

**LA LOI MALIENNE N° 2016-012 du 6 MAI 2016 RELATIVE AUX TRANSACTIONS, ECHANGES
ET SERVICES ELECTRONIQUES**

Pr Bréhima KAMENA, Maître de conférences agrégé à l'Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako (USJPB)

Plan :

I_ Une loi fiable à certains égards

A_ Une loi assurant un équilibre entre les intérêts des différents acteurs

1_ La protection des intérêts des destinataires de biens ou de services

2_ La protection des intérêts des prestataires de services

B_ Une loi tenant compte des réalités et des besoins du secteur

**1 _ Une loi tenant compte des transactions transnationales et des tiers dits
« *de confiance* »**

2_ Une loi tenant compte des voies de règlement non juridictionnelles des litiges

II_ Une loi perfectible

A_ Une loi résultant d'une harmonisation communautaire

1_ La tendance à l'harmonisation

2_ Les insuffisances de l'harmonisation

B_ La nécessité de l'uniformisation

1_ Les avantages de l'uniformisation

2_ Une piste d'uniformisation

Depuis 2011, le Mali a adopté une **série de textes** législatifs et réglementaires organisant l'économie numérique.

Il s'agit notamment de **l'ordonnance n° 2011-023/P-RM du 28 septembre 2011 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication** ; **l'ordonnance n° 2011-024/P-RM du 28 septembre 2011 portant régulation du secteur des télécommunications, des technologies de l'information et de la communication et des postes** ; la loi n° 2013-015 du **21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel** ; la loi n° 2016-011 du **6 mai 2016 portant sur les règles applicables aux moyens, modalités, prestations et systèmes de cryptologie au Mali**, et la loi n° 2016-012 du **6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques**.

C'est cette dernière qui fait l'objet de notre analyse.

Elle comprend **155 articles répartis en dix titres**.

La loi n° 2016-012 du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques (ci-après la loi) a été **adoptée pour palier un certain nombre d'insuffisances** normatives, notamment : **l'absence de règles spécifiques** consacrant la **validité des documents électroniques**, la reconnaissance de l'écrit et la signature électronique ; l'absence de règles organisant **la dématérialisation des formalités**, notamment administratives, commerciales, de diffusion d'informations et d'archivage électronique ; l'absence d'une définition claire et précise des échanges et transactions électroniques, ainsi que des **obligations et responsabilités des acteurs**.¹

Elle vise, selon le Gouvernement malien, à **assurer la sécurité nécessaire pour l'émergence d'un commerce électronique fiable** au Mali.²

De l'analyse de la loi, se dégagent deux constats majeurs : Une **loi fiable à certains égards (I)**, mais une **loi perfectible (II)**.

I. Une loi fiable à certains égards

¹ Communiqué du Conseil des Ministres du 17 juin 2015.

² *Ibidem*.

La loi est fiable à certains égards. **Tout d'abord**, elle assure un **équilibre entre les intérêts des différents acteurs** (A). **Ensuite**, elle **tient compte des réalités et des besoins du secteur** (B).

A. Une loi assurant un équilibre entre les intérêts des différents acteurs

La loi assure un équilibre entre les intérêts des différents acteurs de l'économie numérique en **protégeant, d'une part, les intérêts des destinataires de biens ou de services électroniques** (1) et, **d'autre part, ceux des prestataires** (2).

1. La protection des intérêts des destinataires de biens ou de services

L'article article 2.14 de la loi définit le destinataire de biens ou de services de la société de l'information en ces termes : « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise les procédés de communication par voie électronique pour acquérir des biens ou pour se procurer des services auprès de fournisseurs de biens ou de services, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible ».

La loi protège les intérêts des destinataires de biens ou de services de la société de l'information de diverses manières : en leur accordant des droits spécifiques et en mettant des obligations spécifiques à la charge des prestataires.

Le titre II relatif aux principes généraux accorde aux destinataires de biens ou de services **le droit d'accès à l'information**. Ce principe général est complété par d'autres dispositions. L'on peut citer l'article 50, al. 3, de la loi, qui prévoit que **la loi applicable à un prestataire ne peut avoir pour effet de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle au Mali de la protection que lui assurent les dispositions impératives** relatives au régime général des obligations au Mali, aux droits des consommateurs, à la forme des contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé sur le territoire national et aux contrats d'assurance. On peut citer également la disposition de l'article 69 qui accorde aux destinataires de biens ou de service **le droit de résolution de plein droit**, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts, **si le fournisseur de biens ou de services n'exécute pas le contrat dans le délai légal ou conventionnel, sauf cas de force majeure**. Il en est de même de l'article 72, qui accorde aux destinataires **le droit de rétractation pendant un délai de quatorze jours calendaires**, sans avoir à motiver sa décision et sans avoir à supporter d'autres coûts que les frais directs de renvoi du bien.

Le Titre VI portant sur l'administration électronique confère des droits aux personnes qui effectuent des démarches administratives ou concluent un contrat administratif. C'est ainsi que l'article 85 prévoit que tous les échanges d'informations, de documents ou des actes administratifs peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique. Il ajoute que lorsqu'une disposition légale ou réglementaire prévoit une exigence de forme particulière dans le cadre d'une procédure administrative, cette exigence peut être satisfaite par voie électronique. L'article 92 énonce que les échanges d'informations intervenant en application du code des marchés publics peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique. Pour faciliter les démarches administratives, l'article 86 prévoit que chaque administration communique les coordonnées électroniques permettant d'entrer en contact avec elle.

S'agissant des obligations et interdictions à la charge des prestataires, l'on peut citer plusieurs dispositions de la loi. Ainsi, le titre II **interdit la prospection par voie électronique**, même si cette **interdiction est assortie de quelques limites**³. Le Titre III prévoit les obligations générales des prestataires de services de communication au public par voie électronique. Ce sont les **mentions obligatoires dans les contrats** de prestations de services, **l'obligation de coopération**, **l'obligation de conservation temporaire de données électroniques** et **l'obligation de fourniture de moyens techniques d'identification**. Le chapitre III du Titre IV prévoit des obligations relatives à la conclusion du contrat électronique. Ce sont notamment **l'obligation d'information avant la conclusion du contrat**, **l'obligation de confirmation du contrat**. Le chapitre III du titre V relatif à la responsabilité particulière de **l'éditeur de service de communication électronique au public prévoit les mentions obligatoires en ligne et le droit de réponse**.

Le non respect de ces obligations engage la responsabilité des prestataires. Le chapitre I du Titre V proclame le principe de la responsabilité du prestataire à l'égard du destinataire de biens ou de services de la bonne exécution des obligations résultant du contrat.

Cependant, pour assurer l'équilibre entre les intérêts des différents acteurs, la loi **prévoit des limitations aux principes généraux édictés en faveur des destinataires de biens ou de services**. Ces limitations **contribuent à la protection des intérêts des prestataires de services**.

2. La protection des intérêts des prestataires de services

³ V. infra 2. La protection des intérêts des prestataires de service.

La loi définit le prestataire de services, en son article 2.28, comme « toute personne physique ou morale utilisant les technologies de l'information et de la communication, y compris les protocoles de l'Internet, qui met à la disposition des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, des biens et services ».

Pour protéger les intérêts des prestataires de services, la loi prévoit plusieurs limitations aux principes édictés en faveur des destinataires de biens ou de services.

C'est ainsi qu'à l'**interdiction de la prospection par voie électronique** le titre II prévoit des exceptions favorables aux prestataires. En effet, il **dispense le prestataire, pendant six mois, de solliciter le consentement préalable du destinataire à recevoir des publicités par voie électronique** lorsque chacune des conditions qu'il cite est remplie. C'est le cas, par exemple, lorsque le prestataire a obtenu directement les coordonnées électroniques des destinataires dans le cadre de la vente d'un bien ou d'un service, dans le respect des dispositions de la loi sur la protection des données à caractère personnel. Cependant, en contrepartie, 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 au moyen d'automates d'appel, télécopieurs ou courriers électroniques.

La loi **prévoit également des limites au droit de rétractation reconnu au destinataire** de biens ou service. C'est ainsi que l'article 75 exclut le droit de rétractation dans certains cas. Il s'agit notamment du **cas de la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés** et de celui de la fourniture de **biens susceptibles de se détériorer ou d'être périmés rapidement**.

De même, l'article 77 **permet au prestataire de s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité dans les conditions du droit commun**.⁴

En outre, la loi prévoit des **conditions d'exonération spécifiques à la responsabilité des prestataires dans le cadre de certains services**. Il s'agit de la **transmission d'informations**, la **fourniture d'accès**, le **stockage d'informations** et la **coopération avec la justice**.

⁴ En apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit à l'acheteur, soit au fait imprévisible et insurmontable d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure (Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations, articles 119 à 121).

Enfin, la loi **prévoit des limites aux obligations des prestataires**. C'est ainsi que l'article 48 dispose : « les **personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public par voie électronique** ne sont **pas** soumises à une **obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites**. ». Cette liberté, cependant, **prend fin à la demande des autorités judiciaires**.

Par ailleurs, les **intérêts des prestataires sont protégés par certains principes généraux** proclamés par la loi. Il s'agit notamment de la **liberté de prestation de services de communication publique électronique** ; la **liberté de communication électronique** ; la **liberté d'exercice du commerce électronique**.

En définitive, la loi n° 2016-012 du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques **assure un équilibre entre les acteurs** de l'économie numérique. Cette situation est d'autant plus salubre qu'elle **permet à chaque acteur de trouver son compte** dans la loi et de se l'approprier aisément. Elle contribue donc à la **fiabilité de la loi**.

Il en est de même lorsque la loi tient compte des réalités et des besoins du secteur.

B _ Une loi tenant compte des réalités et des besoins du secteur

La loi tient compte des réalités et des besoins du secteur de l'économie numérique, **notamment des transactions transnationales et des tiers dits « de confiance »** (1) et **des voies de règlement non juridictionnelles des litiges** (2).

1 _ Une loi tenant compte des transactions transnationales et des tiers dits « de confiance »

Aujourd'hui, les transactions transnationales constituent une réalité indéniable au Mali comme dans le reste de la sous-région. **La loi a prévu des dispositions importantes en la matière**. Ainsi, **à la différence des lois de certains Etats voisins** comme le Sénégal, la loi malienne **a défini la notion de pays tiers**. C'est « **tout Etat étranger n'étant pas membre de l'espace CEDEAO/UEMOA** ». De la même manière, à la différence des lois de certains Etats voisins comme la Côte d'Ivoire et le Sénégal, la loi malienne précise les conditions de la reconnaissance du certificat électronique qualifié (cf. Chapitre I du Titre VII).

Par ailleurs, l'instauration d'un climat de confiance dans le commerce en ligne passe aussi par le recours à des **tiers dits « de confiance »**. Toujours est-il que l'offre se diversifie

sur ce terrain : ainsi, des tiers proposent aujourd'hui des services d'archivage et d'horodatage de documents électroniques, des services de recommandé électronique, des services de blocage transitoire des sommes, des services de certification, etc. Toutefois, l'absence d'encadrement juridique de ces activités dans certains Etats est un réel obstacle à leur plein épanouissement.⁵ A cet égard, le chapitre II du Titre VII de **la loi prévoit les règles applicables aux prestataires de services électroniques de sécurisation.**

2_ Une loi tenant compte des voies de règlement non juridictionnelles des litiges

Une autre réalité du commerce constitue la nécessité de trouver un moyen de recours commode, rapide, efficace et peu onéreux en cas de non-livraison, de non-conformité du bien livré ou de défaillance dans les services après-vente. **Pour répondre aux craintes des consommateurs en termes de recours, des observateurs avertis recommandent la mise en place de modes alternatifs de règlement des différends** - Alternative Dispute Resolution – ADR – ou, si le règlement a lieu en ligne, Online Dispute Resolution – ODR (Observatoire des Droits de l'Internet, avis précité, p. 25). L'article 17 de la directive européenne sur le commerce électronique l'impose même. A cet égard, la loi malienne prévoit en son article 152, al. 1^{er}, qu'en cas de désaccord entre un prestataire de services, public ou privé et le destinataire du service, **les parties peuvent recourir aux mécanismes non juridictionnels pour le règlement des différends.** Elle précise que les règlements non juridictionnels des différends peuvent être effectués **par des moyens électroniques appropriés** (article 152, al.2). Ces facilités ne remettent pas en cause les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées. Pour cela, **ces systèmes supposent l'intervention d'un tiers, indépendant des parties et impartial,** qui va les aider à résoudre leur différend. Son implication dans le processus peut varier, se limitant à faciliter le dialogue entre les parties, ou proposant des solutions concrètes (médiation ou conciliation). Parfois, il peut même trancher le conflit et imposer sa décision aux parties (arbitrage).

En définitive, la loi n° 2016-012 du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques est **un texte adapté au contexte socio-économique. Cependant, elle est perfectible.**

II_ Une loi perfectible

⁵ Sur cette question, v. Observatoire des Droits de l'Internet, Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique, Avis n° 3, p. 7 et 8, document disponible sur le site <http://www.internet-observatory.be> .

La loi résulte d'une harmonisation communautaire (A), alors que c'est l'uniformisation qui s'avère nécessaire (B).

A_ Une loi résultant d'une harmonisation communautaire

Certes l'harmonisation constitue la tendance (1), mais elle est insuffisante (2).

1_ La tendance à l'harmonisation

La loi est issue de la transposition de l'acte additionnel A/SA.2/01/10 portant transactions électroniques dans l'espace de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO). A ce titre, ses dispositions ont été adoptées et partagées par les Etats membres de la CEDEAO. Il en est ainsi, par exemple, des exclusions du champ d'application. En effet, à l'instar de l'acte additionnel A/SA.2/01/10 de la CEDEAO, les lois burkinabé, ivoirienne, malienne et sénégalaise excluent de leur champ d'application les activités suivantes : les jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, les activités de représentation et d'assistance en justice et les activités exercées par les notaires en application des textes en vigueur.

La **tendance à susciter une loi type dans le domaine de l'économie numérique** en vue d'inspirer les dispositions juridiques correspondantes dans chaque pays et à éviter les différences importantes dans les réglementations de chaque pays n'est pas propre à la CEDEAO. En effet, l'élaboration de cadres législatifs pour le commerce électronique a été favorisé par plusieurs organisations internationales. On peut citer notamment le **Commonwealth**, la **Commission des Nations Unies pour le droit commercial International** (CNUDCI). Cette dernière a adopté deux lois types : la loi type sur le commerce électronique adoptée le 16 décembre 1996 et la loi type sur les signatures électroniques adoptée le 5 juillet 2001. Sans caractère contraignant, ces deux lois types exerce, cependant, une forte influence et nombre d'Etats et d'institutions les considèrent comme des normes de fait. D'ailleurs, le Gouvernement malien dans son rapport de présentation de la loi reconnaît s'en être inspiré.

2_ Les insuffisances de l'harmonisation

Il suffit de comparer les dispositions nationales des Etats de la CEDEAO ou de l'UEMOA pour s'en rendre compte.

Il en est ainsi, par exemple, des **définitions données qui peuvent différer d'un Etat à un autre, surtout pour les termes qui ne sont pas définis par l'acte additionnel précité de la CEDEAO**. De même, on trouvera que **certains termes sont définis dans un Etat, alors qu'ils ne le sont pas dans les autres**. Par exemple, **les lois Burkinabé, ivoirienne et sénégalaise ne définissent pas l'agrément**. Ce terme, cependant, est **défini par l'acte additionnel de la CEDEAO et la loi malienne, mais différemment**. De la même manière, outre les exclusions du champ d'application communément prévues, certains Etats en prévoient d'autres. C'est le cas du Burkina dont la loi exclut, en outre, les accords et pratiques régis par le droit sur les ententes. **Les exceptions apportées à l'interdiction de la prospection par voie électronique ne sont pas, non plus, les mêmes**. En effet, elles sont **plus nombreuses au Mali qu'en Côte d'Ivoire, mais au Mali elles sont encadrées dans un délai, six mois**.

En outre, **la loi applicable aux transactions transfrontalières n'est pas la même selon les Etats, bien que l'acte additionnel de la CEDEAO prévoit une disposition claire en son article 7** : « L'exercice des activités entrant dans le champ d'application du présent Acte additionnel est soumis à la **loi du pays membre de l'espace CEDEAO sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie** ». En effet, **à la différence de la loi malienne, la loi ivoirienne prévoit l'application de principe des textes nationaux**. Elle dispose en son article 8, al. 1^{er} et 2 : « Les activités entrant dans le champ du commerce électronique sont soumises aux lois ivoiriennes, dès lors que l'une des parties est établie en Côte d'Ivoire, y a une résidence ou est de nationalité ivoirienne. L'application de l'alinéa précédant est sans préjudice de la liberté des parties de choisir la loi applicable à leurs transactions. ». **Certains Etats de la CEDEAO ne prévoient même pas de dispositions de droit international privé dans leur loi relative aux transactions électroniques**. C'est le cas par exemple du Burkina.

Par ailleurs, des erreurs de rédaction sont parfois sources de sérieuses contradictions. Ainsi, suite à une erreur de rédaction de l'article 50, celui-ci semble contredire l'article 13. En effet, **l'article 50 dispose** : « L'activité entrant dans le domaine du commerce électronique **est soumise à l'autorisation de l'Etat** sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie », alors que l'article 13 prévoit : « Le commerce électronique **s'exerce librement sur le territoire national** à l'exclusion des domaines énumérés à l'alinéa premier de l'article 4 de la présente loi. ». On peut identifier l'erreur de rédaction de l'article 50 en se référant à **l'article 12, al. 1, de la loi sénégalaise** qui dispose : « L'activité définie à l'article 8 de la présente loi **est soumise à la loi de l'Etat** sur le territoire duquel la personne qui

l'exerce est établie, sous réserve de la commune volonté de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services ». Ainsi, l'article 50 aurait dû porter sur la loi applicable et non sur l'autorisation.

La loi sénégalaise, non plus n'est pas exempte de critiques. En effet, **l'article 9, al. 2 dispose** : « lorsqu'elle est exercée par des personnes établies dans un pays tiers, l'activité définie à l'article précédent est soumise aux dispositions légales en vigueur. ». Cette disposition, cependant, **ne précise pas s'il s'agit des dispositions légales en vigueur au Sénégal ou dans le pays tiers.** En réalité, c'est la **seconde** option qui est la **bonne**. Il suffit de **se référer à l'article 13, al. 3, de la loi malienne qui dispose** : « Lorsqu'il est exercé par des personnes établies dans un pays tiers, le commerce électronique est soumis aux dispositions légales et conventionnelles en vigueur dans ce pays. ».

Ainsi, l'absence d'un texte uniforme peut être une **source d'insécurité juridique certaine** sur le plan communautaire. **L'uniformisation s'avère donc nécessaire.**

B_ La nécessité de l'uniformisation

L'analyse portera, **d'abord, sur les avantages de l'uniformisation** (1) et, **ensuite, sur une piste d'uniformisation** (2).

1_ Les avantages de l'uniformisation

L'uniformisation limitera le morcellement juridique et fournira une plus grande sécurité juridique en instaurant un ensemble de règles essentielles communes contribuant au fonctionnement du marché intérieur.⁶

Elle **permet d'éviter les divergences tant d'interprétation juridique que dans la manière d'opérer les contrôles.** D'un point de vue opérationnel, elle **force les Etats membres et prestataires à coopérer plus efficacement** en vue de résoudre les problèmes actuels d'interopérabilité technique et de veiller ainsi à ce que les systèmes nationaux – qui sont parfois différents – puissent « se comprendre et se parler ».⁷

⁶ Cf. Exposé des motifs de la proposition de règlement du 4 juin 2012, SWD, 2012, 136 final, p. 4, disponible sur le site <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0238:FIN:fr:PDF>

⁷ D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS)) : analyse approfondie », février 2015, p. 9, publié sur le site www.droit-technologie.org.

L'uniformisation **permettra également de faciliter l'adoption et la mise en œuvre des actes d'exécution**. Ceux-ci concernent notamment les **organes de contrôle**, les **organismes d'évaluation de la conformité** et les **services de confiance**. Par exemple, concernant le cas spécifique de ces derniers, l'on a constaté que l'absence d'encadrement juridique dans certains Etats de la CEDEAO constitue un réel obstacle à leur plein épanouissement. L'uniformisation permettra de résoudre ce genre de problème. La levée des obstacles contribuera fortement à l'inclusion numérique au niveau communautaire. Ainsi, un citoyen d'un Etat membre pourra payer ses impôts depuis l'étranger ou faire des démarches administratives. Concrètement, elle permettra à l'avenir de s'acquitter de formalités administratives transfrontières de manière plus aisée et rapide, telles que l'inscription d'un étudiant par voie électronique dans une université à l'étranger, le dépôt en ligne par un contribuable de sa déclaration d'impôts dans un autre Etat membre, l'accomplissement de formalités relatives à la santé par un patient à l'étranger, voire la consultation de son dossier médical en ligne par un médecin étranger et éviter, le cas échéant, de refaire des examens ou analyses déjà effectués par le patient.⁸

Cependant, l'uniformisation n'est pas exempte de difficultés. C'est pourquoi, il faudrait explorer une piste d'uniformisation.

2. Une piste d'uniformisation

Le législateur européen a opté pour le règlement. Il a adopté le 23 juillet 2014 le règlement n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, qui abroge par la même occasion la directive 1999/93/CE.

Ce choix n'est pas le fruit du hasard. En effet, la Commission européenne a **envisagé tous les scénarios possibles et comparé les avantages et inconvénients respectifs** pour en conclure que le règlement est considéré comme l'instrument juridique le plus approprié.

Ainsi, les Etats membres de la CEDEAO ou de l'UEMOA peuvent aussi opter pour le règlement.

⁸ D. GOBERT, *ibidem*.

Ce choix, cependant, n'est pas sans difficulté. Il requiert que les Etats renoncent partiellement à leur souveraineté.