. Tout ceci freine les échanges entre les pays et engendre des coûts qui sont, au bout de la chaîne, répercutés sur le consommateur. Il faut donc pouvoir mettre sur pied et respecter les mesures de facilitation des échanges, mesures dont la mise en place peut s'appuyer sur les applications du commerce électronique. Les instruments utilisés par le commerce électronique peuvent contribuer à la modernisation des modalités de l'offre des services de transport. Cette idée sera démontrée à travers l'étude de l'apport de la numérisation des documents de transport (Para. I) et de celle de l'amélioration des mécanismes de suivi des opérations de transport et de transit (Para. II).

PARA. I : LA NUMÉRISATION DES DOCUMENTS DE TRANSPORT

267. Le commerce électronique n'exige pas seulement que les services de transports se modernisent, il offre lui-même à ces services des opportunités de modernisation. Ainsi, il est désormais possible sur des sites spécialisés de conclure un contrat de transport et en suivre l'exécution en ligne. L'admission des documents et de la signature électroniques favorisent naturellement la mise en place de telles solutions. Actuellement, dans la CEMAC, la plupart des textes régissant le transport reconnaissent la possibilité d'établir des documents de transports et de les signer électroniquement[703]. Mais, juridiquement, s'il est vrai que cette dématérialisation procure plusieurs avantages (B), en revanche sa réalisation doit tenir compte de plusieurs contraintes (A).

[703] A titre d'illustration, l'on peut citer l'article 6 al. 3 de la Convention Inter-États de Transport Multimodal de Marchandises en U.D.E.A.C. qui dispose que « *la signature apposée sur le document de transport multimodal peut être manuscrite, imprimée en fac-similé, se présenter sous forme de symbole ou être apposée par tout autre moyen mécanique ou électronique, si cela n'est pas incompatible avec la législation du pays ou le document de transport multimodal est émis* » et l'article 2 c) de l'Acte Uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route entre autres qui définit l'« *écrit* » 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. À moins que les personnes concernées n'en disposent autrement, l'exigence d'un écrit est satisfaite quels que soient le support et les modalités de transmission, pour autant que l'intégrité, la stabilité et la pérennité de l'écrit soient assurées* ».

A- LES CONTRAINTES DE LA DÉMATÉRIALISATION DES TITRES DE TRANSPORT

268. Si la dématérialisation des documents de transports se présente de nos jours comme l'une des réponses les plus sérieuses aux attentes du commerce électronique, il reste qu'au regard du régime juridique classique de ces titres, elle peut être source d'incertitudes et de difficultés. En effet, il faut en tout état de cause que les documents dématérialisés puissent effectivement jouer l'ensemble des fonctions reconnues à leur version papier. Cependant, concrètement, des obstacles empêchent de réaliser cette équivalence fonctionnelle (1), ce qui impose alors de développer de solutions appropriées dont quelques-unes seront analysées par la suite (2).

1- Les obstacles à la création des documents de transport électroniques

269. Le contrat de transport, qu'il s'agisse du transport maritime, fluvial, ferroviaire ou routier, donne généralement lieu à la création d'un ensemble de documents nécessaires à sa preuve et à son exécution. Classiquement, ces documents qui se présentent sous la forme écrite, jouent un ensemble de fonctions[704]. Numérisés, il devient souvent très difficile à ces documents de pouvoir continuer à jouer ces rôles. Deux types d'obstacles empêchent aux documents dématérialisés d'être efficaces.

270. D'une part, l'exigence de la négociabilité. L'on note en effet la difficulté pour les documents de transport dématérialisés de jouer la fonction de titre négociable. Prenant l'exemple du transport maritime, un auteur observe que le connaissement maritime, comme la lettre de change, est un document-titre, où le *negotium* s'incorpore à l'*instrumentum* papier. À ce titre, ces documents ne peuvent, en l'état actuel du droit, être établis sous forme électronique : l'établissement d'un écrit papier est une condition de validité. Pour lui, « *sans document papier, la négociabilité, c'est à dire la fonction " symbolique " ne peut être remplie* »[705]. Dans le même esprit, on peut soutenir qu'un message électronique ne peut valablement posséder les caractéristiques juridiques de la

[704] Dans le cadre maritime, le connaissement possède trois fonctions : reçu du chargement des marchandises, preuve du contrat de transport et titre représentatif des marchandises. Cf. BONASSIES (P.), ''Le connaissement, évolution historique et perspectives'', in *Annales I.M.T.M.* 1984, Edisud, p. 105 ; JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Précis Dalloz, 2ème édition, 2010, n° 602. Cités par KENGUEP (E.), Droit des transports OHADA et CEMAC, éditions GRAF, 2012, p. 143.

[705] CAPRIOLI (E. A.), ''Le juge et la preuve électronique'', 10 janvier 2000, version Html, www.juriscom.net.

négociabilité, lesquelles semblent étroitement liées à la possession physique du document papier[706]. Face à ces arguments, on tend à admettre que l'informatisation des documents-titres est impossible sur le plan juridique, en raison de leur caractère négociable. On s'aperçoit à ce sujet que la négociabilité du connaissement constituerait un obstacle dirimant à l'existence du connaissement électronique. Le formalisme strict ainsi imposé trouverait son fondement dans une exigence de sécurité des transactions commerciales jusqu'à présent tributaire des seuls documents papiers[707].

271. D'autre part, le cadre juridique communautaire actuel des activités de transport continue d'utiliser les termes qui pratiquement ne s'accommodent que de l'environnement papier. Ainsi, dans le cadre du transport routier, même si le contrat de transport tel que régi par l'Acte Uniforme OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR), a un caractère consensuel[708], la lettre de voiture quant à elle doit se présenter sous la forme d'un document écrit contenant un certain nombre de mentions obligatoires[709]. En s'imprégnant des autres éléments du régime juridique de la lettre de voiture, il semble en résulter que le législateur n'a voulu consacrer ou retenir que la version papier. Cette opinion se déduit de l'utilisation des termes « *original* » et « *copies* »[710]. Comme le relèvent les experts de la CNUDCED, les premières conventions internationales applicables aux transports partent implicitement du principe que les « *documents* » qu'elles régissent, comme les connaissements, les lettres de transport maritime ou les lettres de voiture, sont obligatoirement sur papier[711]. Ainsi, les obligations, contenues dans ces instruments, notamment celles de « *délivrer* »

---

[706] CAPRIOLI (E. A.), ''La normalisation internationale des documents de transport maritime non négociables'', in *Annuaire de Droit Maritime*, tome XIII, 1995, pp. 177-200, Date de la mise en ligne version Html, juin 2005 http://www.caprioli-avocats.com.

[707] CACHARD (O.),“ Formalisme et dématérialisation du connaissement”, in *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1998/3, Doctrine, pp. 24-30. Version Html, www.lexmaritima.com.

[708] D'après l'article 3 dudit Acte Uniforme, « *le contrat de transport de marchandise existe dès que le donneur d'ordre et le transporteur sont d'accord pour le déplacement d'une marchandise moyennant un prix convenu* ». Cette formulation a amené la doctrine à conclure logiquement que le contrat de transport se forme *solo consensu*. Cf. BOKALLI (V. E.) et SOSSA (D. C.), *op. cit.*, p. 43. Voir aussi, DIALLO (I. K.), ''Étude de l'acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par routes'', Ohadata D-05-08, www.ohada.com. Pour cet auteur, l'émission des documents et même la remise de la cargaison ne sont que des modalités d'exécution du contrat.

[709] Cf. art. 4, Acte Uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR).

[710] Cf. art. 5, al. 2 AUCTMR : « *La lettre de voiture est établie en un original et au moins en deux copies, le nombre de copies devant être spécifié. L'original est remis à l'expéditeur, une copie est conservée par le transporteur et une autre accompagne la marchandise à destination*».

[711] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux : meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, 26-28 septembre 2001, *op. cit.*, n° 38, p. 17.

et de « *restituer* » un connaissement où certaines informations doivent être « *notées* » ou « *insérées* », présupposent l'existence d'un document papier[712].

Face à ces obstacles, et dans l'optique de ne pas paralyser le développement du commerce électronique tout en en exploitant les vertus, quelques pistes de solutions existent.

2- L'ébauche de quelques solutions

272. Comment encadrer la création des documents de transport électroniques de façon à leur permettre de jouer les mêmes fonctions que leurs équivalents papiers ? C'est à cette question que des auteurs et même les législateurs tentent d'apporter une réponse. À ce titre, plusieurs mesures sont adoptées ou peuvent être proposées en ce sens.

273. La première mesure qui participe au développement des documents de transport électroniques c'est la reconnaissance de l'écrit électronique. Si la pratique a précédé le législateur en ce domaine, il demeure que seul le législateur, dans la mesure où certains documents de transport, à l'instar des connaissements maritimes, sont des titres négociables, peut effectivement consacrer la valeur juridique des documents électroniques de transport. En effet, « *la création de titres négociables est une prérogative du législateur* »[713]. Ainsi, il s'avère nécessaire afin que la valeur juridique de tels documents ne soit remise en cause, que le législateur admette expressément qu'ils puissent être conçus sous la forme électronique. Dans le cadre de la CEMAC, s'il est souvent exigé que des documents de transport se présentent sous la forme d'écrit, le législateur n'a cependant pas proposé une définition de ce concept, ce qui ne permet pas de le libérer de l'enveloppe de cellulose dans laquelle on l'embrigade traditionnellement. Même si une disposition communautaire précise que « *l'expression "Par écrit", désigne les Télex, Fax ou correspondances écrites notamment* »[714], il apparaît qu'en définitive, le document doit être fixé sur un support papier.

---

[712] Voir, par exemple, les articles 3 (3) et 7 et 4 (5) des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby.
[713] KOZOLCHYK (B.), ''Evolution and present state of the ocean bill of lading from a banking law perspective'', in *Journal of Maritime Law and Commerce* 161 (1992), p. 240.
[714] Cf. art. 1er, Convention inter-états de transport multimodal des marchandises en Afrique centrale signée à Libreville au Gabon en 1996.

En revanche, en matière de transport de marchandises par route, l'Acte Uniforme OHADA relatif aux Contrats de Transport de Marchandises, applicable dans la Zone CEMAC, a donné à la notion d'écrit un contenu technologiquement neutre. Ainsi, il ressort de son article 2 c) que l'écrit c'est « *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. À moins que les personnes concernées n'en disposent autrement, l'exigence d'un écrit est satisfaite quels que soient le support et les modalités de transmission, pour autant que l'intégrité, la stabilité et la pérennité de l'écrit soient assurées* ». En conséquence, il est possible, dans ce contexte, de conclure à la validité de la lettre de voiture électronique[715].

Il est cependant dommage que, s'agissant du transport maritime, aucun texte communautaire n'ait expressément prévu la possibilité d'établir des connaissements sous la forme électronique. L'impact de cette situation est néanmoins à relativiser dans la mesure où les échanges intracommunautaires s'appuient plus sur le transport routier que sur le transport maritime comme le précise la doctrine lorsqu'elle souligne la particularité de la prédominance du transport routier dans la zone CEMAC[716]. Toutefois, pour améliorer la compétitivité de cette zone d'intégration, il serait intéressant que la valeur juridique des connaissements maritimes électroniques soit consacrée par un texte communautaire.

274. La seconde mesure, s'inscrivant dans une démarche prospective, consiste à n'employer dans les textes s'appliquant au transport que des termes au contenu neutre, pouvant au même moment renvoyer tant à l'environnement physique, qu'à l'environnement virtuel. En effet, comme la plupart de ces textes ont été mis au point à une époque où il n'y avait pas de systèmes électroniques, la confusion traditionnelle avec le support risque aujourd'hui d'être une cause d'incertitude quant à leur effet juridique dans le contexte électronique. Les textes ont donc besoin d'être adaptés ou

[715] Voir, NGNINTEDEM (J.-C.), Cours de droit de transport communautaire, Master I Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang année académique 2009-2010, inédit.
[716] BOKALLI (V. E.) et SOSSA (D. C.), *op. cit.*, p. 1.

étoffés pour tenir compte de l'évolution des types de supports de l'écrit[717]. Cependant, même si classiquement, certains termes ne sont utilisés que dans un contexte physique, il apparaît aujourd'hui que dans la CEMAC, le législateur, directement ou indirectement, tend à admettre leur utilisation dans l'environnement électronique. Ainsi, s'agissant du connaissement maritime, sa qualité de titre fait qu'il peut circuler par endossement. Ce procédé, par analogie à ce qui est prévu par le droit communautaire pour le chèque, peut être constaté par une signature autre que manuscrite[718].

275. De même, les expressions telles « *possession* », « *délivrance* », « *original* », « *copie* », etc. semblent en net déphasage avec les spécificités de l'environnement technologique. À l'ère de l'électronique, le plus important, c'est de maîtriser le message électronique unique que le transporteur a créé[719]. En d'autres termes, tout document de transport, même celui négociable peut être reproduit sous forme électronique[720] grâce à un dispositif fondé sur l'utilisation de la signature électronique et l'intervention d'un tiers opérateur[721]. Il est donc souhaitable que le législateur communautaire intervienne rapidement en vue de l'adaptation du cadre juridique actuel, afin de permettre à tous les acteurs de bénéficier des avantages de la numérisation.

B- LES AVANTAGES DE LA NUMÉRISATION

276. Avec la numérisation des documents de transports, on observera une corrélation bénéfique entre le commerce électronique et le transport. En favorisant le développement du secteur des transports, le commerce électronique tirera en retour profit de la modernisation de l'offre des opérateurs de ce secteur. Le facteur principal de cette corrélation étant la numérisation, il importe de présenter, puisqu'elle n'est pas une fin en soi, la valeur ajoutée qu'elle apporte au développement économique de la

---

[717] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux: meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, *op. cit.*, n° 35, p. 16.

[718] D'après l'article 30 du Règlement relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, « *l'endossement doit être inscrit sur le chèque ou sur une feuille qui est attachée dite allonge il doit être signé par l'endosseur. La signature de celui-ci est apposée, soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit* ».

[719] Voir MALLON (P.) et TOMLINSON (A.), ''Bolero: electronic "bill of lading" and electronic contracts of sale'', in *International Trade Law Quarterly,* 1998, p. 263.

[720] Voir CHANDLER (J. F.), ''Maritime electronic commerce update'', communication au séminaire CNUDCI/CLA, New York, février 2000, p. 22.

[721] Pour davantage d'idées et des exemples de systèmes de connaissements électroniques, voir CAPRIOLI (E. A.), ''La normalisation internationale des documents de transport maritime non négociables'', *op. cit.*

sous-région. Pratiquement, avec les moyens qu'implique le commerce électronique, trois avantages apparaissent sur le plan de la compétitivité du secteur des transports.

277. D'abord, on peut citer la rapidité. Avec le connaissement papier, malgré sa sécurité, il arrive souvent qu'il ne parvienne à l'expéditeur qu'avec un retard. Ce qui pratiquement est de nature à empêcher au destinataire de prendre livraison de la marchandise. Dans la pratique, certaines solutions ont été mises sur pied, consistant en cas de retard de l'original, à délivrer des « *lettres de garantie* » correspondant à la valeur des marchandises[722]. Si cette solution pallie le problème du retard, elle implique en revanche un coût qui rend finalement l'opération plus onéreuse. Avec le système électronique, « *le temps de transmission des informations documentaires se mesurera désormais en unité seconde et non plus en unité jour. En effet, les données sont transmises instantanément à travers un réseau de télécommunications* »[723]. Ainsi, les documents arriveront en temps réel, permettant alors une livraison instantanée de la marchandise.

278. Ensuite on peut faire allusion à la sécurité. Avec le connaissement papier, l'expéditeur pouvait facilement transférer la propriété de la marchandise à plusieurs personnes en négociant abusivement le titre. Comme le relève justement une étude de la CNUDCED, les connaissements sur papier constituent une source considérable de fraude maritime[724]. Un connaissement peut être entièrement contrefait, les signatures peuvent être imitées, la quantité des marchandises peut être modifiée et l'expéditeur peut vendre en toute légalité les mêmes marchandises deux ou trois fois à des acheteurs différents[725]. Aussi, avec la dématérialisation, les problèmes de perte de documents seront certainement jugulés. Pour sa part, le document électronique, géré par un tiers

[722] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux: meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, *op. cit.*, n° 65, p. 24.
[723] CAPRIOLI (E. A.), ''La normalisation internationale des documents de transport maritime non négociables'', *op. cit.*
[724] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux: meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, *op. cit.*, n° 33, p. 15.
[725] YIANNOPOULOS (A. N.), ''Ocean Bills of Lading:Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems'', in *The Hague International Academy of Comparative Law* (Kluwer Law International, The Hague, 1995), par. 3 à 54, p. 19. Voir aussi KOZOLCHYK (B.), ''Evolution and present state of the ocean bill of lading from a banking law perspective'', *op. cit.*, p. 216.

opérateur et protégé par les signatures électroniques de toutes les parties prenantes présenteraient plus de garantie de sécurité. La signature électronique s'avère techniquement moins falsifiable que celle manuscrite. Par ailleurs, parce que les systèmes de connaissement électronique nécessitent une seule saisie des informations, ils permettent d'éviter la multiplication des erreurs humaines[726], garantissant ainsi la fiabilité des informations contenues dans le document unique.

279. Enfin, on observe un allègement des coûts. Selon certaines études, les coûts liés à l'utilisation de documents papiers ont été évalués comme se situant entre 7 à 10 % du coût total d'une opération de transport[727]. Certes, la gestion des documents électroniques implique aussi un coût financier, mais, à l'analyse, il s'avère que les coûts du traitement informatique des informations documentaires est de loin inférieur à celui des papiers. Avec le traitement électronique, les coûts d'édition des formules de documents de transports sont simplement économisés. Globalement, la numérisation permettra aux services de transport de se moderniser et d'accompagner le commerce électronique dans la sous-région CEMAC. Cette modernisation se manifeste aussi par l'amélioration possibilités de contrôle et de suivi des opérations de transport.

PARA. II : L'AMÉLIORATION DU SUIVI DES OPERATIONS DE TRANSPORT

280. La plupart des entreprises reconnaissent que les technologies de l'information et de la communication ont de profondes répercussions sur l'évolution de la chaîne d'approvisionnement[728]. Aussi, dans un contexte d'intégration économique comme celui de la CEMAC, l'avantage de ces instruments ne profite pas seulement aux entreprises. En effet, les autorités communautaires peuvent aussi en profiter pour assurer, à des fins fiscales, douanières ou policières, un meilleur contrôle de la trajectoire empruntée par des marchandises ayant pénétré sur le territoire douanier de la

[726] CAPRIOLI (E. A.)., La normalisation internationale des documents de transport maritime non négociables, Première publication : Annuaire de Droit Maritime, tome XIII, 1995, p177 à 200, Date de la mise en ligne : juin 2005 http://www.caprioli-avocats.com.

[727] Voir, Du PONTAVICE (E.), ''Le Connaissement et l'informatique'', in *Annales I.M.T.M.* 1985, Edisud, p.223-227 ; voir aussi, LOPEZ RIVERA (C.) et VATON (M.), ''La dématérialisation des documents de transport maritime dans le Règles de Rotterdam'', in *Newsletter du Centre de Droit Maritime et des Transports*, mai 2010, http://www.droitmaritime.com/article.php3?id_article=532.

[728] SAYERS (I.), *op. cit.*

Communauté. Ainsi, et dans l'intérêt de tous les acteurs économiques, les applications du commerce électronique à l'instar du GPS permettent, tant un meilleur suivi des trafics sur les corridors communautaires (A), qu'un meilleur système d'informations à l'usage des parties dans un contrat de transport (B).

A- L'UTILISATION DU GPS POUR LE CONTRÔLE DES TRANSITS ET CORRIDORS COMMUNAUTAIRES

281. L'un des avantages d'une zone d'intégration économique c'est la libre circulation des biens et des marchandises dans l'espace considéré. Dans le cas de la CEMAC où tous les États membres ne disposent pas d'une façade maritime, des mesures sont prises afin que les États enclavés[729] ne puissent pas être, ni totalement délestés d'un ensemble de ressources indispensables pour la viabilité de leur économie, ni pénalisés du fait de la surenchère pouvant résulter du prélèvement en cascade des droits de douanes par les différents États de transit. Ainsi et à titre d'illustration, le code communautaire des douanes dispose clairement que « *pour les marchandises transportées par voie maritime, débarquées dans un port non situé dans la CEMAC et transférées ensuite en République Centrafricaine ou en République du Tchad, le lieu à retenir pour la détermination de la valeur en douane telle que définie aux articles 26, 28 à 33 ci-dessus, est le port de déchargement* »[730].

282. Une telle mesure est destinée à favoriser l'intégration de tous les États membres en faisant profiter à tous, les avantages générés par cette intégration. Cependant, si des dispositifs efficaces de contrôle ne sont pas mis en place, il est possible que finalement, une telle mesure nuise plutôt aux intérêts du marché commun en occasionnant des fraudes et des contrebandes diverses. En effet, une marchandise entrée sur le territoire douanier par le Cameroun peut, dans l'optique de contourner la législation douanière, être déclarée comme destinée à être consommée dans un autre pays à l'instar du Tchad ou de la RCA, alors qu'effectivement, les biens en question seront définitivement mis à la consommation dans le pays supposé être celui de transit. L'effet escompté, pour le propriétaire desdites marchandises, à travers de telles pratiques

[729] Plus précisément, le Tchad et la RCA.
[730] Cf. art. 34, al. 2.

frauduleuses c'est de bénéficier d'une mesure de suspension des droits de douane. Il a souvent été relevé par l'Administration camerounaise des douanes que « *des marchandises dédouanées et censées être parties pour les pays voisins avec lequel le Cameroun a des accords douaniers, près de la moitié retourne sur les marchés camerounais après un détour dans quelques bosquets non loin de Douala. En fait, ... 49% seulement des opérations douanières se déroulent dans les normes et les taux de conformité des produits exportés sous TVA plafonnent également à 50%* »[731]. Ces fraudes sont de nature à faire perdre à une économie comme celle du Cameroun d'énormes ressources financières évaluées à 100 milliards de francs CFA par an[732] en plus d'entamer la compétitivité de son économie dans la mesure où ces pratiques nuisent, sur le plan de la concurrence, aux opérateurs économiques qui s'acquittent normalement des leurs obligations douanières et fiscales.

Conscient de ces dérives éventuelles, le code communautaire de douane prévoit que la mesure de suspension « *ne sera applicable qu'aux marchandises qui, au moment de leur débarquement, ont l'un ou l'autre des États de la CEMAC sus-désignés [Tchad et RCA] comme lieu de destination effective et sont réexpédiées sur ledit État, directement, c'est-à-dire sans avoir été ni versées à la consommation, ni placées sous un régime suspensif autre que le transit* »[733]. Dans un tel contexte, afin de s'assurer de l'exactitude de la déclaration de transit, le code indique que « *l'administration des douanes exigera la production de toutes justifications utiles : titres de transport maritime, documents commerciaux, attestation des autorités douanières du pays de transit ou des représentations consulaires, etc.* »[734]. Malgré cette précaution, des risques de fraudes et de corruption continueront d'exister si cette administration n'a aucun moyen technique de contrôler le cheminement de la marchandise jusqu'au pays de déchargement indiqué sur les documents.

283. Après avoir essayé en vain plusieurs solutions fondées, tantôt sur les réformes institutionnelles de la douane, tantôt sur la rationalisation des procédures

[731] Cf. ''Le GPS et la sécurisation des recettes de la douane camerounaise'', in *Le quotidien le Jour*, Mercredi, www.quotidienlejour.com, 23 Décembre 2009.
[732] Cf. *Customs & Business challenge* n° 004, Septembre 2009.
[733] Cf. art. 34, al. 2 Code communautaire de douane CEMAC.
[734] *Idem*.

douanières ou le renforcement des contrôles douaniers, le dispositif de suivi par GPS[735] des marchandises sous douane en circulation a été institué par le ministre camerounais des Finances[736]. À la différence des autres procédés qui étaient juste fondés sur la volonté des acteurs, la solution du GPS est une solution technique, neutre, échappant dans une certaine mesure à l'emprise de l'homme. Le contrôle n'est désormais plus réalisé par du personnel humain, mais, par des satellites. Ainsi, grâce à la dizaine de satellites qui surveillent en permanence le territoire camerounais, les itinéraires des moyens de transport des marchandises en transit sont captés et enregistrés électroniquement pour servir d'information des usagers ou de certification de la sortie du territoire national des marchandises en transit[737]. Techniquement, les marchandises déclarées « *en transit* » sont fichées et leur moyen de transport équipé d'un appareil GPS, ce dernier ne devant être supprimé dudit moyen de transport qu'au point de sortie homologué du territoire douanier national[738].

284. Cette solution technologique de facilitation de transport présente, pour tous les acteurs intéressés par le transport communautaire, d'énormes avantages. Pour l'administration des douanes, soucieuse de disposer de moyens permettant de sécuriser son assiette de recouvrement pour atteindre ses objectifs de recettes, l'entrée en vigueur du suivi satellitaire des marchandises en transit a permis une augmentation du volume des recettes. Ainsi, des 31 milliards de Francs CFA mensuels de recettes escomptés par le FMI pour la Douane camerounaise, grâce à cette solution, elle réalise désormais 42 milliards sur la même périodicité[739].

---

[735] GPS signifie Global Positionning system, et en français, il signifie système de positionnement mondial. Il s'agit d'une technologie permettant de repérer un objet ou une personne sur le globe en décrivant sa position à la surface de la terre ou de la mer.

[736] Dans ce cadre, une série de décisions a été adoptée par l'Administration financière et douanière camerounaise, notamment : l'Instruction ministérielle *No 170 /MINFI/DGD du 19 Mars 2009* instituant un dispositif douanier de suivi par GPS des marchandises sous douanes en circulation ; la Note de service *No 113 /MINFI/DGD du 11 Juin 2009* organisant la mise en œuvre du dispositif de suivi par GPS des marchandises sous douane en Circulation ; la Note de service *No 146 /MINFI/DGD du 31 Juillet 2009* organisant le traitement et le suivi interne des cargaisons en transit sous GPS et la Note de service *No 228/MINFI/DGD/SDSW/20 du 11 Août 2009* portant sur l'itinéraire de transit ; l'Instruction du Ministre des finances du 19 mars 2009 instituant un dispositif douanier de suivi par GPS des marchandises sous douanes en circulation.

[737] Cf. art. 3, Instruction ministérielle *No 170 /MINFI/DGD du 19 Mars 2009* instituant un dispositif douanier de suivi par GPS des marchandises sous douanes en circulation

[738] Cf. Note de service *n° 113 /MINFI/DGD du 11 Juin 2009* organisant la mise en œuvre du dispositif de suivi par GPS des marchandises sous douane en Circulation.

[739] Cf. ''Le GPS et la sécurisation des recettes de la douane camerounaise'', in *Le quotidien le Jour*, Mercredi, www.quotidienlejour.com, 23 Décembre 2009.

Pour les transporteurs, il est clair qu'avec la solution du GPS, l'intervention humaine dans le contrôle des opérations de transit diminue. Aussi, vont s'estomper les tracasseries policières et toute la corruption qu'elles occasionnaient. Des conséquences immédiates sont observables. Au niveau des délais par exemple, certaines enquêtes de la Banque Mondiale estimaient, avant l'implémentation du GPS, les délais moyens d'acheminement d'une marchandise de douala à N'Djamena à 60 jours, avec le GPS, ces délais vont être ramenés à 20 voire à 10 jours[740].

285. Au total, grâce au GPS, on observe plusieurs indicateurs de performance[741] tant de l'administration douanière, que du secteur des transports communautaires dans la CEMAC. C'est à la fois une réduction du coût total et du délai du transit qui est en vue pour l'opérateur économique, et une sécurisation de recettes pour l'administration douanière. Finalement, on ne peut que mieux comprendre et soutenir l'idée selon laquelle, « *l'application du commerce électronique dans les ports pourrait en particulier contribuer à l'efficacité du commerce international et à son développement* »[742].

B- L'AMÉLIORATION DES CONDITIONS D'ACCÈS À L'INFORMATION

286. L'une des vertus de l'intégration des applications du commerce électronique aux activités et opérations de transport, c'est la capacité pour les chargeurs et autres partenaires commerciaux de pouvoir améliorer la gestion de leur chaine d'approvisionnement. À cela, s'ajoute le fait que, grâce à l'apport de l'internet dans les services de transport, se dégage pour les entreprises, la possibilité de pouvoir livrer plus rapidement. Concrètement, les entreprises ont la possibilité de devenir plus compétitives

[740] Cf. ESSIMI MENYE, interview donnée dans le magazine de la Direction des douanes Camerounaises, *Customs & Business challenge* n° 004 de septembre 2009.

[741] Dans ce cadre, l'Administration des douanes camerounaises cite : la Réduction des délais d'acheminement des marchandises ; l'accélération du traitement des mains levées de caution, donc, réduction des coûts bancaires voire, à terme, allègement du niveau des cautionnements ; la réduction des contrôles routiers ; la réduction des litiges avec la douane sur les questions de certification de l'arrivée effective à destination des marchandises en transit ; l'information continue et permanente de tous les acteurs et intervenants sur la position du chargement (à 200 mètres de circonférence près) ; l'amélioration de la réactivité du système d'intervention en cas d'incident (panne, accidents, coupeurs de route, chauffeurs indélicats, etc.) ; la maîtrise de l'information sur la praticabilité des routes empruntées pour le transit ; la maîtrise du temps et des délais de voyage ; la maîtrise des flux de marchandises échangées et des statistiques du transit et suppression des contrôles *a posteriori* sur les opérations de transit. Cf. *Customs & Business challenge* n° 004 de septembre 2009.

[742] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux: meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, *op. cit.*, n° 19, p. 10.

par l'extension de leur rayon d'action, et par la réduction de leurs actifs et l'abaissement des coûts[743]. Aussi, dans le contexte du commerce électronique, les besoins de traitement des commandes et les moyens logistiques diffèrent grandement de ceux du commerce traditionnel. Ainsi, les entrepôts et autres installations logistiques classiques ne conviennent pas aux activités économiques réalisées en ligne. Ayant compris cela, en vue d'intégrer les exigences spécifiques du commerce électronique, les prestataires de ce secteur investissent les réseaux numériques.

287. Désormais, s'ils sont de plus en plus présents sur les réseaux numériques, les prestataires des services de transport ne se contentent plus seulement, à travers cet outil, d'assurer une simple présence commerciale. Mais, ils y développent des produits commerciaux permettant aux chargeurs[744] de pouvoir maîtriser l'opération de transport qu'ils ont initiée ou au profit de qui, l'opération a été initiée. Ces services que les prestataires offrent par le biais de l'internet permettent à un chargeur d'introduire dans son système de planification des ressources, une commande qui sera automatiquement transmise au transporteur par l'intermédiaire du système de gestion des transports du prestataire de services. Le système déterminera et confirmera le prix, accusera réception de la commande, adressera les messages voulus en vue de la prise en charge des marchandises, préviendra le transporteur et les destinataires, accusera réception de la facture du transporteur et la réglera, le tout automatiquement. En accédant à un seul site Web, le chargeur obtiendra un aperçu personnalisé de toutes les marchandises en transit, s'informera de l'état d'avancement de l'expédition, consultera les rapports d'exception, organisera le ramassage des marchandises et informera son service des achats du prix réel franco dédouané des marchandises en circulation dans le monde entier[745].

288. Au regard de tels avantages, l'enjeu est de permettre au entreprises spécialisées dans le transport communautaire de développer ce genre de produits.

---

[743] Idem, n° 3, p. 5.

[744] D'après l'article e, 18) du Code communautaire de la marine marchande (CEMAC) de 2001, ce terme désigné « *tout exportateur ou importateur de marchandises par mer, ou encore toute personne par laquelle ou au nom de laquelle ou pour le compte de laquelle un contrat de transport des marchandises par mer est conclu avec un transporteur et doit s'entendre également de toute personne par laquelle ou pour le compte de laquelle les marchandises sont effectivement remises au transporteur en relation avec le contrat de transport par mer* »

[745] Cf. CNUDCED, Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux: meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement, *op. cit.*, n° 8, p. 6.

Comme l'observe la CNUDCED, les gros prestataires de ce secteur ont tendance à ne se concentrer que sur les marchés occidentaux, négligeant ainsi les marchés des pays en développement. Par ailleurs, on constate que dans les pays en voie de développement, les entreprises de transport et de logistique n'emploient généralement pas les méthodes du commerce électronique[746]. Pourtant, dans un contexte de mondialisation et de concurrence à l'échelle mondiale, l'accès à l'internet se présente comme l'une des conditions essentielles pour que les prestataires des services de transport des pays en développement puissent améliorer leur position sur le marché. Les autorités communautaires, devront, en vue de renforcer les capacités de ce secteur d'activité, tout en contribuant au développement du commerce intra-régional, initier des programmes de formation des prestataires afin de les doter d'outils nécessaires au développement des prestations électroniques des services de transport. L'objectif à atteindre, c'est de pouvoir satisfaire les exigences des chargeurs en quête de partenaires efficaces, offrant des solutions conviviales et transparentes et dotés d'un système d'information en temps réel leur permettant de maîtriser la chaine logistique de leurs activités.

*

* *

* * *

289. Les développements précédents témoignent dans une certaine mesure du souffle nouveau que le commerce électronique peut apporter au processus de mise en œuvre du marché commun dans la CEMAC. En effet, au même moment que le commerce électronique exige de solutions logistiques efficaces, il contribue aussi au développement desdites solutions, lesquels peuvent alors être utilisées pour tous les types d'échanges intracommunautaires. De même, le développement des moyens de paiements modernes va contribuer à l'instantanéité des échanges et renforcer de ce fait la compétitivité de l'économie sous régionale.

Ce rôle mérite d'être reconnu et facilité, ce qui impose aux autorités communautaires et même nationales d'adapter et d'orienter leurs réglementations dans

[746] Cf. CNUDCED, *ibid*., n° 16, p. 9.

le sens d’une meilleure harmonisation des règles applicables au commerce électronique et aux activités économiques en ligne en général dans la CEMAC.

CONCLUSION DU TITRE II

290. L'harmonisation du cadre juridique des activités des communications électroniques n'est pas une fin en soi. C'est simplement un moyen devant permettre de propulser le développement numérique et économique des États membres de la CEMAC et surtout d'accélérer l'intégration économique et sociale de ces derniers. C'est là l'idée qui ressort en fin d'analyse des développements qui précèdent.

En tant que facteur de développement des échanges, les communications électroniques se présentent comme le support d'un ensemble d'activités économiques, lorsqu'elles portent notamment sur des biens informationnels. À ce titre, ces activités tirent largement profit des propriétés des réseaux électroniques pour s'émanciper des contraintes physiques qui hypothéquaient leurs développements. Mais, parce que toute activité économique doit générer des revenus au profit de l'État, il s'avère impérieux de développer des méthodes afin de s'assurer que les activités économiques électroniques n'échappent point au contrôle des autorités fiscales et douanières. Cette question suscite une autre, celle de pouvoir assurer un traitement égalitaire entre les services et prestations électroniques et leurs équivalents matériels. En effet, aucune discrimination ne doit être opérée entre les activités du commerce classique et celles du commerce électronique.

291. Afin que les propriétés des réseaux et infrastructures électroniques ne s'érigent en obstacle à la libre circulation des biens et services dans l'environnement électronique, un droit à l'interopérabilité a été institué au profit de tout opérateur et son régime juridique bien défini. Grâce à cette interopérabilité, des solutions innovantes seront plus ouvertes à la concurrence, permettant ainsi une plus grande compétitivité entre les acteurs de ce secteur.

On découvre aussi après ces analyses, que de façon indirecte, les services de communications électroniques et certaines applications du commerce électronique peuvent être mis à contribution pour juguler les obstacles physiques au bon déroulement d'autres activités économiques intégratrices, notamment celles relavant du secteur

financier et du secteur des transports. Il faut noter, relativement à ce dernier point, la valeur ajoutée qui résulte de l'intégration des outils technologiques tels le GPS dans le cadre de la gestion des procédures douanières, des corridors et des transits communautaires. En effet, grâce à ces outils informatiques de facilitation, les procédures douanières sont plus fluides et plus efficaces. Les transits communautaires sont désormais mieux gérés grâce à une meilleure traçabilité des opérations.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

292. L'exploration du cadre juridique des activités des communications électroniques, tel qu'élaboré par les autorités communautaires, laisse entrevoir quelques lueurs d'espoir pour le processus de construction du marché commun de la CEMAC. À dessein, l'arsenal juridique consacré par le Conseil des Ministres donne une place importante aux principes fondamentaux du droit communautaire. Ainsi, l'harmonisation des règles et la coordination des activités des autorités nationales se présentent comme les piliers moteurs de la politique communautaire du secteur des communications électroniques.

293. À l'analyse, il ressort que ce cadre juridique accorde une grande place aux libertés économiques communautaires. Ainsi, ce secteur est désormais profondément libéralisé. À travers le choix de ce modèle économique, le désir du Conseil des Ministres est sans doute de créer un marché unique des communications électroniques dans toute la sous-région. C'est la raison pour laquelle, d'une part, il consacre la liberté comme régime de droit commun de l'accès au secteur des communications électroniques ; et d'autre part, il promeut les solutions de partage d'infrastructures, d'interconnexion et d'interopérabilité à l'échelle communautaire. Par ailleurs et dans le même esprit, il reconnait la liberté d'établissement dans ce secteur d'activité.

Si ce secteur est libéralisé, il est évident qu'il contribuera aussi à l'impulsion de la liberté de circulation dans d'autres secteurs. Les biens et services, notamment ceux numérisables, en circulant dans l'environnement électronique, bravent les obstacles physiques tant décriés. Le temps et la distance ne sont plus des obstacles, de même les tracasseries policières et le manque ou l'insuffisance d'infrastructures de transport vont devenir des empêchements relatifs.

294. Les avantages des communications électroniques s'accompagnent aussi de quelques difficultés. En effet, les règles de la concurrence actuellement en vigueur dans la CEMAC de même que la législation fiscalo-douanière, entre autres, ont besoin, pour

leur adaptation efficace aux activités économiques empruntant le canal des communications électroniques, que les modalités de leur application soient réadaptées. Malgré cette contrainte, il demeure que, les vertus des communications électroniques, en irradiant les autres secteurs d'activités, contribueront positivement au développement de l'intégration économique dans la CEMAC. Il restera alors que les autorités garantissent bien la sécurité des acteurs et des opérations.

PARTIE II : UNE RÉGLEMENTATION ORIENTÉE VERS LA SÉCURISATION DES TRANSACTIONS ÉLECTRONIQUES

295. Dans l'optique d'un marché commun et dans leur volonté de promouvoir le développement de l'économie numérique dans la CEMAC, les autorités ont posé des règles consistant à assurer aux citoyens et aux entreprises un accès aux technologies, aux infrastructures modernes de communicatons électroniques et aux équipements informatiques adéquats, conditions préalables à toute politique de développement du commerce électronique. À présent que l'accès aux services de communications électroniques est garanti par le droit, il s'avère intéressant d'étudier le régime des investissements et des transactions économiques empruntant ce canal.

Le droit communautaire doit pouvoir générer un cadre juridique et judiciaire transparent, stable et sécurisant[747], inspirant confiance chez ceux qui pratiquent ou souhaitent pratiquer le commerce électronique. La réalisation des objectifs d'intégration assignés au commerce électronique dépend fortement de l'existence d'un climat de confiance que seul le législateur communautaire peut garantir. En effet, l'objectif étant de créer un marché commun numérique, seule une autorité commune à tous les États-parties peut en garantir le bon fonctionnement.

296. La question de la sécurité est fondamentale pour le développement du commerce électronique[748]. Étudiant les conditions préalables au développement du commerce électronique dans la zone CEMAC, une étude précise que le risque d'insécurité juridique et de confusion est susceptible de décourager tant les acheteurs que les vendeurs[749]. Donc, les autorités doivent clairement établir les règles du jeu. En effet, « *de même qu'il ne peut y avoir de trafic autoroutier, sans code de la route, il ne saurait y avoir d'autoroutes de l'information et de commerce électronique sans règles claires, reconnues et sanctionnables* »[750]. Cependant, la nature internationale du commerce électronique réduit l'efficacité des initiatives purement nationales et l'on

[747] Cf. Discours du Directeur du CREDILA au colloque sur « Les droits communautaires africains », (Saly, les 27 et 28 avril 2006), in *Nouvelles Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop*. n° 1 – 2007, version PDF, http://cyber.law.harvard.edu/credila-ucad/sites/credila-ucad/images/NAF_NOUV_N%C2%B01.pdf, p. 5.
[748] GATSI (J.), ''Problèmes juridiques du commerce électronique'', in Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala, n° 1, janvier – juin 2002, p. 372. Cet auteur relève à ce sujet que « *le développement du commerce électronique est lié à la garantie de la sécurité de l'offre du contrat* ».
[749] Cf. CEA-ONU, *Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives, op. cit.*, p. 15.
[750] *Idem*.

encourage plus les approches communautaires ou internationales[751]. Seulement, il apparaît aux yeux d'un expert africain que, si le niveau national paraît effectivement trop étroit, celui mondial s'avère inaccessible et trop lourd. Pour lui, le niveau régional constituerait le cadre adéquat d'élaboration et d'adoption d'une législation adaptée et efficace du commerce électronique[752]. Dans la même lancée, l'étude suscitée[753] relève que les législations nationales du commerce électronique, existantes ou futures, dans différents domaines[754] risquent de dresser des barrières commerciales qui freineront le développement du commerce électronique à l'échelle sous régionale si dès le départ les stratégies ne sont pas coordonnées[755]. Cette idée conforte la position selon laquelle, la définition du régime juridique des activités du commerce électronique, dans un souci d'efficacité de la stratégie, et dans la mesure où elle conditionne le développement des échanges électroniques intracommunautaires, doit ressortir de la compétence des autorités communautaires. Ainsi, il devient clair que le développement du commerce électronique requiert des gouvernements de la sous-région une concertation pour élaborer une approche commune afin de créer un climat de sécurité juridique dans l'environnement numérique.

Seulement, en l'état actuel du droit communautaire, beaucoup de questions de cet ordre restent encore sans réponse. L'écrit électronique, la signature électronique et les règles de compétence, entre autres, demeurent sans cadre juridique précis. Face à une telle lacune, et dans l'optique d'inspirer des solutions concrètes et efficaces, il s'avère important de recourir aux instruments juridiques internationaux à l'instar des lois-types de la CNUDCI, aux Actes Uniformes de l'OHADA, ou encore aux instruments nationaux tels les textes issus de la législation camerounaise. L'idée globale ici est que les investisseurs et les consommateurs doivent être rassurés que leurs droits ne seront pas lésés lorsqu'ils interviendront dans le commerce électronique, de même qu'en cas

[751] Cf. CEA-ONU, *Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives, op. cit.*, p. 17.
[752] SAWADOGO (F. M.), ''Approche nationale et régionale de la mise en place d'une règlementation du commerce électronique : le cas du Burkina et de l'Afrique de l'ouest'', *op. cit.*
[753] Cf. CEA-ONU, *Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives, op. cit.*
[754] Signatures numériques, protection des données et respect de la confidentialité, droit des contrats, nouveaux moyens de paiement électroniques, etc.
[755] Cf. CEA-ONU, *Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives, op. cit.*, p. 17.

de litige, la preuve de leurs prétentions respectives pourra être aisément apportée. Pour une analyse cohérente, les développements à suivre porteront à titre principal sur la protection des intérêts des acteurs (Titre I) et sur l'encadrement des prestations techniques (Titre II).

TITRE I : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES ACTEURS

297. Dans la mesure où le commerce électronique est perçu comme un moteur de croissance, il importe, pour le rendre suffisamment attractif, de garantir aux différents intervenants que leurs intérêts seront protégés. Par nature, les réseaux de communications électroniques, support du commerce électronique, se présentent comme des espaces hors de tout contrôle, de totale liberté, voire de libertinage. Cette vision est évidemment de nature à freiner l'engouement des différents acteurs, qu'ils soient vendeurs ou acheteurs. Par conséquent, c'est le développement du commerce électronique qui prend du plomb dans les ailes.

Le principe de la liberté du commerce électronique consacré par les législateurs communautaire[756] et nationaux[757] exige, comme tout principe fondamental, que toutes entraves réelles ou potentielles à son effectivité soient bannies. En effet, la confiance doit animer les différents acteurs, lesquels ne doivent recourir au commerce électronique ni par contrainte ni dans la peur de se voir spolier. Au regard de toutes ces considérations, les pouvoirs publics communautaires, garant de l'ordre économique dans la zone intégrée, sont donc tenus de garantir à tous ceux qui interviennent dans le commerce électronique, que leurs investissements et leurs intérêts seront protégés contre les pratiques abusives et illicites.

298. Les intervenants qui méritent protection peuvent, en fonction de leur rôle et de la nature de leurs intérêts, être répartis en deux catégories. La première catégorie regroupe les professionnels du commerce électronique que le législateur communautaire désigne sous le titre de « *prestataires de service* »[758] de la société de l'information, il s'agit de ceux qui vendent ou qui fournissent divers services dans l'environnement électronique. La seconde catégorie est constituée des personnes qui viennent s'approvisionner en biens ou qui bénéficient ou utilisent les services fournis ou prestés par les acteurs de la première catégorie, ce sont les consommateurs.

---

[756] Cf. art. 4, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

[757] Voir à titre d'illustration, l'article 3 de la loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique et l'article 4 Décret N° 2011/521/PM du 11 juin 2011 fixant les modalités d'application de la loi n°2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun.

[758] Ce terme désigne toute personne physique ou morale qui fournit un service entrant dans le champ d'application de la présente Directive, Cf. art. 1er, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

Classiquement, cette seconde catégorie, parce qu'essentiellement constituée de non professionnels, fait l'objet d'une protection réglementée. Avec le commerce électronique, cette protection s'avère plus urgente[759] et nécessite un renforcement. De même les instruments classiques de protection des investissements des commerçants s'avèrent, dans l'environnement électronique, souvent inadéquats. Le souci d'une sécurité complète impose alors de prendre en compte de nouveaux paramètres. Finalement, tant la protection des investissements du cybermarchand (Chapitre I), que la préservation des intérêts des consommateurs (Chapitre II), méritent une attention particulière dans le cadre du commerce électronique.

[759] La confiance des consommateurs est un facteur déterminant du développement du commerce électronique. Malgré que cette activité repose sur un ensemble d'appuis, un rapport établi dans le contexte français révèle, pour traduire le rôle fondamental de la confiance des consommateurs dans le commerce électronique, que « *seule une altération de la confiance des consommateurs serait susceptible de stopper la croissance globale de l'e-commerce* », cette altération de la confiance « *pourrait résulter des craintes, aujourd'hui en reflux, de tromperie et de vol de données personnelles, ou de la prise de conscience graduelle d'une sorte d'envahissement de la sphère cognitive par la sphère mercantile* ». Cf. BOURDIN (J.), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion*, *op. cit.*

CHAPITRE I : LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DES PRESTATAIRES

299. Protéger les investissements d'un commerçant se résume essentiellement à protéger son fonds de commerce ou les différents éléments qui le constituent. L'une des difficultés majeures sur le terrain de ce souci de protection, c'est l'identification du fonds de commerce électronique. En effet, pour mieux le protéger, le fonds de commerce doit pouvoir être identifié et reconnu. Classiquement, la question des conditions d'existence d'un fonds de commerce est déjà résolue. Cependant, dans l'environnement électronique, cette question reste encore problématique. Certes, le cybermarchand n'a pas forcément besoin d'un fonds de commerce entièrement électronique pour mener son activité. En effet, même si dans certains cas, le fonds peut être exclusivement constitué de moyens électroniques, il est aussi vrai qu'il peut être constitué d'éléments physiques et d'éléments électroniques.

Dans le cadre de ce chapitre, l'étude veillera à identifier dans l'environnement électronique tous les éléments qui traduisent un investissement propre du prestataire et à analyser les conditions de leur protection contre les risques éventuels. Globalement, bien que les signes distinctifs du commerçant fassent partie intégrante de son fonds de commerce, il apparaît cependant nécessaire, pour une question de précision et de cohérence, d'étudier séparément la question de la protection des signes distinctifs (Section I) et celle relative à la protection du fonds de commerce lui-même (Section II).

SECTION I : LA PROTECTION DES SIGNES DISTINCTIFS DU CYBERMARCHAND

300. Pour se démarquer de la concurrence, le commerçant peut développer des signes distinctifs qui permettent aisément la reconnaissance de son fonds de commerce. Aussi, afin de soustraire ses produits du risque de confusion d'avec ceux des concurrents, il peut les particulariser grâce à des signes ou des représentations graphiques, qui, lorsqu'ils remplissent certains critères, et sont enregistrés conformément aux règles prévues à cet effet, deviennent des marques. Ces marques sont protégées, de telle sorte qu'un tiers ne peut, en principe, en faire usage sans le consentement de leur titulaire.

Mais, pour être enregistré et protégé, le signe doit être distinctif et être différent d'autres signes déjà protégés. En effet, une marque doit pouvoir jouer un rôle fondamental, à savoir, distinguer un produit de ses concurrents.

301. Dans la Zone CEMAC, les droits de propriété industrielle sont pour l'essentiel régis par l'Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (Accord révisé de Bangui). De cet Accord, il résulte clairement que les marques[760], les dessins et les modèles[761] enregistrés confèrent à leurs titulaires des droits d'exploitation exclusifs. Bien plus, l'article 3 al. e) *in fine* de la loi camerounaise du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique soumet effectivement les activités du commerce électronique au respect des lois et règlements relatifs à la propriété intellectuelle. Bien que le législateur national n'ait pas expressément fait allusion à la propriété industrielle, il est évident qu'il l'a englobée dans la notion de propriété intellectuelle, l'esprit de cette disposition étant en effet de proscrire le recours aux pratiques déloyales dans le commerce électronique.

302. Si le principe de la protection de ces signes est acquis, il demeure que sa mise en œuvre peut se heurter à quelques difficultés lorsque les atteintes ont été réalisées dans l'environnement électronique, ce qui illustre la particularité du régime de ces droits dans le cadre du commerce en ligne. Plusieurs techniques peuvent cependant être mises en œuvre sur les réseaux pour protéger les signes distinctifs. Dans le cadre de cette étude, l'on insistera plus sur la question de la protection des noms de domaine, parce qu'étant le signe distinctif le plus spécifique au commerce électronique (Para. I). Aussi, parce que la pratique du référencement peut donner lieu à de comportements déloyaux, portant atteinte aux signes distinctifs du cybermarchand, l'étude se penchera sur la nécessité de concilier cette pratique avec le régime de protection des signes distinctifs (Para. II).

[760] Cf. Annexe III, Accord révisé de Bangui.
[761] Cf. Annexe IV, Accord révisé de Bangui.

PARA. I : LA DÉFINITION D'UN RÉGIME PROTECTEUR DES NOMS DE DOMAINE

303. Deux contraintes s'imposent au législateur dans ce cadre. Il doit définir les conditions d'acquisition du nom de domaine (A) et préciser les contours de sa protection (B).

A- L'OBTENTION D'UN NOM DE DOMAINE

304. En droit communautaire de la CEMAC, le nom de domaine relève du régime de l'autorisation préalable (1), laquelle n'est pas automatique puisque les autorités de nommage peuvent refuser d'accéder à la demande du requérant (2).

1- La demande d'une autorisation préalable

305. Si dans le commerce traditionnel l'identification d'un fonds de commerce se fait grâce à son emplacement physique, sa dénomination et son enseigne généralement fixées sur des affiches ou des pancartes ; dans l'environnement numérique, le principal élément de signalisation du fonds de commerce d'un cybermarchand est le nom de domaine. Ce dernier peut être défini comme l'adresse permettant de localiser un site ou une page web sur la « *toile* ». Toute personne désirant exploiter un site de commerce électronique doit alors réserver et se faire assigner un nom de domaine. On parle juste de réservation parce que l'utilisateur d'un nom de domaine n'en devient juridiquement pas propriétaire[762]. En effet, le nom de domaine est une ressource publique rangée par les autorités communautaires dans la catégorie des ressources rares[763]. Ce caractère est confirmé par les Chartes de nommage en vigueur dans la Zone CEMAC. Il en est notamment ainsi de la Charte de Nommage du « *.CM* », nom de domaine géographique du Cameroun, qui précise que « *le nom de domaine national (.CM) pour le Cameroun est une ressource publique* »[764]. De même, en disposant qu'en cas de suppression, le nom de domaine *« .TD »*[765] « *retombe dans le domaine public* »[766], la Charte de nommage du *« .TD »* précise que, de par son essence,

[762] L'article 9 de la Charte de nommage du .CM (Cameroun), parle d'un « *droit d'usage* ».
[763] Cf. art. 10, Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.
[764] Cf. Préambule de la Charte de Nommage du .CM, www.antic.cm.
[765] Nom de domaine national de premier niveau du Tchad.
[766] Cf. art. 16, Charte de nommage du .td. http://www.otrt.org. Voir aussi article 23 Charte de nommage du .CM.

le nom de domaine relève du domaine public. En effet, retomber ne signifie-t-il pas revenir dans la catégorie où il se trouvait à l'origine ?

306. La conséquence de tous ces caractères du nom de domaine est que ce sont exclusivement les Autorités Nationales de Régulation qui doivent les assigner[767]. Mais, en réalité, seule l'assignation des noms de domaine nationaux ou communautaire, le cas échéant, est de la compétence de ces autorités. Les noms de domaine internationaux et les noms de domaine génériques, étant des ressources mondiales, sont quant à eux, gérés par des instances internationales à l'instar de *l'International Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)[768]. C'est ainsi que les Chartes de nommage en vigueur dans les États membres de la CEMAC excluent ces noms de domaine de leurs champs de compétence[769]. Dans tous les cas, il est constant que l'utilisation des noms de domaines n'est pas libre, ces derniers relevant dans le droit communautaire de la CEMAC du régime de l'autorisation[770].

307. L'assignation des noms de domaine se fait généralement selon le principe « *premier arrivé, premier servi* »[771]. Cette règle est d'autant importante que les contraintes techniques du système de nommage impliquent qu'un nom de domaine ne puisse être attribué qu'à un seul prétendant, ce qui justifie davantage le caractère rare de cette ressource. Les noms de domaine qui sont diffusés à travers la planète sont donc uniques[772]. Il est important pour les cybermarchands d'agir avec diligence en vue de se faire assigner un nom de domaine, le risque étant de se faire précéder par un concurrent

---

[767] Cf. article 10, Directive CEMAC n° 09/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.
[768] Voir le site web de cet organisme, www.icann.org.
[769] Voir par exemple le Préambule de la Charte de nommage du ccTLD .ga, qui s'applique au nom de domaine national de premier niveau du Gabon.
[770] Cf. Chapitre III, Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.
[771] Sur le plan communautaire, le droit de l'OAPI étant commun à l'ensemble des pays membres de la CEMAC, et le nom de domaine étant généralement assimilé au nom commercial, cette règle trouve son fondement à l'article 3 de l'Annexe V de l'Accord révisé de Bangui qui dispose en son al. 1er que : « *Sous réserve des dispositions ci-après, le nom commercial appartient à celui qui, le premier, en a fait usage ou en a obtenu l'enregistrement* ».
Selon l'article 16 de la Charte de nommage du .CM, « *Sous réserve des documents justificatifs requis dans le formulaire de demande et du respect des droits des tiers, l'attribution du nom de domaine se fait suivant la règle < premier arrivé, premier servi> sans préjudice des recours judicaires éventuels que peut intenter un tiers prétendant à la légitimité du nom de domaine querellé* ».
Au Tchad, ce principe est consacré par l'article 15 de la Charte de nommage du .td.
[772] ALBRECHTSON (C.), *Définition et nature juridique du nom de domaine*, Mémoire, DESS Droit de l'internet Administration – Entreprises, Université Paris I Panthéon- Sorbonne, septembre 2005, p. 5.

opportuniste et de ne plus pouvoir réserver un nom de domaine pertinent pour l'activité envisagée. Ce critère d'arbitrage, bien que dénotant une certaine objectivité, est cependant susceptible de donner lieu à des abus. C'est la raison pour laquelle il fait l'objet de quelques aménagements, notamment par la Charte de nommage en vigueur au Cameroun. Ainsi, il résulte de l'article 16 de cette Charte de nommage que le principe « *premier arrivé, premier servi* » ne vaut que « *sous réserve des documents justificatifs requis dans le formulaire de demande et du respect des droits des tiers* » et « *sans préjudice des recours judicaires éventuels que peut intenter un tiers prétendant à la légitimité du nom de domaine querellé* ». D'après ces réserves, ne peut se prévaloir de la priorité que celui qui a non seulement fourni, en premier, un dossier complet, mais aussi, dont la prétention ne constitue aucune fraude aux droits des tiers.

Concrètement, l'obtention d'un nom de domaine est soumise à une procédure au cours de laquelle le candidat doit fournir un ensemble d'informations déterminées par le législateur. Afin de prévenir toute exigence abusive, la Directive communautaire dispose que les informations réclamées au requérant d'un nom de domaine doivent se limiter aux renseignements permettant de s'assurer que l'un des motifs de refus d'autorisation ne pourra pas lui être opposé[773]. Globalement, les pièces et informations exigées doivent tendre à justifier sa demande et à permettre aux autorités d'apprécier la licéité de celle-ci. Dans ce cadre, le demandeur doit indiquer le nom de domaine qu'il souhaite réserver en veillant au respect des contraintes administratives et techniques qui s'imposent en la matière.

308. Sur le plan administratif, certains noms de domaines sont d'accès restreint[774] et ne peuvent être réservés qu'à ceux qui justifient d'une certaine qualité. Aussi, certains termes sont tout simplement non enregistrables. Relativement aux noms de domaines qui sont d'accès restreint, la règle est que leur attribution n'est pas instantanée. En effet, les noms de domaine relevant de cette catégorie[775] sont d'abord

[773] Cf. art. 9, al. 1, Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.

[774] Il s'agit en général des noms de domaine contenant des termes réservés définis comme les « *termes dont l'enregistrement est lié à l'identité, au statut ou à la nature du demandeur* », Cf. article 2, Charte de nommage du .td.

[775] On range dans cette catégorie les noms de domaine contenant les termes techniques de l'internet ; les noms des professions réglementées ; les termes liés au fonctionnement de l'État ; les noms ou termes consacrés des

réservés provisoirement pour être confirmés après analyse et vérification des pièces présentées[776]. L'enjeu étant de ne point attribuer des noms de domaines susceptibles de créer des confusions dans l'esprit du public, il s'agit par cette procédure de s'assurer par exemple de l'appartenance du demandeur à l'un des secteurs d'activité auquel renvoit le nom de domaine sectoriel qu'il sollicite. Cependant, on constate que d'un État membre à un autre, le régime d'une modalité peut varier, ce qui nuit à l'idée d'intégration. En effet, pendant que certains termes relèvent au Tchad du régime d'une vérification supplémentaire, ils sont vus au Cameroun comme des termes non enregistrables. Il en est ainsi, à titre d'illustration, des termes liés à internet[777]. Les termes non enregistrables[778] sont vus par la Charte du .CM comme ceux qui « *ne sont pas attribuables à titre de nom de domaine quelle que soit la sous zone considérée, y compris dans leur transcription dans les langues nationales* »[779].

309. Sur le plan technique, le nom de domaine sollicité doit respecter une certaine syntaxe[780]. Déjà, il faut noter que la structure des noms de domaines est standardisée. En règle générale, un nom de domaine est constitué d'un domaine de premier niveau pouvant être géographique, international ou générique. Ce domaine de premier niveau est généralement précédé d'un nom de deuxième niveau, lui aussi précédé des trois W signifiant *World Wide Web*. Plus précisément, on relève, au rang des exigences techniques, que le nom de domaine sollicité ne doit pas contenir plus de

organisations internationales ; les noms de pays, noms des régions, villes et communes utilisés dans un certain contexte; les termes relatifs au fonctionnement des institutions nationales, régionales ou locales et des services publics nationaux seul ou associés à des mots faisant référence à ces institutions ou services. Cf. art. 6, charge de nommage du .td.

[776] Cf. art. 12, Charte de nommage du .CM ; article 9, Charte de nommage du .td.

[777] Cf. art. 13, Charte de nommage du .CM et article 6, charte de nommage du .td.

[778] Sans que cette liste soit exhaustive, la Charte de nommage du .CM cite « *les noms manifestement contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; les noms liés au fonctionnement de l'internet; les noms qui expriment la haine raciale et ethnique.*
Il en est de même pour les termes du Cameroun, les noms et sigles d'institutions de l'État, les noms des collectivités territoriales, régions et communes camerounaises, les noms des organisations internationales, les noms liés au patrimoine historique et culturel national qui sont réservés à leurs légitimes propriétaires. Compte tenu des évolutions, tout nom de domaine composé d'un terme<fondamental> interdit peut subir un droit de préemption ou de reprise par l'ANTIC sans dédommagement, assorti d'un délai suffisant pour assurer la migration ainsi que d'une assistance technique gratuite si celle-ci était sollicitée ».

[779] Cf. art. 13, Charte de Nommage du .CM.

[780] Dans le domaine de l'informatique, ce terme désigne l' « *ensemble des règles qui régissent l'écriture des instructions d'un programme dans un langage donné* ». Cf. *Le Petit Robert de la langue française 2011*, Version DVD Rom.

255 caractères, aussi, il ne peut être exclusivement constitué des chiffres, ni contenir des caractères accentués ou encore commencer ou se terminer par un tiret ‘’-‘’[781].

Lorsque toutes ces contraintes sont respectées et que le dossier de demande est complet, le demandeur devrait normalement se voir assigner un nom de domaine. Cependant, il peut arriver que sa demande soit rejetée. En vue d’éviter que les cas de rejet se multiplient et se décident facilement, le législateur communautaire a indiqué les motifs qui pourraient les fonder.

2- Les motifs pouvant justifier le refus de l’autorisation

310. Afin d’assurer une certaine objectivité dans cette procédure, le législateur communautaire a indiqué, de façon limitative, les motifs pouvant justifier le refus d’une autorisation. Ainsi, d’après la Directive communautaire[782], les États membres veillent à ce que les autorisations ne puissent être refusées que pour l’un des motifs suivants : la sauvegarde de l’ordre public ou les besoins de la défense ou de la sécurité publique ; les contraintes inhérentes à la disponibilité des fréquences, lorsque le demandeur n’a pas la capacité technique ou financière de faire face durablement aux obligations résultant des conditions d’exercice de son activité ; ou lorsque le demandeur a fait l’objet d’une sanction de suspension et/ou de retrait d’autorisation ou encore d’une condamnation pénale[783].

311. Dans cette énumération que le législateur communautaire a voulu exhaustive, il faut remarquer l’absence de motif lié à la protection des intérêts des tiers, cette liste ne visant essentiellement que les motifs d’ordre public et d’intérêt général. Dans ce contexte, aucune autorité de nommage ne pourra, par exemple, rejeter la demande d’assignation d’un nom de domaine au motif que ce nom de domaine violerait une marque préexistante. De même, une telle autorité ne pourra se voir reprocher le fait de n’avoir pas rejeté une demande violant les intérêts d’un tiers. C’est en vertu d’une logique similaire que, dans le contexte français, la Cour d’Appel de Versailles[784] a

[781] En général voir les articles 14 et 15, Charte de nommage du .CM et l’article 6, Charte de nommage du .td.
[782] Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.
[783] Cf. art. 9, al. 1, Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.
[784] Cf. Cour d’appel de Versailles 12ème ch., section 2 Arrêt du 15 septembre 2011,

infirmé un jugement de première instance qui avait condamné l'AFNIC[785] pour parasitisme à la suite de l'enregistrement d'un nom de domaine reprenant une marque sans l'autorisation de son titulaire. Pour parvenir à cette solution, cette juridiction s'est fondée sur le Code des postes et communications électroniques et la charte d'enregistrement applicable au moment des faits pour considérer que l'office d'enregistrement « *n'avait ni les moyens ni les compétences pour juger par lui-même de la réalité de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle et de la violation des règles d'une concurrence déloyale* »[786]. Parce que la préservation des droits des tiers est une exigence qui participe de la sécurité juridique, et au regard de la vocation exhaustive de l'énumération consacrée par le législateur communautaire, il aurait été opportun d'y faire figurer la violation des droits légitimes des tiers.

312. De leur côté, et bien que ce soit un peu contraire à l'esprit de la Directive communautaire, les Chartes de nommage des noms de domaine de premier niveau .CM[787] du Cameroun et .GA[788] du Gabon prennent en compte la disponibilité des termes utilisés, vis-à-vis des droits des tiers, dans l'appréciation des demandes[789]. L'on peut en déduire qu'une demande pourra être rejetée s'il apparaît que les termes employés ne sont plus disponibles au regard du droit des signes distinctifs. Une telle approche, bien qu'exigeant de la part des autorités de nommage des compétences particulières et un temps de traitement des demandes plus long, paraît cependant très sécurisante au final. En effet, le risque qu'un nom de domaine porte sur un signe distinctif préexistant est courant et il importe, en vue d'éviter le conflit pouvant résulter de cette rencontre, de

AFNIC / Francelot, EuroDNS, www.legalis.net.

[785] L'Association Française pour le Nommage internet en Coopération.

[786] FERAL SCHUHL (C.), ''L'AFNIC n'est pas responsable de la validité d'un nom de domaine'', 24 octobre 2011, http://www.cyberdroit.fr/2011/10/l%e2%80%99afnic-n%e2%80%99est-pas-responsable-de-la-validite-d%e2%80%99un-nom-de-domaine/.

[787] D'après l'article 6 de la Charte de nommage du .CM, le demandeur doit « *s'assurer que sa demande, et particulièrement le choix du terme ou des termes qu'il entend utiliser pour l'attribution d'un nom de domaine sont licites au regard du droit et notamment des règles d'ordre public et ne portent pas atteinte aux droits de tiers notamment aux droits d'auteur, aux droits des marques, régions, villes, institutions de l'État et aux droits de la personne, sans que cette liste soit limitative, et sont conformes aux dispositions de la présente Charte* ».

[788] D'après la Charte de nommage du .GA, lorsque le terme utilisé est une marque, le demandeur doit « *fournir le certificat d'enregistrement à l'organisme chargé de la propriété intellectuelle avec son numéro* », ce qui permettra de s'assurer qu'il est le véritable titulaire de la marque.

[789] L'infidélité des législateurs nationaux par rapport au législateur communautaire n'est pas toujours négative. Par moments, elle débouche sur des solutions qui peuvent faire avancer le droit communautaire.

s'assurer, avant la délivrance de l'autorisation d'exploiter un nom de domaine, que celui-ci est entièrement disponible.

Évidemment, la prise en compte des droits et intérêts des tiers ne doit pas conduire à des raisonnements capricieux de la part des autorités en charge du nommage. Il s'agit ici de dire que le refus d'assigner un nom de domaine au profit d'une personne qui en fait la demande, pour cause de violation d'un signe distinctif, ne peut être justifié que si ledit signe distinctif remplit les conditions de sa protection juridique. Prenant l'exemple d'une marque[790], l'on retiendra, qu'au regard du droit de l'OAPI, une marque ne saurait faire obstacle à l'obtention d'un nom de domaine que si elle est enregistrée. En effet, d'après l'article 5 de l'Annexe III de l'Accord révisé de Bangui, la propriété de la marque appartient à celui qui, le premier, en a effectué le dépôt. Ainsi, nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque en exerçant les actions prévues par les dispositions de la présente Annexe, s'il n'en a pas effectué le dépôt. Peu importe cependant l'État membre dans lequel l'enregistrement a eu lieu, car, dans le système de l'OAPI, une marque enregistrée dans un État membre produit ses effets sur le territoire de tous les États membres l'Organisation[791].

313. La condition d'enregistrement présuppose la satisfaction par le signe d'un ensemble de critères préalables au rang desquels la visibilité et la distinctivité. Les signes qui constituent des marques protégeables et peuvent de ce fait faire obstacle à l'obtention d'un nom de domaine doivent donc être visibles[792] puisqu'ils participent de l'attraction de la clientèle commerciale[793]. Cette visibilité contribue à la distinctivité de la marque. En effet, s'il n'est pas visible, le signe ne peut nullement jouer le rôle qui est

[790] D'après l'article 2 de l'Annexe III de l'Accord révisé de Bangui, « *sont considérés comme marque de produits ou de services, tout signe visible utilisé ou que l'on se propose d'utiliser et qui sont propres à distinguer les produits ou services d'une entreprise quelconque et notamment, les noms patronymiques pris en eux-mêmes ou sous une forme distinctive, les dénominations particulières, arbitraires ou de fantaisie, la forme caractéristique du produit ou de son conditionnement, les étiquettes, enveloppes, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, liserés, combinaisons ou dispositions de couleurs, dessins, reliefs, lettres, chiffres, devises, pseudonymes* ».

[791] D'après l'article 7 de l'Accord révisé de Bangui, « *tout enregistrement international d'une marque effectué en vertu des stipulations du Traité concernant l'enregistrement des marques et contenant la désignation d'un État membre au moins, a l'effet d'un dépôt national dans chaque État membre qui est également partie audit Traité* ».

[792] Ce critère est déterminant. D'après l'al. 1 de l'article 2 de l'Annexe III de l'Accord révisé de Bangui, n'est considéré comme marque que le « *signe visible* ».

[793] AKUETE PEDRO (S.) et YADO TOE (J.), OHADA, *Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 209.

assigné à la marque, celui de permettre de distinguer et d'identifier les produits ou les services d'un fournisseur précis. La distinctivité de la marque renvoie ainsi à sa « *capacité d'individualiser des produits ou des services dans le marché par rapport aux produits ou services du même genre offerts par les concurrents* »[794]. Elle ne renvoie pas forcément, ni à l'originalité, ni à la nouveauté, mais à la simple aptitude à l'identification des produits ou services[795].

Le caractère fondamental de ce critère résulte clairement de l'Accord de l'OAPI selon lequel, une marque ne peut bénéficier de protection si « *elle est dépourvue de caractère distinctif notamment du fait qu'elle est constituée de signes ou d'indications constituant la désignation nécessaire ou générique du produit ou la composition du produit* »[796]. Ainsi, le signe constitutif de marque ne doit être, ni générique[797], ni nécessaire[798], ni descriptif. En d'autres termes, s'il sert à désigner une caractéristique du produit, il est descriptif et ne peut donc être protégé[799] et par voie de conséquence, ne peut faire obstacle à l'enregistrement d'un nom de domaine.

314. Outre ces conditions, il faudra encore que le nom de domaine envisagé s'inscrive dans le domaine de spécialité de la marque préexistante. En effet, l'enregistrement de la marque ne confère de droits exclusifs que pour une sphère d'activité délimitée. Le monopole est relatif aux produits ou services énumérés dans la demande d'enregistrement de marque auxquels il faut adjoindre les produits ou services similaires. Ainsi, et relativement à une demande de nom de domaine portant sur des termes identiques à une marque antérieure, on doit pouvoir tenir compte de l'identité ou de la similarité des produits et services désignés, d'un côté, dans l'acte d'enregistrement de la marque, de l'autre, dans le contenu du site envisagé. C'est pour cette raison que, en principe, peuvent coexister deux marques identiques servant à désigner de produits différents. À titre d'illustration, il existe deux marques « *mont blanc* » : l'une pour

[794] Cf. TPI 27 fév. 2002, *Eurocool Logistik GmbH* OHMI, PIBD n° 747-III-349
[795] LAPORTE-LEGEAIS (M.-E.), Cours précité, p. 19.
[796] Cf. art. 3 (a), Annexe III de l'Accord révisé de Bangui.
[797] Le signe est générique lorsqu'il renvoie à la catégorie, l'espèce ou le genre auquel appartient le produit ou le service.
[798] Le signe est nécessaire ou usuel lorsqu'il est d'usage courant ou obligé pour désigner le produit lui-même ou ses caractéristiques : sa composition, sa destination, sa provenance.
[799] LAPORTE-LEGEAIS (M.-E.), Cours précité, p. 20.

identifier des crèmes dessert, l'autre pour désigner des stylos[800]. Si les produits et services sont identiques ou similaires, la demande sera rejetée. En sens inverse, si les produits ou services sont distincts, les conditions de la contrefaçon n'étant pas réunies[801], la demande devra être accueillie. Dans ce cas, il ne restera éventuellement au titulaire de la marque antérieure que l'action en responsabilité de l'auteur du nom de domaine pour comportement parasitaire.

315. À titre de droit comparé, il faut relever que cette position était celle en vigueur en France avant l'adoption du Décret du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine. On convenait, avant ce Décret, que le seul enregistrement d'un nom de domaine similaire à une marque préexistante ne constituait pas en soi une contrefaçon puisqu'il fallait, pour aboutir à cette qualification, démontrer que les produits ou services présentés sur le site internet étaient identiques ou similaires à ceux désignés par la marque[802]. Cependant, avec l'entrée en vigueur de ce Décret, la doctrine constate le rejet du principe de la spécialité comme critère d'arbitrage du conflit entre le nom de domaine et la marque. Ce rejet résulte de ce que ce Décret interdit l'utilisation, à titre de nom de domaine, d'« *un nom identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de propriété intellectuelle par les règles nationales ou communautaires* »[803].

Cependant, malgré le sens de cette évolution dans la législation française qui vise sûrement à protéger le droit des titulaires de marques à pouvoir, quand ils le souhaiteraient, utiliser leurs marques comme noms de domaine sur internet, il faut relever qu'une telle approche élargit inopportunément le champ du monopole conféré au titulaire de la marque. C'est pour cette raison que la jurisprudence française semble résister en décidant que « *la simple utilisation d'un signe dans un nom de domaine ne*

---

[800] LAPORTE-LEGEAIS (M.-E.), Cours précité, p. 4. Voir aussi, pour la marque *Negresco*, Cass. Com, 28 avril 1987, n° 85-13.864, *JCP* éd. G. 1987, IV, p. 225.

[801] Cf. CA Versailles, 29 mars 2000, Aff. Commune d'Élancourt,; Norwich Union, réf., 12 mai 1999 ; Mutuelles du Mans assurances/Multimédia academy, T.G.I Bordeaux ; Affaire Léonardo ; TGI Nanterre, 28 mai 2001 ; Affaire Zebank précitée.

[802] FERAL-SCHUHL (C.), *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 6ème édition, 2010, p. 661.
Voir aussi, Cass.Com. 13 décembre 2005, Société Soficar c. Société Le Tourisme moderne compagnie parisienne du tourisme SA, n° 04-10.143, www.courdecassation.fr, *Bull. civ.IV*, n° 254; *D*. 2006, 63, note Manara; *Gaz. Pal*. 20 avr. 2006, no 110, p. 34, obs. Brunot.

[803] Cf. art. R 20-44-45, Code français des postes et des communications électroniques.

peut en soi constituer une contrefaçon de marque dès lors que la fonction même de marque n'est pas remplie »[804].

En définitive, il est important, sans remettre en cause la protection due aux autres signes distinctifs, de faciliter l'obtention des noms de domaine. Car, sans nom de domaine, l'activité du commerce électronique est quasiment impossible. C'est pourquoi, tendant à ériger l'obtention du nom de domaine en droit pour le requérant, le législateur communautaire soumet les Autorités Nationales de Régulation à l'obligation de motiver les décisions de refus d'autorisation et de les notifier par écrit au requérant[805]. L'exigence de l'écrit visant sans doute à permettre au requérant de pouvoir éventuellement contester la décision devant les autorités judiciaires, lesquelles reçoivent ainsi la mission de protéger tant le droit au nom de domaine que son exploitation effective.

B- LA PROTECTION DU NOM DE DOMAINE

316. La question de la protection des noms de domaines, cruciale pour le développement du commerce électronique, ne sera envisagée ici que dans le cadre des conflits éventuels pouvant naître entre lui et les autres signes distinctifs. En effet, l'autre aspect de la protection, non moins important, relatif au droit du cybermarchand de jouir continuellement de son nom de domaine en vue de garantir sa stabilité économique sera, pour un souci de cohérence[806] des développements, étudiée plus bas[807]. L'aspect de la protection qui constitue le centre des préoccupations à ce niveau est très important dans la mesure où il s'agit de mesurer la place qui est réservée au nom de domaine dans la catégorie des signes distinctifs. Fondamental pour l'activité du commerce électronique, cet élément tout comme les autres signes distinctifs, a besoin d'un régime de protection bien défini et efficace. L'efficacité de ce régime de protection se mesurera à sa capacité à se fixer sur des critères objectifs d'arbitrage en cas de conflit. Le législateur n'ayant,

---

[804] Cf. TGI Paris 3ème ch., 3ème section Jugement du 29 octobre 2010 Free / Osmozis.
Voir aussi, RABAGNY-LAGOA (A.), *Droit du commerce électronique*, Éd. Ellipses, Coll. Mise au point, 2011, p. 22.

[805] Cf. art. 9, al. 1, *in fine*, Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications électroniques.

[806] Envisagée sous cet aspect, la protection n'est plus due au fait que le nom de domaine est un signe distinctif, mais elle résulte du fait que le nom de domaine constitue l'unique chemin d'accès au site du cybermarchand. Or, ce qui est intéressant ici, c'est l'analyse du nom de domaine sous l'ange de sa fonction distinctive.

[807] Voir Section II du présent chapitre.

pour l'instant rien prévu de spécial en ce sens, il ne reste qu'à puiser dans la réglementation générale des signes distinctifs en vigueur dans l'espace CEMAC, de même qu'à titre de droit comparé, dans la réglementation et la jurisprudence européennes, des éléments pouvant permettre de construire le régime de protection des noms de domaine. Dans ce cadre, l'étude exploitera les deux critères fondamentaux sur lesquels les juges s'appuient pour apprécier la nécessité de protéger le nom de domaine. Il s'agit du critère de l'antériorité (1) et du critère de l'exploitation (2).

1- Nécessité de l'antériorité du nom de domaine

317. De façon générale, la règle de l'antériorité s'avère fondamentale et décisive pour trancher les conflits relatifs aux droits portant sur les signes distinctifs. Il résulte en effet de la loi qu'un signe distinctif ne doit pas porter atteinte à un autre signe distinctif préexistant[808]. En d'autres termes, un signe distinctif ne peut reproduire un autre signe distinctif antérieur. La rencontre entre le droit des noms de domaine et celui des autres signes distinctifs ne doit pas globalement échapper à cette règle. Ainsi, si les chartes de nommage précisent clairement qu'un nom de domaine ne peut être réservé s'il est de nature à créer des confusions avec un signe distinctif préexistant[809], il apparait aussi que les autres signes distinctifs ne devraient pas être de nature à créer des confusions avec un nom de domaine préexistant. C'est en ce sens que l'Accord révisé de Bangui interdit par exemple d'enregistrer une marque qui pourrait induire en erreur le public ou les milieux commerciaux[810]. Ainsi, il apparaît que l'imitation ou la reproduction d'un nom de domaine par une marque serait illicite. Dans cette logique et à titre de droit comparé, il a été jugé qu'en présence d'un nom de domaine enregistré antérieurement, la marque devient nulle si les produits ou services désignés par cette dernière dans l'acte d'enregistrement sont identiques ou similaires à ceux désignés par le nom de domaine[811].

---

[808] Pour le cas des marques, voir article 3- b) Annexe n° III, Accord révisé de Bangui ; pour le nom commercial, voir article 3 (1), Annexe V, Accord révisé de Bangui.
[809] Cf. art. 6, Charte de nommage du .CM.
[810] Voir l'article 3 (d), Annexe III, Accord révisé de Bangui selon lequel une marque ne peut valablement être enregistrée si « *elle est susceptible d'induire en erreur le public ou les milieux commerciaux, notamment sur l'origine géographique, la nature ou les caractéristiques des produits ou services considérés* ».
[811] Cf. Affaire SA No Problemo / Sarl Capitale Studio et Sarl COMFM, TGI Paris, 3e Chbre, 27 juin 2000.

318. Il apparaît que, dans l'optique de favoriser le développement du commerce électronique, le nom de domaine doit être considéré comme un signe distinctif complet et doté d'une force opposable au titulaire d'une marque postérieure. Si une telle garantie n'est pas assurée par le législateur, il faudra alors s'attendre à ce que le commerce électronique devienne le règne de l'insécurité des investissements des prestataires. La conséquence prévisible, étant finalement le manque d'engouement pour ce secteur d'activité.

En outre, la validité et l'efficacité d'un nom de domaine ne devraient dépendre que de la seule disponibilité des termes et signes le constituant au moment de son enregistrement, ceci sous réserve des risques de fraude. Autrement dit, si au moment de l'enregistrement d'un nom de domaine, les termes et signes qui le constituent, ne sont le siège d'aucun droit de propriété intellectuelle ou industrielle, on devrait considérer qu'une situation postérieure ne saurait le remettre en cause. S'agissant de la définition de la disponibilité, l'Accord révisé de Bangui dispose qu'un signe n'est pas disponible s'il « *est identique à une marque appartenant à un autre titulaire et qui est déjà enregistrée, ou dont la date de dépôt ou de priorité est antérieure, pour les mêmes produits ou services ou pour des produits ou services similaires, ou si elle ressemble à une telle marque au point de comporter un risque de tromperie ou de confusion* »[812]. Cette règle étant commune à la plupart des systèmes de protection des signes distinctifs dans le monde, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de l'appliquer à l'occasion des litiges. Ainsi, il a été jugé que le titre original d'une chanson ne peut, pour cause d'indisponibilité, être déposé comme marque pour des parfums[813]. Dans la même logique, une dénomination commerciale antérieure, une enseigne antérieure et même un nom de domaine enregistré empêchent l'enregistrement postérieur d'une marque sur le même signe[814].

[812] Cf. art. 3 b), Annexe III de l'Accord révisé de Bangui.
[813] Cf. TGI Paris, 22 fév. 1990, aff. *Retiens la nuit*, PIBD 1990, 484, III, 525.
[814] Cf. Affaires Océanet, T.G.I du Mans, 29 juin 1999 ; Agaphone T.G.I Paris, 23 septembre 1999 ; SA No Problemo / Sarl Capitale Studio et Sarl COMFM, TGI Paris, 3e Chbre, 27 juin 2000. Citées par DIMEGLIO (Arnaud), ''Bras de fer entre la marque et le nom de domaine'', www.avocat-service.com téléchargé le 14 janvier 2011.

Dans le domaine spécifique des noms de domaine, il a été décidé que « *pour pouvoir valablement empêcher le dépôt d'une marque, le titulaire d'un nom de domaine doit établir ses droits sur la dénomination revendiquée, l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté et le risque de confusion que celui-ci peut entraîner vis-à-vis du public* »[815], ce qui revient à dire que la preuve de l'antériorité d'un nom de domaine peut contribuer à faire échec au dépôt d'une marque pour cause d'existence sur le signe d'un droit antérieur.

319. Globalement donc, en cas de conflit entre le nom de domaine et tout autre signe distinctif, c'est l'ordre d'enregistrement des droits qui doit servir de critère d'arbitrage. Cependant, pour éviter tout risque de fraude, on tend à admettre que le nom de domaine antérieur, à l'instar du nom commercial ou de l'enseigne[816], ne prime sur les autres signes distinctifs que s'il est effectivement exploité.

2- Nécessité de l'exploitation du nom de domaine

320. Contrairement à la marque dont le seul enregistrement sous forme de dépôt est suffisant pour en justifier la protection[817], le nom de domaine n'est protégé que s'il est effectivement exploité[818]. La jurisprudence a régulièrement considéré le droit sur un nom de domaine comme un simple droit d'occupation[819], en conséquence, le site qu'il identifie, doit être actif. L'antériorité ne se conçoit donc finalement que par rapport à la

---

[815] Cf. TGI Paris 3ème ch., 4ème section, Jugement du 14 janvier 2010, Digital Athanor, Arnaud V. / Business Commando, Laurent B., www.legalis.net.

[816] Cf. art. 3, al. 3, Accord révisé de Bangui.

[817] Ce principe qui résulte de l'article 7 de l'Annexe III admet cependant quelques nuances. En effet, une marque inexploitée peut être radiée comme l'indique l'al. 1 de l'article 23 de l'Annexe III de l'Accord révisé de Bangui en ces termes : « *À la requête de tout intéressé, le tribunal peut ordonner la radiation de toute marque enregistrée qui, pendant une durée ininterrompue de 5 ans précédant l'action, n'a pas été utilisée sur le territoire national de l'un des États membres pour autant que son titulaire ne justifie pas d'excuses légitimes, la radiation peut être appliquée à tout ou partie des produits ou services pour lesquels ladite marque a été enregistrée* ».

[818] RABAGNY-LAGOA (A), *op. cit.*, p. 21. Cet auteur précise bien que le nom de domaine n'est protégé « *que si le site internet qu'il désigne reste accessible. Le nom de domaine n'est donc pas protégé du fait de son seul enregistrement, mais en raison de son usage* ».

819 Voir TGI Lille, 10 juillet 2001, TGI Nanterre, 4 novembre 2002, www.legalis.net, et CA Paris, 28 janvier 2004, www.foruminternet.org.

date d'exploitation effective du site[820]. C'est ainsi que dans l'affaire *Market Call*[821], le tribunal a considéré que la protection du nom de domaine ne pouvait s'acquérir que par son exploitation[822]. En ce sens, sa nature juridique s'apparente à celle des autres signes distinctifs protégés sur le fondement du droit commun à l'instar du nom commercial[823].

Cette exigence d'exploitation effective du nom de domaine est une condition pertinente. Cette convenance résulte de ce qu'elle tend à lutter contre des pratiques frauduleuses ayant cours sur internet. En effet, l'inexploitation d'un site peut faire présumer la mauvaise foi de son titulaire si le nom de domaine enregistré pour ledit site internet crée une confusion avec une marque enregistrée antérieurement par une autre personne. Tout laissera alors croire dès cet instant que le titulaire du nom de domaine a tout simplement voulu nuire au véritable propriétaire de la marque[824].

321. Au rang des comportements nocifs consistant à enregistrer un nom de domaine en fraude à une marque préexistante, on peut citer le ''*cybersquatting''* et le ''*typosquatting''*. Le *cybersquatting* est la pratique qui consiste pour un individu à réserver en premier un nom de domaine portant sur une marque notoire dans l'intention de revendre ce nom de domaine plus tard au titulaire de la marque. Ce genre de pratique

---

[820] TGI Paris, réf., 27 juillet 2000, Aff. *Market call ;* TGI Lons le Saunier, 14 janvier 2003, *Pere-noël.fr c/Aricia*, in *Expertises* n°268, p.112. Si le titulaire du nom de domaine démontre son exploitation effective et antérieure au dépôt de la marque, cette dernière sera annulée : TGI Paris, 9 juillet 2002 *Peugeot Motocycles c/ CM Guy et Sté Sherlocom* à propos du nom de domaine et marque « *Looxor* ». http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/jug_tgi_paris_090702_3.htm.
Bien plus, le TGI Nanterre, par un jugement du 4 novembre 2002, a énoncé qu'un « *nom de domaine peut également constituer une antériorité au sens de l'article L 711-4 du Code de la Propriété Intellectuelle, sa protection résultant de l'usage qui en est fait, soit en pratique, de son exploitation effective* ». Cf. TGI Nanterre, Elie S. et Temesis/Association Afaq, TGI Nanterre, 2è. Ch., 4 novembre 2002, *http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/jug_tgi_nanterre_041102.htm* .

[821] Citée par, DIMEGLIO (A.), ''Bras de fer entre la marque et le nom de domaine'', www.avocat-service.com , le 14 janvier 2011.

[822] TGI Paris, réf., 27 juillet 2000, *Market Call, MM. F.d.C. et Y.B. c/ Mille Mercis.*

[823] Dans le contexte de l'Accord révisé de Bangui où le nom commercial doit être enregistré, sa protection n'est efficace que s'il est effectivement exploité. Cf. art. 3, al. 3, Annexe n° V, Accord révisé de Bangui qui dispose que « *lorsqu'un nom commercial enregistré a été exploité publiquement et d'une manière continue sur le territoire national pendant cinq ans au moins sans avoir donné lieu à une action judiciaire reconnue fondée, la propriété du nom commercial ne peut plus être contestée du fait de la priorité d'usage, à moins qu'il ne soit établi qu'au moment du dépôt de la demande d'enregistrement, le déposant ne pouvait ignorer l'existence du nom commercial du premier usager* ».

[824] C'est ce raisonnement qui a dû fonder la décision des juges dans l'affaire *Peugeot* contre *Sherlocom* précitée. En l'espèce, le nom de domaine <*looxor.com*> du défendeur, réservé antérieurement au dépôt de la marque de Peugeot, ne donnait accès à aucun site. Le tribunal, présumant une pratique de cybersquatting, a jugé qu' « *il est constant que la protection du nom de domaine contre l'usurpation des tiers à l'instar de l'enseigne ne s'acquiert que par l'usage public qui en est fait* ».

a déjà été sanctionné par la jurisprudence[825]. Pour sa part, le *typosquatting*, technique dérivée du *cybersquatting*, consiste à enregistrer, non pas la marque elle-même, mais un signe similaire résultant ou simulant notamment une erreur de frappe[826].

En conclusion, lorsqu'un nom de domaine est déjà réservé et effectivement exploité, et sous réserve du critère de la spécialité[827], aucun autre signe ne peut plus être enregistré sur ce nom de domaine dans tout l'espace de l'OAPI, donc, de la CEMAC. En cas de conflit, c'est le nom de domaine antérieur et exploité qui doit primer.

Finalement, si l'antériorité peut mettre le nom de domaine en position de force lorsqu'il est en conflit avec un autre signe distinctif à l'instar d'une marque, il faut préciser qu'il ne peut effectivement triompher du conflit que s'il est exploité, condition supplémentaire qui le place légèrement en position de faiblesse face à la marque. Plus globalement, l'on note à travers ces développements, que les signes distinctifs ont besoin d'être protégés dans le commerce électronique, l'un vis-à-vis de l'autre, et tous, contre les pratiques déloyales au rang desquelles certains procédés de référencement.

PARA. II : LA NÉCESSITÉ DE CONCILIER LA PRATIQUE DU RÉFÉRENCEMENT AVEC LE RÉGIME DE PROTECTION DES SIGNES DISTINCTIFS

322. Le commerce électronique se pratique dans un gigantesque univers virtuel. Un nombre incalculable de promoteurs de sites marchands rivalisent d'adresse pour assurer une meilleure visibilité de leurs pages Web. Dans ce contexte, il a paru indispensable de développer des solutions permettant de retrouver rapidement, parmi la kyrielle de pages pullulant sur internet, le site qui satisfait les attentes de l'internaute. Ce sont les entreprises marchandes qui ont perçu l'intérêt d'une telle démarche. Pour répondre à ce besoin, des moteurs de recherche ont été créés. Il s'agit, comme le décrit

[825] Cf. TGI Nanterre, Aff. *SFR C / W3 System Inc*., 18 janvier 1999.
[826] Cf. TGI Nanterre, Affaire *Lancôme Parfums et beauté c/ La S.A Grandtotal Finances Ltd*, réf., 16 septembre 1999.
Voir aussi, Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, Décision de l'expert, 14 décembre 2009, affaire Mutuelle d'Assurances du Corps de Santé Français-MACSF / M. Harrold L. www.legalis.net, l'expert relève dans cette affaire qu'« *Indépendamment de l'élément de mauvaise foi, il […] parait évident que les sigles "macsf" et "macsf" sont quasi identiques (en particulier visuellement) et peuvent prêter à confusion notamment pour un internaute*. ». Le défendeur avait carrément repris dans son nom de domaine l'anagramme d'un nom de domaine précédent.
[827] Par analogie au droit des marques, si ce nom de domaine est notoire, il devra aussi être protégé contre l'enregistrement postérieur de toute marque même si celle-ci porte sur des produits non concurrents.

un auteur, d'outils sans lesquels aucune navigation ne serait possible. Sans les moteurs de recherche en effet, internet ne serait « *qu'une sorte d'espace vierge au sein duquel il faudrait se déplacer sans carte ni boussole* »[828].

Pour jouer efficacement le rôle qui leur est assigné, les moteurs de recherche utilisent plusieurs techniques dont l'une des plus efficaces consiste à référencer à l'aide d'index, de *méta-tags*[829] ou de mots-clés, les sites. Si cette méthode donne souvent lieu à des actes de contrefaçon, il demeure cependant qu'elle est efficace pour la promotion du site Web d'un cybermarchand. Relativement aux droits de la propriété intellectuelle, le référencement pose un problème (A) dont la solution exige dans une certaine mesure qu'on responsabilise les prestataires (B).

A- LES DONNÉES DU PROBLÈME

323. Pour rendre compte de la portée de cette problématique, il s'avère important de présenter l'utilité du référencement pour l'activité commerciale en ligne (1) avant d'illustrer son caractère dangereux par rapport au droit de la propriété intellectuelle et des signes distinctifs, car les termes utilisés sont souvent d'usage réservé (2).

1- L'utilité du référencement des sites marchands

324. Le référencement, malgré la polémique développée aujourd'hui à son sujet, notamment en Occident, présente des vertus indéniables dans le contexte technologique où évolue le commerce électronique. Les entreprises de commerce électronique se déploient sur internet et de plus en plus sur d'autres types de réseaux à l'instar des téléphones portables. Dans tous ces cas, il existe un obstacle naturel à la pleine visibilité ou accessibilité du site web d'un promoteur précis. En laissant les choses se faire naturellement, les promoteurs risquent, lorsqu'un mot-clé correspondant à leurs produits est indiqué dans la barre de recherche d'un moteur dédié, de ne figurer que parmi les dernières pages de réponse. Dans ce contexte, la visibilité du site est alors

[828] VIVANT (M.), ''A la recherche des moteurs de recherches'' in *Comm. com. électr.*, avril 2001.
[829] Les *méta-tags* sont des informations situées au sein d'un document et utilisées par les moteurs de recherche lors du référencement de la page web ; ce sont des balises non affichées donc non visibles par les internautes, qui permettent d'avoir des informations. Cf. TGI Paris 3ème ch., 3ème section, Jugement du 29 octobre 2010 Free / Osmozis.

quasi nulle, et s'il s'agit d'un site de commerce électronique, la survie économique de l'activité se trouve compromise[830].

Afin d'améliorer la position dans les pages de réponse, des outils de traitement de la visibilité, grâce à la technique de référencement, ont été imaginés. L'objectif est d'être bien repéré par les moteurs de recherche. Comme les moteurs de recherche sont de « *véritables clés de visibilité sur la Toile* »[831], il ne paraît pas exagéré de relayer l'avis selon lequel « *le seul moyen d'être visible sur internet est d'être indexé par ces outils de navigation, tels que Bing, Yahoo ou Google* »[832].

325. Au départ, le référencement consistait en l'intégration dans ses pages web de balises, encore appelées *« méta-tag »* permettant de décrire le contenu de celles-ci. Les *méta-tags* n'apparaissent pas en clair à l'affichage de la page web dans le navigateur, mais, ils sont reconnaissables par les moteurs de recherche. Ainsi, lorsqu'une requête est lancée, c'est le texte contenu dans le *méta-tag description* qui est utilisé par le moteur de recherche comme texte de résumé lorsqu'un site apparaît dans la liste de résultat d'une recherche. Ce texte est donc particulièrement à soigner afin de le rendre attractif pour l'internaute qui le lira[833]. Seulement, les moteurs de recherche sont de moins en moins nombreux à accorder de l'importance aux *méta-tags*. La raison de cette situation, c'est le caractère contingent des termes utilisés par les promoteurs des sites pour indexer les contenus, faisant que les mots-clés utilisés n'ont finalement pas grand-chose à voir avec le contenu réel du site.

Désormais, le référencement se fait autrement, avec une plus grande participation des moteurs de recherche. La très grande performance de cette solution publicitaire s'illustre dans la mesure où elle offre aux entreprises qui souhaitent améliorer leur visibilité sur internet des moyens très efficaces. Les entreprises ne s'y trompent pas, elles sont très nombreuses à l'exploiter[834]. Sur le marché du référencement, il existe un

---

[830] CLAVIER (J.-P.), ''E-Publicité – Quelques réflexions en attendant la position de la Cour de Justice des Communautés européennes*''*, Communication au *Colloque d'Abu-Dhabi*, Mai 2009.
[831] STROWEL (A.) et TRIAILLE (P.), *Google et les nouveaux services en ligne : impact sur l'économie du contenu et des questions de propriété intellectuelle*, Larcier, 2008, p. 153.
[832] De CARLO (A.), *Le référencement payant face au droit des marques*, Mémoire de Master II, Droit de la propriété industrielle, Université de Panthéon-Assas Paris II, Septembre 2010, p. 3.
[833] Cf. Glossaire du référencement, http://www.heptades.net/Le-glossaire-du-referencement.html.
[834] CLAVIER (J.-P.), *op. cit.*

leader affirmé, c'est *Google*. De l'avis de certains auteurs, un site « *qui ne serait pas référencé sur Google est en situation d'être ignoré par de nombreux clients potentiels* »[835]. On fait notamment allusion ici au service *Google Adwords*. Concrètement, il s'agit d'un programme publicitaire permettant de créer et de diffuser des annonces sur les pages de recherche Google lorsque la recherche d'un internaute correspond aux produits ou aux services de l'annonceur[836].

326. Contrairement au système des *méta-tags* qui est un système unilatéral[837], le bénéfice du système *Adwords* de Google suppose un contrat à la base. En effet, l'annonceur doit passer un contrat de positionnement avec la société prestataire d'un tel service. En vertu de ce contrat, l'annonceur choisit des mots-clés qui sont censés caractériser son activité économique, ses produits ou ses services. Puis, lorsqu'un internaute interrogera le moteur de recherche du prestataire en utilisant l'un de ces mots clés, un message publicitaire comportant un lien hypertexte dirigeant vers le site web de l'annonceur apparaîtra sur l'une des pages comportant les résultats offerts à l'internaute par le moteur de recherche[838]. L'importance du référencement est telle que les autorités de la concurrence veillent à ce que les promoteurs de moteurs de recherches offrent à tous les annonceurs qui le souhaitent, au nom des principes de transparence et de non-discrimination, la possibilité de faire référencer leur site marchand. C'est ainsi, que saisie d'une plainte de la société *Navx* dirigée contre *Google*, l'Autorité de la Concurrence de la France a qualifié d'illicite et d'abusif le comportement de la défenderesse. Ce comportement avait consisté en la rupture brutale de sa relation contractuelle avec la plaignante de même qu'au refus de référencer cette dernière. En conséquence, Google a été condamnée à « *rétablir, dans les cinq jours suivant la notification de la présente décision, le compte AdWords de la société Navx, afin de lui permettre de diffuser des annonces publicitaires* »[839].

---

[835] STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, p. 52.
[836] Cf. http://www.google.fr/intl/fr/landing/phone-signup/flow1.html.
[837] Sa mise en œuvre ne nécessite aucun contrat.
[838] CLAVIER (J.-P.), *op. cit.*
[839] Cf. Autorité de la Concurrence (France), Décision n° 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10mc01.pdf.

En fin de compte, l'on s'aperçoit que le référencement est très intéressant du point de vue de la visibilité et de la compétitivité des entreprises. Cependant, il reste une activité délicate qui doit demeurer sous la surveillance des autorités de la concurrence comme il a été illustré ci-dessus. Mais aussi, cette pratique peut heurter le droit des propriétés incorporelles à cause du caractère éventuellement protégé des termes utilisés.

2- Le caractère éventuellement protégé des termes utilisés

327. En matière de signes distinctifs, l'esprit du cadre juridique mis sur pied par l'OAPI est que le titulaire du signe bénéficie d'un monopole d'exploitation[840] de celui-ci. L'usage non autorisé d'une marque enregistrée pour commercialiser[841] des produits ou services identiques ou similaires concurrents constitue une contrefaçon[842]. L'application de ce principe dans l'univers électronique, dans le contexte de référencement, est très pénible. Théoriquement, il résulte de l'analyse que la pratique du référencement est de nature à mépriser par moments les droits des titulaires des marques et d'autres signes distinctifs. En effet, si les cybermarchands recourent généralement à la pratique du référencement, notamment lorsqu'il est payant, c'est sans doute en vue d'améliorer leur position concurrentielle. Ainsi, il arrive souvent que l'annonceur, en vue d'attirer l'attention des internautes sur ses produits, utilise plutôt des signes identiques à celui de la marque d'un produit concurrent[843]. Si la marque est constituée d'un mot, cas d'une marque verbale, l'annonceur peut la reprendre en simulant une erreur, cas du *typosquatting* envisagé plus haut.

---

[840] Ce monopole n'est cependant pas absolu. En effet, d'après l'al. 3 de l'article 7 de l'Annexe III de l'Accord révisé de Bangui, « *l'enregistrement de la marque ne confère pas à son titulaire le droit d'interdire aux tiers l'usage de bonne foi de leur nom, de leur adresse, d'un pseudonyme, d'un nom géographique, ou d'indications exactes relatives à l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine ou l'époque de la production de leurs produits ou de la présentation de leurs services, pour autant qu'il s'agisse d'un usage limité à des fins de simple identification ou d'information et qui ne puisse induire le public en erreur sur la provenance des produits ou services* ».

[841] Ainsi, l'usage prohibé, c'est celui qui est fait dans la vie des affaires. D'après la CJUE, l'usage du signe identique à la marque a lieu dans la vie des affaires dès lors qu'il se situe dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé. Cf. CJUE, arrêt du 12 novembre 2002, Arsenal Football Club, C-206/01, Rec. p. I-10273.

[842] Cf. art. 7 al. 2, Annexe III, Accord révisé de Bangui : « *L'enregistrement de la marque confère également au titulaire le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou services qui sont similaires à ceux pour lesquels la marque de produits ou de services est enregistrée dans le cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. En cas d'usage d'un signe identique pour des produits et services identiques, un risque de confusion sera présumé exister* ».

[843] Cf. TGI Paris 3ème ch., 3eme section, Jugement du 29 octobre 2010 *Free / Osmozis*, www.legalis.net.

Par ailleurs, la pratique du référencement est de nature à porter atteinte aux fonctions de la marque, notamment l'indication de l'origine d'un produit. Il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque lorsque l'annonce ne permet pas, ou permet seulement difficilement, à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif, de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers[844]. Dans ce contexte, il y a lieu d'apprécier la façon avec laquelle les annonces sont affichées sur la page de résultats. À ce sujet, le législateur camerounais met à la charge des prestataires une obligation d'information loyale et transparente. Ainsi, toute annonce, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service en ligne, doit clairement identifier, entre autres, « *la personne physique ou morale pour le compte de laquelle cette publicité est faite* »[845]. Si cette obligation est observée par ces prestataires, il va de soi que le risque de confusion sur l'origine des produits et services référencés sera atténué. Or, tel n'est pas le cas, lorsque l'annonce du tiers suggère l'existence d'un lien économique entre ce tiers et le titulaire de la marque ; ou encore lorsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause, qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y est joint, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci[846].

En réalité et dans la pratique, lorsque le consommateur indique les mots-clés correspondant à une marque précise, il s'attend naturellement à ce que les résultats du moteur de recherche le conduisent automatiquement vers le site du titulaire de la marque. Ainsi, l'usage du signe identique à la marque par le tiers en tant que mot-clé déclenchant l'affichage de ladite annonce, est, en soi, de nature à créer chez le consommateur, même d'intelligence moyenne, un risque certain de confusion[847]. Dans

[844] Cf. CJUE, Arrêt du 11 septembre 2007, *Arrêt Céline*, C-17/06, *Rec*. p. I-7041.
[845] Cf. art. 5, al. 1, Loi 2010/021 régissant le commerce électronique.
[846] Cf. CJUE, Grande chambre, Arrêt du 23 mars 2010 *Google France / LVM, Viaticum, Luteciel, CNRRH et autres*, points 89 et 90.
[847]En ce sens, voir CJUE, arrêt du 16 novembre 2004, *Anheuser-Busch*, C-245/02, *Rec*. p. I-10989.

une pareille situation, il y a lieu d'organiser un système de responsabilité afin de contenir, ou de réparer le cas échéant, les conséquences économiques de telles dérives. Puisque les techniques de référencement sont généralement proposées et/ou gérées par des prestataires professionnels, la responsabilité de ces derniers peut constituer la solution au problème.

B- LA SOLUTION AU PROBLÈME

328. L'assainissement des systèmes de référencement des sites Web des cybermarchands commande dans une certaine mesure de contrôler les prestataires des services de référencement. Mais, puisque les systèmes sont différents en fonction du rôle joué par le prestataire, il faudrait aussi, pour une question d'efficacité et de transparence, tenir compte de la nature du rôle joué par le prestataire. Ainsi, d'après l'article 40 alinéa 1 de la loi camerounaise relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité, toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité engagée que lorsqu'elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse ou qu'elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission.

329. De ce qui précède, il s'ensuit que le prestataire des services de référencement encourt une certaine responsabilité s'il joue un rôle actif dans la sélection des mots-clés nécessaires au référencement d'un site et si ce mot-clé porte atteinte à une marque. Prenant l'exemple de Google et de son système *Adwords*, il est possible de faire face à deux cas de figure. L'un dans lequel le prestataire se confine à un rôle passif, et l'autre dans lequel il joue un rôle actif. Dans cette dernière hypothèse, le régime de sa responsabilité se rapprochera davantage du régime de responsabilité des prestataires neutres qui sera étudié plus loin[848].

330. Dans le premier cas de figure, hypothèse la plus courante, le prestataire ne participe pas à la sélection des mots-clés. Dans le cas des services Adwords, le prestataire ne vend ni ne réserve les mots-clés au profit des annonceurs[849]. Tous les

[848] Cf. Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II (n° 541 ss.).
[849] CLAVIER (J.-P.), *op. cit.*

termes sont, à tout moment, à la disposition des annonceurs. En effet, Google ne fait que vendre et proposer des espaces publicitaires avantageux. Comme ce prestataire le dit lui-même, *« le programme publicitaire AdWords vous permet de créer et diffuser votre annonce sur les pages de recherche Google lorsque la recherche d'un internaute correspond aux produits ou aux services de votre entreprise »*[850]. Ainsi, la sélection des mots-clés est l'œuvre de l'annonceur. Confortant cette compréhension, les conditions générales[851] de ce service précisent que, *« Le Client déclare et garantit (i) que l'ensemble des informations fournies par le Client à Google sont exactes, complètes et à jour; (ii) que le Client dispose des droits nécessaires pour autoriser Google et ses Partenaires, le cas échéant, à utiliser, reproduire, afficher, transmettre et diffuser (ci-après, l'«Utilisation des Publicités ») les publicités du Client (y compris les Cibles ainsi que tous les Messages Publicitaires); et (iii) que l'Utilisation des Publicités conformément à ce Contrat et les sites et/ou les pages d'entrée auxquels conduisent les liens placés dans les publicités du Client (notamment les Services de l'Annonceur associés) (a) n'enfreignent pas et n'incitent pas à enfreindre aucune législation, réglementation ou code professionnel (tel que notamment les recommandations et chartes du BVP ou codes de déontologie standards équivalents dans tout autre pays); (b) ne portent pas atteinte aux droits de tiers et notamment aux droits de propriété intellectuelle et au droit des marques, ni ne contiennent des informations susceptibles d'être préjudiciables, obscènes, haineuses ou diffamantes »*[852].

Dans un tel contexte, il va de soi que, si c'est le client qui choisit les mots-clés et s'engage à s'assurer préalablement de leur disponibilité au regard des droits de marques, le prestataire pourra bénéficier de l'exonération prévue à l'article 40 sus cité. Alors que plusieurs décisions avaient régulièrement condamné les prestataires des services de référencement au titre de contrefaçon[853] ou de complicité de contrefaçon, la Cour de Justice de l'Union Européenne, intervenant pour la première fois sur la question du référencement, a conclu que les prestataires des services de référencement et plus

[850] Cf. http://www.google.fr/intl/fr/landing/phone-signup/flow1.html.
[851] Version du 06 octobre 2009 consultable à l'adresse https://www.google.com/intl/fr_fr/adwords/select/TCFrance2009-10.html.
[852] Point 11.1.
[853] À titre d'illustration, voir Cour d'Appel de Paris du 1 février 2008, *Google c. GIFAM* ; Cour d'Appel de Versailles du 10 mars 2005, *Google c. VIATICUM et LUTECIEL*.

précisément *Google*, ne portaient pas atteinte au droit des marques. D'après cette Haute Juridiction en effet, « *le prestataire d'un service de référencement sur internet qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 89/104 ou de l'article 9, paragraphe 1, sous a) et b), du règlement n° 40/94* »[854]. Il faut relever que le contenu des textes auxquels fait référence la CJUE ici est identique à celui de l'article 7 de l'Annexe III de l'Accord révisé de Bangui.

331. Cette position de la CJUE pose certainement quelques problèmes à l'analyse. En effet, l'on peut commencer par relever que si Google ne fait pas personnellement usage des signes protégés par le droit des marques, il en facilite l'usage. La réalité est que Google ne se limite pas toujours à la simple vente des positions publicitaires. Ainsi, il résulte du point 4.2 des conditions générales de publicité de Google que : « *Sauf accord contraire écrit de Google, ... (ii) Google peut proposer la même Cible à plusieurs Clients* ». On comprend dès lors qu'il est des cas où la Cible[855] est proposée par *Google*. Dans un tel cas, comment ne pas conclure que *Google*, dans la mesure où il peut lui-même proposer des mots-clés, pourrait alors être vu comme coupable de contrefaçon ou du moins de complicité de contrefaçon ?

Par ailleurs, une autre analyse aurait certainement pu déterminer la Haute juridiction de l'Union Européenne à adopter une solution contraire. En effet, en concluant que *Google Adwords* ne porte pas atteinte aux Droits de propriété intellectuelle, elle a libéré Google de la pression qui pesait sur elle et qui l'obligeait à assurer une sorte de police sur ses services. D'ailleurs, dès le lendemain de cette décision du 23 mars 2010 de la CJUE, Google a annoncé des changements dans sa politique vis-à-vis de l'utilisation des marques dans l'Union Européenne. Au rang des points saillants de ce revirement, *Google* indique qu'il ne vérifiera plus la présence de noms de marques dans les mots-clés proposés. Ainsi, désormais, dans le cadre de ce service, *Google* pourra soumettre aux enchères des mots-clés liés aux noms de marques. Par ailleurs,

[854] Cf. CJCE, Grande chambre Arrêt du 23 mars 2010 *Google France / LVM, Viaticum, Luteciel, CNRRH et autres*, point 99.
[855] Le vocable « *cible* » désigne tout mot-clé, mot-clé négatif, catégorie ou tout autre critère de ciblage. Cf. *Conditions Générales, Google Adwords*.

l'obligation de surveillance qui pesait sur Google, est désormais transférée par cette dernière, d'une part sur les titulaires des marques invités éventuellement à signer des « *gentlemen agreement* » avec leurs concurrents pour limiter les agressions et, d'autre part sur les distributeurs conviés à négocier ou renégocier les conditions d'utilisation avec une marque. Finalement, cette solution coûtera bien plus chère aux titulaires des marques qui devront alors investir dans la veille sur internet pour contrôler l'utilisation de leurs marques sur *Google Adwords*[856].

332. Il est à espérer qu'en dépit du libéralisme dont le droit communautaire de la CEMAC vise la promotion, lorsque les autorités communautaires ou nationales seront saisies d'un tel litige, qu'elles veillent, avant tout, à empêcher toute utilisation illicite des marques et autres signes distinctifs sièges de droit, ou toute pratique favorisant une telle utilisation. En ce sens, une invitation peut être faite aux autorités communautaires de la CEMAC, à tenir compte dans une telle situation, de la portée du rôle du prestataire en distinguant selon qu'il a joué un rôle actif ou simplement passif ; l'enjeu de cette démarche étant de se démarquer de la conception selon laquelle, « *la marque est un mot-clé comme un autre* »[857]. Bien plus, la responsabilité en cas d'atteinte à la marque par l'utilisation des mots-clés ne doit pas peser sur le seul annonceur, mais aussi sur le prestataire des services de référencement. L'économie de la sous-région étant en plein développement, sa croissance, pour être amorcée et soutenue, doit pouvoir, entre autres, compter sur une meilleure protection de la propriété intellectuelle. À notre sens, la prise en compte de telles considérations favorisera mieux l'esprit d'innovation et de compétitivité des entreprises. En outre, elle contribuera aussi à la protection du fonds de commerce électronique..

SECTION II : LA PROTECTION DU FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

333. Deux aspects importants méritent d'être abordés à ce niveau. D'une part, protéger le commerce électronique commande d'abord qu'il soit reconnu comme objet

[856] DEGRELLE (D.), ''Google Adwords et le droit des marques pour les mots-clés'', http://www.1ere-position.fr/blog/ , Publié le 3 septembre 2010.
[857] KUNTZ (A.), ''Pour Google, les marques sont des mots-clés comme les autres'', http://www.voxpi.info/, publié le 06 août 2010.

juridique, raison pour laquelle la vérification des conditions de son existence sera abordée dans un premier temps (Para. I). D'autre part, après que son existence soit établie, il faudra maintenant veiller à préserver sa stabilité économique (Para. II).

PARA. I : L'EXISTENCE D'UN FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

334. Le fonds de commerce peut simplement être défini comme un ensemble de moyens mis en place par un commerçant en vue d'attirer et de conserver une clientèle[858]. Classiquement, son existence doit résulter de la combinaison de certains éléments principaux. Ainsi, l'Acte uniforme OHADA portant Droit Commercial Général prévoit que « *le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial* »[859]. Il en résulte que la clientèle est l'élément indispensable du fonds de commerce, celui auquel il faudra ajouter nécessairement soit l'enseigne, soit le nom commercial ou les deux cumulés. En d'autres termes, pour qu'on puisse dire qu'un fonds de commerce existe, il faut démontrer qu'il dispose d'une clientèle et d'une enseigne ou d'un nom commercial. Cette définition marque une nette évolution dans la notion de « *fonds de commerce* » en droit communautaire de l'OHADA. Selon l'article 104 de l'ancienne version de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général, le fonds de commerce était obligatoirement constitué de trois éléments à savoir la clientèle, l'enseigne et le nom commercial. Ces deux derniers éléments sont devenus alternatifs. Au-delà de cette évolution, il faut noter que la nature incorporelle du fonds de commerce n'a pas changé dans le droit de l'OHADA.

335. Le fonds de commerce n'a pas toujours eu ce caractère incorporel. Des études révèlent en effet qu'à l'origine, il avait plutôt une dimension matérielle renvoyant généralement tant à l'immeuble où le commerçant exerçait, qu'aux marchandises qu'il vendait et même aux machines et matériels qu'il utilisait dans son commerce[860]. Ce n'est

---

[858] Cf. art. 135, AUDCG modifié.
Voir aussi, DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E), Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, 10ème édition, Montchrestien, Domat droit privé, 2010, p. 253.
[859] Cf. art. 136, AUDCG, version modifiée du 15 décembre 2010 à Lomé.
[860] Pour plus de développements, voir, MONÉGER (J.), ''Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce'', in *AJDI* 2001 p. 1042.

qu'au cours du siècle dernier que le concept a été enrichi des éléments immatériels au fur et à mesure que ceux-ci prenaient place dans le processus de production et de distribution[861]. Ainsi, il s'agit d'une notion en perpétuelle évolution dont le caractère et le contenu s'adaptent au gré des contextes juridiques, économiques et technologiques de chaque époque. De nos jours, le fonds de commerce est passé d'une existence essentiellement matérielle à une existence largement, voire totalement immatérielle[862].

Au regard des enjeux juridiques et économiques de l'heure, la notion de fonds de commerce est d'une utilité fondamentale pour la protection des biens d'un opérateur économique. À ce titre, on relève, au moins à titre d'illustration, qu'elle permet de protéger la propriété commerciale du commerçant, notion à laquelle il est intimement lié. Comme l'a relevé un auteur, « *fonds de commerce et propriété commerciale sont des notions contemporaines. Elles ont des sources communes. Elles sont unies par des liens étroits. Elles subissent les mêmes critiques et les mêmes attaques* »[863]. En effet, la reconnaissance d'un fonds de commerce n'est pas une fin en soi, il s'agit généralement d'une condition préalable à la protection des intérêts commerciaux des commerçants. Ainsi, là où il y a activité économique professionnelle, le régime du fonds de commerce devrait être appliqué. Cette conception est sensiblement celle retenue par le législateur de l'OHADA lorsqu'il fait profiter à tout professionnel le régime du bail à usage professionnel[864].

Si ce principe est acquis, et que le fonds de commerce n'est pas défini par rapport à une localisation géographique, il va de soi que l'activité commerciale du commerçant

---

[861] MONÉGER (J.), *op. cit.*

[862] MONÉGER (J.), op. cit

[863] DERRUPPÉ (J.), ''L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale'', in *L'avenir du droit. Mélanges offerts au professeur F. Terré,* Juris-classeur, Paris, Dalloz et PUF, 1999, p. 577. Sur l'avenir du bail commercial : voir, DERRUPPÉ (J.), synthèse du colloque organisé à l'université de Lille II à l'initiative de Françoise Auque, *Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ?*, in *AJDI* 2000, pp. 510 et ss.

[864] Voir article 101, AUDCG modifié, lequel dispose : « *Les dispositions du présent titre sont applicables à tous les baux portant sur des immeubles rentrant dans les catégories suivantes :*
1°) locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel ;
2°) locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel, à la condition, si ces locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, que cette location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur, et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la conclusion du bail ;
3°) terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage industriel, commercial, artisanal ou à tout autre usage professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du propriétaire ou portées à sa connaissance et expressément agréées par lui ».

doit être protégée nonobstant le canal, physique ou électronique, qu'il utilise pour ses prestations. En effet, la définition essentialiste du fonds de commerce ne s'oppose manifestement pas à la consécration de l'existence d'un fonds de commerce qui ne serait que numérique[865], ceci surtout que « *le droit au bail ne constitue pas un élément nécessaire du fonds de commerce en ce sens que la perte du droit au bail ou le transfert du fonds de commerce en un autre lieu entraînerait la disparition de celui-ci* »[866]. Dans cette logique, il est possible de vérifier, dans l'environnement électronique, l'existence des éléments essentiels caractérisant un fonds de commerce.

336. S'agissant de la clientèle, l'on relève d'entrée de jeu que « *sans la clientèle, il ne peut pas y avoir de fonds de commerce* »[867]. Ainsi, en plus du fait qu'elle est la finalité du fonds de commerce[868], la clientèle se révèle aussi en être l'élément essentiel[869]. Elle est composée des relations d'affaires existantes du commerçant. Relativement au commerce électronique, un auteur soutient que la notion de clientèle doit nécessairement être renovée[870]. Les paramètres sont en effet un peu différents de ceux qui sont facilement vérifiables dans le commerce traditionnel. Dans le contexte électronique, le fait que des transactions commerciales se matérialisent peut être un indicateur réel de l'arrivée d'une clientèle[871], ainsi, on en déduit que l'exploitation effective d'un site web marchand doit indubitablement signifier existence d'une clientèle[872]. D'autres auteurs soutiennent l'idée selon laquelle on puisse identifier dans ce secteur d'activité les marques d'existence d'une clientèle au profit des sites

[865]VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), ''Le fonds de commerce virtuel, une réalité juridique ?'', in *Gazette du Palais*, 24 octobre 2002 n° 297, p. 21. Voir en ce sens, DESGORGES (R.), ''Notion de fonds de commerce et internet'', in *Comm. Com. électr.*, mars 2000, pp. 14 et s. ; FERRIER (D.), ''La distribution sur l'internet'', in *J.C.P. Semaine juridique*, suppl., n° 30, 23 juillet 2000, p. 14.

[866] Cf. Civ. Gand, 24 janv. 1940, *T.V.R.*, 1941, p. 56. Jurisprudence citée par VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), *op. cit.*

[867] DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E), *op. cit.*, p. 254. Voir aussi, Cass. Com., 31 mai 1988, Bull., civ. IV, n° 180. Dans cette décision, le juge motive sa décision ainsi : « *Attendu qu'il n'y a pas de fonds de commerce lorsqu'il n'y a pas ou lorsqu'il n'y a plus de clientèle qui s'y trouve attachée* (…) »

[868] De par sa définition, le fonds de commerce est constitué en vue d'acquérir et de conserver une clientèle.

[869] DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E), *op. cit.*, p. 254.

[870] DUBOS (B.), Essai sur la notion de fonds de commerce électronique, Thèse de Doctorat de Droit Privé, Université de Toulouse 1, 8 septembre 2008, p. 115.

[871] Cass 3ème civ, 5 février 1962, Bull civIII, p.59.

[872] DUBOS (B.), *op. cit.*, p. 125.

marchands. En ce sens, ils font remarquer que, « *l'ensemble des personnes qui passent commande au cybercommerçant forment donc bien, en principe, sa clientèle propre* »[873].

Sur le statut de cette clientèle des cybermarchands, il n'existe aucun obstacle sérieux à son autonomie. Certes, la présence d'un site internet marchand est facilitée par l'activité des hébergeurs et des fournisseurs d'accès ; mais, il demeure que la clientèle est propre au titulaire du site, elle n'est ni celle des hébergeurs, ni celle des fournisseurs d'accès. Aucune analogie ne peut être faite ici avec la jurisprudence des buvettes[874]. En effet, s'il paraît évident de soutenir que celui qui se dirige vers une buvette située dans un centre commercial ou un stade se dit qu'il va au stade ou au centre commercial et non précisément dans la buvette située dans ce satde ou ce centre commercial, dans le cadre de l'internet, il n'existe aucun signe visible de la présence d'un hébergeur ou d'un fournisseur d'accès. Donc, pour le consommateur, c'est vers le site marchand qu'il se dirige. Par ailleurs, il est évident que contrairement à la jurisprudence des buvettes où le cadre qui héberge la buvette offre à ce dernier un avantage commercial (localisation, attraction de la clientèle, etc.), il s'avère que les hébergeurs et les fournisseurs d'accès n'offrent au cybermarchand aucun avantage commercial spécial, un cybercommerçant pouvant héberger son site chez tel ou tel hébergeur sans aucune incidence économique sur son activité commerciale. On ne visite pas un sité marchand en considération de son hébergeur ou du fourniseur d'accès.

Bien plus, tout comme le fonds de commerce traditionnel, le fonds de commerce électronique bénéficie aussi d'éléments de signalisation dont le plus important est le nom de domaine.

337. En définitive, il apparaît qu'« *il ne fait pas de doute que la notion juridique de fonds de commerce est susceptible de s'appliquer à un site de commerce électronique transactionnel* »[875]. Cependant, à la différence du fonds de commerce traditionnel dont les aspects juridiques sont suffisamment maîtrisés, le fonds de commerce électronique

[873] STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G.), ''L'avènement du fonds de commerce électronique'', in *Gazette du Palais*, 04 juin 2009 n° 155, p. 52.
[874] Cf. Cass. Ass. plén., 24 avril 1970, pourvoi no 68-10.914, Bull. Cass. Ass. plén. no 3 ; *JCP*, 1970, II. 16489, note B. Boccara.
[875] VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), ''Le fonds de commerce virtuel, une réalité juridique ?'', in *Gaz. Pal.*, 24 mai 2002, n° 297, p. 21.

nécessite encore une attention particulière et bienveillante des pouvoirs publics. L'intérêt d'une telle démarche se situe au niveau où, si cet instrument économique ou les différents éléments qui le constituent ne sont pas protégés, l'engouement des opérateurs économiques s'en trouvera affecté. Aussi, il apparaît qu'un régime de protection de dimension communautaire serait l'idéal dans la mesure où seule une telle approche peut garantir et favoriser la libre circulation des transactions électroniques de même que la libre prestation des services du commerce électronique dans la zone CEMAC.

PARA. II : LA PROTECTION DE LA STABILITÉ ÉCONOMIQUE DU FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

338. Le de fonds de commerce étant très important pour l'activité du commerçant, il s'avère important de le protéger contre tout risque d'instabilité pouvant avoir des conséquences économiquement négatives sur sa productivité. Traditionnellement, le législateur fait bénéficier à cet instrument économique un ensemble d'atouts. Cette protection est particulièrement ressentie dans deux situations précises : il s'agit de la situation dans laquelle le fonds est exploité dans un local loué d'une part, et de celle dans laquelle le fonds est exploité dans le cadre d'un réseau de distribution d'autre part. Si dans l'environnement physique, des solutions ont déjà été proposées, celles-ci n'intègrent pas toujours la neutralité technologique qui conditionne aujourd'hui le développement du droit des affaires dans la Zone CEMAC. La non prise en compte de cette contrainte débouche sur une inadaptation de ces solutions à l'environnement virtuel. Cependant, un fonds de commerce électronique est généralement exploité en vertu de contrats de jouissance et d'usage dont la résiliation peut perturber l'exploitation dudit fonds. Aussi, ce fonds peut évidemment être exploité dans le cadre d'un réseau de distribution ou de franchise. Face à tout ceci, il importe d'adapter et de définir au besoin, des règles efficaces permettant une meilleure protection de cet investissement.

Pour mieux analyser la pertinence de cette idée, les développements porteront d'une part sur la nécessité de transposer et d'adapter à l'environnement électronique le régime juridique du bail à usage professionnel (A), et d'autre part, sur la définition d'un

régime juridique permettant un équilibre entre les intérêts des différents participants à un réseau de distribution dans le commerce électronique (B).

A- LA TRANSPOSITION DU RÉGIME DU BAIL À USAGE PROFESSIONNEL DANS L'ENVIRONNEMENT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

339. Malgré le principe de non-discrimination, commandant que les activités économiques soient soumises au même régime indépendamment du canal qu'elles empruntent, le réalisme veut cependant que des spécificités particulières à certains canaux puissent être prises en compte pour développer et mettre en œuvre des règles appropriées. La question du bail à usage professionnel est l'une de celles qui méritent une attention particulière lorsque l'activité économique considérée est menée en ligne.

De façon générale, l'importance du bail à usage professionnel est reconnue par la doctrine de même que par le législateur. Entre autres, cette importance résulte de ce qu'il « *renforce le patrimoine du commerçant en lui procurant ce que les auteurs appellent la propriété commerciale* »[876]. Évidemment, « *la reconnaissance de la propriété commerciale s'exprime à travers le régime du bail commercial* »[877]. Ainsi, le bail commercial est, dans certains cas, vu comme un élément important du fonds de commerce. L'ancienne version de l'Acte uniforme OHADA relatif aux sûretés tenait sûrement compte de cette importance lorsqu'il faisait compter automatiquement[878] dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce, le bail commercial[879]. Dans la version modifiée cependant, le bail commercial, rebaptisé bail à usage professionnel[880], n'est plus un élément obligatoirement compris dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce[881]. Tenant compte de ce que de nombreux commerçants ne sont pas propriétaires des locaux dans lesquels ils exploitent leur entreprise[882], et que pour

[876] SANTOS (P.), *Présentation de l'acte uniforme relatif au droit commercial général*, Programme de formation en ligne avec le soutien du fonds francophone des inforoutes, www.ohada.com.
[877] STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*
[878] L'idée ici était sans doute de permettre à l'éventuel adjudicataire de pouvoir immédiatement exploiter le fonds sans souffrir de la contrainte de devoir encore le déplacer au risque de perdre la clientèle y attachée.
[879] Cf. art. 69, AUS, ancienne version.
[880] Cf. art. 101 et suivants, AUDCG modifié.
[881] Cf. art. 162, AUS modifié.
[882] BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires, Commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, 3ème édition, 2002, p. 291.

certains types d'activités, un emplacement particulier est indispensable, le législateur communautaire aurait dû maintenir sa position originelle.

340. Dans le commerce électronique, le raisonnement conduit à observer que, pour la mise en place d'une activité économique en ligne, un ensemble de facteurs s'imposent aux prestataires. Ainsi, l'important n'est pas d'avoir des idées, ni de concevoir un site web. Encore faut-il avoir accès à internet, et surtout, pouvoir héberger ledit site. Si dans le commerce classique, il existe des opérateurs entièrement propriétaires des dispositifs matériels nécessaires à l'exploitation de leur activité économique, dans l'univers électronique, une telle situation est extrêmement rare. Par ailleurs, alors que dans le commerce classique certaines activités peuvent être exercées à la ''sauvette'', sans aucune nécessité d'un espace physique, dans le commerce électronique, on a toujours besoin de conclure au préalable un ou plusieurs contrats d'accès. Tout ceci conduit inexorablement à conclure à la nécessité de protéger le droit pour un site web commercial de se maintenir en ligne. Si, comme l'analyse le révèle, les dispositions de l'acte uniforme relatives au bail à usage professionnel sont de mise en œuvre difficile dans l'environnement électronique (1), il apparaît qu'en prenant en compte certains éléments propres au commerce électronique (2), il soit possible de parvenir à l'élaboration d'un régime protecteur du bail commercial en ligne.

1- La difficile mise en œuvre des dispositions de l'AUDCG dans le commerce électronique

341. Le régime juridique du bail à usage professionnel en vigueur dans la Zone CEMAC résulte essentiellement des dispositions des articles 101 et suivants de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit commercial général[883]. De ce texte, il résulte que pour que ce régime soit mis en œuvre, des conditions subjectives et matérielles doivent être remplies.

342. Subjectivement, le régime du bail à usage professionnel s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales de droit privé ou de droit public à caractère industriel ou commercial, et aux sociétés à capitaux publics exerçant une

[883] Acte uniforme relatif au droit commercial général (OHADA), tel que modifié le 15 décembre 2010 à Lomé.

activité commerciale, industrielle, artisanale ou à tout autre usage professionnel[884]. Cette condition ne pose, relativement au commerce électronique, aucune difficulté. Étant une activité économique, les opérateurs du commerce électronique rentrent normalement dans cette catégorie dans la mesure où l'accès y est libre[885].

343. En revanche, sur le plan matériel, cette législation s'avère inapte à s'appliquer dans un environnement électronique. En effet, il résulte qu'elle ne peut s'appliquer que si le contrat de bail considéré porte sur un immeuble bâti[886]. Or, le commerce électronique se déployant dans un univers virtuel, celui-ci n'a nullement le caractère d'immeuble. La jurisprudence interprète de façon très stricte cette condition. Même en France où la loi précise que le statut du bail commercial s'applique aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité[887], la jurisprudence a traditionnellement interprété le mot « *local* » comme un « *espace clos et couvert* » où l'exploitant, sinon la clientèle peut entrer. Ainsi, pendant qu'un kiosque a été vu comme étant un local, une vitrine accrochée à un mur n'a pu, quant à elle, recevoir une pareille qualification, encore moins un mur, même à usage publicitaire[888] et *a fortiori* un espace purement virtuel.

Le contrat auquel il est en effet fait allusion ici, c'est celui permettant de faire fonctionner un site internet marchand. Si le cybermarchand, en plus de son site web marchand, dispose en outre d'une boutique physique, il va de soi que pour cette dernière, il pourra logiquement prétendre au bénéfice du statut du bail à usage professionnel. Or, par rapport aux activités commerciales menées en ligne, ce lieu de situation géographique du commerçant n'offre aucun avantage spécifique. En effet, ce qui importe dans le commerce électronique, c'est la visibilité du site marchand et non l'adresse géographique du prestataire.

[884] Lecture combinée des articles 101 et 102 AUDCG modifié.
[885] Pour le cas du Cameroun, voir article 3, al. 1 de la loi relative au commerce électronique.
[886] Cf. art. 101, AUDCG, modifié.
[887] Cf. art. L. 145-1 du Code de commerce.
[888] MASSART (T.), Cours de droit commercial, éd. du 2 avril 2001, disponible sur www.massart.nom.fr.

Mais, puisqu'il faut effectivement protéger le fonds de commerce électronique, au même titre que le fonds de commerce physique, au nom du principe de la neutralité[889], il est utile de réfléchir à d'autres critères plus appropriés au commerce électronique.

2- La recherche d'une solution propice au commerce électronique

344. Si dans le commerce traditionnel, le bail à usage professionnel est vu comme l'élément protecteur de la propriété commerciale, c'est sans doute parce que le local dans lequel le fonds de commerce est exploité est vu comme le point stabilisateur du fonds de commerce du point de vue de la clientèle. Ainsi, en l'absence d'un tel local dans l'environnement électronique, il faudra rechercher l'élément à même de jouer ce rôle fixateur. Or, comme il a été indiqué plus haut, la mise en place d'un site de commerce électronique nécessite que soit conclu un faisceau de contrats. Les uns assurent la présence du site sur la toile, les autres favorisent sa visibilité. Ces deux catégories d'éléments étant importantes pour l'épanouissement économique d'un site de commerce électronique, il convient d'étudier les différents contrats qui les composent pour déterminer celui qui assure la stabilité du fonds de commerce électronique et donc à même de remplacer fonctionnellement le bail à usage professionnel.

a. Le contrat d'hébergement

345. Le contrat d'hébergement peut globalement être défini comme le « *contrat par lequel le prestataire met à la disposition de son abonné une partie des ressources de ses machines : espace disque dur et capacité de traitement en temps machine* »[890]. Le fonctionnement d'un site web nécessite un espace où les fichiers nécessaires seront stockés, lequel espace devra être connecté permanemment sur le réseau internet. Certes, tout comme dans le commerce classique, certains commerçants sont propriétaires des locaux dans lesquels ils exploitent leur commerce, de même sur internet, certaines prestataires assurent eux-mêmes sur leurs propres serveurs, l'hébergement de leur site

[889] D'après ce principe, aucune discrimination ne doit être faite entre les activités économiques selon la forme de leur exercice. Nonobstant le canal choisi, électronique ou physique, tous les opérateurs doivent bénéficier du même statut.

[890] ITEANU (O.), ''Les contrats du commerce électronique'', in *Droit et patrimoine*, décembre 1997, n° 55, p. 52 et s.

marchand. L'importance de l'hébergement pour le site est-il tel que la rupture d'un tel contrat entraîne des perturbations dans l'exploitation commerciale d'un site ?

Dans la recherche des éléments de réponse à cette question, il convient tout d'abord de constater que le lieu d'hébergement n'apporte pas, de façon générale, une plus-value ou une position stratégique au site marchand. En effet, si le changement du local dans le commerce traditionnel entraine des perturbations, c'est parce qu'il fait perdre au commerçant la clientèle qu'il avait pu fixer en ce lieu. Or, dans le commerce électronique, on ne contracte pas avec un site en fonction de son lieu d'hébergement, lequel est même généralement ignoré par la clientèle. Ainsi, le lieu d'hébergement n'est pas comparable à un local où le commerçant reçoit sa clientèle[891]. Donc, en changeant le lieu d'hébergement, il est généralement possible que le comportement et les habitudes du client ne soient point affectés et que de même, la valeur économique du fonds n'en soit point perturbée. Cette position serait partagée par certains auteurs pour qui, le choix d'un hébergeur n'implique aucune conséquence sur la visibilité du site, et le fait de changer d'hébergeur n'affecte en rien la survivance du fonds de commerce virtuel[892].

Au regard de tout ce qui précède, il convient de retenir que le contrat d'hébergement ne peut efficacement jouer le rôle du bail à usage professionnel dans le commerce électronique. Il en est de même du contrat de référencement.

b. Le contrat de référencement

346. Il ne sert à rien à un site de commerce électronique d'exister, d'être beau, riche en contenu, s'il ne peut être facilement repéré. Ainsi, les services de référencement sont fondamentaux pour la visibilité d'un site marchand. Il faut donc, par un mécanisme juridique transparent, faciliter et garantir au profit des prestataires du commerce électronique le droit d'être référencé par les moteurs de recherche[893]. La stabilité économique des sites marchands dépend en effet de leur visibilité. Certes, le référencement est mutuellement bénéfique tant aux moteurs de recherche qu'au

[891] STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*
[892] VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), *op. cit.*, p. 21.
[893] Voir supra, n° 326, à propos de la décision de l'Autorité de la Concurrence (France), n° 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10mc01.pdf.

cybermarchand, dans la mesure où le premier a intérêt à référencer le plus de sites possibles afin d'être toujours sollicité, ce qui revalorise ses prestations en améliorant son chiffre d'affaires. Mais, il est à craindre qu'un moteur de recherche devienne si prépondérant sur le marché que le comportement de ses concurrents ne l'affecte plus. Alors, le risque de le voir abuser de sa position de force et de déréférencer des sites refusant ses conditions devient réel[894]. Mais, à l'analyse, on se rend compte, à la suite des idées développées ci-dessus, que le référencement, parce qu'intégrant souvent une certaine subjectivité du fait de l'utilisation abusive des mots-clés, ne peut utilement être perçu comme l'élément sur lequel transférer le régime du bail commercial en vue d'assurer la protection de la propriété commerciale d'un cybermarchand. Aussi, le référencement n'assure pas la présence ou la fixation du site web comme le ferait par analogie, un local physique pour un fonds de commerce traditionnel, il n'en assure que la visibilité. Bien plus, tous les sites marchands ne signent pas de tels contrats. Ainsi, il apparait que s'il est important, il n'est cependant pas fondamental et ne joue pas véritablement le rôle du local dans le contexte traditionnel. Plus que la visibilité du site, c'est sa présence sur les réseaux qui doit être protégée. En cela, la visibilité est d'une importance secondaire. En fin de compte, il apparaît que le contrat de référencement ne peut techniquement être vu comme l'équivalent pour le commerce électronique du contrat de bail pour le commerce traditionnel. Quid du nom de domaine ?

c. Le nom de domaine

347. Sur l'internet, le nom de domaine joue un rôle primordial si bien que la doctrine le considère comme une sorte de mot de passe ou de ralliement permettant d'entrer en contact avec la clientèle[895]. Sans nom de domaine en effet, pas de site web. L'importance de cet élément est telle que, comme il a été précisé précédemment, il prime souvent sur les autres signes distinctifs. Bien plus, sa valeur ne se situe plus simplement sur le plan technique, mais désormais, sa valeur patrimoniale est reconnue. Dans un premier temps, une juridiction allemande a reconnu qu'il pouvait faire l'objet de

[894] STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*
[895] Voir, VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), *op. cit.*

nantissement[896]. Plus récemment, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a admis que le droit exclusif d'utiliser et de céder librement les noms de domaines a une valeur économique, et constitue donc un bien au sens de l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme[897].

Le nom de domaine est l'élément visible que la clientèle doit retenir pour repérer le commerçant en ligne. S'il change, il est possible que les clients ne se retrouvent plus. C'est pourquoi la doctrine soutient que « *la stabilité de ce signe est donc d'une importance aussi capitale pour le cybercommerçant que la stabilité du lieu physique d'exploitation l'est pour le commerçant traditionnel* »[898].

Par ailleurs, à lui seul, « *le nom de domaine concentre donc, dans l'espace virtuel, les vertus de l'enseigne, du nom commercial et du local commercial* »[899], ces facteurs militant pour sa très grande protection. Cependant, en l'état actuel du droit communautaire, le nom de domaine ne bénéficie pas d'un régime juridique clair. Certaines autorités nationales, à l'instar de l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication du Cameroun ont défini, en s'inspirant des règles édictées par l'ICANN, une Charte de Nommage du nom de domaine de premier niveau géographique du Cameroun, le .CM.

348. De cette charte, il ressort un ensemble de règles tendant à précariser le droit du cybermarchand sur le nom de domaine qui identifie et localise son site sur internet. En revanche, aucun droit au renouvellement du nom de domaine n'est institué ni garanti au profit du cybermarchand. Même si ce dernier a la possibilité de solliciter le renouvellement du nom de domaine dont il a le bénéfice, aucune indemnité d'éviction, comme c'est le cas dans le régime du bail à usage professionnel[900], ne lui est acquise si la demande de renouvellement n'aboutissait pas. Certes le non renouvellement du nom de domaine ne prive pas totalement le prestataire de la possibilité de continuer son

---

[896] TGI (*Landgericht*) de Essen, 22 septembre 1999, cité par BRÜNING (A.), ''Noms de domaine . - la reconnaissance de principe du nantissement de noms de domaine'', *Communication Commerce électronique* n° 3, Mars 2000, act. 49,

[897] CEDH 18 sept. 2007, Paeffgen gmbh (I-VI) c/ Allemagne, n° 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05 ; *JCP G* 2008. I. 158, n° 1, obs. C. Caron.

[898] STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G), *op. cit.*

[899] *Idem.*

[900] Cf. art. 126, AUDCG modifié.

activité sur internet. Cependant, il lui cause un trouble économique certain. Ne pouvant plus utiliser le nom de domaine qui lui avait permis de fidéliser une certaine clientèle[901], il risque de ne plus se faire repérer sur la toile, perdant ainsi une part de marché.

Par ailleurs, à défaut de renouvellement, le nom de domaine expiré est automatiquement supprimé. Et, dès lors qu'un nom de domaine est supprimé, celui-ci retombe dans le domaine public et peut donc à tout moment être réattribué à n'importe quel autre demandeur justifiant du respect des règles de ladite Charte de Nommage[902]. Il est donc à craindre qu'une telle disposition donne lieu à des pratiques frauduleuses consistant pour des concurrents à provoquer, par des mécanismes inavoués, l'éviction ou le non renouvellement d'un nom de domaine dans l'optique de se le faire attribuer plus tard. Mais, à la réalité, il faut nuancer la portée de ce risque. En effet, un nom de domaine sur lequel le réservataire antérieur avait obtenu soit un enregistrement à titre de nom commercial, soit un dépôt à titre de marque, ne pourra être attribué à une autre personne à cause de l'antériorité de ces droits devenus opposables tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des autorités d'adressage. Il est donc conseillé aux titulaires de noms de domaines de renforcer leur protection par le mécanisme de l'enregistrement[903] auprès de l'OAPI.

349. Finalement, il est dommage que la pérennité dans le droit d'utiliser le nom de domaine soit moins bien garantie par le législateur que le bail dans le commerce traditionnel. Pour pallier cette lacune, le législateur doit en effet suivre le rythme de la jurisprudence qui protège le nom de domaine contre les risques de parasitisme ou d'usurpation par des tiers dans des conditions analogues à celles d'un nom commercial[904]. Il est dès lors espéré que les pouvoirs publics communautaires et nationaux tiennent bien compte de toute l'importance du nom de domaine dans le fonctionnement et la stabilité économique d'un fonds de commerce électronique afin de

[901] Sauf dans quelques rares hypothèses, celui qui a perdu un nom de domaine ne peut plus le reconstituer entièrement, au moins le nom de domaine de premier niveau va changer, il pourra passer, entre autres, du .cm au .td ou au .com.
[902] Cf. art. 23, Charte de Nommage en Zone .CM.
[903] Sous réserve des conditions spécifiques à chaque catégorie des signes distinctifs, le nom de domaine peut, conformément aux dispositions de l'Annexe III du Traité révisé de l'OAPI, être déposé à titre de marque ; ou, conformément aux dispositions de l'Annexe V être enregistré à titre de nom commercial.
[904] STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*

mieux garantir sa jouissance au prestataire. Il faudra en outre que les conditions de renouvellement du contrat portant sur le nom de domaine soient plus souples et surtout que le bénéficiaire dispose d'un véritable droit au renouvellement à l'instar du droit au renouvellement du preneur dans un contrat de bail à usage professionnel.

À côté de cette protection et pour favoriser la distribution commerciale par le biais du commerce électronique, il importe d'adapter la notion d'exclusivité territoriale à l'environnement électronique.

B- L'ADAPTATION DU DROIT DE LA DISTRIBUTION AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

350. D'intérêt mal perçu au départ du fait de sa proximité tant avec les activités de production qu'avec celles de consommation, les activités de distribution sont aujourd'hui vues comme essentielles à l'économie. L'enjeu de cette activité intermédiaire est telle que les entreprises cherchent le plus souvent à en maîtriser l'organisation par la mise en place des réseaux de distribution. Par cette expression, il faut entendre un « *ensemble constitué d'entreprises liées par des relations d'échanges suffisamment fortes et stables pour créer un sous marché contractuel au sein du marché* »[905]. La mise en place d'un réseau de distribution vise généralement trois objectifs à savoir : la couverture totale du marché, le maintien d'un niveau de prix assurant une rentabilité suffisante et l'entretien et le renforcement de l'image de marque des produits de l'entreprise[906]. L'organisation d'un réseau de distribution peut être fondée sur le critère de la territorialité ou sur celui de la qualité des prestataires. Dans le premier cas, on parle de réseau de distribution exclusive et dans le second, de réseau de distribution sélective.

En général, l'organisation des réseaux de distribution exclusive implique que les participants se voient attribuer des zones géographiques sur lesquelles ils bénéficient d'une exclusivité dans la commercialisation des produits des organisateurs desdits

[905] THORELLI (H.), ''Networks : between markets and hierarchy'', in *Stratégie Management Journal*, vol. 7, T. 1, 1996, pp. 37 et suiv.
[906] BLAISE (J.-B.), *Droit des Affaires, Commerçants, concurrence, distribution*, op. cit, p. 555.

réseaux. Cette pratique qui est généralement vue comme anticoncurrentielle[907] est, sous réserve de certaines conditions[908], tolérée par le droit positif. Mais, si dans le contexte traditionnel, leur régime intègre déjà des réponses à la plupart des questions que leur mise en œuvre soulève, il apparaît en revanche que, combinés à l'environnement du commerce électronique, les réseaux de distribution soulèvent de nouvelles questions. À titre d'illustration, alors que dans l'environnement physique, il est facile de tracer les frontières entre deux zones d'exclusivité, dans l'environnement électronique, cette opération est très délicate. Pourtant, sans cette répartition géographique, la stabilité et la sécurité au sein de ces réseaux deviennent illusoires.

On aurait pu avancer que face à une telle difficulté, il soit simplement interdit aux concessionnaires de se lancer dans le commerce électronique. Mais, une telle solution serait contraire au droit positif dans la mesure où il est clairement prévu le principe de la liberté du commerce électronique[909]. Ainsi, s'il est juridiquement malvenu d'interdire à un concessionnaire ou à un franchisé d'exercer le commerce électronique, l'efficience des réseaux de distribution impose cependant un certain aménagement de cette liberté pour tenir compte, soit de l'exclusivité territoriale qui caractérise certains réseaux (1), soit des critères qualitatifs souvent requis (2).

1- L'aménagement de la liberté de commerce électronique des distributeurs exclusifs

351. Sans porter entièrement atteinte à la liberté de commerce électronique des distributeurs, il est cependant possible, pour tenir compte de la nature de certains réseaux, de limiter les marges de manœuvre de leurs participants[910]. En ce sens, il serait

[907] D'après l'article 3, al. 1 c), du Règlement n ° 1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles modifié par le Règlement N°12/05-UEAC-639 U-CM du 25 juin 2005, cette pratique est de nature à pouvoir fausser le jeu de la concurrence en ce qu'elle peut déboucher sur une répartition des marchés, par conséquent, elle est incompatible avec le marché commun et par ricochet, interdite.

[908] D'après l'article 3, al. 2 du Règlement n ° 1/99/UEAC-CM-639 sus cité, ce type d'accord peut être exempté s'il apporte effectivement une contribution au développement de l'efficience économique; s'il est indispensable à la réalisation de l'efficience économique ou encore s'il apporte un bénéfice ou un profit certain aux consommateurs ou aux utilisateurs, sans que ce profit ne soit pas seulement de nature pécuniaire.

[909] Cf. art. 3, al. 1, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

[910] Pour un auteur, « *cette liberté de recours à la vente en ligne s'accommode très mal avec l'affectio cooperandi qui caractérise les réseaux de distribution* », Cf. OTTIMI (O. B.), ''Le point 51 des lignes directrices : 7 ans après : quelles interprétations ? Quelles applications ? Quelles déductions'', in *Petites affiches*, 05 décembre 2007 n° 243, p. 3.

indiqué pour le législateur de la CEMAC, à la suite de celui de l'Union Européenne[911], de veiller, avec prudence et vigilance, dans la solution à mettre en œuvre, tout en préservant le principe de la liberté du commerce électronique (1), de l'assortir cependant de quelques aménagements distinguant les ventes passives et les ventes actives (2).

a. La règle de la liberté de commerce électronique

352. Cette liberté est instituée au profit de tous, qu'il s'agisse des promoteurs de réseau ou des distributeurs affiliés.

i. La liberté du promoteur du réseau

353. La structure d'un réseau de distribution exclusive fait apparaître au sommet la tête du réseau encore appelée fournisseur. Ce dernier est lui aussi un commerçant. Compte tenu de la structure du réseau internet, l'on est en droit de s'interroger sur la portée de la liberté de commerce électronique d'un tel acteur dans un contexte de réseau de distribution exclusive. En effet, l'obligation de coopérer de bonne foi entre les membres d'un réseau de distribution implique souvent la limitation du droit de se faire concurrence notamment sur les territoires concédés. La réponse à cette question doit veiller essentiellement à ne pas ruiner l'intérêt des réseaux de distribution, mais aussi, à ne pas favoriser le développement de pratiques anticoncurrentielles et/ou déloyales. Afin d'inspirer le législateur communautaire sur le sens de la solution à adopter, le recours aux solutions déjà éprouvées ailleurs s'avère nécessaire.

354. Plusieurs litiges ont déjà été portés à la connaissance des juridictions françaises et européennes concernant l'ouverture par la tête de réseau d'un site internet, comportement que les autres membres du réseau jugeaient illicite et déloyal. Dans l'une de ces affaires, pendant que les juges du fond estimaient que l'ouverture par le franchiseur d'un site internet violait incontestablement l'exclusivité territoriale

[911] Si les textes de l'Union Européenne, sur ce point, ont quelques mérites, ils ne sont pas parfaits. « *Le règlement d'exemption sur les restrictions verticales et ses lignes directrices ont créé les conditions de fragilisation des réseaux, car s'ils ont eu le mérite de clore les spéculations sur l'incompatibilité de principe entre les réseaux de distribution et l'internet, ils n'ont pas eu celui de trouver les solutions pratiques à même de prévenir, au mieux, endiguer les multiples déboires que ces noces arrangées, annonçaient.* ». Cf. OTTIMI (O. B.), *op. cit.*, p. 3.

concédée aux distributeurs[912], la Cour de Cassation française les a désapprouvés[913]. En décidant ainsi, elle a affirmé le droit pour les franchiseurs d'ouvrir, même unilatéralement, des sites internet commerciaux. D'après elle, « *la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur concédé* »[914]. En effet, pour la Cour de Cassation française, le site internet se situe dans un « *ailleurs* » par rapport aux territoires où se trouvent localisés les concessionnaires[915]. Cependant, cette solution ne semble pas à même de susciter le consensus, ceci dans la mesure où il existe une nuance fondamentale entre créer un site internet et commercialiser ses services ou produits par internet. En effet, dans certains cas, le site ouvert par le fournisseur peut servir simplement à organiser le réseau ; il en est ainsi lorsque le fournisseur crée un site internet dans l'optique de faciliter la publicité de ses produits au profit de tous ses distributeurs, c'est encore le cas si le site internet du fournisseur se présente sous la forme d'un portail donnant immédiatement accès, lorsqu'un client sollicite un produit, en fonction de la localisation géographique de ce dernier, aux pages dédiées au fournisseur agréé dans ladite zone. Cependant, la question sera plus sérieuse si le site du fournisseur lui sert à vendre directement sur internet, aux consommateurs, les produits faisant l'objet de concession.

Dans tous les cas, la solution donnée dans le cadre de l'Affaire Flora précitée est un peu curieuse. Le réseau de distribution exclusive suppose au moins que, pendant la durée délimitée dans le contrat, le fournisseur s'abstienne de livrer ses produits à d'autres commerçants implantés sur le territoire réservé à un concessionnaire exclusif ou d'y ouvrir des points de vente. En effet, « *le contrat de concession ne signifie rien s'il ne s'accompagne pas d'un privilège du concessionnaire dans la zone concédée* »[916]. Par ailleurs, il faut rappeler que la clause d'exclusivité territoriale doit aussi être opposable

---

[912] Cf. CA de Bordeaux, 2ème Ch., arrêt n° 01/ 04496, du 26/02/2003, *Ste FLORA PARTNER c/ Ste LAUREN PORTAl ROUVELET.*

[913] Cf. Cass. Com., arrêt du 14/03/2006, n° pourvoi 03.14640, *Laurent Portal Rouvelet c/ Flora Partner*, http: www.legalis.net/jurisprudence-imprimer.php3?id_article=1602.

[914] Cf. Cass. Com., arrêt du 14/03/2006, n° pourvoi 03.14640, *Laurent Portal Rouvelet c/ Flora Partner*, http: www.legalis.net/jurisprudence-imprimer.php3?id_article=1602. Voir aussi OTTIMI (O. B.), ''Le point 51 des lignes directrices : 7 ans après : quelles interprétations ? Quelles applications ? Quelles déductions'', in *Petites affiches*, 05 décembre 2007, n° 243, p. 3.

[915] FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, 4ème édition, LITEC, LexisNexis, 2006, p. 285.

[916] Cf. Trib. Com. Paris; 04- 08- 1976, cité par MENJUCQ (M.), *Droit des Affaires*, 4ème édition, 2005, Gualino éditeur, p. 151.

au fournisseur. Mais, il semble que pour la Cour de Cassation française, la signification et les implications de cette obligation ont évolué. Elle semble désormais beaucoup plus mue par le souci de la promotion du commerce électronique[917]. Ainsi, avant *l'affaire Flora* précitée, elle s'était déjà prononcée à l'occasion d'un autre litige semblable. Elle avait alors adopté une solution bien différente. À cette occasion, elle avait sanctionné un franchiseur pour avoir « *manqué à son obligation essentielle qui était d'assurer le respect de l'exclusivité au profit de son franchisé* »[918]. En l'espèce, il était précisément reproché au franchiseur, l'utilisation d'un site internet pour la commercialisation des produits dont l'exclusivité commerciale avait été concédée au franchisé.

C'est sûrement cette ancienne décision qui séduit le plus sur le plan de l'équité. Pour les arbitres de *l'American Arbitration Association*[919], la vente directe sur internet par la tête de réseau constitue bien une nouvelle concurrence à l'égard de ses distributeurs, laquelle contrevient à l'*affectio cooperandi*[920] qui caractérise les réseaux de distribution. Ces arbitres ont constaté que cette concurrence diminuait la valeur des territoires exclusifs des franchisés ; en conséquence, ils ont ordonné au fournisseur de ne plus vendre aux clients situés dans les territoires concédés. En outre, le franchiseur devra indiquer sur son site que ces clients ne pourront être livrés[921].

355. L'exclusivité territoriale qui caractérise les réseaux de distribution exclusive est une notion qui doit être interprétée de façon assez large. Cependant, dans l'affaire *Flora*, il semble que la Cour de Cassation se soit méprise sur le sens de la notion d'exclusivité territoriale qui ne signifie pas uniquement interdiction d'ouvrir un point de vente sur le territoire concédé, mais aussi et surtout interdiction de solliciter les clients

---

[917] La Cour de cassation française est rejointe dans cette volonté de promouvoir le commerce électronique et surtout la liberté des fournisseurs et distributeurs, par l'Autorité de Concurrence. Dans un communiqué récent, cette Autorité rappelle que « *Les fabricants comme les distributeurs traditionnels doivent donc veiller à ce que leurs accords de commercialisation (distribution sélective, différenciation des prix d'achat ou des conditions de livraison, etc.) ne conduisent pas à limiter le déploiement du commerce en ligne et la pression concurrentielle accrue qui l'accompagne* ». Cf. Autorité de la Concurrence (France), Communiqué : Conclusions de l'enquête sectorielle sur le commerce en ligne, 12 septembre 2012, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=417.

[918] Cf. Cass. Com., 9 mars 1993, *D.* 1995, Somm. p. 78, obs. Didier Ferrier.

[919] Cf. American Arbitral Association, Chambre d'arbitrage, 2 septembre 2000, Aff. Emporium Drug Mart *Juriscom.net.*

[920] DIETRICH (Y.) et MENAIS (A.), ''Commentaire de l'ordonnance de réf. du Tribunal de commerce de Nanterre du 4 octobre 2000, Affaire Parfumsnet'', in *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°131, décembre 2000, version électronique, www.juriscom.net.

[921] ROOS (A.), *internet et réseaux de distribution : implications en droit de la concurrence*, Mémoire, Magistère de juriste d'Affaires, 2003, p. 10.

situés sur ce territoire. Or en créant un site internet sur lequel le fournisseur commercialise ses produits sans émettre quelques réserves relativement à l'exclusion de ses prestations au profit des clients situés dans la zone exclusivement concédée à un franchisé, il manque naturellement à son obligation de coopération de bonne foi. L'on est donc en droit, à la suite de certains auteurs[922], de se demander si la position prise par la Cour de Cassation française ne réduit pas à néant l'intérêt d'une exclusivité territoriale réservée à un distributeur à l'heure du commerce électronique, ce surtout que, « *la commercialisation des produits par la voie du commerce électronique, lorsqu'elle est possible, impose le respect de l'exclusivité* »[923].

Dans tous les cas, ce n'est pas le principe de la liberté de commercer sur internet qui est en cause, mais, l'obligation pour les fournisseurs et les distributeurs de respecter l'exclusivité territoriale concédée aux autres membres du réseau, ce pour quoi des mesures appropriées doivent être prises. Ainsi, en vendant sur internet, le concédant devra s'abstenir de solliciter des clients relevant de la zone d'exclusivité géographique concédée à un concessionnaire ou devra alors préciser que les produits seront livrés en dehors de ce territoire[924]. Il est évident que si le producteur s'est engagé à ne pas faire concurrence à ses propres distributeurs, il ne lui est plus possible de créer un site web sur lequel les clients potentiels de ses distributeurs seraient capables de s'approvisionner[925]. C'est à cette condition que les têtes de réseau pourraient convenablement assurer leur obligation de « *veiller loyalement à ce que les concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation comme contrepartie de leur engagement au sein du réseau* »[926].

ii. La liberté des distributeurs

356. Internet est un puissant vecteur de l'activité commerciale. C'est en cela que la Commission de l'Union Européenne précise dans les Lignes directrices des restrictions verticales que « *tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour*

---

[922] COHEN (C.) et WILHELIN (P.), ''Réseau de distribution et internet, étude des dernières décisions'', Décembre 2006 , version électronique, http://www.legipme.com/actualite/fiscalite/reseaux-distribution-internet/3.html, ou http://www.conseil-concurence fr/pdf/avis/06d24.pdf.
[923] FERRIER (D.), *Droit de la distribution, op. cit.*, p. 285.
[924] FERRIER (D.), ''La distribution sur l'internet'', in *JCP E*, 2000, *Cah. dr. entr*., n° 2, p. 16.
[925] ROOS (A.), Mémoire précité, p. 9.
[926] Cf. Cour d'Appel de Paris, 11 février 1999. .

vendre ses produits »[927]. L'activité de distribution a besoin d'outils performants et internet est un moyen raisonnable et efficace pouvant permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur. Si l'utilisation d'internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectés au distributeur, il demeure, selon la Commission de l'Union Européenne, décidée à promouvoir le commerce électronique, que ces effets sont le résultat de la technologie qui permet un accès facile à partir de n'importe quel lieu. Ainsi, pour la Commission de l'Union Européenne, « *l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive* »[928]. En conséquence, sont vues comme illicites les mesures imposant à un distributeur d'empêcher les clients situés sur un autre territoire exclusif de consulter son site internet : il s'agit de celle obligeant un distributeur à renvoyer automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs certains clients, celles imposant au distributeur de limiter la part de ventes réalisées par internet ou encore celle imposant au distributeur de payer un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet, *etc*.[929].

357. Pour les distributeurs, le principe de la liberté du commerce électronique est fondamental. S'étant en effet engagés à distribuer les produits d'un fournisseur et à tout mettre en œuvre pour assurer le développement des ventes, c'est naturellement que les distributeurs ont ainsi trouvé dans le commerce électronique un moyen supplémentaire de vente, pouvant leur permettre de développer leurs affaires et de maximiser leurs ventes[930]. La seule contrainte étant d'exploiter les vertus du commerce électronique et de l'internet sans perturber l'équilibre du réseau de distribution ni remettre en cause l'exclusivité territoriale concédée aux autres membres du réseau. La recherche d'une solution adaptée passe, dans une certaine mesure, par la prise en compte, par le législateur communautaire de la CEMAC, de la distinction déjà consacrée dans l'Union Européenne entre ''vente passive'' et ''vente active''.

[927] Cf. Point 52 des Lignes Directrices des Restrictions Verticales dans l'Union Européenne.
[928] Cf. Point 52 des Lignes Directrices des Restrictions Verticales dans l'Union Européenne.
[929] *Idem*.
[930] OTTIMI (O. B.), *op. cit.*, p. 3.

b. La distinction entre ventes passives et ventes actives

358. Cette distinction apparemment bien marquée dans le droit de la distribution classique pose encore quelques difficultés s'agissant du commerce électronique. L'analyse des termes de cette distinction précèdera l'étude de sa portée.

i. Les termes de la distinction des notions

359. Dans le commerce électronique, il semble bien difficile de distinguer ces deux notions pourtant bien délimitées dans le commerce traditionnel. En effet, « *Le seul fait de la création d'un site internet, sachant qu'il sera accessible de partout, accessible aux clients situés sur des territoires concédés, ne constitue-t-il pas une invitation lancée expressément à ceux-ci de s'y connecter et donc d'acheter, même en l'absence de bandeaux, destinés à eux particulièrement ?* »[931]. Face à une telle difficulté, et compte tenu des conséquences qui sont attachées à la délimitation de ces notions, la Commission de l'Union Européenne a proposé des éléments de définition et de compréhension de ces notions.

360. Par ''Ventes passives''[932], il faut entendre les ventes faites en vue de la satisfaction de clients non sollicités, émanant de clients individuels, comprenant la livraison des biens ou la prestation des services à ces clients. En revanche, par ''ventes actives'', il faut entendre « *le fait de prospecter des clients individuels à l'intérieur du territoire exclusif ou parmi la clientèle exclusive d'un autre distributeur, par exemple par publipostage ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients, à l'intérieur d'un territoire donné, concédés exclusivement à un autre distributeur, par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire, ou encore l'établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente à l'intérieur du territoire exclusif d'un autre distributeur* » [933].

En fin de compte, il s'avère que le caractère de la vente dépend essentiellement du comportement du concessionnaire. A-t-il accompli des démarches en vue d'atteindre

[931] OTTIMI (O. B.), *Idem*.
[932] Cf. Point 51 des Lignes Directrices des Restrictions Verticales dans l'Union Européenne.
[933] *Idem*.

la clientèle ou s'est-il contenté de répondre à la demande de la clientèle ? Dans le premier cas, la vente est active et dans le second, elle est passive[934].

ii. Les conséquences : l'encadrement strict des ventes actives

361. La distinction entre les ventes passives et celles actives n'est pas une fin en soi. Elle vise seulement à permettre une conciliation entre la liberté du commerce électronique et la préservation de l'équilibre des réseaux de distribution exclusive. Ainsi, la notion d'exclusivité territoriale ne doit désormais être définie qu'en considération de la distinction entre ces deux formes de vente. Ne viole le territoire exclusif d'autrui que le membre du réseau ayant procédé à une vente active sur ledit territoire. Cette logique conduit à l'interdiction des ventes actives et à la tolérance des ventes passives. L'interdiction de ventes passives formulée par le promoteur du réseau à l'égard des distributeurs constituerait une pratique anticoncurrentielle. En revanche, la prohibition des ventes actives « *permet de préserver la cohésion du réseau de distribution exclusive* »[935].

Puisque le principe c'est la liberté du commerce électronique, il est souhaitable, à la suite des principes édictés par la Commission de l'Union Européenne, que les autorités de la CEMAC consacrent la présomption selon laquelle, l'ouverture d'un site internet, en soi, participe des ventes passives. Cependant, cette règle devra être bien encadrée. L'application de cette règle devra dans une certaine mesure tenir compte selon qu'est en cause le franchiseur ou tout fournisseur, ou selon qu'il s'agit plutôt d'un franchisé ou d'un concessionnaire.

362. Ayant mis en place le réseau, et étant tenu d'une obligation de loyauté, la tête de réseau devrait, en tout temps, éviter de nuire aux distributeurs bénéficiant d'une exclusivité territoriale. En cela, il faut approuver l'esprit de l'arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux selon lequel « *la vente sur internet, bien que constituant une vente passive, porte atteinte à cette exclusivité dès lors qu'elle est réalisée sans contrepartie financière*

[934] La vente active est celle qui, traditionnellement, intervient sur l'initiative du vendeur, ayant consisté en l'envoi de messages non sollicités à des clients situés sur un autre territoire, en la mise en place de publicité destinée spécifiquement aux clients relevant d'un autre distributeur. Elle s'entend donc d'une vente intervenue suite à une démarche active du distributeur contrairement à la vente passive qui s'entend de celle qui résulte d'une sollicitation du client lui-même. Cf. OTTIMI (O. B.), *op. cit.*

[935] BRUNET (F.), "Commerce électronique et droit de la concurrence", *op. cit.*, p. 45.

pour le franchisé qui néanmoins contribue au fonctionnement du site par prélèvement effectué sur la redevance communication qu'il verse au franchiseur »[936]. Ainsi, si les distributeurs ou franchisés contribuent aux frais de fonctionnement du site internet de la tête de réseau, il serait injuste que par le biais de ce site, la tête de réseau leur fasse concurrence.

De plus, même si, par la création d'un site internet, aucun point n'est matériellement ouvert dans une zone d'exclusivité concédée, il faudra toujours tenir compte de ce que ce site contribue à rendre disponibles, pour ce territoire, des produits ou services concernés par le contrat d'exclusivité. Cette idée permet à un auteur de remettre en cause la solution de principe de l'Union Européenne selon laquelle la vente sur internet constitue en soi une vente passive[937].

363. Pour les distributeurs exclusifs et les franchisés, la conséquence de cette distinction serait finalement que, le distributeur qui se contente de créer son site et qui ne réalise pas d'action de démarchage - par exemple, par l'envoi de messages électroniques à des clients potentiels-, réalise des ventes passives en répondant seulement à des demandes reçues de ses clients via le réseau[938]. Ainsi, lorsqu'un membre du réseau déploiera des efforts visant à atteindre spécifiquement un territoire ou une clientèle particuliers, les ventes qu'il réalisera dans ce cadre seront considérées comme une forme de vente active sur ce territoire ou à l'égard de cette clientèle. Il en sera ainsi d'un distributeur qui payera un moteur de recherche ou un fournisseur d'espace publicitaire en ligne pour qu'il diffuse une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire particulier[939].

Au-delà de tout, il demeure que l'interdiction des ventes actives ne doit pas être automatique. En effet, les réseaux de distribution n'ayant pas tous les mêmes caractères, il importe ici de préciser que seuls les distributeurs appartenant à un réseau impliquant des exclusivités territoriales peuvent faire l'objet de telles interdictions, cette restriction ne doit donc pas concerner les distributeurs sélectifs.

---

[936] CA de Bordeaux, arrêt du 26/02/2003, arrêt Flora.
[937] OTTIMI (O. B.), *op. cit.*
[938] ROOS (A.), Mémoire précité, p. 6.
[939] Point 53 des Lignes directrices des restrictions verticales.

2- L'aménagement de la liberté de commerce des distributeurs sélectifs

364. La logique des réseaux de distribution sélective est assez différente de celle des réseaux de distribution exclusive, ce qui va naturellement conduire vers des raisonnements et des solutions différents. En effet, un réseau de distribution sélective peut être défini comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés* »[940].

Les caractéristiques de cette forme de réseau se trouvent surtout au niveau des critères de sélection et de l'exclusivité de fourniture. Généralement, l'exclusivité territoriale n'en est pas un. Dans le contexte du commerce électronique, il importe de voir si la vente sur internet peut constituer objectivement un critère de sélection ou d'exclusion. En effet, soucieux de l'image de marque de leurs produits, certains fournisseurs peuvent, dans les contrats qui les unissent à leurs distributeurs, interdire à ces derniers de commercialiser lesdits produits en ligne ou alors leur imposer des conditions rigoureuses pour la commercialisation desdits produits. Afin de prévenir toute tendance des fournisseurs à limiter arbitrairement la liberté des distributeurs, il importe d'étudier les conditions qui peuvent justifier objectivement de telles restrictions. À titre d'illustration, l'on relève que ces restrictions sont généralement tolérées lorsqu'elles tendent à assurer la protection de l'image de marque[941] dont la conséquence est l'amélioration de la situation du consommateur.

365. Du fait de la mise en place d'un réseau de distribution sélective, la commercialisation d'un produit précis n'est plus libre. Tout candidat doit alors être au préalable agréé par le fournisseur du réseau. Parce que ce système est de nature à limiter injustement le droit de vendre le produit de son choix, et qu'il est par ailleurs de nature

---

[940] FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 262.

[941] Dans un arrêt du 2 décembre 1999, la Cour d'Appel de Versailles a ainsi considéré que la distribution en ligne des produits Pierre Fabre par un membre du réseau de distribution sélective portait atteinte à l'image de marque du réseau, dans la mesure où elle ne remplissait pas les objectifs de sécurité, de santé et de mise en valeur des produits tels que définis par les critères d'adhésion du réseau. Pour ce faire, elle a notamment constaté que la vente en ligne de tels produits était inadaptée en termes de conseil et d'assistance et que le site était « *dépourvu de recherche esthétique* ».

à faciliter la réalisation des pratiques anticoncurrentielles comme des ententes, un contrôle est généralement exercé sur les critères de sélection utilisés par le fournisseur. Relativement au commerce électronique, l'enjeu est de déterminer si les membres d'un réseau de distribution sélective sont libres de commercialiser leurs produits sur internet. Le principe de la liberté du commerce électronique des distributeurs ne doit en effet pas être injustement remis en cause du fait de la définition des critères de sélection fantaisistes par les fournisseurs. En ce sens, la Cour de Justice des Communautés Européennes a jugé que la distribution sélective ne constituait un élément de concurrence licite que si le choix des revendeurs s'opère en fonction des critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations[942] .

En principe, internet n'étant en général qu'un canal de distribution, tout distributeur agréé devrait normalement pouvoir l'exploiter pour développer ses ventes. Par ailleurs, le principe de non-discrimination s'oppose naturellement à ce que des conditions différentes soient imposées selon que la distribution se fera de façon traditionnelle ou qu'elle se fera par voie électronique. Bien plus, le principe de la liberté d'industrie et du commerce serait contredit si un opérateur se voyait d'office interdit de recourir à un canal de distribution particulier.

366. En vue de contribuer à la mise en place d'un cadre juridique fiable et favorable au développement du commerce électronique, l'on ne s'intéressera ici qu'aux seules spécificités que les réseaux électroniques imposent aux solutions existantes. Internet pose un problème spécifique dans ce cadre, notamment relativement aux critères d'installation et surtout de compétence. Généralement, la prise en compte de l'aptitude professionnelle n'est pas illicite dans la mesure où elle permet de garantir la vente des produits agréés dans de bonnes conditions[943] ou d'assurer le bon fonctionnement du service après-vente[944], toutes choses qui participeraient de l'efficience économique voulue par le droit communautaire de la CEMAC[945]. Aussi,

[942] Cf. CJCE, 25 oct. 1977, Metro.
[943] Cf. Comm. CE., 13 décembre 1974, BMW, *JOCE* n° L. 29, 3 février 1975.
[944] Cf. Cass. Crim., 13 juillet 1961, *JCP G* 1961, II, 12241.
[945] Cf. art. 3, al. 2, Règlement n ° 1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles précité.

sont généralement déclarés licites, les critères tenant aux installations exigeant de la part du distributeur la mise en place d'un atelier pour l'entretien et la réparation des produits vendus, ou d'une surface de présentation et de démonstration des produits, ou d'un emplacement respectant le standing et l'image de marque des produits[946]. À l'occasion d'une affaire, la jurisprudence française a eu à décider dans un premier temps, que la vente par internet des produits litigieux, commercialisés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, pouvait être vue comme contrevenant aux exigences normales découlant de la nature desdits produits et de la convention passée entre les parties. Elle approuvait par-là, la clause interdisant la vente desdits produits sur internet[947]. Dans un second temps, suivant en cela la Cour de Justice de l'Union Européenne qui décidait qu'une clause interdisant *de facto* la vente sur internet, par le distributeur agréé, de produits contractuels constituait une restriction à la concurrence[948], la Cour d'Appel de Paris a récemment, par le rejet de la demande en annulation de la décision du Conseil de la Concurrence[949] formée par la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique, décidé que l'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre les produits cosmétiques par le canal de l'internet n'était pas justifiée dans le cadre de produits qui ne sont pas soumis à prescription médicale. Par conséquent une telle clause était illicite[950].

Si les spécificités d'un produit peuvent rendre l'internet impropre à sa commercialisation dans des conditions économiques et sanitaires optimales, il demeure que la validité des clauses stipulant l'interdiction pour les distributeurs sélectifs de commercialiser par ce canal doit toujours être bien justifiée. En effet, le principe demeure la liberté pour les distributeurs sélectifs de commercialiser les produits agréés sur internet. Certes, cette liberté devrait pouvoir composer avec la nécessité de préserver l'image de marque du produit, de même que la santé des consommateurs, mais, les cas de limitations doivent être restreints. Les juges doivent faire montre de beaucoup de vigilance afin que des atteintes ne soient pas trop facilement portées à cette liberté. Ne

[946] Cf. Paris, 11 oct. 2000 et 24 oct. 2000, *JCP E* 2001, *Cah. Dr. Ent.* n° 2, Obs. D. MAINGUY. Cité par FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, p. 266.
[947] Cf. CA, Versailles, 13ème ch., 2 décembre 1999, Aff. Société P. F. Dermo Cosmétique et autres c/ Alain B.
[948] Cf. CJUE, affaire C-439/09, affaire 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, www.curia.europa.eu.
[949] Cf. Conseil de la Concurrence, décision n° 08-D-25, 29 octobre 2008.
[950] Cf. CA, Paris, Arrêt du 31 janvier 2013, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique / Autorité de la concurrence, DGCCRF, www.legalis.net.

doivent, dans cette logique, être validées que les clauses excluant internet, lorsque ce canal est de nature à compromettre la commercialisation normale des produits en application d'une réglementation[951] ou d'un usage commercial[952] précis. En l'absence de réglementation particulière ou d'usage commercial établi, il faudra que ces critères soient en rapport de nécessité et de proportionnalité[953] avec la nature des produits concernés[954], il en sera de même si cette exclusion tend à assurer une meilleure prise en compte des intérêts des consommateurs.

*

* *

* * *

367. La liberté du commerce électronique inscrite dans le projet de Directive communautaire vaudra non seulement pour les fournisseurs, mais aussi pour les distributeurs. L'accès au commerce électronique va devenir, avec l'adoption de ce Projet de Directive, un droit du citoyen communautaire. En vue de l'effectivité de ce droit, il importe que des mesures idoines soient adoptées en vue d'assurer la protection des éléments d'identification et de stabilité d'un fonds de commerce électronique. À ce titre, une réglementation communautaire appropriée du nom de domaine reste attendue. Par ailleurs, le régime des réseaux de distribution électroniques doit être bien ajusté afin qu'en fonction du type de réseau, sélectif ou exclusif, la liberté et le devoir de loyauté des parties prenantes puissent être préservés de même que la liberté de choix du consommateur.

[951] Par exemple, l'article 3 de la loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique exclut du principe de la liberté de commerce électronique les « *jeux d'argent, des paris et des loteries légalement autorisées* ». voir aussi Ass. Plén., 6 mars 1992, Bull. Civ. IV, n° 2, p. 3.
[952] Cf. Cass. Com., 13 juill. 1961, JCP G, 1961, II, 12241.
[953] Cf. Point 185, Lignes Directrices des restrictions verticales dans l'Union Européenne.
[954] Cf. Comm. CE, 21 décembre 1976, Junghans, JOCE, n° L. 30, 2 février 1977, Pt. 21.

CHAPITRE II : LA PROTECTION DES DROITS DES CONSOMMATEURS

368. Tous les acteurs économiques ne sont pas logés à la même enseigne. Généralement, on convient de la nécessité de traiter différemment les professionnels et les consommateurs dans la mesure où ceux-ci sont naturellement dans une situation de faiblesse vis-à-vis de ceux-là[955]. Économiquement présumé vulnérable[956], le consommateur a besoin d'une protection de la loi lorsqu'il traite avec un professionnel[957]. Ce besoin de protection devient encore plus impérieux lorsque le cadre contractuel intègre des considérations techniques ou technologiques de nature à compliquer la maîtrise des opérations commerciales. Il en est ainsi des opérations du commerce électronique. Dans ce domaine, le consommateur a besoin d'une protection particulièrement renforcée. Ce renforcement, de l'avis de certains auteurs, doit se faire à deux niveaux.

369. D'une part, il faut relever que compte tenu du caractère international du commerce électronique, seule une harmonisation des règles peut efficacement protéger les consommateurs dans le commerce électronique au moins pour ce qui est du marché unique. Ainsi, « *lorsque les mêmes faits sont réprimés dans plusieurs États, le professionnel malhonnête ne peut plus tirer profit de l'existence d'une limite territoriale pour se mettre à l'abri d'une sanction* »[958]. Avec le développement des activités économiques à distance, il va de soi que seules les autorités communautaires, dans le cadre du marché commun en construction dans la CEMAC, pourront efficacement adopter des mesures utiles à la protection des consommateurs. Le marché commun n'est pas seulement celui des commerçants, mais c'est aussi celui des consommateurs. En effet, commerçants et consommateurs vont sensiblement de pair. Partant, l'absence d'un

[955] CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *op. cit.*, p. 22.

[956] Cette vulnérabilité n'est pas toujours vérifiée, elle est simplement présumée. Le droit de la consommation protège le consommateur « *non à raison de sa faiblesse concrète, mais parce qu'il fait partie d'une catégorie protégée abstraitement* ». Ainsi, « *la catégorie des ''consommateurs'' est abstraitement envisagée comme étant en situation d'infériorité, alors que dans la réalité des choses, on y trouve toute espèce de personnes, y compris les plus éminentes* ». STOFFEL-MUNCK (P.), ''L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation'', *RTD Com*., n° 4, oct-déc. 2012, p. 717.

[957] D'après la doctrine, le droit de la consommation repose sur l'idée que la loi doit « *protéger le faible contre le fort* » ; en effet, « *la vie en société ne serait pas possible si certaines personnes étaient en permanence victimes d'abus de puissance* ». *Idem*.

[958] BUREAU (H.), *Le droit de la consommation transfrontière*, LITEC, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999, p. 9.

cadre juridique communautaire des contrats de consommation se présente comme un obstacle au développement des relations contractuelles intra-communautaires.

370. D'autre part, l'environnement technologique du commerce électronique invite à donner à la notion de consommateur un contenu assez large. C'est pourquoi, d'entrée de jeu, un auteur relève que, dans le contexte du commerce électronique, « *la notion de consommateur est susceptible de créer bon nombre de malentendus* »[959]. Ainsi, d'après lui, il faudra se garder de transposer au commerce électronique la conception stricte, généralement donnée à la notion de consommateur, n'intégrant alors que des personnes physiques[960] agissant à des fins domestiques, personnelles ou familiales et non professionnelles. D'après cette conception consacrée par le droit communautaire européen, la notion de consommateur doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques[961]. Dans cette logique, la Cour de Cassation française a décidé que la législation sur les clauses abusives ne s'applique pas aux contrats de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales[962]. Cependant, partant de l'idée que le caractère profane d'un individu ne doit pas seulement s'analyser par rapport à l'objet du contrat, mais aussi, qu'il doit tenir compte de l'environnement technologique de la transaction, un auteur relève que même un entrepreneur cherchant à s'approvisionner par voie électronique peut également entrer dans cette catégorie[963].

371. Le législateur camerounais s'est aligné sur la position de cet auteur en définissant le consommateur dans le domaine du commerce électronique comme « *toute personne physique ou morale qui bénéficie des prestations de services ou utilise les produits de commerce pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge* »[964]. Au regard de ce texte, on peut soutenir qu'en droit camerounais et plus spécifiquement en matière de commerce électronique, le statut de consommateur profite,

---

[959] DREXL (J.), ''mondialisation et société de l'information : Le commerce électronique et la protection des consommateurs'', in *Revue Internationale de Droit Économique*, numéro spécial « Mondialisation et droit économique », T.16 n.2-3(2002), pp. 405-444.
[960] Voir en ce sens, MESTRE (J.) et RODA (J.-C.), *op. cit*. p. 20. pour ces auteurs, « *Le consommateur est, en revanche, nécessairement une personne physique* ».
[961] Cf. CJCE, 22 novembre 2001, *JCP*, 2002, II, 10047, note Paisant ; D. Aff., 2002. AJ. 90 ; obs. Rondey.
[962] Cf. Cass. Civ. I, 11 décembre 2008, *JCP E*, 2009, 1278, note Raymond.
[963] DREXL (J.), *op. cit.*
[964] Cf. art. 2, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

outre les personnes physiques, aux personnes morales. L'idée d'étendre aux personnes morales le statut de consommateur, sous certaines conditions, comme le prévoit ce texte, n'est pas tellement nouvelle. En effet, des auteurs relèvent que la jurisprudence, notamment celle française, s'est souvent montrée sensible à la situation de certaines personnes morales victimes de clauses abusives[965]. À titre d'illustration de cette tendance jurisprudentielle, l'on citera l'arrêt du 15 mars 2005 rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation française[966] par laquelle la protection contre les clauses abusives fut étendue aux personnes morales. Mais, si le projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique est adopté dans sa version actuelle, le législateur camerounais sera contraint de revoir cette définition. En effet, d'après le point 5° de l'article 1er de ce projet de Directive, le consommateur est « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Du fait de cette finalité personnelle ou familiale, le consommateur est nécessairement une personne physique, du moins dans sa conception stricte[967]. Une telle conception, bien que majoritaire, conduit à considérer toutes les personnes morales comme des professionnels, ce qui n'est pas forcément le cas d'une association sans but lucratif ou d'un syndicat de propriétaires[968].

Après avoir défini la notion de consommateur, le projet de Directive sur le commerce électronique définit, au profit de cette catégorie d'agents économiques, un régime de protection entérinant par là l'essentiel des dispositions dégagées par le législateur camerounais. L'analyse de ce régime de protection des consommateurs insistera sur le souci du législateur tendant à la préservation du principe de l'équilibre

[965] DELA ASUNCION-PLANES (K.), ''La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ?'', in *Petites affiches*, 03 mars 2010 n° 44, p. 3.
[966] Cass. civ. 1re, 15 mars 2005, Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe Computer Systèmes (ECS), pourvoi no H 02-13285, arrêt no 540 FS-P+B+R+I, Juris-Data no 2005-02573, Bull. civ. I, no 135 ; JCP G 2005. II. 10114, note G. Paisant ; JCP E 2005, p. 769, note D. Bakouche ; M. Durin, European Consumer Law Journal, 1/2005 p. 3. La Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 3 juillet 1998 avait déjà admis que « *le consommateur est la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis* », in *Contrats, conc. consom*. 1998, no 131, obs. M. Malaurie-Vignal, D. 1999, p. 249, note J.-P. Chazal.
[967] CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *op. cit.*, p. 9.
[968] DELAASUNCOIN-PLANES (K.), *op. cit*., P.3.

contractuel d'une part (Section I), et, à la sauvegarde de la dignité du consommateur d'autre part (Section II).

SECTION I : LE SOUCI DE PRÉSERVATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

372. L'activité commerciale repose essentiellement sur l'instrument contractuel et le droit commun oblige les parties à contracter et à exécuter leurs obligations de bonne foi[969]. Relativement à cette exigence et parce que les parties n'ont pas toujours la même force ou la même aptitude, le professionnel, généralement mieux nanti que le consommateur, se trouve souvent chargé d'une obligation d'information au profit du consommateur[970]. Mais, dans le commerce électronique, les éléments classiques de protection du consommateur, telle l'obligation d'information, n'ont pas seulement besoin d'être maintenus. Ils doivent être renforcés et adaptés. En effet, la distance et l'interface technologique qui existent entre le consommateur et le professionnel sont de nature à faciliter les pratiques dolosives et abusives de la part de ce dernier. Les textes recensés essaient de prendre en compte ce risque pouvant finalement déboucher sur un déséquilibre important entre les prestations des parties. Ainsi, le dispositif mis en place se concentre autour de la protection du consentement du consommateur d'une part (Para. I), et de la prévention contre les clauses et pratiques abusives des professionnels d'autre part (Para. II).

PARA. I : LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR

373. L'un des principes chers au droit commun des contrats est celui de la liberté contractuelle. Il traduit l'idée du caractère pleinement volontaire des obligations à opposer à un individu. Ainsi, dans le cadre d'un contrat, les parties doivent librement, au nom de l'autonomie de leur volonté, exprimer leur adhésion aux clauses en découlant. La loi protège le consentement contre les faits et situations de nature à en altérer

[969] Voir par exemple l'alinéa 2 de l'article 1134 du code civil applicable au Cameroun qui dispose que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ».
[970] Pour plus de développements sur cette question, voir CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *op. cit.*, pp. 56 et suiv.

l'intégrité. Cette protection est fondée sur la présomption de faiblesse du consommateur. Cette présomption est vue comme irréfragable par certains auteurs[971] et qualifiée de simple par une autre partie de la doctrine[972]. Dans le cadre du commerce électronique, il importe d'approuver la position des premiers et veiller à ce que la protection intègre au moins deux aspects : d'une part, l'aspect préventif par l'exigence des règles de transparence dans la phase de négociation ; d'autre part, l'aspect répressif par la sanction des vices de consentement. Seul l'aspect préventif, déjà souhaité dans un sens plus général par la doctrine[973], méritera l'attention. Il convient dans ce cadre de se rendre compte de l'institution d'obligations à la charge du professionnel (A) et d'un droit de rétractation au profit du consommateur (B).

A- L'INSTITUTION D'OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES À LA CHARGE DES PROFESSIONNELS

374. Lorsque le professionnel a en face de lui un consommateur, il doit, lors de la formation du contrat, s'acquitter d'un ensemble d'obligations spécifiques. Ces obligations visent pour l'essentiel à informer le consommateur (1) et à faciliter la manifestation de son accord (2).

1- L'obligation d'information

375. L'une des principales différences qui existent entre le professionnel et le consommateur à l'occasion d'un contrat électronique, c'est la maîtrise par le premier du processus et des éléments contractuels. Cette maîtrise place le professionnel dans une situation de domination pouvant lui permettre d'imposer au consommateur des conditions inacceptables. En effet, comme le précise un auteur, celui qui détient le savoir dans la relation contractuelle, dispose d'un pouvoir considérable sur son cocontractant[974].

---

[971] CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *op. cit.*, p. 10. Pour ces auteurs, le droit de la consommation doit protéger indistinctement tous les consommateurs.
[972] CHAZAL, ''Le consommateur existe-t-il ?'', *D.* 1997, chron. 260. Pour cet auteur, la présomption de faiblesse du consommateur doit être une présomption simple, susceptible de preuve contraire.
[973] CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *op. cit.*, p. 23.
[974] VIGNEAU (V.), *Commerce électronique et protection du consommateur*, *Mémoire*, Master 2, Droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, Université de Versailles-Saint-Quentin en Yvelines, 2010/2011, http://www.e-campus.uvsq.fr/claroline/backends/download.php?url=L0xlX2NvbW1lcmNlX8hsZWN0cm9uaXF1ZV8yMDEwLTIwMTEuZG9j&cidReset=true&cidReq=MDPC401

Aussi, ignorant certains paramètres du contrat, le consommateur peut agir avec légèreté surtout que l'environnement du commerce électronique n'est pas toujours familier à tous ceux qui souhaitent contracter en ligne. Le dispositif technologique étant mis sur pied par le professionnel, il va de soi que celui-ci en a la maîtrise. C'est cette asymétrie d'information qui crée ou favorise le déséquilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs[975]. Pour y remédier, le droit impose ainsi au professionnel l'obligation de partager l'information qu'il dispose avec son cocontractant. Cette exigence se présente par ailleurs comme le corolaire de l'obligation de contracter de bonne foi, laquelle constitue l'un des principes fondamentaux du droit des contrats[976]. Au nom de cette obligation donc, le professionnel est tenu de collaborer loyalement avec le consommateur car « *l'exigence juridique de bonne foi se dédouble en une obligation de loyauté, et en une obligation complémentaire de coopération* »[977].

376. Il ressort ainsi des textes camerounais que chaque fournisseur ou prestataire d'une technologie doit fournir au consommateur, en français et en anglais, une information juste, suffisante, claire et lisible concernant les biens et services offerts afin de lui permettre de faire des choix adéquats et raisonnables avant la conclusion d'un contrat. Plus précis est le projet de Directive sur le commerce électronique qui indique minutieusement le contenu de l'information devant être fournie par le prestataire au consommateur. Il s'agit pour le vendeur, lors des transactions commerciales électroniques, avant la conclusion du contrat, de fournir au consommateur de manière claire et compréhensible les informations relatives à son identité, son adresse postale et téléphonique[978]. Cette information est très importante dans la mesure où la responsabilité du cybermarchand ne peut être mise en œuvre s'il n'est pas correctement identifié. La jurisprudence n'hésite pas à sanctionner l'indélicatesse des

[975] CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *op. cit.*, p. 55.
[976] À ce titre, L'exigence de la bonne foi n'a pas besoin d'être stipulée dans le contrat ni prévue par un texte. Elle est toujours sous entendue. Ainsi, la doctrine affirme qu'« *il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous - entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous les effets que l'équité peut y demander tant en la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites* ». Cf. DOMAT (J.), *Œuvres complètes*, nouvelle édition revue et corrigée par REMY (J.), T.I, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », Paris, Didot Père et Fils, 1835.
[977] LE TOURNEAU (P.), *L'Éthique des affaires et du management au XXIeme siècle*, Essai, Dalloz-Dunod, 2012, version Html : http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/média/EthiqueAffaires.htm.
[978] Cf. art. 20, al. 1er, projet de Directive sur le commerce électronique.

cybermarchands à ce sujet. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 6 novembre 2009[979] a ainsi retenu la responsabilité d'un cybercommerçant pour avoir commercialiser des produits sous le couvert d'un pseudonyme. Son identification n'était possible qu'au moment où le consommateur passait un ordre d'achat et non au moment de la consultation de l'offre en ligne[980]. Les informations d'identification des cybermarchands doivent être pleinement accessibles aux consommateurs. Pour garantir cette accessibilité, le législateur français pose clairement que ces informations doivent être mises à la disposition du public « *dans un standard ouvert* », cette expression désignant « *tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre* »[981]. Une telle exigence renforce évidemment le droit du consommateur à une information juste en ce qu'elle permet d'éviter qu'il ne soit contraint d'acquérir des outils spécifiques, par exemple des logiciels spécifiques, pour accéder aux mentions obligatoires[982]. Il apparaît ainsi nécessaire pour le législateur communautaire de l'intégrer dans la version définitive de la Directive sur le commerce électronique.

Par ailleurs, le cybermarchand doit fournir au consommateur une description complète des différentes étapes d'exécution de la transaction. Les précisions relatives à la nature, aux caractéristiques et au prix du produit, au coût de livraison et, le cas échéant, aux tarifs d'assurance du produit et aux taxes exigées doivent figurer dans l'offre. De même, la durée de validité de l'offre du produit aux prix fixés, les conditions de garantie commerciale et du service après-vente, *etc*.[983] doivent être communiquées au consommateur[984]. Ces informations doivent être fournies par voie électronique et

979 CA Paris, 2e ch., 6 nov. 2009, Anouar A. c/L'Oréal, Lancôme Parfums, http://www.iegalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2769

980 FERAL-SCHUHL (C.), *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 6ème édition, 2010, p. 287.

981 Cf. art. 6 et 4, Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

982 FERAL-SCHUHL (C.), *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 6ème édition, 2010, p. 286.

983 À cette liste, il faut ajouter les modalités et les procédures de paiement et, le cas échéant, les conditions de crédit proposées, les modalités et les délais de livraison, l'exécution du contrat et les résultats de l'inexécution des engagements, la possibilité de rétractation et son délai, le mode de confirmation de la commande, le mode de retour, d'échange ou de remboursement du produit, le coût d'utilisation des moyens de télécommunication lorsqu'ils sont calculés sur une autre base que les tarifs en vigueur, les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est conclu à durée indéterminée ou à une durée supérieure à un (1) an et, la durée minimale du contrat pour les contrats portant sur la fourniture, à long terme ou périodiquement, d'un produit ou d'un service

984 Cf. art. 27, projet de Directive sur le commerce électronique.

mises à la disposition du consommateur pour consultation à tous les stades de la transaction[985].

377. L'obligation d'information transcende le cadre précontractuel. Le professionnel continue d'en être tenu après la formation du contrat. Dans l'esprit du Projet de Directive, le consommateur doit jouir d'une protection permanente. Ainsi, le professionnel doit fournir « *au consommateur la confirmation du contrat conclu, par écrit et dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat à distance et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant l'exécution du contrat de service* »[986]. Cette obligation est renforcée par le législateur camerounais qui dispose que « *lorsque le produit ou le service commandé est indisponible, le vendeur doit en informer le client ou le consommateur au moins 24 heures avant la date de livraison prévue dans le contrat d'achat ou de service. Le cas échéant, le vendeur ou le prestataire de service rembourse au client ou au consommateur l'intégralité des sommes perçues en vue de la livraison du produit ou de la réalisation du service* »[987]. En instituant cette obligation, le législateur accentue le devoir de loyauté des professionnels. Originellement, le devoir de loyauté, à propos duquel DEMOGUE écrivait qu'il consacre une obligation de collaboration consistant pour chaque cocontractant « *d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »[988], résulte des articles 1134 et 1135 du Code civil.

378. L'obligation d'information est assortie de sanctions civiles et pénales.

Sur le plan civil, l'obligation d'information précontractuelle prévue à l'alinéa 1er de l'article 15 de la loi camerounaise régissant le commerce électronique, est une condition de formation du contrat électronique. Son non-respect sera donc vu comme une cause de nullité du contrat. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 56 du projet de Directive sur le commerce électronique. Par ailleurs, dans le cas où le professionnel n'a pas informé le consommateur sur l'existence ou non de son droit de rétractation, la sanction sera soit, « *l'octroi au consommateur d'un droit de rétractation lorsque le*

[985] Cf. art. 15 loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.
[986] Cf. art. 29, projet de Directive sur le commerce électronique.
[987] Cf. art. 25, al. 1, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.
[988] DEMOGUE, cité par OUTIN-ADAM (A.), ''La loyauté dans le droit de la consommation'', in *Gazette du Palais*, 05 décembre 2000 n° 340, p. 36

professionnel ne l'a pas informé qu'il ne possédait pas un tel droit, en violation de l'Article 27 ou de l'Article 29 », soit « *l'octroi au consommateur d'un droit de rétractation, aussi longtemps que le professionnel ne l'a pas informé qu'il disposait d'un tel droit, en violation de l'Article 27 ou de l'Article 29, sans possibilité pour le professionnel de réclamer une quelconque indemnité pour l'utilisation du bien ou du service pendant cette période* ». Pour les informations nécessitées en cours d'exécution du contrat, l'alinéa 2 de l'article 25 de la loi camerounaise régissant le commerce électronique prévoit que : « *sauf en cas de force majeure, le contrat est résilié si le vendeur ne respecte pas ses engagements et le consommateur est remboursé des sommes payées, sans préjudice des dommages et intérêts* ». Sur le régime de cette responsabilité civile, l'on retient que la responsabilité du prestataire réticent est délictuelle si l'information due était précontractuelle et elle aura la nature contractuelle si l'information était due dans le cadre de l'exécution du contrat.

Sur le pénal, le législateur camerounais prévoit que le prestataire qui manque à son obligation d'informer convenablement le consommateur s'expose à une peine d'amende allant de 250.000 à 2.500.000 F CFA[989]. L'idée de sanctionner d'office les obligations contractuelles d'une partie à un contrat, fût-elle un professionnel, à une peine pénale, n'est pas très courante. Très généralement, en ce domaine, les sanctions sont civiles ou administratives. Il n'en est en principe autrement que lorsque le comportement du débiteur de cette obligation présente les caractères d'une infraction pénale telle l'escroquerie ou la publicité mensongère. Cependant, dans le cadre du commerce électronique, les peines prévues semblent automatiques et ne dépendent pas de l'attitude psychologique du prestataire. Ainsi, le manquement à l'obligation d'information constitue en lui-même une infraction pénale.

379. Au regard du régime de cette obligation d'information, on peut conclure qu'il est dans l'intérêt du prestataire sur internet d'informer ses clients de manière transparente sur la marche à suivre pour passer une commande. Ce n'est que de cette façon qu'il pourra assurer la validité et l'efficacité du contrat et éviter que le contrat puisse être attaqué avec succès par le client en raison d'un vice du consentement ou d'un

[989] Cf. art. 43, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

défaut d'information. Par ailleurs, c'est au prestataire professionnel d'établir que toutes ces obligations ont été bien exécutées[990], et que le processus contractuel a été transparent.

2- L'obligation de facilitation du processus contractuel

380. En plus des informations que le professionnel doit mettre à la disposition du consommateur, il est tenu de prendre des mesures visant à faciliter le processus contractuel.

381. La première obligation mise à la charge du professionnel à ce niveau concerne l'utilisation des langues officielles en vigueur et la présentation des documents en caractères lisibles. Le Projet de Directive sur le commerce électronique, exige que les informations soient formulées, sur le fond et sur la forme, de manière claire, compréhensible et non équivoque. En prévoyant une telle exigence, le législateur impose aux professionnels l'utilisation des codes de communications intelligibles au consommateur. Dans la même logique, le législateur camerounais dispose que « *les accords-standards ou contrats d'adhésion doivent être rédigés en français et en anglais en caractères visibles et lisibles à première vue par toute personne ayant une vue normale* »[991]. Une bonne partie de la population étant analphabète, il est fait obligation au professionnel de n'utiliser dans les documents contractuels que des termes clairs et compréhensibles pour le grand public. Aussi, afin que les cocontractants ne s'égarent dans une multitude de documents ou de textes, les documents contractuels ne devront pas faire référence à d'autres contrats, règles, pratiques, textes et documents non connus du cocontractant ou non mis à sa disposition avant ou pendant l'exécution desdits contrats. Le professionnel doit en effet indiquer au consommateur les codes de conduite qui lui sont applicables. En plus, il doit indiquer au consommateur le procédé permettant de consulter lesdits codes par voie électronique[992]. Enfin, tous les documents

[990] Cf. art. 26, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.
[991] Cf. art. 6, al. 1, loi-cadre camerounaise de protection des consommateurs.
[992] Cf. art. 20, al. 2, Projet de Directive sur le commerce électronique.

communiqués au consommateur dans le cadre de la transaction doivent l'être dans un format qui permette leur conservation et leur reproduction[993].

382. En outre, le prestataire est tenu de mettre à la disposition du consommateur « *des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande* »[994]. Cette obligation consacre le principe de double-clic[995]. Elle tient compte du fait que l'environnement du commerce électronique présente quelques subtilités. Séparé du prestataire et du produit sollicité par un écran d'ordinateur, le consommateur est privé des attributs sensoriels qui lui permettent généralement d'évaluer le produit qu'il souhaite commander[996]. Pour compenser ce déficit, et surtout garantir l'intégrité de son consentement, le prestataire doit se montrer coopératif en mettant à la disposition du consommateur une infrastructure capable de permettre la vérification de la commande avant sa validation. En somme, par une telle exigence, le législateur renforce le climat de confiance entre les parties. Relativement à un prestataire qui a observé ces règles, il est clair que l'acceptation formulée par le consommateur ne peut être vue comme étant accidentelle[997].

383. Aussi, n'étant pas toujours à même de s'assurer que sa commande a bien été prise en compte, le consommateur peut être amené, en cas de doute, à effectuer une nouvelle commande, s'engageant alors dans une nouvelle relation contractuelle sans en avoir conscience. Le législateur a corrigé cet écueil. Désormais, le prestataire, auteur de l'offre, est tenu d'accuser réception de la commande[998]. Cette formalité, qui rallonge un

---

[993] Cf. art. 11, LCEC. – (1) « *Les offres effectuées par voie électronique, concernant la fourniture de biens ou la prestation de services, doivent s'accompagner des conditions contractuelles qui leur sont applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction* ».

[994] Cf. art. 21, Projet de Directive sur le commerce électronique.

[995] Principe selon lequel, pour que le contrat électronique soit considéré comme valablement conclu, l'acheteur doit avoir validé deux fois une page rappelant les dispositions de sa commande. Il permet d'éviter, dans une large mesure, les conséquences de mauvaises manipulations des internautes.

[996] GORLIER (V.), ''Les vices du consentement à l'épreuve des contrats électroniques'', www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/droit-des-contrats/ , 20 janvier 2012.

[997] DIFFO TCHUNKAM (J.), *Droit des activités économiques et du commerce électronique, l'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, L'Harmattan, p. 72.

[998] D'après l'article 12, al. 2, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique, « *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* ».

peu le processus de formation du contrat[999], vise à permettre au consommateur de s'assurer que l'acceptation a atteint l'auteur de l'offre et que le contrat est formé. C'est sans doute pour cela que le Projet de Directive prévoit que l'accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande. Partant de sa fonction, l'on peut aisément conclure qu'un prestataire ne peut opposer à un consommateur une commande formulée par ce dernier, mais dont il n'a pas été informé de la réception par le prestataire. Ainsi, l'accusé de réception se présente comme une condition de formation du contrat électronique. Cette position est confortée par l'article 18 de la loi camerounaise régissant le commerce électronique qui dispose que le contrat est formé « *à la date de l'acceptation de la commande par ce dernier* [le prestataire] *au moyen d'un document électronique signé et adressé au consommateur* » ; d'où, l'on peut déduire que l'accusé de réception qui pourra tenir lieu de confirmation d'acceptation, comme le l'indique le Projet de Directive, est nécessaire pour qu'on puisse aboutir à la formation du contrat électronique. Dans le contexte du commerce électronique, il est en effet important pour chaque partie de savoir que son consentement a effectivement rejoint celui du cocontractant. C'est l'accusé de réception qui conforte cette assurance dans la mesure où il permet aux parties de vérifier que leur consentement porte sur le même objet et sur les mêmes modalités. C'est en cela qu'un auteur affirme que la formalité de l'accusé de réception permet de juguler le risque de disparité ou de confusion entre la commande passée par le consommateur et les biens ou services effectivement livrés par le prestataire[1000].

384. L'environnement électronique étant souvent capricieux, l'exigence d'un consentement, éclairé et intègre, suppose dans le commerce électronique que les parties se rassurent effectivement des intentions de l'une et de l'autre. C'est dans ce contexte que le législateur précise que la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception ne sont considérés comme reçus que lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès[1001]. On observe ainsi une prise de

[999] Le processus contractuel est en effet particulier ici. En droit commun des contrats, l'acceptation entraîne la conclusion du contrat. Mais dans le commerce électronique, c'est l'acceptation de la commande (qui est l'acceptation de l'offre) qui entraîne la conclusion du contrat. Cette acceptation de la commande, par le vendeur, constitue ou doit sûrement être faite en même temps que l'accusé de réception mentionné à l'article 12 ci-dessus.
[1000] DIFFO TCHUNKAM (J.), *Droit des activités économiques et du commerce électronique, l'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, *op. cit.*, p. 73.
[1001] Cf. art. 39, al. 2 et 42 al. 2, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique. Sur le plan national, voir 12, al. 3, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

position pour la théorie de la réception par ailleurs consacrée par les articles 242[1002] et 244[1003] de l'Acte Uniforme relatif au Droit commercial Général. Pour plus de précision, et relativement au contexte du commerce électronique, le Projet de Directive indique qu'un message est supposé accessible dès lors qu'il peut être relevé par le destinataire, c'est-à-dire lorsqu'il parvient à l'adresse électronique de celui-ci[1004] ; alors, peu importe qu'effectivement le destinataire n'en prenne connaissance que plus tard. À travers cette formule, le législateur cherche sans doute à juguler les risques de pratiques déloyales pouvant consister pour une partie à s'abstenir sciemment de consulter sa messagerie dans le but de retarder les effets du contrat ou du message. Cependant, la loi camerounaise régissant le commerce électronique entretient une certaine confusion au sujet de la date de prise d'effet de la confirmation de réception. En indiquant en son article 18 que le contrat est signé à la date de l'acceptation de la commande par le prestataire, au moyen d'un document électronique signé et adressé au consommateur, elle semble avoir retenu la date de l'émission du document, se contredisant ainsi par rapport aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 12 ci-dessus qui à plutôt fait allusion, pour le même acte, à la date de réception. Même s'il faut souligner la cohérence de cette solution avec la première partie de l'article qui indique que le contrat est en principe conclu à l'adresse du vendeur, on doit cependant déplorer le fait que cet acte entraîne la formation du contrat alors même qu'il n'a pas encore été porté à la connaissance du consommateur pour lui permettre de s'assurer, comme c'est l'objectif poursuivi ici, que son consentement et celui du prestataire portent exactement sur le même objet et les mêmes modalités. Heureusement, au cas où le bien ou le service livrés ne lui conviennent pas, le consommateur pourra faire usage de son droit de rétractation.

[1002] D'après ce texte, « *L'offre prend effet lorsqu'elle parvient à son destinataire* ».
[1003] D'après ce texte, « *L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'expression de l'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre* ».
[1004] Cf. art. 42, al. 2, projet de Directive sur le commerce électronique.

B- LA RECONNAISSANCE AU PROFIT DU CONSOMMATEUR D'UN DROIT DE RÉTRACTATION

385. Dans le droit commun des contrats, le principe est clair : dès que les parties ont échangé leurs consentements, sous réserve d'autres conditions bien connues[1005], le contrat est formé. À partir de ce moment, le contrat présente son caractère obligatoire et aucune des parties ne peut s'en délier sans commettre une faute contractuelle[1006]. En effet, seul un accord de consentement entre les parties peut efficacement mettre fin au contrat[1007], ceci dans la mesure où « *ce que les volontés communes ont pu faire, elles peuvent toujours, d'un commun accord, le défaire* »[1008]. On parle dans ce cas de révocation amiable ou de *mutuus dissensus*[1009].

Sans remettre totalement en cause cette règle, le législateur, tenant compte des aléas de l'environnement électronique et de la distance qui sépare le consommateur du prestataire, a maintenu au profit du premier une prérogative classique, mais adaptée aux spécificités du commerce électronique, qualifiée de droit de rétractation. Il s'agit d'un avantage qui autorise le consommateur à substituer une volonté contraire à sa volonté initiale en vue de se dégager du contrat. En d'autres termes, c'est la faculté offerte au consommateur de revenir, en vue d'en détruire les effets juridiques, sur un acte qu'il avait volontairement accompli[1010]. Cette faculté se caractérise par trois éléments essentiels. Tout d'abord, « *l'unilatéralité* » de la déclaration de volonté. Ensuite « *l'incompatibilité* » de cette manifestation unilatérale de volonté avec la volition exprimée initialement. Enfin, « *la substitution* » pure et simple qu'opère la rétractation,

---

[1005] Ces autres conditions sont au nombre de trois à savoir : la cause, l'objet et la capacité. Voir art. 1108 code civil applicable au Cameroun.

[1006] BENABENT (A), *Droit civil, Les obligations*, 11ème édition, Montchrestien, 2011, p. 241.

[1007] Ce principe n'est pas absolu dans la mesure où « *il est des cas où la convention ne peut pas être dissoute, même par le consentement mutuel des parties; telles sont les conventions matrimoniales, qui sont irrévocables* ». Cf. DEMOLOMBE (C.), *Cours de code civil*, T. 12, (Ts XXIV et XXV de l'édition française), 1868, Bruxelles, J. Stienon Éditeur, p. 136.

[1008] STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Obligations, 2- Contrat*, 3ème édition, Litec, 1989, p. 136, n° 320.

[1009] Il s'agit de « *termes latins signifiant ''dissentiment mutuel'', utilisés pour désigner, de la part de deux intéressés, la volonté réciproque de rompre les liens qui les unissaient* ». CORNU (G.), Vocabulaire Juridique, PUF, 9ème édition, 2011, p. 670.

[1010] *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, sous la dir. de G. Cornu, PUF 1996, 6ème éd. Cependant, dans la deuxième édition de cet ouvrage, la définition de la rétractation donnée est plus explicite ; elle y est définie comme la « *manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue afin de la priver de tout effet passé et à venir* ».

au terme de laquelle la première manifestation de volonté est « *effacée* » par celle qui lui succède[1011].

Concrètement, en prévoyant un droit de rétractation au profit du consommateur du commerce électronique, le projet de Directive n'innove pas dans le principe. En effet, le droit de rétractation est un instrument classique dont se servent les législateurs pour assurer la protection des consommateurs dans les contrats à distance[1012]. Mais, en le reprenant dans ce contexte, le projet de texte communautaire a cherché à adapter ses modalités à l'environnement électronique, ce qui fait son originalité. Dans cette logique, le Projet de Directive est précédé par la loi camerounaise régissant le commerce électronique.

Globalement, l'exercice de cette prérogative (1) est soumis à certaines modalités, et peut même, être exclu dans certains cas (2).

1- L'exercice du droit de rétractation du consommateur

386. Avant d'insister sur les modalités d'exercice de ce droit (b), une appréciation de sa nature s'avère intéressante (a).

a. La nature du droit de rétractation

387. Du fait que le consommateur dispose d'un droit de rétractation, on peut se poser la question de savoir quelle est l'influence de cette prérogative sur la formation du contrat et notamment à partir de quand, le contrat peut-il être vu comme étant formé ? En effet, dans le droit commun des contrats, le contrat se forme dès que l'offre et l'acceptation se rencontrent. À partir de ce moment et en vertu de l'article 1134 CC, le contrat est définitivement formé et chaque partie est tenue d'exécuter la prestation qu'elle a promise. Éventuellement, en cas de découverte de vices ou de difficultés d'exécution, le contrat pourra être annulé ou résolu.

Avec le droit de rétractation qui est une prérogative permettant au consommateur de révoquer le consentement ayant marqué son acceptation des conditions de l'offre, on

[1011] MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Thèse de Doctorat, 1991, Bdp. t. 284, LGDJ, 1997, p. 2 et s.

[1012] À titre d'illustration, voir l'article 7 de la loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun ; article 30, loi n° 90/031 du 10 Août 1990, régissant l'activité commerciale au Cameroun

se rend compte que le consommateur, sans évoquer un vice quelconque, peut néanmoins, arbitrairement et même de mauvaise foi[1013], provoquer l'anéantissement du contrat. Logiquement, on ne peut, dans ce cas, parler de nullité, aucune condition de validité n'ayant été violée. Aussi, on ne peut parler de résolution, la rétractation ne sanctionnant pas une faute contractuelle du professionnel.

388. Au sein de la doctrine, la question de la nature juridique du droit de rétractation fait débat. Pour un courant, l'existence du droit de rétractation retarde la formation du contrat jusqu'à expiration du délai institué par la loi, ce, en dépit de l'acceptation émise. Pour un auteur partageant cette position, en se rétractant, le consommateur renonce à un contrat en voie de formation, il ne se dédit pas d'un contrat déjà conclu[1014]. En d'autres termes, le délai de rétractation serait, pour ces auteurs, le temps reconnu au consommateur pour confirmer son consentement, il serait alors confondu, à tort, au délai de réflexion. Avant l'expiration de ce délai, le consentement du consommateur ne peut être vu comme étant effectivement fourni.

389. Contre cette position, d'autres auteurs pensent que l'exercice du droit de rétractation par son titulaire permet de remettre en cause, par volonté unilatérale, un accord déjà conclu[1015], le droit de rétractation ne s'envisageant qu'à l'égard d'une « *convention définitivement formée* »[1016]. D'après cette conception, le contrat est déjà définitivement formé et le droit de rétractation s'analyserait alors comme une prérogative exceptionnelle permettant au consommateur de résilier unilatéralement le contrat.

390. Les autorités communautaires semblent marquer leur préférence pour le second courant. D'après le projet de Directive, l'exercice du droit de rétractation s'analyse comme une résolution unilatérale du contrat préalablement formé. En effet, il

---

[1013] Dans une espèce relevant du domaine de l'assurance-vie, la Cour de Cassation française décida que : « *L'exercice de la faculté de renonciation prorogée, ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérées par ce texte est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise* ». Cass. Civ. II, 7 mars 2006, n° 05-12.338, Bull. civ. II, n° 63. Citée par STOFFEL-MUNCK (P.), ''L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation'', *RTD Com*., n° 4, oct-déc. 2012, p. 715.

[1014] CALAIS-AULOIS (J.), Droit de la consommation, n° 248.

[1015] FLOUR (J.), et AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, les obligations, I- L'acte juridique*, 12ème édition, Sirey, 2006, n° 187 et suiv.

[1016] STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Obligations, 2- Contrat*, Litec, 1989, p. 136, n° 320.

ressort de l'article 30, alinéa 2 de ce texte que le délai de rétractation fixé à 14 jours se compte à partir du jour de la conclusion du contrat. En cela, l'on comprend aisément que la rétractation ne se conçoit que d'un contrat valablement et définitivement formé. Cette conception permet de faire ressortir aisément la distinction entre le droit de rétractation et le droit ou délai de réflexion. En effet, dans ce dernier cas, le contrat ne sera considéré comme conclu qu'après l'écoulement du délai imparti pour réfléchir, alors que dans le premier cas, comme son nom l'indique, il s'agit d'un délai de rétractation. Or, se rétracter c'est révoquer son consentement valablement exprimé. En fin de compte, le droit de rétractation se présente comme une sorte de condition résolutoire, idée qui se vérifie à travers l'analyse des modalités de sa mise en œuvre.

b. Les modalités d'exercice du droit de rétractation

391. Le droit de rétractation est un droit discrétionnaire en ce que, le consommateur n'a pas besoin de justifier sa rétractation. Le projet de Directive prévoit en effet que le consommateur exerce son droit de rétractation « *sans avoir à motiver sa décision* »[1017]. Ce caractère peut sembler excessif. N'étant soumis à aucune obligation de motivation, le consommateur peut être tenté d'utiliser une telle prérogative de façon abusive. Finalement, pendant le délai de validité du droit de rétractation, l'article 1134 du code civil est purement et simplement mis en berne, et c'est la sécurité contractuelle qui en prend un coup. Dès lors, on peut, en s'inspirant de l'idée d'un auteur[1018], se demander si les contrats de commerce électronique tiennent encore lieu de loi aux parties qui les ont faites, dans la mesure où l'une d'elles peut, à son gré, s'en départir.

392. S'il décide de se rétracter, le consommateur doit, dans le délai de 14 jours[1019] depuis la conclusion du contrat ou depuis la prise de livraison du bien, porter son intention à la connaissance du prestataire par voie électronique ou par tout autre moyen pertinent. Après avoir manifesté cette intention de révoquer son consentement, le consommateur est tenu de retourner le bien objet du contrat sans délai excessif et au plus tard dans les quatorze jours qui suivent la date de communication de son intention

[1017] Cf. art. 48, al. § 1er, projet de Directive sur le commerce électronique.
[1018] DEMOLOMBE (C.), *Cours de code civil*, T. 12, (Ts XXIV et XXV de l'édition française), 1868, Bruxelles, J. Stienon Éditeur, p. 135.
[1019] Le législateur camerounais parle de 15 jours. Voir article 20, LCEC.

de révocation, à moins que le professionnel ne propose de reprendre lui-même ces biens. Ainsi, il faut clairement distinguer le délai d'exercice du droit de rétractation de celui du renvoi effectif du bien. En combinant les deux délais, l'on observe que le consommateur bénéficie au final d'un délai maximum de 28 jours. Bien plus, entre le jour où la volonté de révocation a été exprimée et celui où le prestataire recevra le bien retourné, il pourra se passer plus de 28 jours dans la mesure où il est prévu que « *ce délai est réputé respecté si le consommateur a renvoyé les biens avant l'expiration du délai de 14 jours* »[1020]. En d'autres termes, peu importe le moment où le prestataire rentrera effectivement en possession de son bien, car, dès que le consommateur l'a renvoyé dans le délai, sa rétractation est régulière. L'on est en présence ici d'une application de la théorie de l'émission dans la mesure où c'est la date d'expédition du bien qui sera prise en compte.

393. En cas de rétractation, le consommateur est tenu de supporter les frais de retour des marchandises lorsqu'il s'agit d'une rétractation de plein droit, c'est-à-dire non provoquée par un défaut constaté sur le produit, à moins que le professionnel accepte de les prendre à sa charge. De même, lorsque le prestataire a omis d'informer correctement et suffisamment le consommateur qu'il doit prendre en charge les frais de renvoi, il doit donc en supporter la charge[1021]. Il s'agit là de la sanction de l'obligation spéciale d'informer suffisamment le consommateur sur les modalités d'exercice de son droit de rétractation.

Quant à lui, le prestataire doit, au cas où les marchandises n'ont pas été altérées par le consommateur, rembourser les sommes perçues et éventuellement les frais de livraison dans les quatorze (14) jours à compter de la date de retour des marchandises ou de la renonciation au service[1022]. Le prestataire n'est pas tenu de restituer le prix du bien avant d'avoir reçu le bien ou la preuve qu'il a déjà été acheminé vers le prestataire. Ainsi, le consommateur doit présenter un comportement raisonnable et cohérent. S'il entend se rétracter, il doit s'abstenir de tout acte susceptible d'entamer la substance du bien, objet du contrat. Aussi, il doit avoir retourné le bien à son auteur. Cependant, le

[1020] Cf. art. 49, al. 2, projet de Directive sur le commerce électronique.
[1021] Cf. art. 49, al. 3, projet de Directive sur le commerce électronique.
[1022] Cf. art. 50, al. 1, projet de Directive sur le commerce électronique.

droit de rétractation du consommateur sera toujours possible, même s'il a utilisé le bien « *aussi longtemps que le professionnel ne l'a pas informé qu'il disposait d'un tel droit, en violation de l'article 27 ou de l'article 29, sans possibilité pour le professionnel de réclamer une quelconque indemnité pour l'utilisation du bien ou du service pendant cette période* ». Dans ce cas précis, la prorogation du délai d'exercice du droit de rétractation s'analyse comme une sanction à l'égard du prestataire qui a manqué à son obligation d'information.

394. L'on peut en effet s'interroger sur l'opportunité de la mesure imposant au prestataire, en cas de rétractation du consommateur, de restituer les frais de livraison. En effet, le remboursement des frais de livraison ne devrait se justifier que si le professionnel a commis une faute, en servant un bien non conforme, non commandé ou en se montrant déloyal. Sachant que le droit de rétractation est un droit discrétionnaire, il ne faut pas, par une trop forte protection du consommateur, lui permettre de l'exercer à tort et à travers. La solution actuelle fera, sans doute, peser sur le prestataire des conséquences financières très importantes. L'on aurait souhaité que les frais de livraison, parce qu'ils n'ont pas particulièrement profité au prestataire, ne lui soient pas d'office imputables. Seule la preuve de sa mauvaise foi pouvant justifier une telle sanction à son égard.

395. Malgré les griefs que l'on peut formuler au sujet du régime du droit de rétractation, il faut relever que le législateur cherche seulement, peut-être de façon critiquable, à s'assurer de l'intégrité du consentement du consommateur à l'acte. Même si aucun vice de consentement ne peut apparemment être invoqué, il n'est pas toujours erroné de croire que le consommateur ait pu se tromper sur l'objet du contrat. Le droit commun des contrats ne prend pas en compte tous les vices de consentement. Ainsi, tant l'erreur portant sur les qualités non substantielles que le *dolus bonus*[1023] ne sont pas sanctionnés. Pourtant, combinés à l'environnement électronique et au caractère distanciel de la transaction, ces vices apparemment légers peuvent s'avérer bien sérieux. Par le droit de rétractation, le législateur place le consommateur dans des conditions

[1023] Généralement, tant la doctrine que la jurisprudence distinguent entre le *dolus malus* et le *dolus bonus*. Alors que le premier est toujours à sanctionner parce que comportant une intention de tromper, le second, vu comme une simple exagération d'usage des qualités de la chose, n'est pas généralement sanctionné au titre de dol.

susceptibles de lui permettre d'exprimer un consentement libre[1024] et intègre. Si ayant reçu le produit commandé, il n'est pas satisfait, le consommateur se fait justice en dénonçant le contrat à moins que cette faculté lui soit refusée.

2- Les cas d'exclusion du droit de rétractation

396. Le droit de rétractation reconnu au consommateur est un privilège exceptionnel. À ce titre, il ne pourrait s'expliquer et être justifié que par la spécificité et la délimitation de son domaine. Ceci étant, l'ordre des principes classiques n'en serait troublé que dans ce champ restreint[1025]. Dans cet ordre d'idées, le législateur, se fondant sur deux séries de raisons, a exclu du domaine du droit de rétractation certains contrats.

397. D'une part, l'on peut invoquer des raisons tenant à la morale contractuelle. Le droit de rétractation ne doit pas donner lieu à une utilisation abusive de la part du consommateur, il ne doit pas devenir une arme de nuisance entre les mains de ce dernier. Lorsqu'il a pris une part active et décisive dans le processus contractuel, le consommateur ne doit plus pouvoir se rétracter. C'est dans cette logique que le droit de rétractation est exclu lorsque le consommateur demande la livraison du service avant l'expiration du délai de rétractation et que le vendeur le lui fournit. De même, lorsqu'il reçoit des produits confectionnés selon des caractéristiques personnalisées ou lorsqu'il descelle les enregistrements audio ou vidéo ou les logiciels informatiques livrés ou téléchargés, il ne peut plus se rétracter.

C'est encore le cas, s'agissant des contrats de service, lorsque « *le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également pris acte qu'il perdrait son droit de rétractation une fois que le contrat aurait été pleinement exécuté par le professionnel* »[1026]. Mais, le problème est souvent celui de savoir à partir de quand faut-il considérer qu'un contrat de service a été pleinement exécuté. Cette question s'est posée à l'occasion d'un litige relevant du domaine des assurances. Pour le juge du fond saisi, le paiement de la prime

[1024] BOSCO (D.), *Le droit de rétractation : D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, Mémoire de DEA de Droit Privé de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1999, p. 23.
[1025] *Idem*, p. 7.
[1026] Cf. art. 32, projet de Directive sur le commerce électronique.

d'assurance par le consommateur était synonyme d'exécution du contrat. La Cour de Cassation française, cassant cette décision, a décidé que le paiement d'une prime d'assurance, lorsque le contrat a été conclu à distance, ne prive pas le consommateur de son droit de rétractation au motif que le contrat aurait été pleinement exécuté[1027]. Le paiement de la prime n'est en réalité que l'acte qui marque la prise d'effet du contrat d'assurance. En résumé, pour que le droit de rétractation soit supprimé dans le cas des contrats de services en ligne, il faut non seulement que le contrat ait été pleinement exécuté avec l'accord préalable express du consommateur, mais que par ailleurs, ce dernier ait été informé de la perte de ce privilège.

398. D'autre part, de par la nature des biens et services en cause, l'on peut en déduire que l'exercice du droit de rétractation ne peut déboucher que, soit sur un enrichissement sans cause, soit sur une véritable perte de la part du prestataire. Souvent même, la nature du bien ou du service rend le droit de rétractation impossible. Ce droit étant, en théorie, un instrument de justice contractuelle, le législateur veille, à travers certains cas d'exclusion, à ce que son utilisation ne donne finalement pas lieu à un déséquilibre injustifié des patrimoines des parties en cause. Le consommateur qui achète en ligne des journaux et magazines, voire même des livres numériques, ne peut par la suite invoquer son droit de rétractation. Il est en effet normal de redouter la fraude de la part d'un tel individu. Les journaux se consommant par la lecture, le consommateur pourrait être tenté après lecture de récupérer son argent alors qu'il a pleinement tiré profit du contrat. De même, parce qu'il s'ensuivra forcément un préjudice à l'égard du prestataire, la loi ne permet pas au consommateur de se rétracter lorsque les biens en cause sont susceptibles d'être détériorés ou périmés à cause de l'expiration des délais de validité[1028].

399. On peut penser que le législateur aurait dû simplement exclure le droit de rétractation du domaine des services et des biens informationnels, ces derniers étant par nature, non restituables. D'un autre côté cependant, il semble que la position du législateur communautaire vise plutôt à inviter le prestataire à plus de loyauté et de responsabilité. En effet, le fait de subordonner la suppression du droit de rétractation

[1027] Cf. Cass. Civ. II, M. X. / Car & Boat média, 17 janvier 2013, www.legalis.net.
[1028] Cf. art. 22, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

dans le domaine des services à la double condition que le contrat ait été pleinement exécuté avec le consentement préalable du consommateur et que ce dernier ait pris acte de la suppression de son droit de rétractation, doit sûrement être perçu comme une invite des prestataires des services, à solliciter au préalable le consentement des consommateurs avant de mettre à leur disposition le service convenu et surtout à informer suffisamment ces derniers de l'inexistence d'un droit de rétractation lorsque le service est presté avec leur accord. Si ces conditions sont respectées, alors le consommateur perdra le bénéfice de la rétractation. Cependant, si le prestataire ayant fourni ces biens et services a commis une faute ou que ces produits comportent des vices, le consommateur pourra alors recouvrer son droit de rétractation, lequel se présente dans ce cas comme l'une des armes instituées pour vaincre les pratiques abusives des prestataires.

PARA. II : LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

400. Une clause abusive est une clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment des consommateurs, un déséquilibre significatif en faveur du professionnel, fournisseur de biens et de services[1029]. Ce type de clause est très présent dans les contrats du commerce électronique (A). Parce qu'il crée des déséquilibres préjudiciables aux intérêts des consommateurs, ce type de clause est sanctionné (B).

A- LA PRÉDISPOSITION DES CONTRATS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE À RECELER DES CLAUSES ABUSIVES

401. Le contrat d'adhésion[1030] occupe une place de plus en plus importante dans les relations contractuelles électroniques. La plupart des contrats du commerce électronique se présentent d'ailleurs sous la forme de contrats d'adhésion. Aux yeux de certains auteurs en effet, les contrats conclus par l'entremise de pages ou de sites Web

[1029] MESTRE (J.) et RODA (J.-C.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, pp. 16 s.

[1030] Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

ne peuvent se former autrement[1031]. Cette situation se justifie par le fait de la distance qui existe entre les parties, et surtout, de la standardisation des pratiques contractuelles en vigueur dans l'environnement technologique. Ainsi, on assiste dans le commerce électronique à une utilisation généralisée des contrats-types, des clauses-types et des conditions générales, entre autres. Du fait de ces pratiques, l'on tend évidemment à conclure qu'au moins, en termes de formation, les contrats du commerce électronique peuvent être qualifiés de contrats d'adhésion[1032] dans la mesure où la technique et la présentation formelle du contrat interdisent toute négociation *a priori*. En face d'une page Web contenant une offre, le consommateur ne peut que consulter les conditions générales, désigner ses produits et valider pour que le contrat soit conclu. Il ne peut que dans des rares cas, négocier les conditions de livraison, les modalités de paiement ou les conditions de responsabilité.

Malgré l'efficacité reconnue à ces instruments contractuels, il y a lieu de relever qu'ils présentent quelques dangers pour le cocontractant du professionnel, surtout lorsque ce cocontractant est un consommateur. En effet, les contrats d'adhésion peuvent comporter des clauses accordant au prestataire des avantages excessifs et/ou mettant à la charge du consommateur des obligations disproportionnées par rapport à l'avantage escompté. Dans le droit communautaire de l'Union Européenne, le lien entre le contrat d'adhésion et ce type de clause a été scellé par la disposition selon laquelle, la qualification de clause abusive n'est admise que dans les contrats « *n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* »[1033]. Le principe de l'équilibre des prestations commande que l'on contrôle, voire élimine, de telles clauses, surtout que dans les faits, elles sont généralement empreintes d'un abus de puissance économique du professionnel[1034].

[1031] GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D. É.), ''Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé'', in *Les Cahiers de droit*, vol. 48, n° 4, 2007, p. 635-680, p. 635, http://id.erudit.org/iderudit/043948ar.

[1032] GUILLEMARD (S.), *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Éditions Yvon Biais, 2006, p. 349. Pour cet auteur, « *dans le cas des contrats conclus à partir de site Web, le contrat d'adhésion ne devrait pas simplement faire l'objet d'une présomption. Puisque la faculté de négocier est totalement absente, rendue impossible par la technique, ce contrat doit être réputé d'adhésion, d'autant plus que personne ne conteste cette qualification* ».

1033 Cf. Directive du Conseil des Communautés européennes (dir. CE nº 93/13/CEE) du 5 avril 1993.

[1034] Cette présomption est établie par le législateur camerounais lorsqu'il définit la clause abusive comme *« toute clause qui est ou qui semble être imposée au consommateur par un fournisseur ou prestataire de service qui a une*

402. Pratiquement, il faut préciser que les « *facteurs matériels de présentation du document contractuel contribuent à faire du contrat un contrat d'adhésion* »[1035]. Ceci s'explique par le fait que, dans le monde fondé sur le papier, le document contractuel est souvent imprimé à l'avance et la technique de l'impression permet d'y inclure une grande quantité de clauses. Il est plus facile, dans ces conditions, d'imposer les modalités d'un contrat que lorsque le processus de construction ou de formation de la convention se fait de vive voix et qu'un dialogue risque de s'établir[1036]. Ce procédé est justement propre au commerce électronique où le consommateur se fait simplement communiquer les documents relatifs à la transaction, en prend connaissance, sans pouvoir négocier directement avec son cocontractant. Par ailleurs la lisibilité à l'écran peut être déficiente, surtout lorsque le prestataire présente certaines clauses en caractères très réduits comme ce fut le cas dans l'affaire *Dell Computer*[1037]. De tout cela, il apparaît que les caractéristiques du support électronique ont un impact évident sur la maîtrise du contenu informationnel d'un document[1038]. Dans un tel contexte, quand bien même les documents auraient été acheminés, le style d'écriture et la présentation à l'écran seront de nature à empêcher au consommateur d'y déceler des signes d'un déséquilibre manifeste. Ainsi, de par sa nature même, le support électronique est plus susceptible de receler les clauses abusives que le support papier[1039]. Analysant cette situation, un auteur diagnostique chez les cyberconsommateurs des « *pathologies communicationnelles de l'écran* » et conclut à la nécessité d'y remédier par une connaissance renforcée du consommateur[1040].

---

supériorité économique sur le consommateur, donnant au premier un avantage injuste, déraisonnable ou excessif sur le second ». Cf. art. 2, Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun. De même, pour la Cour de cassation française, l'abus de puissance économique du professionnel est inhérent aux contrats d'adhésion proposés aux consommateurs. Cf. Cass. civ. l^re^, 6 janv. 1994, J.C.P. 1994. II.22237, note Gilles Paisant.

[1035] BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, 2ème édition, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 25.

[1036] GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D. É.), *op. cit.*, p. 641.

[1037] Dans le cadre de cette Affaire, les juges observent qu'une clause « est rédigée en plus petits caractères et [qu']elle se retrouve au bas de la page. Le but avoué de cette méthode d'affichage est de ne pas détourner l'attention de l'utilisateur de l'essentiel, soit l'achat du produit ». Cf. Cour d'appel du Québec, *Dell Computer Corporation* c. *Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (CanLII), http://www.canlii.ca/fr/qc/qcca/doc/2005/2005qcca570/2005qcca570.html.

[1038] GAUTRAIS (V.), ''Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux !'', in *Revue du Notariat*, Montréal, (2005), pp. 617-650.

[1039] NIELSEN (J.), ''Writing for the Web'', http://www.sun.com/980713/webwriting.

[1040] GAUTRAIS (V.), ''Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage'', in *Revue Générale de Droit* (Université d'Ottawa), vol. 37, n° 2, 2007.

Dans le même ordre d'idées, il faut relever que du fait de quelques autres spécificités du contrat électronique, il peut très facilement dissimuler des clauses abusives. Aussi, du fait de la volatilité des contenus numériques, ayant la maîtrise de sa conception et de sa disposition, le prestataire peut à tout moment y inclure des clauses nouvelles. Bien plus, les conditions générales des prestataires sont généralement d'une longueur qu'il est quasiment impossible pour un consommateur d'en prendre effectivement connaissance. Finalement, le fait que le commerçant rédacteur des contrats profite ou abuse de sa supériorité économique ou de l'état de vulnérabilité et de dépendance économique du consommateur pour s'aménager quelques protections dans le contrat débouche souvent sur des clauses déséquilibrées méprisant les intérêts des consommateurs[1041]. Ainsi et malheureusement, le contrat et surtout dans le domaine du commerce électronique, ne conduit plus à des rapports justes comme l'imaginaient les rédacteurs du code civil. Face à un cybermarchand puissant, il serait erroné de continuer de croire que le consommateur demeure toujours « *le meilleur juge ou le meilleur législateur de ses intérêts* »[1042] d'où l'intervention du législateur à travers la sanction des clauses abusives.

B- LE RÉGIME DE LA SANCTION DES CLAUSES ABUSIVES

403. En instituant la sanction des clauses abusives, le législateur n'est pas, logiquement, en train de sanctionner un vice de consentement. Cependant, il le présume[1043]. En effet, dans un contexte de commerce électronique où la pratique des contrats d'adhésion se généralise, il s'avère important de ne plus simplement prendre la volonté manifestée des parties comme fondement de la force obligatoire des contrats. De façon générale, la doctrine prévient contre une telle façon de voir lorsque, se fondant sur l'expérience, elle indique que « *les conventions sont parfois des instruments d'exploitation des faibles* »[1044]. Plus qu'ailleurs, l'environnement du commerce

---

[1041] GAUTRAIS (V.), ''Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux !'', *op. cit.*

[1042] TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), note sous Cour de cassation, 1ère civ., 14-05-1991 n° 89-20.999, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e édition 2008, p. 137

[1043] Cette clause est définie dans la loi camerounaise (Cf. art. 2, Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun) comme celle qui est imposée ou « *qui semble être imposée au consommateur* », ce qui dénote une idée de contrainte au moins morale ressentie par le consommateur qui accepte une telle clause.

[1044] CHAZAL (J.-P.), ''Justice contractuelle'', http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-po.fr.droit/files/users/aude.epstein/Justice%20contractuelle.pdf.

électronique permet de soutenir que « *l'échange des volontés n'est pas suffisant pour garantir la conclusion d'un contrat juste parce qu'équilibré* »[1045]. Penser le contraire serait nier et faire fi de la réalité commerciale et technologique des contrats de cyberconsommation[1046]. Certes, en cliquant sur « *valider* » ou « *j'accepte* »[1047], le consommateur, même lorsqu'il a préalablement vérifié les risques d'erreurs dans la saisie de sa commande, ne mesure pas toujours toute la portée des engagements qu'il souscrit. S'il accepte de conclure un contrat pour lequel il n'a pas activement participé à la définition des clauses, c'est parce qu'il se trouve, par rapport au prestataire, en position de faiblesse. Cette faiblesse « *peut être due soit à son infériorité économique, à son ignorance de fait ou de droit, à son incurie, à son insouciance ou à sa paresse, soit à la loi elle-même ou du fait de son propre état de besoin* »[1048].

Puisqu'il est donc difficile, voire impossible pour le consommateur de négocier les clauses, et que d'autre part, le contrat est nécessaire pour la satisfaction de ses besoins, le législateur a jugé utile d'intervenir à travers le contrôle des clauses des contrats du commerce électronique. Ce contrôle vise à purger du contrat les clauses qui seraient préjudiciables au consommateur, lesquelles seront qualifiées d'abusives. Comme l'ont écrit certains auteurs, « *l''intérêt de qualifier une clause d'abusive est donc la protection d'une partie au contrat, la moins expérimentée ou la plus faible économiquement* »[1049].

404. Le Projet de Directive sur le commerce électronique n'a malheureusement pas expressément parlé des clauses abusives. Seule une lecture attentive de ses dispositions permet d'observer qu'il cherche à limiter considérablement le pouvoir des prestataires lors de la conception des modèles de contrats. Ainsi, en disposant que seuls les professionnels peuvent déroger à l'obligation pour le prestataire d'accuser réception de la commande, l'article 22 de ce texte rend nulle toute clause ayant un tel objet, lorsqu'elle est insérée dans un contrat passé par un consommateur. De plus, prenant en

[1045] BRUNEAU (L.), *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse de Doctorat, Université des Sciences Sociales de Toulouse, n° 564, p. 472.
[1046] GAUTRAIS (V.), ''Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux !'', *op. cit.*
[1047] Formule généralement affichée sur les pages web pour solliciter l'acceptation du consommateur.
[1048] GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D. É.), *op. cit.*, p. 640.
[1049] MESTRE (J.) et RODA (J.-C.), *op. cit.*, p.20.

compte le caractère international du commerce électronique, le Projet de Directive sur le commerce électronique protège les consommateurs contre les clauses abusives portant attribution de compétence. Ainsi, les clauses qui auraient pour but ou pour effet, de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions de l'État du lieu de sa résidence[1050] seraient réputées non écrites.

405. Pour sa part, le législateur camerounais a formellement interdit l'utilisation des clauses abusives dans les contrats impliquant des consommateurs[1051]. Sans avoir expressément listé les clauses abusives, comme c'est le cas en France, il a néanmoins indiqué les critères qui permettraient de les reconnaître. Ainsi, il déclare que sont notamment abusives, les clauses qui exonèrent, excluent, réduisent ou limitent la responsabilité des fournisseurs ou des prestataires de services pour les défauts, déficiences ou inadéquations de toutes sortes dans la technologie, le bien fourni ou le service rendu. Si l'on peut être d'accord sur le principe de la sanction d'une telle clause, il demeure qu'une observation attentive de sa généralité invite à, au moins, une réserve.

406. En effet, si le prestataire doit juridiquement répondre des vices inhérents au bien ou au service vendu, il faut nuancer sur le principe de sa responsabilité relativement aux déficiences de « *toutes sortes dans la technologie* ». Il ne serait pas illégitime que le vendeur s'exonère des conséquences attachées à une prestation qu'il n'effectue pas[1052]. Ainsi, il faut relever que, généralement, les problèmes liés à la technologie, à l'instar des problèmes de navigation, ne sont techniquement pas dus au fait du prestataire. Par ailleurs, la qualité de la communication ne relève pas spécifiquement de la responsabilité du cybermarchand. Cependant, la rigueur de l'analyse voudrait qu'effectivement, l'on tienne compte de l'objet précis du litige. S'il s'agit d'un problème de structuration du site ou d'agencement des pages web, cela relèvera logiquement de la responsabilité du vendeur et il ne saurait s'en exonérer. Or, s'il s'agit d'un problème de qualité de la connexion, évidemment, à moins que le fournisseur d'accès soit choisi par le vendeur, ce dernier ne saurait en être responsable

[1050] Cf. art. 5, al. 2, projet de Directive sur le commerce électronique.
[1051] Cf. art. 5, loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.
[1052] RAYNOUARD (A.), note sous T.G.I. Paris, 4 février 2003, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 janvier 2004 n° 1, p. 56.

et la clause limitative de responsabilité à ce sujet devrait être valable. Toutefois, le principe demeure que la clause qui exclut ou limite la responsabilité du professionnel dans un contrat le liant à un consommateur doit être annulée parce qu'abusive[1053].

Aussi et d'après la loi, sont abusives les clauses qui « *impliquent la perte des droits et libertés garantis au consommateur ou en limitent l'exercice* » de même que celles qui « *créent des termes ou conditions contractuels injustes, déraisonnables, inéquitables, répressifs ou qui retournent à la responsabilité du consommateur des défauts, les déficiences ou inadéquations non immédiatement apparents* »[1054]. En vertu de cette disposition, serait nulle une clause permettant au vendeur de s'affranchir de son obligation précontractuelle d'information[1055]. Bien plus, une clause qui impose unilatéralement le recours à l'arbitrage est naturellement abusive et nulle par voie de conséquence. En droit camerounais, la nullité qui frappe les clauses abusives est une nullité absolue pouvant être prononcée d'office par le juge[1056].

407. La stratégie utilisée par le législateur ici est un peu critiquable. Dans un contexte comme celui des États membres de la CEMAC, le législateur communautaire doit faire preuve de beaucoup de courage dans la protection des intérêts des consommateurs. Ainsi, il aurait dû par exemple instituer des organes chargés de recenser d'office les clauses abusives contenues dans les contrats de commerce électronique, à charge pour ces organes d'en dresser une liste qu'ils diffuseront le plus largement. Il faut noter que le consommateur ne sait pas toujours qu'il s'est fait abuser. Seul un système d'information efficace peut lui permettre de se former davantage à la reconnaissance des clauses abusives et à leur dénonciation. Par ailleurs, en présence d'une telle liste dont la mise à jour devra se faire régulièrement et dont le caractère non exhaustif devra être reconnu, le juge verra sa tâche allégée lorsque la clause en question aura déjà été répertoriée. Dans ce cas, il se bornera essentiellement à en tirer les conséquences de droit.

[1053] Cf. CA Centre (Yaoundé-Cameroun), arrêt n° 339/Civ, 24 juin 2000, Aff. Agence de voyages Félicité Express Voyages c/ MEKOUGANG Régine, in *Juridis Périodique*, n° 67, juillet-août-septembre 2006, page 41.
[1054] Cf. art. 5, al. 1, Loi-cadre camerounaise du 6 mai 2011 portant protection des consommateurs.
[1055] Une telle clause a déjà fait l'objet d'une sanction dans la jurisprudence française, voir TGI Paris, 4 février 2003, affaire, Père-noël.fr.
[1056] Cf. art. 5, al. 2, loi-cadre camerounaise du 6 mai 2011 portant protection des consommateurs.

Sur ce point, les organisations de protection des consommateurs doivent être dynamiques pour pallier cette faiblesse du dispositif réglementaire. Elles pourront notamment tirer profit de leur droit d'action préventive pour exiger le retrait des clauses jugées abusives contenues dans les contrats et les conditions générales. En effet, la loi-cadre camerounaise portant protection des consommateurs permet l'exercice des actions préventives, c'est-à-dire celles qui tendent à faire cesser la menace d'une atteinte aux droits du consommateur[1057]. Or, la seule présence d'une clause abusive dans les conditions générales d'un cybermarchand constitue une menace aux intérêts des consommateurs. C'est sûrement dans cet ordre d'idées qu'un auteur souligne qu'il importe que les règles protégeant les consommateurs prennent la double dimension préventive et collective, laquelle est étrangère au Code civil[1058].

408. D'un autre côté, il est souhaitable que les autorités de la CEMAC entérinent au niveau communautaire d'autres aspects de la législation camerounaise. Ainsi, la création des associations de consommateurs doit être encouragée et bien encadrée. Aussi, le rôle de ces associations mérite d'être renforcé et la portée de leurs actions étendue. En effet, il est prévu dans le contexte camerounais que, « *les décisions rendues dans le cadre des instances introduites par une association non gouvernementale produisent à l'égard de tous les consommateurs, tous leurs effets bénéfiques et peuvent être invoquées par un consommateur ou groupe de consommateurs pour obtenir réparation du préjudice subi* »[1059]. Une telle disposition, bien que heurtant le principe de l'effet relatif des décisions de justice[1060], vise à offrir aux victimes d'un préjudice de masse la chance d'établir plus efficacement la vérité et d'obtenir une meilleure réparation[1061]. En effet, pris séparément, aucun des préjudices dont les consommateurs sont victimes n'est, en général, suffisamment important pour

[1057] Cf. art. 27, al. 3, Loi-cadre camerounaise du 6 mai 2011 portant protection des consommateurs.
[1058] CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *op. cit.*, p. 23.
[1059] Cf. art. 29, loi-cadre camerounaise du 6 mai 2011 portant protection des consommateurs.
[1060] À ce sujet, l'article 1351 du code civil camerounais dispose que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».
[1061] CANIVET (G.), ''Des obstacles juridiques à l'action de groupe'', Communication au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », www.courdecassation.fr.

couvrir les frais d'une action en justice[1062]. Au-delà de ces intérêts matériels, le législateur se soucie aussi de la dignité du consommateur.

SECTION II : LE SOUCI DE SAUVEGARDE DE LA DIGNITÉ DES CONSOMMATEURS

409. Le consommateur est une personne titulaire d'un ensemble de droits et de prérogatives protégés. Le législateur veille à la sauvegarde de ces droits garantissant la dignité du consommateur à travers la définition d'une part, du régime des informations échangées ou collectées (Para. I), et des règles relatives à la protection spécifique des mineurs d'autre part (Para. II).

PARA. I : LE RÉGIME DES DONNÉES ÉCHANGÉES OU COLLECTÉES

410. Dans le commerce électronique, il arrive que, pour la conclusion d'une transaction, des informations soient échangées entre le prestataire et le consommateur. Ces informations peuvent avoir un lien avec la personne et l'intimité même du consommateur, exposant ainsi ce dernier à des risques d'intrusion et de violation de sa vie privée.

411. Pour le Doyen Carbonnier, la vie privée d'un individu se définit comme la sphère secrète de la vie d'où il a le pouvoir d'écarter les tiers[1063]. Pour un individu engagé dans une relation contractuelle, il s'agit d'une bulle protectrice, le protégeant contre toute intrusion[1064]. Pour que cette protection soit effective dans le domaine du commerce électronique, le législateur communautaire a soumis la publicité commerciale par voie électronique à un régime rigoureux (A). Par ailleurs, il protège les données personnelles des consommateurs (B) en veillant à ce qu'elles ne fassent pas l'objet d'utilisations et de transactions illicites.

[1062] Le BIGOT (S.), ''L'introduction de la 'class action' en droit français : à quelles fins ?'', in *Lexbase Hebdo* n° 183 du Mercredi 28 Septembre 2005 - Edition Affaires, version html : http://www.fnuja.com/docs/LEXBASEclassaction251005.html

[1063] CARBONNIER (J), *Droit Civil, 1, Les personnes*, 19ème édition, PUF 1994, n° 86, p. 135.

[1064] FAYSSINET (J.), ''Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise'', in *Rev. Dr. soc* 1992, p. 596.

A- LA RÈGLEMENTATION DE LA PUBLICITÉ PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

412. D'après le projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique, la publicité est définie comme « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »[1065]. Elle se trouve au cœur de la stratégie de développement de l'économie numérique en ce qu'elle constitue l'un des principaux moyens de financement des médias électroniques[1066]. Lorsqu'elle est dirigée vers des consommateurs, du fait de la vulnérabilité de ces derniers, le législateur exige qu'elle respecte certains canons guidés par deux grands principes. D'une part, le principe de l'accord préalable du consommateur se traduisant pas l'interdiction des messages publicitaires non sollicités (1). D'autre part, le principe de la transparence qui se traduit par la définition du contenu des messages publicitaires (2).

1- L'interdiction de principe des messages publicitaires non sollicités

413. Par principe, les messages publicitaires ne doivent être communiqués qu'à l'endroit des consommateurs ayant au préalable exprimé leur consentement à les recevoir (a), cependant ce consentement n'est pas obligatoirement requis dans certaines situations, lesquelles demeurent exceptionnelles (b).

a. Le régime de principe

414. Les réseaux de communications électroniques offrent aux annonceurs d'énormes possibilités en matière de publicité. Grâce à ces médias, le prestataire peut toucher en une fraction de seconde et d'un seul clic une masse considérable de potentiels consommateurs de ses produits ou services. Des outils et instruments tels des logiciels espions permettent en effet aux prestataires de commerce électronique de capter et d'intercepter les adresses électroniques des consommateurs lorsqu'ils naviguent sur des sites internet. Cette pratique permet aux annonceurs de diriger leurs messages

[1065] Cf. art. 1er, 7° Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.
[1066] ZOUIBAA (M.), *La publicité sur internet*, Mémoire de Master droit privé sciences criminelles, Faculté de droit de Nancy, www.memoireonline.com.

publicitaires directement dans les messageries des personnes concernées. Elle est devenue tellement courante que certains estiment aujourd'hui que plus de 50 % du courrier électronique échangé au niveau mondial est en réalité du « *spam* », c'est-à-dire des communications commerciales non sollicitées[1067]. Ce volume s'explique par les avantages qu'offre le courrier électronique à travers sa rapidité, son coût relativement modique et la facilité de contacter un très grand nombre d'utilisateurs. Aussi, il s'appuie sur le perfectionnement des stratégies de collecte et de diffusion de données électroniques. Avec l'internet, les professionnels de la publicité sont en mesure d'identifier les goûts et les besoins de personnes déterminées, de concevoir en conséquence des messages publicitaires personnalisés. En fait, « *internet est un paradis pour les annonceurs qui ont de tout temps rêvé d'un média qui leur permettrait de cibler les récipiendaires de leurs messages commerciaux* »[1068].

415. Pour le consommateur, la réception de messages publicitaires non sollicités[1069] est généralement source de nombreux désagréments dans l'utilisation de sa messagerie électronique. Cette pratique génère en effet un encombrement des boîtes à lettres. Celles-ci étant bien souvent limitées en taille, il s'ensuit pour le consommateur une contrainte majeure, celle de nettoyer régulièrement sa messagerie au risque de perdre de messages importants. Par ailleurs le *spam* engendre des coûts additionnels, spécialement pour les internautes qui accèdent à internet par « *Pay per use* » ou par des faibles débits de connexion ; il entrave l'utilisation efficace du courrier électronique pour des activités personnelles, commerciales ou administratives. Il gène, par conséquent, la croissance et l'acceptation du commerce, les activités de l'administration en ligne et de manière générale, les activités électroniques légitimes. C'est en cela que

[1067] POIDEVIN (B.), ''La guerre contre les emails'', http://www.jurisexpert.net/category/blog/droit-des-logiciels/fichiers-cnil/ , publié le mercredi 18 février 2004.
[1068] TEDESCHI (B.), ''Targeter marketing confronts privacy concerns'', in *New York Times*, 1 9 9 9 / 1 0 / 0 5, disponible sur http://www.nytimes.com/library/tech/99/05/cyber/commerce/10commerce.html,; LEONARD (T.), '' E-marketing et protection des données à caractère personnel'', p. 2, 23/05/2000, disponible sur http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=22&motcle=e-marketing&mode=motamot.
[1069] Ce type de message est encore appelé Spam ou Pourriel.

« *le Spam est considéré comme un fléau mondial qui émousse la confiance des utilisateurs* »[1070].

416. Certes, la publicité, étant à la fois une forme d'expression et une activité commerciale, se trouve protégée tant par le principe de la liberté d'expression que par celui de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est ce qui justifie sans doute que le législateur camerounais pose expressément que l'exercice de la publicité est libre[1071]. Mais, parce qu'elle peut donner lieu à une intrusion dans la vie privée des personnes ciblées et qu'elle peut faire naître à leur égard des charges injustifiées[1072], le législateur atténue ce principe de la liberté dans un souci de conciliation de toutes les valeurs en présence. Pour le législateur communautaire, le principe est celui de l'obtention d'un consentement préalable de la part du consommateur ciblé par la publicité. Ainsi, il invite les États « *à interdire l'utilisation de systèmes automatisés d'appel, de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe sans le consentement préalable et éclairé des abonnés* »[1073]. Constant dans cette logique, il réitère sa pensée dans le Projet de Directive sur le Commerce électronique en ces termes : « *L'utilisation du courrier électronique, de télécopieurs ou de systèmes automatisés d'appel et de communication sans intervention humaine (automates d'appel) à des fins de publicité est autorisée moyennant le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages*[1074] ».

417. Ce principe communautaire a été transposé en droit camerounais à travers l'article 7 de la loi n° 2010/021 régissant le commerce électronique, lequel interdit expressément toute forme de publicité ou de prospection utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'un consommateur qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir lesdits messages par ce moyen[1075]. En optant pour cette approche,

---

[1070] ZOUAK (L.), ''Enjeux et Défis pour les Stratégies Nationales'', communication à l'Atelier Francophone *Lutte contre le Spam* organisé par l'Agence Nationale de Réglementation des Télécommunications du Maroc, www.anrt.net.ma.

[1071] Cf. art. 5, al. 1, loi camerounaise n° 2006/18 du 29 décembre 2006 régissant la publicité au Cameroun.

[1072] Par exemple, le fait de devoir tout le temps effacer un message non sollicité pour préserver l'espace dans sa messagerie.

[1073] Cf. art. 6, Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 Fixant le Cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques.

[1074] Cf. art. 32, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.

[1075] Cf. art. 7, loi camerounaise 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

qualifiée d'« *opt-in* », basée sur l'exigence du consentement préalable des consommateurs, le législateur communautaire a marqué sa préférence pour la protection des intérêts de ces derniers. En effet, contrairement à l'approche « *opt-out* », qui se traduit par la liberté pour le prestataire d'envoyer les messages publicitaires non sollicités, à charge pour le consommateur mécontent de solliciter son exclusion de la liste des cibles, l'approche « *opt-in* » est vue comme celle qui garantit le mieux la vie privée et la tranquillité des consommateurs. C'est aussi celle qui impose une certaine loyauté dans le comportement des annonceurs dans la mesure où elle favorise une démarche consensuelle et moins agressive de la part de ces derniers contraints de négocier au préalable la communication des publicités.

Cette obligation doit être respectée par tous les opérateurs de commerce électronique nonobstant la forme et le support du message publicitaire. Cette précision vise notamment le cas des SMS qui sont des messages diffusés à travers les réseaux de téléphonie mobile. En effet, au regard de la généralité de la définition du terme « *communication électronique* », il y a lieu de relever que le SMS est un courrier électronique et doit dès lors être soumis au principe de l'opt-in. Cette réalité ne doit pas être perdue de vue par la jurisprudence, surtout que, comme le relève un auteur, le spamming par SMS est susceptible de constituer une atteinte au droit de la personnalité[1076], et ce, davantage que le spamming par Email. Fort de tout ce qui précède, une étude conclut que l'approche « *opt-in* », est celle « *favorable à la protection des données personnelles* »[1077] même si concrètement elle est assortie d'aménagements.

b. Le régime d'exception

418. À côté du principe de l'exigence préalable du consentement du consommateur avant toute communication d'un message publicitaire, le législateur communautaire, tenant compte sûrement de la valeur de la publicité dans le commerce électronique prévoit que dans certaines circonstances, le prestataire ou l'annonceur soit dispensé de l'obligation de requérir le consentement préalable du consommateur ciblé.

[1076] VERBIEST (T.), *Le nouveau droit du commerce électronique*, éd. Larcier, Collection Droit des technologies, 2005, p. 58.

[1077] Cf. La Documentation Française, *Le commerce électronique-internet dans le monde*, 03 novembre 2011, www.ladocumentationfrançaise.fr .

Ainsi, il ressort de la Directive fixant le cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs des communications électroniques que, par dérogation au principe du consentement préalable, « *la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services. La prospection doit alors concerner les produits ou services analogues fournis par le même fournisseur, et le destinataire doit pouvoir refuser ou s'opposer, sans frais et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsqu'elles sont recueillies et à chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé »*[1078].

Malgré l'admission de cette possibilité, il demeure à la lecture de ce texte que le législateur reste attaché à la prise en compte du consentement des consommateurs. En effet, ne peut se prévaloir de cette disposition que le prestataire qui se sert d'une adresse obtenue directement auprès du consommateur. En d'autres termes, il ne doit jamais s'agir d'une adresse captée dans les espaces publics de l'internet. Par la suite, le prestataire ne peut utiliser une telle adresse que pour fournir des biens ou services analogues à ceux ayant fait l'objet de la transaction ayant permis au prestataire d'obtenir ladite adresse. Le législateur semble établir ici une certaine présomption : si le consommateur avait souscrit pour tel produit, il est possible qu'il soit aussi intéressé par tel autre qui lui est semblable. Mais, dans tous les cas, le droit d'opposition du consommateur doit lui être réservé.

419. Au sujet de ce droit d'opposition, il ressort du projet de Directive sur le commerce électronique que lors de l'envoi de toute publicité par courrier électronique, le prestataire est tenu de fournir une information claire et compréhensible, sur le fond et dans la forme, concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités ; aussi, il est tenu d'indiquer et de mettre à disposition du consommateur un moyen approprié permettant d'exercer efficacement ce droit par voie électronique. En outre, ce droit d'opposition devrait être exercé sans frais ni indication de motifs[1079].

[1078] Cf. art. 6, al. 2, Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 Fixant le Cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques.
[1079] Cf. art. 34, Projet de Directive CEMAC sur le Commerce électronique.

2- L'encadrement du contenu des messages publicitaires

420. La réglementation de la publicité, surtout lorsqu'elle se fait par voie électronique, présente plusieurs enjeux. Il est en effet à craindre que le message publicitaire ne soit en réalité qu'un élément participant d'une stratégie d'arnaque ou d'escroquerie. L'internet s'est montré, en l'espace de quelques temps, propice au développement de nouvelles formes de fraude. Pour faciliter l'identification des messages publicitaires, le législateur impose aux annonceurs un formalisme rigoureux.

En règle générale, un message publicitaire doit pouvoir être identifié comme tel. Cet objectif peut être atteint en raison de son effet global, y compris sa présentation. À défaut, il doit comporter la mention « *publicité* » de manière lisible, apparente et non équivoque[1080]. Cette présentation permet à la cible d'apprécier librement le traitement ou l'attention qu'elle doit réserver audit message. La publicité est une activité commerciale qui doit être effectuée sous la responsabilité d'un annonceur[1081], l'identité duquel doit être déclinée dans le message publicitaire. De façon générale sur ce point, sont donc prohibées les pratiques consistant à utiliser l'adresse électronique ou l'identité d'un tiers ou de falsifier ou de masquer toute information permettant d'identifier l'origine du message de courrier électronique, son objet ou son chemin de transmission[1082].

En plus de ces mentions relatives à l'identification du message et de l'annonceur, il faut ajouter que le cas échéant, les offres promotionnelles, telles que les annonces de réductions de prix, les offres conjointes ou tout autre cadeau, devront être clairement identifiables comme telles, et les conditions pour en bénéficier devront être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque

421. D'un autre côté, la publicité étant une activité commerciale, son contenu doit être conforme aux exigences de décence, de moralité et de véracité. S'agissant de la décence et de la moralité, le message publicitaire ne doit porter aucun élément que celui nécessaire à la promotion d'un bien ou d'un service commercial licite. Ainsi, il doit être exempt de toute discrimination raciale, ethnique ou sexuelle, des scènes de

[1080] Cf. art. 28, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.
[1081] Il s'agit de toute personne physique ou morale à l'initiative de laquelle des messages publicitaires sont produits et émis et qui en assure le financement. Cf. art. 3, pt. 3, loi camerounaise de 2006 régissant la publicité.
[1082] Cf. art. 35, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.

violence et de toute incitation à des comportements préjudiciables à la santé, à la sécurité des biens et des personnes ou à la protection de l'environnement[1083]. Par ailleurs, lorsqu'elle s'adresse aux enfants, la publicité ne doit pas être de nature à compromettre leur éducation, ni comporter de présentation visuelle ou de déclaration écrite ou orale qui puisse leur causer un dommage physique, matériel, mental ou moral. Elle ne doit pas exploiter, altérer ou tendre à ruiner la confiance particulière ou le respect que les mineurs ont envers leurs parents, leurs éducateurs ou d'autres personnes dont dépend leur formation morale ou intellectuelle[1084].

422. À travers l'exigence de la véracité, le législateur cherche à éliminer du marché les pratiques déloyales et trompeuses qui déforment l'information et empêchent le consommateur de prendre une décision éclairée[1085]. La publicité a une fonction essentielle : informer le consommateur sur l'existence et les caractéristiques d'un produit afin de le convaincre de son utilité. Lorsqu'elle est véridique et exacte, la publicité accroît normalement le rendement du marché car elle transmet des renseignements utiles aux consommateurs et permet aux entreprises de soutenir plus vigoureusement la concurrence grâce à la promotion de leurs produits et de leurs services[1086]. Cependant, lorsque les informations contenues dans la publicité sont incomplètes et dénaturées, les consommateurs ne peuvent pas prendre de décisions d'achat éclairées. Cette situation nuit gravement à leurs intérêts et effrite la confiance qu'ils nourrissent vis-à-vis du commerce électronique. C'est la raison pour laquelle le législateur camerounais interdit toute publicité comportant sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur.

La bataille de la transparence des pratiques du commerce électronique est d'un enjeu primordial en ce qu'elle vise à établir le climat de confiance nécessaire à la participation effective des consommateurs aux transactions électroniques. À côté de la réglementation de la

[1083] Cf. art. 24, Loi n° 2006/18 du 29 décembre 2006 régissant la publicité au Cameroun.
[1084] Cf. art. 27, Loi n° 2006/18 du 29 décembre 2006 régissant la publicité au Cameroun.
[1085] L'HEUREUX (N.), *Droit de la consommation*, 4e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, note 26, p. 305.
[1086] MASSE (C.), *La publicité trompeuse dans le commerce électronique*, Mémoire de Maîtrise en Droit des technologies de l'information, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Décembre 2000, p. 3.

publicité, le législateur, dans le cadre de la protection des intérêts des consommateurs, s'est aussi intéressé à la protection de leurs données personnelles.

B- LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

423. Les données personnelles sont vues comme étant celles qui sont liées à une personne. Plus précisément, le texte communautaire les définit comme « *toute information relative à une personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments, propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique* »[1087]. Dans le contexte du commerce électronique, ces données, collectées à l'occasion de certaines transactions, peuvent faire l'objet d'utilisations malveillantes. Afin de juguler ce risque, le législateur communautaire cherche à mettre en place un régime permettant d'assurer leur protection lors de leurs traitements. Ce régime donne une place importante à la volonté de la personne considérée (1) et assujettit les responsables de traitement au respect d'un certain nombre de principes (2).

1- Le rôle de la volonté du consommateur dans le traitement des données personnelles

424. D'après le projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles, c'est la volonté de l'individu qui donne au traitement des données personnelles sa légitimité. L'exigence du consentement est en effet, généralement considérée comme un véritable « *verrou* » protégeant la vie privée[1088]. Dans le cadre de cette réglementation, le législateur communautaire a donné au consentement une définition qui, sans être trop éloignée de celle communément admise en droit civil, est cependant empreinte d'une certaine précision. Ainsi, le consentement est vu dans ce cadre comme « *toute manifestation de volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal, judiciaire ou*

[1087] Cf. art. 1 (7), Projet Directive CEMAC relative à la protection des données à caractère personnel.
[1088] GENTOT (M.), ''La protection des données personnelles à la croisée des chemins'', in TABATONI (P.), (sous la direction de), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Tomes 3, PUF, Coll. Cahiers Académie sciences morales et politiques, 2002, p.31.

conventionnel accepte que ses données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement »[1089].

Ce consentement doit être suffisamment éclairé, ce qui suppose que le sujet consentant doit au préalable recevoir une information suffisante[1090] lui permettant de savoir avec précision à quoi serviront lesdites données et surtout quels types de traitement seront réalisés. Le consentement de la personne considérée doit être obtenu de façon directe et loyale. Obtenir de façon directe un consentement consiste à ne pas piéger le sujet consentant, mais à formuler clairement la demande de consentement assortie d'une indication claire de la destination précise de ses données et des traitements qui en seraient faits. Ainsi, le fait de soumettre une clause ainsi libellée « *je consens à recevoir des informations et avantages de l'entreprise et de ses partenaires* », ne permet pas toujours au consommateur, séduit par l'idée d'avantages à recevoir, de comprendre qu'en toile de fond, la clause lui demande l'autorisation de communiquer son adresse à des tiers à des fins commerciales. De telles clauses doivent être sanctionnées par les autorités de contrôle. La loyauté signifie aussi que le consentement du consommateur au traitement de ses données doit se déduire d'un acte positif. Le prestataire ne doit pas présumer ce consentement ou concevoir le formulaire de telle sorte que la case « *j'accepte* » ou « *j'autorise* », soit déjà validée. Dans une telle hypothèse, l'on est fondé à se dire que le consommateur n'a plus à accepter, la case étant déjà validée, mais plutôt à s'opposer, ce qui dénature l'esprit de la Directive.

425. Dans tous les cas, le Projet de Directive est suffisamment clair, le consentement doit être exprès, ce qui signifie qu'il doit être manifesté par un acte positif,

---

[1089] Cf. art. 1er, pt. 5, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

[1090] D'après l'article 12 du Projet de Directive, « *Lorsque les données à caractère personnel sont collectées auprès de la personne concernée, le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à la personne concernée au moins les informations énumérées ci-dessous, sauf si la personne en est déjà informée :*

a. l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant ;

b. les finalités du traitement auquel les données sont destinées ;

c. dans la mesure où, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont collectées, toute information supplémentaire, si elles sont nécessaires pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données, telles que:

- les destinataires ou les catégories de destinataires des données,

- le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse,

- l'existence de ses droits d'accès, de rectification, d'effacement et d'opposition aux données à caractère personnel la concernant ».

non équivoque. Plus spécialement lorsque les données en cause relèvent de la catégorie des données sensibles[1091], elles ne peuvent être traitées que si « *la personne concernée a donné son consentement explicite écrit, que ce soit sur un support papier, support électronique ou tout autre support équivalent* »[1092]. Le droit de consentir c'est aussi le droit de ne pas consentir et même de révoquer son consentement sans aucun obstacle. C'est ainsi qu'il est prévu que « *le consentement peut être retiré à tout moment sans frais par la personne concernée* »[1093]. À ce sujet, et concernant la publication des données dans les annuaires, le législateur communautaire exige, conformément au principe de la légitimité, que « *les États membres veillent à ce que les coordonnées des abonnés qui se sont expressément opposés à leur publication ne soient pas publiées dans les annuaires, ni communiquées par les services de renseignements téléphoniques* »[1094]. Ce principe est bien relayé au niveau national par les législateurs congolais et gabonais[1095].

Il est des cas où le législateur communautaire dispense les responsables de traitement de l'obligation de requérir le consentement préalable des consommateurs avant le traitement de leurs données personnelles. Il en est ainsi notamment du cas où le traitement s'induit d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ou encore lorsque ce traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées[1096]. Quand bien même le principe du traitement sera acquis, le responsable du traitement devra se conformer aux principes directeurs indiqués par le Projet de Directive.

[1091] D'après l'article 1er, entrent dans cette catégorie, les « *données génétiques, données liées à des mineurs, données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté, données biométriques ainsi que, pour autant qu'elles soient traitées pour ce qu'elles révèlent ou contiennent, les données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, la filiation, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, le sexe ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle* ».

[1092] Cf. art. 6, al. 1 (a), Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

[1093] Cf. art. 6, al. 1 (a), Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

[1094] Cf. art. 7, Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 Fixant le Cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques.

[1095] Voir notamment l'article 129 de la loi congolaise n° 09/2009 du 25 novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques et l'article 48 de la loi gabonaise n° 5/2001 portant réglementation du secteur des télécommunications.

[1096] Cf. art. 5, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

2- Les principes directeurs du traitement des données personnelles

426. Le traitement des données personnelles renvoie à toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés entièrement ou partiellement automatisés et appliqués à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction. Celui qui réalise l'une de ces opérations doit faire preuve d'une grande discipline. Cette discipline lui impose de respecter les droits de la personne dont les données sont traitées (a), mais aussi de s'abstenir de pratiques abusives (b).

a. Les droits du titulaire des données traitées

427. Parce que les données personnelles sont intimement liées à l'individu, leur traitement ne saurait ignorer l'intérêt de la personne considérée. Ainsi, le législateur communautaire lui reconnaît un ensemble de droits.

428. D'une part, l'on relèvera le droit d'accès du titulaire aux données traitées. À travers cette prérogative, le législateur vise à donner aux consommateurs les moyens de contrôle sur le responsable du traitement via un droit d'accès duquel découle, entre autres, un droit de rectification et d'opposition. Il est prévu que toute personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement ou de son représentant, sans contrainte, à première demande et gratuitement, la confirmation que des données la concernant sont ou ne sont pas traitées, ainsi que des informations portant au moins sur les finalités du traitement, les catégories de données sur lesquelles il porte et les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées ; la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, ainsi que de toute information disponible sur l'origine des données ; la connaissance de ce qui sous-tend tout traitement automatisé des données la concernant[1097].

[1097] Cf. art. 22, al. 1, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

429. D'autre part, le consommateur dispose d'un droit à l'oubli. Ce droit signifie simplement que le consommateur a le droit d'exiger que ses données personnelles disparaissent de toute base de données. La société n'ignore pas ce droit à l'oubli qu'elle consacre à travers différentes formules à l'instar de la prescription des infractions et des peines ou de la réhabilitation. Dans le monde du virtuel, le maintien de certaines données personnelles dans des bases de données peut être très dangereux, l'individu concerné n'ayant plus alors de vie privée. Bien que non expressément consacré dans le texte du Projet de Directive, ce droit est pourtant une réalité qui se manifeste à travers la lecture de certaines dispositions de ce texte. La première de ces manifestations est relative à la durée de conservation des informations qui doit être limitée et justifiée par la finalité du traitement[1098]. D'autre part, le droit d'être radié d'un fichier après un certain délai constitue également une modalité du droit à l'oubli[1099]. En vertu de ce droit, aucune trace d'impayé ne peut être conservée dans un fichier central ou interprofessionnel aussitôt la dette réglée[1100].

b. Les principes prévenant contre les utilisations abusives

430. Plusieurs principes se dégagent de la lecture du texte du Projet de Directive CEMAC.

431. D'abord, le principe de la spécialité selon lequel les données à caractère personnel doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Est considérée comme compatible la finalité qui répond aux attentes raisonnables de la personne concernée ou celle qui est prévue par une loi[1101].

432. Ensuite, le principe de proportionnalité en vertu duquel les données personnelles doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ultérieurement[1102]. En vertu de ce principe, ne seront autorisées et licites que les mesures de traitement qui ne sont pas

[1098] Cf. art. 4, al. 1 (e), Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.
[1099] Cf. art. 23, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.
[1100] GENTOT (M.), *op. cit.*, p. 43.
[1101] Cf. art. 4, al. 1 (a), Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.
[1102] Cf. art. 4, al. 1 (c), Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

excessives par rapport au but poursuivi. Bien plus, il faudra que ce but ne puisse pas être atteint autrement que par l'utilisation des données personnelles.

433. En outre, l'on relève le principe de sécurité qui exige que le responsable du traitement et son sous-traitant mettent en œuvre les mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger les données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisés, l'interception notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute autre forme de traitement illicite. Par ailleurs, ces mesures doivent assurer, compte tenu de l'état de l'art et des coûts liés à leur mise en œuvre, un niveau de sécurité approprié au regard des risques présentés par le traitement et la nature des données à protéger[1103]. C'est dans cette logique que le législateur camerounais assimile à l'infraction de violation du secret bancaire, le fait de procéder, même par imprudence, à un traitement automatisé d'informations bancaires nominatives sans prendre toutes précautions utiles pour préserver la sécurité des procédures, lorsque ce traitement est de nature à entraîner des dénaturations, dommages ou communications à des tiers[1104].

434. Aussi, le principe de contrôle a été institué. D'une part, ce contrôle peut se faire *a priori*. Ainsi le responsable du traitement, ou le cas échéant son représentant légal, doit adresser une notification à l'Autorité de contrôle préalablement à la mise en œuvre d'un traitement ou d'un ensemble traitements analogues ayant une même finalité ou des finalités liées. Tout changement affectant les informations visées à l'article 18 du Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles doit également être notifié à l'Autorité de contrôle. D'autre part, ce contrôle peut se faire *a posteriori*. À ce titre, l'Autorité de contrôle est habilitée à mener des enquêtes et des perquisitions et à prononcer des sanctions.

435. Enfin, l'on note dans ce domaine de la consécration du principe du secret professionnel. Il signifie que les personnes qui procèdent au traitement des données personnelles doivent s'abstenir de comportements de nature à entraîner la divulgation,

[1103] Cf. art. 15, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.
[1104] Cf. art. 5 al. 1 (a), loi camerounaise du 21 avril 2003 relative au secret bancaire.

la diffusion, la communication ou la révélation des données personnelles ainsi traitées aux tiers non habilitées à en prendre connaissance[1105]. De même, les membres de l'Autorité de contrôle sont soumis au secret professionnel en vertu des règles légales[1106]. Les données personnelles sont en effet des informations délicates dont la manipulation doit être bien contrôlée, notamment lorsqu'il s'agira des personnes mineures.

PARA. II : LA PROTECTION SPÉCIFIQUE DES MINEURS

436. L'usage du ''web'' fait désormais partie de la vie quotidienne des enfants. En France par exemple, l'âge moyen pour la première navigation sur le web est de 9 ans et 87 % des enfants de 9 à 16 ans utilisent internet[1107]. Certes, ces statistiques ne peuvent, compte tenu de la différence du contexte être transposées dans la Zone CEMAC, mais, il demeure que les jeunes s'intéressent de plus en plus aux réseaux de communication électronique. Face à une telle situation au demeurant encourageante, il s'avère impérieux pour les autorités d'œuvrer de telle sorte qu'internet apparaisse pour les plus jeunes comme un espace de liberté de communication respectueux de leur sensibilité et donc de leur personne. C'est dans cet esprit que le projet de Directive CEMAC relative à la cybercriminalité dispose clairement que la politique nationale de cyber sécurité devra intégrer dans ses grandes orientations, la protection de la vie privée des mineurs dans le cyberespace[1108]. La notion de mineur, telle que définie par les textes communautaires, renvoie à toute personne physique qui n'a pas le statut de majeur en vertu de sa loi nationale[1109].

Globalement, cette protection passe par la mise à la charge des professionnels, de certaines obligations spécifiques relativement à la publication de certains contenus

[1105] Cf. art. 9, al. 3, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.
[1106] Cf. art. 29, al. 3, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.
[1107] Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Rapport sur La protection des mineurs à l'heure de la convergence des médias audiovisuels et d'internet, Mars 2012, http://www.solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/rapportCSA.pdf. Voir aussi, Enquête *EU kids online*, menée en 2010 auprès de 25 000 enfants utilisateurs d'internet dans 25 pays européens.
[1108] Cf. art. 57, projet de Directive relative à la cybercriminalité.
[1109] Cf. Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles. Cependant, le Projet de Directive CEMAC sur la cybercriminalité en donne une autre définition. D'après ce texte, « *l'expression '' mineur '' désigne toute personne âgée de moins de dix-huit (18) ans au sens de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant ou toute personne qui apparaît comme mineur* » (Cf. article 2, Pt. 8).

licites mais réservés aux adultes (A), et par l'interdiction de la mise en ligne de certains contenus (B).

A- LES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX PROFESSIONNELS

437. Relativement à la protection des mineurs et au regard de certains types de contenu, les professionnels sont tenus d'une obligation de précaution et d'information. Selon qu'il s'agit des éditeurs de sites web ou des fournisseurs d'accès, les obligations imparties aux professionnels sont importantes. Ainsi, ces professionnels sont tenus de deux obligations principales : mettre en place des dispositifs de contrôle à l'accès (1), informer les parents et sur les dispositifs de contrôle parental (2).

1- L'obligation d'utiliser les dispositifs de contrôle à l'accès

438. Tous les contenus diffusés sur internet dans le cadre du commerce électronique, bien que souvent licites, ne sont cependant pas toujours adaptés à un public mineur. Dès lors, les éditeurs de tels contenus doivent, en vertu du principe de précaution, prendre des dispositions pour que les mineurs n'entrent pas en contact avec de tels contenus. Le code pénal camerounais est très formel sur ce point. Il ressort des dispositions de l'article 344 qu'« e*st puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 1.000.000 de francs celui qui, excite, favorise ou facilite la débauche ou la corruption d'une personne mineure de vingt et un ans »*. Ces peines sont doublées si la victime est âgée de moins de seize ans. Ainsi, le seul fait de diffuser des contenus réservés sans les protéger par un dispositif de contrôle à l'accès est en soi sanctionné si lesdits contenus peuvent inciter les mineurs à la débauche. Cette formulation présente l'avantage de pousser les éditeurs de tels contenus à s'auto-discipliner sous peine d'encourir des sanctions pénales.

439. Le cadre juridique communautaire de l'Afrique Centrale pénalise, lui aussi, de tels comportements. Ses dispositions analogues formulées dans un style différent, visent sans doute à recouvrir tout comportement pouvant favoriser la déviance chez les mineurs à travers les communications électroniques. En effet, lorsque le législateur communautaire prévoit qu'« *une personne qui facilite l'accès des mineurs à des images, des documents, du son ou une représentation présentant un caractère de*

pornographie commet une infraction punissable »[1110], il va de soi que ne sont pas uniquement visés les éditeurs, mais aussi toute autre personne qui aurait pu favoriser l'accès à de tels contenus aux mineurs. Ce serait notamment le cas d'une personne majeure qui confierait son mot de passe à un mineur pour lui permettre d'accéder à un site réservé aux adultes. Faciliter consisterait, non seulement à mettre en ligne sans en restreindre l'accès, mais aussi favoriser ou diffuser à l'attention des mineurs, et par tous moyens, de tels contenus.

En France, la jurisprudence s'est souvent montrée bien sévère à l'égard des éditeurs négligents ou malveillants. À l'occasion d'une affaire, la Cour d'Appel de Paris a, dans une décision rendue le 2 avril 2002, doublé la peine infligée en première instance au responsable de sites pornographiques pour n'avoir pas utilisé un système efficace d'interdiction d'accès aux mineurs[1111]. Bien plus, la Cour d'Appel d'Angers a jugé que les mises en garde et informations sur les logiciels de restriction d'accès présentées dans les pages d'accueil ne constituent pas des précautions suffisantes, celles-ci intervenant une fois que l'utilisateur - mineur- a accédé au site et a pu visionner les textes et les photos de présentation à caractère pornographique[1112]. Cette décision rappelle, en toile de fond, que les règles édictées en vue de protéger les mineurs sont d'ordre public. Il ne suffira donc pas de justifier avoir informé le mineur et obtenu son consentement pour s'estimer déchargé de toute responsabilité[1113].

440. D'un autre côté, les juges veillent à une interprétation stricte des termes de la loi. Ainsi, dans une autre affaire, tout en rappelant le devoir de précaution et d'information mis à la charge des éditeurs de site, ils ont cependant prononcé la relaxe du prévenu, arguant de ce que « *le courrier électronique est assimilable à une*

[1110] Cf. art. 17, Projet de Directive CEMAC relative à la cybercriminalité.

[1111] CA Paris, 13e ch., 2 avr. 2002 : Juris-Data, no 172666 ; Comm. com. électr. juil-août 2002, p. 38, note A. LEPAGE, qui cite d'autres décisions.
Lire également RICOUART-MAILLET (M.), et SAMARCQ (N.), ''Mesures de filtrage et contrôle parental : quelles protections pour les internautes mineurs ?'', 06 mai 02, http://www.clic-droit.com/web/editorial/article.php?art_id=121 , cité par AMEGEE (M.), La protection des mineurs sur internet : la problématique de la pornographie, P.3, version électronique : http://www.themis.u-3mrs.fr/amegee/protectionmineursinternet.doc.

[1112] Cf. CA Angers, 10 juin 2003, Ministère public c/ X.

[1113] Ainsi, la formule utilisée par le site pornographique http://www.jeuxdecul.fr/ ainsi libellée « *Ce site présente du contenu à caractère pornographique réservé aux adultes… Si vous avez moins de 18 ans, cliquez sur SORTIR* » ne serait pas suffisante pour satisfaire les exigences légales, car elle ne permet pas d'empêcher au mineur d'accéder au contenu.

correspondance privée. Il est protégé par un mot de passe personnel et confidentiel qui est composé par l'usager au moment de sa connexion à internet ou à sa boîte aux lettres électronique. Son titulaire est le seul à y avoir accès et il est responsable de son utilisation. Ce n'est que par sa volonté ou sa négligence qu'un mineur peut la consulter »[1114]. Justement, l'éditeur n'ayant adressé ses messages qu'aux personnes majeures n'a pas commis l'infraction sus évoquée. Cependant, si le destinataire d'un tel message le laisse consulter par un mineur, il se rendrait coupable de l'infraction visée à l'article 17 du Projet de Directive CEMAC sur la cybercriminalité parce qu'ayant facilité l'accès des mineurs aux messages pornographiques et indécents. En effet, les destinataires des messages réservés doivent en restreindre l'accès aux mineurs, et le cas échéant, en faisant usage des dispositifs de filtrage et de contrôle parental.

2- L'obligation d'informer et de fournir les dispositifs de contrôle parental

441. Pendant qu'il est encore mineur, l'enfant demeure sous l'autorité de ses parents[1115]. Cette autorité est surtout une mesure de protection du mineur contre les dangers de la vie quotidienne ; elle garantit par ailleurs une meilleure éducation de ce dernier. L'internet et les autres réseaux de communications électroniques constituent aujourd'hui des sources supplémentaires de menaces auxquels sont confrontés les mineurs. Bien qu'étant à domicile, sous le toit des parents, ils sont sous la menace de contenus outrageants et d'attaques de toute sorte véhiculés par les réseaux de communications électroniques. Face à de tels risques, l'obligation des parents de veiller sur l'éducation et la santé de leurs enfants impose qu'ils redoublent de vigilance.

Cette vigilance attendue des parents peut poser quelques problèmes d'agencement avec d'autres principes établis à l'instar de la liberté d'expression ou la liberté de correspondance des individus, fussent-ils encore mineurs. S'il est sans doute connu que même les enfants ont des droits, il est aussi établi, comme rappelé ci-dessus, que du fait de leur minorité, ils ont besoin de protection. Ainsi, loin d'être perçue comme une atteinte à leur vie privée, l'obligation, voire, le droit des parents de contrôler les activités électroniques de leurs enfants se trouve être une nécessité. En effet, « *on ne*

[1114] Cf. CA Angers cor., arrêt du 10 juin 2003, affaire Bruno R. / Ministère public, www.legalis.net.
[1115] Cf. art. 371 et 372 du code civil camerounais et article 495 du code civil gabonais.

peut pas au nom du droit au respect de la vie privée laisser les enfants seuls face aux contenus dangereux et illicites. Il convient de rappeler que l'éducation des enfants reste une obligation légale pour les parents en vertu des articles 371-1 et 371-2 du code civil. Il faut dans cette logique privilégier la notion de vie privée familiale dans laquelle les parents tiennent un rôle légitime de censeur »[1116]. C'est sans doute en vue de favoriser l'exercice par les parents du droit à l'éducation et de contrôle de leurs enfants mineurs qu'il a été prévu par le code pénal camerounais que l'infraction de violation du secret de la correspondance n'est pas applicable aux « *aux père, mère, tuteur ou responsable coutumier à l'égard des enfants mineurs de 21 ans non émancipés* »[1117].

442. Le principe de la surveillance admis, l'on se rend compte que son exercice peut s'avérer compliqué. L'environnement du commerce électronique se révèle plus compréhensible et manipulable par les jeunes que par leurs parents. Une étude menée en France relève à ce propos le « *bouleversement des relations familiales se traduisant par la maîtrise technologique dont les jeunes font preuve dans leur accès aux contenus audiovisuels, associée à un déficit d'éducation aux médias qui marque à la fois les adultes et les jeunes* »[1118]. Aussi, l'environnement étant technologique, les parents ont besoin d'information et d'outils technologiques pour jouer efficacement le rôle qui leur incombe. C'est pour insister sur le rôle de ces outils technologiques qu'un auteur affirme que « *l'utilisation de la technologie en renfort de la vigilance parentale s'est imposée comme indispensable dans la lutte pour un internet plus sûr pour les enfants* »[1119].

443. Pour faciliter la tâche aux parents, il est mis à la charge des fournisseurs d'accès une obligation d'information. Ainsi et à titre d'illustration, l'article 27 de la loi camerounaise régissant le commerce électronique dispose que les personnes morales dont l'activité est d'offrir un accès à des systèmes d'information sont tenues d'informer les usagers du danger encouru dans l'utilisation des systèmes d'information non

---

[1116] AMEGEE (M.), ''La protection des mineurs sur internet : la problématique de la pornographie'', op. cit., p. 11.
[1117] Cf. art. 300, al. 2, Code pénal camerounais.
[1118] Cf. Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (France), *Rapport sur la protection des mineurs à l'heure de la convergence des médias audiovisuels et d'internet*, Mars 2012, p. 7, version électronique : http://www.solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/rapportCSA.pdf.
[1119] NLEND (C.), *La protection du mineur dans le cyberespace*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur, Droit Public, Université de Picardie Jules Verne Amiens, 30 novembre 2007, p. 222.

sécurisés notamment pour les particuliers ; de la nécessité d'installer des dispositifs de contrôle parental ; des risques particuliers de violation de sécurité, notamment la famille générique des virus et de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services et de leur proposer au moins l'un de ces moyens, notamment l'utilisation des systèmes d'exploitation les plus récents, les outils antivirus et contre les logiciels espions et trompeurs, l'activation des pare-feu personnels, de systèmes de détection d'intrusions et l'activation des mises à jour automatiques.

Malgré de telles exigences formulées dans le contexte européen plus familiarisé à l'utilisation des communications électroniques, le rapport du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel français relève que les logiciels de contrôle parental sont toujours peu utilisés[1120]. Il faudra donc, dans le contexte de la CEMAC, redoubler de stratégie afin que les enfants continuent d'être protégés des dangers des réseaux électroniques, même à domicile. La solution peut passer par des campagnes de sensibilisation et de formation des parents à l'utilisation des outils de contrôle parental. L'exemple de la situation en France devrait sûrement être suivi. En effet, dès 2004, les fournisseurs d'accès à internet grand public membres de l'Association des Fournisseurs d'Accès (AFA) ont signé une charte contre les contenus odieux, s'engageant à proposer plusieurs logiciels de contrôle parental à leurs utilisateurs. Le 16 novembre 2005, ils se sont engagés auprès du ministre français de la famille à proposer des logiciels de contrôle parental gratuits[1121]. Or, en l'état actuel du droit dans la zone CEMAC, l'obligation de fournir des logiciels de contrôle parental n'est pas expressément consacrée. Le coût économique de l'acquisition de tels outils pouvant décourager les parents, il faut, de façon expresse, consacrer une telle disposition. C'est à ce prix que l'on pourra éviter que les mineurs ne soient spectateurs de scènes, plutôt réservées aux adultes, diffusées sur internet, encore que ces scènes peuvent relever de la catégorie des contenus dont la mise en ligne est interdite.

B- L'INTERDICTION DE MISE EN LIGNE DE SERVICES SPÉCIFIQUES

444. Malgré le caractère libéral du commerce électronique consacré par les textes en vigueur dans la CEMAC et au Cameroun en particulier, il est toujours prévu

[1120] Cf. Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (France), Rapport sur La protection des mineurs à l'heure de la convergence des médias audiovisuels et d'internet, *op. cit.*, p. 8.
[1121] *Idem*, p. 12.

des possibilités de dérogation fondée sur la nécessité de protéger les mineurs. Ainsi, d'après l'article 4 de la loi camerounaise régissant le commerce électronique, en droite ligne avec l'esprit des textes communautaires, « *des mesures restreignant, au cas par cas, le libre exercice des activités relatives au commerce électronique peuvent être prises par l'autorité administrative, lorsqu'il est porté atteinte ou lorsqu'il existe un risque sérieux et grave d'atteinte […]à la protection des mineurs* ». À côté de cette possibilité reconnue à l'autorité administrative, le Projet de Directive relative à la cybercriminalité tend d'office à proscrire la mise en ligne de certains types de contenus. Cette interdiction est par ailleurs assortie de sanctions pénales.

Les contenus prohibés sont ceux qui se rapportent essentiellement aux activités de pornographie enfantine. Cette notion fait allusion à toute donnée, quelle qu'en soit la nature, la forme ou le support, représentant un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite ou une personne qui apparaît comme un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite ou des images réalistes représentant un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite[1122]. L'enjeu ici, c'est sans doute de lutter de façon énergique contre les pratiques consistant à faire des mineurs des objets sexuels. La méthode ici consiste non à limiter l'accès à de tels contenus, mais surtout à les interdire.

Cette politique pénale prohibitive trouve sa légitimité dans le caractère violent et parfois attentatoire à la dignité humaine de certaines scènes pornographiques[1123]. Pratiquement, il est interdit de produire en vue de la vente, de diffuser ou de mettre à disposition du public de la pornographie enfantine par le biais d'un système informatique[1124] ; de même est-il interdit d'importer ou d'exporter la pornographie enfantine par le biais d'un système informatique[1125]. Par ailleurs, une personne qui possède intentionnellement de la pornographie enfantine dans un système informatique ou dans un moyen quelconque de stockage de données informatiques commet une infraction punissable par la loi pénale de l'État membre[1126]. De même, un adulte qui

[1122] Cf. art. 2, Pt. 7 Projet Directive CEMAC relative à la cybercriminalité.
[1123] AMEGEE (M.), La protection des mineurs sur internet : la problématique de la pornographie, *op. cit.*, p. 1.
[1124] Cf. art. 14, projet de Directive CEMAC sur la cybercriminalité.
[1125] Cf. art. 15, projet de Directive CEMAC sur la cybercriminalité.
[1126] Cf. art. 16, projet de Directive CEMAC sur la cybercriminalité.

propose intentionnellement, par le biais des technologies de communication et d'information, une rencontre à un enfant mineur, dans le but de commettre à son encontre une des infractions prévues par les articles 14, 15 et 16 du projet de directive relative à la cybercriminalité, commet une infraction punissable par la loi nationale de l'État membre[1127].

445. Au-delà de ces règles générales, il n'est pas fortuit de s'interroger sur leur application dans l'environnement du commerce électronique. S'il est bien compris que les images mettant en exergue les comportements sexuels des mineurs sont interdits en ligne, il faudra aussi s'interroger sur le régime des contenus sexuellement explicites mettant plutôt en exergue des dessins numériques et non des personnes en chair et en os. En effet, de nouveaux sites pornographiques entièrement créés numériquement ont été mis en ligne[1128], et notamment au Japon. Les personnages sont des avatars que l'utilisateur peut personnaliser moyennant de l'argent bien entendu[1129]. Dans ce cas, à quelle catégorie d'individus assimiler ces avatars : aux adultes ou aux mineurs ? Dans la première hypothèse, on appliquera le régime du contrôle à l'accès, le contenu n'étant pas illicite en soi, seulement il doit être mis hors de l'accès des mineurs. Dans la seconde hypothèse, on appliquera le régime de l'interdiction, les avatars étant assimilés à des mineurs, les articles 14, suivants du Projet de Directive CEMAC sur la cybercriminalité trouveraient alors là un terrain d'application.

La solution se trouvera peut-être dans un traitement au cas par cas. Ainsi, il faudra sûrement tenir compte de l'environnement du site, de l'intrigue présentée, même de l'apparence des avatars. En effet, même si les avatars n'ont pas d'âge, on peut parfois distinguer selon qu'il représente un enfant ou un adulte.

*

* *

* * *

[1127] Cf. art. 18, projet de Directive CEMAC sur la cybercriminalité.
[1128] Voir par exemple les sites d'avatars pornographiques appelés « *Hentaï* » tels, http://www.jeux-flash-sexy.com/, http://www.hentai-sex-and-toons.com/.
[1129] VALLET (C.), ''La création du nom de domaine « *.xxx* » : décision reportée'', mercredi 15 décembre 2010, www.gautrais.com.

446. Le commerce électronique repose aujourd'hui sur un ensemble des piliers dont l'un des plus importants est la confiance des consommateurs, raison pour laquelle une étude récente affirme que « *seule une altération de la confiance des consommateurs serait susceptible de stopper la croissance globale de l'e-commerce* »[1130]. Ainsi, si au départ, le commerce électronique était une chance pour le consommateur, ce dernier tend progressivement à constituer, de nos jours, la chance de survie du commerce électronique, ce qui exige qu'il soit protégé convenablement.

L'utilité de cette protection est déjà perçue par les autorités communautaires lesquelles ambitionnent d'ailleurs de parvenir à un niveau où « *les bénéfices de ce marché intérieur des services de la société de l'information seront en effet recueillis par tous les opérateurs économiques, en ce compris les consommateurs* »[1131]. Même si elles ne font pas encore partie du droit positif de la CEMAC, les dispositions qui résultent des Projets de Directives communautaires annoncent des jours meilleurs pour le citoyen communautaire désirant consommer les services de la société de l'information. Les principaux axes de ces projets de directives à savoir la préservation de l'équilibre contractuel et la protection de la dignité des consommateurs, vont contribuer à la construction du climat de confiance qui fait encore défaut actuellement.

[1130] BOURDIN (J.), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion*, *op. cit.*
[1131] Cf. Préambule, Directive CEMAC relative au commerce électronique.

CONCLUSION DU TITRE I

447. L'on peut remarquer que finalement, plus les acteurs se sentiront protégés dans l'environnement électronique, plus ils auront confiance en cet outil et en conséquence ils l'adopteront comme plate-forme pour leurs transactions commerciales. Cette sécurité ne peut, en l'état actuel, que très péniblement être assurée par le droit existant, d'où l'urgence de son perfectionnement.

448. La thématique ne change pas fondamentalement ; les questions relatives à la protection de la propriété commerciale, des signes distinctifs, de la vie privée des individus et de leur consentement, entre autres, sont des soucis séculaires. Les textes existants à l'instar de l'Accord révisé de Bangui, des Actes Uniformes de l'OHADA, du Code civil et d'autres textes nationaux fournissent des solutions de principe pouvant permettre d'esquisser des solutions dans l'environnement électronique.

449. Cependant, ces solutions paraissent bien souvent déconnectées des réalités de l'environnement électronique, d'où l'urgence pour le législateur communautaire de parachever et de renforcer les initiatives entreprises afin de consacrer des cadres juridiques effectifs. Dans ce cadre, un équilibre doit évidemment être recherché entre le souci de la compétitivité de l'espace économique communautaire et la nécessité de garantir les droits fondamentaux des citoyens, qu'ils soient consommateurs ou prestataires. Ainsi, il faut pouvoir efficacement composer entre la pratique de référencement pour ses vertus et le droit de la contrefaçon ; de même, il s'avère nécessaire de faire cohabiter les nouvelles pratiques de marketing ciblé pour leur valeur ajoutée et la protection impérieuse des données personnelles des consommateurs.

Par ailleurs, la loyauté doit s'imposer dans le cadre juridique communautaire comme principe fondamental. Ainsi, les pratiques opportunistes comme le *typosquatting* ou le *cybersquatting* doivent être traitées avec sévérité.

Au-delà de tout ce qui précède, le prestataire doit pouvoir bénéficier d'un droit au renouvellement des contrats nécessaires à son maintien dans l'environnement électronique. C'est sûrement à ces conditions, par ailleurs non exhaustives, que le

commerce électronique pourra susciter l'adhésion tant des prestataires que des consommateurs soucieux de la sécurité de leurs transactions.

<u>TITRE II</u> : L'ÉLABORATION D'UN CADRE JURIDIQUE SÉCURISÉ DES PRESTATIONS TECHNIQUES

450. Dans le commerce électronique, la confiance se construit. L'environnement du commerce électronique étant technologique et en perpétuelle évolution, la question de la sécurité des transactions se pose avec vigueur. Il est sûr qu'en l'absence de dispositifs de sécurité efficaces sur leur réseau, les pays en voie de développement pourraient avoir de grandes difficultés à promouvoir le commerce électronique et à prendre part au développement de l'industrie des services en ligne[1132]. En effet, les risques d'abus et de pratiques malveillantes sont permanents et les intervenants ont besoin de sécurité. Ce besoin se situe au moins à deux niveaux.

451. D'une part, pour l'efficacité des contrats conclus dans l'environnement électronique, il importe de prévoir un mécanisme permettant une prise en compte des documents se présentant sous la forme dématérialisée. En effet, sans un tel cadre juridique, il est à craindre qu'en cas de difficulté, les parties ne puissent efficacement faire respecter les droits qu'elles tiennent des contrats. Donc, le commerce électronique se déroulant dans un environnement dématérialisé, la sécurité des transactions commande que les documents qui pourraient être produits à l'occasion de transactions électroniques puissent produire effet. La sécurité contractuelle serait sans doute un vain principe dans le cadre du commerce électronique si aucun mécanisme n'était mis en œuvre pour permettre aux parties de conserver[1133] et de prouver les prérogatives qu'elles tirent des contrats électroniques.

452. D'autre part, il est indispensable de mettre sur pied un cadre juridique permettant, avec efficacité et en cas de nécessité, d'identifier, de localiser et de retrouver l'auteur d'un contenu ou d'un acte ayant causé préjudice à un tiers. Y parvenir suppose que le législateur communautaire prenne en compte les spécificités de l'environnement électronique dans la définition des règles de collecte de preuves et qu'il organise le statut des prestataires techniques de façon conséquente. Ces derniers en effet, par leurs rôles,

---

[1132] Cf. CEA-ONU, *La cybercriminalité : une guerre numérique silencieuse et invisible*, ECA/SRO-CA/WKSHOP.ICT/10/01, Octobre 2011.

[1133] Dans certains cas, la conservation des documents contractuels est une charge pour le prestataire professionnel. À ce sujet, l'article 8 du Décret N° 2011/1521/PM du 11 juin 2011 fixant les modalités d'application de la loi n°2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun dispose que : « *Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et porte sur une somme égale ou supérieure à vingt mille (20 000) francs CFA, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai de dix (10) ans et en garantit, à tout moment, l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande* ».

sont dépositaires d'un ensemble d'informations pouvant servir dans le cadre des enquêtes.

La réponse à toutes ces questions ne peut être efficace que si elle est pensée au niveau communautaire, seul cadre pouvant en permettre une meilleure adéquation avec les contraintes du marché commun. Les pouvoirs publics communautaires ont sans doute perçu cette nécessité. Actuellement en effet, la question de la sécurité bénéficie, auprès du Conseil des Ministres de l'UEAC d'une attention raisonnable, laquelle s'illustre à travers d'une part, la définition du régime de la preuve électronique (Chapitre I) et d'autre part, l'organisation du régime de responsabilité des prestataires techniques (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA CONSÉCRATION DE LA VALEUR JURIDIQUE DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

453. Le commerce électronique a besoin pour son développement, d'un cadre juridique communautaire permettant aisément la circulation des transactions en ligne entre les États membres et la preuve de ces dernières en cas de nécessité. L'univers dématérialisé des services de la société de l'information rend aujourd'hui caduc l'essentiel des dispositions prises pour encadrer les relations contractuelles économiques se déroulant dans un contexte physique. Aujourd'hui en effet, des contrats se concluent et s'exécutent entièrement en ligne sans laisser de trace physique. C'est le cas en particulier lorsque ces contrats ont pour objet des contenus numériques, tels que des morceaux de musique disponibles en ligne, des films visionnés en streaming[1134]. Dans un tel contexte, la sécurité juridique des cocontractants commande que les éléments matérialisant leurs transactions en ligne soient saisis par le droit. Ainsi, il s'avère nécessaire de conférer aux documents électroniques courants utilisés dans le cadre des transactions, une valeur de preuve juridique, valeur que seuls les écrits établis sur support papier et revêtus de signatures manuscrites possédaient, *de facto*, jusque-là. Désormais donc, dans l'impossibilité matérielle de faire efficacement recours aux signatures manuscrites dans le cadre du commerce électronique, il faudra définir des critères objectifs permettant de valider des « *substituts équivalents, faute de quoi le droit de la preuve va s'en trouver affecté* »[1135].

Dans le cadre de la CEMAC, l'idée de créer un espace sécurisé et favorable aux transactions électroniques ne prendra véritablement corps qu'avec la consécration effective de la valeur juridique des documents électroniques. C'est fort de cette vérité que le Conseil des Ministres, après avoir posé les jalons de cette reconnaissance lorsqu'il harmonisait le cadre juridique des communications électroniques dans la CEMAC, s'attèle aujourd'hui à définir de façon complète le régime de ces instruments. En effet, il est clair qu'en définissant les communications électroniques comme un ensemble d'« *émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électronique* », le Conseil des Ministres a, dans une certaine mesure,

[1134] Le *streaming* est une technique de communication en continu d'informations sur internet (émissions radiophoniques ou vidéographiques). Cf. PANHALEUX (L.), ''Internet - Aspects juridiques'', in *Encyclopaedia Universalis*, DVD, 2010.

[1135] Voir en ce sens, DIFFO TCHUNKAM (J.), *Droit des activités économiques et du commerce électronique, l'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, *op. cit.*, p. 34.

reconnu qu'un écrit puisse se présenter sous la forme électronique. Poursuivant sa logique, il annonce dans le projet de Directive relative aux transactions électroniques la consécration de la valeur juridique de l'écrit, de la signature et de la preuve électroniques.

454. Parallèlement à cette démarche propre à la CEMAC, le législateur de l'OHADA dont les textes s'appliquent uniformément dans l'ensemble des États de la CEMAC, a déjà expressément consacré la valeur juridique des documents et signatures électroniques[1136]. Cependant, bien qu'ayant consacré l'admission de la preuve électronique, il l'a limitée à l'égard des seuls commerçants[1137].

Finalement c'est une avancée notable qu'on peut relever dans le processus de réglementation du commerce électronique dans la CEMAC. Cette avancée qui supprime certains obstacles va sûrement renforcer la confiance des parties qui pourront recourir aux documents électroniques dont la valeur juridique, désormais reconnue (Section I), facilite ainsi la mise en œuvre de la preuve électronique (Section II) en cas de contentieux.

SECTION I : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES

455. Avant que les législateurs ne consacrent la valeur juridique des documents électroniques, ces derniers ne pouvaient avoir une valeur probante qu'en vertu d'une convention. Dans le système de l'EDI par exemple, l'utilisation d'un document électronique comme moyen de preuve reposait sur une convention par laquelle les parties convenaient que dans leurs relations, un document électronique tiendra lieu de

[1136] Cf. art. 82 et suivants, AUDCG, tel que modifié à Lomé le 15 décembre 2010. Il ressort notamment des alinéas 2 et 3 de l'article 82 que : « *Les documents sous forme électronique peuvent se substituer aux documents sur support papier et sont reconnus comme équivalents lorsqu'ils sont établis et maintenus selon un procédé technique fiable, qui garantit, à tout moment, l'origine du document sous forme électronique et son intégrité au cours des traitements et des transmissions électroniques.*
Les procédés techniques fiables et garantissant, à tout moment, l'origine des documents sous forme électronique ainsi que leur intégrité au cours de leurs traitements et de leurs transmissions électroniques sont reconnus valables par le présent Acte uniforme ou par le Comité technique de normalisation des procédures électroniques prévu à l'article 81 du présent Acte uniforme ».

[1137] Cf. art. 5 al. 1 AUDCG tel que modifié à Lomé le 15 décembre 2010. Il ressort de ce texte que : « *Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants* ».

preuve[1138]. Les parties à une transaction électronique devaient alors, soit, signer une telle convention, soit, adopter la solution traditionnelle des documents papier si elles souhaitaient obtenir une sécurité maximale, toutes choses qui compliquaient et freinaient le développement du commerce électronique. Heureusement, ces obstacles sont désormais levés dès lors que le législateur communautaire tend à définir l'écrit comme « *une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission, pour autant que les exigences d'intégrité et la pérennité de l'information, adaptées aux fins auxquelles celle-ci est destinée, aient été préservées* »[1139]. Ainsi, le législateur donne à l'écrit une nouvelle définition (Para. I) et à la signature électronique, un cadre juridique (Para. II).

PARA. I : LA REDÉFINITION DE LA PREUVE LITTÉRALE

456. On assiste au niveau du droit applicable dans les États membres de la Zone CEMAC à la fin d'une confusion séculaire : l'assimilation de l'écrit au papier[1140]. Cette confusion devenait nuisible pour le développement des activités contractuelles et commerciales si bien que le réflexe a été de prédire la mort du support papier[1141]. Si l'on convient avec PORTALIS qu'« *il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire »*[1142], l'on pourra aussi convenir qu'il est utile de détruire ce qu'il n'est plus nécessaire de conserver. Ainsi, il s'avère nécessaire de mettre fin au monopole de fait[1143] du papier en matière d'écrit. En effet, « *l'heure est venue de reconnaître la valeur juridique des outils utilisés dans le nouveau monde virtuel pour réaliser des transactions*

[1138] FÉRAL-SCHUHL (C.), Communication au colloque : *Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux*'', *op. cit.*, p. 54.

[1139] Cf. art. 18, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

[1140] Le Code civil n'est-il pas traditionnellement ancré dans l'univers papier ? On eut pu le croire, mais n'est-il pas également bon de rappeler que le papier était en situation de monopole de fait. Car rien dans notre code n'imposait que tous les écrits soient établis sous la forme d'un document papier, signé à la main. Cf. CAPRIOLI (E. A.), ''Le juge et la preuve électronique'', 10 janvier 2000, www.juriscom.net.

[1141] LUCAS (A.), *Le droit de l'informatique*, PUF, Thémis Droit, 1ère édition, 1987, p. 369.

[1142] PORTALIS, Cité par RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 1951, p.348.

[1143] La notion d'écrit n'a vraiment jamais été exclusivement liée au papier, c'est peut-être la pratique qui a toujours compris le mot écrit comme faisant référence au papier, le code civil n'a pas expressément entretenu cette confusion. Seulement, cette notion, trop évidente, demeurait implicite et présupposait souvent un écrit papier. Ce n'est donc pas le support papier qui doit être détruit, mais son monopole. Par ailleurs, l'informatique a toujours besoin du papier, on en veut pour preuve le développement des imprimantes.

électroniques : le document et la signature électroniques »[1144]. Certains organismes internationaux avaient déjà amorcé cette évolution conceptuelle de la notion d'écrit. Ainsi, l'article 1.10 des Principes d'UNIDROIT prévoyait déjà que « *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 »*[1145]. De l'esprit de ce texte, la notion d'écrit doit être définie dans sa dimension fonctionnelle et non matérielle. C'est le rôle joué qui importe et non le support de l'information. Les travaux de la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (CNUDCI) se sont aussi inscrits dans cette démarche[1146].

Dans la Zone CEMAC et dans la perspective d'un véritable marché commun numérique, le législateur tend à inscrire sa démarche dans le sens de cette évolution. Désormais, la qualification d'écrit sera retenue aussi bien pour les documents papier que pour des documents électroniques, entre autres. C'est le résultat de la nouvelle définition de la notion d'« *écrit* », laquelle est guidée dans son esprit par deux principes fondamentaux (A) dont la portée fait l'objet d'aménagements (B).

A- LES DEUX PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA DÉFINITION DE L'ÉCRIT

457. Les principes directeurs qui guident la définition et la valeur de l'écrit sont le principe de la neutralité technologique (1) et celui de l'équivalence fonctionnelle (2).

1- Le principe de la neutralité technologique : L'indifférence de la forme de l'écrit

458. Le principe de la « *neutralité technologique* » est issu des travaux de la CNUDCI. Il signifie qu'aucune discrimination ne devrait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour créer, communiquer ou stocker

[1144] VAILLANT (D.), Compte rendu des débats au Sénat, mardi 8 février 2000, col 40. Cité par, FRAENKEL (B.) et PONTILLE (D.), ''L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique, approche pragmatique'', in *Revue Langage et Société*, n° 104 2003/2, p. 83 à 122, version électronique : http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=LS_104_0083.
[1145] Voir. http://www.unidroit.org/french/principles/chapter -1.htm.
[1146] Voir à ce sujet, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, signée à New York, 2007 ; la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, New-York, 1997.

l'information[1147]. Par ce principe, la notion d'écrit va se libérer de son enveloppe de cellulose. Une confusion s'était en effet créée au fil du temps entre l'écrit et son support traditionnel qu'est le papier, il convient à présent de s'en départir, car, « *le support n'est pas un acte juridique* »[1148]. En réalité, la notion d'écrit n'avait jamais fait l'objet d'une définition légale. On déduisait alors de certaines dispositions légales que le législateur ne l'appréhendait que dans sa version physique et notamment papier. Cette confusion a duré plusieurs siècles, et l'évolution du contexte économique et technologique de notre époque ne lui est plus favorable.

En dehors du code civil, certains textes nationaux, notamment camerounais, avaient, souvent de façon expresse, soit confiné la notion d'écrit à son support papier[1149], soit admis la validité des documents électroniques. Dans cette dernière catégorie, l'on citera les dispositions de la loi n° 2000-10 du 18 décembre 2000 relative aux archives et de son décret d'application[1150]. De ces textes, il ressort clairement que les archives sur support électronique ont une valeur probante[1151]. Ainsi, il est prévu que « *nul document d'archives n'est privé de la force probante y afférente pour la seule raison qu'il est enregistré sur support électronique* »[1152]. Par ailleurs il résulte de ce décret que « *lorsqu'il est exigé qu'une information soit écrite, un document d'archives sur support électronique remplit cette condition s'il comprend une information accessible afin d'être consultée postérieurement* »[1153].

459. C'est cette évolution qui se confirme et s'affine dans la législation communautaire. En effet, la volonté du législateur communautaire de lever rapidement les obstacles empêchant le développement du commerce électronique l'a conduit à

[1147] CAPRIOLI (E. A.), ''Que veut dire neutralité technologique, du concept au principe général de droit'', Communication à la conférence « Droit du commerce électronique, un droit différent ? », Université de Montréal, 02 octobre 2008, version vidéo, http://www.gautrais.com/IMG/wmv/1a_Eric_Caprioli.wmv.

[1148] Cf. Compte rendu des débats au Sénat, mardi 8 février 2000, col 40. Extrait cité par FRAENKEL (B.) et PONTILLE (D.), *op. cit.*

[1149] Il en est ainsi, à titre d'illustration, des dispositions des articles 25 et 32 du Décret n° 95/034 du 24 février 1995 portant statut et organisation de la profession de Notaire d'où il ressort entre autres que les actes des notaires « *doivent être établis sur papier format du timbre conforme au modèle admis par la réglementation en vigueur* ».

[1150] Décret n° 2001/958/PM du 1er Novembre 2001 fixant les modalités d'application de la loi n° 2000/10 du 19 décembre 2000 régissant les archives.

[1151] Cf. art. 3 al. 2, loi camerounaise n° 2000/10 du 19 décembre 2000 relative aux archives.

[1152] Cf. art. 2, Décret camerounais n° 2001/958/PM du 1er novembre 2001 fixant les modalités d'application de la loi n° 2000/10 du 19 décembre 2000 régissant les archives.

[1153] Cf. art. 4, Décret camerounais n° 2001/958/PM du 1er Novembre 2001 fixant les modalités d'application de la loi n° 2000/10 du 19 décembre 2000 régissant les archives.

adopter cette démarche consistant à dépouiller la définition de l'écrit de toute empreinte matérielle et technique. Sans avoir déjà donné une définition directe de cette notion, il précise simplement que : « *l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission, pour autant que les exigences d'intégrité et la pérennité de l'information, adaptées aux fins auxquelles celle-ci est destinée, aient été préservées* »[1154]. Dès lors, ni la nature du support, ni le mode de transmission ne sont plus un critère de définition de la notion d'écrit. Il suffit simplement que les signes qui constituent l'information soient intelligibles, accessibles et pérennes, ce, nonobstant le support sur lequel ils sont fixés. C'est aussi la position du Conseil des Ministres de l'OHADA pour qui, « *les documents sous forme électronique peuvent se substituer aux documents sur support papier et sont reconnus comme équivalents lorsqu'ils sont établis et maintenus selon un procédé technique fiable, qui garantit, à tout moment, l'origine du document sous forme électronique et son intégrité au cours des traitements et des transmissions électroniques* »[1155].

Ce principe ne doit cependant pas être invoqué ou utilisé abusivement. En effet, des dispositions qui viennent d'être rappelées, il résulte que, pour être reconnu valable, le document doit, non seulement être établi selon un procédé fiable, mais aussi présenter entre autres des garanties d'accessibilité et d'intégrité. L'on peut dès lors dire avec un auteur que « *la neutralité technologique est conditionnelle parce qu'elle repose sur la nécessité de disposer d'une technologie fiable* ». En d'autres termes, la neutralité technologique, «*ce n'est pas un « blanc-seing » reconnaissant à n'importe quel écrit ou signature électronique une validité juridique* »[1156]. Sous réserve de ces conditions, il apparaît à la lecture des textes que le domaine d'application de ce principe s'étend au-delà de la sphère commerciale. La généralité des termes employés dans la disposition selon laquelle « *un acte ne peut être privé de son efficacité juridique sous prétexte que les exigences légales ou réglementaires de forme auquel il est soumis ont été accomplies par voie électronique* »[1157] conforte une telle position. Aussi, il peut être soutenu qu'en

[1154] Cf. art. 18, projet de directive CEMAC sur le commerce électronique.
[1155] Cf. art. 82 al. 2, AUDCG modifié.
[1156] CAPRIOLI (E. A.), ''Que veut dire neutralité technologique, du concept au principe général de droit'', op. cit.
[1157] Cf. art. 8, Projet de directive CEMAC sur le commerce électronique.

se référant à la notion d'« *activités économiques* »[1158] pour la définition du commerce électronique, le législateur a, sans doute, voulu appréhender toute activité menée et tout acte juridique conçu à travers les réseaux numériques. Dans ce contexte, on entrevoit déjà le rayonnement de ce principe sur l'ensemble du droit de la preuve. Ce spectre devra cependant composer avec les exigences qui découlent du principe de l'équivalence fonctionnelle

2- Le principe de l'équivalence fonctionnelle

460. Par équivalence fonctionnelle dans le contexte de cette étude, l'on entend généralement le principe qui consiste à rechercher les fonctions qu'un écrit papier possède et à les transposer sur tout autre support qui remplirait les mêmes fonctions[1159]. L'approche ici repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier. Elle vise aussi à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique[1160]. Ainsi, un document électronique doit pouvoir remplir un certain nombre de fonctions sans lesquelles il ne pourra, en principe[1161], servir comme moyen de preuve littérale. Et, dès qu'il remplit ces fonctions, il doit pouvoir être considéré

[1158] D'après l'article 1, al. 1 du projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique, le commerce électronique est *toute activité économique*, accomplie à distance et par voie électronique, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations. Constituent notamment des services de la société de l'information, la conclusion en ligne de contrats portant sur des biens ou services (même si la livraison de bien ou la prestation de services a lieu hors ligne) ; la fourniture d'informations en ligne ; la diffusion de publicités en ligne, la fourniture d'outils de recherche en ligne, la fourniture de services d'hébergement en ligne ou de stockage sous forme de cache.

[1159] Voir. CAPRIOLI (É. A.) et SORIEUL (R.), ''Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales'', *Journal de droit international* (1997) 2 -323, PP.380-382. Ces auteurs expliquent comment s'est formé ce concept. D'abord, il y a la position radicale selon laquelle l'écrit est irréconciliable avec l'électronique; ensuite, existe une vision qui tend à redéfinir les concepts anciens pour y intégrer la nouveauté. Les équivalents fonctionnels, selon ces auteurs (p. 382), constituent « *une voie médiane qui a été adoptée par la CNUDCI [...]. Il faut comprendre par-là que, dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains des obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple, par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles* ». Néanmoins, pour les raisons précédemment décrites, et si médiane que puisse être cette position, elle instaure une assimilation entre les deux façons de conclure des contrats. Cela se traduit également dans la notion de « *neutralité médiatique* » selon laquelle (p. 383) « *il semble logique de considérer que les règles de la loi type, si elles sont effectivement neutres, doivent pouvoir également s'appliquer au cas où l'information est transmise ou archivée sur un support papier traditionnel* ». Cités par, GAUTRAIS (V.), ''Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique'', in *R.J.T.* (2002) 364-81, pp. 485-516, version électronique : http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm.

[1160] Cf. Point 16, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).*

[1161] Cf. Cass. Civ. II. 04 décembre 2008, n° de pourvoi: 07-17622, Publié au bulletin, www.legifrance.gouv.fr.

comme équivalent à l'écrit papier[1162]. C'est sans doute en ce sens que le projet de Directive dispose que toute exigence légale ou réglementaire de forme est réputée satisfaite lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence ont été préservées[1163]. En disposant ainsi, le législateur communautaire a épousé la logique tracée par la Loi Type de la CNUDCI de laquelle il ressort que l'équivalence n'est pas automatique[1164].

Les experts de la CNUDCI ont estimé les fonctions traditionnellement assignées à l'écrit sur support papier. D'après eux, « *un document papier assume notamment les fonctions suivantes : fournir un document lisible par tous ; fournir un document inaltérable ; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte ; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature ; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux* »[1165]. Il faudra donc, pour un document électronique, être capable de remplir de telles fonctions pour jouir d'une force probante équivalente à celle de l'écrit papier. En adoptant cette approche d'équivalence fonctionnelle, les pouvoirs publics assurent le développement du commerce électronique sans avoir forcément « *à modifier chacune des lois qui avait prévu, dans l'esprit du législateur, une forme sur support papier* »[1166]. En effet, cette exigence ne vise pas à remettre en cause le rôle ou le principe de l'exigence de l'écrit. Elle vise simplement à prendre en considération, dans la définition de cette notion, d'autres supports que les habitudes séculaires n'avaient pas intégrés ou avaient conduits à l'exclusion.

[1162] Ainsi, on comprend bien la pensée d'un analyste selon laquelle « *ces critères de qualification ont un double but : D'une part permettre à la preuve numérique d'affirmer sa validité en résistant à la contestation, mais aussi permettre à une partie de disposer de moyens valables de la contester* ». Cf. MIGAYRON (S.), ''Critères d'appréciation technique, vraies et fausses preuves numériques'', communication au Colloque du 13 Avril 2010 à la Première Chambre de la Cour d'Appel de Paris *La preuve numérique à l'épreuve du litige*, version électronique des actes du colloque : http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf.

[1163] Cf. art. 7, al. 1, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

[1164] Cf. Point 17, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).* D'après ce texte, un message informatisé ne saurait en soi être considéré comme l'équivalent d'un document papier dans la mesure où il est d'une nature différente et ne remplit pas nécessairement toutes les fonctions imaginables d'un document papier.

[1165] Cf. point 16, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).*

[1166] GAUTRAIS (V.), ''Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique'', in *R.J.T.* (2002) 364-81, pp. 485-516 version électronique : http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm.

461. L'esprit de ce principe est qu'il ne faut pas exclure les autres formes de documents. Au contraire il faut, tout en veillant à ne pas remettre en cause les garanties de l'authenticité et de l'intégrité de l'écrit, les promouvoir, car certaines présentent des avantages par rapport au support papier. D'ailleurs, la CNUDCI note avec pertinence que « *pour toutes les fonctions du papier susmentionnées, les enregistrements électroniques peuvent garantir le même niveau de sécurité avec, dans la plupart des cas, une plus grande fiabilité et rapidité, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données, à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient respectées* »[1167].

462. Finalement, sans aucune discrimination *a priori*, le principe de l'équivalence fonctionnelle consiste à s'assurer que le document électronique et son homologue papier offrent les mêmes garanties et jouent les mêmes rôles. « *Ainsi, lorsque la forme électronique d'un document l'empêche de jouer un rôle que celui papier joue normalement, ce principe n'est pas respecté et en conséquence, le document électronique ne devrait pas être admis en remplacement de celui papier* »[1168]. En d'autres termes, « *pour que les messages électroniques soient pourvus de la même force probatoire que les écrits signés sur papier, il faut qu'ils répondent aux mêmes exigences, qu'ils remplissent les mêmes conditions de félicité* »[1169].

Ce principe s'applique quelles que soient les finalités poursuivies par les règles de forme. Il en est notamment ainsi lorsque les formalités sont requises soit à titre probatoire, soit pour protéger l'un des cocontractants en position de faiblesse, ou encore lorsque les formalités constituent des conditions de validité ou d'opposabilité de l'acte juridique concerné[1170]. Dans tous ces cas donc, l'écrit électronique ne peut être d'office évincé, mais aussi, ne peut être d'office admis. Il doit être éprouvé pour s'assurer qu'il présente des garanties qu'on espérait du support papier.

463. Puisque tous les écrits ne jouent pas la même fonction en matière de preuve, il a paru nécessaire au législateur communautaire, tout en demeurant dans

---

[1167] Cf. Point 16, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).*
[1168] CAPRIOLI (E. A.), ''Le juge et la preuve électronique'', *op. cit.*
[1169] FRAENKEL (B.) et PONTILLE (D.), *op. cit.*
[1170] Cf. art. 9, Projet de directive CEMAC sur le commerce électronique.

l'esprit de l'approche de l'équivalence fonctionnelle, de préciser des formalités particulières nécessaires à la transposition dans l'univers électronique de certaines fonctions assignées à l'exigence d'un écrit. Ainsi, l'exigence de la mention manuscrite de la personne qui s'oblige sera satisfaite par tout procédé garantissant que l'attention de celui qui s'oblige a été attirée avec la même efficacité[1171]. L'exigence d'un recommandé « *est satisfaite par tout procédé dans lequel un tiers dûment identifié intervient pour acheminer le message et qui établit avec un niveau de fiabilité élevé la réalité et la date de l'envoi d'une transmission de données électroniques et, le cas échéant, de leur réception par le destinataire du message* »[1172]. De même, l'exigence d'exemplaires multiples est satisfaite par tout procédé garantissant que les informations figurant dans le document sont conservées dans le respect des fonctions d'intégrité et de pérennité, tout en permettant à chacune des parties d'y avoir accès et de les reproduire[1173].

Au regard de la multiplicité de ces formalités particulières, un auteur avance qu'« *il n'y a donc pas une, mais un grand nombre de solutions disponibles, et cela contrairement à ce qui se passait avec l'échange du papier, où la sécurité juridique reposait sur une solution unique, celle de l'écrit signé par son expéditeur et reçu par son destinataire. De là découle cette idée que, pour résoudre les problèmes soulevés par l'économie sans papier, il ne faut pas chercher à trouver une solution de remplacement, et une seule, mais qu'il convient de jouer sur plusieurs claviers et de profiter de la variété des moyens que les traitements modernes d'information fournissent* »[1174]. Cette idée dénote sensiblement le malaise qu'il y aura à transposer fidèlement et avec la même simplicité les modalités de la preuve littérale dans l'univers électronique, ce qui augure déjà les aménagements dont est assorti ce principe.

B- LA PORTÉE DU PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE ENTRE L'ÉCRIT PAPIER ET L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

464. En scrutant de près les dispositions relatives à la question de l'écrit électronique, il ressort clairement que cette équivalence avec l'écrit papier n'est ni

[1171] Cf. art. 21, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1172] Cf. art. 22, *idem* .
[1173] Cf. art. 20, *idem* .
[1174] HUET (J.), *Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange),* Sirey-Dalloz 1991, P. 181.

absolue, ni automatique. Ainsi, la valeur probante de l'écrit électronique est exclue dans certaines matières (1) ; et même, lorsque l'écrit électronique est admissible, il doit fournir certaines garanties pour être pris en compte (2).

1- Le domaine limité de la valeur probante de l'écrit sous forme électronique

465. Le domaine du principe de l'équivalence fonctionnelle est bien encadré. De par les textes eux-mêmes, l'écrit électronique ne peut suppléer l'écrit papier en toutes les matières. Mais, parce que cette limitation est exceptionnelle, le législateur communautaire a expressément énuméré les matières dans lesquelles le principe de l'équivalence fonctionnelle ne s'applique pas. Dans ces matières, l'écrit électronique ne peut jouer un rôle probant. D'après l'article 10 du projet de Directive relative au commerce électronique, le principe de l'équivalence fonctionnelle ne s'applique pas à certains types de contrat.

466. D'abord, le texte parle des contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location. Généralement, les actes relatifs à la matière foncière sont vus comme étant des actes délicats et soumis essentiellement à la forme authentique[1175]. Le souci recherché à travers cette formalité ne semble pas pouvoir être satisfait par la forme électronique d'un document. Il en est de même des contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant une autorité publique. N'ayant pas prévu les modalités de transposition dans l'environnement électronique de la forme notariée des documents, il est logique que le législateur ait exclu ces contrats du domaine de l'équivalence fonctionnelle.

467. Ensuite, le texte exclut du domaine de l'équivalence fonctionnelle les contrats 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[1176]. Il n'a donc pas

[1175] Pour le cas du Cameroun, voir article 8, Ordonnance n° 74-1 du 06 juillet 1974 fixant le régime foncier qui dispose que : « *Les actes constitutifs, translatifs ou extinctifs de droits réels immobiliers doivent, à peine de nullité, être établis et la forme notariée* ». On retrouve des dispositions similaires dans la le droit congolais et notamment à l'article 60 de la loi n° 17-2000 du 30 décembre 2000 fixant le régime de la propriété foncière qui dispose que : « *Tous les actes présentés à l'appui d'une demande d'inscription doivent être dressés en la forme authentique* ».

[1176] Cette exclusion est déjà prévue en droit camerounais, notamment à l'article 10 de la loi du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique.

exclu toute possibilité de passer des contrats de sûreté par la forme numérique. La lecture de cette disposition laisse comprendre que le législateur a seulement voulu protéger les profanes. Ainsi, pendant que le contrat par lequel un non-professionnel s'engage à cautionner une dette ne serait pas valable s'il est passé par la forme électronique, il sera reconnu valable s'il est passé par un professionnel. *A priori*, l'on peut s'interroger sur la pertinence de cette discrimination dans la mesure où le législateur a indiqué, de façon générale, les formalités censées satisfaire les modalités de la mention manuscrite dans l'environnement électronique[1177], ce qui laisse croire que désormais, doit être validé tout contrat de cautionnement, même celui établi sous la forme numérique. Cependant, il demeure que l'environnement électronique, malgré les garanties qui peuvent en résulter, reste un environnement capricieux duquel il faut protéger les profanes surtout lorsqu'ils s'engagent.

468. Enfin, le principe de l'équivalence fonctionnelle ne s'applique pas aux contrats qui relèvent du droit de la famille ou du droit des successions. Sont notamment visés les actes de mariage, les testaments, les actes de renonciation aux successions. Cette exclusion paraît logique dans la mesure où elle tient compte, d'une part, de la sensibilité et de la délicatesse qui caractérisent ces questions et, d'autre part, elle se révèle être la conséquence de l'exclusivité dans ce domaine, des actes authentiques. En effet, la plupart des actes liés à l'état civil, aux régimes matrimoniaux et aux successions doivent revêtir la forme authentique.

Par le rétrécissement du domaine de l'équivalence fonctionnelle, le législateur tempère de façon considérable le principe de la neutralité technologique et affirme la nature conditionnelle de l'égalité entre l'écrit électronique et l'écrit papier. Ceci se justifie davantage lorsque le législateur pose des exigences particulières que doit satisfaire l'écrit électronique préalablement à son admission à titre de preuve.

[1177] D'après l'article Article 21 du projet de Directive, « *l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige, qui permet d'attirer l'attention de ce dernier, en authentifiant l'origine de la marque manuscrite et en préservant l'intégrité de l'information, peut être satisfaite par tout procédé garantissant que l'attention de celui qui s'oblige a été attirée avec la même efficacité* ».

2- L'exigence de garanties de fiabilité de l'écrit électronique

469. D'après le principe de la neutralité technologique aucune discrimination ne doit être faite entre les différents types de support. Certes, le souci d'assurer l'équivalence fonctionnelle entre les différents types de support impose que certains supports soient soumis à des exigences particulières leur permettant de satisfaire le niveau de fiabilité des autres supports. Mais, ce souci d'équivalence fonctionnelle « *ne devrait pas avoir pour conséquence d'imposer aux utilisateurs des moyens de commerce électronique, des normes de sécurité plus strictes (avec l'augmentation des coûts qui en résulterait) que pour les supports papier* »[1178]. Ainsi, on ne doit exiger de l'écrit électronique que ce qui est exigé de l'écrit papier en vue d'atteindre le même niveau de fiabilité. Il s'agit essentiellement de s'assurer que l'écrit *« émane bien de celui auquel il pourrait être opposé, en d'autres termes, que ni son origine, ni son contenu n'ont été falsifiés »*[1179]. Si la fiabilité de l'écrit papier est présumée, il demeure qu'il ne s'agit que d'une présomption simple. En effet, c'est parce que le code civil a compris que ce support était falsifiable qu'il a prévu les procédures[1180] d'inscription de faux pour les actes authentiques et de vérification d'écriture pour les écrits sous signature privée[1181].

Par ailleurs, en analysant de près, il apparaît que le degré de fiabilité de l'écrit papier peut être inférieur à celui garanti par la forme électronique. En certains points, des études relèvent que pour toutes les fonctions du papier, *« les enregistrements électroniques peuvent garantir le même niveau de sécurité avec, dans la plupart des cas, une plus grande fiabilité et rapidité, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données, à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient respectées* »[1182]. C'est aussi en ce sens que la Cour de Cassation française concluait dans son rapport annuel de 1989, lorsque, évoquant la

---

[1178] Cf. point 16, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).*

[1179] CATALA (P.) et GAUTIER (P.-Y.), ''L'audace technologique de la Cour de cassation'', in *J.C.P*. 1998, éd. G, p. 905.

[1180] CAPRIOLI (E. A), ''Le juge et la preuve électronique'', 10 janvier 2000, www.juriscom.net. Cet auteur relève que dans l'univers électronique, les « *garanties d'intégrité ou d'identification sont bien supérieures à celles qui existent avec le papier, falsifiable par définition* ».

[1181] Cf. art. 1324 du code civil applicable au Cameroun pour la procédure de vérification d'écriture et l'article 1319, al. 2 du code civil applicable au Cameroun pour la procédure d'inscription en faux.

[1182] Cf. point 16, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).*

signature électronique, elle disait : « *ce procédé moderne présente les mêmes garanties que la signature manuscrite, laquelle peut être imitée tandis que le code secret n'est connu que du seul titulaire de la carte »*[1183]. Pratiquement cependant, cette fiabilité de l'écrit électronique ne peut résulter que de l'accomplissement de mesures de sécurité technique[1184] permettant l'identification de son auteur et l'intégrité de son contenu.

470. L'identification certaine de la personne dont elle émane est en effet une des caractéristiques de toute preuve littérale, qu'elle se présente sur support papier ou sous forme électronique. Cependant, dans l'environnement électronique, plutôt que de se référer à la notion d'identification, il semble indiqué de lui substituer plutôt celle « *d'imputabilité* »[1185], car l'acte ne sera opposable qu'à celui qui est titulaire du dispositif qui a servi à sa création[1186]. En effet, la signature électronique qui se présente comme la garantie de la fiabilité du document électronique est plus un élément de rattachement à un individu qu'un élément d'authentification ou d'identification de l'auteur d'un acte[1187]. Pour mieux exprimer cette idée, un auteur relève que, lorsque l'on utilise des cartes à puces avec des numéros d'identification personnels[1188] à quatre chiffres ou des certificats de signature, qu'ils soient sur des supports matériels, ou sur des supports logiciels nécessitant l'introduction d'une série de chiffres et de lettres comprise entre huit et vingt-cinq caractères, on n'identifie pas directement la personne dont l'acte émane, mais on identifie la personne à laquelle il sera imputé[1189]. Cette observation n'est pas sans intérêt dans la mesure où les pratiques de vol d'identité sont bien réelles et par ailleurs très courantes dans l'environnement électronique. C'est sûrement la prise en compte de ce risque d'usurpation d'identité qui a amené le législateur communautaire à prévoir, s'agissant des cartes de paiement, que le titulaire de la carte n'est point responsable si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans

---

[1183] Cf. *Rapport de la Cour de cassation pour 1989*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 332.
[1184] CASTETS-RENARD (C.), ''Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrété'' In *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006 n° 20, p. 1529.
[1185] CAPRIOLI (E. A), ''Le juge et la preuve électronique'', 10 janvier 2000, www.juriscom.net.
[1186] Dans ce contexte, « *imputer* » signifie, mettre au compte de… l'article 2, al. 3 de la Directive de l'UE pour un cadre communautaire des signatures électroniques illustre bien cette idée. D'après ce texte, le signataire c'est simplement « *toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle Représente* ».
[1187] Il n'en est autrement que si cette signature est basée sur des données biométriques (empreintes digitales, iris…). Une telle signature permet efficacement d'identifier son auteur.
[1188] N.I.P. ou P.I.N. pour l'abréviation anglaise.
[1189] DAVIO (E.), ''Preuve et certification sur internet'', in *Rev. Droit Com.* (Belge), 1997, p. 666.

utilisation physique de sa carte[1190]. La prise en compte de ce risque de vol d'identité rend aléatoire le procédé d'identification des parties dans l'environnement électronique et est même de nature, alors que le législateur a voulu contenir les conséquences d'une fraude, à donner lieu à une pratique abusive de certaines parties au contrat. Ainsi, comme l'indique un auteur dans le contexte français[1191], cherchant à tirer avantage de l'article 173 précité, après avoir communiqué le numéro de sa carte bancaire, un individu peut par la suite alléguer que ce numéro a été donné frauduleusement par une personne qui n'est pas titulaire de la carte. Il importe, pour juguler tous ces aléas, de désigner comme auteur de toute opération, le titulaire de la signature et des informations personnelles communiquées. Ainsi, à défaut d'identification certaine, on doit recourir à la notion d'imputabilité. Cette solution aura aussi l'avantage d'attirer l'attention des utilisateurs sur la nécessité d'être prudents et de tenir confidentielles leurs informations personnelles permettant de signer électroniquement. C'est dans cette logique que le législateur camerounais met à la charge des utilisateurs de dispositifs de signature électronique trois obligations essentielles[1192]. D'abord, l'obligation de précaution ou de prudence en vertu de laquelle l'utilisateur doit « *prendre les précautions (...), afin d'éviter toute utilisation illégale des éléments de cryptage ou des équipements personnels relatifs à sa signature* » ; ensuite, il est tenu d'une obligation de déclaration, laquelle consiste en la dénonciation auprès de « *l'autorité de certification de toute utilisation illégitime de sa signature* » ; enfin, il doit faire preuve de sincérité, notamment en veillant « *à la véracité de toutes les données qu'*[il] *a déclarées au fournisseur de services de certification électronique et à toute personne à qui il a demandé de se fier à sa signature* ». En cas de manquement à ces obligations, les conséquences de l'utilisation de la signature seront imputées à l'utilisateur défaillant[1193].

471. D'après l'exigence de l'intégrité du document, l'écrit électronique n'aura de force probante égale à celle reconnue à l'écrit papier que s'il a été conçu et conservé

[1190] Cf. art. 173, Règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CM du 04 avril 2002 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement.
[1191] Voir en ce sens FÉRAL-SCHUHL (C.), Communication au colloque Commerce *électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux*, *op. cit.*, p. 56.
[1192] Cf. art. 22, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.
[1193] Cf. art. 23, *idem*.

de manière à préserver la fidélité de son contenu. Il s'agit ici de garantir le document contre les risques de falsification. Cette exigence traduit une certaine discrimination au détriment de la preuve électronique. En effet, aucune exigence analogue n'existe quant à l'admission de l'écrit papier à titre de preuve. L'application d'une telle condition à l'écrit papier équivaudrait à condamner par exemple l'usage du crayon de papier pour la rédaction d'un acte sous seing privé ; or, ce n'est pas le droit positif[1194]. D'un autre côté, l'on peut soutenir qu'il n'y a ici aucune discrimination et que, soumettre l'écrit électronique à une telle exigence revient tout simplement à exiger qu'il présente les mêmes garanties que l'écrit papier. En effet, traditionnellement, l'on associe l'écrit sur support papier à la permanence, l'inaltérabilité et l'irréversibilité[1195]. Par ailleurs, la falsification d'un écrit sur support papier serait plus détectable que celle d'un écrit électronique à moins que ce dernier soit signé électroniquement.

PARA. II : LA CONSÉCRATION D'UN CADRE JURIDIQUE DE LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

472. « *Si la signature électronique ne se réduit pas au commerce électronique, commerce électronique et signature électronique sont en revanche intimement liés* »[1196]. Prenant acte de cette vérité, le législateur communautaire a, suite à la consécration de la valeur juridique de l'écrit électronique, logiquement consacré la valeur juridique de la signature électronique dont la fiabilité est garantie par les prestataires des services de certification, acteurs clés du dispositif dont la fonction est en train de faire l'objet d'une réglementation harmonisée dans toute la CEMAC. Compte tenu du rôle fondamental joué par ces prestataires dans l'administration et la gestion des signatures électroniques, l'étude de leur statut (A) précèdera l'analyse de la notion de signature électronique telle que consacrée en droit communautaire (B).

[1194] En ce sens, V° Com. 08/12/1996, *D.* 1997. 504, note FAUCHON (A) ; *Contrats. Conc. Consom*. 1997, n° 1, obs. LEVENEUR (L).

[1195] Voir notamment LECLERCQ (P), ''Évolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve'', in *Rapport de la Cour de cassation* 1991, La Documentation Française 1992 ; De BELLEFONDS (L), *Pratique du droit de l'informatique : Logiciel - Systèmes - Multimédia - Réseaux*, 4° édition, Delmas, 1998, n° 1715.

[1196] BENSOUSSAN (A.), et COPIN (C.), *Le Livre Blanc de la signature électronique*, Éditions ANALYSES et SYNTHESES, Novembre 1999, p. 7.
La signature électronique pourra être utilisée lors de votes, comme les votes aux assemblées générales, ou lors d'élections professionnelles.

A- LE STATUT DES PRESTATAIRES DES SERVICES DE CERTIFICATION

473. Les prestataires des services de certification sont des garants de la sécurité des transactions sur les réseaux électroniques. D'après l'article 2 (e) de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, un prestataire de services de certification est « *une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques* ». Cette mission étant très délicate (2), puisqu'elle fonde la confiance des parties aux transactions, les personnes en ayant la charge doivent jouir d'une habilitation (1).

1- L'habilitation à la fonction d'autorité de certification

474. L'internet est un réseau ouvert, dans lequel les intervenants ne se connaissent généralement pas. Cependant, à l'occasion d'une transaction, chacun doit avoir la certitude que telle signature appartient bien à la personne qui s'en prétend titulaire. Pour garantir cette certitude qui ne doit pas seulement se décréter, mais être ressentie et acceptée par chaque acteur, le prestataire de service de certification a été institué comme passage obligé. La mission essentielle de ce prestataire consiste à créer la confiance chez les cocontractants.

Parce qu'« *une personne à qui l'on se fie doit être fiable, sûre et pérenne* »[1197], il s'est avéré important d'exiger que le candidat à cette profession présente des garanties particulières. Ainsi, malgré le principe de la liberté de prestation des services de la société de l'information consacré par le législateur communautaire à l'article 4 du projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique[1198], il ressort de l'article 13 et de l'Annexe II du même texte que les prestataires des services de certification doivent « *faire la preuve qu'ils sont suffisamment fiables pour fournir des services de certification* ». Seulement, à la suite de cette exigence, aucune indication n'est donnée dans ce texte sur le régime de cette preuve et l'autorité qui doit la recevoir ou la constater. Sûrement, l'organisation de cette habilitation est ainsi laissée au pouvoir des autorités nationales.

[1197] CAPRIOLI (E. A), ''Signature et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen'', 31 août 2005, www.caprioli-avocats.com.

[1198] D'après ce texte, L'accès à l'activité d'un prestataire de services et l'exercice de celle-ci ne peuvent être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent.

Une telle approche serait regrettable. En effet, vu le rôle important que joue ces acteurs dans la sécurité des transactions électroniques, et au regard de l'ambition de réaliser un marché commun numérique entre les États membres, il est plus qu'impérieux de soumettre ces acteurs aux mêmes règles, exigences et procédures d'habilitation afin de garantir sur toute l'étendue du territoire couvert par le marché commun numérique de la CEMAC, le même niveau de sécurité des transactions électronique. En laissant cette responsabilité aux autorités nationales, les risques de discordance deviennent prévisibles, chaque État membre pouvant y aller à son rythme.

475. Dans le contexte national camerounais, malgré la différence de terminologie[1199], il est expressément prévu que « *l'activité de certification électronique est soumise à autorisation préalable* »[1200]. Cependant, les dispositions qui suivent celle-ci semblent jeter un petit flou dans la compréhension que l'on peut avoir de cet article 10. En effet, de l'article 11 du même texte, il ressort que, peuvent faire l'objet d'une autorisation, la mise en place et l'exploitation d'une infrastructure en vue d'émettre, de conserver et de délivrer les certificats électroniques qualifiés, et la mise à la disposition du public des clés publiques de tous les utilisateurs. On est en droit de se poser la question de savoir si l'emploi de l'expression « *peuvent faire l'objet d'autorisation* » signifie que cette autorisation est simplement une faculté, et dans ce cas, que resterait-il de l'article 10 ? Le législateur national voulait-il dire que seules les activités ainsi visées sont soumises au régime de l'autorisation préalable ? Si c'est le cas, il ne fait pas de doute que la formule employée est ambigüe. Il aurait sûrement mieux fait de remplacer le terme « *peuvent* », par « *doivent* ».

Au Cameroun, la nécessité d'autorisation ne concerne que les autorités de certification accréditées. En effet, à côté de celles-ci, le législateur a institué une autorité de certification racine[1201] qui est l'Agence Nationale des Technologies de l'Information

[1199] L'appellation actuellement consacrée au Cameroun c'est « *l'autorité de certification* » (Cf. art. 10, loi camerounaise n° 2010-12 relative à la cyber sécurité et à la cybercriminalité). Le texte communautaire n'étant à présent qu'un projet, il est pensable qu'après son adoption définitive et son entrée en vigueur, le législateur camerounais, en vue de préserver l'objectif d'harmonisation de la Directive, soit obligé de revenir sur cette appellation pour adopter celle qui sera définitivement consacrée dans le texte communautaire.

[1200] Cf. art. 10, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

[1201] C'est l'« *Organisme investi de la mission d'accréditation des autorités de certification, de la validation de la politique de certification des autorités de certification accréditées, de la vérification et de la signature de*

et de la Communication (ANTIC)[1202]. Cette Agence est aussi l'autorité de certification de l'Administration Publique[1203]. Par ailleurs, dans le cadre de la procédure d'autorisation, c'est elle qui est chargée « *d'instruire les demandes d'accréditation et de préparer les cahiers de charges des autorités de certification et de les soumettre à la signature du Ministre chargé des Télécommunications* »[1204]. De cette disposition, on déduit que c'est le Ministre chargé des Télécommunications qui accrédite les autorités de certification au Cameroun.

476. Le commerce électronique ayant un caractère éminemment international, le législateur communautaire en a tiré les conséquences pour indiquer les règles de validité des signatures et certificats émis par des prestataires étrangers. Même si en général, le principe est que les prestataires étrangers ne sont pas soumis au régime de l'autorisation préalable en vigueur dans les États membres pour leur activités devant produire des effets dans ces États, il demeure qu'une distinction est évidemment faite selon que le prestataire étranger est établi dans un autre État membre de la CEMAC ou non. Ainsi, il ressort de l'article 17 du Projet de Directive sur le commerce électronique que le certificat qualifié délivré à l'intention du public par un prestataire de service de certification qui est établi dans un État membre de la CEMAC est assimilé aux certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi sur le territoire des autres États membres. Cette solution qui se situe dans le prolongement des principes de la reconnaissance mutuelle et de la libre circulation des services n'est que très logique dans le cadre de la construction du marché commun numérique de la CEMAC. Tous les prestataires établis dans la CEMAC, étant soumis aux mêmes règles de sécurité et d'organisation, lesquelles découlent de la réglementation communautaire, aucun État membre ne saurait, sans être en train d'entraver la libre circulation des signatures électroniques et des services de certification électroniques, priver d'effet l'acte d'un prestataire communautaire. Dès lors qu'une activité est permise dans un État membre, elle devrait l'être dans tous les autres États membres, c'est la règle du pays d'origine.

leurs certificats respectifs ». Cf. art. 4 (12), Loi n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité au Cameroun

[1202] Cf. art. 7 al. 1 et 8 al. 1, *idem*.

[1203] Cf. art. 8, al. 2, *idem*.

[1204] Cf. art. 7 al. 2, *idem*.

S'agissant des actes des prestataires situés dans des États tiers, des conditions supplémentaires doivent être remplies. Ainsi, les certificats délivrés à titre de certificats qualifiés à l'intention du public par ces prestataires ne sont reconnus équivalents, sur le plan juridique, à ceux délivrés par les prestataires établis dans le marché commun que si le prestataire en question remplit les conditions visées dans le Projet de Directive, ou si un prestataire établi sur le territoire d'un État membre, satisfaisant aux exigences visées dans le projet de Directive, garantit le certificat, ou, enfin, si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu en application d'un accord bilatéral ou multilatéral. Concrètement, par ces exigences, les autorités communautaires cherchent à préserver l'homogénéité du cadre juridique des activités de certification électronique à l'intérieur du marché commun. Ainsi, tous les certificats doivent satisfaire aux mêmes exigences techniques et juridiques telles que précisées dans le projet de Directive.

En fin de compte, selon que le prestataire est établi dans la CEMAC ou non, les règles de son habilitation changent. En revanche, la mission est la même.

2- La mission des autorités de certification

477. À titre principal, la mission des prestataires des services de certification consiste, sous leur responsabilité (b), à émettre et à gérer les certificats qualifiés (a).

a. La gestion des certificats qualifiés

478. Un certificat qualifié est une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne physique ou morale tout en confirmant l'identité de cette personne et qui, en outre, satisfait aux exigences visées à l'annexe (i) du projet de Directive et est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe (ii) projet de Directive. En d'autres termes, il s'agit d'une attestation délivrée par un prestataire des services de certification dont l'objet est de « *reconnaître, montrer ou confirmer le lien entre les données afférentes à la création de signature et le signataire* »[1205].

Les données afférentes à la création de signature, auxquelles il est fait allusion ici, renvoient à tous les éléments et informations spécifiques utilisées pour créer ou

[1205] Cf. *Guide pour l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, op. cit.*, n° 96.

matérialiser la signature à l'instar de la paire de clés (privée et publique) pour les signatures électroniques fondées sur la cryptographie asymétrique, l'empreinte digitale ou des données de balayage de la rétine pour les autres types de signatures électroniques, fondées par exemple sur des procédés biométriques[1206].

D'après cette définition, l'émission des certificats qualifiés relève de la compétence exclusive des prestataires de services de certification. Dans le cadre de cette activité, le prestataire doit se conformer à un ensemble d'exigences. En effet, l'autorité qui est attachée à un certificat qualifié impose que des mesures de prudence soient respectées afin de garantir sa pleine efficacité. Aucune erreur de ce prestataire ne sera tolérée dans la mesure où le législateur camerounais dispose que « *l'autorité de certification ayant conféré la validité à un certificat électronique ne peut se renier* »[1207]. Du fait de sa valeur et surtout de la supériorité de sa force probante sur celle des autres certificats, le législateur communautaire a indiqué des mentions devant permettre de reconnaître un certificat qualifié.

479. D'après l'Annexe I du projet de Directive, le prestataire doit, au moment de la délivrance d'un certificat qualifié, s'assurer qu'il comporte une mention indiquant entre autres, la dénomination de certificat qualifié ; l'identification du prestataire de service de certification ainsi que le pays dans lequel il est établi ; le nom du signataire ou un pseudonyme qui est identifié comme tel ; la possibilité d'inclure, le cas échéant, une qualité spécifique du signataire, en fonction de l'usage auquel le certificat est destiné ; des données afférentes à la vérification de signature qui correspondent aux données pour la création de signature sous le contrôle du signataire; l'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat ; le code d'identité du certificat; la signature électronique avancée du prestataire de service de certification qui délivre le certificat ; les limites à l'utilisation du certificat, le cas échéant et les limites à la valeur des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, le cas échéant. Ces informations sont d'une importance capitale dans la mesure où en cas de litige, la responsabilité des uns et des autres pourra dépendre de la satisfaction de ces indications ou non. Ainsi, bien que le projet de Directive n'y ait pas fait allusion, le législateur

[1206] Cf. CRID, commentaire de la loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques 2001, www.uncitral.org.
[1207] Cf. art. 19, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

camerounais limite la validité des certificats électroniques qualifiés aux seuls objets pour lesquels ils ont été émis[1208].

Le prestataire doit faire preuve de beaucoup de prudence. Ainsi, le législateur communautaire l'invite, préalablement à la délivrance d'un certificat, à vérifier la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de la signature et surtout à s'assurer de l'identité et des qualités spécifiques des demandeurs. Si le titulaire de la signature est une personne morale, le prestataire de services de certification doit tenir un registre contenant le nom et la qualité de la personne physique qui représente la personne morale et qui fait usage de la signature liée au certificat, de telle manière qu'à chaque utilisation de cette signature, on puisse établir l'identité de la personne physique[1209].

Si les certificats qualifiés sont de la compétence des prestataires des services de certification, on doit relever qe tous ne peuvent pas délivrer de tels documents dans la mesure où seuls les prestataires présentant certaines garanties particulières peuvent valablement agir en ce sens. Sur ce point, il ressort de l'annexe II du projet de Directive communautaire relative au commerce électronique que pour pouvoir délivrer des certificats qualifiés, les prestataires de service de certification doivent être capables d'assurer le fonctionnement d'un service d'annuaire rapide et sûr et d'un service de révocation sûr et immédiat. Par ailleurs, ils doivent être capables de veiller à ce que la date et l'heure d'émission et de révocation d'un certificat puissent être déterminées avec précision.

480. Dans le même ordre d'idées, il est exigé qu'ils soient capables de vérifier, par des moyens appropriés et conformes au droit national, l'identité et, le cas échéant, les qualités spécifiques de la personne à laquelle un certificat qualifié est délivré. En droit camerounais par exemple, le prestataire devra alors exiger des personnes physiques, comme preuve de leur identité, des pièces comme la carte nationale d'identité ou le passeport ; pour les personnes morales, la preuve de leur identité pourra être établie par la présentation de leurs statuts pour les sociétés commerciales, le récépissé de

[1208] Cf. art. 15, al. 1, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.
[1209] Cf. art. 13, projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.

déclaration ou la décision d'autorisation pour les associations selon le cas. Ces mêmes prestataires sont tenus de disposer des ressources financières suffisantes pour fonctionner conformément à la réglementation, en particulier pour endosser la responsabilité de dommages, en contractant, par exemple, une assurance appropriée ; de même, ils sont tenus d'utiliser des systèmes et des produits fiables qui sont protégés contre les modifications et qui assurent la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assument.

Techniquement, les prestataires doivent s'assurer que les dispositifs de création des certificats qualifiés qu'ils délivrent sont interopérables[1210]. Il est souhaitable que cette exigence, contenue dans la législation camerounaise, et encore ignorée du projet de Directive, soit entérinée dans sa version définitive. En effet, étant donné que les certificats vont circuler dans le marché commun, il faut éviter que des considérations techniques puissent empêcher l'effectivité d'une telle liberté. Ainsi, il faudra définir sur le plan communautaire les normes techniques uniformes auxquelles seront soumis les certificats qualifiés. Sans cette normalisation, la gestion de ces certificats risque d'être complexe, et l'interpénétration des marchés nationaux de services de certification, voulue par le Traité de la CEMAC, risque de se heurter à des difficultés techniques, matérielles.

Une fois le certificat qualifié émis, le prestataire est tenu de prendre des mesures raisonnables pour éviter une utilisation non autorisée de ses données. Ainsi, il doit prendre des mesures contre la contrefaçon des certificats et, lorsqu'il génère des données afférentes à la création de signature, il doit garantir la confidentialité au cours du processus de génération de ces données[1211]. Si d'aventure ces données sont compromises ou qu'il existe un risque important qu'elles le soient, il est tenu d'en aviser la personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature, ce qui inclut également

[1210] Cf. art. 15 (2), loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité : « *Les dispositifs de création et de vérification des certificats qualifiés sont du point de vue technologique neutres, normalisés, homologués et interopérables* ».
[1211] Cf. Annexe II (g), Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.

le prestataire de services de certification ou tout autre partie[1212]. Il doit s'acquitter de ces diligences sous peine de voir sa responsabilité engagée.

b. Le régime de responsabilité des autorités de certification

481. Étant tenus de garantir la fiabilité des certificats qualifiés qu'ils délivrent de même que l'exactitude de leur contenu, les prestataires des services de certification sont tenus pour responsables des préjudices résultant de la confiance nourrie par des tiers à l'égard de ces certificats. Pour que cette responsabilité soit mise en œuvre, le demandeur doit lui aussi s'être fié à ce certificat de façon raisonnable. Le texte dit en effet qu'il doit s'être « *fié en bon père de famille* »[1213]. Ainsi, les utilisateurs doivent eux aussi faire preuve de précaution. Cette condition complique cependant le régime de cette responsabilité et diminue son efficacité. En effet, le prestataire des services de certification est un professionnel spécialement accrédité pour délivrer et garantir la fiabilité des certificats qualifiés. Dans ce contexte, au regard de la formalité de l'autorisation préalable et d'autres exigences auxquelles il est soumis, il paraissait logique que sa responsabilité soit automatique. Ainsi, dès lors qu'un préjudice aura pour cause un manquement ou une négligence du prestataire, sa responsabilité devrait être admise sans que le juge soit tenu de vérifier si la personne lésée s'est comportée en « *bon père de famille* » ou non. Le professionnalisme du prestataire ne doit souffrir d'aucun doute, et la confiance qui en découle serait dépouillée de sa substance si on mettait encore à la charge des utilisateurs une obligation de vérifier que le prestataire a bien fait son travail.

482. L'on milite donc pour l'institution d'une présomption de responsabilité du prestataire des services de certification en ce qui concerne les certificats qualifiés. C'est en ce sens que s'inscrit la position du législateur camerounais pour qui, « *les autorités de certification sont responsables du préjudice causé aux personnes qui se sont fiées aux certificats présentés par elles comme qualifiés* […] »[1214]. Il n'est donc pas fait allusion ici, pour moduler cette responsabilité, du comportement de la victime. En

[1212] Cf. CRID, (Sous la direction de JACQUEMIN (H.)), commentaire de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques 2001, *op. cit.*
[1213] Cf. art. 15, al. 1, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.
[1214] Cf. art. 16, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

revanche, il n'est pas question de rendre le prestataire responsable dans tous les cas. En effet, s'il est établi qu'il n'a commis aucune faute ni négligence[1215], alors il devra être exonéré. Par ailleurs, lorsque le préjudice résulte de la faute ou de la négligence de la victime, il y a naturellement lieu de ne pas retenir la responsabilité du prestataire. Ainsi, lorsqu'un prestataire de service de certification indique dans un certificat qualifié les limites fixées à son utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers, il ne doit pas être tenu responsable du préjudice résultant de l'usage d'un certificat qualifié lorsque ces limites ont été dépassées. Aussi, lorsqu'un prestataire de service de certification peut indiquer, dans un certificat qualifié, la valeur maximale des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, à condition que cette valeur soit discernable par des tiers, le prestataire de service de certification n'est pas responsable des dommages qui résultent du dépassement de cette valeur maximale[1216]. Dans ces deux cas, la victime a fait preuve de négligence pour n'avoir pas respecté les modalités du certificat qui limitaient la portée de la signature électronique certifiée.

B- LES MODALITÉS DE LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

483. Sous cet intitulé, il s'avère nécessaire d'analyser la notion de signature électronique (1) avant de préciser les règles qui encadrent son utilisation et ses effets (2).

1- La notion de signature électronique

484. Traditionnellement, la notion de signature renvoie au nom écrit de la main de l'intéressé, le nom apparaissant comme un moyen mis par le droit à la disposition de l'homme pour imprimer sa personnalité et sa volonté à un écrit et pour faire de cet écrit matériel un acte juridique[1217]. Ainsi, la signature est un élément intimement lié à son auteur. Dans cette définition aussi, il apparaît que la signature, dans sa conception classique, ne peut être apposée que sur un acte matériel. Cette vision cadre bel et bien avec l'époque où l'écrit avait, de fait, pour support exclusif, le papier. Or, désormais, ce monopole du support papier a pris fin, l'écrit pouvant être fixé sur d'autres supports tels

[1215] Voir en ce sens, l'art. 15, al. 1, (c), in fine, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.
[1216] Cf. art. 15, al. 3 et 4, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique. Voir aussi, art.16, al. 2, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.
[1217] CARBONNIER (J.), *Droit civil, 1, Les personnes*, *op. cit.*, n° 35, p. 60.

les supports informatiques ; le législateur communautaire ayant doté l'écrit sur support électronique d'une force probante et d'une valeur juridique.

Il est clair que tout acte juridique doit être marqué de la signature de son auteur car c'est cette dernière qui témoigne de sa participation et de son consentement à l'acte. En effet, le législateur prend toujours la peine, lorsque la signature nécessaire ne peut être obtenue, de prévoir les formalités compensatrices. C'est ainsi par exemple que le législateur OHADA prévoit, en matière de cautionnement, que l'impossibilité pour la caution de signer doit être compensée par la présence de deux témoins certificateurs[1218]. L'application de ce principe de la signature des actes juridiques ne pouvait s'appliquer aux actes sous la forme électronique que par l'admission et la reconnaissance de la valeur juridique des signatures électroniques[1219]. Ainsi, désormais, la définition de la signature, telle qu'évoquée ci-dessus doit être vue comme dépassée parce que faisant allusion à l'apposition manuscrite et au support matériel. La nouvelle définition doit donc être conforme au principe de la neutralité technologique tout en veillant à préserver les équivalents fonctionnels de la signature manuscrite. En effet, comme le souligne un expert, « *la neutralité technologique est conditionnelle parce qu'elle repose sur la nécessité de disposer d'une technologie fiable* »[1220] . En d'autres termes, la neutralité technologique, « *ce n'est pas un ''blanc-seing'' reconnaissant à n'importe quel écrit ou signature électronique une validité juridique* »[1221]. Partant de là, la définition de la signature doit tenir compte de la fiabilité de son procédé et des fonctions qu'elle remplit.

Prenant en compte toutes ces contraintes, le législateur communautaire, sans proposer, comme son homologue européen[1222], une définition directe de la signature électronique, a plutôt indiqué les critères de reconnaissance d'une signature

---

[1218] Cf. art. 14, al. 2, Acte Uniforme modifié relatif aux Sûretés.

[1219] « *Le besoin d'une "signature électronique" apparaît, quand la forme dématérialisée d'un acte juridique nécessite l'équivalent d'une signature manuscrite* ». Cf. PIETTE-COUDOL (T.), ''Révision de l'AUDCG : ouverture à la dématérialisation et aux échanges électroniques sécurisés'', avril 2011, http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/AUDCG_TIC_commentTPC_1_.pdf.

[1220] CAPRIOLI (E. A.), ''Que veut dire neutralité technologique, du concept au principe général de droit'', Conférence : Droit du commerce électronique, un droit différent ? Université de Montréal, 02 octobre 2008, version vidéo, http://www.gautrais.com/IMG/wmv/1a_Eric_Caprioli.wmv.

[1221] *Idem*.

[1222] Dans l'Union Européenne, l'article 2 de la Directive de 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques définit directement la signature électronique comme : « *une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification* »

électronique. Ainsi, d'après l'article 11 du Projet de Directive, « *satisfait à l'exigence d'une signature tout procédé permettant d'authentifier l'identité du signataire et de marquer son adhésion au contenu de l'acte, pour autant que la fiabilité de ce procédé soit suffisante au regard de l'objet de l'information pour laquelle la signature est requise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière* ». Deux critères sont donc essentiels pour reconnaitre une signature électronique en droit communautaire.

485. D'une part, le critère fonctionnel d'après lequel, le procédé en question doit permettre d'authentifier l'identité du signataire et de marquer son adhésion au contenu de l'acte. Relativement à la question de l'authentification, il s'agit pour le procédé de renseigner de façon indiscutable sur l'identité de l'auteur de la signature. Ainsi, certains procédés ne pourront donc pas être vus comme constituant des signatures électroniques à l'instar des codes magnétiques des cartes de paiement. En effet, ces codes permettent seulement de savoir à partir de quelle carte le paiement a été effectué et ne permettent pas vraiment d'authentifier l'auteur de la transaction. Cependant, dans le droit de l'Union Européenne, ces codes peuvent être vus comme des signatures électroniques dans la mesure où la Directive européenne sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques prévoit que le signataire est la « *personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son compte soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente* »[1223]. Mais, à l'heure actuelle, seules les signatures électroniques basées sur la cryptologie à clé publique répondent *a priori* à ces exigences légales et notamment à la garantie de la solidité du lien entre le signataire et le message[1224]. Ce critère fonctionnel tend à préserver les fonctions essentielles de la signature manuscrite. Cependant, l'analyse démontre que, la signature électronique ne se borne pas uniquement à remplir les fonctions classiques d'une signature. En effet, en plus de garantir l'identification et l'adhésion de son auteur

[1223] Cf. art. 2 – 3 Directive européenne n°1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.
[1224] CAPRIOLI (E. A), ''Signature et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen'', 31 août 2005, *op. cit.*

au contenu de l'acte, elle garantit aussi la confidentialité et la non répudiation du contenu de l'acte par son auteur.

486. D'autre part, le critère technique, en vertu duquel, la signature doit résulter d'un procédé fiable. Ce critère a fait dire que la signature électronique était moins une véritable signature qu'une procédure[1225], dans la mesure sûrement où la signature électronique se réalise à travers plusieurs actes et plusieurs étapes. Techniquement, la signature électronique résulte d'une fonction mathématique appelée algorithme[1226], laquelle est appliquée au message pour le rendre incohérent et incompréhensible aux tiers. De façon simple, un algorithme pourrait consister à remplacer chaque lettre des mots utilisés par un chiffre correspondant à sa place dans l'alphabet, ainsi, « *preuve* » deviendrait « *1618521225* ». Mais dans la pratique, les algorithmes utilisés sont, pour des besoins de sécurité, bien plus complexes.

487. La cryptologie[1227] est donc d'un apport important pour la sécurisation des signatures électroniques. Longtemps réservée aux usages diplomatiques et militaires, elle répond aujourd'hui aux besoins du marché et constitue un domaine scientifique en pleine activité. Elle intervient dans de multiples applications et représente l'élément essentiel de la sécurisation du commerce électronique et du réseau internet[1228]. Elle repose sur le principe selon lequel lors d'une communication sur un réseau ouvert, l'expéditeur doit chiffrer ou crypter le message à l'aide d'une clé dont seul le destinataire a la paire correspondante permettant d'accéder au contenu lisible du message. Dans ce contexte, seule l'opération de déchiffrement doit être protégée par une clé gardée secrète, le chiffrement, quant à lui, pouvant parfaitement être exécuté à l'aide d'une clé connue publiquement, à condition bien sûr qu'il soit virtuellement impossible d'en déduire la valeur de la clé secrète. C'est là l'un des principaux critères de la fiabilité du système.

[1225] De LEYSSAC (C. L.), ''Les cartes de paiement : payer sans argent, un droit nouveau'', Rapport des Entretiens de Nanterre, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 5/1986, n° 35.

[1226] D'après le dictionnaire, *Le Robert D'Aujourd'hui*, c'est l'ensemble des règles opératoires propres à un calcul. Plus précisément, « *un algorithme consiste en la spécification d'un schéma de calcul, sous forme d'une suite d'opérations élémentaires obéissant à un enchaînement déterminé* ». Cf. COLLARD (P.) et FLAJOLET (P.), ''Algorithmique'', in *Encyclopaedia Universalis* 2010.

[1227] La cryptologie renvoie à la fois à l'art du chiffrement qui fait allusion aux mécanismes destinés à assurer la confidentialité des messages (Cryptographie), et à l'art du déchiffrement (Cryptanalyse), dont le but est de déjouer les protections ainsi mises en place. Cf. STERN (J.), ''Cryptologie'', in *Encyclopaedia Universalis* 2010.

[1228] STERN (J.), ''Cryptologie'', *op. cit.*

Ce critère permet de distinguer deux systèmes de signatures électroniques : Le système des clés privées et le système à clés publiques.

Dans le système à clé privée encore dit système de cryptographie symétrique, il n'existe qu'une seule clé, connue de l'expéditeur du message et de son destinataire. Cette clé unique est donc utilisée pour chiffrer et déchiffrer le message. Ce système peut aisément fonctionner dans un réseau fermé, relativement peu étendu, mais est inadéquat dans un système ouvert. Il faudrait alors générer un trop grand nombre de clés. Par ailleurs, si plusieurs personnes disposent de la même clé, il est impossible de savoir qui est l'expéditeur du message.

Dans le système à clé publique encore qualifié de cryptographie asymétrique, il y a deux clés : une clé privée, connue uniquement de son titulaire et une clé publique, connue de tous. Les deux clés sont liées et la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée en ceci qu'il est impossible de découvrir la clé privée à partir de la clé publique. Ce système est très sécurisant, en outre, il offre une solution au problème du transport des clés conventionnelles rencontré dans le système de la cryptographie symétrique, où la clé de décryptage doit être communiquée au destinataire pour lui permettre d'avoir accès au contenu du message[1229]. Dans le contexte de la clé publique, pouvoir déchiffrer un message produit la preuve qu'on possède la clé secrète ; mais, au contraire de ce qui se passe en mode conventionnel, cette preuve est opposable aux tiers, puisque n'importe qui peut vérifier, par chiffrement public, l'intégrité du message initial, ce qui fonde la garantie de non-répudiation. Se trouve ainsi réalisé l'analogue d'une signature manuscrite liant un document à son auteur. C'est précisément ce mécanisme de signature numérique qui est mis en place aujourd'hui pour les besoins du commerce électronique[1230].

Le système à clé privée, du fait de son déficit de sécurité, ne satisfait donc pas à l'exigence de fiabilité formulée par le projet de Directive. En d'autres termes, telle que définie en droit communautaire, seule la signature électronique obtenue sur la base d'un

[1229] *Idem.*
[1230] *Idem.*

système de cryptographie asymétrique a une valeur juridique équivalente à celle de la signature manuscrite dans la CEMAC.

2- Le régime juridique de la signature électronique

488. Seront analysés sous ce titre les règles relatives à l'utilisation des signatures électroniques (a) et la valeur juridique des signatures électroniques (b).

a. Les règles relatives à l'utilisation des signatures électroniques

489. L'utilisation des signatures électroniques est régie par le principe de la liberté (i) contrebalancée par la mise à la charge de l'utilisateur d'un ensemble d'obligations assorties, le cas échéant, de la responsabilité de l'utilisateur (ii).

i. Le principe de la liberté d'utilisation de la signature électronique

490. L'un des principes fondamentaux consacrés par le législateur communautaire dans le cadre de la définition du cadre juridique du commerce électronique, c'est celui de la liberté des citoyens communautaires d'utiliser les moyens électroniques à l'occasion de leurs transactions[1231]. Dans ce cadre, il n'était que logique, dans la continuité et pour l'effectivité du principe de la liberté du commerce électronique, de consacrer la liberté de signature électronique. Ainsi, les prestataires des services de certification sont tenus, sous réserve de la vérification de son identité, de délivrer un ou plusieurs certificats à toute personne qui en fait la demande[1232]. Ce principe apparaissait déjà dans la législation nationale camerounaise qui prévoyait la possibilité reconnue à toute personne désirant apposer sa signature électronique sur un document, de pouvoir créer cette signature électronique à l'aide d'un dispositif fiable[1233].

Contrairement à la signature manuscrite qui ne peut appartenir qu'aux personnes physiques, l'utilisation, tant en droit communautaire qu'en droit national, de l'expression « *toute personne* » laisse aisément comprendre que cette liberté appartient non seulement aux personnes physiques, mais aussi aux personnes morales. En effet, le législateur a de façon expresse envisagé l'hypothèse de la signature des personnes

[1231] Cf. art. 6, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.
[1232] Cf. art. 13, al. 2, 2°, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.
[1233] Cf. art. 21, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

morales en précisant ses modalités particulières. Ainsi, il prévoit qu'en ce qui concerne les personnes morales, le prestataire de services de certification tient un registre contenant le nom et la qualité de la personne physique qui représente la personne morale et qui fait usage de la signature liée au certificat, de telle manière qu'à chaque utilisation de cette signature, on puisse établir l'identité de la personne physique[1234]. Tirant les conséquences de cette possibilité pour les personnes morales de disposer d'une signature électronique, un auteur en déduit que la manifestation du consentement programmé par une machine ou un agent électronique serait parfaitement valable[1235] ; et donc, la personne morale propriétaire de cette machine pourrait ainsi voir sa responsabilité engagée.

ii. La responsabilité de l'utilisateur d'un dispositif de signature électronique

491. Que ce soit dans le contexte de la signature manuscrite ou celui de la signature électronique, il est toujours important pour les citoyens de s'assurer que leurs signatures ne font pas l'objet d'utilisation illégale. Dans le contexte du support papier, la signature est affichée, ainsi, elle circule facilement, peut aussi être reproduite par photocopie ou par scanner ; les risques de fraudes sont alors bien réels et le titulaire de la signature est bien souvent incapable de prévenir de tels abus. Pourtant, lorsque l'imitation sera parfaite, le véritable titulaire de la signature pourra être tenu pour responsable des conséquences de la transaction. C'est notamment le cas en droit bancaire où, lorsque le banquier reçoit un ordre, il se borne juste à comparer visuellement les signatures et à s'exécuter si la signature paraît conforme au spécimen préalablement déposé par le client. Ces risques sont cependant un peu plus rares dans le contexte de la signature électronique, laquelle est invisible, par principe non reproductible et non falsifiable, d'où l'idée qu'elle présente plus de garantie de sécurité. C'est la raison pour laquelle ici, les utilisations frauduleuses font présumer une faute ou une négligence de son titulaire, ce qui aurait dû entraîner, par voie de conséquence, sa responsabilité.

[1234] Cf. art. 13, al. 2, 3°, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique.

[1235] CAPRIOLI (E. A.), ''L'agent électronique et le contrat'', in *Les deuxièmes journées internationales du commerce électronique*, Sous la direction scientifique de E. Caprioli, Paris, Litec, Act. Dr. de l'entr., t. 22, 2005, p. 213 s.

Le législateur communautaire n'a pas expressément envisagé les hypothèses de responsabilité du titulaire de la signature électronique. Pourtant, cette démarche contribuerait à discipliner les utilisateurs de cet instrument et à sécuriser davantage les réseaux numériques. Prenant les devants, le législateur camerounais a défini un ensemble de diligences à la charge des utilisateurs des dispositifs de signature électronique. Ainsi, il est prévu que toute personne utilisant un dispositif de signature électronique doit prendre les précautions afin d'éviter toute utilisation illégale des éléments de cryptage ou des équipements personnels relatifs à sa signature. Le cas échéant, l'utilisateur est tenu d'informer l'autorité de certification de toute utilisation illégitime de sa signature. En cas de manquement à ces obligations, le titulaire de la signature est responsable du préjudice causé à autrui[1236]. Par ailleurs, il y a lieu de préciser qu'en cas de négligence de sa part, les conséquences des transactions ayant eu lieu seront opposables au titulaire de la signature électronique utilisée, c'est là une logique qui vient d'être rappelée et appliquée par la Cour de Cassation française[1237].

b. La valeur juridique des signatures électroniques

492. D'après le principe de la non-discrimination, les discriminations entre les documents signés électroniquement et ceux portant une signature manuscrite sont exclues. Cette règle ne signifie cependant pas que la validité juridique de n'importe quelle technique de signature électronique sera d'office établie, mais uniquement que la forme de la signature électronique ne peut être invoquée comme unique motif pour lui refuser toute efficacité juridique[1238]. Parce que la notion de signature électronique renvoie à plusieurs mécanismes et procédés, il y a lieu de relever que tous ces procédés n'ont pas la même valeur juridique. Dès lors, en fonction des exigences techniques, juridiques et organisationnelles, les forces probantes des signatures électroniques sont hiérarchisées. C'est en ce sens que le législateur communautaire, ayant opéré une

[1236] Cf. art. 22 et 23, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

[1237] Dans un arrêt, cette haute juridiction approuve les juges du fond qui ont débouté un demandeur qui sollicitait la condamnation de la banque à lui rembourser les sommes frauduleusement retirées de son compte après le vol de sa carte bancaire au motif « *qu'il a commis une imprudence grave en laissant son code personnel à proximité de sa carte de retrait dans un lieu sans surveillance* » qu'ainsi, il « *avait agi avec une imprudence constituant une faute lourde* ». Cf. Cass. Com. Arrêt du 16 octobre 2012, M. X. / Banque de Nouvelle-Calédonie, www.legalis.net.

[1238] Cf. Guide pour l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, *op. cit.*, n° 107.

distinction entre la signature électronique ordinaire et la signature électronique à clé publique avancée, a consacré la suprématie de cette dernière[1239].

Cette suprématie se fonde sûrement sur deux considérations majeures susceptibles de renforcer le sentiment de sécurité et de confiance des parties lors d'une transaction. D'une part, la signature électronique avancée est non seulement une signature électronique au sens de l'article 11 du projet de Directive[1240], mais en plus, il s'agit d'une signature garantie par un certificat qualifié délivré par un prestataire des services de certification accrédité. D'autre part, en plus d'être garantie par un certificat qualifié, elle doit avoir été conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique[1241]. Autrement dit, cette signature, outre l'identité et le consentement de son titulaire, doit garantir que les données afférentes à la création de la signature sont liées exclusivement au signataire et sont sous son contrôle exclusif, et que toute modification à elle apportée est facilement décelable[1242].

Hormis ce cas de signature électronique avancée, l'équivalence des autres signatures électroniques avec la signature manuscrite ne sera pas admise d'office. Le juge devra alors vérifier les circonstances dans lesquelles la signature électronique a été obtenue avant de déterminer sa valeur probante. Dans ce cadre, le juge pourra aussi se

---

[1239] D'après l'article 12, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique, « *Lorsqu'un procédé de signature électronique préserve les fonctions minimales de la signature énoncées à l'Article 11 et qu'en outre, il constitue une signature électronique avancée, réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, ce procédé est assimilé de plein droit à une signature manuscrite, qu'il soit réalisé par une personne physique ou morale* ».

[1240] D'après ce texte, Satisfait à l'exigence d'une signature tout procédé permettant d'authentifier l'identité du signataire et de marquer son adhésion au contenu de l'acte, pour autant que la fiabilité de ce procédé soit suffisante au regard de l'objet de l'information pour laquelle la signature est requise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.

[1241] Cf. Annexe III, Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique :

1. Les dispositifs sécurisés de création de signature doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que :

a) les données utilisées pour la création de la signature ne puissent, pratiquement, se rencontrer qu'une seule fois et que leur confidentialité soit raisonnablement assurée ;

b) l'on puisse avoir l'assurance suffisante que les données utilisées pour la création de la signature ne puissent être trouvées par déduction et que la signature soit protégée contre toute falsification par les moyens techniques actuellement disponibles ;

c) les données utilisées pour la création de la signature puissent être protégées de manière fiable par le signataire légitime contre leur utilisation par d'autres.

2. Les dispositifs sécurisés de création de signature ne doivent pas modifier les données à signer ni empêcher que ces données soient soumises au signataire avant le processus de signature.

[1242] Cf. art. 83, Acte Uniforme OHADA relatif au Droit Commercial Général ; Article 1, 12° du Projet de Directive CEMAC sur le commerce électronique. Voir aussi article 18, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

référer à la convention des parties comme l'indique, *in fine*, l'article 11 du Projet de Directive. Il s'agit dans ce cas de prendre en compte l'autonomie des parties et leur liberté contractuelle[1243], ce qui laisse comprendre que les parties peuvent influencer la mise en œuvre de la preuve électronique.

SECTION II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

493. Il s'agit principalement ici de confronter les questions classiques liées au droit de la preuve aux spécificités du commerce électronique afin de dégager des solutions facilitant une meilleure adaptation de ces solutions à l'environnement du commerce électronique. Ainsi, l'on analysera la question de la charge de la preuve des actes juridiques dans le commerce électronique (Para. I) et les difficultés de la preuve des faits juridiques dans le commerce électronique (Para. II).

PARA. I : LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES LIES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

494. Lorsque survient un litige entre deux cocontractants, pour le trancher, le juge saisi a besoin que les parties lui apportent les faits et surtout qu'elles démontrent la pertinence de leurs allégations. Pour un débat judiciaire ordonné et transparent, il est toujours nécessaire de déterminer sur qui pèsera la charge de la preuve (A). Bien plus, étant donné qu'il est désormais établi que la preuve littérale peut se présenter sous plusieurs formes ou résulter de divers procédés, il ne manquera pas certainement de se poser le problème de conflit de preuves littérales (B).

A- LA QUESTION DE LA CHARGE DE LA PREUVE

495. Dans un procès civil, parce que le juge est neutre, chaque partie doit prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention. Rationnellement, la charge de la preuve incombe au demandeur, puisque « *c'est lui qui prend l'initiative de rompre le statu quo* »[1244]. Ce raisonnement se déduirait sans doute de la formule latine, « *actori*

[1243] CAPRIOLI (E. A), ''Signature et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen'', *op.cit.*
[1244] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, PUF, 31ème édition, 1992, p. 334.

incumbit probatio » qui commande que le porteur de la prétention soit tenu d'en apporter la preuve. Cette règle a reçu un très large écho législatif tel que l'illustre l'article 1315 du code civil camerounais[1245]. Initialement conçue par les rédacteurs du Code civil comme une disposition propre au droit des obligations, la règle issue de ce texte a été progressivement sacralisée comme un principe fédérateur applicable à l'ensemble de la matière juridique[1246]. Ainsi, toute question relative à la charge de la preuve est désormais fondée sur le « *confortable* » article 1315 du Code civil[1247]. En application de ce principe, la Cour suprême du Cameroun décide régulièrement que celui qui invoque un paiement doit en apporter la preuve[1248].

496. Cependant, malgré le relatif succès de cette règle, la doctrine révèle que l'efficacité de l'article 1315 du Code civil est entamée à un double niveau[1249]. D'une part, il apparaît qu'en matière contractuelle, cette disposition ne répond pas à l'ensemble des hypothèses susceptibles d'être soumises au juge. Cette règle n'envisage que la preuve de l'existence et de l'extinction des obligations alors que certaines questions à résoudre se situent fréquemment en deçà ou au-delà de l'existence et de l'extinction d'une obligation[1250]. D'autre part et surtout, elle est en décalage avec la réalité du procès[1251]. En effet, dans certaines situations, il apparaît bien complexe de laisser peser la charge de la preuve sur le demandeur, certaines situations réelles empêchant ce dernier de pouvoir efficacement trouver et présenter les éléments probants nécessaires au succès de sa prétention. Ainsi, s'insurgeant contre le principe libéral issu de la formule « *actori incumbit probatio »*, qui veut que le défendeur reste sur la défensive, la doctrine suggère

---

[1245] D'après ce texte, « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

[1246] Voir en ce sens, GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4° éd., L.G.D.J., Paris, 1994, n°s 582 et 583, pp. 539 et s.

[1247] MEKKI (M.), ''Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie),'' in *Revue des contrats*, 01 juillet 2008 n° 3, p. 681.

[1248] À titre d'illustration, Cour Suprême du Cameroun, arrêt n° 34 du 16 mai 1967, Affaire Ngahane Lazare C. Nguepdo Albert ; Cour Suprême du Cameroun, arrêt n°71 du 17 mai 1973, in *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême du Cameroun*, n°28, p. 3970.

[1249] CHEVALLIER (J.), *Cours de droit civil approfondi*. *La charge de la preuve*, Les cours de droit, 1958/1959, p. 225. http://www.sudoc.fr/066222605.

[1250] L'article 1315 du Code civil est ainsi malmené lorsqu'une partie ne conteste pas l'existence de l'obligation mais son étendue. voir en ce sens, Cass. civ. 1re, 30 mars 1999, *JCP G* 2000, II, 10334, note Cl. Ghica-Lemarchand, à propos d'un abonné qui conteste sa facture d'eau. Voir aussi MEKKI (M.), ''Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie),'' *op. cit.*

[1251] MEKKI (M.), ''Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie),'' *op. cit.*

souvent de « *reconnaître l'existence d'un droit subjectif à la preuve dont le demandeur pourrait se prévaloir par provision, quand il prétend avoir, quant au fond, un droit menacé de dépérissement faute de preuve* »[1252]. Pour cette doctrine, il faudrait réviser ce principe et établir un lien entre le fardeau de la preuve et le rapport des forces entre les parties. Ainsi, on pourra aboutir à la solution selon laquelle « *la preuve incombe à chacun des plaideurs dans la mesure où il a accès aux informations qui sont nécessaires au débat* »[1253].

497. Dans le cadre du commerce électronique, le législateur communautaire de la CEMAC, tendant à confirmer par-là l'approche du législateur camerounais, s'oriente vers une appropriation de ces idées formulées par le Doyen Carbonnier. Il semble avoir compris que, contrairement à l'idée selon laquelle « *l'avènement des nouvelles technologies ne modifie en rien les dispositions de l'article 1315 du Code civil* »[1254], le commerce électronique présente, comme certaines autres matières[1255], quelques spécificités rendant la règle *Actori incumbit probatio* inadaptée au contentieux qu'il génère. Cette spécificité tient surtout au fait que le prestataire de commerce électronique exerce une maîtrise certaine sur le dispositif technique et contractuel existant entre son cocontractant et lui. En effet, le contrat de commerce électronique est un contrat d'adhésion s'appuyant essentiellement sur un dispositif technologique mis en place par le prestataire. L'offre est formulée par ce dernier et les conditions générales sont naturellement établies par lui. Dans un tel contexte, les éléments contractuels s'imposent généralement au cocontractant. Par ailleurs, c'est le prestataire qui conserve les documents relatifs à l'exécution des obligations de toutes les parties. Ainsi, en cas de problème, dans la mesure où seul lui peut accéder aux documents probants, il est plus qu'opportun de lui imputer la charge de la preuve[1256].

[1252] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, op. cit, p. 347.
[1253] *Idem*.
[1254] MPONDO MBOKA (G.), *op. cit.*, p. 131.
[1255] C'est notamment le cas en droit du travail où la charge de la preuve du motif légitime du licenciement pèse sur l'employeur. Cf. art. 42 al. 4, Code du travail congolais ; article 53 al. 2, Code du travail gabonais ; article 160, code du travail tchadien et article 39 al. 3 Code du travail camerounais.
[1256] Il faut relever au passage que les juges devront être suffisamment vigilants lors de l'appréciation d'une preuve fournie par un prestataire, car, le fait qu'elle soit conservée par ce dernier fait « *raisonnablement craindre un risque d'atteinte à l'intégrité de son contenu* ». Cf. DIFFO TCHUNKAM (J.), *Droit des activités économiques et du commerce électronique, l'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, *op. cit.*, p. 88. Ce risque peut cependant être retivisé dans la mesure où en réalité, le prestaire n'a pas le monopôle de la

498. La jurisprudence, notamment celle de la Cour de Cassation française, approuve cette façon de voir. Partant d'un contexte similaire à celui du commerce électronique, où des obligations légales d'information, entre autres, sont imposées aux prestataires, elle a décidé que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »[1257]. Ainsi, lorsque l'obligation porte sur une information, ce n'est pas au créancier d'en établir la non-exécution, mais au débiteur de prouver son exécution. Cette jurisprudence a été appliquée aux professionnels à l'instar des médecins[1258], des avocats[1259], des architectes et des entrepreneurs[1260]. De l'avis logique d'un auteur, « *les motifs qui justifient la solution valent aussi bien, et plus encore peut-être, pour les autres débiteurs d'informations* »[1261]. Dans cette même logique, le législateur communautaire, à travers un certain nombre de dispositions contenues dans le Projet de Directive relative au commerce électronique[1262], fait peser la charge de la preuve sur le prestataire. En procédant ainsi, ce texte entérine l'observation faite plus tôt par un auteur selon laquelle « *dans le cadre du commerce électronique, il revient en général au professionnel de prouver, en cas de contestation, que le client a été mis à même de connaître l'étendue de ses droits et obligations* »[1263].

499. Dans le cadre de la législation nationale camerounaise, le législateur est allé plus loin. Non seulement l'article 26 de la loi régissant le commerce électronique

---

conservation des documents contractuels. En lui imposant l'obligation de permettre à son cocontractant la possibilité de télécharger et d'imprimer lesdits documents, il favorise leur conservation par ces derniers, lesquels pourront alors s'en prévaloir en cas de nécessité. Voir par exemple, art. 11, loi camerounaise 2010-21 précitée.

[1257] Cf. Cass. I, Hedreul c/ Cousin et autres, n° 94-19.685, 25 février 1997, rap. P. Sargos, note J. Guigne, Bull. civ. 1997, n° 75 ; *Petites affiches*, 16 juill. 1997, p. 17, note A. Dorsner-Dolivet ; *Médecine et Droit* 1997, n° 24, p. 6, note G. Mémeteau.

[1258] Cf. Cass. I, 25 février 1997, Hedreul c/ Cousin et autres, *op. cit.* ; Cass. Civ., I, 12 juin 2012, n° 11-18.928, D. 2012. 1610.

[1259] Cf. Cass. Civ. 1 , 29 avr. 1997.

[1260] Cf. Civ. II, 4 mai 1976, D. 1977.34, note J. Mazeaud ; pour le notaire, voir Civ. 1 , 25 juin 1991, Bull. civ. I, n° 212.

[1261] JOURDAIN (P.), ''Renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, application à l'obligation du médecin'', in *RTD Civ*. 1997 p. 434, version électronique : http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2011/RTD_Civ.1997-434.pdf.

[1262] Cf. art. 36. Projet de Directive relative au commerce électronique : « *En cas de contestation, il incombe au prestataire de démontrer que l'envoi de publicités par courrier électronique a fait l'objet d'un consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages ou que les conditions de l'Article 33 étaient réunies* ». Article 47. Charge de la preuve : « *La charge de la preuve concernant le respect des obligations énoncées dans la présente sous- section incombe au professionnel* ». Article 52. Charge de la preuve : « *Sous réserve des exigences prescrites à l'Article 49, la charge de la preuve concernant le respect des obligations énoncées dans la présente sous-section incombe au professionnel* ».

[1263] GATSI (J.), *op. cit.*, p. 375.

oblige le vendeur à prouver d'une part, l'existence de l'information préalable et l'accomplissement de la confirmation des informations énumérées à l'article 15 de la loi sus visée[1264], et d'autre part à prouver le respect des délais et le consentement du consommateur ; mais aussi et surtout, il donne à cette obligation de prouver du prestataire, le caractère d'ordre public dans la mesure où il dispose que « *tout accord contraire est nul et de nul effet* ». Cette démarche est exprimée à travers l'article 12 du décret d'application de la loi régissant le commerce électronique qui dispose que : « *la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation de ladite information, du respect des délais et du consentement du consommateur incombe ou fournisseur électronique de biens ou de services* »[1265]. Plus spécifiquement, relativement à la protection des consommateurs, il est prévu que « *dans le cadre de l'instruction de toute procédure relative à la protection du consommateur, la charge de la preuve contraire des faits allégués incombe au vendeur, fournisseur ou prestataire de service* »[1266]. C'est aussi en ce sens que tend à s'inscrire la position du législateur de l'OHADA pour qui, serait nulle, comme abusive, toute clause du contrat de consommation qui aurait pour objet ou pour effet « *d'imposer au consommateur la charge d'une preuve que la loi fait peser sur l'entreprise* »[1267].

Cette solution pallie une anomalie de notre système de preuve. En effet, son application permettra à des victimes d'obtenir une indemnisation à laquelle elles ne pouvaient prétendre faute de rapporter la lourde preuve qu'on exigeait d'elles, laquelle s'assimile à une preuve impossible. Selon la doctrine, la preuve est dite impossible lorsque son objet, en théorie, ne peut être prouvé. Comme exemple type, cette doctrine

[1264] Ces informations sont relatives à l'identité, l'adresse et le téléphone du vendeur ou du prestataire des services; la description complète des différentes étapes d'exécution de la transaction ; la nature, les caractéristiques et le prix du produit ; le coût de livraison et, le cas échéant, les tarifs d'assurance du produit et les taxes exigées ; la durée de validation de l'offre du produit aux prix fixés ; les conditions de garantie commerciale et du service après-vente ; les modalités et les procédures de paiement et, le cas échéant, les conditions de crédit proposées ; les modalités et les délais de livraison, l'exécution du contrat et les résultats de l'inexécution des engagements ; la possibilité de rétractation et son délai ; le mode de confirmation de la commande ; le mode de retour du produit, d'échange ou de remboursement ; le coût d'utilisation des moyens de télécommunication lorsqu'ils sont calculés sur une autre base que les tarifs en vigueur ; les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est conclu à durée indéterminée ou à une durée supérieure à un (1) an et, à la durée minimale du contrat pour les contrats portant sur la fourniture, à long terme ou périodiquement, d'un produit ou d'un service.

[1265] Cf. art. 23, décret n° 2 0 1 1/1 5 2 1/PM du 11 juin 2011 fixant les modalités d'application de la loi n° 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun.

[1266] Cf. art. 28 de la loi-cadre du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

[1267] POUGOUE (P.-G.) et al, ''Actes Uniformes'', in *Encyclopédie du Droit OHADA*, Lamy, Décembre 2011, p. 145, n°. 474. Ces auteurs s'inspirent de l'article 51 point y de l'Avant-projet AU Contrats de consommation.

renvoie à « *la preuve d'un fait négatif* »[1268]. Même si, en réalité, la preuve des faits négatifs n'est pas toujours impossible[1269], on se demande en revanche, s'il n'est pas extrêmement difficile de prouver qu'on n'a pas reçu une information. Au contraire, le prestataire peut aisément prouver qu'il s'est acquitté de son obligation d'information.

500. Ce renversement de la charge de la preuve « *revient à définir une présomption réfragable* »[1270] en faveur des cocontractants des prestataires du commerce électronique. Il ne fait pas forcément présumer la faute du prestataire, c'est seulement l'absence d'information qui est présumée. L'on retient que l'objet de la preuve dont la charge incombe au prestataire c'est l'existence de l'information[1271]. Autrement dit, si le prestataire établit matériellement, qu'il a informé son cocontractant, c'est à ce dernier qu'il reviendra, le cas échéant, de démontrer que l'information était inexacte, incomplète ou ambiguë. Peut alors s'élever dans ce cas un conflit de preuve lorsque l'un et l'autre se prévalent d'une forme particulière de l'écrit.

B- LA GESTION DU CONFLIT DE PREUVES LITTÉRALES

501. La consécration de la validité de l'écrit électronique couplée à l'institution de la règle de la neutralité technologique aura sans doute quelques incidences sur le cours des procès. Lorsqu'un écrit est exigé, dans la mesure où cet écrit peut se présenter sous des formes différentes, il pourra arriver que pendant qu'une partie produit un écrit sur support papier, l'autre se prévale plutôt d'un écrit sur support électronique. Aussi, il pourrait arriver que les deux n'aient pas de contenus identiques. Dans tous ces cas, le juge devra alors trancher. Pour ce faire, il pourra s'inspirer de la convention des parties et le cas échéant, de la loi (1), et à défaut, il devra rechercher le titre le plus probant (2).

1- Le recours éventuel à la loi ou à la convention des parties

502. En règle générale, « *les actes juridiques posés par voie électronique sont équivalents aux actes qui ne sont pas accomplis par ce moyen et leurs effets juridiques*

[1268] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, op. cit, p. 348.
[1269] Il est aisé par exemple de prouver que l'on n'est pas le géniteur d'un enfant par l'action en désaveu.
[1270] FLÜCKIGER (A.), ''La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution'', in *Revue Européenne des Sciences Sociales* [En ligne], XLI-128 | 2003, mis en ligne le 11 novembre 2009, consulté le 08 décembre 2012. URL : http://ress.revues.org/385. DOI : 10.4000/ress.385.
[1271] JOURDAIN (P.), *op. cit.*

sont identiques »[1272], c'est le principe d'assimilation ou de non-discrimination. De cette règle, il apparaît clairement que le support d'un écrit ne peut constituer un critère de discrimination. Cependant, ce principe a un domaine précis. Ainsi, certaines dispositions légales ou réglementaires consacrent sur une question donnée le mode de preuve ou plus précisément, la forme de la preuve littérale qui sera recevable ; dans ces cas, le juge est alors tenu, en cas de conflit, de faire primer cette forme sur toute autre. Ce sera notamment le cas lorsque le législateur, soit, exclut du domaine de la preuve électronique certains actes ; soit, exige que la preuve soit établie par un acte authentique[1273]. L'exploitation de l'article 10 du Projet de Directive permet ainsi de dire que la preuve électronique sera irrecevable lorsqu'elle portera sur les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; sur les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant une autorité publique ; les contrats 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 et sur les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

503. En cas de conflit de preuves littérales, la solution pourra résulter de la convention des parties. En effet, les prestataires insèrent souvent dans leurs conditions générales les clauses relatives à la forme de l'écrit qui sera admise à titre de preuve littérale. Si cette clause est approuvée par le cocontractant, elle pourra valoir et être appliquée en cas de litige. Cette possibilité n'est pas ignorée par le législateur communautaire. Elle transparaît déjà, bien que tacitement, du dispositif qu'il construit. Ainsi, il ressort de l'article 11 *in fine* du Projet de Directive que la validité de la preuve électronique pourra être admise en référence à l'accord établi entre les parties. En adoptant cette démarche, ce texte va renforcer le sentiment de sécurité des transactions électroniques dans le marché commun en permettant aux parties de choisir elles-mêmes, par anticipation, la solution au problème de conflit de preuves littérales. En effet, voyant

[1272] Cf. art. 5, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1273] Voir, DECORPS (J.-P.), ''La loi sur la signature électronique ne modifie aucun critère de l'authenticité'', in *Petites affiches*, n° 72, 11 avril 2000, p. 3. Voir surtout, article 3, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

leurs volontés prises en compte, les cocontractants vont sans doute se sentir plus en confiance.

Par ailleurs, l'autonomie des parties et la liberté contractuelle permettraient sans doute de soutenir la validité de principe de telles conventions. En signant une telle convention, les parties ne seraient qu'en train de préserver l'économie de leur contrat en le mettant à l'abri du risque d'une solution inattendue pouvant le vider de sa substance. Comme le relève un auteur, et plus encore avec l'avènement de l'écrit électronique, le contrat est devenu un instrument de gestion des risques dans le domaine probatoire[1274]. Le risque de la preuve, dans le contexte contemporain, est un aléa dont on doit permettre aux parties d'en limiter les effets[1275]. Il faut en effet leur reconnaître la possibilité, en présence de plusieurs documents, de décider lequel doit primer[1276]. Entérinant sur ce point une jurisprudence constante[1277], le législateur français a introduit dans le Code civil la validité des conventions sur la preuve[1278].

Cependant, il y a lieu de ne valider les conventions sur la preuve, lorsqu'un consommateur est partie au contrat, qu'après un examen sérieux des circonstances de sa formation. En effet, certaines conventions de preuve sont en réalité imposées au consommateur. De plus, le contenu de certaines conventions de preuve peut se révéler déséquilibré au détriment du consommateur. Tel a été le cas d'une convention de preuve qui inversait la charge de la preuve pour l'imputer au consommateur. Logiquement, la Cour de cassation française a sanctionné une telle clause pour son caractère abusif[1279]. Contrairement à l'idée selon laquelle « *il paraît légitime de penser, notamment en matière de commerce électronique, que les contrats seront d'adhésion et que le consommateur sera amené à admettre la supériorité de la preuve électronique sur toute autre preuve par écrit* »[1280], la Cour de Cassation française, par sa décision, a plutôt

---

[1274] MOUSSERON (J.-M.), ''La gestion des risques'', in *RTD civ*. 1988, pp. 481 et s.
[1275] MEKKI (M.), ''Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie)'', *op. cit.*
[1276] CHARBONNEAU (C.) et PANSIER (F.-J.), ''Le droit de la « preuve » est un totem moderne (le commerce électronique)'', in *Gazette du Palais*, 01 avril 2000 n° 92, p. 2 .
[1277] Cf. Cass. 1ère civ. 5 novembre 1952, Bull. civ. I, n° 286 ; Cass. 3ème civ., 16 novembre 1977, Bull. civ., III, n°393. Selon la doctrine *« les parties peuvent écarter les exigences de l'article 1341, et convenir que la preuve des contrats qu'elles passeront ou qu'elles ont passés, se fera par d'autres modes que l'écrit ». Voir en ce sens,* GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G), *Traité de droit civil, Introduction générale,* op. cit, n°567.
[1278] Cf. art. 1316, al. 2 Code civil français.
[1279] Cf. Cass. Civ. 1ère, 1er février 2005, *Bull. civ. I*, n° 60 ; *D*. 2005. AJ. 640, obs. Avena-Robardet.
[1280] CHARBONNEAU (C.) et PANSIER (F.-J.), *op. cit.*

indiqué que toutes les conventions de preuve ne seront pas opposables au consommateur. S'il n'est pas démontré que ce dernier a été suffisamment informé sur la portée de la convention et sous réserve que celle-ci ne déroge pas à une règle d'ordre public, il est possible qu'elle soit sanctionnée au titre des clauses abusives. Bien plus, pour plus d'équité et de transparence, un auteur recommande que « *la validité d'une telle clause reste notamment soumise à la condition qu'elle ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à laquelle elle est opposée* »[1281].

Dans tous les cas, la signature d'une convention valable entre les parties portant sur la preuve liera le juge et lui ôtera son pouvoir d'appréciation quant aux éléments de preuve produits, ce qui est de nature à renforcer la prévisibilité de l'application des règles de droit et des solutions en cas de litige[1282].

2- La recherche du titre le plus probant

504. Si le principe selon lequel, au-delà d'une certaine valeur, la preuve des actes juridiques doit se faire par écrit, demeure vrai, la reconnaissance aux autres formes d'écrit à l'instar de la forme électronique, de la même valeur que celle reconnue au support papier pose un problème que les juges seront le plus souvent amenés à résoudre. Aucune hiérarchie n'existant entre les différents supports de l'écrit, contrairement à ce qu'a écrit un auteur français[1283], aucune préférence ne doit donc être, *a priori*, accordée à tel support en cas de conflit. Le juge devra, au regard des éléments fournis par les parties, faire primer un document sur l'autre, non sur la base du type de support, mais plutôt sur la base du degré de probabilité de leur contenu. L'égalité de principe entre les supports laisse au juge le droit et le devoir d'apprécier la « *fiabilité* » des preuves littérales produites[1284].

[1281] GATSI (J.), *op. cit.* p. 378.
[1282] RUET (L.), ''La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières'', in *Bulletin Joly Bourse*, 01 mai 2000 n° 3, p. 219.
[1283] Voir précisément GAUTIER (P.-Y.), ''Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions'', in *Petites affiches*, n° 26, 7 février 2000, p. 4. Pour cet auteur en effet, le document électronique, grâce à la signature électronique dont il est scellé doit primer sur le document papier.
Cette position a été critiquée dans son contexte. Voir RUET (L.), ''La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières'', *op. cit.* Pour cet auteur, malgré la présomption de fiabilité de la signature électronique, seule une convention pourra la faire prévaloir sur l'écrit papier. Dans cette logique, il relève que « *le fait que le Code civil prévoit la garantie des vices cachés ne rend pas pour autant les clauses de garantie inutiles* ».
[1284] DERRUPPÉ (J.), Commentaire de la loi du 12 juillet 1980, in *RTD com.*, 1980, p. 757.

Bien que certains auteurs pensent que dans la réalité, de tels conflits seraient rares[1285], il apparaît cependant, qu'en regardant de plus près, des hypothèses de conflits soient bien réelles[1286]. Concrètement, pour qu'on soit en présence d'un vrai conflit de preuves littérales, il faut que les documents en présence satisfassent les critères de validité qui sont propres à leurs formes. Ainsi, l'écrit électronique doit présenter des garanties d'authenticité quant à son origine et d'intégrité quant à son contenu, en plus sa traçabilité et son exploitabilité doivent être suffisamment établies. Dans un arrêt du 4 décembre 2008, la Cour de Cassation française a sanctionné une Cour d'Appel qui avait admis au titre de preuve une archive électronique sans avoir au préalable vérifié qu'elle répondait à ces critères. Elle a, à cette occasion, rappelé que « *l'écrit sous forme électronique ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* »[1287].

Cependant, dans les domaines où la preuve est libre à l'instar de la matière commerciale[1288] ou de la responsabilité civile délictuelle[1289], les juges décident qu'un écrit électronique ne répondant pas à ces critères peut constituer une preuve si « *la sincérité du détenteur n'est pas suspectée* »[1290]. En ces domaines en effet, la preuve littérale perd de sa primauté et peut même être surpassée par un témoignage dans la mesure où il reviendrait au juge le loisir d'apprécier les suites à réserver à chaque

---

[1285] BINOCHE (E.), Communication au colloque *La justice à l'épreuve de la preuve immatérielle*, Mercredi 21 novembre 2007 Maison du Barreau à Paris, http://www.presaje.com/zwo_info/modules/transcriptionducolloquedu21novembre2007surlajusticealepreuvedelapreuveimmaterielle1/fichier_a_telecharger.

[1286] Voir, RUET (L.), *op. cit.*

[1287] Cass. Civ. I, 04 décembre 2008, n° de pourvoi: 07-17622 la société Continent France C/ La Caisse Primaire d'Assurance Maladie de la Marne, Publié au bulletin.

[1288] D'après l'al. 1er de l'article 5 AUDCG modifié, « *Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants* ».

[1289] La preuve des faits juridiques se fait par tout moyen. Voir. BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11ème édition, Montchrestien, Domat, 2007, n° 543, p. 384.

[1290] VIGNEAU (V.), Communication au Colloque du 13 Avril 2010 à la Première Chambre de la Cour d'Appel de PARIS '' La preuve numérique à l'épreuve du litige'', http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf.

élément probatoire versé aux débats[1291]. La jurisprudence de la CCJA est constante sur ce point[1292].

505. Pour départager, le juge saisi doit éprouver[1293] les documents produits. Dans ce cadre, la méthode probabiliste pourra lui être d'un secours utile, car elle permet de déterminer la force probante d'un document à partir de sa probabilité de fraude. Ainsi, un document sera juridiquement plus fiable, si sa probabilité de fraude est réduite, voire insignifiante. En vertu de ce système, et en fonction des cas, le juge pourra être amené à faire primer telle forme sur telle autre ou inversement. Le juge ne recherche pas une vérité absolue, il se borne à relever les indices qui engendreront dans son esprit un sentiment de probabilité[1294].

Aussi, le juge veillera à n'admettre que des preuves qui répondent aux principes fondamentaux du droit de la preuve à l'instar du principe selon lequel, « *nul ne se crée de preuve à soi-même* » généralement appliqué par la jurisprudence[1295]. Dans le cadre des contrats du commerce électronique, le recours à cette règle a souvent permis aux juges du fond de refuser de prendre en considération les listings informatiques produits par le prestataire lui-même pour établir contre le client l'existence et le contenu d'un ordre[1296]. De même, dans son arrêt du 13 novembre 2008[1297], la Cour de Cassation française a refusé de considérer un document présenté, comme photocopie d'un document électronique détruit, par une banque au motif que rien ne démontrait qu'il

---

[1291] KUATE TAMEGHE (S. S.), ''Actes de commerce'', in *Encyclopédie du droit OHADA* (Sous la Direction de Paul-Gérard POUGOUE), Éditions Lamy, Décembre 2011, n° 25, p. 13.

[1292] Voir. *CCJA, arrêt n° 053/2005,15 déc. 2005, Société Côte d'Ivoire céréales c/ Société Shanny consulting, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., p. 69 et s., obs. Ndjandeu Mouthieu M.A. CCJA, arrêt n° 024/ 2006, 16 nov. 2006, Samaïla Dan Moussa, Ali Maré c/ Hamidou Abdou dit « Crise », obs. Foné Mdontsa A.M. in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., p. 153 et s. ; n° 008/2003, 24 avril 2003, Aly Karaki c. Hani Mehzer, Rec. CCJA, n° 1, janv.-juin 2003, p. 29 et s. Implicitement : CCJA, arrêt n° 003/2004, 8 janv. 2004, Soc. Innovest Industrie Congo SA c. Soc Man Faitai, Rec. CCJA, n° 3, janv.-juin 2004, p. 11 et s. ; CCJA, arrêt n° 010/2002, 21 mars 2002, Soc. Négoce Ivoire c. Soc. GNAB, Rec. CCJA spécial, janv. 2003, pp. 23 et 24.*

[1293] ''Prouver'' renvoie au latin « *probare* », qui signifie « *mettre à l'épreuve* », voir. BLOCH (O.) et VON WARTBURG (W.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 1932.

[1294] PERROT (R.), note sous Cass. civ., 29 mai 1951, *JCP* G 1951, II, 6421.

[1295] Voir, Cass. com., 9 novembre 1993 : *Contrats, conc., consomm.*, 1994, comm. no 1, obs. L. Leveneur ; Cass. civ., 2 avril 1996 : *Contrats, conc. consomm.*, 1996, comm. no 119, obs. L. Leveneur ; *Petites affiches*, no 11, 24 janvier 1997, note D. Gutmann *; RTD civ.*, 1997, p. 136 obs. J. Mestre ; Cass. 1re civ., 23 juin 1998 : Bull. civ., I, no 220 ; Contrats, conc. consom., 1998, no 141, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.*, 1999, p. 402, obs. J. Mestre ; Cass. soc., 11 mai 1999 : JCP, éd. G, 2000, II, no 10269, note C. Puigelier.

[1296] Cf. CA Paris, 18 mars 1991, Muntz : Rev. Sociétés, 1991, p. 554, note P. Le CANNU.

[1297] Cass. Civ. I, 13 novembre 2008, www.legifrance.gouv.fr .

s'agissait effectivement d'une photocopie du document électronique original. Tout laissait donc croire que ce document avait été fabriqué par la banque pour soutenir ses allégations, ce qui a conduit à son irrecevabilité. De toutes ces illustrations, il ressort simplement que les juges devront être suffisamment outillés « *pour affronter les délicatesses techniques du droit de l'informatique et des réseaux* »[1298].

Si la difficulté de prouver les actes juridiques du commerce électronique résulte du fait que les preuves admissibles sont souvent maîtrisées par une seule partie au contrat, s'agissant des faits juridiques, la difficulté résulte plutôt d'autres facteurs.

PARA. II : LA PREUVE DES FAITS JURIDIQUES LIES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

506. Dans le domaine des faits juridiques, deux contraintes majeures s'imposent au législateur dans la définition de leur régime probatoire. En effet, pour être efficace, ce régime doit tenir compte des caractères virtuel (A) et international (B) des réseaux électroniques.

A- LES IMPLICATIONS DU CARACTÈRE VIRTUEL DES RÉSEAUX

507. Les réseaux qui servent de support au commerce électronique, du fait de leur caractère virtuel, favorisent la volatilité des informations diffusées (1), ce qui impose alors aux autorités de développer une expertise appropriée (2).

1- La volatilité des informations sur les réseaux numériques

508. Les réseaux électroniques qui servent de support aux activités du commerce électronique sont de nature à favoriser un ensemble de comportements illicites tout en générant des obstacles à leur répression. Qu'il s'agisse de l'appréhension même des contenus ou des pratiques nocives s'y déployant, ou encore de l'identification des personnes impliquées, la tâche n'est généralement pas facile pour les pouvoirs publics et les enquêteurs.

509. Au sujet de l'identification, la difficulté est plus palpable dans le cadre des faits juridiques. En effet, dans le domaine des actes juridiques, l'on s'est aperçu que

[1298] DIFFO TCHUNKAM (J.), *Droit des activités économiques et du commerce électronique, l'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, L'Harmattan, p. 78.

l'intervention des tiers de confiance et l'utilisation des signatures électroniques, éventuellement avancées, permettent avec une certaine efficacité de savoir avec qui l'on traite. Comme le souligne un expert, « *une personne qui entend conclure un acte juridique sous forme électronique doit impérativement s'identifier si elle entend disposer d'une preuve parfaite* »[1299]. Cependant, dans le cas des faits juridiques, étant généralement entendu qu'il n'existe pas de liens juridiques préétablis entre l'auteur et la victime, la question de l'identification ne se posera le plus souvent que lorsqu'il faudra sanctionner le comportement nocif. Or, l'utilisation des techniques d'anonymat, les cas de vol d'identité[1300] électronique[1301] n'auront pour conséquence que d'hypothéquer les enquêtes. Même si « *l'anonymat s'inscrit dans le cadre des droits et des libertés fondamentaux de la personne "humaine"* » dans la mesure où le droit au respect de l'intimité de la vie privée inclut l'anonymat[1302] ; même s'il est vu comme « *l'ultime rempart de la liberté et de la vie privée* »[1303] ; il demeure qu'il fait souvent l'objet d'utilisations abusives lorsque, sous son couvert, les droits des tiers sont lésés. Sa protection doit cesser dans ces cas[1304].

Comme le relève davantage une étude réalisée par l'ONU[1305], l'internet, du fait qu'il favorise l'anonymat, est également un vecteur et un instrument de choix pour de nombreuses activités du crime organisé à l'instar du blanchiment d'argent, du terrorisme et des attaques cybernétiques[1306]. Par ailleurs, des auteurs relèvent opportunément que

---

[1299] CAPRIOLI (E. A.), ''Anonymat et commerce électronique'', in *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique*, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, coll. Actualités de droit de l'entreprise, Litec, 2002, *op. cit.*, p. 175.

[1300] D'après l'OCDE, Le vol d'identité consiste en l'acquisition, le transfert, la possession ou l'utilisation non autorisés des informations personnelles d'une personne physique ou morale dans l'intention de commettre, ou en relation avec, des actes frauduleux ou autres délits. Cf. OCDE, *Document exploratoire sur le vol d'identité en ligne*, Réunion ministérielle de l'OCDE -Le futur de l'économie de l'internet, Séoul-Corée, 17-18 juin 2008, www.oecd.org.

[1301] Pour un cas de vol d'identité, voir les faits ayant donné lieu au jugement du TGI, Paris, Mathieu S. / Twitter Inc, Ordonnance de référé 04 avril 2013, www.legalis.net.

[1302] CAPRIOLI (E. A.), ''Anonymat et commerce électronique'', *op. cit.*, p. 151.

[1303] DAVIO (E.), ''Anonymat et autonomie identitaire sur internet'', in *Cahiers du C.R.I.D.*, (Sous la direction de Etienne Montero), *Droit des technologies de l'information, Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 303 s.

[1304] CARBONNIER (J.), *Droit civil, 1, Les personnes*, *op. cit.*, n°35, p. 61.

[1305] Cf. CEA-ONU, *La cybercriminalité : une guerre numérique silencieuse et invisible*, ECA/SRO-CA/WKSHOP.ICT/10/01, Octobre 2011.

[1306] Le 27 avril 2007, l'Estonie, en quelques heures, fut l'objet d'une série d'attaques cybernétiques. Les sites gouvernementaux furent les premiers visés. Puis vint le tour des banques, des médias et des partis politiques. Le numéro des urgences (ambulances, incendies) est même resté indisponible pendant plus d'une heure. http://www.01net.com/editorial/350759/lestonie-denonce-les-cyber-attaques-terroristes-russes/.

l'anonymat serait source d'incivisme et d'actions délictuelles, il empêcherait l'identification du débiteur ou du délinquant dans l'environnement électronique. Bien plus, parce que certains promoteurs de sites web n'y font pas figurer les informations permettant de les identifier, cet anonymat ne permet pas aux victimes d'entamer des poursuites judiciaires[1307].

Certes, des techniques d'identification ont été développées, consistant entre autres à recourir aux adresses IP[1308]. Mais, l'exploitation de ces adresses peut s'avérer inefficace si la machine utilisée et dont l'adresse a été identifiée se trouve dans un cybercafé[1309]. En l'état actuel du droit communautaire, la procédure devra s'arrêter. En effet, les gérants et exploitants des cybercafés ne font actuellement pas l'objet d'une obligation leur imposant d'identifier leurs clients, à moins qu'on les assimile aux fournisseurs d'accès. Même dans le contexte juridique camerounais où un décret impose l'identification des abonnés[1310], il serait difficile de pouvoir reprocher à un gérant de cybercafé le fait de n'avoir pas identifié son client. L'opérateur assujetti à cette diligence y est défini comme « *toute personne physique ou morale titulaire d'une concession ou d'une licence et exploitant un réseau ou fournissant un service de communications électroniques ouvert au public* »[1311], or, le gérant d'un cybercafé n'est pas soumis à la procédure de concession ou de licence.

510. Au sujet de l'appréhension des contenus, il faut relever que les informations qui circulent sur les réseaux électroniques sont essentiellement caractérisées par leur volatilité[1312]. Par conséquent, elles sont modifiables et supprimables à volonté et dans des délais ''records''[1313] alors que les services de police

---

[1307] CAPRIOLI (E. A.), ''Anonymat et commerce électronique'', *op. cit.*, p. 155.
[1308] Signifiant ''Internet protocole'', chaque machine connectée à internet est dotée d'une adresse IP unique.
[1309] Un cybercafé peut être défini comme un lieu aménagé pour faciliter l'accès du public, contre rémunération, aux services d'internet.
[1310] Cf. Décret N° 2012/1637/PM du 14 juin 2012 fixant les modalités d'identification des abonnés et des terminaux.
[1311] Cf. art. 3, Décret N° 2012/1637/PM du 14 juin 2012 fixant les modalités d'identification des abonnés et des terminaux.
[1312] Voir THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', in *Lamy Droit des Médias et de la Communication* (version actualisée novembre 2009), http://www.juriscom.net/documents/resp20091115.pdf, 15/11/2009. Pour cet auteur, internet se caractérise par « *la possibilité de modifier l'information en ligne, de la faire disparaître ou de changer son lieu d'hébergement, et* de ''PERSISTANCE'' ».
[1313] Dans une affaire, s'étant rendu à l'adresse électronique indiquée par la victime d'un acte de diffamation en ligne, l'Huissier a indiqué « *qu'à la date à laquelle il dresse son procès-verbal, l'article en cause n'est pas*

doivent préserver les éléments de preuve et s'appuyer sur des données de connexion afin de caractériser l'infraction[1314]. En outre, ces informations ne sont pas toujours statiques et peuvent se présenter sous une forme dynamique les rendant plus difficiles à capturer[1315]. Il est en effet facile pour un individu de modifier avec une rapidité extrême le contenu d'une page web. Bien plus, l'espérance de vie des contenus sur les réseaux de communications électroniques dépend moins du support que de la volonté de leur éditeur[1316]. Toutes ces illustrations qui ne renseignent cependant pas sur tous les obstacles possibles en ce domaine, rendent nécessaire la dotation des juridictions d'une expertise appropriée.

2- La nécessité d'une expertise appropriée

511. Plus que dans les autres domaines, le juge est confronté, dans le cadre des délits commis sur les réseaux électroniques, à une difficulté de compréhension et d'appréciation de la crédibilité et de la fiabilité des éléments de preuve[1317]. La particularité des preuves électroniques, surtout en matière délictuelle, c'est d'être complexes et souvent déroutantes. C'est sans doute pour cela que « *la preuve numérique ou électronique, s'entend de toute information contenue dans un objet que l'homme n'est pas en mesure d'examiner par l'usage direct de ses sens… [elle] couvre également ce qu'une personne normalement sensée ne peut interpréter en raison de son caractère technique* »[1318]. Il faut donc toujours recourir, même lorsqu'elle paraît évidente, à une expertise informatique.

Les preuves informatiques dans le cadre des délits ne doivent pas être traitées avec légèreté. Dans une affaire où un Britannique avait été placé en détention provisoire pour possession de 172 photos pédopornographiques sur son ordinateur, l'analyse et le

---

accessible ». Sûrement, informé à temps, l'auteur des propos les a supprimés. Cf. TGI, Paris 17ème chambre, James H. / Lionel D., Jugement du 10 avril 2013, www.legalis.net.

[1314] CAPRIOLI (E. A.), ''Anonymat et commerce électronique'', *op. cit.*, p. 172.

[1315] MIGAYRON (S.), ''Critères d'appréciation technique, vraies et fausses preuves numériques'', *op. cit.*

[1316] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*

[1317] LUCQUIN (J.-P.), ''Exemples de difficultés rencontrées par le Juge chargé du Contrôle des Expertises'', communication au Colloque du 13 Avril 2010 à la Première Chambre de la Cour d'Appel de PARIS *La preuve numérique à l'épreuve du litige*, http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf

[1318] BENICHOU (D.), ''Le Juge pénal, ses attentes, une preuve sûre et intelligible'', communication au Colloque du 13 Avril 2010 à la Première Chambre de la Cour d'Appel de PARIS *La preuve numérique à l'épreuve du litige*, http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf

témoignage d'un expert en informatique judiciaire avait finalement permis de constater que l'ordinateur en question était miné par onze Chevaux de Troie (virus informatiques), et qu'il était possible que ces contenus aient été créés par ces virus. Le prévenu a donc été relâché, la Cour déduisant que le téléchargement des fichiers litigieux a pu être effectué sans la connaissance ni la permission de l'utilisateur[1319]. Seule une expertise avait pu permettre d'identifier l'existence des virus agissant comme des logiciels trompeurs[1320] et d'obtenir en conséquence l'acquittement du prévenu.

Cette illustration démontre bien la difficulté qu'il y a à établir la responsabilité des individus poursuivis dans le cadre de la lutte contre les délits liés au commerce électronique. Il s'avère en effet complexe, à la lumière de ce cas, de démontrer que la personne poursuivie a agi sans droit et en toute connaissance de cause, condition permettant d'établir l'élément psychologique de l'infraction[1321]. On pourra toujours, grâce aux outils de traçabilité, savoir d'où est partie l'action litigieuse, le plus dur consistera généralement à établir qu'elle a été effectuée par ou avec l'autorisation de la personne poursuivie.

512. Loin de faire dépendre l'issue des procès des travaux des experts, il faudrait surtout doter le personnel judiciaire des moyens et d'outils nécessaires à la détection et l'interprétation des éléments de preuve dans le cadre des enquêtes. Il est donc opportun pour le législateur communautaire d'entériner la démarche des autorités camerounaises consistant à admettre à la profession de magistrats des diplômés en informatique[1322]. La formation et les connaissances dans les domaines électroniques et informatiques constitueront sans doute des plus-values dans le processus

---

[1319] Cf. Aff. Regina v. Green (UK), Juillet 2003, http://www.sophos.com/en-us/press-office/press-releases/2003/08/va_porntrojan.aspx.

[1320] Il s'agit logiciel effectuant des opérations sur un équipement terminal d'un utilisateur sans informer préalablement cet utilisateur de la nature exacte des opérations que le logiciel va effectuer sur son équipement terminal ou sans demander à l'utilisateur s'il consent à ce que le logiciel procède à ces opérations. Cf. art. 4, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

[1321] Voir en ce sens, CA Paris, 5 avril 1994.

[1322] Cf. Décret n° 2012/188 du 18 avril 2012 modifiant et complétant l'article 11 nouveau du décret n° 2004/080 du 13 avril 2004 modifiant certaines dispositions du décret n° 95/048 du 08 mars 1995 portant statut de la magistrature. Ce texte pose clairement que nul ne peut être recruté comme magistrat s'il ne justifie, outre les conditions requises par le statut général de la Fonction Publique de l'État : d'une maîtrise en Droit Privé, d'une maîtrise en Droit Public, d'une maîtrise en Sciences Économiques, d'une maîtrise en gestion, ou d'un Master en informatique d'une Université camerounaise.

d'assainissement des réseaux numériques pour un développement harmonieux et sécurisé du commerce électronique dans le marché commun de la CEMAC.

De même, les autorités habilitées à réaliser des constats tels les huissiers de justice et les officiers de police judiciaire doivent suffisamment être formées pour pouvoir faire face aux défis que l'environnement électronique impose. Ils doivent en effet, veiller, lorsqu'ils collectent des preuves, à prendre en compte le risque de leur dépérissement[1323]. Aussi et surtout, afin que ces preuves puissent être recevables, leurs conditions de conservation doivent être appropriées. En effet, l'on se souviendra toujours qu'une donnée électronique ne peut être admise comme preuve, même si elle provient des huissiers ou des officiers de police judiciaire, qu'à condition « *que puisse être dûment identifiée la personne dont elle émane et qu'elle soit établie et conservée dans des conditions de nature à garantir son intégrité* »[1324]. C'est à cette seule condition que l'imputabilité de ces documents à leurs auteurs pourra s'établir aisément. Ainsi, une impression sur papier d'un article en ligne au bas de laquelle figure une adresse électronique incomplète est insuffisante pour soutenir la réalité d'une publication diffamatoire[1325]. Alors que dans le monde physique, les règles en matière d'enquête, de perquisition et de conservation des preuves sont connues et éprouvées[1326], dans l'environnement électronique, tout est encore à apprendre. Les procédures de perquisitions et de saisies informatiques et celle d'injonction de produire, d'interception de données, de collecte de données en temps réel et d'utilisation à distance, envisagées dans le projet de Directive communautaire[1327], n'ont en réalité rien à voir avec les techniques et procédures classiques. La difficulté en cette matière sera encore plus grande lorsqu'il faudra intégrer les aspects relatifs au caractère international des réseaux.

[1323] D'après l'article 54 de loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité, « *les perquisitions et les saisies sont effectuées conformément aux dispositions du Code de Procédure Pénale en tenant compte du dépérissement des preuves* ».

[1324] Cf. art. 36, Projet de Directive CEMAC relative à la lutte contre la cybercriminalité.

[1325] Cf. TGI, Paris 17ème chambre, James H. / Lionel D., Jugement du 10 avril 2013, www.legalis.net.

[1326] LEGRAIN (J.), ''L'huissier collecteur de preuve numérique volatile'', communication au Colloque du 13 Avril 2010 à la Première Chambre de la Cour d'Appel de Paris *La preuve numérique à l'épreuve du litige*, http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf.

[1327] Voir les articles 34 et suivants du Projet de Directive CEMAC relative à la cybercriminalité.

B- LES IMPLICATIONS DU CARACTÈRE INTERNATIONAL DES RÉSEAUX

513. Sur les réseaux numériques, il est quasi impossible de reconnaître les territoires des différents États qui se côtoient dans le monde. La notion de village planétaire prend tout son sens dans ce contexte. Si cet aspect est souvent vu comme un atout dans la mesure où il facilite la circulation des informations et des activités économiques, il reste qu'il constitue aussi une faille qui sert de rempart aux activités illicites. Les délinquants, profitent alors de la couverture mondiale des réseaux pour, d'une part, atteindre le plus grand nombre des victimes appâtées par les vertus du commerce électronique et, d'autre part, profiter des difficultés de collaboration des autorités relevant d'États différents pour se mettre à l'abri de poursuites. Face à cette situation, et dans l'optique d'assurer avec efficacité la répression des délits commis sur internet dans l'espace couvert par le marché commun, il est recommandé que les États membres collaborent dans la collecte des éléments de preuve, raison pour laquelle il a été institué un mécanisme de coopération judiciaire dans la CEMAC (1), même s'il est toujours possible que des obstacles limitent la portée de cette coopération (2).

1- L'institution d'une coopération judiciaire entre les pays membres de la CEMAC

514. « *Le cyberespace ne se présente pas comme s'il était balisé à la manière des environnements situés en des lieux physiques déterminés. Il est dépourvu de centre fixe ou déterminé ; à tout moment, le réseau comporte plusieurs centres* »[1328]. Cette situation favorise le développement des cyberdélits et contraint les États à une obligation de collaboration. En effet, les cyberdélits sont des « *délits ''pluri-localisés'' dont l'appréhension nécessite une coopération internationale, une volonté politique et des moyens adaptés* »[1329]. Grâce aux réseaux de communications électroniques, les cyberdélinquants bénéficient d'une sorte de privilège d'ubiquité leur permettant de pouvoir agir ou de se déplacer en divers lieux au même instant, ce qui « *remet en cause*

1328 TRUDEL (P.), ABRAN (F.), BENYEKHLEF (K.) et HEIN (S.), *Droit du cyberespace*, Thémis éditeur, 1997, p. 4.

1329 BAREL (M.), ''Délits informatiques et preuve, le défi de l'impossible ?'', communication au Symposium sur *La sécurité des Technologies de l'Information et de la Communication*, Rennes, 1-3 juin 2005.

les repères spatiaux sur lesquels se fonde généralement la normativité juridique »[1330]. Dans ce contexte, l'ONU affirme qu'il est essentiel que les États concernés par un cyber délit se concertent rapidement et étroitement entre eux, afin de répondre aux enquêtes internationales qui peuvent être diligentées dans le cas d'une infraction[1331].

Conscient de cette réalité, le Conseil des Ministres de la CEMAC s'est donné pour objectif de renforcer le cadre de coopération juridique et judiciaire entre les États membres en vue de mieux lutter contre les comportements cybercriminels dans l'espace communautaire[1332]. Malgré le fait qu'il existe déjà dans la CEMAC un ensemble d'instruments organisant la coopération judiciaire et policière entre les États membres[1333], le Conseil des Ministres de l'UEAC a souhaité renforcer ce dispositif en le dotant de règles adaptées à la cybercriminalité. C'est ainsi que le Projet de Directive relative à la cybercriminalité invite et encourage les États Membres à coopérer entre eux, dans la mesure la plus large possible, aux fins d'investigations ou de procédures concernant les infractions de cybercriminalité, ou pour recueillir les preuves, sous forme électronique, d'une infraction pénale[1334].

515. Plus spécifiquement, dans le cadre de la recherche ou de la collecte des preuves liées à des infractions de cybercriminalité, le mécanisme prévoit qu'un État membre peut demander à un autre État membre *« d'ordonner ou d'imposer d'une autre façon la conservation rapide de données stockées au moyen d'un système informatique se trouvant sur le territoire de cette autre Partie, et au sujet desquelles la Partie requérante a l'intention de soumettre une demande d'entraide en vue de la perquisition ou de l'accès par un moyen similaire, de la saisie ou de l'obtention par un moyen similaire, ou de la divulgation desdites données »*[1335]. L'État requis dans ce cadre doit normalement procéder aux diligences sollicitées. Il n'est autorisé par le projet de Directive à refuser que « ***a-*** *si la demande porte sur une infraction que la Partie requise*

[1330] GOLA (R. V.), *Droit du commerce électronique - Guide pratique du e-commerce*, Gualino Editeur, 2013, p. 20.
[1331] Cf. CEA-ONU, *La cybercriminalité : une guerre numérique silencieuse et invisible*, *op. cit.*
[1332] Cf. Préambule, projet de Directive CEMAC portant sur la lutte contre la cybercriminalité dans les États Membres.
[1333] L'on pourra citer dans ce cadre l'Accord d'extradition entre les pays membres de la CEMAC du 28 janvier 2004 et de l'Accord de coopération judiciaire entre les pays membres de la CEMAC du 28 janvier 2004.
[1334] Voir. Article 45, Projet de Directive CEMAC relative à la cybercriminalité.
[1335] Cf. art. 51 al. 1, *idem*.

considère comme étant de nature politique ou liée à une infraction de nature politique; ou ***b-*** *si la Partie requise estime que le fait d'accéder à la demande risquerait de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels* »[1336].

De même, un État membre peut solliciter d'un autre, non plus seulement d'assurer la conservation de certaines données, mais de perquisitionner ou d'accéder de façon similaire, de saisir ou d'obtenir de façon similaire, de divulguer des données stockées au moyen d'un système informatique se trouvant sur le territoire de cet autre État. Dans le cadre d'une telle demande, l'État requis doit agir le plus rapidement s'il y a des raisons de penser que les données pertinentes sont particulièrement sensibles aux risques de perte ou de modification[1337]. Cette même diligence est attendue des États membres lorsque la demande porte sur la collecte en temps réel des données relatives au trafic[1338] ou qu'elle vise l'interception de données relatives au contenu[1339].

À travers ce dispositif et si sa mise en œuvre ne se heurte pas aux problèmes de souveraineté des États, il est possible que la CEMAC soit un espace de sécurité des transactions électroniques. Cependant, la possibilité d'invoquer des réserves peut constituer un handicap sérieux à son effectivité.

2- Les obstacles à une coopération judiciaire effective

516. Si le principe de la coopération entre les États membres est consacré, les modalités de sa mise en œuvre sont cependant susceptibles d'en limiter l'effectivité. Le souci dans le cadre d'un tel dispositif c'est non seulement d'obtenir la coopération de l'État requis, mais surtout que ce dernier agisse rapidement dans la mesure où les preuves qu'il faudra collecter ou intercepter sont fuyantes. Or, comme le relève une étude, l'application des accords d'entraide judiciaire en vigueur repose sur des procédures formelles, complexes et longues à mettre en œuvre. Dans la plupart des cas, ces procédures ne répondent pas aux exigences de la coopération, du partage des informations et de la rapidité des enquêtes sur internet, si bien que les enquêteurs, les

[1336] *Idem*.
[1337] Cf. art. 53, *idem*.
[1338] Cf. art. 54, *idem*.
[1339] Cf. art. 55, *idem*.

procureurs comme les juges se heurtent à un certain nombre de problèmes découlant de ce que les preuves numériques sont à la fois intangibles et éphémères[1340].

517. Il y a aussi le problème de la double incrimination[1341] qui ne manquera pas d'hypothéquer les demandes d'entraide relatives à la collecte ou à l'interception des preuves. Certes, du fait de l'harmonisation, et la cybercriminalité étant devenue une infraction communautaire, on peut penser que les mêmes faits seront punis dans tous les États membres de façon identique. Mais, dans la pratique, il n'est pas exclu qu'en plus des infractions prévues par la Directive communautaire, les législateurs nationaux édictent d'autres normes en matière de cybercriminalité. La recherche des preuves permettant de constater ces infractions purement nationales pourra exiger la coopération des autres États membres, lesquels pourront alors invoquer la non incrimination desdits faits sur leur territoire pour se refuser à coopérer. D'après le projet de Directive, lorsque l'État requis est autorisé à subordonner l'entraide à l'existence d'une double incrimination, « *cette condition sera considérée comme satisfaite si le comportement constituant l'infraction, pour laquelle l'entraide est requise, est qualifié d'infraction pénale par son droit interne, que le droit interne classe ou non l'infraction dans la même catégorie d'infractions ou qu'il la désigne ou non par la même terminologie que le droit de l'État requérant* »[1342]. En d'autres termes, la double incrimination, pour être satisfaite, n'a pas besoin que le comportement visé ait reçu la même qualification ou soit répertorié dans la même catégorie d'infractions dans les États en cause ; il suffit simplement que ce comportement constitue une infraction prévu par le droit pénal de ces États. En revanche, si le fait n'est pas constitutif d'une infraction dans l'État requis, ce dernier peut légitimement se refuser à coopérer.

*

* *

* * *

[1340] Cf. CEA-ONU, *La cybercriminalité : une guerre numérique silencieuse et invisible*, *op. cit.*

[1341] Principe selon lequel l'entraide judiciaire internationale n'est accordée à un État demandeur qui en fait la demande que pour des délits punissables à la fois dans l'État qui réceptionne la demande d'entraide et l'État émetteur de la demande.

[1342] Cf. art. 49, Projet de Directive CEMAC relative à la cybercriminalité.

518. La consécration de la valeur juridique de l'écrit et de la signature électroniques aura sans doute un effet positif sur la croissance du commerce électronique dans la Zone CEMAC. Seulement, en attendant l'adoption du Projet de Directive relative au commerce électronique, à l'exception du Cameroun, les États membres de la CEMAC ont encore du chemin à faire. Vivement donc que ce projet soit adopté afin que cette question bénéficie d'un cadre juridique harmonisé.

Dans la même logique, il est à noter que la définition du cadre juridique des services de certification et du régime de responsabilité des prestataires desdits services participe du souci de préserver la sécurité et les intérêts des acteurs du commerce électronique dans le marché commun. Il y a cependant lieu, pour une contribution améliorée de ce cadre juridique au développement du marché commun, que les règles d'habilitation des prestataires et d'interopérabilité des certificats, entre autres, soient organisées au niveau communautaire.

Aussi, ce cadre juridique ne sera efficace que si le régime probatoire en vigueur dans le commerce électronique tient effectivement compte du déséquilibre technologique existant entre le prestataire et son cocontractant et des aléas de l'environnement électronique. Relativement à ce dernier point, et le législateur semble l'avoir bien perçu, le succès des enquêtes, des procédures de collecte ou d'interception des données probantes dépend, pour une large part, tant du professionnalisme des agents dédiés, que de l'articulation du statut des prestataires techniques, lesquels sont alors obligés de coopérer lorsqu'ils sont requis et ce, conformément au statut de chaque catégorie. En effet, tous ne sont pas soumis au même régime de responsabilité.

CHAPITRE II : LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

519. Pour le fonctionnement des activités de commerce électronique, en plus des vendeurs et des acheteurs, on relève, entre autres, la présence d'une catégorie d'une importance particulière. C'est une catégorie intermédiaire rendant possible la mise en ligne des informations et l'accès aux réseaux de communications entre autres. Comme tous les acteurs, ces derniers participent ou sont tenus de participer à la sécurité des réseaux de commerce électronique. Dans ce cadre ils sont soumis à un régime de responsabilité.

Pour être efficace, la définition de ce régime de responsabilité doit tenir compte d'un ensemble de contraintes consistant à prendre en compte, non seulement le rôle joué par cette catégorie d'acteurs dans le développement du commerce électronique à l'échelle régional, mais aussi les moyens qui sont mis à leur disposition, et surtout, le contexte économique et social de la CEMAC et de ses États membres. Le législateur doit donc avoir, dans le cadre de cette tâche, le sens de la mesure et de la justice. Il doit chercher la juste voie entre l'indispensable responsabilité des uns et la nécessaire sauvegarde des libertés et droits fondamentaux des autres. L'enjeu étant, pour l'essentiel, d'orienter l'activité de ces acteurs vers la promotion de la sécurité et de la liberté sur les réseaux de communications électroniques dans la Communauté.

520. L'analyse révèle que tous les prestataires techniques n'opèrent pas de la même façon, et ne disposent pas sur les contenus diffusés des mêmes moyens de contrôle. Il serait donc injuste de les soumettre à un régime identique. En réponse à ces exigences, le législateur communautaire a reconnu la nécessité d'encourager les activités des prestataires techniques en définissant de façon transparente et précise les conditions de mise en œuvre de leur responsabilité. Dans ce cadre, il a défini un régime général commun à tous les prestataires techniques, lequel se résume en la limitation des obligations imposées aux prestataires techniques (Section I). Par ailleurs, il a encadré les modalités de mise en œuvre de la responsabilité de ces acteurs (Section II).

SECTION I : LA LIMITATION DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX PRESTATAIRES TECHNIQUES

521. Les prestataires techniques, indifféremment de leur statut spécifique, sont tous soumis à un ensemble de règles communes. Cette limitation des obligations se caractérise d'une part par la dispense d'une obligation générale de contrôle et de surveillance (Para. I), et d'autre part par la définition stricte des obligations spécifiques communes aux prestataires techniques (Para. II).

PARA. I : LE PRINCIPE D'UNE DISPENSE GÉNÉRALE DE RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

522. De façon expresse, le législateur communautaire pose à l'alinéa 1er de l'article 53 du Projet de Directive relative au commerce électronique que « *pour la fourniture des services visés à l'Article 55, à l'Article 56 et à l'Article 57, les prestataires de services n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». Pourtant, le législateur camerounais prescrivait déjà que « *les opérateurs de réseaux et les fournisseurs de services de communications électroniques installent des mécanismes de surveillance de trafic des données de leurs réseaux* »[1343]. Manifestement, il devra revenir sur sa position pour faciliter l'effectivité de la Directive communautaire lorsqu'elle sera adoptée. Les prestataires auxquels il est fait allusion dans ce texte sont les prestataires des services d'hébergement, les fournisseurs d'accès et les prestataires des services de transport des communications électroniques. Ils bénéficient ainsi d'une sorte de protection générale. Même si cette règle est tempérée dans sa portée (B), il faut quand même relever qu'elle participe d'une certaine ambition, celle du développement du commerce électronique (A).

[1343] Cf. art. 25, al. 2, Loi n° 2010/012 DU 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité au Cameroun.

A- L'OBJECTIF DU DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

523. Cet objectif de favoriser le développement du commerce électronique dans le marché commun de la CEMAC se décline sous deux aspects majeurs : rendre l'activité de prestataire technique attrayante (1) et préserver l'expression des libertés sur les réseaux (2).

1- Le souci d'attractivité de ce secteur d'activité

524. Contrairement au commerce traditionnel où le commerçant peut seul mettre en place toute l'infrastructure nécessaire à l'exploitation de son fonds de commerce, dans le commerce électronique, l'environnement technologique impose des contraintes. Par exemple, il faut avoir accès à internet, il faut aussi disposer sur les réseaux d'un entrepôt virtuel où stocker les informations nécessaires au fonctionnement de son site internet. De la conception d'un site de commerce électronique à son exploitation en ligne, des prestataires techniques offrent leur savoir-faire. Pour les utilisateurs aussi, le recours aux prestataires techniques est essentiel. Sans eux, il n'y aurait pas d'accès à internet, il n'y aurait pas de sites internet fonctionnels. Toute politique visant le développement du commerce électronique doit donc réserver en son centre une place pour le statut des prestataires techniques. Si l'on souhaite promouvoir le commerce électronique, il faut commencer par promouvoir les activités des prestataires techniques.

Dans le cadre de la CEMAC, la définition du régime de responsabilité de cette catégorie d'acteurs est fondée sur la crainte que ces acteurs, en ce qu'ils sont indispensables au fonctionnement des réseaux, en ce qu'ils permettent l'échange et la conservation des informations transmises par le biais des réseaux, hésitent à poursuivre leurs activités à cause d'un régime de responsabilité trop lourd[1344]. Il ne faudrait pas en effet, que le commerce électronique soit freiné dans son développement alors que le développement du marché commun de la sous-région en est, désormais, fortement dépendant.

[1344] Cf. Préambule, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

525. D'un autre côté, si les prestataires font face à un régime de responsabilité décourageant, il est à craindre qu'ils désertent la sous-région pour s'installer ailleurs[1345]. Ce qui peut être source d'un manque à gagner au moins sur le plan stratégique pour la Zone CEMAC. En effet, en s'installant dans la Communauté, les activités qu'ils exercent et celles de leurs utilisateurs sont plus facilement contrôlables et accessibles en cas de nécessité à l'instar d'une enquête judiciaire dans le cadre de la lutte contre la cybercriminalité. En cas de litige, ces prestataires ne pourront pas invoquer, pour échapper à la justice, l'argument de la nécessité d'une commission rogatoire internationale, comme l'a fait, certes en vain, un défendeur dans une espèce[1346]. Sur le plan économique, on peut noter que l'installation des prestataires techniques dans la région va absorber une certaine main d'œuvre et réduire par voie de conséquence le taux de chômage dans la Communauté. Et, sur le plan fiscal, leurs activités vont constituer des bases imposables. Toutes ces raisons tendent à justifier le choix du législateur communautaire, motivé par le souci du développement du commerce électronique dans la sous-région. C'est dans cette même logique qu'il a tenu à préserver, à travers l'allègement du régime de responsabilité des prestataires techniques, la liberté des utilisateurs des réseaux numériques.

2- Le souci de préservation de la liberté des utilisateurs

526. Dès leur origine, les réseaux de communications électroniques à l'instar de l'internet ont été conçus pour que l'information puisse y circuler librement, sans qu'il ne soit possible d'interrompre leurs flux[1347]. C'est pour préserver cet esprit de liberté que le législateur a décidé de dispenser ces acteurs d'une obligation générale de surveillance et de contrôle. En effet, il était à craindre que les prestataires techniques appliquent des mesures de censure préventive si leur responsabilité civile ou pénale pouvait être engagée systématiquement en cas de contenus illicites. En conséquence, évitant de porter atteinte à la liberté d'expression, droit de l'homme consacré de manière universelle, laquelle doit nécessairement être préservée sur les réseaux de

[1345] D'après l'UNESCO, 97 % des hébergeurs sont actuellement concentrés dans les 29 pays de l'OCDE. Cf. UNESCO, *Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), op. cit.*
[1346] Cf. TGI, Paris, Mathieu S. C. Twitter Inc, Ordonnance de référé 04 avril 2013.
[1347] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*

communication[1348], le législateur a fait le choix opportun de dispenser ces acteurs d'une obligation générale de contrôle[1349]. Les réseaux numériques étant des espaces d'accès universel au savoir, ce choix n'est que très raisonnable et semble répondre avec pertinence à l'interrogation lancée par le Directeur Général de l'UNESCO d'alors, en ces termes : « *Que serait l'universalité si la censure régnait sur l'internet et comment oserait-on parler d'accès universel si cet accès était limité à certaines informations, certaines idées, certaines images et certains savoirs ?* »[1350].

S'exprimant dans le contexte français régi par la loi sur la confiance en l'économie numérique (LCEN), laquelle a opté pour une approche similaire, un auteur observe que le régime des hébergeurs fut davantage motivé par la volonté d'assurer une certaine sécurité juridique à des acteurs indispensables à l'exercice de la liberté d'expression[1351] sur internet. L'idée en effet est qu'il ne faut pas que ces acteurs soient conduits à exercer inopinément une censure sur les contenus. L'enjeu était donc moins celui de la préservation de la liberté de commerce[1352]. Aussi, cette dispense n'est pas une fin en soi, mais un moyen raisonnable permettant au législateur de parvenir à la promotion du commerce électronique dans la CEMAC. C'est donc moins pour les prestataires que pour l'économie numérique en général que cette règle a été édictée.

527. D'un autre côté, cette position du législateur tient compte de ce que les prestataires techniques ne sont pas des contrôleurs mais des facilitateurs du commerce

---

[1348] D'après l'UNESCO, la question de la liberté d'expression dans le cyberespace est fondamentale et il importe de respecter ce principe si l'on veut créer des sociétés du savoir équitables, respectueuses de la diversité culturelle. Cf. Conseil Exécutif de l'UNESCO, *Contribution de l'UNESCO au sommet mondial sur la société de l'information (Genève 2003 et Tunis 2005)*, 166 EX/19, Paris, 3 mars 2003.
Fidèle à sa philosophie, l'UNESCO affirme que « *selon l'Article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la liberté d'expression et d'information doit être défendue sans aucune exception, y compris dans les nouveaux médias* ». Cf. UNESCO, *Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), op. cit.*

[1349] Cf. Préambule, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

[1350] Cf. UNESCO, *Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), op. cit.*

[1351] Pour l'UNESCO en effet, des quatre principes fondamentaux qui doivent présider à l'instauration d'une véritable société des savoirs à partir des médias électroniques, à savoir « *l'égalité d'accès à l'éducation, l'accès universel à l'information (faisant partie du domaine public), la liberté d'expression et la diversité culturelle* », « *le premier et le plus fondamental de ces principes concerne la liberté d'expression* ». Cf. UNESCO, Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), Paris, UNESCO, 2005 - iv, 27 cm.(CI-2005/WS/3), *op. cit.*, p. 30.

[1352] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*. Voir aussi CA Versailles, 12 déc. 2007, Sté Les arnaques.com et a. c/ Sté Éditions régionales de France, www.juriscom.net, *RLDI* 2008/34, n° 1148, obs. Saint Martin A.

électronique. Ainsi, il ne leur revient pas de jouer les censeurs des réseaux ou de veiller à la protection des droits protégés à quelque titre que ce soit dans l'environnement numérique. La position donnée par certaines juridictions est à cet égard intéressante et mérite une certaine approbation. D'après ces juridictions, il appartient au titulaire de la marque – et non à un prestataire technique tel un hébergeur par exemple - de s'assurer de la non-violation de ses droits[1353]. Par ailleurs, il serait pratiquement impossible à un prestataire technique de jouer un tel rôle dans la mesure où il n'est pas censé et même ne peut connaître toutes les marques existantes[1354].

Bien que l'objectif visé à travers cette règle soit noble, la position du législateur ne signifie pas qu'il faille laisser les prestataires faire n'importe quoi et que l'internet devrait être, non pas un espace de liberté, mais un espace libertaire, comme voudraient le prétendre certains[1355]. Au contraire, le prestataire technique n'est pas entièrement libre, la règle admettant des tempéraments.

B- LES TEMPÉRAMENTS DU PRINCIPE

528. Si les prestataires se sont vus exonérés d'une obligation générale de surveillance, c'est uniquement pour pouvoir jouer leur rôle en toute tranquillité. Cette faveur ne signifie aucunement exonération totale de toute obligation de vigilance. Certes, la démarcation entre l'obligation de surveillance dont sont déchargés les prestataires techniques et l'obligation de vigilance dont ils sont tenus n'est pas clairement établie[1356] ; mais, en vue de préciser la nuance qui sépare ces deux notions, la jurisprudence a fait une proposition assez pertinente[1357]. L'exonération d'une obligation générale de surveillance ne doit donc pas donner lieu à la complaisance de ces prestataires.

[1353] Cf. Tribunal de District Sud de New-York, 14 juill. 2008, Tiffany c/ eBay.

[1354] En ce sens, TGI Paris, réf., 2L Multimédia c/Meetic, www.legalis.net.

[1355] ROUX (O.) et GASNIER (J.-P.), '' Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes internet'', *in Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 48, Avril 2009, p. 94.

[1356] En ce sens, voir GUILLARD (M.), *Responsabilité des acteurs techniques de l'internet*, Mémoire DESS Droit de l'Informatique et du multimédia, Université Panthéon Assas- Paris II, Année 2002-2003.

[1357] CA Versailles, 12e ch., 8 juin 2000, préc. *« Considérant qu'à l'occasion de l'exercice de son activité, une société prestataire d'hébergement est tenue à une obligation de vigilance et de prudence quant au contenu des sites qu'elle accueille et dont elle assure la connexion au réseau internet aux fins de diffusion, par l'intermédiaire, de messages écrits, visuels ou sonores, qui s'analyse en une obligation de moyens portant sur les précautions à prendre et les contrôles à mettre en œuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage et la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur ou préjudiciables aux droits des tiers concernés* ».

En France où une règle analogue est instituée[1358], le Conseil constitutionnel l'a tempérée, en décidant que le prestataire n'est exonéré que dans l'hypothèse exclusive que les faits dénoncés comme illicites ne présentent pas « *manifestement* » un tel caractère[1359]. Par cette décision, cette haute juridiction invite les prestataires à ne pas profiter de leur statut pour faire dans la complaisance et la négligence. Comme le souligne aussi la doctrine, elle cherche ainsi à éviter un dérapage possible des prestataires[1360].

529. Allant sensiblement dans la même logique, bien que n'ayant pas employé l'expression « *manifestement illicite* », le législateur communautaire dispose clairement que les prestataires techniques ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient[1361]. Ainsi, si les prestataires techniques établis sur le territoire du marché commun ne sont pas tenus de contrôler ou de rechercher activement les contenus illicites, ils sont cependant tenus de constater et de dénoncer ceux dont l'illicéité est « *alléguée* ». Comme tout bon professionnel, ils doivent être attentifs à ce qui passe sur les serveurs et ne pas fermer les yeux sur les atteintes manifestes aux droits des tiers[1362]. Pour la Cour d'Appel de Versailles, ces professionnels doivent faire preuve de « *précaution* » consistant dans l'adoption de procédures de contrôle permettant de détecter les contenus illicites dans la limite des possibilités offertes par la technique[1363]. Cette obligation peut être déduite des termes utilisés à l'article 54 alinéa 2 du projet de Directive.

Comment un prestataire pourrait-il s'acquitter de l'obligation de précaution s'il ne veille pas, au moins de façon superficielle sur les contenus qu'il transporte ou héberge ? La jurisprudence ne manque pas souvent de rappeler aux prestataires techniques qu'ils ne sont pas exonérés de toutes les obligations. Ainsi, sans renier son statut d'hébergeur,

---

[1358] Cf. art. 6, al. 7, LCEN.
[1359] Cf. Conseil Constitutionnel (France), Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004 (considérant 9), JO 22 juin 2004, p. 11182.
[1360] ROUX (O.) et GASNIER (J.-P.), *op. cit.*.
[1361] Cf. art.54, al. 2, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1362] GUILLARD (M.), Mémoire précité, p. 15.
[1363] Cf. CA Versailles, 12e ch., 8 juin 2000.

ni remettre en cause la protection liée à ce statut, une juridiction a cependant indiqué, avec pertinence, que si *eBay*[1364] n'a pas l'obligation de résultat de rechercher les contenus contrefaisants, elle a cependant « *l'obligation de moyens, de veiller à l'absence d'utilisation répréhensible du site www.ebay.fr* »[1365]. Dans la même logique, la Cour d'Appel de Paris précise que l'hébergeur n'est pas dispensé de veiller dans la mesure de ses moyens à ce que son site ne soit pas utilisé à des fins illicites[1366].

En fin de compte, loin de signifier une exonération de responsabilité, il apparaît cependant à l'analyse que le régime de responsabilité de l'hébergeur dans la Zone CEMAC comme en France, admet l'éventuelle responsabilité du prestataire technique. Le point d'équilibre de ce régime c'est la distinction entre le « *simplement illicite* » et le « *manifestement illicite* ». Ainsi, le prestataire technique n'est pas en principe responsable des contenus simplement illicites. Mais, lorsque cette illicéité est manifeste, alléguée, sa responsabilité pourra aisément être engagée. La véritable question est dès lors celle de savoir comment reconnaître le caractère manifestement illicite ou « *allégué* ». Malheureusement, en l'état actuel, aucun texte ne s'y est penché, un tel silence réglementaire entraînant une insécurité juridique manifeste[1367].

530. Face à cette carence législative, le contenu de cette notion ne se construit qu'à travers des cas d'espèce. La jurisprudence s'évertue à donner à ce critère un contenu cohérent. C'est ainsi qu'il a été jugé que « *des propos portant de façon évidente atteinte à l'intimité de la vie privée, en ce qu'ils ne nécessitent pas d'enquête ou de vérification préalable pour que soit constatée leur illicéité, constituent un contenu manifestement illicite* »[1368]. En revanche, alors que l'hébergeur avait trouvé le contenu diffusé sur le site qu'il stockait illicite, il avait supprimé ledit site et avait vu sa responsabilité retenue par le tribunal qui n'était pas convaincu du caractère manifestement illicite desdits contenus[1369]. Dans cette affaire, le point d'achoppement

---

[1364] Opérateur de commerce électronique spécialisé dans le courtage en ligne des ventes aux enchères. Site web : www.ebay.fr.
[1365] Cf. TGI Troyes, 4 juin 2008, Hermès International c/ eBay et a., *précité*, *www.legalis.net*.
[1366] Cf. CA Paris, 14e Ch., sect. B, réf., 9 nov. 2007, eBay Europe - eBay France c/SARL DWC.
[1367] HARDOUIN (R.), ''Le retrait d'un contenu manifestement illicite doit-il s'opérer sans délai ?'' , www.Juriscom.net, 24/03/2008.
[1368] CA Paris, 6 juin 2007, SARL Lycos France c/Abdelhadi S.
[1369] TGI, Évry, 3ème Ch., 25 Avril 2008 AFF. Monsieur X C/ Microsoft France, http://www.droit-technologie.org/jurisprudence-265/m-c-microsoft-france-suppression-d-un-blog.html.

portait sur la preuve du caractère manifestement illicite des contenus litigieux. Aucun critère légal n'étant défini, il fallait en effet, pour le défendeur, pouvoir convaincre le juge de sa position en cas de litige. Si en l'espèce, l'hébergeur avait pu convaincre le juge du caractère manifestement illicite des contenus supprimés, il est évident que sa responsabilité pour suppression de données n'aurait pas été retenue[1370]. On voit dès lors que la position des hébergeurs est délicate. Si ces prestataires font une mauvaise appréciation de la situation, ils peuvent causer au aggraver les préjudices subis par son client ou le tiers. Notifiés par un tiers d'un contenu illicite, ils sont confrontés au choix, sur leur propre appréciation et sans aucune référence à la loi, de retirer lesdits contenus s'ils le trouvent manifestement illicites ou de les maintenir jusqu'à l'ordonnance d'un juge, s'ils doutent de son illicéité manifeste. C'est dans ce contexte que la Cour d'Appel de Paris a approuvé le comportement de l'hébergeur qui, notifié par un tiers qui s'estimait outragé par certains contenus, a refusé de les supprimer au motif que lesdits contenus participaient du droit à la liberté d'expression et du droit de critique de leur auteur[1371].

Partant de l'interprétation donnée par le Conseil Constitutionnel français[1372] et de la tendance jurisprudentielle, un auteur[1373] relève que le caractère manifestement illicite d'un contenu ne devrait donc être reconnu que dans les cas les plus flagrants, c'est-à-dire les cas de contenus d'une gravité avérée et dont le caractère illicite ne semble pas discutable comme, par exemple, les contenus racistes[1374], antisémites[1375], négationnistes, révisionnistes[1376], les textes faisant l'apologie des crimes de guerre,

---

[1370] DIMEGLIO (A.) et GLEIZE (M.-D.), '' La suppression injustifiée d'un forum de discussion est sanctionnable en raison de la perte de données qu'elle engendre'', 01/10/2008, http://www.droit-technologie.org/actuality/details-pdf.php?id=1159 .

[1371] Cf. CA Paris, 04 avril 2013, Rose B. / JFG Networks, www.legalis.net.

[1372] D'après cette Haute juridiction, on ne saurait « *engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* ». Cf. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Considérant n° 9, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/les-decisions-de-2004.882.html.

[1373] WERY (E.), '' La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés'', http://www.droit-technologie.org/actuality/details-pdf.php?id=1008, 15/02/2007.

[1374] Cf. TGI Paris, ord. Réf. 12 juillet 2001 http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/responsabilite/ord_tgi_paris_120701.htm.

[1375] Cf. TGI Nanterre, 24 mai 2000 http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tginanterre20000524.htm, TGI Paris, 20 nov.2000, affaire Yahoo ! http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.pdf, TGI Paris, 22 mai 2000, aff.Yahoo8, http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522-asg.htm.

[1376] Cf. TGI Paris 13 juin 2005, *affaire aaargh*, http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=717. Confirmé par Paris 11ème ch., 24 nov. 2006.

photos pédophiles[1377] et les contenus pornographiques[1378] ou ceux qui provoquent directement des actes de terrorisme.

En dehors de cette hypothèse où les prestataires sont tenus de détecter et de dénoncer les contenus manifestement illicites, il faut aussi relever qu'ils peuvent faire l'objet d'une obligation de surveillance spécifique, laquelle peut s'exprimer tacitement ou expressément. Tacitement, l'on relève par exemple que lorsque le prestataire s'est vu notifier un contenu litigieux et a été contraint de le retirer, il est assujetti à une obligation particulière, celle d'empêcher la réapparition dudit contenu, que celle-ci soit le fait de la personne ayant originellement mis en ligne ce contenu, ou d'un tiers[1379]. Ce point de vue est sûrement inspiré d'une décision du Tribunal de commerce de Paris[1380]. De façon expresse, une telle obligation résultera généralement d'une décision de justice. En effet, comme l'indique l'alinéa 1er de l'article 54 du projet de directive CEMAC relative au commerce électronique, l'absence d'une obligation générale de contrôle n'empêche pas aux autorités judiciaires compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi. Le cas échéant, ces prestataires verront alors croître le volume de leurs obligations.

PARA. II : LA DÉFINITION LIMITATIVE DES OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES COMMUNES AUX PRESTATAIRES TECHNIQUES

531. Indifféremment de leur statut particulier, les prestataires techniques sont globalement soumis à deux types d'obligations. Il s'agit d'une part de l'obligation d'identification des utilisateurs des services (A) et d'autre part, de l'obligation de conserver, pour communication éventuelle aux autorités habilitées, les données d'identification et de connexion (B).

[1377] Cf. FORUM DES DROITS SUR INETERNET, ''Recommandation : Les enfants du Net II : Pédopornographie et pédophilie sur l'internet'', 25 janvier 2005, http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=844.
[1378] Cf. TGI Paris, ord. réf., 27 février 2006, Afflelou c/ Google http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1648.
[1379] ROUX (O.) et GASNIER (J.-P.), *op. cit.*.
[1380] Cf. TC Paris 8ème Ch., 20/02/2008, Flach Film et autres c/ Google France, Google Inc. Cette juridiction décidé que « (...)*si l'hébergeur n'est pas tenu à une obligation de surveillance générale, il est tenu à une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière, à partir du moment où il a eu connaissance du caractère illicite du contenu* (...) ».

A- OBLIGATION D'IDENTIFICATION DES UTILISATEURS ET DESTINATAIRES DES SERVICES

532. Les réseaux de communication électronique sont, par essence, des espaces de liberté où les individus peuvent, à leur gré, masquer leur présence ou leur passage. D'un certain point de vue, c'est le lieu où les individus peuvent effectivement jouir de leur droit à l'anonymat. Bien que l'anonymat soit vu par certains auteurs comme constituant un droit fondamental[1381], il convient de relever que le besoin de sécurité dans le commerce électronique rend nécessaire sa limitation ou du moins son encadrement. Prenant acte de cette nécessité, le législateur, tout en n'ignorant pas totalement ce droit[1382], a mis à la charge des prestataires techniques, en ce qu'ils sont des passages obligés pour l'accès aux réseaux, l'obligation d'identifier et/ou de faciliter l'identification des auteurs et éditeurs de contenus diffusés sur les réseaux. Le législateur communautaire n'a pas expressément fait mention de cette obligation pourtant fondamentale pour la sécurisation des réseaux, ce, contrairement à certains législateurs nationaux. Ainsi, le législateur camerounais prévoit que « *les opérateurs et exploitants des réseaux de communications électroniques ouverts au public, ainsi que les fournisseurs de services, sont tenus au moment de toute souscription, de procéder à l'identification des abonnés et des terminaux. Ils tiennent à jour des listes d'abonnés* »[1383]. Pour les acteurs qui sont tenus de s'identifier eux-mêmes sur les pages diffusant les contenus qu'ils éditent, le législateur camerounais prescrit aux prestataires techniques de leur fournir des moyens techniques permettant de satisfaire aux conditions d'identification indiquées[1384].

[1381] POUSSON PETIT (J.), ''Le droit à l'anonymat'', in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 599. Cité par CAPRIOLI (E. A), ''Anonymat et commerce électronique'', *op. cit.*, p. 149 s.

[1382] Le législateur communautaire invite les États membres à veiller à ce que lorsque la présentation de l'identification de la ligne appelante est offerte, l'utilisateur appelant puisse, par un moyen simple et gratuit, empêcher la présentation de l'identification de la ligne appelante, appel par appel, et pour chaque ligne. Cf. art. 4, Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 Fixant le Cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques.

[1383] Cf. art. 55, al. 1, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.

[1384] Cf. art. 35, al. 2, loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

Cette obligation est essentielle pour la préservation d'un climat de confiance sur les réseaux. Elle vise sans doute à permettre une utilisation responsable des réseaux de communication électroniques. Sur ce plan donc, les prestataires techniques sont des partenaires, voire des auxiliaires des pouvoirs publics dans ce combat pour la sécurité. À ce titre, ils doivent s'acquitter avec sérieux de cette obligation d'identification. Le législateur et la jurisprudence veillent en effet à dissuader les prestataires techniques de toute négligence ou complaisance.

Il apparaît en effet, à la lecture de la loi camerounaise, que cette obligation peut être sanctionnée au civil comme au pénal. En effet, « *sont passibles d'une pénalité de 200.000.000 (deux cent millions) à 500.000.000 (cinq cent millions) de francs, les opérateurs de réseau de communications électroniques et exploitants de services de communications électroniques qui violent les dispositions de l'article 55 ci-dessus relatives à l'identification des abonnés et des terminaux* »[1385].

533. Pour la jurisprudence, notamment celle française, les prestataires techniques doivent être en mesure d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services qu'elles fournissent, en accès ou en hébergement. À l'occasion d'un litige, la Cour d'Appel de Paris soulignait, parmi les différents éléments tendant à caractériser la responsabilité du fournisseur d'hébergement, le caractère anonyme de l'hébergement en cause. En effet, pour cette juridiction, « *en offrant, comme en l'espèce, d'héberger et en hébergeant de façon anonyme, sur le site ALTERN.ORG qu'il a créé et qu'il gère, […] Valentin L excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées* » [1386]. En manquant à son obligation d'identifier l'auteur des contenus qu'il héberge, le prestataire technique accepte un risque qu'il doit assumer à l'égard des tiers. En n'identifiant pas les auteurs des contenus, il met les tiers dans l'impossibilité de pouvoir efficacement faire valoir leur droit à réparation en cas de préjudice. Cette

[1385] Cf. art. 69 al. 6, loi camerounaise n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques.
[1386] Cf. CA Paris, 14ème ch., arrêt du 10 févr. 1999, M. Valentin L. C/ Mme. Estelle H.

impossibilité d'identification étant le fait du prestataire, ce dernier doit donc, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle, en répondre des conséquences. L'anonymat est donc un facteur aggravant de la responsabilité des hébergeurs[1387].

534. Cependant, il est bien difficile, voire impossible, d'imposer à une plate-forme de vérifier les données d'identification fournies par les utilisateurs pour s'assurer de leur exactitude, sauf à faire de l'internet un espace plus surveillé encore que tout autre espace[1388]. Généralement donc, les plates-formes s'en remettent à l'honnêteté des internautes qui peuvent insérer des données exactes tout comme des données purement fantaisistes. Pour l'ouverture d'un compte sur une plate-forme, il n'est pas difficile pour un individu de fournir des noms fictifs. Tenant compte de ces possibilités offertes aux utilisateurs, les experts recommandent beaucoup plus la collecte des adresses IP des utilisateurs. La raison avancée est que, l'adresse IP demeure un moyen d'identification plus sûr que les données volontairement communiquées par un utilisateur[1389], ceci dans la mesure où l'adresse IP est une donnée technique qui échappe à la maîtrise de son titulaire, et donc moins susceptible de manipulation. Mais, à l'analyse, il convient de retenir que l'adresse IP est plus une donnée de localisation qu'un élément d'identification dans la mesure où généralement, elle n'est pas liée de façon indéfectible à un individu en particulier. Par ailleurs, certains programmes informatiques permettent de masquer ou de simuler des adresses IP en permettant de naviguer anonymement sans laisser de traces ou en laissant de fausses traces sur les réseaux numériques[1390]. Tout ceci contribue à relativiser la fonction d'identification des adresses IP.

535. Le cadre juridique de la sécurité sur les réseaux de communications électroniques dans le marché commun gagnerait en efficacité si le législateur

---

[1387] ROJINSKY (C.), "L'approche communautaire de la responsabilité des acteurs de l'internet", in *Expertises*, oct. 2000, n°241, p. 297.
[1388] ROUX (O) et GASNIER (J.-P.), *op. cit.*, p. 92.
[1389] THOUMYRE (L.), ''L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0'', in *Comm. com. électr. 2008, n° 2.*
[1390] À titre d'illustration on peut citer le réseau TOR (acronyme de The Onion Router, littéralement : « le routeur oignon ») est un réseau superposé mondial décentralisé composé de routeurs, organisés en couches, appelés nœuds de l'oignon, dont la tâche est de transmettre de manière anonyme des flux TCP. C'est ainsi que tout échange à travers Internet qui soit basé sur le protocole de communication TCP peut être rendu anonyme en utilisant Tor. C'est un logiciel libre distribué sous licence BSD révisée. Cf. http://fr.wikipedia.org/wiki/Tor_(r%C3%A9seau)#Le_routage_en_oignon_dans_Tor.

communautaire réglementait et précisait davantage les modalités de cette obligation[1391]. Il faut en effet préciser les éléments qui doivent être collectés dans le cadre de l'identification des utilisateurs et surtout, les personnes ou entités tenues concrètement de procéder à cette identification. En effet, alors qu'on pensait que la définition de la catégorie des débiteurs de cette obligation allait de soi, la jurisprudence française, peut-être dans le but noble de faciliter la détection et la répression de toute activité illicite, a jeté un brouillard sur ce sujet.

Cette jurisprudence a sensiblement élargi la catégorie des prestataires techniques pour y faire entrer des personnes ou entreprises dont la profession ne consiste nullement ni à fournir l'accès aux réseaux de communications électroniques, ni à stocker des données fournies par des destinataires en vue de leur diffusion en ligne. C'est ainsi qu'une banque française a vu sa responsabilité retenue pour n'avoir pas procédé à l'identification de l'auteur d'un contenu émis à partir d'un ordinateur dont l'adresse IP était apparentée au système informatique de la banque, cette dernière prétendant « *qu'elle ne peut pas connaître le contenu du message ni l'identité exacte de son auteur dans la mesure ou l'adresse 159.50.203.8 correspond à une machine qui concentre tous les flux de la navigation entre les postes du groupe BNP PARIBAS* »[1392]. Dans ce contexte, la notion de prestataire technique a été rapprochée pour la confondre à celle de garant d'un système informatique, ce qui a fait dire à un analyste : « *je suis l'hébergeur de mes enfants en tant que titulaire de mon compte d'accès internet* »[1393]. Une telle extension de la catégorie de prestataire technique est susceptible d'entraîner de nouvelles contraintes pour les entreprises et même pour des particuliers qui, notamment, pourraient être de plus en plus sollicités par des tiers souhaitant obtenir des données techniques qu'elles n'ont pas vocation ou la possibilité technique de conserver[1394]. Il

[1391] En droit camerounais, ces modalités sont précisées dans le Décret n° 2012/1637/PM du 14 juin 2012 fixant les modalités d'identification des abonnés' et des terminaux.

[1392] Cf. CA Paris, 14ème Ch., section B, arrêt du 04 février 2005, SA BNP PARIBAS C/ SOCIÉTÉ WORLD PRESS ONLINE.

[1393] ITEANU (O.), '' L'avocat ensemblier de preuves numériques'', Communication au colloque *La preuve numérique à l'épreuve du litige*, Paris, 13 avril 2010, http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf.

[1394] BROUSSE (F.), ''Conservation des données : les entreprises au même régime que les FAI'', 22/03/2005, www.journaldunet.com.

importe donc, pour éviter toute difficulté et toute surprise désagréable, que le législateur communautaire indique clairement qui doit être assujetti à une telle obligation.

536. Dans un contexte comme celui de la CEMAC où l'accès à internet se fait généralement dans les cybercafés qui sont des espaces publics, où peu de personnes disposent de ligne de connexion privée, il s'avère nécessaire, le moment venu, pour une plus grande sécurité des réseaux, d'assujettir les opérateurs des cybercafés à l'obligation d'identifier leurs clients. Il faut craindre en effet qu'en cas de litige, les enquêtes ne puissent aboutir, parce que se heurtant à l'impossibilité d'identifier l'auteur des contenus qui s'est servi d'un cybercafé pour agir. Aussi, par souci de sécurité juridique, il faut éviter d'exiger, en cas de litige, à une entité ou à un individu, de produire ou de communiquer les données qu'ils n'étaient pas préalablement, de par leur statut, tenus de collecter et de conserver.

B- OBLIGATION DE CONSERVATION DES DONNÉES D'IDENTIFICATION

537. Si les prestataires techniques sont tenus d'identifier les utilisateurs de leurs services, c'est dans une certaine mesure pour constituer une base de données pouvant servir dans le cadre des recherches policières ou judiciaires. Ainsi, il résulte du Projet de Directive communautaire que les prestataires techniques sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et qui sont utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire[1395]. Pour pouvoir communiquer ces informations, il faut évidemment les avoir collectées et conservées.

538. De façon expresse, les législateurs camerounais et congolais prescrivent aux prestataires techniques l'obligation de conserver les données de communications électroniques permettant l'identification des utilisateurs[1396]. Malgré la consécration de cette obligation, la difficulté va notamment se poser au niveau du contrôle de leur respect par les prestataires assujettis. En effet, tant que la typologie des données à

[1395] Cf. art. 54, al. 2, 2°, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1396] Cf. art. 130, loi congolaise n° 9 – 2009 du 25 Novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques ; et article 35, al. 1, loi n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cyber sécurité et la cybercriminalité au Cameroun.

conserver n'est pas bien définie, il sera bien difficile d'apprécier le comportement des prestataires. Le législateur congolais, par une formule détournée, semble répondre à cette difficulté en déterminant plutôt, de façon limitative, le contenu des informations pouvant être sollicitées par les agents d'enquête. Ainsi, il prévoit que « *les données pouvant faire l'objet de cette demande sont limitées aux données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, aux données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux données techniques relatives aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications* »[1397]. À partir d'une telle énumération, on peut logiquement déduire que les prestataires ne seront tenus de conserver que ces données. Cet effort de clarté mérite d'être entériné au niveau communautaire par le Conseil des Ministres de la CEMAC. En effet, dans le silence du législateur, le vide juridique créé peut donner lieu à un manque de cohérence dans la jurisprudence.

En France par exemple, certains tribunaux ont jugé que la conservation de l'adresse IP était insuffisante au motif que la défenderesse ne pouvait « *se contenter de fournir aux intimées une adresse IP en les renvoyant au fournisseur d'accès du blog litigieux pour obtenir l'identité de l'auteur du blog litigieux, alors qu'en qualité d'hébergeur, elle devait disposer, pour respecter la LCEN, des éléments d'identité qui lui étaient demandés ; nom, prénom, domicile et numéro de téléphone* » de l'éditeur des contenus litigieux[1398].

539. D'un autre côté, certaines décisions ont reconnu que s'était acquitté de son obligation, l'hébergeur qui avait conservé puis communiqué en temps utile l'adresse IP de l'internaute auteur du contenu litigieux en ce que le demandeur avait *« parfaitement la possibilité (...) d'identifier le fournisseur d'accès à l'internet ayant attribué l'adresse*

[1397] Cf. art. 130, al. 3, loi congolaise n° 9 – 2009 du 25 Novembre 2009 portant réglementation du secteur des communications électroniques.
[1398] Cf. TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 14 nov. 2008, JY L. c/ You tube et CA Paris, 14e ch., sect. A, 12 déc. 2007, Google c/ Benetton Group et a., www.legalis.net.

internet Protocol, et d'obtenir auprès de cet intermédiaire technique les coordonnées de l'éditeur abonné à ses services » [1399]. Dans cette même logique, un juge a estimé que « *les divers renseignements communiqués, et notamment les adresses IP des ordinateurs à partir desquels la connexion pour l'ouverture de compte du site litigieux a été réalisée auprès du prestataire d'hébergement, doivent être considérés comme satisfaisant à l'injonction et de nature à permettre à la requérante d'obtenir les éléments d'identification des éditeurs du site »*[1400]. Ainsi, peu importe le résultat de l'identification. Pour ces juridictions, « *l'adresse IP est une donnée à caractère personnel qui permet d'identifier une personne en indiquant sans aucun doute possible un ordinateur précis et qui établit la correspondance entre l'identifiant attribué lors de la connexion et l'identité de l'abonné* »[1401].

Au-delà de cette tergiversation, la question est surtout celle de savoir si ces prestataires ont toujours les moyens de collecter et de conserver des informations sûres et fiables sur les utilisateurs de leurs services. Certes, l'idéal dans le cadre de l'objectif global de parvenir à la sécurité des transactions électroniques serait de pouvoir obtenir en cas de litige, toutes les données permettant l'identification complète de l'auteur des contenus litigieux. C'est cet idéal que traduit un tribunal lorsqu'il relève que « *parmi les données de connexion dont il est demandé la communication, figurent non seulement celles permettant d'identifier tous ceux ayant éventuellement contribué à la création du contenu illicite, mais aussi les adresses réseau de l'ordinateur à partir duquel l'internaute se connecte à l'internet avant de consulter le contenu du site qui l'intéresse* »[1402]. Ainsi, doivent être conservées non seulement les informations liées à l'identité voire l'état civil de l'éditeur des contenus, mais aussi celles relatives à son activité sur les réseaux. Seulement, les juges sont souvent contraints d'intégrer la réalité des comportements sur les réseaux pour ne se contenter que de ce que les prestataires disposent ou offrent de communiquer. Dès lors, c'est par dépit qu'un tribunal n'a ordonné que la communication de certaines données, les autres lui paraissant

[1399] Cf. TGI Paris, réf., 29 oct. 2007, Marianne B. et a. c/ Wikimedia Foundation. *TGI Paris, réf., 23 juin 2008,* JFG Networks c/Monsieur F. P.
[1400] Cf. TGI Paris, réf., 2 février 2004, Métrobus c/ Ouvaton, www.juriscom.net.
[1401] Cf. TGI Paris Ordonnance de réf. 05 mars 2009, Roland Magdane et autres / You Tube, www.legalis.net.
[1402] Cf. TGI Paris, ordonnance de réf. 26 mai 2003, J'ACCUSE et UEJF C/ eDaama.org Association Internationale, OVH, www.juriscom.net.

inaccessibles. En effet, partant du constat sérieux que « *la société You tube déclare ne pas disposer des adresses et numéros de téléphone des éditeurs, la demande de communication de ces données est donc sans objet* », il conclut qu'« *il lui sera seulement enjoint de communiquer les données que les éditeurs des vidéos litigieuses lui ont remises et notamment leurs adresses IP »*[1403].

540. Un autre point que devra résoudre le législateur communautaire sera celui relatif à la durée de conservation des données permettant l'identification des abonnés et utilisateurs des services des prestataires techniques. En effet, il apparaît que ces données, au moins en ce qu'elles permettent d'identifier les éditeurs des contenus, sont des données personnelles dont le traitement, intégrant leur conservation[1404], fait l'objet d'une réglementation rigoureuse. En attendant donc que de façon spécifique, le législateur apporte des précisions dans ce cadre, les principes et règles prévus au Projet de Directive relative à la protection des données personnelles peuvent être convoqués ici. Il en ressort en effet, que les données à caractère personnel, « *ne peuvent pas être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui excède la période nécessaire aux finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées* »[1405]. Par ailleurs, il ressort d'une Directive communautaire que les États membres veillent à ce que les données relatives au trafic concernant les utilisateurs soient effacées ou rendues anonymes lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication. Cependant, pour des raisons sécuritaires, les États pourront demander aux opérateurs de garder ces informations pour une durée maximale de deux (2) ans[1406]. Cependant, le législateur camerounais semble être allé au-delà de ce texte. En effet, en disposant que les prestataires techniques sont tenus de conserver, « *pendant une durée de dix (10) ans, les données permettant l'identification de toute personne ayant contribué à la création du contenu des services dont elles sont*

[1403] Cf. TGI Paris, réf., 7 janv. 2009, Jean-Yves Lafesse et a. c/ You tube.

[1404] Par traitement des données personnelles, on entend « *toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés entièrement ou partiellement automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* ». Cf. art. 1er, al. 19, Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

[1405] Cf. art. 4, al. 1 e), Projet de Directive CEMAC relative à la protection des données personnelles.

[1406] Cf. art. 16, Directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 Fixant le Cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques.

prestataires »[1407], il est manifestement allé au-delà de la durée maximale de deux ans prévue par le législateur communautaire.

L'idée d'une durée limitée, et surtout courte, est intéressante à plus d'un titre. D'abord, elle permet de juguler le risque qu'une conservation prolongée des éléments d'identification dans la base de données du prestataire rende ces données plus vulnérables aux attaques cybernétiques si la technique de conservation n'est pas suffisamment fiable. Ensuite, il est clair, qu'en limitant la durée de conservation, la solution est économiquement plus viable pour le prestataire qui peut alors disposer de plus d'espace pour la conservation d'autres données. Enfin, la conservation prolongée et l'interconnexion des bases de données peut dévier vers une traçabilité de l'individu dans ses diverses activités qu'elles soient privées ou professionnelles.

La conservation des données étant instituée aux seules fins d'enquêtes régulièrement diligentées, ces données ne pourront être communiquées que sur réquisitions des autorités judiciaires. L'obligation de coopération des prestataires techniques leur impose d'ailleurs de dénoncer dont ils ont connaissance ou de répondre favorablement aux réquisitions des autorités judiciaires. Ce principe a été rappelé très récemment par la jurisprudence française[1408]. Par l'obligation de dénonciation, le législateur a « *voulu éviter toute dérive concernant des comportements manifestement contraires à l'ordre public en mettant à la charge des hébergeurs une obligation de coopération renforcée dans la lutte contre les contenus relatifs à l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale et la pornographie enfantine* »[1409].

Aussi, les prestataires doivent veiller à ce que ces données ne soient pas divulguées, en dehors de toute procédure judiciaire sans autorisation de la personne concernée ou d'une disposition légale. Le cas échéant, ils engageront leur responsabilité selon les modalités définies par le législateur.

[1407] Cf. art. 35, loi n° 2010-12 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun.

[1408] Cf. TGI, Paris, Chambre des Requêtes, Ordonnance du 30 janvier 2013, Bouygues Télécom / Publicis Webformance, www.legalis.net.

[1409] DELEPORTE (B.), ''Responsabilité de l'hébergeur et retrait de contenu illicite, le prompt délai'', http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/32276/responsabilite-de-l-hebergeur-et-retrait-de-contenu-illicite--le-prompt-delai.shtml, publié le 09.10.2008, 17h20, modifié le 16.10.2008, 17h00.

SECTION II : LES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

541. En principe, les prestataires techniques bénéficient d'un régime de responsabilité allégé (Para. I). Cependant, lorsqu'ils sortent du cadre de leurs fonctions telles qu'elles sont définies par la loi, ils sont assimilés aux fournisseurs de contenus et se voient donc appliquer le régime de responsabilité de ces derniers (Para. II).

PARA. I : LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ NATUREL DES PRESTATAIRES INTERMÉDIAIRES : UNE RESPONSABILITÉ POUR FAUTE

542. Les prestataires techniques ont la mission principale de faciliter l'accès aux réseaux. On dit généralement que cette mission est neutre, cette neutralité s'appréciant par rapport au contenu diffusé. Il s'agit alors des prestataires dont le rôle (A) ne conduit pas à la participation, à la conception, à la définition, ni à la sélection des contenus. Cette considération a déterminé le législateur à déterminer de façon stricte les conditions de leur responsabilité, lesquelles tournent autour de la preuve d'une faute de leur part (B).

A- LE RÔLE DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

543. Tous les prestataires techniques n'ont pas le même rôle. L'on distingue, à la suite du législateur deux grandes catégories, celle des hébergeurs (1) et celle des fournisseurs d'accès (2).

1- Le rôle de l'hébergeur : le stockage des informations

544. À partir de l'article 57 du Projet de Directive relative au commerce électronique, l'on peut définir l'hébergeur comme celui qui fournit un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service et à la demande de ce dernier. Cette définition qui, *a priori*, paraît incomplète du fait qu'elle n'intègre pas la finalité du stockage, peut révéler une certaine

intention du législateur. Généralement en effet, l'hébergement est défini comme l'activité qui « *consiste à conserver en mémoire des informations et à connecter un site à l'internet. Le fournisseur d'hébergement est donc généralement défini comme un fournisseur de service de stockage et de gestion de contenus permettant à un créateur de pages personnelles de rendre ces pages accessibles au public* »[1410]. Dans cette occurrence, le contrat d'hébergement désigne alors la convention passé « *entre un utilisateur et une entreprise possédant un serveur, par lequel le fournisseur héberge sur ses propres machines* »[1411] les contenus fournis par l'utilisateur.

En ne faisant pas allusion à la finalité du stockage, le législateur communautaire tend à donner à la notion d'hébergeur un contenu très large intégrant outre les acteurs habituellement rangés dans cette catégorie, d'autres acteurs qui ne sont pas couramment vus comme des professionnels de l'hébergement.

545. Habituellement donc, n'est vu comme hébergeur que celui qui stocke des données fournies par le destinataire de ses services et à la demande de ce dernier, en vue de rendre ces contenus accessibles au public en ligne. On range traditionnellement dans cette catégorie, ceux qui stockent les contenus dont les auteurs souhaitent la diffusion au public : sites internet, Blogs, fora de discussion… Or en ne faisant pas allusion au critère de la « *mise à la disposition du public* », le législateur élargit cette notion, laquelle englobera alors tous les stockages de données en ligne, même lorsque les contenus stockés ne seront pas destinés au public, à l'instar des courriers électroniques privés. La même observation[1412] a par ailleurs été faite au sujet de l'article 14 de la directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 de l'Union Européenne qui avait adopté une formule similaire à celle que tend à adopter le législateur de la CEMAC.

Une telle approche, dans le cadre de la lutte contre les contenus illicites est inutile. D'ailleurs, comment pourrait-on contrôler le contenu des correspondances privées, dans la mesure où ces dernières sont protégées par l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus les prestataires techniques ? Bien plus, même lorsque le législateur autorise les prestataires à rechercher les contenus illicites de façon volontaire, il lui impose une

[1410] Cf. TI Puteaux, 28 sept. 1999, Axa c/ Infonie, www.foruminternet.org.
[1411] BOCHURBERG (L.), *Internet et commerce électronique*, 1ère édition, Encyclopédie Delmas, 1999, p. 443.
[1412] Voir. THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*

réserve, celle de respecter le secret des communications électroniques[1413]. Finalement, malgré l'extension de la catégorie qui se déduit de la définition issue de l'article 57, il reste que, relativement à la lutte contre les contenus illicites, seuls les hébergeurs des contenus destinés à la diffusion au public seront concernés par les obligations imposées. Ce, contrairement à la solution jurisprudentielle dégagée dans l'affaire BNP Paribas précitée[1414]. Dans ce cadre donc, il convient de retenir la définition proposée par la doctrine selon laquelle « *l'hébergement peut être défini comme l'activité qui consiste à offrir aux utilisateurs de l'internet un service essentiellement technique leur permettant de stocker tous types de contenus en vue de les mettre immédiatement à la disposition du public, de leur propre initiative, à travers des réseaux de communication électronique* »[1415].

546. De cette définition, on comprend que l'hébergeur a une fonction essentiellement technique, neutre. Il est là pour « *stocker* » les données et les rendre accessibles sur internet. On dit encore qu'il permet à un tiers de réaliser librement son souhait[1416]. Ainsi, il n'intervient nullement dans la conception ou l'édition des contenus. Lorsque l'hébergeur est resté dans le cadre de son rôle de prestataire technique, il doit être traité comme tel, et bénéficier entièrement de la protection liée à son statut. C'est ainsi qu'il a été jugé que la qualification d'éditeur, comme le suggérait le demandeur, ne convenait pas aux sociétés défenderesses qui demeuraient dans la cause en question des hébergeurs, dès lors qu'il n'était pas établi qu'elles ont pu, « *avant la mise en ligne des contenus en cause, intervenir de quelque manière que ce soit dans leur création, exercer sur ceux-ci un contrôle préalable, ou encore ajouter quelque valeur à ceux-ci avant d'en assurer l'hébergement* »[1417].

Le critère déterminant, c'est la non-participation à l'édition ou au contrôle des contenus. Le projet de directive CEMAC lui-même pose que le prestataire ne bénéficie de l'exonération de responsabilité établie à l'alinéa précédent que s'il n'a joué aucun rôle

[1413] Cf. art.53, al. 2, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1414] Cf. CA Paris, 14ème ch., section B, arrêt du 04 février 2005, SA BNP PARIBAS C/ SOCIÉTÉ WORLD PRESS ONLINE.
[1415] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', op.cit.
[1416] *Idem*.
[1417] Cf. TGI Paris, ordonnance de réf., 9 févr. 2009, affaire Kimberley P. C/ Vincent B., Sivit, Univerpodcast, MySpace Inc., ZePeople, iTunes Store, www.juriscom.net.

actif à l'égard des données[1418]. Ainsi, pour reconnaître la qualité d'hébergeur à *Yahoo!* quant à son service « *auctions* », les juges, sur le rapport de l'expert, sont partis du constat selon lequel « *la société Yahoo Inc n'intervient pas dans la transaction susceptible d'intervenir entre le vendeur et les enchérisseurs* », pour conclure que « *auctions.yahoo.com n'est donc pas, à proprement parler, un service de vente aux enchères en ligne, mais un service de courtage aux enchères, qui ne joue aucun rôle dans la conclusion du contrat entre les parties* »[1419]. En revanche, il se déduit d'une décision de la Cour de cassation française que, dès que le prestataire considéré peut agir sur les contenus diffusés, la qualité d'hébergeur doit être écartée[1420]. L'annotateur de cette décision, constatant d'une part que non seulement les prestataires concernés connaissaient l'illicéité des contenus dont ils facilitaient l'accès et, d'autre part qu'ils pouvaient empêcher cet accès, finit par conclure que « *leur rôle ''actif'' n'était donc pas discutable* »[1421].

547. Peu importe, lorsque le prestataire ne s'est pas immiscé dans les contenus, qu'il ait agi à titre gratuit ou onéreux. Ainsi, le fait que l'hébergeur vende des espaces publicitaires ne l'exclut pas du bénéfice de son statut, car pour la jurisprudence, « *la commercialisation d'espaces publicitaires par ailleurs assurée par la société You Tube LLC ne saurait pas plus l'exclure du bénéfice des dispositions susvisées dès lors que la LCEN ne contient aucune disposition interdisant à l'hébergeur de tirer ainsi profit de son site, tant que les partenariats auxquels il consent ne déterminent pas le contenu des fichiers postés par les internautes* »[1422]. Plus tard, la Cour de Cassation jugera en 2011 que l'activité d'hébergeur pouvait donner lieu à rémunération sans que cela fasse tomber le statut d'intermédiaire permettant de bénéficier d'un régime de responsabilité aménagée[1423]. Approuvant cette démarche, la CJUE a relevé à son tour que le simple fait que l'exploitant d'une place de marché en ligne stocke sur son serveur les offres à

[1418] Cf. art.57, al. 1-b) projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1419] Cf. TGI Paris, 17ème ch., Chambre de la presse, Jugement du 11 février 2003 : Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap / Timothy Koogle, Yahoo.inc
[1420] Cf. Cass. Crim, 25 septembre 2012, n° 11-84-224, D. n° 44/7537è , note Emmanuel Dreyer.
[1421] DREYER (E.), ''Sur internet, tout ce qui n'est pas permis est interdit'', in *Recueil Dalloz*, n° 44/7537è, 27 décembre 2012, p. 3006.
[1422] Cf. TGI Paris 3ème ch., 2ème section, Jugement du 10 juillet 2009, Bayard Presse / You Tube LLC, www.legalis.net.
[1423] Cf. Civ. 1ère, 17 févr. 2011, n° 09-13.202, D. 2011. 2164, obs. Sirinelli , et 2371 obs. Tréfigny-Goy.

la vente, fixe les modalités de son service, perçoit une rémunération pour cela, et donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de le priver des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31[1424]. Par ailleurs, tant la LCEN[1425] en France que le projet de Directive dans la CEMAC englobent les hébergeurs agissant à titre gratuit ou onéreux.

Le stockage réalisé par les hébergeurs doit se faire de façon durable[1426] contrairement au stockage temporaire qu'effectuent souvent les fournisseurs d'accès.

2- Le rôle du fournisseur d'accès : la connexion et le transport des informations

548. Les fournisseurs d'accès sont des prestataires dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne[1427]. En clair, le fournisseur d'accès est un transporteur d'information. Par transporteur d'informations, on entend traditionnellement toute personne qui offre les dispositifs et les services techniques nécessaires à l'acheminement des contenus entre les utilisateurs des réseaux et assure l'interconnexion entre les différents terminaux[1428]. Ainsi, le fournisseur d'accès est un opérateur de communications électroniques défini comme « *toute personne morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* »[1429].

Dans le cadre de leurs activités et pour des besoins d'efficacité, les fournisseurs d'accès effectuent aussi des opérations de « *caching* », consistant à enregistrer temporairement les données disponibles sur le réseau auxquels leurs abonnés accèdent fréquemment, dans le but de préserver, voire d'améliorer, la fluidité de leur transmission.

[1424] Cf. CJUE, Grande chambre arrêt du 12 juillet 2011, L'Oréal et autres / eBay international et autres.

[1425] Lorsque l'article 6-2 de la LCEN parle des personnes agissant même à titre gratuit, il est clair qu'elle sous-entend le principe d'une activité exercée à titre onéreux.

[1426] Cf. TGI Nanterre, 8 décembre 1999, affaire Lynda Lacoste c/ Multimania et autres : « *Le fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter. Son activité excède donc la simple prestation technique d'un transmetteur d'informations* ».

[1427] Voir, De LAMBERTERIE (I.), ''Le contrat électronique'', communication à la Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, *Multiplicité des contrats électroniques*, http://www.lex-electronica.org/docs/articles_110.pdf.

[1428] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*

[1429] Cf. art. 1er, Directive n° 0 9/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 Harmonisant les Régimes juridiques des activités de communications Électroniques.

De façon générale, ils sont investis d'une mission de pédagogie à l'égard des destinataires de leurs services. Cette mission consiste, entre autres, à informer les destinataires de leurs services et à les protéger. Relativement à leur obligation d'information, il est prévu que « l*es personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communications électroniques, informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens* »[1430]. Par ailleurs, et au titre de la protection, les fournisseurs d'accès doivent proposer à leur destinataire entre autres, l'utilisation des systèmes d'exploitation les plus récents, les outils antivirus et contre les logiciels espions et trompeurs, l'activation des pare-feu personnels, de systèmes de détection d'intrusions et l'activation des mises à jour automatiques[1431]. Le défaut pour ce prestataire d'observer ces règles peut constituer une faute entraînant sa responsabilité.

B- LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES INTERMÉDIAIRES

549. En attendant l'adoption puis la transposition de ce qui deviendra la Directive relative au commerce électronique dans la CEMAC, les prestataires techniques relevant du droit camerounais continueront de souffrir de l'extrême rigueur du législateur national qui dispose que « *La responsabilité des opérateurs de réseaux et celles des fournisseurs de services de communications électroniques est engagée si l'utilisation des données prévue à l'alinéa 2 ci-dessus porte atteinte aux libertés individuelles des usagers* »[1432]. Il en résulte que leur responsabilité est automatique. Vraisemblablement, cette disposition manque de réalisme : les missions de tous les acteurs des réseaux n'étant pas soumises aux mêmes modalités, il est inopportun de les soumettre au même régime de responsabilité et de façon automatique. Leur salut est annoncé par le législateur communautaire qui pose que cette responsabilité ne pourra être engagée que si leur faute est prouvée. Parce qu'ils bénéficient d'une présomption d'ignorance, leur responsabilité ne pourra être retenue que s'il est prouvé qu'ils ont eu

[1430] Cf. art. 33, loi n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cyber sécurité et la cybercriminalité au Cameroun.
[1431] Cf. art. 27, *idem*.
[1432] Cf. art. 25, al. 3, *idem* .

connaissance du caractère illicite des contenus (1) et qu'en retour, ils n'ont pas réagi pour les rendre inaccessibles (2).

1- La preuve de la connaissance du caractère illicite des contenus

550. Dans le cadre du commerce électronique, et plus spécialement en ce qui concerne la responsabilité des prestataires techniques, la connaissance est devenue un important fait générateur de responsabilité[1433].

551. Si le principe selon lequel, la connaissance par ces prestataires de la présence d'un contenu illicite les oblige à prendre certaines mesures, est suffisamment clair, sa mise en œuvre peut cependant s'avérer difficile dans la mesure où il faut déterminer à partir de quand tombe la présomption d'ignorance et que les prestataires sont réputés avoir eu connaissance du caractère illicite des informations. L'ignorance étant présumée, la connaissance doit être établie[1434], mais comment ?

Le législateur communautaire n'a pas encore répondu de façon claire et précise à cette question. Dans ce contexte, il est concevable que la preuve de cette connaissance puisse être apportée par tout moyen par toute personne qui s'estime lésée. En France, la loi précise les conditions qui permettent de retenir une présomption de connaissance de la part de ces prestataires. Il ressort de la loi pour la Confiance en l'Économie Numérique (LCEN)[1435], et notamment de son article 6 alinéa 1- 5 que ces prestataires sont présumés avoir connaissance du caractère illicite d'un contenu lorsqu'ils ont été notifié par un acte contenant essentiellement la date de la notification ; l'identification complète de la personne auteur de la notification ; la description des faits litigieux et leur localisation précise ; les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ; la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur

---

[1433] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.* ; voir aussi, SEUVIC (J.-F.), ''Analyse de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique'', in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, octobre/décembre 2004, p. 926. Cet auteur relève que, « *si l'hébergeur a connaissance effective de l'illicéité de l'activité ou de l'information, sa responsabilité peut donc être engagée* ».

[1434] Cf. CA Paris, 14e Ch., sect. B, 21 nov. 2008, « *le domaine de l'illicite requiert de notifier à l'hébergeur. En l'absence de notification, l'hébergeur n'encourt aucun reproche et ne peut donc voir sa responsabilité engagée* » www.legalis.net.

[1435] Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

552. On peut cependant se demander pourquoi l'effet légal de cette notification est la présomption de connaissance du prestataire et non la preuve de sa connaissance. Autrement dit, pourquoi le législateur français n'a-t-il pas simplement prévu qu'une fois notifié, le prestataire « *a connaissance* » ? Peut-être, il en est ainsi pour contenir le doute qui pourra toujours subsister après la notification. En effet, il n'est pas exclu que la notification soit fallacieuse ou fantaisiste. Revenant dans le cadre de la CEMAC, il apparaît que le législateur, en subordonnant la connaissance du prestataire aux « *informations sérieuses* »[1436] qui lui seraient adressées de la part des tiers, semble, dans une certaine mesure, épouser la logique de la LCEN en autorisant, voire obligeant le prestataire à vérifier et à apprécier avant de réagir. Sa réaction ne devrait donc pas être automatique, le juge devant, pour le rendre responsable, commencer par s'assurer que les informations qui lui ont été fournies étaient sérieuses. Cette démarche semble universelle. Du moins, elle serait partagée par la Cour de Justice de l'Union Européenne pour qui, une notification ne saurait automatiquement écarter le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive 2000/31, pour les hébergeurs, étant donné que des notifications d'activités ou d'informations prétendument illicites peuvent se révéler insuffisamment précises et étayées[1437]. En somme, « *ce n'est pas parce que l'hébergeur reçoit une notification qu'il doit systématiquement et automatiquement retirer le contenu litigieux* »[1438].

Par ailleurs, malgré les prescriptions de l'article 6 alinéa 1-5 LCEN, la jurisprudence française, comme on souhaiterait que ce soit aussi le cas dans la CEMAC, fait preuve de réalisme. En effet, elle décide que lorsqu'il est établi par un moyen autre que celui prévu par la LCEN que le prestataire a eu connaissance de la présence d'un contenu illicite, il doit prendre les mesures que la loi impose. Ainsi, elle a estimé que la mise en demeure faite par la victime à l'hébergeur avait permis à ce dernier d'avoir une

[1436] Cf. art. 57, al. 1, b) Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1437] Cf. CJUE, Grande chambre arrêt du 12 juillet 2011, L'Oréal et autres / eBay international et autres.
[1438] ROUX (O.) et GASNIER (J.-P.), '' Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes internet'', in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 48, Avril 2009, p. 90.

connaissance effective des faits litigieux[1439]. Les juges donnent un caractère indicatif à la procédure définie à l'article 6, alinéa 1-5, ce, surtout lorsqu'ils affirment que la loi n'impose pas aux titulaires de droits de recourir à cette procédure pour informer les hébergeurs. Une solution similaire a été donnée aux États-Unis, à l'occasion d'un litige, par une juridiction qui décida que, bien que le défendeur soit en conformité avec les dispositions du DMCA[1440], il ne pouvait pas jouir des exceptions offertes par celui-ci. En effet l'hébergeur avait reçu une notification qui ne remplissait pas les exigences légales et l'avait donc ignorée. La Cour jugea qu'une notification qui était substantiellement adéquate aux dispositions de la loi, engageait la responsabilité du prestataire[1441].

553. En définitive, on retiendra que la preuve de la connaissance par le prestataire peut être faite par tout moyen laissant trace. Seulement, le moyen utilisé doit consister en un écrit renseignant sur deux éléments essentiels à savoir d'une part, « *la description des faits litigieux et leur localisation précise* » et, « *les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits* »[1442], d'autre part. En effet, c'est à travers ces précisions que le prestataire pourra effectivement comprendre de quoi il est question. À l'occasion d'un litige, les juges ont par exemple décidé que l'hébergeur n'était pas régulièrement saisi dans la mesure où le demandeur, auteur de vidéos diffusées illégalement, n'avait pas listé, avec précision les vidéos concernés, se contentant seulement d'indiquer que ses droits étaient bafoués[1443].

554. La liberté de la preuve de la connaissance par l'hébergeur de l'existence de contenus illicites sera sans doute le principe applicable dans la CEMAC. En effet, en disant simplement que l'hébergeur perd le bénéfice de sa protection dès lors qu'il est établi qu'il avait, soit à l'issue d'un contrôle volontaire, soit sur la base d'informations

---

[1439] Cf. Le TGI de Paris, dans un jugement du 10 juillet 2009 affaire Bayard Presse C/ You tube, www.legalis.net.
[1440] Digital Millennium Copyright Act américain, Public Law n°105-304, H.R. 2281, 105th Congress, 2nd session (1998).
[1441] ALS Scan, Inc. V. Remar Q Communties, Inc, 239 F. 3d619, (4th Cir. 2001) in Jonathan Bick "intellectual Property Infringement by ISPs internet service providers could be liable for infringement under the DMCA", New Jersey Law Journal, July 23, 2001. Cite par GUILLARD (M.), Mémoire précité, p. 29.
[1442] PANHALEUX (L.), ''internet - Aspects juridiques'', in *Encyclopaedia Universalis*, 2010.
[1443] Cf. TGI Paris, Ordonnance de réf. 05 mars 2009, Roland Magdane et autres / You Tube, www.legalis.net.

sérieuses communiquées par un tiers, connaissance de tels faits, le législateur n'indique aucun moyen privilégié, propre à établir cette situation et laisse donc au demandeur le soin de prouver par tout moyen qu'il a manqué à son obligation. Cette preuve devra toujours être appréciée en fonction des circonstances réelles du litige comme l'illustre la jurisprudence française. Elle a en effet décidé qu'une simple mise en demeure qui n'indiquait même pas la localisation exacte du contenu litigieux fondait la connaissance de l'hébergeur, dès lors que ce contenu pouvait être identifié aisément, notamment en saisissant sur le moteur de recherche du site les mots-clés correspondants[1444].

Par ailleurs, au-delà de la question du mode de notification, le notifiant doit toujours s'assurer que sa requête a effectivement touché le prestataire car, en cas de doute, c'est au notifiant qu'incombera la charge de la preuve[1445]. Les juges devront alors, lors de l'examen du bien-fondé de l'action publique et, a fortiori, de l'action civile tendant à la condamnation de ces prestataires, s'assurer que la requête contenant les informations essentielles a effectivement été portée à la connaissance du prestataire[1446]. Dès que ces contraintes sont vérifiées, le prestataire engage sa responsabilité s'il n'a pas promptement agi en vue de rendre ledit contenu inaccessible.

2- Le non réactivité du prestataire

555. Le législateur commande de rendre inaccessibles les contenus dont l'illicéité est portée à la connaissance du prestataire. Relativement au retrait des contenus, les prestataires techniques ne peuvent être saisis que par des autorités judiciaires[1447]. Il ressort en effet du Projet de Directive que, ayant connaissance d'un contenu illicite, manifeste ou non, le prestataire informe l'autorité judiciaire qui dispose en principe de 48 heures pour se décider. Pendant ce temps, le prestataire peut prendre

---

[1444] Cf. TGI Paris 3ème ch., 2ème section Jugement du 10 juillet 2009, Bayard Presse / You Tube LLC, www.legalis.net.

[1445] Cf. TGI Paris, réf., 29 oct. 2007, Marianne B. et a. c/ Wikimedia Foundation, note Manara C., Les enseignements de Wikipédia (côté judiciaire), D. 2007, p. 3000.

[1446] Cf. TGI Paris, 17ème ch., Chambre de la presse, Jugement du 11 février 2003 : Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap / Timothy Koogle, Yahoo.inc.

[1447] Cf. art. 57, al. 3, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique. Il ressort de ce texte que, « *lorsque le prestataire a une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite, il les communique sur le champ au [magistrat de l'ordre judiciaire désigné par l'État adoptant], qui prend les mesures utiles quant à la saisie des données. Aussi longtemps que ce magistrat n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations* ».

une mesure conservatoire. Si au bout de 48 heures aucune décision judiciaire n'est intervenue, le prestataire peut à nouveau rendre lesdits contenus accessibles sans que sa responsabilité puisse être mise en cause[1448]. Cette solution semble bien se soucier de l'équilibre entre les droits des tiers et la liberté des éditeurs de sites. Le préjudice étant généralement constitué par le fait que des contenus protégés sont accessibles au public, la mesure conservatoire consistant au blocage de leur accès présente déjà quelques garanties. Le retrait des contenus étant une mesure bien grave en ce qu'il peut souvent être irréversible ou entraîner une perte des données[1449], l'autorisation judiciaire, parce qu'elle permet de prendre en compte toutes les valeurs en présence, est une solution de prudence.

Seulement, une fois cette décision judiciaire prononcée, le législateur ne fixe pas de délai précis, il se borne simplement à indiquer que le prestataire doit agir promptement. L'emploi d'une telle formule a pour effet de laisser l'interprétation de l'exécution de cette obligation à l'appréciation souveraine des juges du fond en cas de contentieux[1450]. Ce sera donc aux juges de dire, en fonction des circonstances, si un hébergeur a agi promptement ou non conformément aux exigences du Projet de Directive. Ce qui peut être source de gêne. La sécurité juridique est toujours mieux garantie par le législateur que par la jurisprudence. Cette dernière pouvant aller dans tous les sens, surtout que contrairement au droit de l'OHADA dont l'unité d'interprétation est garantie par la CCJA, la Cour de Justice Communautaire de la CEMAC n'est pas investie du pouvoir de connaître des pourvois contre les décisions des cours d'appel des États membres, faculté qui lui aurait permis de fédérer l'interprétation des textes communautaires.

[1448] En effet le législateur communautaire prévoit que « *Si le magistrat désigné au § 3 ne s'est pas prononcé dans les quarante-huit heures suivant la communication qui lui a été faite, le prestataire conserve le bénéfice de l'exonération de responsabilité même s'il met fin aux mesures visant à empêcher l'accès aux informations et pour autant que l'illicéité ne soit pas manifeste* ». Cf. art. 57 al. 3, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.

[1449] Voir, Cf. TGI, Évry, 3ème Ch., 25 Avril 2008 AFF. Monsieur X C/ Microsoft France, http://www.droit-technologie.org/jurisprudence-265/m-c-microsoft-france-suppression-d-un-blog.html.

[1450] Voir en ce sens, DELEPORTE (B.), ''Responsabilité de l'hébergeur et retrait de contenu illicite, le prompt délai'', publié le 09.10.2008, 17h20, modifié le 16.10.2008, 17h00, http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/32276/responsabilite-de-l-hebergeur-et-retrait-de-contenu-illicite--le-prompt-delai.shtml.

556. Tirant les leçons de la jurisprudence européenne, il apparaît que la promptitude exigée de ces prestataires doit s'apprécier en tenant compte d'un ensemble de facteurs parmi lesquels, la nature du contenu, les difficultés technologiques s'imposant au prestataire et le résultat obtenu entre autres[1451]. Relativement à la nature des contenus concernés, les juges distinguent généralement, pour apprécier le degré de réactivité du prestataire, selon que le contenu est manifestement illicite ou non. Ainsi, ayant commencé par relever que « *la diffusion d'écoutes téléphoniques tirées d'un dossier d'instruction et donnant des informations confidentielles sur la vie privée du requérant a un caractère manifestement illicite* », un juge de référé a décidé que le délai de quatre jours observé par le prestataire entre la notification et le retrait effectif desdits contenus était anormalement long[1452]. Le juge considérait en effet que les contenus litigieux auraient dû être retirés le jour même de la notification. En revanche, le délai de dix jours écoulé entre la notification adressée à un hébergeur et la réaction de ce dernier n'a pas été vu, dans une espèce, comme contrevenant à l'exigence du prompt délai[1453]. La raison de cette différence d'appréciation réside simplement dans le fait que dans la première décision, le contenu avait été vu comme manifestement illicite alors que dans la seconde question, le caractère manifeste faisait défaut. Donc, la réaction doit être immédiate lorsque le contenu est manifestement illicite.

Relativement aux difficultés technologiques, il a été jugé raisonnable de concéder à l'hébergeur un délai de trois mois pour mettre en œuvre les mesures qui s'imposaient[1454]. Dans cette affaire, notifié de l'existence d'un contenu illicite dans les fichiers qu'il héberge, le prestataire avait obtenu du juge des référés un délai de trois mois pour retirer ou bloquer l'accès aux dits contenus. Assigné devant le juge du fond, pour n'avoir pas réagi à temps, le prestataire avança pour sa défense que, l'ordonnance du juge des référés de ce tribunal en date du 20 novembre 2000 lui a laissé un délai de trois mois à compter de sa notification pour se conformer à la décision rendue précédemment le 22 mai 2000, définissant ainsi le degré de promptitude qui lui

[1451] Cf. TGI Paris, 17ème ch., Chambre de la presse, Jugement du 11 février 2003 : Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap / Timothy Koogle, Yahoo.inc.
[1452] Cf. TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, Krim K. c/Pierre G., Amen, www.legalis.net.
[1453] Cf. TC Brest, réf., 6/08/2008, Quai Ouest Musiques c/ eBay Europe, eBay International AG.
[1454] Cf. TGI Paris, 17ème ch., Chambre de la presse, Jugement du 11 février 2003 : Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap / Timothy Koogle, Yahoo.inc.

incombait. En conséquence, l'hébergeur soutenait que la partie civile poursuivante ne pouvait agir, dès lors que ce délai de trois mois n'était pas expiré[1455]. Pour les demandeurs dans le cadre de ce procès, la réactivité des prestataires ne doit pas s'apprécier par rapport à une décision de justice, mais elle doit s'analyser par rapport à toute notification formulée régulièrement par toute personne intéressée. Donc, le prestataire, en l'espèce Yahoo !, ne pouvait se prévaloir du délai de 3 mois concédé par une décision de justice.

Transposée dans le cadre de la CEMAC, on pourrait, *a priori*, au regard de la philosophie poursuivie par le législateur communautaire en ce domaine, accréditer la thèse des demandeurs. En effet, le souci des autorités communautaires étant de dépolluer l'environnement du commerce électronique, il en résulte qu'en principe, les prestataires seraient tenus de réagir dès l'instant où ils ont eu connaissance, par eux-mêmes, ou suite à une notification, du caractère nocif des contenus qu'ils hébergent. Ils ne bénéficient que d'une présomption d'ignorance et non d'une immunité absolue. Ainsi, dès qu'il est établi qu'ils ont eu connaissance du contenu illicite, ils ne sont plus ignorants et donc, cette présomption tombe, et ils doivent prendre des mesures qui s'imposent. Dans ce contexte, le juge qui donnerait un moratoire au prestataire différant l'exécution de son obligation, serait sensiblement en contradiction avec le législateur. Le juge ne peut en effet, autoriser un prestataire à violer ou à se rendre complice[1456] d'infractions.

Cependant, il peut arriver que malgré la connaissance acquise par le prestataire, il lui soit cependant difficile, voire impossible, de bloquer l'accès aux contenus dont l'illicéité est révélée. Ce fut un peu le cas dans le cadre de cette affaire impliquant *Yahoo !* où, pour reconnaître que le délai de trois mois n'était pas excessif, le juge a relevé « *la difficulté de mise au point d'une solution* » dont l'efficacité n'est pas contestée[1457]. Pour parvenir à une solution fiable dans cette affaire, le prestataire avait dû en effet procéder à des changements structurels sur son site, ce qui manifestement exigeait un certain délai.

[1455] *Idem.*

[1456] Au cas où il sait, peut, mais n'agit pas pour supprimer les contenus illicites.

[1457] Cf. TGI Paris, 17ème ch., Chambre de la presse, Jugement du 11 février 2003 : Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap / Timothy Koogle, Yahoo.inc.

557. En fin de compte, le caractère « *prompt* » du temps mis pour réagir semble donc être à géométrie variable, pouvant aller de l'immédiat, voire quelques heures, jusqu'à une durée de quelques jours[1458]. La jurisprudence a même admis que les difficultés linguistiques pouvaient justifier que le prestataire ait pris un peu de retard dans la mise en œuvre des mesures exigées. Ainsi, ayant reçu une dénonciation le 05 décembre 2008, la société de droit américain *You Tube* qui n'a bloqué l'accès aux vidéos litigieuses que le 14 décembre 2008, soit neuf jours plus tard, trouvait comme excuse, le fait qu'il fallait traduire l'acte de notification en anglais pour une meilleure compréhension de son contenu, celle-ci étant rédigée en français, les juges admirent cette excuse[1459].

Parce que le principe demeure en tout état de cause celui d'une « *prompte réaction* », les décisions qui tolèrent les retards dans la réaction des prestataires devront toujours exposer les raisons de cette indulgence et les motiver suffisamment afin que le principe ne perde pas de sa vigueur. Il ne faudrait pas en effet que sous de prétextes fallacieux, les décisions de justice se présentent comme une autorisation à perpétuer la commission ou les conséquences d'une infraction pénale[1460].

558. L'exigence d'une prompte intervention des prestataires techniques correspond au triptyque « *pouvoir-savoir-inertie* », suggéré par un auteur[1461]. Les prestataires techniques ne devront être tenus pour responsables que si, ayant eu connaissance du caractère illicite des contenus, ils ont eu le pouvoir de faire cesser le trouble, et n'ont finalement rien fait en ce sens. Partant de là, un auteur observe que le régime de cette responsabilité ne serait pas vraiment dérogatoire du droit commun. Au contraire, il soutient que ce régime serait assez proche de celui issu de l'article 1382 du code civil. Il écrit en effet que « *le régime de responsabilité de l'hébergeur ne déroge pas au droit commun et ne crée pas une multiplicité des régimes dérogatoires, généralement peu lisibles. En quelque sorte, le régime de responsabilité de l'hébergeur*

[1458] DELEPORTE (B.), *op. cit.*.
[1459] Cf. TGI Paris, réf. 05 mars 2009, Roland Magdane et autres / You Tube, www.legalis.net.
[1460] TGI Paris, 17ème ch., Chambre de la presse, Jugement du 11 février 2003 : Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap / Timothy Koogle, Yahoo.inc.
[1461] VIVANT (M.), ''La responsabilité des intermédiaires de l'internet'', in *JCP G*, 1999I 180, n° 45-46, p. 2021.

tel qu'énoncé par la LCEN, constitue une application raisonnable de l'article 1382 »[1462]. En effet tout comme la responsabilité civile délictuelle repose sur trois éléments à savoir le fait générateur, le dommage et le lien de causalité ; il apparaît que tel que formulé, le régime de responsabilité des prestataires techniques commande de justifier de l'existence d'un dommage subi par le demandeur, du fait générateur qui est la connaissance du caractère illicite par le prestataire et du lien de causalité. Seulement, en observant de près, l'on constate qu'il y a de fortes réserves empêchant de soutenir cette logique d'assimilation jusqu'au bout. D'une part, alors que le fait générateur de l'article 1382 est un fait purement objectif, celui de la responsabilité des prestataires techniques intègre l'élément psychologique, l'inertie doit être délibérée. D'autre part, au sujet du lien de causalité, la particularité dans ce cadre consiste en ce que le prestataire ne sera tenu de réparer que le préjudice qui résulte du maintien délibéré en ligne des contenus après leur dénonciation régulière, et non de tout le préjudice né de la diffusion des contenus. Outre ces observations, il est à relever que les prestataires techniques ne peuvent être responsables que pour avoir failli à une obligation spécifique prédéfinie.

L'analyse qui précède permet de marquer la différence entre les prestataires techniques et les prestataires de contenus auxquels on assimile les premiers lorsqu'ils sont sortis du cadre de leur mission légale. La conséquence de cette assimilation, c'est l'application aux prestataires techniques d'un régime de responsabilité automatique, plus sévère.

PARA. II : LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ EXCEPTIONNEL DES PRESTATAIRES TECHNIQUES : UNE RESPONSABILITÉ DE DROIT COMMUN

559. Lorsque les prestataires techniques, par principe investis d'une mission neutre, se montrent cependant actifs dans la définition ou le choix des contenus, on est en droit de les assimiler aux prestataires de contenus (A), par voie de conséquence, leur responsabilité sera mise en œuvre conformément aux règles de droit commun (B).

[1462] ROUX (O.) et GASNIER (J-P), *op. cit.*

A- L'ASSIMILATION ÉVENTUELLE DES PRESTATAIRES TECHNIQUES AUX ÉDITEURS DE CONTENU

560. « *L'éditeur est celui qui ''assure'' la ''publication'' et la ''diffusion'' d'une œuvre* »[1463]. Mais, sur internet, l'éditeur n'a pas à faire aux œuvres, il ne lui incombe pas, comme l'indique l'Accord révisé de Bangui[1464] d'assurer la production d'un nombre d'exemplaires, leur publication et leur diffusion. Sur les réseaux de communication électronique, une telle obligation ne correspondrait à aucune réalité. Au mieux, l'éditeur, pris dans le contexte du commerce électronique, éditerait des contenus numériques sous forme d'informations ou de services. C'est en ce sens que le législateur camerounais parle toujours d'éditeur de services de communications électroniques[1465]. L'édition dont il s'agit se rapporte tant à la création originale d'un contenu qu'à une copie servile[1466], ainsi, le contrefacteur serait vu comme un éditeur.

Comme on le constate la notion d'éditeur n'a pas un contenu légal précis. Ainsi, c'est la jurisprudence, notamment celle française, qui a essayé de préciser ses critères fondamentaux. Pour y parvenir, elle a adopté une approche par élimination. Ainsi, le prestataire qui ne rentre pas dans la catégorie des hébergeurs et des fournisseurs d'accès est classé dans la catégorie d'éditeur. Il suffit en effet qu'un prestataire, bien que bénéficiant par ailleurs du statut d'hébergeur, ait pris une part active dans la diffusion des contenus, pour que, relativement à ces contenus, il soit traité comme éditeur[1467].

Mais, l'enjeu commande que des critères positifs et décisifs soient posés afin que les hébergeurs ne puissent pas indûment perdre le bénéfice de leur protection et que les éditeurs ne puissent injustement bénéficier d'un régime de faveur. S'efforçant à cette

---

[1463] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*

[1464] D'après l'al. 1er de l'article 39 de l'Accord révisé de Bangui, « *le contrat d'édition est celui par lequel l'auteur de l'Œuvre ou ses ayants droit cèdent, à des conditions déterminées, à l'éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre suffisant des exemplaires de l'Œuvre à charge pour ce dernier d'en assurer la publication et la diffusion* ».

[1465] Voir notamment, les articles 35 al. 2 et 37 de la loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité.

[1466] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*

[1467] Cf. Cass. Com., arrêt du 3 mai 2012, eBay Inc., eBay International / LVMH et autres. Récemment encore, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 17 avril 2013, a appliqué ce critère pour qualifier un prestataire d'éditeur en jugeant précisément que : « *l'ensemble des services proposés par Sedo sur son site sedo.fr, dont l'objet est d'optimiser la présentation des offres à la vente et de promouvoir ces offres, impliquent de la part des sociétés Sedo GmbH et Sedo.com Llc un comportement non pas neutre entre le client vendeur et les acheteurs potentiels, mais bien un rôle actif de nature à leur conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres* ». Cf. CA Paris, Pôle 5, chambre 1, aff. Sedo Gmbh, Sedo.com / DNXCorp, MKR Miesen, 17 avril 2013, www.legalis.net.

fin, les juges ont pu établir quelques critères permettant de reconnaître un éditeur. Ainsi, il a été décidé que la qualification d'éditeur ne pouvait être attribuée qu'à *« la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge » et que « ne constitue un choix éditorial que le choix des contenus des fichiers mis en ligne* »[1468]. Globalement, ces jurisprudences s'inscrivaient dans la ligne tracée par la doctrine qui proposait que la qualité d'éditeur ne soit reconnue qu'à *« la personne qui détermine les contenus devant être mis à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge* »[1469].

561. Une fois cette définition retenue, le constat à faire est celui de la diversité d'entités pouvant être soumises à ce statut ; l'UNESCO relève d'ailleurs dans ce contexte que « *dans le cyberespace, n'importe qui est un fournisseur de contenu potentiel* »[1470]. Dans ce contexte, les juridictions, notamment françaises, à l'occasion des litiges dont elles ont été saisies, ont tenu compte de l'évolution des solutions du Web pour retenir la qualification d'éditeur tant à l'égard des internautes, qu'à l'égard des prestataires techniques. Pour parvenir à retenir la qualification d'éditeur à l'égard des prestataires techniques, les juges ont généralement pris en considération deux critères : celui du profit tiré de la vente d'espaces publicitaires et celui du choix éditorial.

562. Le premier de ces critères est discutable dans la mesure où il ne conditionne en rien l'état psychologique du prestataire. En effet, il ne favorise ni ne limite sa capacité de connaissance des contenus diffusés. Or, comme il a été exposé ci-dessus, c'est la connaissance qui est le fait générateur de responsabilité de ces acteurs. Pourtant, ce critère a été suivi quelques fois[1471] avant d'être rejeté[1472]. Ce critère a surtout été vivement critiqué par la doctrine qui pense qu'en l'appliquant, la jurisprudence «

[1468] Cf. TGI Paris, 3ème ch., *1 sect.*, 15 avr. 2008, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Dailymotion, www.juriscom.net.
[1469] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', op cit.
[1470] Cf. UNESCO, Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), *op. cit.*
[1471] Cf. CA Paris, 4*ème* ch. sect. A, 7 juin 2006, Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, www.legalis.net. Et surtout Cass. civ. I, 14 janvier 2010, pourvoi n° 06-18855.
[1472] Cf. TGI Paris 3ème ch., 2ème section Jugement du 10 juillet 2009, Bayard Presse / You Tube LLC, www.legalis.net.; Civ. 1ère, 17 févr. 2011, n° 09-13.202, D. 2011. 2164, obs. Sirinelli , et 2371 obs. Tréfigny-Goy et CJUE, Grande chambre arrêt du 12 juillet 2011, L'Oréal et autres / eBay international et autres.

contredit ainsi la volonté des législateurs français et européen qui ont souhaité encadrer strictement la responsabilité civile et pénale des prestataires techniques »[1473].

563. Quant au second critère, il prend en compte l'idée que le régime de limitation de responsabilité des prestataires techniques, tient à « *la neutralité absolue de l'opérateur quant au contenu* ». Dès lors, si le prestataire ne respecte pas cette « *passivité-neutralité* », il perd la qualité de prestataire technique et relève désormais de la catégorie d'éditeur de contenus[1474]. Ainsi, dès qu'il apparaît aux yeux du juge que le prestataire concerné a joué un rôle actif dans la définition des contenus de manière à lui conférer la connaissance ou le contrôle des données qu'il stockait ou transportait, il doit exclure ce prestataire du bénéfice du régime exonératoire de responsabilité reconnu aux prestataires techniques. Appliquant ce critère, la Cour de Cassation française a refusé le statut d'hébergeur à un prestataire en constatant que, l'activité de ce dernier lui conférait un rôle actif relativement aux contenus[1475] ; ce, dans la mesure où cette activité consistait à fournir aux vendeurs, abonnés au site, des moyens d'optimisation des transactions, et à envoyer de messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir, de même qu'à inviter les enchérisseurs malheureux à se reporter sur d'autres offres.

Analysant cette décision de la Cour de Cassation, un auteur relève quelques failles empêchant de soutenir jusqu'au bout la logique tracée par la haute juridiction. On ne peut priver, selon lui, un prestataire de son statut naturel d'hébergeur qu'en démontrant qu'il a eu connaissance des contenus litigieux, qu'il a donc pu les contrôler. L'auteur relève pourtant que dans cette affaire, « *si assistance est fournie à une catégorie de vendeurs, et non à un ou plusieurs vendeurs en particulier en fonction du contenu de leur offre, il est permis de douter qu'il y avait eu connaissance ou contrôle des données. Quant aux messages promotionnels envoyés aux acheteurs potentiels, ils semblent là aussi indépendants des contenus. Inciter ces derniers à acquérir des objets, comme aider les vendeurs de ces objets à mieux les vendre, ne découle-t-il pas de l'exercice normal de l'activité de courtage qui est précisément de rapprocher ces personnes en vue*

[1473] THOUMYRE (L), ''Cass civ 1, 14 janvier 2010 : l'hébergement 2.0. cassé ? pas encore !'' *Juriscom.net*, 17/01/2010, http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=1172.
[1474] ROUX (Olivier) et GASNIER (J.-P.), *op. cit.*
[1475] Cf. CA Paris Pôle 5, 2ème ch., arrêt du 3 septembre 2010, eBay Inc., eBay International / Christian Dior Couture. Toujours en ce sens, CA Reims ch. civ., 1ère section arrêt du 20 juillet 2010, eBay France et International / Hermès International, Cindy F.

de leur faire passer un contrat? »[1476]. Cette position avait déjà été adoptée par certaines juridictions de la ville de Paris qui ont décidé que la qualification d'éditeur ne doit être retenue qu'à l'égard de celui qui est personnellement à l'origine de la diffusion des contenus litigieux[1477].

Même si ce raisonnement ne manque pas de pertinence, il demeure que la position de la Cour de Cassation n'est pas mal fondée. Pour elle, et logiquement, un intervenant n'aura la qualité de prestataire technique qu'autant qu'il a effectivement exercé une fonction neutre, sans intervenir de façon active dans la transaction entre l'éditeur des contenus et ses clients. Manifestement, il n'en va pas ainsi lorsque le prestataire du service, au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données[1478].

564. Il faut aussi préciser que la qualification d'hébergeur n'est pas forcément exclusive de celle d'éditeur, si bien que tout en relevant de la catégorie d'hébergeur, un prestataire peut, à l'égard d'une activité particulière, être traité comme un éditeur. Ainsi, il arrive souvent que dans une situation donnée une même entité puisse bénéficier de deux statuts, précisément ceux d'hébergeur et d'éditeur[1479]. Il appartiendra au juge, en cas de litige, de déterminer, au regard des éléments et des circonstances de l'affaire, le statut qui doit être appliqué au prestataire et en déduire la solution. Dans l'affaire de vente des objets nazis, après avoir déterminé que Yahoo ! n'intervenait pas dans les transactions, ce qui lui donnait la qualité d'hébergeur, les juges ont par la suite établi

---

[1476] MANARA (C.), ''Responsabilité des hébergeurs : l'affaire est-elle dans le sac ?'', in *Recueil Dalloz 2012* p. 1261, Éditions Dalloz 2012.

[1477] Cf. TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 19 oct. 2007, Google c/ Zadig Productions, www.juriscom.net pour qui le fait de fournir une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus ne permettait pas de qualifier Google Vidéo d'éditeur de contenu « *dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion* ».
Voir aussi T. com. Paris, 16e ch., 27 avr. 2009, Davis Film c/ Dailymotion, www.foruminternet.org. Dans cette espèce, le tribunal décide que la défenderesse « *a la seule qualité d'hébergeur et non celle d'éditeur de contenu car elle n'est pas à l'origine de la diffusion, lesdits contenus étant fournis par les utilisateurs eux-mêmes* ».

[1478] Cf. CJUE, Grande chambre arrêt du 12 juillet 2011, L'Oréal et autres / eBay international et autres.

[1479] Cf. TGI Paris, réf., 22 juin 2007, Jean Yves L. dit Lafesse c/ Myspace, *Juris-Data* n°344341 ; *RIDA* juill. 2007, 305, obs. P. Sirinelli. « *S'il est incontestable que la société défenderesse exerce les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement, elle ne se limite pas à cette fonction technique ; qu'en effet, imposant une structure de présentation de cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités* ».

que dans la mesure où c'est Yahoo ! qui définissait la structure du site, de même que l'intitulé des rubriques et sous rubriques, elle devait à ce titre être traitée comme éditeur du site en question. Puisque le litige portait sur l'existence d'une rubrique faisant l'apologie du nazisme, elle perdait dans ce cadre le bénéfice du statut d'hébergeur. Pris dans le cadre de la CEMAC, on dira que la responsabilité de Yahoo ! n'était pas poursuivie « *au titre du stockage automatique* »[1480], mais au titre de fournisseur de contenus. Dans la même logique, la Cour de Justice de l'Union Européenne relève que « *le fait que le service fourni par l'exploitant d'une place de marché en ligne comprend le stockage des informations qui lui sont transmises par ses clients vendeurs ne suffit pas en soi pour conclure que ce service relève, en toute circonstance, du champ d'application de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31* », c'est-à-dire du statut de l'hébergeur[1481]. Or, la perte de ce statut aura pour conséquence d'entraîner la mise en œuvre du régime de responsabilité de droit commun.

B- L'APPLICATION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DE DROIT COMMUN

565. Le législateur communautaire n'a pas prévu de régime de responsabilité spécial pour les éditeurs de contenus, la raison est simple, ces derniers sont soumis au régime de droit commun[1482]. Classiquement donc, l'auteur d'un fait étant tenu pour responsable des conséquences dommageables qui en découlent, il apparaît nettement que dans l'environnement électronique, celui qui met en ligne un contenu doit tout autant être condamné à la réparation des préjudices que celui-ci causerait aux tiers.

566. Le législateur camerounais insiste particulièrement sur l'obligation des fournisseurs de contenus de réparer les préjudices nés de leurs activités en ligne. Ainsi, selon l'article 43 de la loi relative à la cyber sécurité, le fournisseur de contenus est responsable des contenus véhiculés par son système d'information, notamment lorsque ces contenus portent atteinte à la dignité humaine, à l'honneur et à la vie privée. Le régime de responsabilité issu de cette disposition n'est assorti d'aucune modalité particulière. La victime n'a pas spécialement à démontrer que l'éditeur des contenus a

[1480] Cf. article 56, Projet de Directive CEMAC relative au commerce électronique.
[1481] Cf. CJUE, Grande chambre, arrêt du 12 juillet 2011, L'Oréal et autres / eBay international et autres.
[1482] En ce sens aussi, voir GUILLARD (M.), Mémoire précité.

commis une faute particulière. Elle doit seulement l'identifier, établir la matérialité du préjudice qu'elle a subi et justifier du lien de causalité entre ce préjudice et le contenu indiqué. La faute de l'éditeur est constituée par la seule mise en ligne d'un contenu offensant ou contrefaisant. On n'est pas loin d'un système de responsabilité présumée et « *C'est la raison logique pour laquelle l'éditeur engage plus facilement sa responsabilité que l'hébergeur* »[1483].

La condition de la « *connaissance effective* » posée pour les prestataires techniques n'a pas été reprise ici. En effet, étant l'auteur des contenus et de leur mise en ligne, il sera presque toujours acquis que l'éditeur des contenus en a toujours eu connaissance. Cependant, lorsque cette condition est posée pour les prestataires techniques, elle renvoie, non à la connaissance de l'existence des contenus, mais surtout à la connaissance de leur caractère illicite. Ainsi, s'il n'est pas contesté que l'éditeur aura toujours eu connaissance de la substance ou de la teneur des contenus qu'il diffuse, on peut en revanche relever qu'il pourra bien soutenir avoir ignoré le caractère illicite de ces contenus surtout lorsque cette illicéité ne sera pas manifeste.

567. Si en matière civile, la responsabilité civile ne suppose pas, pour sa mise en œuvre, que l'on caractérise suffisamment l'élément psychologique du défendeur dans la mesure où la faute en matière délictuelle est devenue une « *notion purement objective* »[1484], lorsqu'en revanche, l'éditeur sera poursuivi au pénal, il faudra généralement que le Ministère Public établisse l'intention du prévenu d'enfreindre une règle établie. C'est ainsi que dans l'affaire qui opposait l'Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap à Timothy Koogle et Yahoo !, le juge décida de ne pas retenir la responsabilité pénale du propriétaire de Yahoo ! parce qu'il n'était pas établi que le maintien des contenus illicites en ligne était délibéré[1485]. Des nuances existent cependant, tout comme en matière de protection des marques où une différence de traitement existe entre la marque notoire et celle qui ne l'est pas[1486], il faudra aussi

[1483] THOUMYRE (L.), ''La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet'', *op. cit.*
[1484] BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 384 n° 542.
[1485] Cf. TGI Paris, 17ème ch., Chambre de la presse, Jugement du 11 février 2003 : Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap / Timothy Koogle, Yahoo.inc
[1486] Ainsi, alors que la marque notoire est susceptible de protection dans un État où elle n'est pas enregistrée en vertu de l'article 6 Bis de la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle et de l'article 6 de l'Annexe III de l'Accord révisé de Bangui (voir en ce sens, ILUNGA KABULULU (Etienne), Cours de Droit de

distinguer entre les contenus manifestement illicites et ceux qui ne le sont pas. Si le contenu est manifestement illicite, hypothèse des contenus relatifs à la pédopornographie, l'éditeur sera censé en avoir eu connaissance. Cependant, lorsque le contenu sera contrefaisant d'une marque non notoire par exemple, il faudra établir que l'éditeur a agi « *frauduleusement* »[1487].

Lorsque le préjudice du demandeur sera établi, l'éditeur pourra être condamné à lui allouer des dommages et intérêts[1488]. En outre, des mesures en vue de la cessation du trouble pourront lui être imposées. Cependant, ces mesures devront être proportionnelles au dommage. Dans une affaire portée devant la Cour d'Appel de Paris, concernant la commercialisation d'une poupée représentant une personnalité politique avec des messages provoquants, cette juridiction a observé qu'il n'y a pas lieu d'interdire la présentation et la commercialisation en ligne de ladite poupée, ce, bien que le demandeur ait soutenu qu'elle portait atteinte à son image. Pour la Cour d'Appel, une telle mesure serait disproportionnée dans la mesure où elle conduirait à remettre en cause la liberté d'expression de l'auteur du site. En revanche, dans le souci de concilier les différentes valeurs en présence, elle enjoignit à la société éditrice d'apposer, au besoin par un bandeau, sur tout coffret mis en vente ou proposé à quelque titre que ce soit au public, la mention : « *Il a été jugé que l'incitation du lecteur à piquer la poupée jointe à l'ouvrage avec les aiguilles fournies dans le coffret, action que sous-tend l'idée d'un mal physique, serait-il symbolique, constitue une atteinte à la dignité de la personne M. S.* »[1489].

Objectivement, les éditeurs pourront être exonérés de leur responsabilité en cas de force majeure, du fait d'un tiers ou du fait de la victime.

*

* *

* * *

la Propriété intellectuelle, Université Cardinal Malula, Kinshasa, 2ème année de Licence en Droit, 2004) , la marque non notoire ne sera quant à elle protégée que si elle a été déposée.

[1487] Cf. art. 37, Annexe III, Accord révisé de Bangui.

[1488] PANHALEUX (L.), *op. cit.*

[1489] Cf. CA Paris 14ème ch., section B, arrêt du 28 novembre 2008, Nicolas S. / Tear Prod, www.legalis.net.

568. Il résulte de ce qui précède que si les prestataires techniques doivent contribuer à l'ordre et de la sécurité sur les réseaux électroniques, ils ne sont cependant pas tenus d'une obligation générale de surveillance des contenus, le législateur ayant évité de les mettre dans une position qui les érigerait en censeurs des réseaux. Ils ne sont donc en général tenus que d'obligations spécifiques variant en fonction des catégories de prestataires. En conséquence de cette diversité de statuts, le législateur a défini, avec des mains prudentes, un régime de responsabilité assez réaliste, tenant compte des missions exercées par chaque catégorie de prestataires. Ainsi, pendant que ceux dont la fonction permet d'accéder ou d'influencer les contenus, à l'instar des éditeurs, sont responsables quasi automatiquement, ceux exerçant une fonction neutre à l'égard des contenus diffusés, comme les hébergeurs, ne voient leur responsabilité engagée que si leur faute est établie.

CONCLUSION DU TITRE II

569. Reconnaître à l'écrit et à la signature électroniques une valeur juridique produit sensiblement pour le commerce électronique des effets semblables à ceux qu'a produit l'invention de l'écriture pour le développement du livre et de la connaissance en général. C'est dans une certaine mesure le facteur primordial de la confiance des acteurs du commerce électronique. Résultant de la combinaison de solutions technologiques et de garantie juridique, ces instruments libèrent le commerce électronique de l'incertitude qui portait sur son développement.

Pour veiller sur l'efficacité et la fiabilité de ces instruments, des tiers de confiance ont été institués, leurs fonctions consistant pour l'essentiel à certifier l'existence et le lien entre des signatures électroniques et des individus ou entités précises. Cette fonction, si elle est bien jouée par ces autorités, aura pour effet de juguler les risques d'anonymat et surtout de vol d'identité ayant cours sur les réseaux numériques. Ils sont aidés dans cette tâche par les intermédiaires techniques à qui le législateur communautaire impose d'identifier convenablement les utilisateurs de leurs services et, le cas échéant, de communiquer les données d'identification aux autorités habilitées. Comme pour les autres rôles qu'ils ont à jouer, les intermédiaires techniques peuvent voir leur responsabilité engagée. Les modalités de cette responsabilité tiennent compte de la neutralité du rôle de ces prestataires, à condition que ces prestataires se soient confinés dans ce rôle, autrement, ils sont responsables selon le régime du droit commun. Au-delà de ce régime, le législateur vise sans doute à dissuader ces prestataires à se rendre coupables ou complices d'actes illicites dans le commerce électronique.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

570. La sécurité du commerce électronique ne se décrète pas. De même, elle ne doit pas être laissée à une seule partie. Elle est l'affaire de tous et doit être impulsée, définie et encadrée par le législateur. Heureusement, les autorités communautaires s'en sont aperçues et à leur actif, l'on peut relever la définition du cadre juridique des services de sécurité dans le commerce électronique.

Si des solutions de sécurité combinant à la fois les dimensions juridique et technique sont désormais possibles, la question de leur accessibilité pourra se poser. En effet, recourir à une solution de sécurité lors d'une transaction emportera naturellement des coûts, des sacrifices auxquels tous les intervenants devront contribuer.

571. Relativement aux parties à un contrat électronique, il faut reconnaître que l'utilisation des mesures de sécurité entraînera, sans doute, un alourdissement du coût des transactions, surtout si l'on prend en compte les frais du certificateur de confiance. En ceci, le contrat électronique pourra à terme, s'avérer plus onéreux qu'un contrat sur papier. Mais la sécurité qui en est issue pourra en revanche être d'un degré supérieur à celui des contrats conclus sous la forme papier.

572. Pour les États, il faudra investir dans la lutte contre la cybercriminalité, créer des structures d'assistance et de conseil au service des intervenants dans le commerce électronique. L'État doit donc jouer un rôle d'accompagnateur et d'éducateur, et s'assurer que les intervenants sont suffisamment outillés et protégés. S'agissant des structures, le Projet de Directive crée au sein des États membres deux structures à savoir le Conseil National de la Cybersécurité[1490] et l'Autorité Nationale de la Cybersécurité[1491].

[1490] Cf. art. 58, Projet de Directive CEMAC relative à la cybercriminalité.

[1491] Cf. art. 59, Projet de Directive CEMAC relative à la cybercriminalité. Cette structure est, entre autres missions, chargée de de contrôler les activités de sécurité des réseaux de communications électroniques, des systèmes d'information; d'assurer la veille technologique et d'émettre des alertes et recommandations en matière de sécurité des réseaux de communications électroniques et de certification ; de participer aux activités de recherche, de formation et d'études afférentes à la sécurité des réseaux de communications électroniques, des systèmes d'informations et de certification et de s'assurer de la régularité, de l'effectivité des audits de sécurité des systèmes d'information suivant les normes en la matière, des organismes publics et des autorités de certification

Au-delà de tout ce qui précède, il importe pour l'État de s'assurer de la formation de ses personnels, notamment ceux de la police et ceux de la magistrature, afin qu'ils puissent efficacement résoudre les cas relatifs au commerce électronique. L'enjeu en effet, c'est d'éradiquer de la sphère du commerce électronique tous les cyberdélinquants qui veulent y voir un monde sans foi ni loi.

CONCLUSION GÉNÉRALE

573. Au terme de nos recherches, nous soutenons que l'ambition de construire entre les États membres de la CEMAC un véritable marché commun a encore de grandes chances de prendre corps avec le développement des Technologies de l'Information et de la Communication dans la Communauté. Ces technologies, par leurs atouts multidimensionnels, peuvent effectivement contribuer à fédérer les espaces économiques nationaux des six États membres de la CEMAC en un espace unique, un marché commun. Les obstacles physiques liés au déficit d'infrastructures et aux tracasseries administratives et policières, qui paralysent traditionnellement l'intégration des États membres, peuvent désormais être éludés grâce aux supports virtuels qui permettent de faire circuler l'information, les capitaux et les services sous une forme dématérialisée échappant aux contraintes matérielles. Ainsi, grâce à ces outils, les services financiers et ceux des transports, à cause de la densification des échanges communautaires qui va résulter du développement du commerce électronique, vont corrélativement être sollicités. De même, les opérations de transit pourront faire l'objet d'un meilleur contrôle tandis que les flux financiers pourront être mieux régulés sur les réseaux grâce à l'intervention des tiers de confiance et autres intermédiaires du commerce électronique.

574. Comme on le voit, le commerce intra régional peut désormais s'appuyer sur un nouveau vecteur qui va favoriser son rayonnement et sa croissance. Ce nouveau vecteur, c'est le commerce électronique. Cependant, ce vecteur ne peut déployer tous ses atouts que si certaines mesures sont prises sur le plan juridique. Les développements faits ci-dessus autorisent à soutenir qu'au regard des risques qui prolifèrent sur les réseaux numériques, seule l'intervention des pouvoirs publics peut créer la confiance des acteurs, qu'ils soient prestataires ou consommateurs du commerce électronique. Toutefois, la démarche des pouvoirs publics doit se démarquer de l'unilatéralisme pour prendre en considération les aspects techniques et les besoins des acteurs, ceci par le biais de la consultation et de la négociation, voire, de la corégulation. C'est la raison pour laquelle nous approuvons le choix de la technique de régulation mise en place par les autorités communautaires.

575. Parce que l'objectif est de mettre les atouts du commerce électronique au service du développement du marché commun de la CEMAC, les règles nécessaires

pour accompagner une telle démarche doivent inéluctablement avoir une assise communautaire afin que le marché commun se développe dans un environnement juridique homogène. Les instances communautaires ont perçu le sens de cette contrainte dans la mesure où les TIC et le commerce ont été intégrés dans le secteur coordonné. Les principes de libre circulation des transactions électroniques, de libre établissement des prestataires et du droit du citoyen communautaire aux communications électroniques à travers l'institution du service universel, tous consacrés par les directives communautaires, traduisent concrètement l'ambition des autorités communautaires. De même, la soumission du secteur des communications électroniques aux règles communautaires de la concurrence et la consécration au profit des opérateurs du droit à l'interconnexion et du droit à l'interopérabilité des solutions et des technologies dans tout le marché commun permettent de soutenir que l'ambition communautaire s'appuie sur des moyens efficaces. En effet, grâce à l'interconnexion, tous les réseaux nationaux de communications électroniques seront inter reliés entre eux et le sentiment de relever d'un seul territoire numérique prendra de l'ampleur.

576. Seulement, en choisissant la technique de l'harmonisation, les instances communautaires courent le risque de voir les autorités nationales développer des règles ou pratiques incompatibles avec l'esprit des directives communautaires. Aussi, malgré l'institution du recours en manquement, l'on observe toujours que certaines directives communautaires relatives aux communications électroniques n'ont pas encore été incorporées dans les dispositifs nationaux ou ne l'ont été qu'avec retard. L'on aurait souhaité, comme c'est le cas en matière bancaire où on ne compte que des règlements, que les autorités communautaires adoptent plutôt la méthode de l'uniformisation dans le domaine des communications et du commerce électroniques.

Par ailleurs, au regard de l'ambition affichée par les instances communautaires de se servir du commerce électronique pour propulser la construction du marché commun de la CEMAC, l'on s'étonne de la timidité et de la lenteur avec lesquelles elles élaborent le cadre juridique du commerce électronique. Des directives annoncées depuis 2010 sont encore au stade des projets.

577. À cause du retard observé par les autorités communautaires, certains États à l'instar du Cameroun ou du Congo ont pris le pas sur un certain nombre de questions concernant le commerce ou les communications électroniques. Des législations que ces États ont mises en place, apparaissent souvent des règles pertinentes méritant que le moment venu, les textes communautaires les entérinent. Malheureusement, il ne semble pas que pour l'élaboration des projets de directives relatives au commerce électronique, à la cybercriminalité et à la protection des données personnelles, les textes nationaux, là où il en existait déjà, aient été explorés. Ainsi, et à titre d'illustration, la place donnée par le droit camerounais aux associations de consommateurs est intéressante en ce qu'elle permet à ces dernières d'être plus actives et efficaces. De même, le fait que l'accès à la profession de magistrat au Cameroun soit désormais ouvert aux informaticiens est pertinent en ce qu'il dote la magistrature de meilleures compétences lui permettant de mieux réagir contre le fléau de la cybercriminalité. Cependant, les projets de Directives initiés ne semblent pas avoir pris en compte ces solutions.

578. Par ailleurs, le souci de sécurité juridique commande que lorsque des obligations sont consacrées, leurs modalités soient bien précisées pour éviter, soit des parades frauduleuses des assujettis, soit des discordances entre les législations nationales. Sur ce plan, et relativement à l'obligation imposée aux prestataires techniques de conserver les données de connexion, les directives communautaires auraient dû s'inspirer de l'exemple du droit congolais.

579. Le droit communautaire de la CEMAC, dans sa structure actuelle, ne parvient pas encore à garantir, avec une pleine efficacité, une meilleure exploitation du commerce électronique en vue du développement du marché commun. En effet, des règles propres, permettant une prise en compte des spécificités intrinsèques des réseaux numériques doivent être distillées dans l'arsenal juridique communautaire pour un meilleur encadrement juridique du commerce électronique. Si l'on n'y prend garde en effet, le résultat escompté peut être inversé. La Communauté perdrait beaucoup de ressources si elle ne parvient pas à adapter ses règles fiscales et douanières à l'environnement dématérialisé qui caractérise le commerce électronique. Les notions de territoire et de frontière qui servent généralement de fondement à l'application de ces règles perdent leur valeur dans le commerce électronique. À cause de cela aussi, les

règles du droit de la concurrence ont besoin d'être rajeunies, car le critère du marché pertinent se dilue dans la mesure où le territoire virtuel s'étend à l'infini pendant que le critère de bien substituable devient d'application difficile.

580. À côté de ces difficultés pour les autorités communautaires d'adapter certaines règles du marché commun à l'environnement électronique, on observe aussi que, dans son état actuel, le droit communautaire ne parvient pas encore à garantir la confiance des acteurs. La transposition du régime de protection du fonds de commerce classique à son homologue électronique n'est pas encore réussie. À ce sujet, la réglementation du nom de domaine, à cause de son rôle fondamental pour l'existence et la stabilité d'un site web électronique, s'avère encore imparfaite. L'institution sur le plan communautaire d'un droit au renouvellement du nom de domaine améliorera sans doute l'aura de cette réglementation. De même, l'arbitrage entre le nom de domaine et les autres signes distinctifs a besoin que des points d'équilibre soient définitivement fixés. En ce sens, il importe d'entériner sur le plan communautaire les dispositions des chartes de nommage du Cameroun et du Gabon en ce qu'elles subordonnent l'autorisation d'utilisation d'un nom de domaine à la disponibilité des termes employés. Elles appliquent ainsi le critère de l'antériorité, dont il faut souhaiter qu'il soit appliqué en cas de conflit entre le nom de domaine et les autres signes distinctifs. C'est en adoptant ces règles que les prestataires se sentiront mieux protégés.

581. La question de la sécurité des consommateurs est bien plus importante. La sauvegarde des intérêts de cette catégorie d'acteurs s'avère, dans le commerce électronique, plus urgente et surtout plus impérieuse. Le droit à l'information et le droit de rétractation, aspects classiques de la politique de protection des consommateurs, sont envisagés par les projets de Directives dans un esprit qui permet leur adaptation aux particularités du commerce électronique. Plus originales ont été les solutions directement commandées par l'environnement technologique et contractuel du commerce électronique. Il en est ainsi notamment de la règle du double clic et de l'obligation pour le prestataire d'accuser réception de la commande du consommateur.

582. Plus loin, dans le souci de renforcer la protection du consommateur du commerce électronique, les développements sur la preuve électronique permettent de

soutenir qu'il est nécessaire de procéder à un renversement de la charge de la preuve dans le domaine du commerce électronique. Le souci étant de renforcer le sentiment de justice en n'exigeant la preuve que de celui qui peut matériellement la fournir. Celui-ci, dans ce domaine, c'est le prestataire.

583. Les propositions suggérées ne viennent remettre en cause ni les solutions traditionnelles du droit des contrats, ni celles du droit communautaire. Mais, elles visent seulement à assurer la cohérence entre la règle, les spécificités de son objet et les résultats escomptés. La démarche suivie pour y parvenir n'a été inspirée que par les enjeux fondamentaux et traditionnels du droit communautaire à savoir l'intégration économique des États membres et la sécurité des échanges. Il reste espéré, à présent, que cette démarche ne soit pas perdue de vue par les instances communautaires lorsqu'il s'agira de compléter et de perfectionner le droit communautaire du commerce électronique.

ANNEXES

ANNEXE I – Règlement n° 21/08-ueac-133-cm-18 du 19 décembre 2008 relatif à l'harmonisation des réglementations et des politiques de régulation des communications électroniques au sein des États membres de la CEMAC.

ANNEXE II – Projet de Directive CEMAC régissant le commerce électronique, Version 4 du 11 février 2012.

ANNEXE I – RÈGLEMENT N° 21/08-UEAC-133-CM-18 DU 19 DECEMBRE 2008 RELATIF À L'HARMONISATION DES RÉGLEMENTATIONS ET DES POLITIQUES DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES AU SEIN DES ÉTATS MEMBRES DE LA CEMAC.

Le **CONSEIL DES MINISTRES**
VU le Traité instituant la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale du 16 mars *1994* et ses Additifs en date du 05juillet 1996 et du 25avril 2007;
VU la Convention régissant l'Union Économique de l'Afrique Centrale (UEAC);
CONSIDÉRANT l'importance des technologies de l'information et de la communication dans le développement de l'innovation, de la compétitivité, de l'emploi, de la croissance économique et de l'aménagement du territoire dans l'ensemble des États de la CEMAC
CONSIDÉRANT que l'harmonisation des réglementations des communications électroniques et des politiques de régulation est de nature à accélérer l'intégration économique et sociale des États membres ainsi que le développement de réseaux transnationaux au sein de la CEMAC;
CONSIDÉRANT la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des techniques de l'information, qui implique que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire
CONSIDÉRANT la nécessité de mettre en place des réglementations et des politiques de régulation qui favorisent, d'une part, l'exercice d'une concurrence effective, loyale, transparente, non discriminatoire et durable sur l'ensemble du secteur des communications électroniques, et, d'autre part, l'accès universel aux services de télécommunications de base
SUR proposition de la Commission de la CEMAC;
APRÈS avis du Comité Inter-États
EN sa séance du 19 DEC. 2008
ADOPTE LE RÈGLEMENT DONT LA TENEUR SUIT:

CHAPITRE 1. DÉFINITIONS, OBJET, CHAMP D'APPLICATION ET PRINCIPES DIRECTEURS

ARTICLE 1: DÉFINITIONS

Aux fins du présent règlement, les termes et expressions suivants, s'entendent comme il est précisé ci-après
Autorisation : titre (licence, contrat de concession, agrément ou autres autorisations) délivré par un État membre, qui confère à une entreprise un certain nombre de droits et obligations
Autorité nationale de régulation : organisme chargé par un État membre d'assurer, au niveau national, les missions de régulation du secteur des communications électroniques dans les conditions précisées dans le présent règlement
Autorités publiques nationales: autorités gouvernementales des États membres;
Comité Technique de Régulation : organisme regroupant en son sein les autorités nationales de régulation, créé par la décision portant création du Comité Technique de Régulation des communications électroniques des États membres de la CEMAC
Commission : Commission de la CEMAC;
Communauté ou CEMAC : la Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique Centrale;
Communications électroniques: émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électronique;
Conseil des Ministres : le Conseil des Ministres de l'Union Économique de l'Afrique Centrale instituée par le Traité de la CEMAC

État membre: l'État partie au Traité de la CEMAC;
Membres dirigeants : membre de l'organe collégial et directeur général d'une autorité nationale de régulation
Opérateur: toute personne morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques
Réglementation nationale : tout texte de nature législative ou réglementaire en vigueur ou devant être adopté dans un État membre;
Réseau de communications électroniques: les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise
Réseau ouvert au public : tout réseau de communications électroniques établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de télécommunications ou de services de communication au public par voie électronique
Service de communications électroniques: services de transmission de signaux sur des réseaux de télécommunications accessibles au public, quel que soit le type d'information transmise (son, voix, image, données, etc.).
Utilisateur: toute personne physique ou morale utilisant un service de communications électroniques à des fins privées ou professionnelles, sans être nécessairement abonnée â ce service.
En tant que de besoin, les États membres peuvent se référer aux définitions données par les conventions, décisions et documents de l'union Internationale des Télécommunications pour les termes et expressions qui ne sont pas définis dans le présent règlement.

ARTICLE 2: OBJET ET CHAMP D'APPLICATION

Le présent Règlement fixe un cadre harmonisé pour la réglementation et les politiques de régulation des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources techniques et services associés, au sein des États de la CEMAC. Il détermine aussi les missions des autorités nationales de régulation ainsi que les garanties d'autonomie et les pouvoirs dont celles-ci doivent bénéficier.
Le présent règlement ne s'applique pas à la réglementation et à la régulation du secteur audiovisuel des États membres, en ce qui concerne plus particulièrement les contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques.

ARTICLE 3: PRINCIPES DIRECTEURS COMMUNS A LA RÉGLEMENTATION ET A LA RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Les réglementations nationales doivent identifier avec précision les autorités nationales investies, d'une part, des pouvoirs de réglementation des communications électroniques et, d'autre part, de régulation des communications électroniques, l'étendue de leurs pouvoirs respectifs ainsi que les conditions dans lesquelles ceux-ci sont mis en œuvre de manière articulée et sans chevauchements possibles. Ces réglementations nationales doivent être aisément accessibles au public.
La réglementation et la régulation des communications électroniques doivent être technologiquement neutres. À cet égard, elles ne doivent privilégier ou défavoriser aucun type particulier de technologie.
Les fonctions de réglementation et de régulation des réseaux et des services de communications électroniques sont séparées des fonctions d'exploitation de réseaux de communications électroniques et de fourniture de services associés.

La réglementation et la régulation des communications électroniques poursuivent les objectifs suivants
- Le développement du marché intérieur:
En veillant à la libéralisation des activités de communications électroniques;
En facilitant la mise en place de réseaux transnationaux et I' interopérabilité des services au sein de la Communauté
En ne pratiquant aucune discrimination dans le traitement des opérateurs de réseaux de communications électroniques et des fournisseurs de services associés, issus des États membres de la CEMAC, sous réserve des régimes transitoires en vigueur;
- La réalisation progressive d'un marché ouvert et concurrentiel pour les réseaux et les services de communications électroniques:
En veillant à ce que la concurrence ne soit ni faussée, ni entravée dans le secteur des communications électroniques, sous réserve des régimes transitoires en cours;
- En encourageant les investissements efficaces dans les réseaux de communications électroniques et en soutenant l'innovation pour aider au développement de la société de l'information
- En garantissant l'utilisation et la gestion efficaces des fréquences radioélectriques ainsi que des ressources en numérotation et en adressage
- La garantie des intérêts des populations et la lutte contre la pauvreté au sein de la Communauté
En mettant en place un accès et/ou un service universels spécifiés dans la directive fixant le régime du service universel dans le secteur des communications électroniques dans les États membres de la CEMAC
En veillant à ce que les utilisateurs tirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité de services, consécutif à la libéralisation du secteur des communications électroniques
• En assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs, et en contribuant à assurer un niveau élevé de protection des données à caractère personnel et de la vie privée, dans des conditions déterminées par la directive fixant le cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques
• En répondant aux besoins de groupes sociaux particuliers, notamment les consommateurs handicapés.
Les États membres veillent à ce que la réglementation et la régulation des communications électroniques soient les plus claires possibles. Ils veillent en particulier à ce que les droits et obligations des opérateurs et des consommateurs soient précisés le plus clairement possible, afin d'éviter des interprétations divergentes.
Lorsque les États membres entendent prendre des mesures ayant des incidences importantes sur le marché national des communications électroniques, ils doivent consulter les parties intéressées afin de permettre à ces dernières de présenter leurs observations sur le projet dans un délai raisonnable. Les résultats de cette consultation sont rendus publics.

CHAPITRE 2. AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

ARTICLE 4: AUTONOMIE DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION, MANDATS DE LEURS MEMBRES ET PRINCIPES DIRECTEURS APPLICABLES À LEUR ORGANISATION

Il est créé dans chaque État membre une autorité nationale chargée de réguler le secteur des communications électroniques, dans les conditions décrites ci-après.
Les autorités nationales de régulation sont des organismes dotés de la personnalité juridique et de l'autonomie financière. À ce titre
Elles doivent être juridiquement distinctes et fonctionnellement autonomes du pouvoir politique et des entreprises assurant la fourniture de réseaux, de services ou d'équipements de communications électroniques

Leurs ressources sont constituées, notamment par:
une partie des redevances perçues au titre de l'attribution des autorisations et les produits issus des droits d'entrée, suivant une grille de répartition définie par chaque État;
le produit d'une redevance de régulation, à laquelle sont assujettis les opérateurs de réseaux et/ou de services de communications électroniques
les produits des droits relatifs aux déclarations d'ouverture des services soumis à déclaration;
les produits des droits pour l'agrément des équipements terminaux de télécommunications
les redevances pour l'attribution de ressources en fréquences, en numérotation et en adressage;
les produits des frais d'acquisition pour les documents publiés par l'autorité nationale de régulation des télécommunications, notamment les rapports publics ainsi que les dossiers de consultation remis aux candidats à l'obtention d'une autorisation d'établir et/ou d'exploiter un réseau radioélectrique de communications électroniques ouvert au public;
les taxes parafiscales autorisées par les lois de finances nationales;
les subventions de l'État, des collectivités territoriales, d'organismes publics ou privés, nationaux ou internationaux;
les dons et legs;
toutes autres ressources qui pourraient leur être affectées ou résulter de leur activité.
Les autorités nationales de régulation doivent pouvoir disposer de personnels qualifiés et de services en nombre suffisant pour exercer leurs missions et leurs pouvoirs dans des conditions optimales.
Les membres dirigeants des autorités nationales de régulation sont nommés en considération de leurs qualifications et de leurs expériences dans les domaines juridiques, technique et de l'économie pour un mandat défini de cinq ans, renouvelable une seule fois. Toutefois, les États devront s'y conformer dans un délai raisonnable).
L'exercice de ce mandat est incompatible avec la détention d'intérêts, directs ou indirects, dans des entreprises assurant la fourniture de réseaux, de services ou d'équipements de communications électroniques ou intervenant dans les secteurs de l'audiovisuel et de l'informatique.
Les membres dirigeants des autorités nationales de régulation perçoivent, pendant toute la durée de leur mandat, une rémunération propre à garantir **l'indépendance** et la **dignité** de leurs fonctions.
Le mandat des membres dirigeants des autorités nationales de régulation est en principe irrévocable. Leur révocation ne peut être prononcée qu'à titre exceptionnel pour faute lourde dûment justifiée.
Lorsqu'un État membre décide de doter l'autorité nationale de régulation d'un organe collégial et d'un directeur général, il doit s'assurer que leurs pouvoirs et leurs moyens respectifs sont parfaitement délimités, et ce afin d'éviter tout blocage dans la prise de décision.
Les membres dirigeants des autorités nationales de régulation sont tenus au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils peuvent avoir connaissance en raison de leurs fonctions.
Les autorités nationales de régulation sont soumises aux régies de la comptabilité de droit privé.

ARTICLE 5: MISSIONS DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

Les autorités nationales de régulation ont notamment pour missions de :
- veiller au respect par les opérateurs de leurs obligations résultant de la réglementation communautaire et notamment du présent règlement, des réglementations nationales applicables en matière de communications électroniques, ainsi que des autorisations dont ils bénéficient;
- veiller à ce que les actions et les pratiques des opérateurs n'aient pas pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché national et/ou sous-régional des communications électroniques;

- sanctionner les manquements des opérateurs à leurs obligations ainsi que les actions et pratiques anticoncurrentielles, dans les conditions précisées à l'article 9 du présent règlement
- délivrer les autorisations aux opérateurs, à l'exception de celles qui portent sur l'établissement et l'exploitation de réseaux ouverts au public de nature radioélectrique
- accorder les agréments des équipements terminaux et de veiller au respect de leurs dispositions
- délivrer les certificats d'enregistrement aux entreprises soumises au régime de la déclaration
- assurer la gestion et le contrôle du spectre des fréquences radioélectriques et d'assigner lesdites fréquences
- établir et de gérer le plan national de numérotation et d'attribuer les ressources en numérotation
- assigner les ressources en adressage;
- mettre en œuvre les dispositions relatives â l'interconnexion et à l'accès, dans les conditions définies par la directive relative à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques dans les États membres de la CEMAC;
- veiller au respect des modalités d'encadrement tarifaire applicables aux services de communications électroniques, conformément aux dispositions de la directive harmonisant les modalités d'établissement et de contrôle des tarifs de services de communications électroniques dans les États membres de la CEMAC
- assurer le suivi et le respect de la mise en œuvre de la politique d'accès et de service universel, dans les conditions définies par la directive fixant le régime du service universel dans le secteur des communications électroniques dans les États membres de la CEMAC;
- participer à l'élaboration des projets de lois et de règlement relatif aux activités de communications électroniques et proposer à l'autorité de tutelle tout projet de texte législatif ou réglementaire visant à faire évoluer le cadre juridique, économique et sécuritaire dans lequel s'exercent ces activités et les technologies de l'information;
- assurer la conciliation ou l'arbitrage des différends nés entre les exploitants de réseaux de communications électroniques et/ou les fournisseurs de services associés. Les litiges nés entre des opérateurs de communications électroniques et les utilisateurs sont réglés dans les conditions prévues par la directive fixant le cadre juridique de la protection des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques.

ARTICLE 6: RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE DES EXPLOITANTS DE RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET/OU DES FOURNISSEURS DE SERVICES ASSOCIÉS

Les autorités nationales de régulation doivent pouvoir régler l'ensemble des litiges entre exploitants de réseaux de communications électroniques et/ou les fournisseurs de services associés relatifs à l'interconnexion
- la location de capacité ou l'utilisation partagée entre opérateurs d'infrastructures existantes, situées sur le domaine public ou sur des propriétés privées;
- et d'une manière plus générale, à leurs accords commerciaux.

Elles se prononcent dans un délai de trois mois à compter de leur saisine par l'une des parties, dans le cadre d'une procédure contradictoire. En vue de leur permettre de procéder ou faire procéder à toutes investigations ou expertises nécessaires, ce délai peut être porté à six mois.

Leurs décisions, qui sont motivées, précisent les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles le différend est réglé. Ces décisions sont rendues publiques dans les conditions et sous les réserves prévues par les lois nationales.

En cas d'atteinte grave et flagrante aux règles régissant le marché national des communications électroniques, les autorités nationales de régulation peuvent, après avoir demandé aux parties de présenter leurs observations, ordonner des mesures provisoires appropriées en vue d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux et des services.

Les autorités nationales de régulation peuvent faire remonter les effets de leur décision à compter du jour où elles ont été saisies par l'une des parties. La partie demanderesse doit apporter la preuve du désaccord pour lequel elle sollicite l'arbitrage de l'autorité nationale de régulation.
Les autorités nationales de régulation peuvent enjoindre les parties à exécuter leurs décisions de règlement de différend, au besoin sous astreinte financière.
En cas de litige entre des parties établies dans deux États membres, celles-ci peuvent soumettre le différend à l'une et à l'autre des autorités nationales de régulation concernées.
Les autorités nationales de régulation doivent coordonner leurs efforts afin de résoudre le litige conformément aux principes énoncés aux paragraphes *1,* 2 et 3 du présent article.
En l'absence de coordination entre ces autorités nationales de régulation, et afin de parvenir à une solution, chaque partie peut saisir le Comité des régulateurs. Le Président du Comité veille à ce que le différend soit tranché dans le respect des principes indiqués précédemment.

ARTICLE 7: POUVOIRS D'ENQUÊTE DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

Les autorités nationales de régulation peuvent, sur la base d'une décision motivée, exiger des personnes exerçant des activités de communications électroniques, la communication de toute information utile à l'exercice de leurs missions, sans qu'il puisse leur être opposé le secret des affaires.
Dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues au paragraphe 1, elles peuvent également recueillir auprès des personnes exerçant des activités de communications électroniques les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect par celles-ci de leurs obligations.
Sur la base d'une décision motivée, les autorités nationales de régulation peuvent en outre procéder à des enquêtes auprès des mêmes personnes. Elles désignent, pour ce faire, des agents au sein de leurs services qui doivent être assermentés pour pouvoir accéder aux locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel utilisés par les personnes exerçant des activités de communications électroniques, demander la communication de tous documents professionnels nécessaires et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications nécessaires.
Elles peuvent aussi, dans les mêmes lieux et les mêmes conditions, procéder à la saisie des matériels, à la perquisition et à la fermeture des locaux sous le contrôle de l'autorité judiciaire nationale.

ARTICLE 8: POUVOIRS DE SANCTION DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

Lorsqu'il est avéré qu'une entreprise a manqué à ses obligations résultant de la réglementation communautaire et notamment du présent règlement, ou de la réglementation nationale applicable en matière de communications électroniques, ou des conditions attachées à son autorisation ou à sa déclaration, ou lorsqu'une action ou une pratique anticoncurrentielle peut lui être imputée, l'autorité nationale de régulation le met en demeure de cesser cette infraction dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois, ou dans un délai plus court si le manquement est répété. Elle peut rendre publique cette mise en demeure.
Lorsque l'entreprise mise en cause ne se conforme pas à la mise en demeure dans les délais fixés, il peut être prononcé à son encontre les sanctions suivantes, compte tenu de la gravité du manquement:
- Une sanction pécuniaire, infligée par l'autorité nationale de régulation, dont le montant est proportionné à la gravité du manquement et aux avantages qui en sont retirés
- La suspension ou l'abrogation des titres délivrés en cas de manquements graves et/ou répétés.
Les sanctions sont prononcées après que l'entreprise mise en cause a reçu notification des griefs et a été mise à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et verbales.

2- À titre exceptionnel, et lorsque le manquement est particulièrement grave, notamment au regard de l'importance de la règle concernée ou des conséquences préjudiciables que sa violation entraîne pour le secteur, ou lorsqu'il résulte de la non-exécution d'une décision de règlement de litige, des mesures provisoires peuvent être adoptées, sans mise en demeure, en attendant de prendre des mesures définitives. Les mesures provisoires ne peuvent produire d'effets que durant une période limitée, laquelle ne peut être supérieure à six semaines.
3- Les décisions de sanction sont motivées et notifiées à l'entreprise intéressée. Elles peuvent être rendues publiques.

ARTICLE 9: DROIT DE RECOURS

Les décisions rendues par les autorités nationales de régulation ainsi que par les autorités publiques nationales dans le cadre du présent règlement, et des cinq directives relatives au régime du service universel dans le secteur des communications électroniques dans les États membres de la CEMAC, à l'harmonisation des modalités d'établissement et de contrôle des tarifs des services de communications électroniques au sein de la CEMAC, à l'interconnexion et à l'accès des réseaux et des services de communications électroniques dans les États membres de la CEMAC, aux régimes juridiques des activités de communications électroniques dans les États membres de la CEMAC et au cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs de réseaux et de services de communications électroniques dans les États membres de la CEMAC, doivent pouvoir être contestées de manière efficace devant une instance juridictionnelle nationale.
2- Les recours gracieux ne sont pas suspensifs. Toutefois, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné, d'une part, si la décision est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité, et, d'autre part, qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à sa légalité.
3- Les recours gracieux doivent être jugés dans un délai de six mois à compter de la date du dépôt de la demande. Ce délai est ramené à deux mois en cas de recours dirigé contre une mesure ordonnant des mesures conservatoires.

ARTICLE 10: DISPOSITIONS RELATIVES À LA TRANSPARENCE DES AUTORITÉS NATIONALES DE RÉGULATION

Les autorités nationales de régulation doivent établir un règlement intérieur, dont l'objet est de préciser les conditions procédurales selon lesquelles les pouvoirs de règlement de litige et de sanction peuvent être mis en œuvre.
Les autorités nationales de régulation doivent publier chaque année un rapport d'activités. Ce rapport est rendu public.

CHAPITRE 3. DISPOSITIONS FINALES

ARTICLE 11: RAPPORT ET COOPÉRATION

La Commission doit soumettre au Conseil un rapport sur l'application du présent Règlement trois ans après son entrée en vigueur.
La Commission établit des rapports de coopération avec d'autres organisations sous-région ales en vue de la mise en œuvre du présent Règlement.

ARTICLE 12: MISE EN ŒUVRE DU PRÉSENT RÈGLEMENT

Les États membres mettent en œuvre, en tant que de besoin, toutes les dispositions législatives et réglementaires appropriées en vue de l'application effective du présent règlement dès son entrée en vigueur
À toutes fins utiles, les États membres communiquent à la Commission, tous actes afférents à l'application du présent règlement.

ARTICLE 13: INTERPRÉTATION

Tout différend entre deux ou plusieurs États membres relevant de l'interprétation du présent Règlement que ces États n'auraient pas pu régler par voie de négociation ou par un autre mode

de règlement, pourra être porté, à la requête de l'un d'eux, devant la Cour de Justice Communautaire.

ARTICLE 14: RÉVISION

Tout État membre ou la Commission peut demander la révision du présent règlement. La Commission notifie la demande de révision à tous les États membres et convoque une commission de révision dans un délai de 4 (quatre) mois à dater de la notification adressée par lui à chacun des États membres.

Dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement, les États membres examineront l'opportunité de le remplacer par un nouveau règlement.

ARTICLE 15: ENTRÉE EN VIGUEUR

Le présent Règlement qui entre en vigueur à compter de la date de sa signature, sera publié au Bulletin Officiel de la Communauté.

BANGUI, le

19 DEC. 2008

LE PRESIDENT

Emmanuel BIZOT

ANNEXE II – PROJET DE DIRECTIVE CEMAC RÉGISSANT LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Version 4 - 11 février 2012 Par Hervé Jacquemin

Préambule

Avec le développement constant des technologies de l'information et de la communication, en particulier l'internet et ses principales applications (notamment le web et le courrier électronique, qui peuvent inclure la voix et la vidéo), de nombreuses transactions sont désormais réalisées par voie électronique. Du point de vue de l'utilisateur, ces transactions électroniques vont généralement se traduire par un ensemble cohérent d'échanges d'informations relatifs à une même idée ou à un même acte, entre deux ou plusieurs terminaux, à travers un réseau de communication électronique.

Compte tenu de ses caractéristiques, l'internet constitue un vecteur privilégié de messages publicitaires, à travers les sites web (notamment par des bandeaux publicitaires, des pop up, etc.) ou par l'envoi de courriers électroniques. Il est en effet possible de proposer aux internautes des publicités personnalisées et interactives, à un coût plus réduit que dans l'environnement traditionnel. De nombreux contrats peuvent également être conclus en ligne. Ils peuvent avoir pour objet des biens (livres, vêtements, bouteilles de vin, etc.) ou des services (voyage, conseils, etc.). En outre, il n'est plus rare que des contrats soient conclus et exécutés en ligne, en particulier lorsqu'ils ont pour objet des contenus numériques, tels que des morceaux de musique téléchargés en ligne, des films visionnés en *streaming* ou des jeux vidéos exécutés dans le contexte du *cloud computing (cloud gaming).* Enfin, et de manière plus large, diverses informations peuvent être communiquées à travers les réseaux.

L'avènement d'une société de l'information s'est également traduit par l'apparition de nouveaux métiers, indispensables au fonctionnement des réseaux. On songe aux activités d'hébergement des données, de stockage sous forme de copie temporaire ou de simple transport (comprenant notamment la fourniture d'accès à l'internet). Des prestataires dits « de confiance » peuvent également intervenir, pour délivrer des certificats de signature électronique (permettant de faire le lien entre le procédé de signature électronique utilisé et une personne, en confirmant son identité) ou proposer des services de recommandé électronique, par exemple.

Sur le plan socio-économique, le recours aux technologies de l'information et de la communication pour réaliser des transactions électroniques est un facteur de développement considérable, qu'il convient de soutenir par l'adoption d'un cadre normatif approprié.

Dans les États membres de la [à compléter], le potentiel de croissance des transactions électroniques est important mais on peut considérer qu'actuellement, celui-ci reste sous-exploité, en l'absence de cadre normatif satisfaisant et harmonisé.

Il importe ainsi de lever les obstacles d'ordre formels, en consacrant et en appliquant le principe d'équivalence fonctionnelle. Pour la plupart, les exigences de forme - écrit, signature, exemplaires multiples, mentions manuscrites, etc. - ont en effet été pensées dans un environnement « papier », qu'elles soient requises à des fins probatoires ou pour protéger l'un des cocontractants, supposé en position de faiblesse. L'insécurité juridique persistera aussi longtemps que des garanties ne seront pas apportées quant à l'efficacité des procédés

susceptibles d'être mis en œuvre dans l'environnement numérique pour accomplir ces formalités (notamment la signature électronique, l'écrit électronique, le recommandé électronique, etc.).

Aussi est-il crucial de lever rapidement les obstacles rencontrés en consacrant le principe d'équivalence fonctionnelle, et dans le respect du principe de neutralité technologique.

S'agissant spécifiquement des services de la société de l'information, les obstacles tiennent aussi à l'absence, ou l'insuffisance, de dispositions légales ou réglementaires encadrant les publicités en ligne ou la conclusion des contrats par voie électronique, en particulier dans les relations entre un prestataire professionnel et un consommateur. Dès lors que les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre, on peut craindre que leur consentement ne soit pas aussi libre et éclairé qu'il aurait pu l'être. L'utilisation de technologies nouvelles, insuffisamment maîtrisées par certaines parties, peut être source d'erreurs dans la saisie des données ou pourrait conduire des personnes à biaiser les données à des fins malhonnêtes.

On peut craindre également que les prestataires indispensables au fonctionnement des réseaux, en ce qu'ils permettent l'échange et la conservation des informations transmises par le biais des réseaux, hésitent à poursuivre leurs activités ou, pire, appliquent des mesures de censure préventive si leur responsabilité civile ou pénale peut être engagée systématiquement en cas d'informations illicites. Ces mesures doivent être évitées, sous peine de porter atteinte à la liberté d'expression (un droit de l'homme consacré de manière universelle) qui doit nécessairement être préservée sur les réseaux de communication.

Les transactions électroniques réalisées par le biais des réseaux ne connaissent pas les frontières étatiques. Par conséquent, leur développement pérenne ne sera garanti que si la sécurité juridique des relations contractuelles présentant un élément d'extranéité est renforcée. Dans cette perspective, il importe que les prestataires puissent connaître les règles qui gouvernent leurs activités et que toute entrave injustifiée à l'exercice de celles-ci soit levée. On comprend sans peine que les divergences entre les législations nationales pourraient dissuader les prestataires d'offrir leurs services par-delà les frontières. En conséquence, les règles doivent également être harmonisées autant que possible, pour soutenir la mise en place d'un véritable marché intérieur rassemblant les États membres de la [à compléter]. Les bénéfices de ce marché intérieur des services de la société de l'information seront en effet recueillis par tous les opérateurs économiques, en ce compris les consommateurs.

La présente loi type a précisément pour objet de lever tous ces obstacles. Ce faisant, il établit les conditions nécessaires au développement économique et à la croissance dans le secteur des technologies de l'information et même au-delà, au profit des citoyens, des entreprises et de l'intérêt général. Le transfert des connaissances sera également assuré, contribuant, en parallèle, à ce développement économique.

Titre 1 - Dispositions communes à toutes les transactions électroniques

Chapitre 1 - Définitions et champ d'application

Article 1. Définitions

Au sens de la présente loi type, on entend par :

1° ***Service de la société de l'information :*** toute activité économique, accomplie à distance et par voie électronique, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations. Constituent notamment des services de la société de l'information, la conclusion en ligne de contrats portant sur des biens ou services (même si la livraison de bien ou la prestation de services a lieu hors ligne) ; la fourniture d'informations en ligne ; la diffusion de publicités en ligne, la fourniture d'outils de recherche en ligne, la fourniture de services d'hébergement en ligne ou de stockage sous forme de cache. Le fait que la rémunération du service ne soit pas nécessairement acquittée par le destinataire de celui-ci est sans incidence sur la qualification.

2° ***Prestataire de service :*** toute personne physique ou morale qui fournit un service entrant dans le champ d'application de la présente loi type.

3° ***Destinataire de service de la société de l'information :*** toute personne physique ou morale qui reçoit un service entrant dans le champ d'application de la présente loi type.

4° ***Professionnel :*** toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom et pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle qu'elle soit commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

5° ***Consommateur*** : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

6° ***Contrat à distance*** : tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris, au moment où le contrat est conclu.

7° ***Publicité*** : toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Ne constituent pas en tant que telles de publicités :

- les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ;

- les communications relative aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, élaborée d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière.

8° ***Courrier électronique*** : tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public ou privé de communication, qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère.

9° ***Code de conduite*** : un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives et qui définissent le comportement des entreprises qui s'engagent à être liées par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité.

10° **Message EDI** : un ensemble de segments, structurés selon une norme agréée, se présentant sous une forme permettant une lecture par ordinateur et pouvant être traités automatiquement et de manière univoque.

11° **Profession réglementée** : toute activité professionnelle dont l'accès ou l'exercice ou l'une des modalités d'exercice est subordonné, directement ou indirectement, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession d'un diplôme, d'un titre de formation, d'une attestation de compétence ou d'une affiliation à un ordre professionnel.

12° **Signature électronique avancée** : donnée électronique, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification et satisfaisant aux exigences suivantes :

a) être liée uniquement au signataire;

b) permettre l'identification du signataire;

c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif;

d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée.

13° **Certificat qualifié** : une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne physique ou morale tout en confirmant l'identité de cette personne et qui, en outre, satisfait aux exigences visées à l'annexe i de la présente loi type et est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe ii de la présente loi type.

14° **Dispositif sécurisé de création de signature électronique** : dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature qui satisfait aux exigences de l'annexe III de la présente loi type.

15° **Communication électronique** : toute communication dans laquelle les informations sont créées, transmises, reçues ou conservées par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou par des moyens analogues.

Article 2. Champ d'application matériel et personnel

Sans préjudice de l'Article 3 et de l'Article 24, la présente loi type s'applique aux transactions électroniques, qui couvrent notamment :

- les services de la société de l'information, au sens de l'Article 1, 1° ;

- les activités dépourvues de caractère économique, accomplies à distance et par voie électronique, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations ;

- les activités accomplies à distance et par voie électronique, portant sur des biens, des services, des droits ou des obligations, lorsqu'elles mettent en relation des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle, qu'elle soit commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ;

- [Au choix de l'État adoptant : d'autres hypothèses peuvent être ajoutées, telles que les procédures judiciaires ou administratives dématérialisées].

Article 3. Exclusion du champ d'application matériel et personnel

La présente loi type ne s'applique pas :

- au domaine de la fiscalité ;
- aux activités suivantes :

o les activités de notaire ou les professions équivalentes dans la mesure où elles comportent une participation, directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique

o la représentation d'un client et la représentation de ses intérêts devant les tribunaux ;

o les activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, y compris les loteries, et les transactions portant sur des jeux de hasard.

Chapitre 2 - Règles directrices Article 4. Non-autorisation préalable

L'accès à l'activité d'un prestataire de services et l'exercice de celle-ci ne peuvent être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent.

L'alinéa premier est sans préjudice des régimes d'autorisation qui pourraient être établis par les autorités publiques compétentes pour des motifs d'ordre public, de protection de la santé publique, de sécurité publique ou de protection des consommateurs.

Article 5. Assimilation et non-discrimination

À défaut de disposition légale contraire, l'efficacité d'un acte juridique, comprenant sa validité et sa force probatoire ou exécutoire, ne peut être contestée au seul motif qu'il a été posé par voie électronique.

Dans le respect des conditions du chapitre 3 et à défaut de disposition légale contraire, les actes juridiques posés par voie électronique sont équivalents aux actes qui ne sont pas accomplis par ce moyen et leurs effets juridiques sont identiques.

Article 6. Liberté dans le recours aux moyens électroniques

À défaut de disposition légale contraire, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique.

Les informations échangées au cours du processus contractuel peuvent être transmises par voie électronique si le destinataire a accepté, même tacitement, l'usage de ce moyen. Cette acception peut par exemple se déduire de l'utilisation des moyens électroniques par le destinataire.

Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique dès lors qu'il a communiqué son adresse professionnelle électronique.

Chapitre 3 - Accomplissement des règles de forme par voie électronique

Section 1 — Principes fondamentaux

Article 7. Principe d'équivalence fonctionnelle

§ 1er. Toute exigence légale ou réglementaire de forme est réputée satisfaite lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence ont été préservées.

Pour l'application du présent paragraphe, il est tenu compte du contexte et de l'objet de l'information à laquelle s'appliquent les exigences de forme, ainsi que de toutes les circonstances y ayant trait.

§ 2. Pour l'application du § 1er, il y a lieu de considérer que :

- l'exigence d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'Article 11, soit à l'Article 12 ;
- l'exigence d'un écrit est satisfaite dans les conditions prévues à l'Article 18;
- l'exigence d'un original est satisfaite dans les conditions prévues à l'Article 19 ;
- l'exigence d'exemplaires multiples est satisfaite dans les conditions prévues à l'Article 20 ;
- l'exigence d'une mention manuscrite est satisfaite dans les conditions prévues à l'Article 21 ;
- l'exigence d'un recommandé est satisfaite dans les conditions prévues à l'Article 22 ;
- l'exigence d'une facture est satisfaite dans les conditions prévues à l'Article 23.

Article 8. Principe de non-discrimination

Un acte ne peut être privé de son efficacité juridique sous prétexte que les exigences légales ou réglementaires de forme auquel il est soumis ont été accomplies par voie électronique.

Article 9. Objectifs poursuivis par les règles de forme

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent quelles que soient les finalités poursuivies par les règles forme. Sont notamment visées les formalités requises :

- à titre probatoire ;
- pour protéger l'un des cocontractants en position de faiblesse et constituant des conditions de validité de l'acte juridique ou
- pour protéger les tiers.

Article 10. Exclusions du champ d'application

Le présent chapitre ne s'applique pas aux contrats 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 des professions exerçant une autorité publique ;

c) les contrats de sûretés et garantie 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.

SECTION 2 - SIGNATURE

Sous-section 1. Principe d'assimilation

Article 11. Fonctions de la signature

Satisfait à l'exigence d'une signature tout procédé permettant d'authentifier l'identité du signataire et de marquer son adhésion au contenu de l'acte, pour autant que la fiabilité de ce procédé soit suffisante au regard de l'objet de l'information pour laquelle la signature est requise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.

Article 12. Signature électronique qualifiée

Lorsqu'un procédé de signature électronique préserve les fonctions minimales de la signature énoncées à l'Article 11 et qu'en outre, il constitue une signature électronique avancée, réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, ce procédé est assimilé de plein droit à une signature manuscrite, qu'il soit réalisé par une personne physique ou morale.

Sous-section 2. Activités du prestataire de services de certification délivrant des certificats qualifiés

Article 13. Accès à l'activité et missions du prestataire de services de certification

§ 1er. Sans préjudice de l'Article 4, l'accès à l'activité de prestataire de service certification est soumis aux exigences prescrites par la présente loi type.

§ 2. Préalablement à la délivrance d'un certificat, le prestataire de service de certification vérifie la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de signature.

Après avoir vérifié son identité et, le cas échéant, ses qualités spécifiques, le prestataire de service de certification délivre un ou plusieurs certificats à toute personne qui en fait la demande.

En ce qui concerne les personnes morales, le prestataire de services de certification tient un registre contenant le nom et la qualité de la personne physique qui représente la personne morale et qui fait usage de la signature liée au certificat, de telle manière qu'à chaque utilisation de cette signature, on puisse établir l'identité de la personne physique.

§ 2. Le prestataire de service de certification fournit un exemplaire du certificat au candidat titulaire.

§ 3. Le prestataire de service de certification conserve un annuaire électronique comprenant les certificats qu'il délivre et le moment de leur expiration.

Article 14. Révocation des certificats qualifiés

§ 1er. À la demande du titulaire du certificat, préalablement identifié, le prestataire de service de certification révoque immédiatement le certificat.

§ 2. Le prestataire de service de certification révoque également un certificat lorsque : 1° il existe des raisons sérieuses pour admettre que le certificat a été délivré sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité ou que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée;

2° le prestataire de service de certification arrête ses activités sans qu'il n'y ait reprise de celles-ci par un autre prestataire de service de certification garantissant un niveau de qualité et de sécurité équivalent;

3° le prestataire de service de certification est informé du décès de la personne physique ou de la dissolution de la personne morale qui en est le titulaire.

Le prestataire de service de certification informe le titulaire de certificat, sauf en cas de décès, de la révocation et motive sa décision. Un mois avant l'expiration d'un certificat, le prestataire de service de certification informe son titulaire de celle-ci.

§ 3. La révocation d'un certificat est définitive.

§ 4. Le prestataire de service de certification prend les mesures nécessaires afin de répondre à tout moment et sans délai à une demande de révocation.

§ 5. Immédiatement après la décision de révocation, le prestataire de service de certification inscrit la mention de la révocation du certificat dans l'annuaire électronique visé à l'Article 13, § 3.

La révocation est opposable aux tiers à partir de cette inscription.

Article 15. Responsabilité du prestataire de service de certification délivrant des certificats qualifiés

§ 1er. Un prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat présenté comme qualifié ou qui garantit au public un tel certificat est responsable du préjudice causé à tout organisme ou personne physique ou morale qui, en bon père de famille, se fie raisonnablement à ce certificat pour ce qui est de :

a) l'exactitude de toutes les informations contenues dans le certificat qualifié à la date où il a été délivré et la présence, dans ce certificat, de toutes les données prescrites pour un certificat qualifié;

b) l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;

c) l'assurance que les données afférentes à la création de signature et celles afférentes à la vérification de signature puissent être utilisées de façon complémentaire, dans le cas où le prestataire de service de certification génère ces deux types de données;

sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

§ 2. Un prestataire de service de certification qui a délivré à l'intention du public un certificat présenté comme qualifié est responsable du préjudice causé à un organisme ou à une personne physique ou morale qui se prévaut raisonnablement du certificat, pour avoir omis de faire enregistrer la révocation du certificat, sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

§ 3. Un prestataire de service de certification peut indiquer, dans un certificat qualifié, les limites fixées à son utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers. Le prestataire de service de certification ne doit pas être tenu responsable du préjudice résultant de l'usage d'un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées par le prestataire à son utilisation.

§ 4. Un prestataire de service de certification peut indiquer, dans un certificat qualifié, la valeur maximale des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, à condition que cette valeur soit discernable par des tiers. Le prestataire de service de certification n'est pas responsable des dommages qui résultent du dépassement de cette valeur maximale.

Article 16. Arrêt des activités du prestataire de services de certification délivrant des certificats qualifiés

§ 1er. Le prestataire de service de certification informe les autorités publiques compétentes [à préciser par l'État adoptant], dans un délai raisonnable n'excédant pas [à définir par l'État membre adoptant] jours, de son intention de mettre fin à ses activités de prestataire de service de certification qualifiée ainsi que de toute action qui pourrait conduire à la cessation de ses activités. Dans ce cas, il doit s'assurer de la reprise de celles-ci par un autre prestataire de service de certification garantissant un même niveau de qualité et de sécurité, ou à défaut, le prestataire de service de certification délivrant des certificats révoque les certificats deux mois après en avoir averti les titulaires. Dans ce cas, le prestataire de service de certification prend les mesures nécessaires pour satisfaire à l'obligation prévue à l'Annexe II, i).

§ 2. Le prestataire de service de certification qui arrête ses activités pour des raisons indépendantes de sa volonté ou en cas de faillite en informe immédiatement les autorités publiques compétentes [à préciser par l'État adoptant]. Il procède, le cas échéant, à la révocation des certificats et prend les mesures nécessaires pour satisfaire à l'obligation prévue à l'Annexe ii, i).

Article 17. Certificats délivrés à titre de certificats qualifiés par des prestataires de service de certification étrangers

§ 1er. Un certificat qualifié délivré à l'intention du public par un prestataire de service de certification qui est établi dans un État membre de la [à compléter] est assimilé aux certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi sur le territoire [de l'État adoptant].

§ 2. Les certificats délivrés à titre de certificats qualifiés à l'intention du public par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers sont reconnus équivalents, sur le plan juridique, aux certificats délivrés par un prestataire de service de certification établi sur le territoire [de l'État adoptant] :

a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées dans la présente loi type, vérifiées par les autorités compétentes

ou

b) si un prestataire de service de certification établi sur le territoire d'un État membre de la [à compléter], qui satisfait aux exigences visées dans la présente loi type, garantit le certificat

ou

c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu en application d'un accord bilatéral ou multilatéral entre la [à compléter] et des pays tiers ou des organisations internationales.

Section 3 - Écrit et autres formalités *ARTICLE 18. ÉCRIT*

L'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission, pour autant que les exigences d'intégrité et la pérennité de l'information, adaptées aux fins auxquelles celle-ci est destinée, aient été préservées.

Article 19. Original

L'exigence d'un original est satisfaite par tout procédé respectant les exigences cumulatives de l'écrit, au sens de l'Article 18, et de la signature, au sens de l'Article 11 ou de l'Article 12.

Article 20. Exemplaires multiples

L'exigence d'exemplaires multiples est satisfaite par tout procédé garantissant que les informations figurant dans le document sont conservées dans le respect des fonctions d'intégrité et de pérennité, tout en permettant à chacune des parties d'y avoir accès et de les reproduire.

Article 21. Mention manuscrite

L'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige, qui permet d'attirer l'attention de ce dernier, en authentifiant l'origine de la marque manuscrite et en préservant l'intégrité de l'information, peut être satisfaite par tout procédé garantissant que l'attention de celui qui s'oblige a été attirée avec la même efficacité.

Article 22. Recommandé

L'exigence d'un recommandé est satisfaite par tout procédé dans lequel un tiers dûment identifié intervient pour acheminer le message et qui établit avec un niveau de fiabilité élevé la réalité et la date de l'envoi d'une transmission de données électroniques et, le cas échéant, de leur réception par le destinataire du message.

Article 23. Facture

§ 1er. Eu égard à leurs fonctions fiscales, les factures doivent faire l'objet d'un écrit permettant d'assurer la lisibilité, l'intégrité et la pérennité du contenu. L'authenticité de l'origine doit également être garantie.

Parmi les méthodes susceptibles d'être mises en œuvre pour atteindre les finalités fiscales de la facture et assurer que ses fonctions ont été satisfaites figure la réalisation de contrôles de gestion qui établiraient une piste d'audit fiable entre une facture et une livraison de biens ou de services.

§ 2. Outre le type de contrôles de gestion décrits au § 1er, les méthodes suivantes constituent des exemples de technologies permettant d'assurer l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu d'une facture électronique :

a) une signature électronique qualifiée, telle que définie à l'Article 12 ;

b) un échange de données informatisées (EDI), compris comme le transfert électronique, d'un ordinateur à un autre, de données commerciales et administratives sous la forme d'un message EDI structuré conformément à une norme agréée, pour autant que l'accord relatif à cet échange prévoie l'utilisation de procédures garantissant l'authenticité de l'origine et l'intégrité des données.

Titre 2 - Dispositions exclusivement applicables aux transactions électroniques constituant des services de la société de l'information

Chapitre 1 - Champ d'application du présent titre Article 24. Champ d'application matériel et personnel

Le présent titre de la loi type s'applique à certains aspects juridiques des services de la société de l'information fournis par un prestataire, agissant en qualité de professionnel, à un destinataire de service, agissant en qualité de professionnel ou de consommateur.

Article 25. Champ d'application dans l'espace et droit applicable

Sans préjudice de la liberté dont disposent les parties de choisir la loi applicable, les services de la société de l'information régis par la présente loi type sont soumis à la loi [de l'État adoptant] sur le territoire duquel le prestataire exerce, d'une manière effective, une activité économique au moyen d'une installation stable et durable.

Par dérogation à l'alinéa 1er, les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur sont régis par la loi de l'État où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel exerce son activité dans l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ou, par tout moyen, dirige cette activité vers cet État ou vers plusieurs États, dont celui-ci et que la loi ainsi désignée soit plus favorable au consommateur que celle désignée par application de l'alinéa 1er. Si les parties conviennent de la loi applicable au contrat, ce choix ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé conventionnellement et qui auraient été applicables en l'absence de choix.

Par dérogation à l'alinéa 1er, la loi applicable aux obligations extracontractuelles constituant un service de la société de l'information est déterminée par le lieu de survenance du dommage ou par le lieu du fait générateur.

Chapitre 2 - Obligations générales d'information

Article 26. Informations relatives au prestataire

Sans préjudice des autres exigences d'informations, le prestataire d'un service de la société de l'information doit au moins garantir un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, 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, comprenant notamment son adresse de courrier électronique, étant entendu que l'un des moyens de communication proposés doit permettre d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui (un numéro de téléphone, par exemple) ;

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 duquel le prestataire est inscrit,

- le titre professionnel et l'État dans lequel il a été octroyé,

- une référence aux règles professionnelles applicables et aux moyens d'y avoir accès;

g) dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la taxe sur la valeur ajoutée, le numéro d'identification TVA.

Article 27. Informations relatives aux prix

Sans préjudice des autres dispositions légales ou réglementaires en matière d'indication des prix, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers sont indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

Chapitre 3 - Publicité en ligne

Section 1 — Principes de transparence et de loyauté

Article 28. Identification de la publicité

Toute publicité doit être clairement identifiable comme telle. Cet objectif peut être atteint en raison de son effet global, en ce compris sa présentation. À défaut, elle doit comporter la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque.

Article 29. Identification de la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite

La personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite doit être clairement identifiable.

Article 30. Offres promotionnelles - Jeux ou concours promotionnels

[Pour autant que ces pratiques soient autorisées dans l'État adoptant]

Les offres promotionnelles, telles que les annonces de réductions de prix, les offres conjointes ou tout autre cadeau, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque;

Les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation comprenant, le cas échéant le numéro d'autorisation dont le prestataire doit disposer, doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Article 31. Professions réglementées

Les publicités qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, sont autorisées, sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession.

Section 2 — Publicités non-sollicitées par courrier électronique

Article 32. Exigence du consentement préalable

L'utilisation du courrier électronique, de télécopieurs ou de systèmes automatisés d'appel et de communication sans intervention humaine (automates d'appel) à des fins de publicité est autorisée moyennant le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages.

Article 33. Exceptions à l'exigence du consentement préalable

Par dérogation à l'Article 32, tout prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable à recevoir des publicités par voie électronique :

1° auprès de ses clients, personnes physiques ou morales, lorsque chacune des conditions suivantes est remplie :

a) il a obtenu directement leurs coordonnées électroniques dans le cadre de la vente d'un bien ou d'un service, dans le respect des exigences légales et réglementaires relatives à la protection de la vie privée;

b) il exploite lesdites coordonnées électroniques à des fins de publicité exclusivement pour des biens ou services analogues à ceux que lui-même fournit;

c) il fournit à ses clients, au moment où leurs coordonnées électroniques sont recueillies, la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple et facile, à une telle exploitation.

2° auprès de personnes morales si les coordonnées électroniques qu'il utilise à cette fin sont impersonnelles.

Article 34. Droit d'opposition

§ 1er. Toute personne peut notifier directement à un prestataire déterminé, sans frais ni indication de motifs, sa volonté de ne plus recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique. Le prestataire concerné est tenu de :

1° délivrer, dans un délai raisonnable, un accusé de réception par courrier électronique confirmant à cette personne l'enregistrement de sa demande; 2° prendre, dans un délai raisonnable, les mesures nécessaires pour respecter la volonté de cette personne;

3° tenir à jour des listes reprenant les personnes ayant notifié leur volonté de ne plus recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique.

§ 2. Lors de l'envoi de toute publicité par courrier électronique, le prestataire : 1° fournit une information claire et compréhensible, sur le fond et dans la forme, concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités ;

2° indique et met à disposition un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique.

Article 35. Pratiques publicitaires interdites

Lors de l'envoi de publicités par courrier électronique, il est interdit au prestataire :

1° d'utiliser l'adresse électronique ou l'identité d'un tiers ;

2° de falsifier ou de masquer toute information permettant d'identifier l'origine du message de courrier électronique, son objet ou son chemin de transmission.

Article 36. Charge de la preuve

En cas de contestation, il incombe au prestataire de démontrer que l'envoi de publicités par courrier électronique a fait l'objet d'un consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages ou que les conditions de l'Article 33 étaient réunies.

Chapitre 4 - Contrats conclus à distance et par voie électronique

Section 1 — Règles applicables aux contrats conclus avec les consommateurs et avec les professionnels

Sous-section 1. Règles applicables avant la passation de la commande

Article 37. Obligations d'information

§ 1er. Sans préjudice des autres exigences légales ou réglementaires en matière d'information, le prestataire de services fournit au moins les informations mentionnées ci-après, formulées, sur le fond et sur la forme, de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe une commande par voie électronique :

a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ;

b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services, s'il est accessible ou non, ainsi que les modalités de cet archivage et les conditions de l'accessibilité ;

c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée ;

d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

§ 2. Le prestataire indique les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique.

§ 3. Les clauses contractuelles et les conditions générales des contrats conclus par voie électronique, fournies au destinataire, doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire.

Article 38. Moyens techniques permettant d'identifier et de corriger les erreurs

Le prestataire met à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande.

Sous-section 2. Règles applicables après la passation de la commande

Article 39. Accusé de réception

§ 1er. Lorsque le destinataire du service a passé une commande par voie électronique, le prestataire doit accuser réception de celle-ci sans délai injustifié et par voie électronique.

L'accusé de réception contient un récapitulatif de la commande.

§ 2. La commande et l'accusé de réception sont considérés comme reçus dans les conditions de l'Article 42, § 2.

Sous-section 3. Dispositions communes

Article 40. Dérogations conventionnelles possibles

Les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement aux dispositions de l'Article 37, §§ 1er et 2, de l'Article 38, de l'Article 39.

Article 41. Exclusions du champ d'application

Les dispositions de l'Article 37, §§ 1er et 2, de l'Article 38 et de l'Article 39 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes, existantes ou à venir.

Article 42. Moment et lieu de l'expédition et de la réception des messages

§ 1er. Le moment de l'expédition d'un courrier électronique, d'un accusé de réception, d'une confirmation écrite ou de tout autre message envoyé dans le cadre du processus contractuel est le moment où ce message quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, ou bien, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue.

§ 2. Le moment de la réception d'un message est le moment où celui-ci peut être relevé par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'un message à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où ce message peut être relevé par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'il a été envoyé à cette adresse. Un message est présumé pouvoir être relevé par le destinataire lorsqu'il parvient à l'adresse électronique de celui-ci.

§ 3. Un message est réputée avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement, ces lieux étant déterminés conformément à l'Article 25.

§ 4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information qui constitue le support de l'adresse électronique est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article.

Article 43. Utilisation de systèmes automatisés pour la conclusion des contrats

La validité ou la force probatoire ou exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système automatisé et d'une personne physique, ou bien par l'interaction de systèmes 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.

Section 2 — Règles applicables aux contrats conclus avec les consommateurs

Sous-section 1er. Obligations d'information

Article 44. Obligation d'information avant la conclusion du contrat

Sans préjudice des obligations d'information requises conformément à l'Article 37, avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre, le professionnel lui fournit également, sous une forme claire et compréhensible sur le fond et sur la forme, les informations suivantes :

a) concernant le prestataire, les données énumérées à l'Article 26 ;

b) concernant le bien ou le service, en ce compris les contenus numériques :

- ses principales caractéristiques, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au bien ou service concerné ;

- s'il s'agit d'un contenu numérique, ses fonctionnalités, et s'il y a lieu, les mesures de protection technique applicables et toute interopérabilité du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ;

c) concernant le prix :

- les données énumérées à l'Article 27 ;

- le cas échéant, le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance pour la conclusion du contrat, lorsque ce coût est calculé sur une base autre que le tarif de base ;

d) concernant le droit de rétractation :

- l'existence d'un droit de rétractation ou l'absence d'un tel droit, dans les hypothèses visées à l'Article 51 ;

- le cas échéant, si le consommateur peut bénéficier d'un droit de rétractation, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit, conformément à l'Article 48 et suivants ;

- le cas échéant, le fait que le consommateur devra supporter les frais de renvoi du bien en cas de rétractation et, si le bien, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste, le coût de renvoi du bien;

e) concernant les conditions auxquelles l'exécution du contrat est soumise :

- les modalités de paiement, de livraison (et l'existence d'éventuelles restrictions de livraisons) et d'exécution, la date à laquelle le professionnel s'engage à livrer les biens ou à exécuter les services et, le cas échéant, les modalités prévues par le professionnel pour le traitement des réclamations ;

- l'existence d'une assistance après-vente au consommateur, d'un service après-vente et de garanties commerciales, ainsi que les conditions y afférentes, le cas échéant;

- la durée du contrat, s'il y a lieu, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction tacite, les conditions de résiliation du contrat;

- la durée minimale des obligations du consommateur au titre du contrat, s'il y a lieu;

- l'existence d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur à la demande du professionnel, ainsi que les conditions y afférentes, le cas échéant;

- le cas échéant, la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de réclamation et de recours à laquelle le professionnel est soumis et les conditions d'accès à celle-ci.

Article 45. Contraintes d'espace ou de temps

Lorsque la technique de communication utilisée aux fins de la conclusion du contrat impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, le professionnel fournit, au moyen de cette technique de communication et avant la conclusion du contrat, au minimum les informations précontractuelles concernant les principales caractéristiques du bien ou du service, l'identité du professionnel, le prix total, le droit de rétractation, la durée du contrat et, dans le cas des contrats à durée indéterminée, les modalités pour mettre fin au contrat. Le professionnel fournit au consommateur les autres informations visées à l'Article 44 sous une forme adaptée, libérée de ces contraintes d'espaces ou de temps.

S'il apparaît que les finalités minimales des obligations d'information ont été atteintes moyennant la mise en place d'un autre procédé, fonctionnellement équivalent, cette obligation d'information est réputée satisfaite conformément aux dispositions légales ou réglementaires applicables.

Article 46. Obligation d'information après la conclusion du contrat

Le professionnel fournit au consommateur la confirmation du contrat conclu, par écrit et dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat à distance et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant l'exécution du contrat de service.

Cette confirmation comprend toutes les informations visées à l'Article 44, sauf si le professionnel a déjà fourni ces informations au consommateur par écrit avant la conclusion du contrat à distance.

Article 47. Charge de la preuve

La charge de la preuve concernant le respect des obligations énoncées dans la présente sous-section incombe au professionnel.

Sous-section 2. Droit de rétractation

Article 48. Conditions d'exercice du droit de rétractation

§ 1er. Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter d'un contrat à distance, sans avoir à motiver sa décision et sans avoir à supporter d'autres coûts que les frais directs de renvoi du bien.

§ 2. Le délai de quatorze jours calendrier commence à courir :

a) en ce qui concerne les contrats de service, du jour de la conclusion du contrat ;

b) en ce qui concerne les contrats portant sur des biens, du jour où le consommateur prend physiquement possession du bien

Article 49. Droits et obligations du consommateur

Le consommateur informe le professionnel, avant l'expiration du délai de rétractation, de sa décision de se rétracter du contrat. Le droit de rétractation est exercé dans les délais prescrits si la communication concernant l'exercice du droit a été envoyée avant l'expiration du délai.

Le consommateur renvoie ou rend les biens au professionnel ou à une personne habilitée par ce dernier à les réceptionner sans retard excessif et, en tout état de cause, au plus tard 14 jours calendrier suivant la communication de sa décision de rétractation au professionnel conformément à l'alinéa précédent, sauf si le professionnel propose de reprendre lui-même ces biens. Ce délai est réputé respecté si le consommateur a renvoyé les biens avant l'expiration du délai de 14 jours.

Le consommateur supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer correctement et suffisamment le consommateur qu'il doit les prendre en charge.

Article 50. Droits et obligations du professionnel

Le professionnel rembourse tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison, sans retard excessif et en tout état de cause dans les 14 jours calendrier suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter conformément à l'Article 49.

Le professionnel effectue le remboursement visé au premier alinéa en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur et pour autant que le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur.

Sauf si le professionnel propose de reprendre lui-même les biens, concernant les contrats de vente, il peut différer le remboursement jusqu'à récupération des biens, ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits.

Article 51. Exceptions au droit de rétractation

Aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur en ce qui concerne :

a) les contrats de service après que le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également pris acte qu'il perdrait son droit de rétractation une fois que le contrat aurait été pleinement exécuté par le professionnel;

b) la fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation;

c) la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés;

d) la fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;

e) la fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison;

f) la fourniture de biens qui, après avoir été livrés, et de par leur nature, sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles;

g) la fourniture de boissons alcoolisées dont le prix a été convenu au moment de la conclusion du contrat de vente, dont la livraison ne peut être effectuée qu'après 30 jours et dont la valeur réelle dépend de fluctuations sur le marché échappant au contrôle du professionnel;

h) la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison;

i) la fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications;

j) les contrats conclus lors d'une enchère publique;

k) la prestation de services d'hébergement autres qu'à des fins résidentielles, de transport de biens, de location de voitures, de restauration ou de services liés à des activités de loisirs si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique;

l) la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel, si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur ou si un moyen fonctionnellement équivalent au droit de rétractation permet de garantir le consentement du consommateur avec la même efficacité, le consommateur ayant pris acte qu'il perdrait son droit de rétractation.

Article 52. Charge de la preuve

Sous réserve des exigences prescrites à l'Article 49, la charge de la preuve concernant le respect des obligations énoncées dans la présente sous-section incombe au professionnel.

Chapitre 5 - Responsabilité des prestataires intermédiaires

Section 1 : Principes généraux

Article 53. Absence d'obligation générale de surveillance

Pour la fourniture des services visés à l'Article 55, à l'Article 56 et à l'Article 57, les prestataires de services n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent

ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

Cette absence d'obligation générale de surveillance, telle que prévue au § 1er, n'empêche pas les prestataires de services de rechercher volontairement les faits ou les circonstances révélant les activités illicites, pour autant que soient préservés, conformément aux règles en vigueur, le secret des communications électroniques et la protection de la vie privée des personnes concernées.

Article 54. Obligation particulière de surveillance et obligation de collaboration

§ 1er. Le principe énoncé à l'Article 53 ne vaut que pour les obligations à caractère général. Il n'empêche pas les autorités judiciaires compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi.

§ 2. Les prestataires visés à l'Article 54 ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient.

Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire.

En cas de non-respect, par le prestataire, des obligations prévues par le présent article, la sanction pénale suivante s'applique [à déterminer par l'État adoptant étant entendu que la sanction doit être effective, proportionnée et dissuasive].

Section 2 : Exonération de responsabilité pour certaines activités exercées par les prestataires intermédiaires

Article 55. Activité de simple transport

§ 1er. En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services n'est pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire:

a) ne soit pas à l'origine de la transmission;

b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission

et

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

§ 2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Article 56. Activité de stockage sous forme de copie temporaire des données

En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire n'est pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:

a) le prestataire ne modifie pas l'information;

b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;

c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;

d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information

et

e) le prestataire agisse promptement pour rendre l'accès impossible à l'information stockée dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité judiciaire ou administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible et pour autant qu'il agisse dans le respect de la procédure prévue à l'Article 57, § 3.

Article 57. Activité d'hébergement

§ 1er. En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, à l'issue de contrôles volontaires ou sur la base d'informations sérieuses communiquées par un tiers, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Le prestataire ne bénéficie de l'exonération de responsabilité établie à l'alinéa précédent que s'il n'a joué aucun rôle actif à l'égard des données.

§ 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

§ 3. Lorsque le prestataire a une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite, il les communique sur le champ au [magistrat de l'ordre judiciaire désigné par l'État adoptant], qui prend les mesures utiles quant à la saisie des données. Aussi longtemps que ce magistrat n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations.

Si le magistrat désigné au § 3 ne s'est pas prononcé dans les quarante-huit heures suivant la communication qui lui a été faite, le prestataire conserve le bénéfice de l'exonération de responsabilité même s'il met fin aux mesures visant à empêcher l'accès aux informations et pour autant que l'illicéité ne soit pas manifeste.

Chapitre 6 - Sanctions

[L'État adoptant peut également prendre d'autres sanctions civiles, pénales ou administratives, applicables en cas de violation des dispositions adoptées en vue de transposer les règles établies par la présente loi type, pour autant que ces sanctions soient effectives, proportionnées et dissuasives.

Il veille également à prendre les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre.]

Article 58. Sanction civile

Dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, le juge peut annuler le contrat ou appliquer toute autre mesure proportionnée permettant d'éviter ou de réparer le préjudice subi par le consommateur suite à l'inobservation des dispositions du chapitre 4 du présent titre de la loi type.

Ces mesures sont d'application sans préjudice des autres sanctions susceptibles d'être mises en œuvre par le consommateur sans l'intervention des cours et tribunaux et en particulier :

- l'octroi au consommateur d'un droit de rétractation lorsque le professionnel ne l'a pas informé qu'il ne possédait pas un tel droit, en violation de l'Article 44 ou de l'Article 46 ;

- l'octroi au consommateur d'un droit de rétractation, aussi longtemps que le professionnel ne l'a pas informé qu'il disposait d'un tel droit, en violation de l'Article 44 ou de l'Article 46, sans possibilité pour le professionnel de réclamer une quelconque indemnité pour l'utilisation du bien ou du service pendant cette période.

TITRE III - DISPOSITIONS DIVERSES

Article 59. Codes de conduite

§ 1er. L'État adoptant encourage:

a) l'élaboration, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs ou par toute association représentative de la société civile, de codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des dispositions de la présente loi type ;

b) l'accessibilité par voie électronique des codes de conduite dans les langues de l'État adoptant ;

c) la communication à l'État adoptant, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs ou par toute association représentative de la société civile, de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs aux transactions électroniques ;

d) l'établissement de codes de conduite pour ce qui a trait à la protection des mineurs et de la dignité humaine.

§ 2. L'État adoptant encourage les associations ou les organisations représentant les consommateurs, ainsi qu'à toute association représentative de la société civile, à participer à l'élaboration et à l'application des codes de conduite ayant des incidences sur leurs intérêts et élaborés en conformité avec le paragraphe 1, point a). Le cas échéant, les associations représentant les personnes souffrant d'un handicap visuel et, de manière générale, les personnes plus vulnérables devraient être consultées afin de tenir compte de leurs besoins spécifiques.

Article 60. Règlement extrajudiciaire des litiges

§ 1er. L'État adoptant veille à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services et le destinataire du service, sa législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.

§ 2. L'État adoptant encourage les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.

ANNEXES

ANNEXE I - Exigences concernant les certificats qualifiés Tout certificat qualifié doit comporter:

a) une mention indiquant que le certificat est délivré à titre de certificat qualifié;

b) l'identification du prestataire de service de certification ainsi que le pays dans lequel il est établi;

c) le nom du signataire ou un pseudonyme qui est identifié comme tel;

d) la possibilité d'inclure, le cas échéant, une qualité spécifique du signataire, en fonction de l'usage auquel le certificat est destiné;

e) des données afférentes à la vérification de signature qui correspondent aux données pour la création de signature sous le contrôle du signataire;

f) l'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat;

g) le code d'identité du certificat;

h) la signature électronique avancée du prestataire de service de certification qui délivre le certificat;

i) les limites à l'utilisation du certificat, le cas échéant et

j) les limites à la valeur des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, le cas échéant.

ANNEXE II - Exigences concernant les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés

Les prestataires de service de certification doivent:

a) faire la preuve qu'ils sont suffisamment fiables pour fournir des services de certification;

b) assurer le fonctionnement d'un service d'annuaire rapide et sûr et d'un service de révocation sûr et immédiat;

c) veiller à ce que la date et l'heure d'émission et de révocation d'un certificat puissent être déterminées avec précision;

d) vérifier, par des moyens appropriés et conformes au droit national, l'identité et, le cas échéant, les qualités spécifiques de la personne à laquelle un certificat qualifié est délivré;

e) employer du personnel ayant les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture des services et, en particulier, des compétences au niveau de la gestion, des connaissances spécialisées en technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées; ils doivent également appliquer des procédures et méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues;

f) utiliser des systèmes et des produits fiables qui sont protégés contre les modifications et qui assurent la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assument;

g) prendre des mesures contre la contrefaçon des certificats et, dans les cas où le prestataire de service de certification génère des données afférentes à la création de signature, garantir la confidentialité au cours du processus de génération de ces données;

h) disposer des ressources financières suffisantes pour fonctionner conformément aux exigences prévues par la présente loi type, en particulier pour endosser la responsabilité de dommages, en contractant, par exemple, une assurance appropriée;

i) enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant le délai utile, en particulier pour pouvoir fournir une preuve de la certification en justice. Ces enregistrements peuvent être effectués par des moyens électroniques;

j) ne pas stocker ni copier les données afférentes à la création de signature de la personne à laquelle le prestataire de service de certification a fourni des services de gestion de clés; k) avant d'établir une relation contractuelle avec une personne demandant un certificat à l'appui de sa signature électronique, informer cette personne par un moyen de communication durable des modalités et conditions précises d'utilisation des certificats, y compris des limites imposées à leur utilisation, de l'existence d'un régime volontaire d'accréditation et des procédures de réclamation et de règlement des litiges. Cette information, qui peut être transmise par voie électronique, doit être faite par écrit et dans une langue aisément compréhensible. Des éléments pertinents de cette information doivent également être mis à la disposition, sur demande, de tiers qui se prévalent du certificat;

l) utiliser des systèmes fiables pour stocker les certificats sous une forme vérifiable de sorte que:

- seules les personnes autorisées puissent introduire et modifier des données,

- l'information puisse être contrôlée quant à son authenticité,

- les certificats ne soient disponibles au public pour des recherches que dans les cas où le titulaire du certificat a donné son consentement et

- toute modification technique mettant en péril ces exigences de sécurité soit apparente pour l'opérateur.

ANNEXE III - Exigences pour les dispositifs sécurisés de création de signature électronique

1. Les dispositifs sécurisés de création de signature doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que:

a) les données utilisées pour la création de la signature ne puissent, pratiquement, se rencontrer qu'une seule fois et que leur confidentialité soit raisonnablement assurée;

b) l'on puisse avoir l'assurance suffisante que les données utilisées pour la création de la signature ne puissent être trouvées par déduction et que la signature soit protégée contre toute falsification par les moyens techniques actuellement disponibles;

c) les données utilisées pour la création de la signature puissent être protégées de manière fiable par le signataire légitime contre leur utilisation par d'autres.

2. Les dispositifs sécurisés de création de signature ne doivent pas modifier les données à signer ni empêcher que ces données soient soumises au signataire avant le processus de signature.

ANNEXE IV - Recommandations pour la vérification sécurisée de la signature

Durant le processus de vérification de la signature, il convient de veiller, avec une marge de sécurité suffisante, à ce que:

a) les données utilisées pour vérifier la signature correspondent aux données affichées à l'intention du vérificateur;

b) la signature soit vérifiée de manière sûre et que le résultat de cette vérification soit correctement affiché;

c) le vérificateur puisse, si nécessaire, déterminer de manière sûre le contenu des données signées;

d) l'authenticité et la validité du certificat requis lors de la vérification de la signature soient vérifiées de manière sûre;

e) le résultat de la vérification ainsi que l'identité du signataire soient correctement affichés;

f) l'utilisation d'un pseudonyme soit clairement indiquée et

g) tout changement ayant une influence sur la sécurité puisse être détecté.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

- Adresse IP : 509, **534 s.**
- Anonymat : **258**, 261, 509, 532, 533, 569.
- Autorité de certification ou prestataire de services de certification : 470, 475.
- Bail à usage professionnel : 335, **339 s.**
- BEAC : 254.
- Blanchiment d'argent : **256 s.,** 509.
- Certificat électronique : **476**, 478.
- COBAC : 236, 239, 253, 258.
- Concurrence : 4, 62, 67, 85, **109**, 126.
    - Marché pertinent : **193 s.**
    - Pratiques anticoncurrentielles : **168 s.**
- Conditions générales : 111, 119, 401, 402, 407.
- Consommateur (Protection du) : 372, 394, 499, 582.
    - Accusé de réception : 383, 384.
    - Action préventive : 407.
    - Clause abusive : 370, 371, **400 s**.
    - Consentement : **373**, 382, 384, 385, 388, **395**, 399, 403, 416 s., 499.
    - Droit de rétractation : 378, **385 s**.
    - Obligation d'information : 327, 372, **375 s**., 394, 443, 544.
- Contrat d'adhésion : 381, **401 s**., 497, 503.
- Coopération judiciaire : 514, 516 s.
- Cryptographie : 418, 485, 487.
    - Signature électronique à clé publique avancée : 492.
    - Système à clé privée ou cryptographie symétrique : 487.
    - Système à clé publique ou cryptographie asymétrique : 485, 487.
- Cybercriminalité : 514, 515, 517, 525, 572.
- Données personnelles : 29, 417, 423 s., 540.

- Douane : 3, 206, 211 s.
    - Cordon douanier : 226 s.
    - Transit : 281 s.
- Écrit électronique : 273, 296, 462, 465, 469, 471, 501, 504.
    - Équivalence technologique : 460 s.
    - Neutralité technologique : 458, 459.
- Exigences essentielles : 61.
- Facilités essentielles : 178, 181.
- Fiscalité : 166, **205 s**.
- Fonds de commerce : 224, 299, 305, **333 s.**, 524, 580.
- GPS : 218 s.
- Interconnexion : **62 s.**, 70, 108, 131, 575.
- Interopérabilité : 70, **170 s.**, 245, 246, 291, 480, 575.
- Liberté : 526, 527, 532.
    - Contractuelle : 373, 492, 503.
    - D'établissement : 67, 73 s.
    - D'expression : 567, 416.
    - De commerce électronique : 166, 297, 350 s., 474.
    - De communications électroniques : 50 s., 166.
    - De signature électronique
- Libertés communautaires : 3, 46, 165, 293.
    - Libre circulation des Capitaux : 230.
    - Libre circulation des marchandises : 69.
    - Libre circulation des Personnes : 40.
    - Libre circulation des Services : 67, 69, 70, 72.
- Mineurs : 421, 436 s.
    - Contrôle parental : 441 s.
    - Pédopornographie ou pornographie enfantine : 440, 444, 511, 530.
- Nom de domaine : 22, **303 s.**, 347, 348, 580.
    - .CM : 199, 305, 308, 312.
    - .GA : 312.

- .TD : 305.
- Cybersquatting : 321, 449.
- Typosquatting : 321, 327, 449.

- Numérisation : 267.
- Place de marché électronique : **182 s**., 191, 547.
- Prestataires techniques
  - Contenu illicite ou manifestement illicite : 529, 530, 551, 555, 556, 567.
  - Éditeurs : 440, 539, 546, **560 s**.
  - Fournisseur d'accès : 180, 336, 443, 548 s.
  - Hébergeurs : 336, **345**, 552, 529, 544 s., 556, 558, 560, 561, 563, 564.
  - Obligation d'identification : 532 s.
  - Obligation de précaution : 433, 438, 440, 470, 529.
- Preuve électronique : 454 s.
  - Conflit de preuve littérale : 501 s.
  - Convention de preuve : 503.
  - Principe d'assimilation ou de non-discrimination : 492, 502.
- Publicité : 412 s.
  - Appel à candidatures : 87.
  - Non sollicitée, spam : 413 s.
  - Opt-in / Opt-out : 417.
  - SMS : 69, 417.
- Reconnaissance mutuelle : 3, 76, 77, 476.
- Référencement : 323 s., 346.
  - Adword : 326, 329 s.
  - *Méta-tags* : 325, 326.
- Régimes des activités de communications électroniques : 75.
  - Agrément : 59.
  - Autorisation : 56, 60, 61, 74, 131.
  - Concession : 57.
  - Déclaration : 61
  - Licence : 58.

- Régulation : 24 s., 117.
  - ANR : 120 s.
  - ANTIC : 475.
  - ART : 133, 141, 142.
  - Autorégulation : 119.
  - Autorité de régulation : 61, 105, **121 s.**
  - Contrôle des tarifs : 108, 112 s.
  - Corégulation : 26 s.
  - CTR : 117, 154 s.
- Réseaux de distribution : 350 s.
- Service universel : **79 s.**, 131, 156.
- Services de certification électronique : 474, 476, 478, 482.
- Services financiers : 230, **232 s**.
  - BVMAC : 247.
  - Carte CB OMAC : 251.
  - Carte OMAC VISA : 251.
  - Ecard : 253.
  - EME : 237, 239.
  - M-money : 254.
  - Monnaie électronique, monnaie virtuelle : 192, 218, 238, 243, 245, 253 s.
  - Monopole bancaire : 236 s.
  - OMAC : 32, 232, 245, 246, 251.
  - SMAC : 232, 245.
  - Système Monétique Interbancaire : 245, 246.
- Signatures électroniques : 275, 278, 469, 470, **472 s**.
- Signe distinctifs : 300 s.
  - Enseigne : 318, 319, 334.
  - Marques : 300, 311, **312 s.**, 327, 329, 332, 348.
  - Nom commercial : 319, 320, 334, 347, 348, 349.
- Transport : 41, 230, **264 s.**

- TVA : 210, 215, 217, 219, 282.
- UIT : 62, 85, 91, 153.
- Vie privée : **411**, 416, 417, 424, 429, 436, 441, 509, 556, 566

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

A- OUVRAGES GÉNÉRAUX

1-. BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11ème édition, Monchrestien, Domat, 2007, 713 pages.

2-. BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, 1ère édition, PUF, 1993, 1180 pages.

3-. BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, 2ème édition, Paris, L.G.D.J., 1976, 222 pages.

4-. BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires, Commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, 3ème édition, 2002, 605 pages.

5-. BOKALLI (V. E.) et SOSSA (D. C.), *OHADA, Droit des contrats de transport de marchandises par route*, Bruylant, Bruxelles, Coll. Droit uniforme africain, 2006, 169 pages.

6-. BUREAU (H.), *Le droit de la consommation transfrontière*, LITEC, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999, 430 pages

7-. CARBONNIER (J),

- *Droit Civil, 1, Les personnes*, 19ème édition, PUF 1994, 390 pages.
- *Droit civil, Introduction*, PUF, 20ème édition, 1991, 364 pages.

8-. COHEN-TANUGI (L.) et al., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations, Analyses juridique, économique et comparative Europe, États-Unis, Japon*, Coll. Droit/Economie, De Boeck-Larcier, 2ème édition, 1998, 644 pages.

9-. COLIN (F.), *L'Essentiel des grands arrêts de droit administratif 2011-2012*, 3ème édition, Gualino Editeur, 2011, 208 pages.

10-. De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), Traité de droit commercial, T. 1, 4ème édition, Monchrestien, 1988, 985 pages.

11-. DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union Européenne*, 3ème édition, 2008, manuel, LGDJ, 627 pages.

12-. DEKEUWER DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E), *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 10ème édition, Montchrestien, Domat droit privé, 2010, 528 pages.

13-. DEMOLOMBE (C.), *Cours de code civil*, T. 12, (Ts XXIV et XXV de l'édition française), 1868, Bruxelles, J. Stienon Éditeur, 487 pages.

14-. DOMAT (J.), *Œuvres complètes*, nouvelle édition revue et corrigée par REMY (J.), Tome I, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », Paris, Didot Père et Fils, 1835, 559 pages.

15-. DUBOUIS (L.) et BLUMAN (C.), *Droit matériel de l'Union Européenne*, 4ème éd., Montchrestien, Domat, Droit Public, 2006, 676 pages.

16-. FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, 4ème édition, LITEC, LexisNexis, 2006, 375 pages.

17-. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, les obligations, I- L'acte juridique*, 15ème édition, Sirey-Université, 2012, 530 pages.

18-. FRANKLIN (B.), *Essais de morale et d'économie politique*, Paris, Hachette et cie, 1867, 348 pages.

19-. GATSI (J.), *Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA*, 2ème édition, PUL, 2008, 206 pages.

20-. GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4° éd., Paris, L.G.D.J.**,** 1994, 891 pages.

21-. GLAIS (M.) et LAURENT (P.), *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, 536 pages.

22-. GLELE-AHANHANGO, *Introduction à l'Organisation de l'Unité Africaine et aux organisations régionales africaines*, Paris, LGDJ, 1986, 574 pages.

23-. GRYNFOGEL (C.) et MARTHAN (J.), *L'essentiel du droit de la concurrence*, éd. Gualino 2010, 128 pages.

24-. GUILHAUDIS (J.-F.), *Relations internationales contemporaines*, LITEC, coll. Manuels Juris-Classeur, Paris 2002, 856 pages.

25-. GUYON (Y.) *Droit des Affaires, T.1 Droit Commercial Général et Sociétés Commerciales*, Economica, 6ème édition, 1990, 970 pages.

26-. HAFNER (K.), *Where Wizards Stay Up Late : The Origins of the internet*, Simon & Schuster, 1999, 304 pages.

27-. HASS (E.), *The Uniting in Europe*, Stanford University Press, 1958, 552 pages.

28-. ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAWADOGO (F. M.) (Sous la coordination de), *OHADA*, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, juriscope 2002, 2ème édition, 958 pages.

29-. KENGUEP (E.), *Droit des transports OHADA et CEMAC*, éditions GRAF, 2012, 441 pages.

30-. L'HEUREUX (N.), *Droit de la consommation*, 4e édition, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1993.

31-. LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (C.) et PAULIAT (H.), *Droit des services publics*, 3e éd., Armand Colin, 2004, 533 pages.

32-. LE TOURNEAU (P.), *L'Éthique des affaires et du management au XXIème siecle*, Essai, Dalloz Dunod, 2012, version Html : http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/media/EthiqueAffaires.htm.

33-. LIMBEL (H.), *The International theories of integration*, London, 1964.

34-. LOQUIN (E.) et KESSEDJIAN (C.), (sous la direction de.), *La mondialisation du droit*, coll. Travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI), volume 19, Litec, 2000, 612 pages.

35-. MESTRE (J.) et RODA (J.-C.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, 1106 pages.

36-. MENJUCQ (M.), *Droit des Affaires*, 5ème édition, Gualino éditeur, 2008, 168 pages.

37-. NAUGHTON (J.), *A Brief History of the Future: From Radio Days to internet Years in a Lifetime*, New York, Overlook Press, 2001, 327 pages.

38-. PARIENTE (M.), *Les Groupes de Sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Litec, 1993, 334 pages.

39-. PERROUX (F.), *La coexistence pacifique*, PUF, 1958, 666 pages.

40-. POUGOUE (P.-G.) (sous la coordination de), *Encyclopédie du Droit OHADA*, Lamy, Décembre 2011, 2200 pages.

41-. POUGOUE (P.-G.) et FOKO (A.), *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUA, Coll. Vademecum, 2005, 263 pages.

42-. RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 1951, 358 pages.

43-. SCHAPIRA (J.), Le TALLEC (G.), et BLAISE (J.-B.), *Droit européen des affaires*, Thémis Droit privé, PUF, 4ème édition, 1994, 752 pages.

44-. STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Obligations, 2- Contrat*, Litec, 3ème édition, 1989, 808 pages.

45-. TCHAKOUA (J.-M.), Introduction générale au droit camerounais, Presses de l'UCAC, 2008, 335 pages.

46-. WODIE (F.), *Les institutions internationales régionales en Afrique Occidentale et Centrale*, LGDJ, coll. Bibliothèque africaine et malgache, T. IX, Paris, 1970, 274 pages.

B- OUVRAGES SPÉCIFIQUES

1-. ABI-SAAB (Dir), *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris, 1979, 292 pages.

2-. AKUETE PEDRO (S.) et YADO TOE (J.), OHADA, *Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 478 pages.

3-. BENSOUSSAN (A.), et COPIN (C.), *Le Livre Blanc de la signature électronique*, Éditions Analyses et Syntheses, Novembre 1999, 69 pages.

4-. BERTRAND (A.) et PIETTE-COUDOL (T.), *internet et le droit*, PUF, Que sais-je?, Collection Encyclopédie, 2000, 127 pages.

5-. BOCHURBERG (L.), *Internet et commerce électronique*, 1ère édition, Encyclopédie Delmas, 1999, 334 pages.

6-. CATALA (P.) ; *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina* ; PUF, coll. Droit, Éthique, Société, Paris, mai 1998, 345 pages.

7-. DIFFO TCHUNKAM (J.), *Droit des activités économiques et du commerce électronique, l'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, L'Harmatan, 2011, 270 pages.

8-. FERAL-SCHUHL (C.), *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 6ème édition, 2010, 1009 pages.

9-. GOLA (R. V.), *Droit du commerce électronique, Guide pratique du e-commerce*, Gualino Editeur, 2013, 624 pages.

10-. GUILLAUME (M.), *L'empire des réseaux*, Paris, Éd. Descartes & Cie, 1999, 157 pages.

11-. GUILLEMARD (S.), *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Éditions Yvon Biais, 2006, 460 pages.

12-. LE TOURNEAU (P.),

13-. *Contrats informatiques et électroniques*, 7ème édition, Dalloz, Coll. Dalloz référence, 2012, 490 pages.

14-. LINANT De BELLEFONDS (X.), et HOLLANDE (A.), *Pratique du droit de l'informatique : Logiciel - Systèmes - Multimédia - Réseaux*, 4ème édition, Delmas, 1998, 328 pages.

15-. LUCAS (A.), *Le droit de l'informatique*, PUF, Thémis Droit, 1ère édition, 1987, 551 pages.

16-. MODI KOKO BEBEY (H.-D.), *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) : Tome 1, Droit commercial général et droit de la concurrence*, Dianoia, coll. Jus Data, 2009, 207 pages.

17-. N'KODIA (C.), *L'intégration économique : Les enjeux pour l'Afrique Centrale*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques Économiques, 2000, 200 pages.

18-. RABAGNY-LAGOA (A.), *Droit du commerce électronique*, Éd. Ellipses, Coll. Mise au point, 2011, 144 pages.

19-. STROWEL (A.) et TRIAILLE (P.), *Google et les nouveaux services en ligne : impact sur l'économie du contenu et des questions de propriété intellectuelle*, Larcier, 2008, 272 pages.

20-. TRUDEL (P.), ABRAN (F.), BENYEKHLEF (K.) et HEIN (S.), *Droit du cyberespace*, Thémis éditeur, 1997, 1296 pages.

21-. VERBIEST (T.), *Le nouveau droit du commerce électronique*, éd. Larcier, Collection Droit des technologies, 2005, 234 pages.

II- ARTICLES

1-. ABOMO (M.-L.), ‘’Les particularismes et les zones d’ombre de la répression des pratiques anticoncurrentielles dans la zone CEMAC’’, in *Juridis Périodique*, n° 70, avril-mai-juin 2007, pp. 110-116.

2-. ADDA (J.), ‘’Les règlements des différends devant l’ARCEP dans le domaine des communications électroniques’’, in *Concurrences*, n° 4-2010 – pp. 75-84, version Html, www.concurrences.com.

3-. AMEGEE (M.), ‘’La protection des mineurs sur internet : la problématique de la pornographie’’, version électronique : http://www.themis.u-3mrs.fr/amegee/protectionmineursinternet.doc.

4-. AMIN HAJJI, ‘’internet, services boursiers et prestations d’assistance juridique’’, communication lors du Séminaire de la CCI – Maroc sur *le commerce électronique. Expérience internationale et émergence nationale*, Casablanca 19 mai 2000.

5-. AUGUET (Y.), ‘’L’équilibre, finalité du droit de la concurrence’’, in *Mélanges en l’honneur d’Yves SERRA*, Dalloz 2006, PP. 29 et s.

6-. BARBET (P.), ‘’Commerce électronique et régulation des échanges internationaux’’, http://ses.telecom-paristech.fr/bourreau/Cours/Article_Barbet.pdf, consultée le 12 octobre 2011,

7-. BARBRY (E.), ‘’Le droit de l’internet est devenu au fil des années un droit « spécial »’’, in *Gazette du Palais*, n° 296, 23 octobre 2010, P. 14.

8-. BAREL (M.), ‘’Délits informatiques et preuve, Le défi de l’impossible ?’’, communication au Symposium sur *La sécurité des Technologies de l’Information et de la Communication*, Rennes, 1-3 juin 2005.

9-. BENICHOU (D.), ‘’Le Juge pénal, ses attentes, une preuve sûre et intelligible’’, communication au Colloque du 13 Avril 2010 à la Première Chambre de la Cour d’Appel de PARIS *La preuve numérique à l'épreuve du litige*, http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf

10-. BENZONI (L.), ‘’La place de marché est-elle proconcurrentielle ?’’, communication à l’Atelier : internet et Concurrence,

http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm

11-. BICK (J.), "intellectual Property Infringement by ISPs internet service providers could be liable for infringement under the DMCA", in *New Jersey Law Journal*, July 23, 2001.

12-. BINOCHE (E.), Communication au colloque : *La justice à l'épreuve de la preuve immatérielle*, Mercredi 21 novembre 2007 Maison du Barreau à Paris,

13-. BLANCHÉ (J.) et NKOLWOUDOU (R.), ‘’Afrique : l'harmonisation des régulations des télécoms devient une urgence’’, www.acpnumerique.org, 27 octobre 2006.

14-. BONASSIES (P.), ‘’Le connaissement, évolution historique et perspectives’’, in *Annales I.M.T.M.* 1984, Edisud, p.105.

15-. BROUSSE (F.), ‘’Conservation des données : les entreprises au même régime que les FAI’’, 22/03/2005, www.journaldunet.com.

16-. BRUNET (F.), ‘’Commerce électronique et droit de la concurrence’’, in *Petites affiches*, 06 février 2004 n° 27.

17-. BUIGUES (P. A.) et URRUTIA (B.), les enjeux pour la concurrence des marchés lies à internet et au commerce électronique, in *Gazette du Palais*, n° 176, 24 juin 2000, P. 6.

18-. CACHARD (O.), “ Formalisme et dématérialisation du connaissement”, in *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1998/3, Doctrine, p. 24-30. Version Html, www.lexmaritima.com.

19-. CANAL-FORGUES (E.), ‘’Mutations de l'ordre juridique international et système de règlement de différends de l'OMC’’, http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/omc/ECF.pdf.

20-. CANIVET (G.), ‘’Des obstacles juridiques à l’action de groupe’’, Communication au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l’association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », www.courdecassation.fr.

21-. CANNAC (Y.) et GAZIER (F.), ‘’Études sur les autorités administratives indépendantes’’, in *E.D.C.E.* 1983/1984 n° 35.

22-. CAPRIOLI (E. A.),

- ‘’Anonymat et commerce électronique’’, in *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique*, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, coll. Actualités de droit de l'entreprise, Litec, 2002, http://www.caprioli-avocats.com.
- ‘’Aperçus sur le droit du commerce électronique (international)’’, http://www.caprioli-avocats.com.
- ‘’La normalisation internationale des documents de transport maritime non négociables’’, in *Annuaire de Droit Maritime*, tome XIII, 1995, pp. 177 à 200, version Html, juin 2005 http://www.caprioli-avocats.com.
- ‘’L'agent électronique et le contrat’’, in *Les deuxièmes journées internationales du commerce électronique*, Sous la direction scientifique de E. Caprioli, Paris, Litec, Act. Dr. de l'entr., t. 22, 2005, p. 213 s.
- ‘’Le juge et la preuve électronique’’, 10 janvier 2000, www.juriscom.net.
- ‘’Que veut dire neutralité technologique, du concept au principe général de droit’’, Conférence : Dorit du commerce électronique, un droit différent ? Université de Montréal, 02 octobre 2008, version vidéo, http://www.gautrais.com/IMG/wmv/1a_Eric_Caprioli.wmv.
- ‘’Signature et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen’’, 31 août 2005, www.caprioli-avocats.com.

23-. CAPRIOLI (É. A.) et SORIEUL (R.), ‘’Le commerce international électronique : vers l’émergence de règles juridiques transnationales’’, *Journal de droit international* (1997) 2 -323, PP.380-382.

24-. CASTETS-RENARD (C.), ‘’Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrété’’ In *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006 n° 20, p. 1529.

25-. CATALA (P.) et GAUTIER (P.-Y.), ‘’L’audace technologique de la Cour de cassation’’, in *J.C.P*. éd. G, 1998, p.905.

26-. CHAMPSAUR (P.), ‘’La corégulation en droit des communications électroniques‘’, in *La lettre de l’Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes*, Novembre-décembre 2008, p. 23.

27-. CHANDLER (J. F.), ‘’Maritime electronic commerce update’’, communication au séminaire CNUDCI/CLA, New York, février 2000, p. 22.

28-. CHARBIT (N.), ‘’Faut-il avoir peur du Wap-lock ? La protection des investissements au regard du droit de la concurrence et les pratiques de pré-programmation des terminaux de télécommunication’’, in *Comm. Com. Elec*., nov. 2000, chron. n° 22.

29-. CHARBONNEAU (C.) et PANSIER (F.-J.), ‘’Le droit de la «preuve» est un totem moderne (le commerce électronique)’’, in *Gazette du Palais*, 01 avril 2000 n° 92, p. 2.

30-. CHAZAL (J.-P.),

- ‘’Le consommateur existe-t-il ?’’, *D*. 1997, chron. 260.
- ‘’Justice contractuelle’’, *Dictionnaire de la justice*, CADIET (L.) (Dir.), Paris, PUF, 2004, http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-po.fr.droit/files/users/aude.epstein/Justice%20contractuelle.pdf.

31-. CLAVIER (J.-P.), ‘’E-Publicité – Quelques réflexions en attendant la position de la Cour de Justice des Communautés européennes*’’,* The 17th annual conférence : « The electronic transactions conference », UAE University, Abu Dhabi, 19-20 mai 2009, http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/PDF%201%20English/e8.pdf.

32-. COHEN (C.) et WILHELIN (P.), ‘’Réseau de distribution et internet, étude des dernières décisions’’, Décembre 2006 , version électronique, http://www.conseil-concurence/fr/pdf/avis/06d24.pdf.

33-. COLLARD (P.) et FLAJOLET (P.), ‘’Algorithmique’’, in *Encyclopaedia Universalis* 2010.

34-. CRACKNELL (D.), ‘’La banque électronique pour les pauvres’’, in *Fiche de synthèse Nº 31 de MicroSave*, http://www.lamicrofinance.org/files/18492_file_BN_31_Electronic_Banking_For_the_Poor_french.pdf.

35-. CRID, ‘’commentaire de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques’’ 2001, www.uncitral.org.

36-. DANG N'GUYEN (Godefroy), ‘’internet et la délimitation des marchés pertinents : un point de vue économique’’, communication à l’Atelier : internet et Concurrence, http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet4.htm

37-. DAVIO (E.),

- ‘’Anonymat et autonomie identitaire sur internet’’, in *Cahiers du C.R.I.D.*, (Sous la direction de Etienne Montero), *Droit des technologies de l'information, Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- ‘’Preuve et certification sur internet’’, in *Rev. Droit Com.* (Belge), 1997, p.666.

38-. De LAMBERTERIE (I.), ‘’Le contrat électronique’’, communication à la Conférence organisée par le Programme international de cooperation scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, *Multiplicité des contrats électroniques*, http://www.lex-electronica.org/docs/articles_110.pdf.

39-. DECOOPMAN (N.), ‘’Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes’’, in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, version électronique, http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/nicole_decoopman.pdf_4a07e02582e00/nicole_decoopman.pdf.

40-. DECORPS (J.-P.), ‘’La loi sur la signature électronique ne modifie aucun critère de l'authenticité’’, in *Petites affiches*, n° 72, 11 avril 2000, p. 3.

41-. DEGRELLE (D.), ‘’Google Adwords et le droit des marques pour les mots-clés’’, http://www.1ere-position.fr/blog/ , Publié le 3 septembre 2010.

42-. DELA ASUNCION-PLANES (K.), ‘’La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ?’’, in *Petites affiches*, 03 mars 2010 n° 44, p. 3.

43-. DELEPORTE (B.), ‘’Responsabilité de l’hébergeur et retrait de contenu illicite, le prompt délai’’, http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/32276/responsabilite-de-l-hebergeur-et-retrait-de-contenu-illicite---le-prompt-delai.shtml, publié le 09.10.2008.

44-. DELMAS (R.), ‘’L’internet, gouvernance d’un monde incertain’’, in *Revue française d’administration publique*,2004/2 - n°110, pp. 217-224, http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_110&ID_ARTICLE=RFAP_110_0217.

45-. DERRUPPÉ (J.),

- ‘’L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale’’, in *L'avenir du droit. Mélanges offerts au professeur F. Terré,* Juris-classeur, Paris, Dalloz et PUF, 1999, pp. 577-586.
- ‘’Commentaire de la loi du 12 juillet 1980’’, in *RTD com.*, 1980, p. 757.
- ‘’Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ?’’, in *AJDI* 2000, p. 510 et ss.

46-. DESGORGES (R.), ‘’Notion de fonds de commerce et internet’’, in *Comm. Com. électr.*, mars 2000, p. 14 et s.

47-. DIALLO (I. K.), ‘’Étude de l’acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par routes’’, Ohadata D-05-08, www.ohada.com.

48-. DIETRICH (Y.) et MENAIS (A.), "Affaire Parfumsnet - Commentaire de l'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre du 4 octobre 2000", in *Juriscom.net*, 10 janvier 2001, http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010110.htm; in *Cahiers Lamy droit de l’informatique et des réseaux*, n°131, décembre 2000.

49-. DIFFO TCHUNKAM (J.), ‘’Le contrat selon la loi camerounaise du 21 décembre 2010 sur le commerce électronique’’, in *Juridis Périodique*, n° 87, Juillet-août-septembre 2011, pp. 76-87.

50-. DIMEGLIO (A.) et GLEIZE (M.-D.),

- ‘’ La suppression injustifiée d’un forum de discussion est sanctionnable en raison de la perte de données qu'elle engendre’’, 01/10/2008, http://www.droit-technologie.org/actuality-1159/la-suppression-injustifiee-d-un-forum-de-discussion-est-sanctionnable.html.
- ‘’Bras de fer entre la marque et le nom de domaine’’, le 14 janvier 2011, www.avocat-service.com; 11 novembre 2002, http://www.droit-technologie.org/actuality-595/bras-de-fer-entre-la-marque-et-le-nom-de-domaine-chronique-de-jurispr.html.

51-. DJOUDI (J.), ‘’Les garanties cambiaires à l'épreuve de la lettre de change magnétique’’, in *Recueil Dalloz* 2001 p. 1858.

52-. DOERNBERG (R.) et HINNEKENS (L.), *Electronic commerce and international taxation*, Kluwer law intenational, The Hague, 1999 - 380 pages.

53-. DOUVIER (P.-J.) et BOZZACCHI (P.), ‘’Le régime fiscal des moyens modernes de communication : cyberespace et commerce électronique’’, in *Bulletin Fiscal* 5/98, p. 284.

54-. DRAGO (R.), ‘’Droit comparé’’, in Dénis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 456.

55-. DREXL (J.), ‘’mondialisation et société de l’information : Le commerce électronique et la protection des consommateurs’’, in *Revue Internationale de Droit Économique*, numéro spécial «Mondialisation et droit économique», T.16 n.2-3(2002), pp. 405-444.

56-. DREYER (E.), ‘’Sur internet, tout ce qui n’est pas permis est interdit’’, in *Recueil Dalloz*, n° 44/7537è, 27 décembre 2012, pp. 3005-3009.

57-. DROMARD (D.), et SERET (D.), ‘’Réseaux informatiques’’, in *Encyclopaedia Universalis*, DVD, 2010.

58-. DU MARAIS (B.), ‘’Régulation de l’internet : des faux-semblants au retour à la réalité’’, in *Revue française d’administration publique* no 109, 2004, pp. 83-91 http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_109&ID_ARTICLE=RFAP_109_0083.

59-. Du PONTAVICE (E.), ‘’Le Connaissement et l'informatique’’, in *Annales I.M.T.M.* 1985, Edisud, pp. 223-227.

60-. EGLIN (B.), ‘’Le grand virage du commerce électronique’’ In *Le Monde*, 20 décembre 2000.

61-. FALL (I.), ‘‘Nécessité et opportunité de l’intégration régionale en Afrique de l’Ouest’’, Contribution au Colloque sur *l’intégration en Afrique de l’Ouest*, Dakar, 1978,

62-. FAYSSINET (J.), ‘’Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise’’, in *Rév. Dr. Soc.* 1992, p. 596.

63-. FERAL SCHUHL (C.), ‘’L’AFNIC n’est pas responsable de la validité d’un nom de domaine’’, 24 octobre 2011, http://www.cyberdroit.fr/2011/10/l%e2%80%99afnic-n%e2%80%99est-pas-responsable-de-la-validite-d%e2%80%99un-nom-de-domaine/.

64-. FERRIER (D.), ‘’La distribution sur l'internet’’, in *J.C.P. Semaine jur. suppl.*, no 30, 23 juillet 2000, p. 14.

65-. FLÜCKIGER (A.), ‘’La preuve juridique à l’épreuve du principe de précaution’’, in *Revue Européenne des Sciences Sociales*, XLI-128 | 2003, mis en ligne le 11 novembre 2009, consulté le 08 décembre 2012. URL : http://ress.revues.org/385. DOI : 10.4000/ress.385.

66-. FRAENKEL (B.) et PONTILLE (D.), ‘’L’écrit juridique à l’épreuve de la signature électronique, approche pragmatique’’, in *Revue Langage et Société*, n° 104 2003/2, pp. 83 à 122, version électronique : http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=LS_104_0083.

67-. FRÉGET (O.), ‘’Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé : La nécessité d'une mise à jour d'un concept "incontournable" ?’’, in *Revue des droits de la concurrence -Concurrences* n° 2-2011, version électronique, http://www.concurrences.com/IMG/Droit_Eco O-Freget_Infrastructures_essentielles__-3.pdf,

68-. FRISON-ROCHE (M.-A.), ‘’Pourquoi des autorités de régulation?’’, In *Le politique saisi par l'économie*, Economica, 2002.

69-. GARABAGHI (N.), ‘’Processus et politiques d’intégration régionale à l’œuvre à l’ère de la mondialisation : multilatéralisme régional et gouvernance mondiale’’, in *Multilatéralisme régional* n°1, 2005.

70-. GARBEZ (M.), ‘’Monnaies virtuelles : les nouveaux circuits financiers clandestins…’’, http://www.xmco.fr/whitepapers/XMCO-LesNouveauxCircuitsFinanciersClandestins-Sept2011.pdf.

71-. GATSI (J.), ‘’Problèmes juridiques du commerce électronique’’, in *Annales de la faculté des sciences Juridiques et Politiques de l’Université de Douala*, n° 1, janvier-juin 2002, pp. 371-379.

72-. GAUDEMET (Y.), "Le Médiateur est-il une autorité administrative ?", in *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117.

73-. GAUTIER (P.-Y.), ‘’Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions’’, in *Petites affiches*, n° 26, 7 février 2000, p. 4.

74-. GAUTRAIS (V.),

- ‘’Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage’’, in *Revue Générale de Droit* (Université d’Ottawa), vol. 37, n° 2, 2007.
- ‘’Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux !’’, in *Revue du Notariat*, Montréal, 2005, pp. 617-650.
- ‘’Les Principes d’UNIDROIT face au contrat électronique’’, in *Revue Juridique Thémis* (2002) 364-81, pp. 485-516, version électronique : http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm.

75-. GENTOT (M.), ‘’La protection des données personnelles à la croisée des chemins’’, in In TABATONI (P.), (sous la direction de), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, T. 3, PUF, Coll. Cahiers Académie sciences morales et politiques, 2002, 392 pages.

76-. GORLIER (V.), ‘’Les vices du consentement à l’épreuve des contrats électroniques’’, 20 janvier 2012, www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/droit-des-contrats/.

77-. GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D. É.), ‘’Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé’’, in LES CAHIERS DE DROIT, vol. 48, n° 4, 2007, pp. 635-680, version électronique, http://id.erudit.org/iderudit/043948ar.

78-. HARDOUIN (R.), ‘’Le retrait d’un contenu manifestement illicite doit-il s’opérer sans délai ?’’, 24/03/2008, www.Juriscom.net.

79-. HASSLER (T.), ‘’Les données personnelles et la protection des personnes’’, in *Les Prémières Journées Internationales du Droit du Commerce Électronique*, p. 115.

80-. HUET (J.), "Aspects juridiques de l'EDI, Echange de données informatisées”, *Dalloz Sirey*, 1991, n° 91/27, pp. 181-190.

81-. IRVING (L.), ‘’Les risques et avantages du commerce électronique’’, in *Revue électronique de l'USIA*, volume 2, numéro 4, octobre 1997.

82-. ISSA SAYEGH (J.), ‘’L’intégration juridique des Etat africains de la Zone Franc*’’, in Penant*, 107ème année, n° 823, janvier-avril 1997, pp. 5 et s.

83-. ITEANU (O.), ‘’Les contrats du commerce électronique’’, in *Droit et patrimoine*, décembre 1997, n° 55, p. 52 et s.

84-. JOURDAIN (P.), ‘’Renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, application à l'obligation du médecin’’, in *RTD Civ*. 1997 p. 434, version électronique : http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2011/RTD_Civ.1997-434.pdf.

85-. KALIEU ELONGO (Y. R.) et KEUGONG WATCHO (R.),

- ‘’Commentaire des Règlements n° 1/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Commerciales Anticoncurrentielles et, n ° 4/99/UEAC-CM-639 portant Réglementation des Pratiques Étatiques Affectant le Commerce entre les États membres’’, in *Juridis Périodique*, n° 54, Avril-mai-juin 2003,
- ‘’La Cour de Justice de la CEMAC et le contrôle des pratiques anticoncurrentielles’’, in *Actes du Séminaire sous-régional sur la sensibilisation au droit communautaire et à l’intégration dans la zone CEMAC*, Libreville-Gabon, éd. Giraf, AIF, 2005,

86-. KOZOLCHYK (B.), ‘’Evolution and present state of the ocean bill of lading from a banking law perspective’’, in *Journal of Maritime Law and Commerce* 161 (1992), p. 240.

87-. KUATE TAMEGHE (S. S.), ‘’Actes de commerce’’, in *Encyclopédie du droit OHADA* (Sous la Direction de Paul-Gérard POUGOUE), Éditions Lamy, Décembre 2011, n° 25, pp. 1-17.

88-. KUNTZ (A.), ‘’Pour Google, les marques sont des mots-clés comme les autres’’, http://www.voxpi.info/, publié le 06 août 2010.

89-. LAPIERRE DONZEL (C.), ‘’L’Organisation Mondiale du Commerce et le commerce électronique’’, in *Accomex CCIP*, janvier-février 2000, n° 31,

90-. Le BIGOT (S.), ‘’L'introduction de la 'class action' en droit français : à quelles fins ?’’, in *LEXBASE HEBDO* n° 183 du Mercredi 28 Septembre 2005 - Edition

AFFAIRES, version html : http://www.fnuja.com/docs/LEXBASEclassaction251005.html

91-. LE CERF (X.) et IVALDI (N.), ‘’Des usages de la Traçabilité en matière de Paiement en ligne’’, in *Traçabilité et Responsabilité*, ouvrage collectif sous la direction scientifique de PÉDROT (P.), Ed. Economica, 2003, pp. 189 et s.

92-. LE TOURNEAU (P.), Quelques conseils amicaux pour la rédaction des mémoires et thèses, Mise à jour 29 septembre 2012, http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTMemoiresTheses.html.

93-. LECLERCQ (P), ‘’Évolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve’’, in *Rapport de la Cour de cassation* 1991, La Documentation Française 1992.

94-. LEONARD (T.), ‘’ E-marketing et protection des données à caractère personnel’’, 23 mai 2000, http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=22&motcle=e-marketing&mode=motamot.

95-. LOMBARD (M.), ‘’Service public et service universel ou la double inconstance’’, in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l’honneur de Benoît JEANNEAU*, Dalloz, 2002, pp. 507-520.

96-. LOPEZ RIVERA (C.) et VATON (M.), ‘’La dématérialisation des documents de transport maritime dans le Règles de Rotterdam’’, in *Newsletter du Centre de Droit Maritime et des Transports*, mai 2010, http://www.droitmaritime.com/article.php3?id_article=532.

97-. MAINGUY (D.), Guide de la thèse (en Droit), 98 pages, http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/1/70/46/66/guide-de-la-these-en-droit.pdf.

98-. MALLON (P.) et TOMLINSON (A.), ‘’Bolero: electronic “bill of lading” and electronic contracts of sale’’, in *International Trade Law Quarterly*, 1998, p. 263.

99-. MANARA (C.),

- ‘’Les consommateurs français face à quelques aspects du commerce électronique’’, *Juriscom.net*, 25 janvier 2002, http://www.juriscom.net.
- ‘’Responsabilité des hébergeurs : l'affaire est-elle dans le sac ?’’, in *Recueil Dalloz 2012* p. 1261, Éditions Dalloz 2012.

100-. MARTY (F.) et PILLOT (J.), ‘’Politiques de concurrence et droits de propriété intellectuelle : La théorie des facilités essentielles en débat, communication au colloque’’, Communication au Colloque : L’économie industrielle depuis 30 ans: réalisations et perspectives, Juan les Pins, 13-14 November 2008, version électronique,

101-. MAS (I.), ‘’Réaliser le potentiel de la banque à distance : Les défis à venir’’, in *Note Focus* 50. Washington, D.C. : CGAP, août 2008, http://www.cgap.org/gm/document-1.9.44576/FN50_FR.pdf.

102-. MEKKI (M.), ‘’Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie),’’ in *Revue des contrats*, 01 juillet 2008 n° 3, p. 681.

103-. MIGAYRON (S.), ‘’Critères d'appréciation technique, vraies et fausses preuves numériques’’, communication au Colloque du 13 Avril 2010 à la Première Chambre de la Cour d’Appel de Paris *La preuve numérique à l'épreuve du litige*, version électronique des actes du colloque : http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf..

104-. MONÉGER (J.), ‘’Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce’’, in *AJDI* 2001 p. 1042.

105-. MOUSSERON (J.-M.), ‘’La gestion des risques’’, in *RTD civ*. 1988, pp. 481 et s.

106-. MPONDO MBOKA (G.), ‘’Le droit de la preuve et le commerce électronique’’, in *Revue camerounaise de droit et de science politique JANUS*, n° 2, janvier 2007, pp. 124-160.

107-. NANDJIP MONEYANG (S.), ‘’Les concentrations d’entreprises en droit interne et en droit communautaire CEMAC’’, in *Afrilex* : http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/LES_CONCENTRATIONS_D_ENTREPRISES_EN_DROIT_INTERNE_ET_EN_DROIT_COMMUNAUTAIRE_CEMAC.pdf, in *Juridis Périodique*, n° 73, Janv-Fév-Mars 2008, PP. 65-79.

108-. NÉEL (B.), ‘’Le contentieux fiscal et douanier fait-il place au hasard ? L'espace, paramètre d'un hasard douanier?’’, in *Gazette du Palais*, 17 février 2001 n° 48, P. 4

109-. NIELSEN (J.), ‘’Writing for the Web’’, http://www.sun.com/980713/webwriting.

110-. NJOYA NKAMGA (B.), ‘’La problématique du traitement douanier des logiciels importés dans la CEMAC’’, in *Revue de Droit et de Jurisprudence CEMAC*, n° 00, pp. 141-165.

111-. OTTIMI (O. B.), ‘’Le point 51 des lignes directrices : 7 ans après : quelles interprétations ? Quelles applications ? Quelles déductions’’, in *Petites affiches*, 05 décembre 2007 n° 243, p. 3.

112-. OUTIN-ADAM (A.), ‘’La loyauté dans le droit de la consommation’’, in *Gazette du Palais*, 05 décembre 2000 n° 340, P. 36

113-. PANHALEUX (L.), ‘’internet - Aspects juridiques’’, in *Encyclopaedia Universalis*, DVD, 2010.

114-. PICKENS (M.), ‘’Populations non bancarisées et argent mobile aux Philippines’’, in *Brief CGAP*, Décembre 2009, P. 1, http://www.cgap.org/gm/document-1.9.48858/Mobile_Money_Philippines_BR_FRN.pdf.

115-. PIETTE-COUDOL (T.),

- ‘’Convention cadre pour le commerce électronique: Commentaires et Contrats’’, in *Cybernews*, Vol. 2, n° 1 (printemps 1996), www.lexelectronica.com.
- ‘’Révision de l'AUDCG : ouverture à la dématérialisation et aux échanges électroniques sécurisés’’, avril 2011, http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/AUDCG_TIC_commentTPC_1_.pdf.

116-. POIDEVIN (B.), ‘’La guerre contre les emails’’, 18 février 2004, http://www.jurisexpert.net/category/blog/droit-des- logiciels/fichiers-cnil/.

117-. POUSSON PETIT (J.), ‘’Le droit à l’anonymat’’, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presse de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, pp. 595-621.

118-. PRUM (A.), “La concurrence des droits devant le commerce électronique”, communication lors du Colloque CREDES - Université Nancy 2, 2000.

119-. RALLET (A.), ‘’Le commerce électronique et l’allocation urbaine des activités commerciales’’, in *Revue économique*, Année 2001, Volume 52, Numéro 1, pp. 267 – 288. www.persée.fr.

120-. REIDENBERG (J. R.), *Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 Texas Law Review 553 (1998).

121-. RICOUART-MAILLET (M.), et SAMARCQ (N.), ‘’Mesures de filtrage et contrôle parental : quelles protections pour les internautes mineurs ?’’, 06 mai 02, http://www.clic-droit.com/web/editorial/article.php?art_id=121.

122-. ROJINSKY (C.), "L’approche communautaire de la responsabilité des acteurs de l'internet", in *Expertises*, oct. 2000, n°241, p.297.

123-. ROULET (M.), ‘’Un bouleversement majeur dans nos sociétés’’, in *Géopolitique*, n°48, fév. 1998,

124-. ROUX (O.) et GASNIER (J.-P.), ‘’ Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes internet’’, in *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, n° 48, Avril 2009, pp. 83-94.

125-. RUET (L.), ‘’La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières’’, in *Bulletin Joly Bourse*, 01 mai 2000 n° 3, P. 219.

126-. SANTOS (P.), ‘’Présentation de l’acte uniforme relatif au droit commercial général’’, Programme de formation en ligne avec le soutien du fonds francophone des inforoutes, www.ohada.com.

127-. SARAGBA (M.), ‘’Tentatives et échecs d’une fédération en Afrique Centrale : les États Unis de l’Afrique Latine de Barthélémy BOGANDA’’, in ABWA (D.) et al., *Actes du colloque sur les dynamiques d'intégration régionale en Afrique Centrale Yaoundé 26-28 avr. 2000*, T.1, Presses Universitaires de Yaoundé, 2001, 467 pages.

128-. SAWADOGO (F. M.), ‘’Approche nationale et régionale de la mise en place d’une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina et de l’Afrique de l’ouest’’, Communication à la *Conférence régionale africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement* , organisée conjointement par la CNUCED et le Ministère du tourisme, du commerce et de l’artisanat de la Tunisie, à Tunis du 19 au 21 juin.

129-. SAYERS (I.), ‘’L’électronique dans les affaires: une révolution dans les échanges commerciaux internationaux’’, in *Forum du commerce international*, n° 4,

décembre 2000, version html : http://www.intracen.org/L%C3%A9lectronique-dans-les-affaires/.

130-. SEUVIC (J.-F.), ‘’Analyse de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique’’, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°4, octobre/décrembre 2004, pp. 925-930.

131-. SORIEUL (R.), ‘’Aperçu de quelques initiatives internationales pour un droit uniforme du commerce électronique’’, in *Revue du Droit Uniforme*, 1999-4, pp. 909-927.

132-. STERN (J.), ‘’Cryptologie’’, in *Encyclopaedia Universalis* 2010.

133-. STOFFEL-MUNCK (P.) et DECOCQ (G.), ‘’L’avènement du fonds de commerce électronique’’, in *Gazette du Palais*, 04 juin 2009 n° 155, pp. 52-63.

134-. TARAZI (M.) et BRELOFF (P.), ‘’Émetteurs non bancaires de monnaie électronique : approches réglementaires pour protéger les fonds des clients’’, in *Note Focus* n° 63, Washington, D.C. : CGAP, juillet 2010, version électronique, www.cgap.org.

135-. TEDESCHI (B.), ‘’Targeter marketing confronts privacy concerns’’, in *New York Times*, 1 9 9 9 / 1 0 / 0 5, http://www.nytimes.com/library/tech/99/05/cyber/commerce/10commerce.html.

136-. TEITGEN-COLLY (C.), "Les instances de régulation et la constitution", in *RDP* 1990, n° 1, pp. 153-259.

137-. THORELLI (H.), ‘’Networks : betwen markets and hierarchy’’, in *Stratégie Management Journal*, Vol. 7, T. 1, janv.-feb. 1996, pp. 37-51.

138-. THOUMYRE (L),

- ‘’Cass civ 1, 14 janvier 2010 : l’hébergement 2.0. cassé ? pas encore !’’ *Juriscom.net*, 17/01/2010, http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=1172.
- ‘’L’art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0- L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0. - (commentaire de TGI Paris, réf., 29 oct. 2007, M. B., P. T., F. D. c/ Wikimedia Foundation Inc.)’’, in *Comm. com. électr.* 2008, n° 2, pp. 16 et ss.

- ‘’La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet’’, in *Lamy Droit des Médias et de la Communication*, version électronique actualisée, 15 novembre 2009, http://www.juriscom.net/documents/resp20091115.pdf.

139-. TRUDEL (P.), ‘’La Lex electronica’’, in MORAND (C. A.) (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, coll. de droit international, Ed. Bruylant, Ed. de l’Université de Bruxelles, Helbing et Lichtenhahn Verlag, 467 pages.

140-. VALLET (C.), ‘’La création du nom de domaine « .xxx » : décision reportée’’, mercredi 15 décembre 2010, www.gautrais.com.

141-. VAN DER MENSBRUGGHE (F. R.), L’utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit, http://www.ecoledoctorale-droit.be/documents/methodefrancisvdm.pdf.

142-. VERBIEST (T.) et CASSIERS (D.), ‘’Places de marché électroniques : la Commission EU s'en mêle’’, in *l'Echo* du 19 septembre 2002, chronique "Droit & multimédia", version Html : www.droit-technologie.org.

143-. VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), ‘’Le fonds de commerce virtuel, une réalité juridique ?’’, in *Gazette du Palais*, 24 octobre 2002 n° 297, P. 21 ; in Journal des Tribunaux, éditions Larcier, n° 6044, 23 février 2002, pp. 145-150, version électronique, http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/69-1.pdf.

144-. VISEUR (F.), ‘’La Cour constitutionnelle valide l’indépendance des autorités de régulation’’, version Html, 13/1/2011, http://www.philippelaw.com/files/Statut%20des%20autorit%C3%A9s%20publiques%20de%20r%C3%A9gulation.pdf.

145-. VIVANT (M.),

- ‘’A la recherche des moteurs de recherches’’ in *Comm. com. électr.*, avril 2001.
- ‘’La responsabilité des intermédiaires de l'internet’’, in *JCP G*, 1999I 180, n° 45-46, p. 2021.

146-. VOGEL (L.), ‘’Les places de marché et le droit’’, communication à l’Atelier *internet et Concurrence*,

http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm.

147-. WEILLER (J.), ‘’Les degrés de l'intégration et les chances d'une « zone de coopération » internationale’’, In *Revue économique*, Vol 9, n°2, 1958. pp. 233-254, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/reco_0035-2764_1958_num_9_2_407294.

148-. WERY (E.),

- ‘’ La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés’’, http://www.droit-technologie.org/actuality/details-pdf.php?id=1008, 15/02/2007.
- ‘’Les phénomènes d’auto-régulation sur le Web’’, in *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique*, LITEC, 2002.

149-. YIANNOPOULOS (A. N.), ‘’Ocean Bills of Lading : Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems’’, in *The Hague International Academy of Comparative Law* (Kluwer Law International, The Hague, 1995), 296 pages.

150-. ZOUAK (L.), ‘’Enjeux et Défis pour les Stratégies Nationales’’, communication à l’Atelier Francophone *Lutte contre le Spam* organisé par l’Agence Nationale de Réglementation des Télécommunications du Maroc, www.anrt.net.ma.

III- THÈSES ET MÉMOIRES

1-. ABI-RIZK (G. D.), *L’internet au service des opérations bancaires et financières*, Thèse pour le Doctorat en Droit, l’Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006, 480 pages.

2-. ALBRECHTSON (C.), *Définition et nature juridique du nom de domaine*, Mémoire, DESS Droit de l’internet Administration – Entreprises, Université Paris I Panthéon- Sorbonne, septembre 2005, 118 pages.

3-. ARMINGAUD (C.-E.), *La part nécessaire de l'autorégulation dans le droit de l'internet*, Mémoire de Maîtrise Mention Droit Public, Université PARIS X – NANTERRE, 2003, 103 pages.

4-. BALMOND (L.), *Intégration économique et droit des organisations internationales*, Thèse pour le Doctorat d’État en Droit, Institut du droit de la paix et du développement (IDPD), Université de Nice, Mars 1981.

5-. BIPELE KEMFOUEDJO (J.), *Essai sur une théorie juridique de l'intégration économique au sein de la CEMAC*, Thèse, Doctorat/PhD, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang, 2008, 544 pages.

6-. BOSCO (D.), *Le droit de rétractation : D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, Mémoire de DEA de Droit Privé de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1999, 173 pages.

7-. BOUHAJ (Z.), *Le fonctionnement des places de marché électroniques*, Rapport du projet de fin d'études pour l'obtention du D.U.T, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah École Supérieure de Technologie -FES-, Année universitaire : 2006-2007, 75 pages, http://riffi-amarti.voila.net/Files/bouhaj_pfe.pdf.

8-. BOUTEILLER (J.) et al., *Places de marche & performances des entreprises utilisatrices : PME / grandes entreprises*, Mémoire collectif, DESS, École Supérieure des Affaires, Université de Grenoble, juin 2002, 79 pages, http://www.iae-grenoble.fr/uploads/0053_Places_de_marche.pdf.

9-. BOYTCHEV (S.), *TVA et e-Services*, Mémoire DESS, Université Paris I, Panthéon – Sorbonne, Année 2002-2003.

10-. BRUNEAU (L.), *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse de Doctorat, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 526 pages.

11-. DAVID-WARCHOLAK (N.), *Interopérabilité et droit du marché*, Thèse de Doctorat en droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université de Nantes, 24 juin 2011, 611 pages.

12-. De CARLO (A.), *Le référencement payant face au droit des marques*, Mémoire de Master II, Droit de la propriété industrielle, Université de Panthéon-Assas Paris II, Septembre 2010, 83 pages.

13-. GELLE (B.), *Interopérabilité et droit d'auteur*, Mémoire Master II Recherche, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université de Nantes, Année académique 2006-2007, 58 pages.

14-. GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-région ale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC)*, Thèse de Doctorat, Université de Nice-Sophia Antipolis, Mars 2005, 556 pages.

15-. GUILLARD (M.), *Responsabilité des acteurs techniques de l'internet*, Mémoire DESS Droit de l'Informatique et du multimédia, Université Panthéon Assas- Paris II, Année 2002-2003, 100 pages.

16-. KADDOURA (H.), *Les obstacles juridiques du commerce électronique transfrontière*, Mémoire de Master Droit et Science politique, Université Nice Sophia-Antipolis, avril 2007, 40 pages, version électronique, http://cabinetjaidane.com/doc/hk_ecommerce.pdf.

17-. LACHAIZE (H.), *La notion fiscale d'établissement stable à l'épreuve du commerce électronique*, mémoire de D.E.A. DE droit des affaires, Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman, Strasbourg, Année universitaire 1999-2000, 94 pages.

18-. Le QUELLENEC (E.), *Les enjeux concurrentiels des places de marché en ligne*, Mémoire, DESS juriste d'affaire – DJCE Université de Rennes I, 2003, 94 pages, http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/103-1.pdf.

19-. MASSE (C.), *La publicité trompeuse dans le commerce électronique*, Mémoire de Maîtrise en Droit des technologies de l'information, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Décembre 2000, 31 pages.

20-. MAYÉ ASSOKO (H.), *La régulation des réseaux numériques par le contrat*, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université de Toulouse I, 29 novembre 2006, 388 pages.

21-. METTOUDI (R.), *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2 septembre 2004, 586 pages.

22-. MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Thèse de Doctorat, 1991, Bdp. t. 284, LGDJ, 1997.

23-. NJANKE TATCHOU (M.), *Transports et échanges commerciaux dans les pays de la CEMAC*, Mémoire de DESS, Université de Yaoundé II, année académique 2007 – 2008, version Html, www.memoireonline.com.

24-. NJEUFACK TEMGWA (R.), *La protection de la Concurrence dans la CEMAC*, Thèse de Doctorat/Ph.D, Faculté des Sciences Juridiques et politques, Université de Dschang, 2005, 379 pages.

25-. NLEND (C.), *La protection du mineur dans le cyberespace*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur, Droit Public, Université de Picardie Jules Verne Amiens, 30 novembre 2007, 413 pages.

26-. PICHARDIE (R.-J.), *La liberté fiscale sur internet*, Mémoire de Master Droit des Affaires et Fiscalité, Université de Rouen, Année universitaire 2005-2006, version électronique, www.mémoireonline.com.

27-. ROOS (A.), *internet et réseaux de distribution : implications en droit de la concurrence*, Mémoire, Magistère de juriste d'Affaires, 2003, 44 pages.

28-. ZOUIBAA (M.), *La publicité sur internet*, Mémoire de Master droit privé sciences criminelles, Faculté de droit de Nancy, www.memoireonline.com

IV- ACTES DE COLLOQUES ET SÉMINAIRES

1-. Actes du Colloque : « La justice à l'épreuve de la preuve immatérielle », Mercredi 21 novembre 2007 Maison du Barreau à Paris, http://www.presaje.com/zwo_info/modules/transcriptionducolloquedu21novembre2007surlajusticealepreuvedelapreuveimmaterielle1/fichier_a_telecharger.

2-. Actes du colloque, « Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises », 13 mai 1998, in Gazette du Droit des Technologies Avancées, n°s 291 à 293, 18-20 octobre 1998, version électronique, http://www.creda.ccip.fr.

3-. Actes du Colloque, « La preuve numérique à l'épreuve du litige », Colloque organisé par la Compagnie Nationale des Experts de Justice en Informatique et Techniques Associees à la Première Chambre de la Cour d'Appel de Paris, 13 Avril 2010, http://www.cnejita.org/doc/CNEJITA-ACTES-COLLOQUE13042010-A5-V5.1.pdf.

4-. Actes du Séminaire sous-régional, « La sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC », Libreville-Gabon, éd. Giraf, AIF, 2005.

5-. GICAM, Synthèse deuxième édition des Dîners-débats du GICAM de l'année 2011, 21 avril, « Développement des télécommunications : que gagnent le pays, les entreprises et les usagers ? », www.legicam.org.

V- RAPPORTS ET ÉTUDES

1-. AFTEL *internet, les enjeux pour la France*, édition 1998, 255 pages.

2-. ANTIC Cameroun, *Stratégie nationale de développement des technologies de l'information et de la communication*, septembre 2007, www.antic.cm.

3-. Banque de France - Secrétariat Général de la Commission Bancaire, *Livre Blanc, internet, quelles conséquences prudentielles ?*, Décembre 2000, 161 pages.

4-. BOURDIN (J.), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion***,** Rapport d'information au Sénat n° 272 (2011-2012) sur le commerce électronique, 18 janvier 2012, version Html, http://www.senat.fr/rap/r11-272/r11-272_mono.html

5-. CEA/BSR-AC, État d'avancement du processus d'intégration en Afrique Centrale Prospectus 2009, Imprimerie Saint-Paul Yaoundé, 2009, 52 pages.

6-. CEA-ONU,

- Développement du commerce électronique en Afrique Centrale : Explorations préliminaires et perspectives, ECA/SRDC-CA/ICE/XIX/01/PD/02, version électronique, http://www.uneca.org/ca/Publications/Documents2000/CommerceElectroniqueAC.doc.
- La cybercriminalité : une guerre numérique silencieuse et invisible, ECA/SRO-CA/WKSHOP.ICT/10/01, Octobre 2011.
- Legal aspects of Trade data interchange: Review of definitions of "writing", "signature" and "document" employed in multilateral conventions and agreements relating to international trade, TRADE/WP.4/R.1096, juillet 1994.

7-. CNUDCED,

- Compte-rendu de la réunion d'experts sur le commerce électronique et les services de transports internationaux : meilleures pratiques pour accroître la compétitivité des pays en développement Genève, 26-28 septembre 2001, TD/B/COM.3/EM.12/2, 25 pages, http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Electronic%20commerce%20and%20international%20transport%20services/electronic%20commerce%20and%20%20international%20transport%20services_French.pdf.

- Rapport sur le commerce électronique et le développement 2003, www.unctad.org/fr/docs/ecdr2003_fr.pdf.
- Projet de rapport de la Commission des Entreprises, de la facilitation du commerce et du développement sur sa dixième session, 23 février 2006.

8-. CNUDCI,

- Guide pour l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.
- Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique 1996 (avec article 5bis tel qu'ajouté en 1998).
- Recommandation relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques, A/CN.9/265, février 1985, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1985Recommendation.html.

9-. Commission de l'Union Africaine,

- *État de l'intégration en Afrique*, 2011, p. 123, http://ea.au.int/en/sites/default/files/SIA_French.pdf.
- *Libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux*, avril 2008.

10-. Commission des Communautés Européennes, Livre Vert sur *« Les services d'intérêt général »*, 21 mai 2003, COM (2003) 270 final, 68 pages, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2003/com2003_0270fr01.pdf.

11-. Commission UE, *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, 27 avril 2004.

12-. Conseil Exécutif de l'UNESCO, *Contribution de l'UNESCO au sommet mondial sur la société de l'information (Genève 2003 et Tunis 2005)*, 166 EX/19, Paris, 3 mars 2003.

13-. Conseil National français du Crédit et du Titre, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, mai 1997, P. 100.

14-. Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (France), *Rapport sur La protection des mineurs à l'heure de la convergence des médias audiovisuels et d'internet*, Mars 2012, http://www.solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/rapportCSA.pdf.

15-. Cour de Cassation française, *Rapport 1989*, Paris, La Documentation Française, 1990.

16-. De LEYSSAC (C. L.), *Les cartes de paiement : payer sans argent, un droit nouveau*, Rapport des Entretiens de Nanterre, in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 5/1986, n° 35.

17-. DÉTRAIGNE (Y) et ESCOFFIER (A.-M.), *La vie privée à l'heure des mémoires numériques : Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information*, Rapport d'information fait au Sénat, mai 2009, http://www.senat.fr/rap/r08-441/r08-441-syn.pdf.

18-. FALQUE-PIERROTIN (I.), *Internet. Enjeux juridiques*, La Documentation française, 1997, 151 p.

19-. FEVAD, *Chiffres clés de la vente à distance et du e-commerce*, année 2004, www.fevad.com/.

20-. GAFI, *Rapport sur les typologies du blanchiment*, 2003-2004, 37 pages, www.fatf-gafi.org.

21-. GÉLARD (P.), *Rapport : Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Tome 1, 15 juin 2006, version Html, www.senat.fr.

22-. HIPPSA, *Harmonisation réglementaire des TIC : Étude comparée des initiatives régionales*, Décembre 2009, www.itu.int/ITU-D/projects/ITU_EC_ACP/.

23-. La Documentation Française, *Le commerce électronique-internet dans le monde*, 03 novembre 2011, www.ladocumentationfrançaise.fr .

24-. LE FORUM DES DROITS SUR INTERNET, *Deuxième rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation : Les paiements sur l'internet*, 19 mai 2005, 45 pages, www.foruminternet.org.

25-. LORENTZ (F.), *Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, janvier 1998, http://www.finances.gouv.fr.

26-. MAGAZINER (I.), "Creating a Framework for Global Electronic Commerce,", in *Future Insight* 6.1, July 1999, http://www.pff.org/issues-pubs/futureinsights/fi6.1globaleconomiccommerce.html.

27-. MARINI (P.), *L'impact du développement du commerce électronique sur les finances de l'État*, Rapport d´information du Sénat, 7 avril 2010, www.senat.fr.

28-. OCDE,

- *Commerce électronique et impôts sur la consommation*, http://www.oecd.org/dataoecd/37/20/2673675.pdf.
- *Document exploratoire sur le vol d'identité en ligne*, Réunion ministérielle de l'OCDE -Le futur de l'économie de l'internet, Séoul-Corée, 17-18 juin 2008, www.oecd.org.
- *Modèle de Convention Fiscale concernant le revenu et la fortune*, Version abrégée, Juillet, 2008, www.sourceocde.org/fiscalite/9789264048201.
- *Principes directeurs internationaux pour l'application de la TVA/TPS*, février 2006, http://www.oecd.org/dataoecd/16/39/36179233.pdf.

29-. RENAUD (P.) (*Dir*.), *Préparer l'entrée du Gabon dans la société de l'information,* Rapport de l'Institut des Nations Unies pour la Formation et la Recherche (UNITAR), avril 2002, http://www.ur105.ird.fr/IMG/pdf/RAPPORT-GabonCom.pdf, 229 pages.

30-. ROUX (D.), *Les bonnes pratiques sur le service et l'accès universels*, Rapport du séminaire sur le service et l'accès universels, Paris, les 29 et 30 avril 2004, P. 4, www.fratel.org.

31-. STOFFAËS (C.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, Rapport, Paris, Juillet 2003, 153 pages, version électronique, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=034000531&brp_file=0000.pdf.

32-. STOFFEL-MUNCK (P.), ''L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation'', *RTD Com*., n° 4, oct-déc. 2012, pp. 705-720.

33-. THERY (J.-F.) et FALQUE PIERROTIN (I.), *Internet et les réseaux numériques*, Rapport d'étude au Conseil d'État, La Documentation Française, Coll. Études du Conseil d'État, 1998, 266 pages, www.ladocumentationfrançaise.fr.

34-. UFC-Que Choisir, Fraude à la carte bancaire sur internet, février 2012, http://image.quechoisir.org/var/ezflow_site/storage/original/application/83f4417e31338af6bb5499bf735ebb0d.pdf.

35-. UIT,

- *Etude de faisabilité, fonds pour le développement des télécommunications en zones rurales et isolées et fabrication locale*, 4 février 1998,
- *Harmonisation réglementaire des TIC : Étude comparée des initiatives régionales*, Projet HIPSSA,
- *Lignes directrices concernant les meilleures pratiques de réglementation pour l'accès universel*, Colloque Mondial des Régulateurs, Genève, Suisse, 8-9 décembre 2003, www.itu.int.
- *Lignes directrices sur les bonnes pratiques relatives à des stratégies novatrices de partage des infrastructures visant à favoriser un accès économiquement abordable pour tous*, www.itu.org.

36-. UNESCO, *Rapports et conclusions des réunions thématiques organisées par l'UNESCO pour préparer la seconde Phase du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI)*, Paris, UNESCO, 2005 - iv, 27 p. ; 30 cm.(CI-2005/WS/3).

37-. Union Africaine, *La coopération transfrontalière : instrument de paix, d'intégration régionale et de développement*, rapport, 2ème conférence des ministres africains chargés des questions de frontières, réunion des experts préparatoires, Addis-Abeba, 22-25 mars 2010. www.africa-union.org.

38-. VÈVE (É.), *Étude relative à l'harmonisation réglementaire des télécommunications en Afrique francophone subsaharienne*, Rapport pour l'ARCEP, 183 pages, www.arcep.fr.

VI- DICTIONNAIRES, GLOSSAIRES ET LEXIQUES

1-. BITSAMANA (H. A.), *Dictionnaire de droit OHADA*, Ohadata D-05-33, 229 pages, www.ohada.com.

2-. BLOCH (O.) et VON WARTBURG (W.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 1932.

3-. BOULANGER (J), *Lexique informatique pour débutants*, www.jeanboulanger.com.

4-. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2012.

5-. GATSI (J.) (Avec la collaboration du CREDAE), *Nouveau dictionnaire juridique*, 2ème édition, Douala, Presses Universitaires Libres, 2010, 340 pages.

6-. Glossaire du référencement, http://www.heptades.net/Le-glossaire-du-referencement.html.

7-. GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des Termes Juridiques*, 14ème édition, 2003.

8-. *Le Petit Robert de la langue française 2011*, Version DVDRom.

TABLE DES MATIÈRES

DÉDICACE ii

REMERCIEMENTS iii

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS iv

RÉSUMÉ viii

ABSTRACT ix

SOMMAIRE x

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

I- L'objectif du traité de parvenir au marché commun de la CEMAC 2
A- Les mesures renforçant l'autorité du droit communautaire 5
B- La valorisation de nouveaux domaines d'intégration 6

II- Le rôle des tic et du commerce électronique dans la réalisation du marché commun ... 8
A- Les TIC et le développement socio-économique intégré des États membres 8
B- Les TIC appliquées aux activités économiques : le commerce électronique 11

III- La question de la réglementation du commerce électronique 19
A- La question de la technique de réglementation 19
B- La question du cadre de la réglementation 25

IV- L'intérêt, la problématique et le plan 29

PARTIE I : UNE RÉGLEMENTATION ORIENTÉE VERS L'INTÉGRATION MATÉRIELLE DES ÉTATS MEMBRES 32

TITRE I : L'HARMONISATION DU CADRE JURIDIQUE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES 35

CHAPITRE I : La politique juridique communautaire du secteur des communications électroniques 37

SECTION I : La libéralisation du secteur des communications électroniques dans l'espace communautaire 39

PARA. I : La simplification des conditions d'accès des opérateurs au secteur des communications électroniques 41

A- Le principe de la libre prestation des activités de communications électroniques 41

1- Le principe de la liberté d'accès au secteur des communications électroniques 42

2- Les aménagements du principe de la liberté d'accès au secteur des communications électroniques 44

a. Les activités relevant du régime de l'autorisation 44
b. Les activités relevant du régime de la déclaration 46
B- Le droit à l'interconnexion 47
PARA. II : La libre circulation des services et des opérateurs du secteur des communications électroniques 51
A- La libre circulation des services de communications électroniques 51
B- La liberté d'établissement des opérateurs de communications électroniques 55
SECTION II : L'institution d'un service public communautaire des communications électroniques 58
PARA. I : Le régime communautaire du service universel des communications électroniques 60
A- La mise en œuvre du service universel 62
1- Le choix des fournisseurs 62
2- La consistance du bouquet du service universel 65
B- Les modalités de financement du service universel 69
1- La consistance du fonds de financement du service universel 69
2- La gestion du fonds de financement du service universel 71
a. Les modalités de calcul du coût net 71
b. Les autorités compétentes 74
PARA. II : Le régime communautaire de la tarification des communications électroniques 75
A- La liberté tempérée des opérateurs dans la fixation des tarifs 76
B- L'exercice du contrôle des tarifs 78
1- Les principes-cadres 78
2- La procédure de contrôle 79

CHAPITRE II : L'harmonisation de la régulation du secteur des communications électroniques 82
SECTION I : L'harmonisation des principes de fonctionnement des Autorités Nationales de Régulation 86
PARA. I : L'appréciation du modèle de régulation retenu 88
A- Les critères d'efficacité du modèle axé sur l'autorité de régulation 89
B- L'institution pertinente des Autorités Nationales de Régulation 92
PARA. II : L'importance des fonctions des Autorités Nationales de Régulation (ANR) 94
A- L'étendue des fonctions des Autorités Nationales de Régulation 94
1- La fonction administrative des Autorités Nationales de Régulation 95
a. La gestion des ressources limitées 95
b. Le contrôle des opérateurs 96
c. Le rôle consultatif des ANR 100
2- Le règlement des différends par les ANR 102
a. Le domaine de l'office juridictionnel des ANR 103

b. Le régime de l'office juridictionnel des ANR 103
i. La diversité des procédures..... 103
ii. Les caractères de l'office de règlement des litiges des ANR..... 105
B- Le contrôle exercé sur les ANR 108
1- Le contrôle administratif 108
2- Le contrôle juridictionnel 111

SECTION II : L'institution d'un organe communautaire de coordination..... 116
PARA. I : La fonction technique du Comité Technique de Régulation..... 117
A- L'animation de la coopération entre les ANR..... 118
B- La veille technologique et réglementaire 120
PARA. II : La fonction économique du Comité Technique de Régulation 121
A- L'observation des tarifs des communications électroniques..... 122
B- La recherche du niveau équitable des prix 123

CONCLUSION DU TITRE I 126

TITRE II : L'ORIENTATION DU CADRE JURIDIQUE VERS LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS ET SERVICES 127

CHAPITRE I : L'encadrement des activités du commerce électronique..... 129

SECTION I : Le droit communautaire de la concurrence face au commerce électronique 130
PARA. I : Les pratiques anticoncurrentielles dans le commerce électronique 132
A- Les pratiques anticoncurrentielles unilatérales : la question de l'interopérabilité 133
1- Importance de l'interopérabilité dans le cadre du commerce électronique 133
2- Définition d'un régime approprié de l'interopérabilité 136
B- Les pratiques collectives anticoncurrentielles : le problème des places de marchés électroniques 143
1- Notion et enjeu des places de marché électroniques 143
2- Nécessité d'un encadrement mesuré des places de marché électroniques 146
PARA. II : Les critères du droit communautaire de la concurrence face au commerce électronique 154
A- La question de la délimitation géographique dans l'environnement électronique 155
B- La notion de substituabilité à l'épreuve du commerce électronique..... 161

SECTION II : La législation fiscalo-douanière de la cemac a l'épreuve du commerce électronique 163
PARA. I : L'appréciation du critère objectif dans le contexte du numérique 165
A- Le problème de la description des opérations imposables 166

1- La détermination de la matière imposable dans le commerce électronique 166
2- L'identification de l'origine 171
B- La question de l'identification du contribuable..... 172
PARA. II : La difficulté au niveau de l'appréciation du critère territorial..... 174
A- Le critère de l'établissement stable à l'épreuve du commerce électronique 175
B- Le critère du cordon douanier dans le cadre de la dématérialisation des opérations 180

CHAPITRE II : Le développement des services intégrateurs complémentaires : le cas des activités financières et de transport..... 185

SECTION I : L'amplification des activités financières..... 188
PARA. I : Le commerce électronique, source d'opportunités pour le secteur financier..... 190
A- L'installation des prestataires des services financiers sur les réseaux numériques 191
1- L'encadrement de l'activité bancaire en ligne 191
a. La question du monopole bancaire 192
b. La question de l'agrément..... 194
2- Les enjeux des services financiers électroniques..... 196
B- Le développement de moyens de paiement à distance..... 200
1- L'utilisation des moyens de paiement classiques dans le commerce électronique 200
2- Le déploiement de nouveaux moyens de paiements conçus pour le commerce électronique : la monnaie électronique 203
PARA. II : Le commerce électronique, source de risques de blanchiment d'argent 206
A- Une lutte *a priori* facilitée par l'implication d'intermédiaires professionnels..... 206
B- Une lutte compliquée par les propriétés des réseaux numériques..... 209

SECTION II : Le développement de l'industrie du transport 212
PARA. I : La numérisation des documents de transport 215
A- Les contraintes de la dématérialisation des titres de transport 216
1- Les obstacles à la création des documents de transport électroniques ... 216
2- L'ébauche de quelques solutions..... 218
B- Les avantages de la numérisation..... 220
PARA. II : L'amélioration du suivi des operations de transport..... 222
A- L'utilisation du gps pour le contrôle des transits et corridors communautaires 223
B- L'amélioration des conditions d'accès à l'information..... 226

CONCLUSION DU TITRE II 230

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 232

PARTIE II : UNE RÉGLEMENTATION ORIENTÉE VERS LA SÉCURISATION DES TRANSACTIONS ÉLECTRONIQUES 234

TITRE I : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES ACTEURS 238

CHAPITRE I : La protection des investissements des prestataires 241

SECTION I : La protection des signes distinctifs du cybermarchand 242
PARA. I : La définition d'un régime protecteur des noms de domaine 244
A- L'obtention d'un nom de domaine 244
1- La demande d'une autorisation préalable 244
2- Les motifs pouvant justifier le refus de l'autorisation 248
B- La protection du nom de domaine 253
1- Nécessité de l'antériorité du nom de domaine 254
2- Nécessité de l'exploitation du nom de domaine 256
PARA. II : La nécessité de concilier la pratique du référencement avec le régime de protection des signes distinctifs 258
A- Les données du problème 259
1- L'utilité du référencement des sites marchands 259
2- Le caractère éventuellement protégé des termes utilisés 262
B- La solution au problème 264

SECTION II : La protection du fonds de commerce électronique 267
PARA. I : L'existence d'un fonds de commerce électronique 268
PARA. II : La protection de la stabilité économique du fonds de commerce électronique 272
A- La transposition du régime du bail à usage professionnel dans l'environnement du commerce électronique 273
1- La difficile mise en œuvre des dispositions de l'AUDCG dans le commerce électronique 274
2- La recherche d'une solution propice au commerce électronique 276
a. Le contrat d'hébergement 276
b. Le contrat de référencement 277
c. Le nom de domaine 278
B- L'adaptation du droit de la distribution au commerce électronique 281
1- L'aménagement de la liberté de commerce électronique des distributeurs exclusifs 282
a. La règle de la liberté de commerce électronique 283
i. La liberté du promoteur du réseau 283
ii. La liberté des distributeurs 286
b. La distinction entre ventes passives et ventes actives 288
i. Les termes de la distinction des notions 288
ii. Les conséquences : l'encadrement strict des ventes actives 289

2- L'aménagement de la liberté de commerce des distributeurs sélectifs .. 291

CHAPITRE II : La protection des droits des consommateurs 295

SECTION I : Le souci de préservation de l'équilibre contractuel..... 299
PARA. I : La protection du consentement du consommateur 299
A- L'institution d'obligations spécifiques à la charge des professionnels 300
1- L'obligation d'information..... 300
2- L'obligation de facilitation du processus contractuel 305
B- La reconnaissance au profit du consommateur d'un droit de rétractation . 309
1- L'exercice du droit de rétractation du consommateur..... 310
a. La nature du droit de rétractation 310
b. Les modalités d'exercice du droit de rétractation 312
2- Les cas d'exclusion du droit de rétractation..... 315
PARA. II : La protection du consommateur contre les clauses abusives..... 317
A- La prédisposition des contrats du commerce électronique à receler des clauses abusives..... 317
B- Le régime de la sanction des clauses abusives 320

SECTION II : Le souci de sauvegarde de la dignité des consommateurs..... 325
PARA. I : Le régime des données échangées ou collectées 325
A- La règlementation de la publicité par voie électronique 326
1- L'interdiction de principe des messages publicitaires non sollicités 326
a. Le régime de principe..... 326
b. Le régime d'exception 329
2- L'encadrement du contenu des messages publicitaires..... 331
B- La protection des données personnelles 333
1- Le rôle de la volonté du consommateur dans le traitement des données personnelles 333
2- Les principes directeurs du traitement des données personnelles 336
a. Les droits du titulaire des données traitées 336
b. Les principes prévenant contre les utilisations abusives..... 337
PARA. II : La protection spécifique des mineurs 339
A- Les obligations imposées aux professionnels..... 340
1- L'obligation d'utiliser les dispositifs de contrôle à l'accès..... 340
2- L'obligation d'informer et de fournir les dispositifs de contrôle parental 342
B- L'interdiction de mise en ligne de services spécifiques 344

CONCLUSION DU TITRE I 348

TITRE II : L'élaboration d'un cadre juridique sécurisé des prestations techniques 350

CHAPITRE I : La consécration de la valeur juridique de la preuve électronique 353

SECTION I : La reconnaissance juridique des documents électroniques 355

PARA. I : La redéfinition de la preuve littérale 356
A- Les deux principes fondamentaux de la définition de l'écrit 357
1- Le principe de la neutralité technologique : L'indifférence de la forme de l'écrit 357
2- Le principe de l'équivalence fonctionnelle 360
B- La portée du principe d'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique 363
1- Le domaine limité de la valeur probante de l'écrit sous forme électronique 364
2- L'exigence de garanties de fiabilité de l'écrit électronique 366
PARA. II : La consécration d'un cadre juridique de la signature électronique 369
A- Le statut des prestataires des services de certification 370
1- L'habilitation à la fonction d'autorité de certification 370
2- La mission des autorités de certification 373
a. La gestion des certificats qualifiés 373
b. Le régime de responsabilité des autorités de certification 377
B- Les modalités de la signature électronique 378
1- La notion de signature électronique 378
2- Le régime juridique de la signature électronique 383
a. Les règles relatives à l'utilisation des signatures électroniques 383
i. Le principe de la liberté d'utilisation de la signature électronique ... 383
ii. La responsabilité de l'utilisateur d'un dispositif de signature électronique 384
b. La valeur juridique des signatures électroniques 385
SECTION II : La mise en œuvre de la preuve électronique..... 387
PARA. I : La preuve des actes juridiques lies au commerce électronique..... 387
A- La question de la charge de la preuve 387
B- La gestion du conflit de preuves littérales..... 392
1- Le recours éventuel à la loi ou à la convention des parties 392
2- La recherche du titre le plus probant..... 395
PARA. II : La preuve des faits juridiques lies au commerce électronique 398
A- Les implications du caractère virtuel des réseaux 398
1- La volatilité des informations sur les réseaux numériques 398
2- La nécessité d'une expertise appropriée..... 401
B- Les implications du caractère international des réseaux 404
1- L'institution d'une coopération judiciaire entre les pays membres de la CEMAC..... 404
2- Les obstacles à une coopération judiciaire effective 406

CHAPITRE II : Le régime de responsabilité des prestataires techniques 409

SECTION I : La limitation des obligations imposées aux prestataires techniques .. 411
PARA. I : Le principe d'une dispense générale de responsabilité des prestataires techniques..... 411

A- L'objectif du développement du commerce électronique 412
1- Le souci d'attractivité de ce secteur d'activité 412
2- Le souci de préservation de la liberté des utilisateurs 413
B- Les tempéraments du principe 415
PARA. II : La définition limitative des obligations spécifiques communes aux prestataires techniques 419
A- Obligation d'identification des utilisateurs et destinataires des services ... 420
B- Obligation de conservation des données d'identification 424
SECTION II : Les modalités de mise en œuvre de la responsabilité des prestataires techniques 429
PARA. I : Le régime de responsabilité naturel des prestataires intermédiaires : une responsabilité pour faute 429
A- Le rôle des prestataires techniques 429
1- Le rôle de l'hébergeur : le stockage des informations 429
2- Le rôle du fournisseur d'accès : la connexion et le transport des informations 433
B- Les conditions de la responsabilité des prestataires intermédiaires 434
1- La preuve de la connaissance du caractère illicite des contenus 435
2- Le non réactivité du prestataire 438
PARA. II : Le régime de responsabilité exceptionnel des prestataires techniques : une responsabilité de droit commun 443
A- L'assimilation éventuelle des prestataires techniques aux éditeurs de contenu 444
B- L'application du régime de responsabilité de droit commun 448

CONCLUSION DU TITRE II 452
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 453
CONCLUSION GÉNÉRALE 455
ANNEXES 461
INDEX ALPHABÉTIQUE 495
BIBLIOGRAPHIE 500
TABLE DES MATIÈRES 531