

Dr. DIFFO TCHUNKAM Justine
credodoc@yahoo.fr
BP 1917 - Yaoundé
Chargée de cours - Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Yaoundé II – CAMEROUN

Actualité et perspective du droit OHADA des affaires après la réforme de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général du 15 décembre 2010

Résumé

Soucieux de l'adéquation de son droit avec l'environnement des affaires, le législateur OHADA a révisé l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général du 17 octobre 1997 en y apportant des amendements et d'importantes innovations. Le nouvel Acte Uniforme adopté à Lomé le 15 décembre 2010 réaménage certaines conceptions connues de la commercialité pour encadrer la plupart des intervenants de la vie économique. En faisant une place importante à l'opportunité pratique des solutions et à la simplification des procédures, le processus de dématérialisation amorcé repose essentiellement sur l'équivalence fonctionnelle entre les supports physiques et numériques dans les transactions électroniques comme gage de la confiance dans l'économie numérique. C'est tout le sens et l'esprit de la réforme de 2010 qui marque le tournant vers un évolutionnisme simplificateur qui pourrait conduire à une cyberlégislation communautaire.

Mots clés

Activité économique – entreprenant – bail à usage professionnel – dématérialisation – équivalence fonctionnelle.

« Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »

J.-E.-M PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*, présenté le 1^{er} Pluviose An IX, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, publiés par le Vicomte Frédéric PORTALIS, Paris, Joubert, 1844, réédité par le Centre de philosophie politique et juridique URA-CNRS, Université de Caen, 1992, p. 6

1. Le droit des affaires de l'OHADA a le mérite de soutenir l'évolution de l'économie. En effet, il est attentif à la pratique des affaires dont la dynamique et parfois la complexité provoque tantôt le renouvellement des normes, tantôt la production de règles nouvelles mieux adaptées aux besoins des intervenants de la vie économique. C'est sous ce prisme qu'il faut apprécier l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général¹ issu de la réforme intervenue à Lomé le 15 décembre 2010. Ce texte qui abroge celui du 17 avril 1997 est porteur d'enseignements et d'innovations aussi bien théoriques que pratiques. Pourtant, à l'analyse, et nonobstant l'ampleur des amendements enregistrés, l'on a le sentiment que cette réforme aurait bien pu connaître une plus grande intensité au regard des enjeux de modernité et d'attractivité économique perçus comme déterminant de l'efficacité du droit. Notre contribution est confortée par l'observation de M. le Professeur J.-L. BERGEL qui, face aux innovations constantes de la pratique doublées de la complexité galopante des échanges commerciaux, constate que « *le droit ne cesse d'évoluer dans un monde qui change. Les juristes travaillent (...) pour traiter des réalités de la vie et des relations humaines, politiques, économiques et sociales qui ne cessent de se développer et de se transformer. On ne peut alors se contenter de ce que l'on connaît fort bien en droit positif et qui risque de ne pas suffire pour répondre à de nouvelles situations et à de nouveaux besoins. Il faut donc tenter d'inventer d'autres instruments et d'autres méthodes, d'imaginer des solutions nouvelles, d'anticiper sur un droit en perpétuel devenir...* »². Ce travail d'anticipation emprunte alors à l'exégète l'interprétation intertextuelle de la loi et au constructivisme l'approche prospective pour tenter la conceptualisation des moules aptes à contenir « la nouvelle commercialité » adoptée par le législateur OHADA.

2. Dans cette contribution, la reconsidération des conceptions classiques de la commercialité côtoie habilement la mise en forme des bases juridiques de la cyberlégislation de l'OHADA. Elle s'opère tout d'abord à travers un double mouvement de déconstruction de certains repères classiques de la commercialité et de reconstruction³ d'une critériologie pratique adaptée à l'environnement modernisé des affaires. Ensuite, nourri de la substance économique⁴, le droit des affaires amorce son entrée dans l'économie numérique (et c'est le moins que l'on

¹ - Ci-après : AUDCG.

² - J.-L. BERGEL, « A la recherche des concepts émergents en droit », *Recueil Dalloz*, 2012 p. 1567; dans le même sens, consulter P. Le CANNU, *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008 ; P. BLOCH, S. SCHILLER (dir.), *Quel code de commerce pour demain ?*, LexisNexis, 2007 ; Cour de cassation et Institut André TUNC (sous l'égide de), *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2008 ; Association du Bicentenaire du Code de commerce, *Bicentenaire du code de commerce, 1807-2007*, Dalloz, 2008.

³ - Cette occurrence impose par conséquent une redéfinition de vecteurs de la commercialité qui tienne compte de la présence de nouveaux intervenants de la vie économique.

⁴ - Rappelant ici F. GENY pour qui « *Le droit resterait comme un mécanisme tournant à vide s'il n'était constamment approvisionné et nourri de la substance économique* », cité par P. VASILESCO, *L'oeuvre de F. GENY et ses résultats*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, Recueil Sirey, 1981, tome II, p. 57

puisse dire) par la reconfiguration de l'environnement global des affaires aux fins de simplification des formalités et de dématérialisation des procédures. L'on voit alors se dessiner la roche sédimentaire délicatement tracée par l'actualité économique⁵ de l'OHADA qui, en construisant des passerelles transversales entre le droit civil et le droit commercial, finit par ériger en règles de droit des théories telles que l'équivalence fonctionnelle des résultats⁶ et la neutralité technologique⁷. La question qui préoccupe la doctrine cependant demeure celle de l'opportunité du maintien de la terminologie « droit commercial général » après la réforme du 15 décembre 2010 au regard des aménagements structurels engendrés dans l'environnement global des affaires. Cette problématique soulevée en son temps par certains experts avisés du droit comparé des affaires⁸, révèle en soi tout l'intérêt scientifique de la conciliation des concepts émergents du droit des affaires⁹ dans les processus législatifs. Ceux-ci postulent la prise en compte des données économiques comme critères d'évaluation de l'efficacité du droit des affaires dont le dynamisme, assez impressionnant, impose sans cesse de nouvelles structures, de nouveaux procédés de production et de commercialisation et un constant renouvellement des opérations juridiques.

3. Pour la clarté de l'analyse, l'on s'attachera *de lege lata* à détecter aussi bien les points de la réforme qui augurent une transformation profonde du paysage juridique de la commercialité des acteurs et des actes de commerce dans l'espace OHADA que les notions en gestation susceptibles de substituer au droit commercial général la plasticité des cadres juridiques du droit économique (I). *De lege feranda*, l'on envisagera la nécessité d'un Acte uniforme OHADA sur les transactions électroniques au service de l'essor de la cyberéconomie dans le continent africain (II).

I- L'AMPLEUR DE LA REFORME DE 2010 SUR LA COMMERCIALITE ET L'ENVIRONNEMENT DES AFFAIRES

4. Droit spécial, droit d'exception, droit des professions lucratives, le droit commercial, encore connu comme le droit commun des affaires et parfois aussi comme le droit économique¹⁰, est toujours appréhendé à travers sa double distanciation subjective (droit des commerçants) et

⁵ - J. FOYER, « L'actualité et le législateur », *Actualité et droit*, LPA, n° 138, 2005, p. 13.

⁶ - L'équivalence fonctionnelle des résultats procède d'une fiction juridique qui consiste à considérer que les supports physiques et les supports électroniques assurent les fonctions équivalentes en ce qui concerne aussi bien la validité que la preuve de certains actes juridiques. C'est par ce biais que le législateur assigne la même validité ou reconnaît la même valeur juridique à l'écrit et à la signature électronique comme moyens probatoires dans les transactions commerciales. Pour plus de développements sur l'équivalence fonctionnelle, voir *infra*, n°30 à 33.

⁷ - La neutralité technologique quant à elle est une présomption de fiabilité de l'environnement technologique qui, dès lors, serait susceptible d'admettre une transposition des solutions consacrées en droit aux problèmes juridiques soulevés à l'occasion des transactions électroniques. Voir, V. GAUTRAIS, « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », accessible sur le site du Centre de Recherche en Droit Public (CRDP/CECOJI, Montréal 30 septembre 2003) de l'Université de Montréal sous le lien <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm>.

⁸ - Voir l'analyse faite par B. MARTOR et S. THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », *Semaine Juridique, JCP, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, 2004, pp. 5-11 ; dans le même sens, J. LOHOUES-OBLE, « Innovations dans le droit commercial général », *Petites Affiches*, 13 octobre 2004, spéc. n°205.

⁹ - Pour aller plus loin sur cette notion, voir E. Le DOLLEY, *Les concepts émergents en droit des affaires*, Paris, LGDJ-Extensio, 2010.

¹⁰ - En faisant l'économie de toute polémique conceptuelle, voir G. RIPERT, R. ROBLOT, L. VOGEL, (Dir. M. GERMAIN), *Traité de droit des affaires : du droit commercial au droit économique*, Paris, LGDJ. Lex Extensio, 2010, tome 1, *Introduction*.

objective (droit des opérations commerciales) par rapport au droit civil, droit commun des relations privées. Mais quelle que soit son évolution à travers les âges, cette double distanciation n'a jamais permis de définir, encore moins de contenir de manière satisfaisante la matière. L'OHADA n'a pas échappé à cette difficulté axiologique qu'entretient le droit commercial. Pour la surmonter, il faudrait encore rechercher et identifier dans la loi elle-même les nouvelles assises de la commercialité adoptées par l'OHADA (A), en même temps que les repères juridiques de l'environnement très compétitif de l'économie numérique (B) commandée par la dématérialisation des opérations du commerce international.

A- La commercialité reconfigurée

5. Le commerçant se reconnaît à la nature des actes qu'il fait, et la nature des actes dépend de la qualité de celui qui les fait. Ainsi postulée, la question demeure encore aujourd'hui celle de l'adoption d'un critère général et univoque de la commercialité. Il faudrait aller plus au fond et creuser dans l'esprit du législateur de 2010 pour découvrir qu'en réalité, le droit commercial général de l'OHADA traverse une profonde reconfiguration des critères de la commercialité susceptible de l'ériger en un véritable droit commun des activités économiques (1). En outre, l'intensité de la réforme de 2010 a débouché sur des régimes juridiques particuliers (2) reconnus à certains acteurs économiques¹¹ ainsi qu'à des institutions classiques du droit commercial¹².

1- L'esprit de la réforme : du droit commercial général au droit des activités économiques

6. L'AUDCG révisé s'applique à tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats Parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique¹³. En outre, le champ d'application de l'AUDCG a été précisé entre autres pour inclure un nouvel acteur dans le champ de la commercialité¹⁴. En effet, un alinéa 2 a été introduit à l'article 1^{er}, qui soumet aux règles du droit commercial général les personnes physiques ayant opté pour l'exercice du commerce sous le statut d'entrepreneur¹⁵. En vérité, l'OHADA régit pratiquement la plupart des intervenants de la vie économique, du simple fait de leur présence et de l'importance de leurs activités professionnelles¹⁶ dans la chaîne des activités économiques, quelle que soit leur nature.

¹¹ - C'est le cas de l'entrepreneur.

¹² - Bail commercial, Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, clientèle commerciale, écrit, signature, etc.

¹³ - Traité du 17 octobre 1993 révisé à Québec le 17 octobre 2008, *in* OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4^e Edition, 2012, pp. 19-74.

¹⁴ - Cette catégorie spéciale et privilégiée de commerçant est une innovation de l'AUDCG : article 30.

¹⁵ - Aussi, les personnes physiques ou morales, et les groupements d'intérêt économique constitués, ou en cours de formation à la date d'entrée en vigueur du nouvel Acte uniforme, doivent mettre les conditions d'exercice de leur activité en harmonie avec la nouvelle législation dans un délai de deux ans à compter de la publication dudit Acte réformé au Journal Officiel de l'OHADA.

¹⁶ - Il s'agit également des activités économiques fondées leur caractère habituel et professionnel telles que celles exercées par les membres des professions libérales, les sociétés civiles professionnelles, les associations

7. Par ailleurs, il est important de souligner que le point de mire de la réforme repose essentiellement sur des considérations d'ordre téléologique : la finalité du droit révisé étant d'adapter les nouvelles dispositions légales aux besoins et particularismes des économies africaines. Ainsi compris, pour éviter les dérives habituellement constatées dans les processus de réformes, des notions transversales ont été identifiées et consacrées dans l'optique de renforcer l'architecture juridique des affaires en faveur de l'unicité des sources et des règles, mais également de répondre aux exigences de sécurité juridique¹⁷ et économique liées à la globalisation des échanges. C'est dans cet esprit qu'il faut appréhender l'assimilation des statuts de commerçant et d'entrepreneur comme acteurs économiques.

a- La qualité de commerçant étendue à tout acteur économique

8. L'acteur économique qui, avant la réforme de 2010 passait entre les mailles de la loi (ne répondant à aucune des qualifications juridiques connues à savoir le commerçant, l'intermédiaire de commerce, l'auxiliaire du commerçant) et opérait dans l'informel, relève désormais du droit l'OHADA sous la dénomination de l'entrepreneur. L'entrepreneur rappelle le professionnel, qualification générique adoptée par la doctrine et la jurisprudence de droit français pour assurer la réglementation de tous les intervenants de la vie économique. Dans ce cadre, le fait d'exercer une activité professionnelle dotée d'une organisation minimale, suffit pour l'octroi de la qualité d'entrepreneur. C'est sur ce fondement en effet que Ph. LE TOURNEAU, à travers une analyse comportementale du commerçant et du professionnel¹⁸, tentait une assimilation des deux statuts. Cette démarche avait trouvé un écho favorable dans la doctrine de droit civil¹⁹ qui consacrait la notion de profession en en faisant le point de départ de la réflexion sur l'esquisse d'un statut de professionnel. Dans le même ordre d'idée, J. CALAIS-AULOY et STEINMETZ ont défini le professionnel comme étant une personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution et de prestation de services²⁰. Cette définition a l'avantage non seulement d'exclure les travailleurs salariés et d'inclure les personnes morales d'une part, mais surtout, d'étendre la notion de profession aux activités de production et de distribution des biens mais également de fourniture des services d'autre part. Apparaissant ainsi comme une notion fédératrice du droit civil et du droit commercial, la profession quelle que soit sa nature, constitue l'un des éléments d'ancrage qui permet de saisir et l'activité économique, et la personne qui l'exerce.

et fondations, etc. La singularité de leur régime juridique affecte principalement la protection du patrimoine et de la clientèle entretenue par ces acteurs économiques.

¹⁷- Il convient de rappeler ici la place importante accordée à la sécurité juridique par la théorie du droit : voir P.G. POUGOUE, « Les figures de la sécurité juridique », Leçon inaugurale, Inédit, UFD-Université de Yaoundé II, 2004. Sur la comparaison avec la notion de confiance légitime en science administrative, voir P. CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *Recueil Dalloz*, 2006, Chroniques p. 1190, spéc. 1193.

¹⁸- « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *Rec. Dalloz Sirey*, 1990, Chr. V, pp. 21-26.

¹⁹- J. SAVATIER, « Contribution à une étude juridique de la profession », *Archives de Philosophie du Droit*, 1971, pp. 3-17.

²⁰- *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 12 et ss.

9. Apparue pour la première fois dans les travaux de G. RIPERT en 1939, l'«*ébauche d'un droit professionnel*»²¹ entretenue par la doctrine de droit civil, semble ainsi avoir trouvé son assise législative dans la réforme du droit OHADA en 2010, n'a fait que formaliser certaines professions qui jusque-là pouvaient laisser croire que le professionnel de l'OHADA est un commerçant qui s'ignore. A cet égard en effet, beaucoup de non commerçants font aujourd'hui des opérations répétées ; comme des commerçants, ils ont de fréquents appels à faire au crédit ; comme eux, ils ont parfois de nombreux créanciers, ils contractent avec des étrangers ; enfin, des sociétés se fondent pour des opérations civiles de la plus grande importance. Les habitudes du commerce tendent à devenir des habitudes générales ; ses besoins deviennent ceux de tout le monde²².

10. Ainsi compris, le statut d'entrepreneur a le mérite d'être fondé sur une conception extensive de « la profession » qui, déduite des dispositions des articles 2 et 3 de l'AUDCG, est le substrat nécessaire d'une définition empirique et inclusive du commerçant. Voilà encore une notion élaborée par le droit civil, qui permet d'asseoir plus aisément la qualification de l'acteur économique dans l'espace OHADA, en servant de trait d'union entre le droit civil et le droit commercial. Inclusive, elle l'est parce qu'elle ne restreint pas l'élection du statut de commerçant à la nature des actes exercés par leur auteur, encore moins à l'exercice, même à titre habituelle de certains actes, mais inclut dans son champ d'action les opérations et actes de toute nature dès lors qu'ils présentent un faisceau d'indices suffisamment révélateurs de leur substance économique. Qui plus est, la plupart des professions indépendantes, qu'elles soient commerciales ou non, sont dominées par la recherche du profit dans un environnement économique globalisé et hautement compétitif. Les secteurs agricoles modernes, les secteurs miniers et immobiliers, peuvent être convoqués à titre d'exemple. L'agriculture moderne par exemple, bien que relevant du secteur primaire, nécessite bien souvent de gros investissements pour faire face à la concurrence, et oblige certains agriculteurs²³ à recourir aux crédits importants au même titre que les commerçants. C'est également le cas des avocats qui, bien qu'exerçant une profession libérale, doivent bénéficier d'un droit de propriété sur leur local, car ils possèdent une clientèle fidèle qu'il convient de protéger²⁴.

11. De tout ce qui précède, l'on peut déduire dans les orientations actuelles du droit OHADA l'émergence d'une critériologie de la commercialité plus inclusive ayant pour socle l'exercice d'une activité économique à titre de profession. Ce faisant, le législateur OHADA conforte l'analyse selon laquelle l'activité économique apparaît comme étant le facteur dominant de la compétence de l'OHADA et non la qualité de la personne, encore moins le caractère purement commercial de l'acte. La rupture de la commercialité fondée seulement sur

²¹- Etudes H. CAPITANT, Dalloz 1939, p. 607.

²²- Voir à ce titre, F. POLLAUD-DULIAN, « L'habitude en droit des affaires », in Etudes à la mémoire d'A. SAYAG, pp. 349-369.

²³- Au sujet de certains agriculteurs classés dans la catégorie des professionnels non commerçants, lire G. COSNRAD, *L'irréductible droit agricole*, Paris, Dalloz, 1949, spéc. p. 57.

²⁴- C'est ce que l'OHADA a fait en remplaçant le bail commercial (exclusif) par le bail à usage professionnel, plus inclusif et dont la finalité est de protéger la clientèle de toutes les professions. Voir à cet égard : B. SAINTOURENS, « Le bail commercial des non commerçants », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. DERRUPPE, Paris, Litec, 1991, p. 93 ; également, A. JAUFFRET, « L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles », Mélanges KAYSER, 1978, tome 2, P. 99.

la double distanciation subjective et objective de la matière semble acquise à travers la reconnaissance de la commercialité à toute activité revêtant un caractère économique.

b – La commercialité de l’acte reconnue à toute activité économique

12. L’article 3 de l’Acte uniforme dispose que : « L’acte de commerce par nature est celui 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 intention d’en tirer profit pécuniaire*. Ont, notamment, le caractère d’actes de commerce par nature : (...) les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d’assurance, et de transit ; les opérations d’intermédiaires de commerce, telles que commissions, courtages, agences, ainsi que les opérations d’intermédiaires pour l’achat, la souscription, la vente ou la location d’immeubles, de fonds de commerce, d’actions ou de parts sociales commerciale ou immobilière ; (...). Bien que rajeunie, la liste de l’article 3 nous semble un peu disparate, mais a néanmoins le mérite de la plasticité.

13. En outre, avant la réforme de 2010, la notion d’acte de commerce circonscrivait la définition et l’octroi du statut de commerçant à l’exercice répété de certains actes, ce qui excluait de cette catégorie des acteurs et opérateurs engagés dans le secteur économique, alors même qu’ils exerceraient leurs activités dans le cadre d’une organisation structurée. Dans ces conditions, des activités qui pourraient être saisies par le droit des affaires, soit pour les soumettre au régime du droit commercial, soit pour leur accorder les privilèges liés au statut d’entreprise commerciale, ont longtemps été exclues du domaine matériel du droit des affaires. L’idée dominante ici c’est que les activités économiques reposent sur un instrument économique et institutionnel incontournable qui est l’entreprise. Dans cette optique, de même que le fonds commercial n’a d’existence juridique et économique qu’à travers la réalité de la clientèle, de même, l’activité économique – civile ou commerciale – ne peut exister et bénéficier de tous les attributs qui sont naturellement attachés à une telle activité que parce qu’elle est exercée dans le cadre d’une entreprise structurée²⁵, quelle qu’en soit la taille.

14. Quoiqu’il en soit, à partir de la liste de l’article 3, la distinction actes de commerce objectifs et actes de commerce subjectifs subsiste. Pourtant, dans la pratique, il existe beaucoup d’actes juridiques et notamment les grands contrats d’un usage courant tels que vente, louage, dépôt, mandat, transport, qui sont utilisés aussi bien dans la vie commerciale que dans la vie civile, car ils englobent *la fourniture des prestations de service avec intention d’en tirer profit pécuniaire*. De ce point de vue, ni leur objet, ni leur forme, ne permet de les caractériser. Il devenait donc nécessaire pour cela, d’analyser l’activité économique des contractants et l’on arrive ainsi à dire que parce qu’elle est effectuée dans le cadre d’une entreprise, l’Acte uniforme peut les saisir. Ce n’est finalement pas seulement la nature commerciale des actes qui importe,

²⁵ - La définition communément admise de l’entreprise l’appréhende comme étant une structure organisée « réunissant, sous une direction commune, des moyens tant humains que matériels en vue de l’accomplissement d’activités économiques, commerciales, industrielles ou de services » : R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 1^e éd. 2002 ; S. GUINCHARD et G. MONTAGNER (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1999, p. 227. Qu’elle soit de nature commerciale ou civile, elle constitue, selon M. PEDAMON, « la cellule de base de l’économie contemporaine » : M. PEDAMON : *Droit commercial*, Paris, Dalloz, 1994, n° 71, p. 59 ; H.D. MODI KOKO BEBEY, « L’harmonisation du Droit des affaires en Afrique : Regard sous l’angle de la théorie générale du droit », accès recommandé sur le domaine documentaire : http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHADA/ohada_1.pdf.

mais davantage le cadre entrepreneurial dans lequel l'activité est exercée qui attire la réglementation applicable. C'est cette double posture reposant sur la conciliation acte de commerce et entreprise qui semble avoir influencé les choix législatifs de l'OHADA. Il est donc important de souligner qu'en reconfigurant ainsi les critères de la commercialité classique entretenue par le rapport achat et revente, elle ne s'accommode plus de cette conception visiblement trop étroite pour contenir toutes les activités régies par l'OHADA. Dans la mesure où elle intègre désormais les prestations de service, les industries culturelles telles que l'économie des services et de la connaissance, l'ingénierie des savoirs, lesquelles ignorent la succession « *achat et revente* ». En repoussant ainsi les limites de la commercialité, l'OHADA confirme sa vision transformatrice de l'environnement des affaires et sa tendance très poussée à l'unification des sources du droit régissant les activités économiques²⁶. C'est elle en effet qui assure la singularité des régimes juridiques reconnus à certaines notions et institutions du droit réformé.

2- L'occurrence subséquente de régimes juridiques particuliers

15. En cohérence avec les notions consacrées en 2010, le législateur a construit des régimes juridiques spéciaux adaptés aux aménagements enregistrés dans la matière. Les plus importants concernent le régime particulier de l'entrepreneur, celui des baux à usage professionnel, et le régime économique et patrimonial assigné au registre du commerce.

a- Le régime juridique particulier de l'entrepreneur

16. L'une des innovations importantes de la réforme de l'AUDCG est la consécration d'un statut de professionnel indépendant. Celui-ci peut avoir la qualité de commerçant ou non²⁷. Il s'agit de l'entrepreneur. L'AUDCG le soumet à un régime juridique plus allégé que celui du commerçant classique. Au demeurant, le texte d'application précise que les règles de fonctionnement propres à ce nouveau statut exigeront une combinaison entre règles de droit uniforme issues des Actes uniformes et règles nationales des Etats parties²⁸. La qualité d'entrepreneur est accessible naturellement aux commerçants, mais également aux artisans ainsi qu'aux agriculteurs. Nouveau venu dans le monde structuré et organisé des affaires, l'entrepreneur est assurément un acteur économique important dans l'environnement culturel africain des affaires, car il est extrait parmi les multiples entrepreneurs qui jusque-là exerçaient leurs activités dans le secteur informel. Ils étaient des « *commerçants de fait* », dans la mesure où ils échappaient aux règles d'organisation de l'activité commerciale prévues par le législateur OHADA alors même qu'ils effectuaient des actes de commerce directement ou indirectement, ou exerçaient une activité économique de façon habituelle. L'exercice en qualité d'entrepreneur est cependant soumis à des conditions particulières.

a.1- L'acquisition de la qualité d'entrepreneur

²⁶ - Sur cette question, voir J. DIFFO TCHUNKAM, « La distinction droit civil-droit commercial à l'épreuve de l'OHADA : une prospective de droit matériel uniforme », *Rev. Dr. Unif.* 2009, pp. 57-89.

²⁷ - V^o AUDCG : Texte d'application, Rapport pour le Secrétariat permanent de l'OHADA, 15 novembre 2009.

²⁸ - Titre III du Livre II de l'AUDCG.

17. Aux termes de l'article 30 alinéa 1 de l'AUDCG, la qualité d'entrepreneur ne peut être accordée qu'à un entrepreneur individuel, personne physique. Elle s'acquiert sur simple déclaration, pour l'exercice d'une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole. En outre, le statut d'entrepreneur résulte d'un choix du requérant, et ne saurait être imposé. Mais cette faculté n'est offerte qu'à la personne qui respecte le critère défini. A cet égard, l'entrepreneur, dispensé de l'obligation d'immatriculation au Registre du Commerce, est simplement soumis à une obligation de déclaration d'activité au Registre du Commerce (article 30 alinéa 6 de l'AUDCG). Cette obligation de déclaration d'activités est matériellement faite suivant les modalités fixées par l'article 62 et ss. de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. Il appartient également à chaque Etat partie de prendre les mesures incitatives en matière fiscale et pour les charges sociales applicables à ces entrepreneurs (article 30 alinéa 7 de l'AUDCG). L'article 30 alinéa 2 affine le critère en indiquant que le chiffre d'affaires annuel ne doit pas excéder, pour l'année en cours et l'année précédente, le maximum fixé par l'Etat partie sur le territoire duquel il tient à exercer son activité. Ce critère consiste donc dans un plafond lié au chiffre d'affaires de l'entrepreneur qu'il appartiendra aux Etats parties de fixer car conformément à l'article 30 alinéa 4, l'entrepreneur ne peut exercer son activité que dans l'Etat partie dans lequel il a fait sa déclaration d'activités. Dans le même ordre d'idée, l'article 30 alinéa 3 précise que ce chiffre d'affaires annuel est, en ce qui concerne les commerçants et les artisans, celui de leurs activités de vente de marchandises, d'objets, de fourniture et denrées ou de fourniture de logement et, d'autre part, en ce qui concerne les agriculteurs, celui de leurs activités de production.

L'observation générale qui ressort de ce statut d'entrepreneur se résume dans le constat que celui-ci ne deviendra commerçant que lorsqu'il aura franchi le seuil du chiffre d'affaires annuel fixé par le législateur national et sera par ailleurs inscrit au RCCM. Autrement dit, si le petit commerçant d'hier saisi par la réforme et devenu entrepreneur cesse d'être un « commerçant de fait », il n'est pas non plus un commerçant au sens de l'AUDCG. Celui-ci ne s'octroie ce statut qu'à l'acteur économique immatriculé au RCCM.

S'agissant de l'observation des obligations comptables, elle est dérogatoire de celles auxquelles est soumis le commerçant. L'AUDCG prescrit à l'entrepreneur simplement la tenue, au jour le jour, d'un livre mentionnant chronologiquement le montant et l'origine des recettes en distinguant les règlements en espèces des autres règlements et en notant les références des pièces justificatives. Celles-ci doivent être conservées pendant cinq ans au moins, conformément aux dispositions de l'article 31 dudit Acte. En outre, d'autres obligations concernent spécifiquement l'entrepreneur qui exerce des activités de vente de marchandises, d'objets, de fournitures et denrées ou de fourniture de logement. Ainsi, il doit tenir un registre, récapitulé par année, présentant le détail des achats et précisant leur mode de règlement et les références des pièces justificatives.

18. Pour ce qui est de la prescription des obligations comptables de l'entrepreneur, il faut souligner qu'aux termes de l'article 33 alinéa 1 de l'AUDCG, la durée de prescription pour les obligations nées entre les entrepreneurs ou entre entrepreneur et non entrepreneurs, est fixée à cinq ans, si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes. Cette prescription est

soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte conformément aux dispositions de l'article 33 alinéa 2 dudit Acte. Comme dans toute profession réglementée, le statut accordé sous condition d'éligibilité peut se perdre et les droits acquis distraits à l'occasion de la violation de la réglementation spéciale en vigueur.

a.2- La perte de la qualité d'entrepreneur

19. La qualité d'entrepreneur se perd de façon naturelle lorsque les activités de l'entrepreneur évoluent de façon substantielle, notamment par le dépassement, durant deux années consécutives du plafond du chiffre d'affaires fixé pour ses activités par l'Etat partie sur le territoire duquel l'entrepreneur est établi (Article 30 alinéa 4 *in fine*). Dès cet instant, il perd le bénéfice de la réglementation applicable à ce statut. Ainsi, dès le premier jour de l'année suivante et avant la fin du premier trimestre de cette année, l'entrepreneur est tenu de respecter toutes les charges et obligations applicables à l'entrepreneur individuel, en se conformant à la réglementation applicable à ses activités. Enfin, il faut noter qu'aux termes des articles 17 à 29 dudit Acte, le régime de la prescription de même que celui du bail à usage professionnel applicable au commerçant, sont étendus à l'entrepreneur.

b- Le régime juridique particulier du bail à usage professionnel

20. L'une des innovations significatives de l'AUDCG concerne la suppression du bail commercial que remplace le bail à usage professionnel régi par le Livre VI et le Titre I. Il est défini à l'article 103 de l'acte uniforme qui dispose : « est réputé bail à usage professionnel, toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent Titre, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, *une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle* ». La conséquence en est l'élargissement du régime de protection « des baux commerciaux » à des professionnels non commerçants tels que les artisans, mais aussi à toute activité professionnelle. L'enjeu se situe en amont, dans la mesure où le législateur a étendu l'assiette des acteurs de l'entreprise en appréhendant des entrepreneurs du secteur informel qui ne sont pas des acteurs économiques de moindre importance. L'orientation majeure en aval réside ainsi dans le souci de réorganiser avec plus de souplesse le champ d'application du droit au bail, avec des règles spécifiques plus protectrices des intérêts de la plupart des intervenants de la vie économique.

b.1- Champ d'application

21. Les articles 101 et 102 de l'AUDCG portent essentiellement sur le champ d'application du bail à usage professionnel. Le bénéfice dudit bail devrait être reconnu au commerçant, industriel ou professionnel qui est dans les lieux en vertu d'un bail précaire demeuré plus de 2 ans sans opposition du bailleur, de demeurer dans les lieux en imposant un bail durable. En outre, les articles 103 et 113 présentent de façon extensive le champ d'application dudit bail. L'extension qui avait déjà été amorcée dans l'ancien Acte uniforme (notamment en son article 71), n'a été véritablement prise en compte que par le nouvel Acte qui, en son article 103, le consacre de façon formelle. En visant le professionnel, le législateur

donne la possibilité aux professions de toute nature et en particulier aux professions libérales d'accéder au bénéfice du statut des baux à usage professionnel. N'en seront exclus finalement que les propriétaires des baux d'habitation.

b.2- Règles applicables

22. Il s'agit des règles applicables au renouvellement du bail d'une part, et des obligations des parties au contrat de bail d'autre part. S'agissant de la validité du renouvellement par tacite reconduction, modalité la plus fréquente dans la pratique, celle-ci a été légitimée à l'article 104 de l'AUDCG. Une précision est faite sur le renouvellement relatif à une durée minimale de 3 ans prévue lorsque le bail est renouvelé pour une durée déterminée conformément aux dispositions de l'article 123 alinéa 3. En cas de renouvellement pour une durée indéterminée, les parties devront prévoir la durée du préavis qui ne peut être inférieur à 6 mois, aux termes de l'article 123 alinéa 4 de l'AUDCG. Les autres modifications concernant les obligations des parties au bail à usage professionnel que sont le preneur et le bailleur, ont été introduites. *En faveur du preneur*, l'article 113 alinéa 2 de l'acte uniforme rend possible l'adjonction à l'activité prévue au contrat de bail des activités connexes ou complémentaires relevant d'un même domaine que celui envisagé lors de la conclusion dudit contrat. De même, l'article 111 alinéa 5 introduit le maintien du bail à la dissolution de la société preneuse. *En faveur du bailleur*, les principales innovations concernent d'abord les demandes de suspension du bail pendant la durée des travaux (article 106 alinéa 5), ensuite les autorisations pour le preneur d'exécuter les grosses réparations incombant au bailleur (article 107), et enfin la fixation du montant des loyers à défaut d'accord suite à une révision (article 115).

Force est de constater que la réforme opérée dans le droit commercial général de l'OHADA va au-delà de la reconsidération de la qualité des acteurs de l'entreprise pour affecter le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier auquel se substitue le Registre National des Sûretés et du Crédit, véritable registre économique et patrimonial au service de la centralisation informatisée des informations sur les acteurs économiques et la santé financière de leur patrimoine²⁹. Cette phase pédagogique marque bien l'entrée des économies africaines dans la cyberéconomie.

B- La cyberéconomie amorcée

23. L'utilisation du procédé numérique dont il est question marque l'amorce du « tout numérique » dans la gouvernance des affaires³⁰ et le stade primaire d'une évolution ponctuée par la dématérialisation prudente des opérations et des procédures (1), l'étape ultime envisagée par le législateur étant l'effectivité de l'informatisation des Registres et Fichiers (2).

1- La dématérialisation progressive des opérations économiques

²⁹ - Pour des développements substantiels sur le nouveau régime juridique des Registres et Fichiers, voir *infra* : L'informatisation des registres et fichiers, n° 27.

³⁰ - Voir à cet égard les commentaires annotés des articles de l'AUDCG portant sur la dématérialisation des procédures dans le droit des affaires de l'OHADA, ainsi les développements de Th. PIETTE-COUDOL, « Révision de l'AUDCG : ouverture à la dématérialisation et aux échanges électroniques sécurisés », avril 2011, inédit.

24. La réglementation de l'utilisation des procédures électroniques fait l'objet d'une présentation détaillée dans le rapport portant sur l'information des registres et fichiers du commerce et des sûretés. Elle concerne entre autres les services électroniques fournis par les greffes (article 93) selon des modalités qui tiennent compte du déploiement progressif de l'informatisation, la gestion des flux électroniques vers les greffiers (article 94), l'emploi de la signature électronique qualifiée pour garantir l'origine et l'intégrité des dossiers individuels et de tout document ou information échangés entre les Registres et les Fichiers (article 95), ainsi que les questions relatives à la diffusion des déclarations inscrites dans les Fichiers (article 96). Elle tend de ce fait à prendre en charge les questions concernant les principes généraux de l'utilisation des procédures électroniques et la validité des documents et signature électronique, l'utilisation et la conservation des documents électroniques, la diffusion des informations des registres sous forme électronique.

a- Les principes généraux de l'utilisation des procédures électroniques et la validité des documents et signatures électroniques

25. L'AUDCG pose un certain nombre de principes qui servent de base à l'utilisation des procédures électroniques. L'essentiel du principe de la dématérialisation des formalités et des procédures est contenu par l'article 79 alinéa 1 qui énonce que « *les dispositions du présent Livre s'appliquent aux formalités ou demandes prévues par le présent Acte uniforme, par tout autre Acte uniforme ou par toute autre réglementation. Ces demandes ou formalités peuvent être effectuées par voie électronique dès lors qu'elles peuvent être transmises et reçues par cette voie par leurs destinataires* ». Par ailleurs, concernant la validité des documents et des signatures électroniques, il faudra noter que l'écrit électronique et la signature électronique sont reconnus et produisent les mêmes effets que les documents papier et la signature manuscrite. Le principe ainsi posé ne limite pas le procédé d'une signature électronique qualifiée dont l'usage reste possible en vertu de l'article 82 alinéa 1 de l'AUDCG. Au demeurant, le législateur OHADA a appréhendé la signature électronique dans son aspect définitionnel et son utilisation à des fins juridiques en tant qu'instrument d'identification et d'authentification dont les caractéristiques et les composantes techniques sont spécifiées à l'article 83 dudit Acte. En ce qui concerne les conditions de reconnaissance du certificat électronique employé comme support de la signature électronique qualifiée, les mentions minimales qu'il doit comporter sont précisées à l'article 84³¹. Ces mentions minimales mais obligatoires, concernent le nom du titulaire du certificat, la clé cryptographique publique du titulaire, la période de validité du certificat, un numéro de série unique et la signature électronique du prestataire de services de certification électronique.

b - L'utilisation et la conservation des documents électroniques

26. L'innovation ici s'inscrit dans l'optique d'une situation évolutive où les documents sous forme électronique vont remplacer peu à peu les documents sur support papier dans les formalités devant les greffes tout en s'inscrivant dans une perspective du respect du droit. En

³¹- Toutefois, tenant compte de la diversité des réglementations des États parties et de la législation future de l'OHADA en la matière, il est fait renvoi à ces sources pour les questions relatives aux contraintes techniques appliquées aux composants de la signature électronique pour que celle-ci soit réputée qualifiée.

effet, les règles relatives à l'utilisation des documents papier et électronique sont précisées ainsi que les conditions de sécurité à remplir pour garantir l'authenticité des supports conformément aux dispositions de l'article 86 de l'AUDCG. En outre, les documents émis par voie électronique conservent les mêmes dénominations que celles prévues dans la procédure par voie de papier. Il s'agit, pour les formalités d'immatriculation, d'un accusé d'enregistrement portant numéro d'immatriculation et, pour les formalités de déclaration d'activité, d'un accusé d'enregistrement de la déclaration portant numéro de déclaration d'activité. En ce qui concerne les formalités liées à l'inscription des sûretés, il s'agira d'un accusé d'enregistrement pourtant numéro d'ordre. Dans ces conditions, le greffier est habilité à extraire des décisions juridictionnelles ou administratives, au sens de l'article 88, les mentions à porter dans les dossiers individuels ainsi que la transmission des copies aussi bien au Fichier National du Commerce et du Crédit qu'au Fichier Régional du Commerce et du Crédit. Dans le même sens, l'encadrement de la réception de la déclaration par le greffier et les modalités de sa validation par signature électronique qualifiée est prévu à l'article 89, alors que la consécration de la transmission d'informations soumises à publicité en vertu de l'AUDCG ou le droit interne de l'Etat partie par des administrations par voie électronique est régie par les dispositions de l'article 90 de l'AUDCG. En revanche, bien que le texte ne le dise pas clairement, un effort d'analyse de l'article 100 de l'AUDCG permet de comprendre que la présence des données à caractère personnel ne fait pas obstacle à la communication des informations électroniques. L'on pourrait déplorer la souplesse excessive d'une telle disposition dans la mesure où, en l'état actuel du processus de dématérialisation engagé par le législateur communautaire, celui-ci renvoie aux sources nationales³² pour la réglementation des questions relatives aux contraintes techniques de mise en œuvre de l'informatisation. Or ces sources, lorsqu'elles existent, sont encore relativement embryonnaires pour la plupart. Enfin, l'informatisation des Registres et Fichiers, admise sous condition de conservation des enregistrements, est organisée de façon à garantir la durabilité, la lisibilité et l'intégrité³³, de même que la traçabilité desdits documents³⁴.

2- L'informatisation des Registres et Fichiers

27. Le principe de la tenue des registres en mode papier ou électronique est posé à l'article 80 alinéa 2. Le cadre institutionnel qui prévoit la mise en place d'un Comité de Coordination Technique est défini à l'article 81 dudit Acte. Celui-ci est chargé de veiller au déploiement de l'informatisation des registres et répertoires au double plan régional et national et d'établir un référentiel de sécurité et d'interopérabilité pour les Registres et Fichiers qui seraient

³² - S'agissant des sources nationales, il convient d'indiquer entre autres sources : la Loi sénégalaise n° 2008 – 08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques et l'abondante production législative sur la cyberlégalisation au Cameroun : Loi n° 2010/21 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun, <http://www.legicam.org> ; Loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, <http://www.legicam.org> ; Loi n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité, <http://www.legicam.org> ; Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur, <http://www.minpostel.gov.cm> ; Décret n° 2012/1318/PM du 22 mai 2012 fixant les conditions et les modalités d'octroi de l'autorisation d'exercice de l'activité de certification électronique, www.minpostel.gov.cm ; Décret n° 2012/1640/PM du 14 juin 2012 fixant les conditions d'interconnexion, d'accès aux réseaux de communications électroniques ouverts au public et de partage des infrastructures, www.minpostel.gov.cm.

³³- Article 91 de l'AUDCG.

³⁴ - Articles 97 et 98 de l'AUDCG.

utilisables dans les transactions numériques en général. Dans la pratique, il convient de préciser qu'au titre de la réforme de 2010, le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier a été réorganisé pour créer un Registre National des Sûretés et du Crédit autonome par rapport au Registre du commerce. Aussi, au regard des contraintes liées à la mise en place des Registres et Fichiers informatisés et par l'urgence d'une informatisation de l'inscription des sûretés qui sont une exigence pour la sécurité des affaires et le développement du crédit, le Registre du commerce a été amputé de sa partie concernant le crédit mobilier qui est désormais prise en charge par le nouveau Registre National des Sûretés et du Crédit. Plus concrètement, le nouvel Acte uniforme envisage l'informatisation progressive dans l'optique de l'inscription par voie électronique des sûretés et du contrat de crédit-bail au Registre National des Sûretés et du Crédit, pour une meilleure centralisation des données sur les mouvements affectant le patrimoine des acteurs économiques. Reste simplement à penser le mode collaboration entre les institutions régionales et nationales³⁵ pour une mise en œuvre efficiente du système d'informatisation des greffes qui, en assurant la célérité dans le traitement de l'information, permettra d'accéder aux données actualisées sur la situation patrimoniale des opérateurs économiques³⁶.

Au demeurant, l'ouverture à la dématérialisation des formalités et des procédures amorcée par la réforme de 2010 ne serait en réalité qu'un pédagogue qui conduira à n'en point douter à l'élaboration d'un Acte uniforme régissant les transactions électroniques.

II- LA PERSPECTIVE D'UN ACTE UNIFORME OHADA SUR LES TRANSACTIONS ELECTRONIQUES

28. Entre déconstruction et reconstruction des moules de la réforme portée par l'AUDCG, le législateur, au-delà des vecteurs de simplification des procédures et de facilitation des formalités, a élaboré des outils juridiques d'intégration des technologies dans l'économie. A cet égard, l'esquisse théorique d'une architecture juridique communautaire (A) appelle cependant une uniformisation des tentatives parcellaires de législations (B) élaborées dans certains Etats parties de l'OHADA dont le Sénégal, le Burkina Faso et le Cameroun.

A- L'esquisse d'une architecture juridique communautaire

29. Le cyberspace est un environnement si complexe que les essais de normativité largement partagés semblent admettre la simplification autant que possible des législations sur le commerce électronique. Fondée sur *la présomption de neutralité technologique*³⁷ et *technique*³⁸ des cadres infrastructurels du commerce électronique, l'équivalence fonctionnelle

³⁵ - L'ancrage institutionnel de ce système informatisé est organisé par les articles 45-46 de l'AUDCG.

³⁶ - Dans ce sens, les sûretés réelles, comme par exemple le nantissement, sont entièrement refondues pour permettre une plus grande malléabilité du patrimoine des acteurs économiques.

³⁷ - Présomption admise par la Loi-type de la CNUDCI adoptée 2001 et complétant celle de 1996 sur le commerce électronique, elle recommande aux Etats de lever tous les obstacles et les incertitudes juridiques sur la validité et l'efficacité des messages de données transmis par la voie électronique dans l'optique de promouvoir le développement de l'économie numérique. La neutralité technologie est élucidée sous l'angle de la théorie du droit par V. GAUTRAIS, « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm>.

³⁸ - Terminologie retenue par M. MEKKI, « Le formalisme électronique : la neutralité technique n'emporte

des résultats est revisitée (1) pour ôter les obstacles psychologiques et juridiques à l'expansion des transactions commerciales par la voie électronique. Toutefois, la portée de l'équivalence ainsi reconnue entre le vecteur classique et les supports numériques reste limitée (2) par des considérations liées à la sécurité et l'efficacité de certaines transactions.

1- L'équivalence fonctionnelle des résultats revisitée

30. L'article 82 alinéa 2 de l'AUDCG consacre l'équivalence fonctionnelle de l'écrit électronique en disposant 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* »³⁹. Cette formulation adopte une flexibilité accrue sur les notions comme l'écrit, la signature, ou l'original, en mettant l'accent non sur le support en soi, mais plutôt sur ses fonctions. Dès lors, l'équivalence fonctionnelle permet de rechercher les fonctions qu'un écrit papier possède et de les transposer sur tout autre support qui remplirait les mêmes fonctions⁴⁰. Empruntée au droit international privé, l'équivalence fonctionnelle est le mécanisme par lequel la Cour de cassation sauve un arrêt lorsque les juges appliquent une autre loi que celle désignée par la règle de conflit de lois, à condition que les lois en présence aient un contenu équivalent et produisent des résultats fonctionnellement équivalents⁴¹. Il s'agit donc d'une fiction juridique, construction intellectuelle qui consiste en une « méconnaissance volontaire de la réalité en vue de l'obtention d'un résultat de droit »⁴². En la transposant dans la sphère technologique, l'on admet que le formalisme classiquement exigé aussi bien pour la validité du contrat que pour sa preuve soit pratiquement neutralisé par la fiction d'équivalence entre les fonctions juridiquement reconnues aux supports papier et celles portées par les supports électroniques. C'est sur ce fondement que, pour la validité des documents et des signatures électroniques, l'écrit et la signature électronique⁴³ sont reconnus et produisent les mêmes effets que les documents papier et la signature manuscrite⁴⁴. A cet égard par exemple, le législateur OHADA

pas neutralité axiologique », *Revue des Contrats*, Paris, LGDJ., Juillet 2007/3, p. 681.

³⁹- J.O. OHADA, 15 février 2011, n° 21, p. 5. Voir également, le Livre V : Informatisation des Registres et Fichiers, articles 79-100.

⁴⁰- E-A. CAPRIOLI, R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *Journal de droit international*, n°2, 1997, pp. 323, 380-382.

⁴¹- Ph. MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé », *Dalloz*, 1962, chr. XXXVI. pp. 215-220 ; également, J. PATARIN, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Thèse, 1954 venu démontrer, pour le seul droit interne, que les techniques juridiques n'avaient qu'une valeur relative, qu'elles n'étaient pas intangibles et que rien ne s'opposait à ce que les buts fixés par les normes puissent être atteints par des moyens équivalents, p. 137 ; également H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 310-311.

⁴²- D. ALLAND et Steph. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Lamy, 2003, V° Fiction.

⁴³- Parmi une abondante littérature, lire T. ABALLEA, « La signature électronique en France, état des lieux et perspectives », *Dalloz*, 2001, chr. p. 2835 ; J. HUET, « Preuve et sécurité juridique en cause dans l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, CNRS, 1999, tome 43, pp. 163-166 ; Idem : « Vers la consécration de la preuve et de la signature électroniques », *Dalloz*, 2000, chr. p. 95 ; B. JALUZOT, « Transposition de la directive sur la signature électronique, comparaison franco-allemande », *Dalloz*, 2004, Chr. p. 2866.

⁴⁴- A son propos, la CNUDCI a adopté une loi-type en 2001, complétant celle de 1996, sur le commerce électronique. Entre autres objectifs, cette loi-type sur les signatures électroniques tend à favoriser le recours aux signatures électroniques pour produire un plein effet juridique à l'instar des signatures sur support papier. C'est ainsi que l'article 3 de ladite loi pose le principe de l'égalité de traitement des techniques de signature, en précisant « *qu'aucune disposition de la présente loi [...] n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou*

a appréhendé la signature électronique dans son aspect définitionnel et son utilisation à des fins juridiques en tant qu'instrument d'identification et d'authentification dont les caractéristiques et les composantes techniques sont spécifiées à l'article 83 dudit Acte. En ce qui concerne les conditions de reconnaissance du certificat électronique employé en support de la signature électronique qualifiée, les mentions minimales qu'il doit comporter sont précisées à l'article 84. Ces mentions minimales mais obligatoires concernent le nom du titulaire du certificat, la clé cryptographique publique du titulaire, la période de validité du certificat, un numéro de série unique et la signature électronique du prestataire de services de certification électronique⁴⁵.

L'on pourrait néanmoins déplorer le peu d'importance accordé à l'encadrement de la date dans les procédures et transactions électroniques, lorsque l'on imagine la complexité de la détermination de la date certaine dans un contexte dominé par l'horodatage technique⁴⁶. En effet, en fonction de la nature des actes et des formalités exigées pour leur validation, la gestion juridique de la date peut revêtir une ampleur considérable, notamment dans le domaine des contrats et des procédures. Ces précautions technologiques permettent par ailleurs d'apprécier la portée juridique réelle de l'équivalence dans le contexte de l'OHADA.

2- La portée juridique de la reconnaissance de l'équivalence fonctionnelle

31. La portée de l'équivalence peut être appréciée aussi bien sous l'angle de la protection du cyberconsommateur que du point de vue de la preuve des actes électroniques. En considérant les deux fonctions (fonction probatoire et fonction de protection des parties faibles) qu'assure le formalisme, la portée de l'équivalence sera forcément limitée, au regard de certains contrats⁴⁷ qui nécessitent un formalisme spécial.

32. A cet égard, l'équivalence serait amputée de sa fonction lorsque la protection des cyberconsommateurs exige le recours au formalisme reconnu dans les contrats régis par le droit de la consommation. Dans ces conditions, le législateur aurait tendance à instituer un formalisme plus poussé⁴⁸, lorsqu'il n'exclut tout simplement pas certains de ces contrats de

priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences du commerce électronique ».

⁴⁵ - Comme on peut le voir, les caractéristiques exigées de la signature électronique sont de nature à assurer les deux principales fonctions d'identification et d'approbation assumées par la signature sur support papier. La signature permet en effet, non seulement, d'identifier celui qui l'appose, mais aussi, de marquer son approbation du contenu de l'acte ou de la réalité de l'opération entreprise. La validité des écrits et des signatures électroniques fait ainsi écho à la fonction probatoire de l'acte. Sur le droit de l'Internet, les utilisations fondamentales de la signature électronique : Voir Me Th. PIETTE-COUDOL, www.amazon.fr/Internet-loi-Thierry-Piette-Coudol/dp/toc ; dans le même ordre d'idée, consulter utilement les sites documentaires spécialisés : www.livre.fnac.com/a1197352/Thierry-Piette-Coudol, www.journaldunet.com/solutions/0409/040922_juridique.shtml.

⁴⁶ - Voir Me Th. PIETTE-COUDOL, « Le temps appliqué au droit des affaires dans les échanges électroniques professionnels », contribution au Colloque International de l'AEDJ, Yaoundé 13 et 14 juin 2012 (plus spécifiquement, la gestion du temps et l'utilisation des TIC dans la sécurisation des relations d'affaires : l'horodatage et ses relations avec la signature électronique), Juin 2012, inédit.

⁴⁷ - J. HUET, « Le code civil et les contrats électroniques », *Le code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Paris, Dalloz, 2004, p. 539 et s, spéc., n° 18, p. 551.

⁴⁸ - Dans ces conditions toutefois, le formalisme électronique qui peut paraître parfois excessif (bien que contribuant à assurer la sécurité des transactions) pourrait en effet avoir l'effet pervers de détourner les consommateurs de ce mode de transactions. Ainsi, la finalité de l'équivalence fonctionnelle pourrait être compromise par l'objectif de protection du consommateur. Voir le processus très détaillé et rigoureux de formation des contrats entre professionnels et consommateurs (dits contrats B to C) : J. DIFFO

ceux dont la conclusion peut se faire par voie électronique⁴⁹. Dans le même ordre d'idée, l'on pourrait imaginer des exceptions à la validité de l'écrit électronique, notamment lorsque l'écrit est exigé *ad validitatem*. Cette exception concernerait par exemple les actes sous-seing privés relatifs aux sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale et les actes sous-seing privé relatifs au droit de la famille et des successions. Le besoin de protection des parties dans le contrat d'assurance justifierait aussi leur exclusion des transactions susceptibles de s'effectuer entièrement par la voie électronique.

33. L'équivalence peut également voir sa portée relativement restreinte par des exigences probatoires assignées à certains écrits. Malgré les rigueurs formelles liées à l'intégrité, la traçabilité et même la certification des actes électroniques comme condition de préconstitution de la preuve, les actes authentiques électroniques seraient exclus de ceux pouvant être couverts par l'équivalence fonctionnelle. Leur exclusion peut être déduite d'un faisceau d'indices contenus dans l'article 3 (1) de la loi camerounaise sur le commerce électronique⁵⁰. Il exclut expressément les actes notariés qui, on le sait, constituent l'archétype des actes authentiques. En effet, les activités exercées par les notaires ne font pas partie de l'énumération formulée par la loi. Par ailleurs, l'analyse de la teneur de l'ensemble des dispositions de la loi camerounaise n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité, laisse percevoir que le législateur camerounais n'a aucunement eu l'intention d'admettre l'authenticité électronique ; aucune des conditions de sa validité n'est évoquée, ni même éventuellement les modalités techniques de son élaboration. Or, l'acte authentique n'est en aucune manière comparable à l'acte sous seing-privé. Il doit, aux termes de l'article 1317 du code civil par exemple, être « *reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été reçu et avec les solennités requises* ». Selon un auteur, l'acte authentique conduit « *au carrefour des exigences les plus fortes de sécurité devant entourer l'acte (...) et de protection du consentement donné par celui qui y participe (l'officier public doit conseiller tous ceux qui interviennent à l'acte qu'il reçoit et préserver l'équilibre entre les intérêts de chacune des personnes en cause)* »⁵¹. Ainsi compris, l'officier public doit avoir une présence effective, mais surtout active lors de l'établissement de l'acte authentique. Ceci représente un réel défi dans la mesure où la consécration de l'acte authentique électronique suppose que l'infrastructure technique dont dispose les officiers publics (notaires⁵², huissiers, officiers d'état-civil, greffiers ...) soit à même de permettre non seulement l'identification des parties prenantes à l'acte, mieux encore, d'établir un rencontre virtuelle entre tous les protagonistes. L'officier public doit pouvoir également conseiller utilement les parties et s'assurer que leur consentement, au cas où il serait exigé, a été régulièrement donné. Il en est ainsi parce que l'acte authentique a une valeur probante

TCHUNKAM, « Le contrat selon la loi camerounaise du 21 décembre 2010 sur le commerce électronique », *Juridis Périodique*, 2011, n° 87, Doctrine-3.

⁴⁹ - L'article 10 de la loi camerounaise du 21 décembre 2010 sur le commerce électronique permet de relever que certaines conventions sont prohibées pour des motifs d'intérêt général, tandis que d'autres le sont manifestement dans le dessein de protéger certaines parties. Ainsi en est-il de l'exclusion des contrats « *qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers* », ainsi que de celle des contrats de « *sûreté et garanties fournis par les personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale* ».

⁵⁰ - *Juridis Périodique* n° 84, Novembre-Décembre 2010, p. 53 ; également accessible sur le site Internet : <http://www.legicam.org>.

⁵¹- J. HUET, « Le code civil et les contrats électroniques », *Le code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Dalloz, 2004, p. 539 et s, spéc., n° 24, p. 557.

⁵²- Réagissant à cette réalité, M. OUDOT juge qu'il s'agit d'un « brin de provocation » que d'intéresser les notaires à cette future fonction de « cyber-notaires », *Les petites affiches*, 1998, n° 54, pp. 32 et ss (Cité par M.K. CHARFEDDINE, « L'écrit, une preuve à l'épreuve », in Etudes offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 225, note 47). Voir également, Ch. PISANI, « L'acte dématérialisé », *Archives de philosophie du droit*, CNRS, 1999, tome. 43, pp. 152-161.

supérieure à l'acte sous-seing privé, et les énonciations qu'il contient font preuve jusqu'à inscription en faux. Il apparaît ainsi que l'exclusion par le législateur camerounais notamment de l'établissement par voie électronique des actes authentiques procède d'un choix tenant surtout à la faisabilité technique des objets technologiques associés à la production du droit applicable. Diversement interprété lorsqu'il existe, il appelle nécessairement une convergence des solutions nationales⁵³ adoptées par les Etats parties à l'OHADA.

B- L'uniformisation souhaitée des législations nationales

34. Des initiatives louables sont entamées mais, bien que fondamentales, elles restent parcellaires. Pourtant, des facteurs favorables à l'uniformisation (1) sont décelables et pourraient servir de base de solution aux problèmes juridiques inexplorés par la réforme. Aussi avons-nous envisagé des pistes de réflexion (2) sur la cyberlégislation de l'OHADA.

1- Les facteurs favorables à l'uniformisation

35. L'environnement des affaires largement influencé par les avancées technologiques, industrielles et économiques, a tendance à relayer l'écrit au second plan, en raison de la multiplication des opérations dématérialisées et le développement du commerce électronique. Cette constance étant prise en compte par la consécration de l'équivalence fonctionnelle des résultats au niveau communautaire, il reste que le législateur OHADA aurait pu aller plus loin dans la réglementation pour plusieurs raisons. En effet, la présomption d'internationalité⁵⁴ des opérations du commerce électronique étant acquise, une législation uniforme est indispensable pour assurer la garantie psychologique nécessaire au développement de telles opérations, voire à l'émergence de leur pratique par les acteurs économiques africains. Aussi, se pose avec acuité le problème de l'absence de codification uniforme du commerce en ligne⁵⁵ dans l'ordre juridique OHADA. Pour combler ce vide juridique, des initiatives nationales,⁵⁶ bien que fragmentaires, encadrent les transactions électroniques et les échanges commerciaux sécurisés. Cependant, le risque que l'on ne perçoit pas encore serait la résurgence de l'incertitude juridique entretenue par la diversité des lois ayant vocation à régir les transactions effectuées par voie électronique dans l'espace OHADA. Il s'agit plus précisément d'élaborer des solutions uniformes aux problèmes juridiques internationaux que soulève le commerce électronique afin de lever les appréhensions des opérateurs économiques et de fournir aux juges communautaires

⁵³ - Voir en ce qui concerne la cyberlégislation burkinabè, les développements du Professeur F. M. SAWADOGO délivrés lors d'une Conférence régionale de haut niveau organisée par la Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement, Tunis du 19-21 juin 2003, sur le thème « Stratégies de commerce électronique pour le développement : promouvoir un dialogue international », inédit ; en droit camerounais, voir entre autres : J. GATSI, « Problèmes juridiques du commerce électronique », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université de Douala, n° 1, Janvier-Juin 2002, pp. 371-379 ; S. ISSOWA IYONI, « Le cadre juridique camerounais des réseaux et services de télécommunications face à la société de l'information : de la fracture numérique à la fracture juridique ? », *Juridis Périodique*, n° 71, Juillet-Septembre 2007, pp. 103 et ss.

⁵⁴ - Selon M. VIVANT par exemple, l'Internet s'ouvre « naturellement » sur l'international, en sorte que le commerce électronique est un « mode comme un autre de commerce international » (*Les contrats électroniques*, Paris, Litec, 1999, p. 1).

⁵⁵ - E-commerce, E-business ou commerce immatériel selon une terminologie consacrée par l'avant-projet de convention de la CNUDCI sur les contrats électroniques, identique à celle employée dans le modèle de « contrat-type de commerce électronique commerçants consommateurs » de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris consultable sur le site : <http://www.uncitral.org>.

⁵⁶ - Bien qu'appréciées, elles sont cependant sources de disparité législative (Sénégal, Burkina Faso, Cameroun, notamment).

notamment des indications sur la loi applicable au règlement des litiges nés à l'occasion de ces transactions.

En outre, il faut souligner que le fait que le commerce électronique ne figure pas dans le champ matériel de l'article 2 du Traité de l'OHADA ne constitue pas une circonstance dirimante. En effet, le même article 2 *in fine* du Traité, certainement dans la perspective de faciliter les évolutions souhaitables, précise que le champ matériel du Traité peut concerner « toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du Traité et aux dispositions de l'article 8 ». Bien plus, en l'état actuel de l'évolution du droit des affaires adossée aux rigueurs des rapports « *Doing Business* » sur la qualité du droit comme Indicateur du Développement Economique, l'adoption d'un Acte uniforme sur les transactions électroniques ne serait ni incongrue ni superflue⁵⁷. Bien au contraire, au regard de son objectif fondamental qui est de doter les Etats parties de règles communautaires simples, modernes et adaptées afin de faciliter l'activité des entreprises, la pertinence d'une telle initiative ne serait plus à démontrer. Aussi nous avons-nous plutôt entrepris d'identifier et de suggérer des pistes de réflexion sur cette cyberléislation communautaire.

2- Les pistes de réflexion sur la cyberléislation communautaire

36. Le développement du commerce électronique s'est opéré pendant environ deux décennies sans réel encadrement juridique. Développement des monopoles, contrôles des niches dans le réseau, exclusivité sur des marques et logiciels, etc. Toutes choses qui ont, à tort ou à raison, conduit à assimiler le réseau Internet à une zone de non droit. Aujourd'hui, des spécialités dans les disciplines du droit sont conçues pour accompagner l'expansion des affaires par le biais du réseau, soulevant au passage des problématiques en quête de règles juridiques. Il s'agit entre autres des règles de formation et d'exécution du contrat de commerce électronique, du traitement juridique des sites Internet du point de vue de la commercialité, de l'épineuse question de la détermination de la loi applicable au contrat de commerce électronique, de la fiscalité du commerce électronique, etc. Des organismes spécialisés élaborent des principes généraux applicables à ce type de commerce. Le fonds de commerce étant le principal bien qui assure l'exploitation de l'entreprise, son fonctionnement obéit jusque-là à un régime juridique élaboré pour un environnement physique. Comment les adapter au nouvel environnement dématérialisé des affaires ? Faut-il élaborer des règles autonomes pour l'exploitation des sites Internet qui s'affichent aujourd'hui comme étant le principal outil de ralliement de la clientèle ?

a- La commercialité des sites Internet

37. Pour exercer son activité sur le réseau Internet, le cybercommerçant crée un site Internet qui est la vitrine d'accès à son fonds de commerce. Dans la plupart des cas, ce site Internet est simplement le miroir qui renvoie en réalité à un fonds de commerce analogique, identifiable sur un territoire matériel. Il ne s'agit pas de cela dans notre hypothèse. Il s'agit plutôt du site Internet commercial, servant à l'exploitation des transactions du commerçant (publicité, ventes, livraisons, service après-vente, etc.) sur la toile. Au regard de l'importance

⁵⁷ - Voir F. M. SAWADOGO, « Stratégies de commerce électronique pour le développement : promouvoir un dialogue international », Op. Cit.

que prend la prospection, le hameçonnage et la publicité par le biais des portails, vitrines, enseignes et sites Internet, il est important de susciter la réflexion sur la commercialité des sites Internet. La question aujourd'hui est donc de savoir si une entreprise qui exerce son commerce dans l'environnement virtuel de l'Internet dispose d'un fonds de commerce. Dans l'affirmative, et bien que le site Internet soit qualifié (à tort ou à raison) de « fonds de commerce virtuel »⁵⁸, serait-il juridiquement assimilable à un fonds de commerce physique ? Cette préoccupation qui tient compte des exigences de la modernité technologique et ses applications au droit, n'est pas sans intérêt pratique⁵⁹. En effet, la qualification de fonds de commerce entraîne plusieurs conséquences juridiques, puisqu'elle permet en particulier de grever le fonds d'un gage, et a des répercussions fiscales en cas de cession. La question s'inscrit aussi dans l'actualité de ce qu'il est convenu d'appeler la « nouvelle économie » : des sites se vendent à coup de millions d'euros, sans que la cession n'ait nécessairement lieu par le biais de la vente des actions de la société qui en est propriétaire⁶⁰. Pourtant, si le fonds de commerce virtuel est une notion économique et commerciale dont l'existence et l'opérabilité ne font aucun doute, sa conception juridique reste encore à bâtir. Aussi, doctrine et jurisprudence devancées par la pratique, élaborent progressivement des concepts qui permettent d'élucider la réalité juridique du fonds de commerce virtuel et construire un régime de protection adapté à la singularité de sa nature juridique. A cet égard en effet, La définition légale du fonds de commerce ne s'oppose manifestement pas à la consécration de la réalité juridique d'un fonds de commerce qui ne serait que numérique. En effet, tout site de commerce électronique ouvert au public est bien un fonds de commerce en ce sens qu'il est destiné à créer et développer une clientèle, et ce indépendamment d'autres éléments matériels (matériel informatique, stock, etc.) ou incorporels (brevets, logiciels, bases de données, licences d'exploitation, etc.). Comme le commerçant classique, le cybercommerçant exploite un fonds de commerce dont la clientèle et le nom de domaine constituent les principaux éléments actifs de ralliement.

38. D'un point de vue strictement commercialiste en effet, du fait du caractère volatile des internautes, certains considèrent que dans le cadre du fonds de commerce virtuel, l'élément essentiel est l'achalandage⁶¹. Ainsi on ne pourrait parler dans cette hypothèse de clientèle virtuelle, mais plutôt d'achalandage. Il serait par conséquent impropre de citer la clientèle

⁵⁸ - Th. VERBIEST et M. LE BORNE, « Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? », *Journal des tribunaux*, n° 6044, 23 février 2002, pp. 145-150 ; voir également G. SADDE, La notion de fonds de commerce virtuel, Mémoire de D.E.A. Informatique et droit, Université de Montpellier I, 1999-2000, pp. 11 et s. ; G. DELEUZE, Différence et Répétition, cité par P. LEVY, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, Paris, La Découverte, 1995, p. 9.

⁵⁹ - Sur cette actualité juridique, consulter : P. CAYE, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Archives de philosophie du droit*, CNRS, 1999, tome 43, pp. 225-232 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'immatériel à travers la virtualité », in *Le droit et l'immatériel*, Op. Cit, pp. 139-148 ; PETEV (V.), « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », in *Le droit et l'immatériel*, Op. Cit. pp. 27-34 ; *Archives de Philosophie du Droit*, *Le droit et l'immatériel*, Op. Cit. ; V° BOCHUBERG, *Internet et commerce électronique*, Delmas, 1999 n° 427, cité dans Lamy, droit de l'immatériel 2006.

⁶⁰ - Ainsi, le site amazon.com a-t-il récemment déboursé 6,1 millions de dollars pour s'assurer les actifs immatériels (nom de domaine, marque commerciale, base de données clients, etc.) du défunt site egghead.com.

⁶¹ - C'est la relation d'affaires passagère par opposition à la relation d'affaires suivie et renouvelée : Th. VERBIEST et M. LE BORNE, « Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? », op. cit. p. 147. Également G. LOISEAU, « Le nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif » *Dalloz*, 1999, Chr. p. 245.

comme élément constitutif essentiel d'un fonds de commerce virtuel, puisqu'elle n'est pas susceptible d'appropriation.

39. En revanche, envisagé sous l'angle consumériste, un site Internet bien référencé peut être comparé à un commerce bien situé. Cependant, bien plus que dans le monde « présentiel », le consommateur est enclin à se déplacer d'un site à l'autre, à la recherche du meilleur prix et/ou du meilleur service. Le réseau offrirait alors au consommateur un terrain facile de comparaison des produits ou services vendus. Pour ces deux raisons, une clientèle « attirée » est envisageable. En effet, certaines entreprises « virtuelles » sont amenées à créer des habitudes de consommation, à donner confiance aux consommateurs, que ce soit par le biais de la mise en place de mécanismes sûrs de paiement, la qualité de leur service après-vente, le respect des délais ou le respect ostensible de la législation sur les transactions en ligne et les systèmes de paiements électroniques.

40. Au demeurant, bien que l'AUDCG ne remette pas en cause l'existence juridique du fonds de commerce virtuel, il n'a pas anticipé sur les transformations de l'environnement des affaires pour encadrer ce nouvel outil d'exploitation des biens de l'entreprise. Pourtant, l'éclosion du fonds de commerce virtuel porté par la pratique du commerce électronique et soutenu par une frange importante de la doctrine spécialisée et une jurisprudence sans cesse évolutive dans la matière, soulève de nouvelles réalités qu'il convient d'intégrer dans la cyberlégalisation en cours d'élaboration dans l'espace OHADA. Force étant de reconnaître que la clientèle suivie et renouvelée du cybercommerçant, essentielle à la survie du fonds de commerce virtuelle, est fortement tributaire de la notoriété des noms de domaine comme outil de ralliement de la clientèle à travers les sites Internet.

b- Le nom de domaine du cybercommerçant

41. La création d'un site ne relève pas uniquement de la conception et de la réalisation des pages qui permettent la transcription des documents spécifiquement à travers le www (World Wide Web)⁶². Encore faut-il lui donner un nom qui désignera son adresse et permettra ainsi aux utilisateurs de l'identifier sur le réseau Internet. Cette adresse Internet, à l'exemple de www.credo-multimedia.com, est le nom de domaine du commerçant qui déploie ses activités sur le réseau Internet.

Assimilé au nom commercial, le nom de domaine est sans conteste l'élément le plus caractéristique du fonds de commerce virtuel⁶³. Il est considéré comme un élément actif du fonds comme le sont, par exemple, l'enseigne et le nom commercial. Sur l'Internet, les noms de domaine jouent un rôle primordial : sans eux, les sites seraient incapables de se faire connaître et d'entrer en contact avec la clientèle. Dans ces conditions, il est tentant d'assimiler le nom de domaine à un nom commercial ou une enseigne à « *une sorte de nom commercial dans*

⁶² - Réseau mondial d'interconnexion ouvert (la toile).

⁶³- Pour une définition élaborée du nom de domaine : Th. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, n° 809, 2001, p. 414.

l'univers virtuel »⁶⁴, ce d'autant plus qu'il est considéré comme le mot de passe ou de ralliement permettant d'entrer en contact avec la clientèle. Comme le nom commercial, il permet de localiser l'entreprise⁶⁵. De même, il signale le lieu où la clientèle peut s'adresser à l'entreprise, à la seule différence que le nom de domaine remplit sa fonction distinctive et localisatrice sur un territoire dématérialisé. Ainsi, la doctrine⁶⁶ et la jurisprudence semblent assimiler le nom de domaine au nom commercial. La jurisprudence française a déjà rendu des décisions en ce sens. C'est ainsi que le tribunal de grande instance du Mans⁶⁷ a implicitement assimilé un nom de domaine à une enseigne ou un nom commercial, par référence à l'article 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment : (...) c) A un nom commercial ou à une enseigne connus sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ; » En l'espèce, le nom de domaine « oceanet.fr » avait été réservé avant qu'un dépôt de marque sur le même nom («*Oceanet*») n'ait eu lieu. Saisi par le titulaire de la marque, le tribunal a estimé que la société défenderesse titulaire du nom de domaine litigieux « (...) utilisait la dénomination «*Oceanet*» comme nom de domaine dès la mi-juillet 1996, soit antérieurement au dépôt par la demanderesse de sa marque complexe reprenant cette dénomination. Dès lors, même si son caractère frauduleux n'est pas établi par les pièces du dossier, ce dépôt a été effectué en contravention avec les dispositions de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle et la marque déposée le 2 septembre 1996 (...) ainsi que son renouvellement effectué le 16 juin 1998 (...) seront déclarés nuls pour indisponibilité du signe ». Dans une autre affaire⁶⁸, le tribunal de grande instance de Paris a estimé qu'un nom de domaine était susceptible de protection par le détour des pratiques du commerce, au même titre que l'enseigne ou le nom commercial⁶⁹.

⁶⁴ - BOCHUBERG, *Internet et commerce électronique*, Paris, Delmas, n° 427, 1999, cité dans Lamy droit de l'immatériel 2006.

⁶⁵ - G. LOISEAU, « Le nom commercial », Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit commercial*, tome 5, janvier 2003, p. 3.

⁶⁶ - G. LOISEAU, Op. Cit., p. 24.

⁶⁷ - T.G.I. Le Mans, 29 juin 1999, 1^{re} ch., aff. Microcaz c/ Océanet et S.F.D.I., disponible sur <http://www.juriscom.net>.

⁶⁸ - T.G.I. Paris, réf., 27 juill. 2000, Market Call, MM. F.d.C. et Y.B. c/ Mille Mercis, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

⁶⁹ - Le litige opposait la start-up Mille Mercis à une société de vente à distance de cadeaux offrant un service de rappel de dates, la société Market Call. La société Mille Mercis offrait depuis avril 2000 un service de création de listes de cadeaux et de rappel de dates festives sur les sites www.pensefetes.com, www.pensefete.com et www.pense-fete.com. Le futur gérant de Market Call avait préalablement enregistré à titre personnel le nom de domaine www.pense-fetes.com, lequel n'avait toujours pas été exploité à la date de l'assignation de la société Mille Mercis. Market Call et les co-titulaires de la marque « Le Pense-Fêtes » ont assigné, le 13 juillet 2000, la société Mille Mercis en référé et au fond en contrefaçon de la marque « Le Pense-Fêtes », ainsi qu'en concurrence déloyale et agissements parasites. Ils demandaient au tribunal d'ordonner l'attribution au bénéfice de la société Market Call des trois noms de domaine exploités par la société Mille Mercis. Sur la concurrence déloyale, le juge a estimé que « la protection sur un nom de domaine ne peut s'acquérir que par son exploitation ». Il a ensuite conclu au débouté de la société Market Call après avoir constaté que, d'une part, la société Market Call n'exploitait pas le nom commercial « Le Pense-Fêtes » pour son commerce offline et que, d'autre part, elle n'exploitait pas le nom de domaine www.pense-fetes.com sur l'Internet.

c- Le contrat de bail du cybercommerçant

42. Sur l'Internet, le site web du commerçant doit être hébergé. Pour ce faire, le commerçant dispose, de manière générale, de deux options : soit il héberge son site sur son propre serveur, qui est lui-même situé dans un local ; soit il héberge son site par le biais d'une location d'espace disque auprès d'un hébergeur. Dans le premier cas, les locaux dans lesquels sont logés les serveurs qui hébergent physiquement le site ne peuvent certainement pas être confondus avec le fonds lui-même qui est exploité sur l'Internet. La localisation ne peut aucunement être identifiée au lieu de situation des serveurs. En effet, c'est sur l'Internet que le fonds est exploité. Dans le second cas, le commerçant sera contractuellement lié à un fournisseur d'hébergement qui mettra à sa disposition de l'espace disque connecté à l'Internet, afin que le site soit accessible sur le réseau. Comment qualifier ce contrat d'hébergement ? Peut-on l'assimiler au contrat de bail (bail commercial ou bail à usage professionnel), élément constitutif traditionnel du fonds de commerce et en tirer les conséquences qui découlent du régime des baux à usage professionnel ? Rien n'est moins sûr ! A l'heure de l'émergence de milliers de « boutiques en ligne » hébergées par des tiers, la question mérite à tout le moins d'être posée. Le locataire d'un espace disque qui héberge son commerce virtuel mérite-t-il la même protection que le preneur d'un bail commercial « traditionnel » ? La loi du 30 avril 1951 s'applique aux baux commerciaux ainsi définis : « (...) les baux d'immeubles ou de parties d'immeubles qui, soit de manière expresse ou tacite dès l'entrée en jouissance du preneur, soit de l'accord exprès des parties en cours du bail, sont affectés principalement par le preneur ou par un sous-locataire à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public ». Deux conditions essentielles sont ainsi imposées par la loi : l'existence d'un contact direct avec le public (la clientèle), d'une part, et l'affectation du bail à un immeuble ou une partie d'immeuble, d'autre part. Ces éléments caractéristiques de l'autonomie du fonds, bien que décelables dans certains cas, ne sont pas aisément identifiables en ce qui concerne les « boutiques en ligne ».

43. Pour conclure partiellement sur cette question, il est important de noter 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 « ouvert au public ». Ce qu'il est convenu d'appeler « fonds de commerce virtuel » présente toutefois des caractéristiques originales, dont les principales sont l'absence de droit au bail et le rôle essentiel joué par le nom de domaine en tant qu'élément constitutif du fonds. Celui-ci devrait obéir à un régime juridique adapté à la singularité de sa nature. En tout état de cause, la dématérialisation du fonds de commerce ne devrait pas empêcher son immatriculation. Bien au contraire ! L'immatriculation du fonds de commerce virtuel sera rendu facile dans la mesure où le législateur OHADA a facilité cette opération par l'informatisation des formalités et procédures d'enregistrement et de communication des différents fichiers (national, régional). Qui plus est, au-delà de l'identification électronique des cybercommerçants, ce procédé permettra fournira des indices de localisation du cybercommerçant pour la détermination de la loi applicable aux différends relatifs au cybercommerce.

44. C'est le lieu d'affirmer que le fonds de commerce virtuel⁷⁰ est bel et bien une réalité juridique, et de convenir avec M. le Professeur J.-L. BERGEL que « *le droit ne saurait ignorer les réalités vivantes et constamment évolutives, et ne peut pas comporter un stock complet de concepts prédéterminés (...). Car des concepts émergents se dégagent par l'observation des situations, des phénomènes, des pratiques en émergence que l'on élève à un niveau d'abstraction et de généralité suffisant pour les conceptualiser (...). Leur insertion dans l'appareil conceptuel du droit est, au contraire, le signe de sa vitalité* ».

45. De tout ce qui précède, le droit commercial général de l'OHADA en mouvement s'inscrirait parfaitement dans la logique de pensée des professeurs HAMEL et LAGARDE qui posaient, non sans quelque fierté, la philosophie animant la doctrine commercialiste : « sympathie pour les solutions audacieuses même si elles font courir aux intéressés certains risques considérés comme inhérents à la vie économique, rejet systématique des raisonnements logiques lorsqu'ils conduisent à des positions qui ne sont pas en pleine harmonie avec les besoins de la pratique des affaires, recherche de tous les symptômes qui annoncent la transformation des institutions existantes ou qui préparent les évolutions à peine amorcées, désir intense de ne négliger aucun phénomène économique dont le fonctionnement nécessite un cadre juridique adapté à notre milieu social »⁷¹. Il n'est donc pas surprenant que la difficulté à cerner la théorie de la commercialité s'intensifie aujourd'hui sous l'effet de la mondialisation des structures du droit. De là, une remarque générale se dégage. L'on observe que la dynamique des mutations sociales et la pression des faits économiques représentent aujourd'hui les deux principales « menaces »⁷² à la stabilité du droit et influencent même les réformes juridiques dans le système OHADA⁷³. Si bien que le droit ne cesse de se renouveler, allant d'innovations en réglementations successives par l'éclosion de nouvelles notions, actionnant au passage une « *course-poursuite effrénée du droit des affaires et des mutations concrètes de la vie économique* »⁷⁴. Ainsi en est-il du droit commercial général qui devient pratiquement le droit commun des affaires par sa faculté à saisir et à encadrer aussi bien tous les actes de la vie économique que la plupart des acteurs intervenant dans l'environnement des affaires. L'autre grande mutation est celle du glissement progressif du droit commercial général vers un véritable droit des activités économiques, l'entreprise et la profession en constituant le socle et les éléments fédérateurs des intervenants dans la chaîne économique.

46. De l'orthodoxie juridique à l'opportunité pratique des lois, l'OHADA s'ouvre à l'économie numérique en jetant les bases de la cyberlégislation par la consécration de la neutralité technologique et de l'équivalence fonctionnelle des résultats comme gage de la fiabilité de l'environnement complexe des infrastructures technologiques du commerce international. Il n'en fallait pas plus pour asseoir l'assurance-qualité du droit OHADA comme facteur d'attractivité des économies africaines.

⁷⁰ - Selon M. VIVANT, « le virtuel possède une pleine réalité, en tant que virtuel », G. DELEUZE, *Différence et Répétition*, cité par P. LEVY, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, Op. Cit. p. 9.

⁷¹ - Voir préface, *Traité de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1954, tome 1.

⁷² - X. MARTIN, « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », *RTDciv.* 2006, Chr. P. 239 ; voir *contra*, G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 76.

⁷³- V° à ce propos A. AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Cameroun, L'Harmattan, 2010.

⁷⁴- J.-L. BERGEL, « Le processus des concepts émergents », Op. Cit. pp. 439-459.

47. C'est tout le sens et l'esprit de la réforme de l'AUDCG après quinze ans de mise à l'épreuve du temps, de la pratique et des effets induits des mondialisations du droit⁷⁵ que J.-L. HALPERIN qualifie d'excessif, en redoutant une transplantation accélérée des techniques du droit des affaires. Sans prétendre à un quelconque enfermement juridique qui détonnerait justement avec la marche naturelle du monde, il convient de dire que le droit en tant que « technologie » au service du pouvoir législatif, devrait tracer la voie à un évolutionnisme simplificateur des règles prédéterminées et figées hostiles à toute adaptation.

48. C'est le lieu enfin de relever avec un brin d'espoir l'approche transformatrice et révolutionnaire de l'OHADA, orientée vers des réformes ciblées et progressives. Le mérite de cette approche est finalement son aptitude à veiller à la mesure de l'attractivité du droit OHADA, en esquisant des moules capables d'accueillir les transformations du droit, avec la pleine conscience de ce que « *tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* »⁷⁶.

⁷⁵- J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, V^o *Introduction* ; également p 226 *in fine*.

⁷⁶ - J.-E.-M PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*, présenté le 1^{er} Pluviose An IX, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, publiés par le Vicomte Frédéric PORTALIS, Paris, Joubert, 1844, réédité par le Centre de philosophie politique et juridique URA-CNRS, Université de Caen, 1992, p. 6 ; dans le même sens, L. SCHIMSEWITSCH, *Portalis et son temps*, thèse, Paris, 1936 ; E. LEDUC, *Une grande figure de l'histoire napoléonienne, Portalis, 1746-1807*, éd. Panthéon, 1991, p. 175 et ss.