

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

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

Plan

- **I_ Une loi fiable à certains égards**
 - **A_ Une loi assurant un équilibre entre les intérêts des différents acteurs**
 - 1_ La protection des intérêts des destinataires de biens ou de services
 - 2_ La protection des intérêts des prestataires de services
 - **B_ Une loi tenant compte des réalités et des besoins du secteur**
 - 1_ Une loi tenant compte des transactions transnationales et des tiers dits « *de confiance* »
 - 2_ Une loi tenant compte des voies de règlement non juridictionnelles des litiges
- **II_ Une loi perfectible**
 - **A_ Une loi résultant d'une harmonisation communautaire**
 - 1_ La tendance à l'harmonisation
 - 2_ Les insuffisances de l'harmonisation
 - **B_ La nécessité de l'uniformisation**
 - 1_ Les avantages de l'uniformisation
 - 2_ Une piste d'uniformisation

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

- C'est cette dernière qui fait l'objet de notre analyse.
- Elle comprend **155 articles répartis en dix titres.**
- La loi n° 2016-012 du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques (ci-après la loi) a été adoptée pour palier un certain nombre d'insuffisances normatives, notamment :
l'absence de règles spécifiques consacrant la **validité des documents électroniques**, la reconnaissance de l'écrit et la signature électronique ; l'absence de règles organisant la **dématérialisation des formalités**, notamment administratives, commerciales, de diffusion d'informations et d'archivage électronique ; l'absence d'une définition claire et précise des échanges et transactions électroniques, ainsi que des **obligations et responsabilités des acteurs.**

- **Elle vise**, selon le Gouvernement malien, à **assurer la sécurité nécessaire pour l'émergence d'un commerce électronique fiable** au Mali.
- **De l'analyse de la loi, se dégagent deux constats majeurs** : Une **loi fiable** à certains égards (I), mais une **loi perfectible** (II).

- **I_ Une loi fiable à certains égards**
- La loi est fiable à certains égards. **Tout d'abord**, elle assure un **équilibre entre les intérêts des différents acteurs (A)**. Ensuite, elle **tient compte des réalités et des besoins du secteur (B)**.
- **A_ Une loi assurant un équilibre entre les intérêts des différents acteurs**
- La loi assure un équilibre entre les intérêts des différents acteurs de l'économie numérique en **protégeant, d'une part, les intérêts des destinataires de biens ou de services électroniques (1)** et, **d'autre part, ceux des prestataires (2)**.

- **1_ La protection des intérêts des destinataires de biens ou de services**
- **La loi protège les intérêts des destinataires de biens ou de services de la société de l'information **de diverses manières** : en **leur accordant des droits spécifiques** et en mettant des obligations spécifiques à la charge des prestataires.**
- Le titre II relatif aux principes généraux accorde aux destinataires de biens ou de services **le droit d'accès à l'information**. Ce **principe** général est complété par d'autres dispositions. L'on peut citer l'article 50, al. 3, de la loi, qui prévoit que **la loi applicable à un prestataire ne peut avoir pour effet de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle au Mali de la protection que lui assurent les dispositions impératives maliennes**. On peut citer également la disposition de l'article 69 qui accorde aux destinataires de biens ou de service **le droit de résolution de plein droit**, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts, **si le fournisseur de biens ou de services n'exécute pas le contrat dans le délai légal ou conventionnel, sauf cas de force majeure**. Il en est de même de l'article 72, qui accorde aux destinataires **le droit de rétractation pendant un délai de quatorze jours calendaires**, sans avoir à motiver sa décision et sans avoir à supporter d'autres coûts que les frais directs de renvoi du bien.

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

- **Le non respect de ces obligations engage la responsabilité des prestataires.** Le chapitre I du Titre V proclame le principe de la responsabilité du prestataire à l'égard du destinataire de biens ou de services de la bonne exécution des obligations résultant du contrat.
- **Cependant, pour assurer l'équilibre entre les intérêts des différents acteurs, la loi prévoit des limitations aux principes généraux édictés en faveur des destinataires de biens ou de services.** Ces limitations contribuent à la protection des intérêts des prestataires de services.

- **2_ La protection des intérêts des prestataires de services**
- **Pour protéger les intérêts des prestataires de services, la loi prévoit plusieurs limitations aux principes édictés** en faveur des destinataires de biens ou de services.
- C'est ainsi qu'à **l'interdiction de la prospection par voie électronique** le titre II prévoit des exceptions favorables aux prestataires. En effet, il **dispense le prestataire, pendant six mois, de solliciter le consentement préalable du destinataire à recevoir des publicités par voie électronique** lorsque chacune des conditions qu'il cite est remplie.

- La loi **prévoit également des limites au droit de rétractation reconnu au destinataire** de biens ou service. C'est ainsi que l'article 75 exclut le droit de rétractation dans certains cas. Il s'agit notamment du **cas de la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés** et de celui de la fourniture de **biens susceptibles de se détériorer ou d'être périmés rapidement**.
- De même, l'article 77 **permet au prestataire de s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité dans les conditions du droit commun**.
- En outre, la loi prévoit des **conditions d'exonération spécifiques à la responsabilité des prestataires dans le cadre de certains services**. Il s'agit de la **transmission d'informations, la fourniture d'accès, le stockage d'informations et la coopération avec la justice**.

- Enfin, la loi **prévoit des limites aux obligations des prestataires**. C'est ainsi que l'article 48 dispose : « **les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public par voie électronique ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.** ». Cette liberté, cependant, prend fin à la demande des autorités judiciaires.
- **Par ailleurs, les intérêts des prestataires sont protégés par certains principes généraux** proclamés par la loi. Il s'agit notamment de la **liberté de prestation de services de communication publique électronique ; la liberté de communication électronique ; la liberté d'exercice du commerce électronique.**

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

- **B _ Une loi tenant compte des réalités et des besoins du secteur**
- La loi tient compte des réalités et des besoins du secteur de l'économie numérique, **notamment des transactions transnationales et des tiers dits « *de confiance* » (1) et des voies de règlement non juridictionnelles des litiges (2).**
- **1 _ Une loi tenant compte des transactions transnationales et des tiers dits « *de confiance* »**
- Aujourd'hui, les transactions transnationales constituent une réalité indéniable au Mali comme dans le reste de la sous-région. **La loi a prévu des dispositions importantes en la matière.** Ainsi, à la différence des lois de certains Etats voisins comme le Sénégal, la loi malienne a défini la notion de pays tiers. C'est « **tout Etat étranger n'étant pas membre de l'espace CEDEAO/UEMOA** ».

- Par ailleurs, l'instauration d'un climat de confiance dans le commerce en ligne passe aussi par le recours à des **tiers dits « de confiance »**.
- A cet égard, le chapitre II du Titre VII de **la loi prévoit les règles applicables aux prestataires de services électroniques de sécurisation.**

- **2_ Une loi tenant compte des voies de règlement non juridictionnelles des litiges**
- A cet égard, la loi malienne prévoit en son article 152, al. 1^{er}, qu'en cas de désaccord entre un prestataire de services, public ou privé et le destinataire du service, **les parties peuvent recourir aux mécanismes non juridictionnels pour le règlement des différends**. Elle précise que les règlements non juridictionnels des différends peuvent être effectués **par des moyens électroniques appropriés**

- Pour cela, **ces systèmes supposent l'intervention d'un tiers, indépendant des parties et impartial**, qui va les aider à résoudre leur différend.
- **En définitive**, la loi n° 2016-012 du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques est **un texte adapté au contexte socio-économique**. Cependant, elle est **perfectible**.

- **II_ Une loi perfectible**
- La loi résulte d'une harmonisation communautaire (A), alors que c'est l'uniformisation qui s'avère nécessaire (B).
- **A_ Une loi résultant d'une harmonisation communautaire**
- Certes l'harmonisation constitue la tendance (1), mais elle est insuffisante (2).
- **1_ La tendance à l'harmonisation**
- La loi est issue de la transposition de l'acte additionnel A/SA.2/01/10 portant transactions électroniques dans l'espace de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO). A ce titre, ses dispositions ont été adoptées et partagées par les Etats membres de la CEDEAO.

- La tendance à susciter une loi type dans le domaine de l'économie numérique en vue d'inspirer les dispositions juridiques correspondantes dans chaque pays et à éviter les différences importantes dans les réglementations de chaque pays n'est pas propre à la CEDEAO.
- On peut citer notamment le **Commonwealth**, la **Commission des Nations Unies pour le droit commercial International (CNUDCI)**.

- **2_ Les insuffisances de l'harmonisation**
- **Il suffit de comparer les dispositions nationales des Etats** de la CEDEAO ou de l'UEMOA pour s'en rendre compte.
- Il en est ainsi, par exemple, des **définitions données qui peuvent différer d'un Etat à un autre, surtout pour les termes qui ne sont pas définis par l'acte additionnel précité de la CEDEAO.** De même, on trouvera que **certains termes sont définis dans un Etat, alors qu'ils ne le sont pas dans les autres.** Par exemple, **les lois Burkinabé, ivoirienne et sénégalaise ne définissent pas l'agrément.** Ce terme, cependant, est **défini par l'acte additionnel de la CEDEAO et la loi malienne, mais différemment.**

- **Les exceptions apportées à l'interdiction de la prospection par voie électronique ne sont pas, non plus, les mêmes.** En effet, elles sont plus nombreuses au Mali qu'en Côte d'Ivoire, mais au Mali elles sont encadrées dans un délai, six mois.
- En outre, la loi applicable aux transactions transfrontalières n'est pas la même selon les Etats, bien que l'acte additionnel de la CEDEAO prévoit une disposition claire en son article 7 : « L'exercice des activités entrant dans le champ d'application du présent Acte additionnel est soumis à la loi du pays membre de l'espace CEDEAO sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie ». En effet, à la différence de la loi malienne, la loi ivoirienne prévoit l'application de principe des textes nationaux.

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

- La loi sénégalaise, non plus n'est pas exempte de critiques. En effet, **l'article 9, al. 2 dispose** : « lorsqu'elle est exercée par des personnes établies dans un pays tiers, l'activité définie à l'article précédent est soumise aux dispositions légales en vigueur. ». Cette disposition, cependant, **ne précise pas s'il s'agit des dispositions légales en vigueur au Sénégal ou dans le pays tiers**. En réalité, c'est la **seconde option** qui est la **bonne**. Il suffit de **se référer à l'article 13, al. 3, de la loi malienne qui dispose** : « Lorsqu'il est exercé par des personnes établies dans un pays tiers, le commerce électronique est soumis aux dispositions légales et conventionnelles en vigueur dans ce pays. ».
- **Ainsi, l'absence d'un texte uniforme** peut être une **source d'insécurité juridique certaine** sur le plan communautaire. **L'uniformisation s'avère donc nécessaire**.

- **B_ La nécessité de l'uniformisation**
- L'analyse portera, **d'abord, sur les avantages de l'uniformisation (1) et, ensuite, sur une piste d'uniformisation (2).**
- **1_ Les avantages de l'uniformisation**
- **L'uniformisation limitera le morcellement juridique et fournira une plus grande sécurité juridique en instaurant un ensemble de règles essentielles communes contribuant au fonctionnement du marché intérieur.**

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

- L'uniformisation permettra également de faciliter l'adoption et la mise en œuvre des actes d'exécution. Ceux-ci concernent notamment les **organes de contrôle**, les **organismes d'évaluation de la conformité** et les **services de confiance**.
- Cependant, l'uniformisation n'est pas **exempte de difficultés**. C'est pourquoi, il faudrait explorer une piste d'uniformisation.

- **2 Une piste d'uniformisation**
- les Etats membres de la CEDEAO ou de l'UEMOA peuvent aussi opter pour le règlement.
- **Ce choix, cependant, n'est pas sans difficulté.**
Il requiert que les Etats renoncent partiellement à leur souveraineté.