

CONTRAT DE VENTE EN LIGNE : QUEL APERÇU SUR LE DROIT CONGOLAIS EN LA MATIÈRE ?

Par

Dr Jean-Michel KUMBU ki NGIMBI

*Professeur Ordinaire
Avocat à la Cour
Expert au PNUD*

et

Sam KASSANDA SALMA

*Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa
Apprenant en DEA
Avocat à la Cour*

INTRODUCTION

La vente en ligne est une nouvelle forme de commerce sur l'échiquier mondial ; dans les pays développés et les pays émergents que dans les pays en voies de développement. Cette vente a comme soubassement juridique le contrat commercial électronique, c'est-à-dire un contrat passé sur internet, sans que la rencontre physique des parties soit nécessaire pour sa formalisation. La notion du contrat électronique s'attache donc à la technologie numérique du fait qu'il est passé sur le « cyber espace ».¹ C'est un contrat par lequel la formation et l'exécution emprunte un moyen de transmission ou de communication.²

A la suite de sa célérité et du moindre coût, les commerçants contractent maintenant plus et effectuent leurs prestations sans qu'aucun papier n'intervienne. Toutefois, du fait de l'absence physique des parties, des questions juridiques se posent à toutes les étapes du contrat électronique, de sa formation à son exécution. C'est à la présentation et à l'analyse de certaines de ces questions que cette réflexion sera consacrée. La question principale est de savoir si ce contrat suit-il aussi les effets de contrats type traditionnel lors de la naissance d'un conflit entre parties. Car une fois conclu, le contrat de vente

¹ M. MAKABA NGOMA, *La vente commerciale en droit congolais et dans la convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises : recherche du droit applicable*, thèse de Doctorat de Droit-UNIKIN, Kinshasa, 2016, pp.69-70.

² BOECHURG LIONEL, *Internet et commerce électronique*, Paris, Dalloz, 2001, p.290

formé par voie électronique produit des effets sur la situation juridique des parties et le sort des marchandises, et chaque partie doit respecter l'obligation découlant dudit contrat.³

A cela s'ajoute une question incidente de la preuve du contrat numérique en cas de différends qui se poserait également et même de la juridiction compétente. Vu que la révolution numérique favorisée par le développement de l'internet, nous nous demandons si une nouvelle donne devrait également entraîner une révolution juridique ?

De ce qui précède, nous essayerons de traiter de la question liée sur son internationalité et de sa preuve dans nos développements.

A. L'INTERNATIONALITÉ DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

De concert, le titre nous met tout de suite dans un registre de passation du contrat électronique international tout comme national. Notre étude se focalise à l'internationale. De ce fait, Catherine Kessedjian se montre prudente en parlant du caractère vraisemblablement international⁴ dudit contrat, alors Hass évoque l'internationalité dans le cadre du syllogisme suivant : « le problème de la loi applicable ne se pose, par définition, qu'en cas de contrat ou de situation internationale. Or, le propre du réseau internet est d'être international. Le problème de la loi applicable se posera donc dans la plupart des contrats conclus par le biais du web.⁵

Ici rappelons qu'une analogie pourrait être tentée avec le monde terrestre puisqu'ici aussi, les partenaires, même résidant dans des pays différents⁶ ; ou parfois dans le même pays mais dans des villes différentes, relèvent globalement du même espace.⁷ En droit congolais, c'est l'article 11 du code civil congolais livre premier, qui dispose qu'il faut se référer à la loi du lieu de conclusion du contrat par correspondance, par téléphone ou par mandataire chaque fois que les parties n'ont pas explicitement ou implicitement déterminé la loi applicable de leur contrat.

³ Z. Abdou GOUROUZA MAGAGI, in *Revue de l'Ersuma*, numéro 04-nouvelle édition Février 2015, p.24.

⁴ G. HASS, *commerce électronique : une poudrière juridique*, in Juriscom, à lire en ligne sur <http://www.juriscom.net/chr1/1/fr19980710.htm>

⁵ G. HASS, *commerce électronique : une poudrière juridique*, in Juriscom, à lire en ligne sur <http://www.juriscom.net/chr/1/fr19980710.htm>.

⁶ M. MAKABA NGOMA, *op. cit*, p.74.

⁷ Idem.

L'internationalité au sens où l'entendent les auteurs repose sur le découpage géopolitique de la terre. Le contrat est-il supranational parce qu'il se rattache à des normes juridiques se basant sur l'élément d'extranéité, sur une notion économique, la mise en jeu des intérêts du commerce international ; à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats, car impliquant un mouvement de flux et de reflux de valeurs, des services ou des biens au travers les frontières⁸ ?

Il n'est pas exact de considérer le contrat comme systématiquement multinational, car le postulat de la supranationalité du contrat électronique peut être renversé si les éléments d'extranéités ne sont pas suffisants et surtout si un tel élément n'est pas reconnu par le juge. De ce point de vue, il conviendrait peut-être de proposer une qualification propre afin d'établir une règle générale, dont l'on pourrait penser à une sorte de présomption, établissant que le contrat électronique est toujours supranational ou à l'inverse national sauf preuve contraire,⁹ car aucune de voie ne va tenir son chemin, du fait de la présomption et non du renversement.

Dans cette optique, en considérant « internet » comme une entité propre, il serait donc souhaitable que le législateur congolais se penche rapidement sur cette question et nous donne un texte de loi qui mettrait fin et fixerait les modes de passations et règlement du lieu de conclusion dudit contrat.

Puisque tout le monde s'accorde à dire que le lieu de conclusion de la relation nouée dans le cyberspace est en dehors des zones terrestres, cela vaut pour autant qu'il soit considéré comme « étranger ». En ce sens, on peut le qualifier de contrat supra mondial, étant donné qu'il est situé dans une dimension supérieure au monde terrestre.¹⁰ La perception de l'environnement numérique comme étant l'extension de l'environnement physique que nous connaissons depuis toujours n'est pas un indice fiable ; en outre il est évidemment possible qu'il s'agisse d'un nouveau type de catégorie de contrat encore *suis generis*, dont l'innovation se justifie en raison des difficultés inhérentes à la technique ainsi que de sa nouveauté.¹¹

La localisation des entreprises virtuelles et les éléments du contrat électronique ainsi que les personnes physiques posent énormément encore des problèmes. Si cette entreprise est seule qui exerce non seulement virtuellement son activité économique en ligne, mais alors que la société est dirigée aussi par

⁸ M. MAKABA NGOMA, *op. cit*, p.85.

⁹ *Ibidem*, pp. 85-86.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

des organes dirigeantes à distance décentralisées et administrativement ; dans pareil circonstance, la localisation de l'endroit où s'exercent comme avec des sociétés terrestre de leurs sièges sociales, à défaut de l'obtenir nous pouvons donc assimiler le siège de cette entreprise virtuelle aux adresses du domiciles des dirigeants ou de leurs responsables en commençant par la personne qui est à l'origine de sa création car nous la considérons comme responsable civilement.

Avec cela, le problème de localisation et du juridisme peuvent ainsi donc se rattacher aux droits applicables et résolve sans aucun doute la situation d'inhérence du droit applicable en premier vu, sauf si les parties en stipulent autrement. Le droit international pourrait intervenir pour deux sujets de nationalité différente. En cas de désaccord, les parties pourraient recourir à l'arbitrage ou au droit national rattaché à l'entreprise ou encore recourir aux grandes plateformes spécialisées dans les activités comme **Google, Amazone**, etc. qui emploient des sous comptes partout ailleurs. Ainsi le contrat ne sera plus « *suis generis* », car il sera attaché aux contractants avec le lien terrestre, mais avec une caractéristique propre.

Sur le site marchand, la description des produits n'est pas considérée comme une simple publicité, ni comme la simple fourniture d'informations. La description des produits proposés à la vente est considérée juridiquement comme une offre de contracter qui engage l'e-commerçant. Nonobstant, la description doit être complète, loyale (ne pas induire le consommateur en erreur) et à jour (les produits doivent être disponibles).

Un e-commerçant pourrait par exemple voir sa responsabilité engagée si la description des produits (couleur, taille, origine, composition, etc.) n'était pas conforme à la réalité. Le processus de contractualisation comprend deux étapes : la vérification de la commande puis sa confirmation par l'acheteur (procédure du "double-clic"). Cependant, en raison des particularités dans les différentes étapes de transmissibilité des données dématérialisées, se rencontrent plusieurs difficultés, car les textes qui élaborent le contrat électronique renferment des dispositions définissant spécifiquement le moment de la conclusion des contrats et celui de la réception également en général et d'échange des informations entre parties par rapport au contrat traditionnel. L'équivalence fonctionnelle constitue une solution médiane entre deux points de vue opposés.¹² D'où vient également le problème lié à la preuve dudit contrat.

¹² Lire CNUDCI, « loi type sur le commerce électronique et guide pour son incorporation », 1996, A lire in <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm>.

B. LA PREUVE DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

Dans un premier temps, pour que la commande soit valablement conclue, l'acheteur doit l'avoir bien vérifiée (détail de la commande et prix total, y compris les frais de livraison et autres frais annexes éventuels). Dans un second temps, le contrat est finalement conclu lorsque, après avoir pu vérifier le détail de sa commande, l'acheteur confirme la commande. L'e-commerçant doit alors sans délai, accuser réception de celle-ci par voie électronique, généralement par l'émission automatique d'un accusé de réception. Cet accusé de réception ne constitue qu'une information indiquant au client que sa commande a été prise en compte par l'e-commerçant, et n'a pas de valeur contractuelle en soi.

De façon traditionnelle, le consensualisme règle la question du juridisme couché sur papier avec une signature manuscrite. Car sans preuve formelle écrite le cas échéant, la validité du contrat d'après notre code civil en cas de réclamation d'exécution d'une obligation, sera dans l'impossibilité de faire falloir ses droits. Or avec le E-commerce, la paperasse est mise de côté dans la relation entre parties. Certes que le code civil reconnaît qu'à défaut des écrits, le simple consentement vaut contrat formé, les parties auront du mal à prouver d'où la nécessité commerciale à coucher sur papier les quelques termes de référence du contrat commercial électronique.

Quant au support, en examinant les mérites du contrat papier dit traditionnel avec la notoriété que lui reconnaît le droit, le numérique une fois présent ; toutes ses caractéristiques identiques¹³, comme le cas de certaines plateformes connues, les mêmes valeurs avec les contrats papiers lui sera également concédée.

Pour rappel, les pratiques ou les clauses contractuelles qui permettraient à l'e-commerçant de modifier de façon unilatérale le prix, d'ajouter unilatéralement le coût de la livraison qui n'aurait pas été initialement fixé (et non agréé par le client) ou de rajouter des produits ou services (extension de garantie ou assurance par exemple) dans le panier de l'acheteur, en pré-cochant des cases, sont prohibées. En France par exemple, l'application de l'article 1369-4 du code civil dispose "Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Tout e-commerçant doit donc

¹³ E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers des règles juridiques transnationale », in *JDL*, Bruxelles, 1997, p.323.

mettre ses conditions générales de vente à disposition, en ligne. Si elles sont correctement rédigées, auront l'avantage de regrouper en un seul document l'ensemble des informations contractuelles requises par la loi, devant être fournies à l'acheteur.

L'article L.121-19 du Code de la consommation prévoit en outre que l'acheteur doit recevoir par écrit ("ou sur un autre support durable à sa disposition"), en temps utile et au plus tard au moment de la livraison, certaines informations telles que : la confirmation des informations mentionnées dans l'offre de vente, les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation, l'adresse de l'e-commerçant où l'acheteur peut présenter ses réclamations, etc.

A défaut de procédure d'acceptation effective des conditions générales de vente, ou de leur version modifiée, celles-ci pourront être déclarées inopposables à l'acheteur en cas de contentieux. Dans ce cas, le juge appliquera les conditions issues de la loi, de la jurisprudence et de l'équité, ce qui créera un degré d'incertitude pour le commerçant, qui risquera de se voir opposer des conditions différentes et/ou moins favorables que prévues aux conditions générales de vente.

Afin de s'assurer que ses conditions générales de vente seront opposables aux acheteurs, le e-commerçant doit prévoir une procédure d'acceptation effective des conditions générales de vente, à renouveler lors de leur modification (ou au moment de la passation d'une nouvelle commande, postérieurement à la modification des conditions générales de vente).

La question de l'opposabilité des conditions générales de vente aux acheteurs ne se pose pas uniquement pendant l'exécution du contrat de vente, mais jusqu'à l'expiration du délai de prescription des actions en responsabilité.

Même si le contrat de vente en ligne expire après exécution de la livraison (étendue à la durée de la garantie légale, et éventuellement d'une garantie contractuelle plus longue), l'acheteur conserve la possibilité d'intenter une action en responsabilité à l'encontre du vendeur pendant un délai de plusieurs années après l'expiration du contrat.

Le droit congolais ne s'est pas encore investi en cela et laissant champ libre à certains arnaqueurs qui profitent de ce vide juridique dont les consommateurs en pâtissent avec des spéculations dans tous les sens. Aujourd'hui une opinion se dégage avec observation aux autres qui pensent qu'une signature électronique ou manuscrite vaut dans l'utilisation induite

d'un acte de cocontractants ; contrairement à la signature manuscrite, le code secret ne suffit pas à lier à la personne et ne la caractérise donc pas.

L'article 7 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoit qu'une signature exigée par la loi d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message des données... il faut savoir en cas d'espèce, la documentation numérique, la signature numérique et la valeur juridique d'une signature électronique forment un tout pour prouver l'existence du E-contrat.

Juridiquement la signature fait office d'identifier les parties et de manifester leurs volontés.

En Europe, la question ne pose pas trop de problème du fait de l'adaptabilité de leur arsenal juridique en distinguant deux types de signature numérique avec deux niveaux de validité juridique différentes avec le texte fondateur de la directive européenne du 13 décembre 1999 :

- La signature électronique tout court dans l'article 2 : « une donnée sous forme électroniques, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification. » sans faire l'équivalence d'une signature manuscrite ;
- La signature numérique avancée à l'article 5.1 : « les Etats membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard des données manuscrites ou imprimées sur papier et soient recevable comme preuve en justice ». Ici l'équivalence est acquise avec la signature manuscrite avec la réunion de ses trois conditions ; la mise en œuvre d'une signature électronique avancée ; l'utilisation d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique ; et l'utilisation d'un certificat qualifié.

Pour jouir de cette présomption de fiabilité, en droit Français, selon l'article 4, la signature devra donc mettre en œuvre la réunion des trois conditions suivante : la sécurité de la signature électronique ; créer par un dispositif certifié conforme à un certain nombre d'exigence et la vérification de la signature qui repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié qui sont délivrés par des prestataires de service de certification qualifiés.¹⁴

¹⁴ Loi n°2000-230 du 20 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, in journal officiel français, avril 2000.

Le transfert de propriété est l'un des effets principaux du contrat de vente. Il signifie simplement que la propriété de la chose vendue est transférée à l'acheteur, dès l'instant où le vendeur et l'acheteur sont d'accord sur la chose et sur le prix. Il n'importe aucunement que la chose soit livrée - ou pas - et le prix payé - ou pas selon le code civil.

Néanmoins il est toujours possible d'inclure dans le contrat des clauses particulières qui auront pour effet de retarder le transfert de propriété, ou de le soumettre à certaines conditions (par exemple, le paiement total du prix convenu).

En cas du E-contrat, tous seront tentés à converger dans ce sens-là, mais notons que le transfert ici est effectif à la réception du produit acheter. En cas de doute sur une clause, la loi organique qui règlera le E-commerce devrait prévoir une disposition dont le contrat sera interprété en défaveur du vendeur. Le droit de rétractation permet au consommateur d'annuler le contrat conclu à distance dans un délai de quatorze jours calendaires selon la loi française.

CONCLUSION

Notre société contemporaine étant dominée par les Technologies de l'information et de la communication, nous remarquons une révolution technologique, révolution en croissance rapide dans le monde actuel. L'internet connaissant un grand essor est aujourd'hui utilisé pour l'exécution de plusieurs actes dont l'accomplissement des contrats de vente par le biais d'outils informatiques.

La question principale de cette réflexion a été celle de savoir si le E-contrat subit-il aussi les effets de contrats type traditionnel lors de la naissance d'un conflit entre partie.

Ma réflexion ne peut qu'esquisser à grands traits cette question aussi vaste que multiforme. Les codifications modernes considèrent l'accord des volontés comme étant purement et simplement l'élément créateur de droit dans le contrat et cela, même jusqu'à une époque très récente, sans aucune restriction quant à la forme ou au type du contrat. Il n'apparaît pas comme nécessaire d'en donner une justification.

Ce faisant, la particularité est celle d'en ressortir les preuves en cas de litiges, quel juge et loi sera compétent. Dans l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, cette question n'a fait l'objet d'une organisation de la vente en ligne comme telle et pour ce qui concerne les preuves électroniques comme l'évoque si bien les articles 81,82 et 96 ne concerne en réalité sur les informations du registre du commerce et du crédit mobilier tel qu'intitulé le livre 4 du titre 5 dont les présentes dispositions y sont tirées.

En somme, obliger la numérisation tout en créant une juridiction compétente uniquement basée sur la documentation numérique et cela deviendra une juridiction compétente appart entière spécialisée, et laisserons les tribunaux de commerce, les tribunaux de grande instance ainsi que les tribunaux de paix ne traiter que des litiges dont le contrat n'a pas été conclu en ligne.

L'OHADA a une partie avec la dématérialisation des titres mobiliers ouvre le chemin à l'instar du droit bancaire ; une loi uniforme sur les transactions électroniques y compris pour les actes civils et actes électroniques authentiques doit être prise immédiatement comme c'est le cas dans beaucoup des pays européens¹⁵ nonobstant le droit conventionnel susceptible de donner lieu à la

¹⁵ Z. Abdou GOUROUZA MAGAGI, *op. cit*, p.31.

mise en œuvre des règles juridique contraignantes étant encore embryonnaire, les usages spécifiques à l'internet ne sont pas suffisamment affirmés pour se placer au rang des règles juridiques dont les spécifiques au commerce électronique restent rares¹⁶. Le souhait serait que l'initiative vienne de la RDC avec une loi interne et une proposition plus creusée à l'instar du droit de l'OHADA.

¹⁶ J-M. KUMBU ki NGIMBI, *Droit du commerce international*, Kinshasa, Galimages, 2013, pp.58-59.