

# La protection du consommateur dans les transactions électroniques selon la loi du 9 Août 2000

(Revue de Jurisprudence et de Législation RJL, juin 2003, p. 3s.)

**CHIHEB GHAZOUANI**

La communication par le réseau Internet est devenue aujourd'hui facile et accessible à tous. Elle permet aux entreprises et aux particuliers d'atteindre les personnes de leur choix dans toutes les parties du globe. Les relations commerciales ont été elles aussi facilitées et internationalisées. Le commerce électronique est désormais considéré comme l'un des plus grands enjeux économiques de l'avenir. Il se chiffrait déjà en Europe en l'an 2000 à 17 milliards d'euros et pourrait représenter dans le monde, dans un prochain avenir, la somme astronomique de 1400 milliards de dollar<sup>1</sup>.

Mais, comme toute forme nouvelle d'opérations économiques, le commerce électronique pose le problème de sa réglementation. Internet serait-il « un no man's Land juridique ? »<sup>2</sup>; le commerce électronique constitue-t-il une activité en suspens dans un espace indéterminé, dématérialisé et déjuridicisé qui échapperait à toute régulation et qui ne serait gouverné que par ses propres contingences ? Le commerce électronique se situe-t-il dans une zone de non droit ?

La réponse à ces diverses interrogations est mitigée.

L'évolution de l'approche juridique du commerce électronique a connu plusieurs étapes.

La première est représentée par un courant de pensées qui considérait l'internet et les transactions électroniques comme un système révolutionnaire exigeant la création de normes juridiques autonomes.

L'appréhension par les juristes des techniques du commerce électronique leur a permis, dans une deuxième étape, d'avancer que les normes du droit positif pouvaient être adaptées sans qu'il soit forcément besoin d'en créer de nouvelles.

Enfin, on est enclin aujourd'hui à penser que, si un grand nombre de normes s'est avéré adaptable, il n'en demeure pas moins que la création de normes

---

<sup>1</sup> L'Echo, 18 mai 2000

<sup>2</sup> Certains auteurs se posaient déjà cette question, voir F. Meynot et S. Marcelleri-Tanpenas, Bulletin d'actualité ; Lamy droit de l'informatique, 1996, n° 81, p. 1-3 .

spécifiques permettrait de mieux appréhender les défis sans cesse lancés par le commerce électronique.

Ainsi l'unanimité est faite autour de l'idée selon laquelle « *dans le cybermonde, le droit n'a aucune vocation à être virtuel* »<sup>3</sup>.

Les plus grandes entreprises mondiales, réunies dans le cadre du Global Business Dialogue on Electronic Commerce, ont exhorté les Etats à promulguer les lois pour la protection des données personnelles, la sécurité, la responsabilité, la propriété intellectuelle, les juridictions compétentes, la fiscalité et la protection des consommateurs.

Le premier texte international fut la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique, datant de 1996. Cette loi-type concernait essentiellement les questions de preuve et de formalisme. Elle s'est néanmoins enrichie de dispositions nouvelles ayant trait à l'incorporation par référence et à la signature électronique.

Au niveau Européen, la Directive CE n° 2000/31 du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et du commerce électronique traite de la loi applicable, des informations qui doivent être fournies par les prestataires et du processus de conclusion des contrats électroniques.

Il existe aussi d'autres textes européens relatifs à l'Internet, notamment les directives de 1995 et de 1997 sur les données personnelles.

Le texte de référence en matière de protection des consommateurs est la Directive européenne CE n° 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Consciente qu'il fallait réagir face au développement du commerce électronique, la Tunisie a vu la création, en novembre 1997, d'une commission nationale dont la principale mission était « *d'approfondir les différentes questions ayant trait au commerce électronique* ».

Le 19 mai 1999, un Conseil des Ministres restreint s'est penché sur le rapport rendu par cette commission. Un projet de loi a ainsi vu le jour.

Il était surtout question de fournir les garanties légales nécessaires pour assurer et sécuriser les échanges électroniques, d'instaurer des rapports de confiance entre les différents acteurs du réseau en crédibilisant le processus de signature numérique et, enfin, de créer une institution nationale, en l'occurrence, l'Agence Nationale de Certification Electronique chargée de veiller sur l'exécution de ce programme.

---

<sup>3</sup> Michel vivant, Droit et droits des réseaux, J.C.P. éd. G., 1996, p. 401 .

Un premier projet de loi a ainsi été rédigé. Ses rédacteurs se sont inspirés d'autres « *textes de loi précurseurs dans le domaine du commerce électronique* » émanant de pays qui ont démontré une certaine « *volonté politique* » de s'adapter aux nouvelles technologies, en l'occurrence, un projet de loi luxembourgeois sur le commerce électronique, la loi réglementant la signature électronique en Allemagne (1997), en Malaisie (1998), dans l'Etat de Utah et, enfin, le projet de loi cadre américain sur la signature numérique.

Ces sources d'inspiration nous semblent assez approximatives.

On aurait pu simplement s'inspirer de la législation européenne (directives, règlements, discussions au Parlement Européen), législation dont l'Allemagne et le Luxembourg sont tenues. On essaiera de démontrer que nous sommes plus proches de la Directive de 1997 relative à la protection des consommateurs dans les contrats à distance que d'autres prétendues sources d'inspiration.

Par ailleurs, les législations malaise et américaine sont peu crédibles : La Malaisie est un pays en voie de développement, au même titre que la Tunisie, qu'il convient de dépasser et non pas de copier.

Les Etats-Unis n'ont jamais été une référence cohérente en matière de législation. C'est un pays gouverné par des lobbies et des sources d'intérêt, de profit et de pression autres que celles visant à protéger les consommateurs.

Le législateur tunisien a néanmoins promulgué la loi n° 2000-83, relative aux échanges et au commerce électroniques le 9 août 2000 <sup>4</sup>.

Elle contient sept chapitres et 53 articles.

Le premier chapitre intitulé « *Dispositions générales* » est surtout consacré aux définitions. Certaines de ces définitions sont approximatives voire même insuffisantes <sup>5</sup>.

Il aurait été plus adéquat de procéder à la limitation, ou du moins, à la détermination du champs d'application de la loi.

---

<sup>4</sup> JORT n° 64 du 11.08.2000, p. 1887 et S.

<sup>5</sup> Notamment les définitions posées des « Echanges électroniques » (voir infra), du « commerce électronique » (voir infra) et de la notion de « Produit » qualifiée de « tout service ou produit naturel, agricole, artisanal ou industriel matériel ou immatériel ».

Le législateur n'a pas ainsi distingué les produits des services alors que cette distinction se trouve au centre des effets juridiques des transactions électroniques, notamment les questions de délais, et qu'elle revêt une importance capitale quant on traite des modes de règlement et de la loi applicable.

Il aurait été plus convenable d'éviter cet amalgame et de prévoir une définition pour chacune des deux notions.

Dans ce sens, voir Jérôme Huet, Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale, les Petites Affiches, 26 septembre 1997, n° 116 p. 6.

A titre d'exemple, la résolution des Nations Unies du 16 décembre 1996 relative à la loi type sur le commerce électronique <sup>6</sup> adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international dispose dans son article premier : « *Champs d'application : La présente loi s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales* ».

Cette disposition prévoit certes un champs d'application très large mais elle a le mérite d'englober toutes les activités commerciales électroniques <sup>7</sup>.

Le législateur tunisien aurait pu s'inspirer de cet article premier surtout qu'il s'agit d'une résolution des Nations Unies adoptée par l'Assemblée Générale dans un souci d'uniformiser les législations nationales.

Le deuxième chapitre traite « *Du document électronique et de la signature électronique* » et renvoie notamment à un arrêté du ministre chargé des télécommunications qui fixera les modalités techniques.

Les chapitres III et IV sont respectivement consacrés à « *l'agence nationale de certification électronique* » et aux « *Services de certification électronique* ». Ils témoignent d'un effort louable de sécurisation des transactions électroniques, en dépit du dispositif lourd qu'ils prévoient ; tandis que le Chapitre V intitulé « *Des transactions commerciales électroniques* » comporte certaines dispositions relatives à la protection des consommateurs. Elles sont regroupées dans ses articles 25 à 37.

Ces dispositions semblent être largement inspirées de la Directive européenne CE n° 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Le chapitre VI contient un dispositif relatif à « *la protection des données personnelles* ». Ce dispositif reprend certaines idées majeures de la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite loi informatique et libertés et de la Directive 97/66/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 Décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications. Il reste toutefois insuffisant et n'offre pas la même protection que la loi européenne garantit à ses citoyens.

Le dernier chapitre intitulé « *des infractions et des sanctions* » comporte une multitude de sanctions pénales lourdes allant jusqu'à la peine d'emprisonnement.

---

<sup>6</sup> V. Code de la communication, édition 2001, Dalloz, p. 781

<sup>7</sup> Cette résolution, dite loi type de CNUDCI, a été commentée par plusieurs juristes français, notamment :

- Le professeur Jérôme Huet, Poursuite des travaux de la CNUDCI sur le commerce électronique : signatures numériques, tiers authenticateurs, questions juridiques connexes, DIT 1997/2, p. 58.

- Eric Caprioli, Un texte précurseur en matière de commerce électronique : la loi de la CNUDCI, DIT, 1996/3, p. 88.

- Agathe Livori, CNUDCI : Projet de règles uniformes sur les signatures numériques, DIT, 1998/3, p. 78.

Il est certain que le régime juridique de l'offre commerciale sur l'Internet obéit au droit commun, à qui viennent s'ajouter ces quelques dispositions spéciales relatives à la protection du consommateur. A cet égard, l'article 1<sup>er</sup> de la loi dispose justement dans son alinéa second que « *le régime des contrats écrits s'applique aux contrats électroniques quant à l'expression de la volonté, à leur effet légal, à leur validité et à leur exécution dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente loi* ».

Le droit de la consommation cherche à équilibrer les relations entre professionnels et consommateurs : il met à la charge des premiers des obligations qui sont autant de droits pour les autres <sup>8</sup>. « *S'il advient qu'il y ait une querelle entre un pauvre et un riche, soutiens de préférence le pauvre contre le riche, jusqu'à que tu saches la vérité, et quand tu la connaîtras, fais justice* » dixit Saint-Louis <sup>9</sup>.

Le législateur tunisien n'a pas défini la notion de consommateur et n'a fait référence à aucune définition existante du consommateur. Cette notion est pourtant au centre de la loi et peut avoir des interprétations différentes.

De même, le droit français de la consommation ne délimite pas ces deux catégories alors qu'elles sont utilisées dans de nombreux articles du Code de la consommation <sup>10</sup>. On pourra cependant trouver ces définitions dans les écrits de la doctrine et les décisions de la jurisprudence.

Le professionnel serait une personne physique ou morale, agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service. C'est le caractère habituel et organisé de l'acte qui prime. Il est évident que dans le cadre de son activité, le professionnel est plus nanti que le consommateur. C'est ce déséquilibre qui justifie l'application du droit de la consommation <sup>11</sup>.

En France, les établissements publics à caractère industriel et commercial sont aussi considérés comme étant des professionnels dans leur relation avec les usagers <sup>12</sup>. Cette solution trouve sa justification dans un arrêt rendu par le Tribunal des conflits en 1921 selon lequel les EPIC relèvent, dans leurs rapports avec les usagers du droit privé et de la compétence judiciaire <sup>13</sup>. Cette solution pourrait être transposée à des EPIC tunisiens comme Tunisie Télécom ou la STEG.

---

<sup>8</sup> Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2000, p.3.

<sup>9</sup> Saint-Louis, Enseignements.

<sup>10</sup> Paisant, Essai sur la notion du consommateur en droit positif, JCP éd. Ent., 1993, I, 267

<sup>11</sup> Jean Calais-Auloy ET Frank Steinmetz, op. cit., p. 4.

<sup>12</sup> Devolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, Droit adm., octobre 1993.

<sup>13</sup> Arrêt Bac d'Elka, Tribunal de conflits, 22 janvier 1921, Dalloz 1921. 3.1

En outre, la Cour de cassation française refuse d'étendre aux professionnels le bénéfice de l'article 132-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives<sup>14</sup>.

Quant au droit communautaire, la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives définit le professionnel comme étant toute personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle qu'elle soit publique ou privée.

Une définition exhaustive et plus précise doit alors être trouvée dans les écrits de la doctrine.

Le consommateur est ainsi défini par le professeur Jacques Ghestin comme étant « *la personne qui, pour des besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de service* »<sup>15</sup> ou encore par le doyen Gérard Cornu comme étant « *tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel* »<sup>16</sup>.

La jurisprudence administrative française semble aussi favorable à une interprétation extensive de la notion de consommateur<sup>17</sup>.

La jurisprudence civile est quant à elle plus restrictive. Déjà un arrêt de 1987 a défini les consommateurs en tant que parties à un contrat conclu avec professionnel. L'arrêt englobe dans la catégorie des consommateurs toute personne qui, même agissant pour satisfaire des besoins professionnels, ne se trouve pas contracter dans un domaine où elle possède une certaine compétence : en d'autres termes, un domaine qui n'est pas de sa spécialité<sup>18</sup>.

Cette définition est complète et très satisfaisante. Cependant, la doctrine note qu'un important arrêt de 1995 a fait infléchir la position de la Cour de cassation. Cette dernière abandonne l'idée que, pour être considéré comme un consommateur, il suffit qu'on contracte dans un domaine ne relevant pas de sa spécialité<sup>19</sup>.

Dans cet arrêt, une société d'imprimerie cliente d'EDF a été considérée comme professionnelle dans son contrat de fourniture d'électricité. La clause d'exclusion de responsabilité en cas de grève imposée par EDF n'a pas été déclarée abusive par la Cour. Cette dernière note que le contrat de fourniture de courant électrique avait un rapport direct avec l'activité de la société.

Cette position a été maintenue dans un autre arrêt où un commerçant VRP utilisait une voiture de location pour se rendre chez ses clients. Le commerçant a

---

<sup>14</sup> Par exemple, Cass. Civ., 24 novembre 1993, JCP 94, éd. G., II, 22334, note Leveueur. Ou encore Cass. Civ., 3 et 30 janvier 1996, D. 1996, 8, note Paisant, Defrénois 1996, 1996, p.766, obs. Mazeaud.

<sup>15</sup> Jacques Ghestin, La formation du contrat, LGDJ, 1993, n° 77.

<sup>16</sup> Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, PUF 1987, p. 193.

<sup>17</sup> Conseil d'état, 27 avril 1998, contrats concurrence consommation 1999, commentaire 15, note G. Raymond. Dans cet arrêt, le Conseil d'état a attribué la qualité de consommateur aux clients de chirurgiens esthétiques.

<sup>18</sup> Civ 1<sup>er</sup> 28 avril 1987, D. 1988.I., note Philippe Delebecque.

<sup>19</sup> Civ 1<sup>er</sup> 24 janvier 1995, Les petites affiches, 5 juillet 1995, n° 80, p. 22, note Jérôme Huet.

été déclaré professionnel face à la société de location car le contrat avait un rapport direct avec son activité professionnelle<sup>20</sup>.

Le droit international privé adopte une conception plus extensive, l'article 13 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 définit le contrat conclu par un consommateur comme étant tout « *contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ci-après dénommée le consommateur* ».

Le droit européen a, lui aussi, proposé une définition extensive du consommateur. Il s'agit, selon l'article 2 de la Directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives de « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

Par conséquent, le consommateur européen peut être aussi un professionnel qui n'agit pas dans le cadre de son activité habituelle. La même personne peut avoir, pour certains actes, la qualité de professionnel, et pour d'autres celle de consommateur.

Cette définition présente l'avantage notable de protéger un éventail de personnes plus ou moins large. Ces personnes ont en commun de se trouver dans une situation de faiblesse.

Cependant, certains dangers d'une définition trop extensive de la notion de consommateur ont été à juste titre évoqués par une partie de la doctrine<sup>21</sup>. Pour les professeurs Malaurie et Aynès, il y a ici un risque de voir se développer une nouvelle catégorie, celle des consommateurs abusifs<sup>22</sup>.

Quid du consommateur Tunisien ? doit-il nécessairement être un particulier qui commande, assis devant son ordinateur, des produits périssables d'utilisation quotidienne ? ou peut-il être considéré comme consommateur un entrepreneur professionnel qui commande des matériaux de construction pour édifier sa maison personnelle ?.

La loi relative aux échanges et au commerce électronique est demeurée muette. Mais il convient de remarquer que le contrat de commerce électronique laisse plus de place à l'adhésion qu'à la négociation. Les conditions générales sont la loi d'une partie qui l'impose à l'autre partie.

---

<sup>20</sup> Civ 1<sup>o</sup> 22 février 1995, Juris-classeur concurrence consommateur, 2002, Fasc.820.

<sup>21</sup> Malaurie et Aynès, Les obligations, Cujas 1999, n<sup>o</sup> 325.

<sup>22</sup> Voir aussi Martin, Le consommateur abusif, D. 1987, chron. p. 150 et s.

Les transactions électroniques nécessitent donc un environnement sécurisé, tant au niveau technique que juridique. Leur développement est ainsi conditionné par la protection et la mise en confiance des acteurs du réseau <sup>23</sup>.

En outre, le juriste ne découvre souvent les implications de certaines évolutions dans ce domaine qu'au moment de l'apparition d'un litige. La difficulté majeure provient du fait que le commerce électronique se caractérise par une dématérialisation totale des relations.

C'est la raison pour laquelle le législateur tunisien semble être confronté à un double défi. Il est d'abord appelé à pallier les insuffisances des lois existantes relatives à la protection des consommateurs.

Par ailleurs, face à un professionnel doté de nouvelles technologies peu accessibles aux profanes et se trouvant de ce fait dans une position dominante, le consommateur doit être entouré d'une protection spécifique, efficace et loyale.

Cela révèle d'ores et déjà les multiples intérêts d'une réglementation du commerce électronique en général et de l'adoption d'un régime de protection approprié des consommateurs en particulier.

C'est dans ce sens que les diverses dispositions de la loi du 9 Août 2000 font apparaître que les échanges réalisés dans le cadre du commerce électronique passent par la conclusion et l'exécution de contrats entre un consommateur et un professionnel.

Envisagée sous l'angle de la protection du consommateur, la démarche ainsi adoptée par le législateur, quand bien même classique, semble justifiée. C'est pourquoi, il convient d'étudier tout d'abord la protection du consommateur lors de la formation du contrat ( I ) et ensuite sa protection au cours de l'exécution du contrat ( II )

---

<sup>23</sup> Eric Barbry, Electronic commerce law : from protection... to confidence, Computer and Telecom law Review, 1998/2, p. 14.

## I- LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT

La combinaison des articles 25, 26, 27 et 30 de la loi du 9 août 2000 révèle que la protection du consommateur est assurée de deux manières : la loi a d'abord mis à la charge du vendeur ou du prestataire de service dans ses rapports avec son client un certain nombre d'obligations (A).

Elle a, en outre, reconnu au profit du consommateur des droits de nature à consolider sa protection (B).

### A – Les Obligations du Vendeur

Il ressort des articles 25 et 27 que le vendeur ou le prestataire de service est soumis à deux sortes d'obligations : L'information du consommateur et récapitulation de ces informations.

#### 1/ L'information du Consommateur

L'article 25 de la loi impose au professionnel vendeur de fournir au consommateur un certain nombre d'informations permettant son identification.

Il s'agit notamment de ses identité, adresse et numéro de téléphone d'une part, et de l'autre, une description complète des étapes de la transaction, de la nature, caractéristiques, le prix du produit, du coût de livraison, d'assurance et des taxes exigées.

Par ailleurs, certaines garanties juridiques doivent être fournies comme la durée de l'offre du produit aux prix fixés, les conditions de garanties commerciales et du service après-vente, les modalités et les procédures de paiement et les conditions de crédit proposées, les modalités et les délais de livraison, l'exécution du contrat et le résultat de l'inexécution des engagements et, enfin, la possibilité de rétractation et son délai.

Les offres à durée non déterminée ne sont pas prévues par le droit tunisien de l'internet alors qu'elles représentent la majorité des offres émises sur le réseau.

De plus, le professionnel doit indiquer à son cocontractant le mode de la confirmation de la commande virtuelle.

Enfin, la loi prévoit d'autres informations à fournir comme par exemple les conditions de résiliation du contrat, la durée du contrat...

Elle indique aussi que toutes ces informations doivent être fournies par voie électronique et mises à disposition du consommateur pour consultation à tous les stades de la transaction.

La loi, très inspirée de la directive européenne, aurait du aller plus loin que le droit européen en imposant aux sites commerçants de prévoir un lien hypertexte visible et facilement accessible par lequel le consommateur peut accéder directement à toutes les informations qui l'intéressent.

Cette disposition aurait permis aux utilisateurs qui, en général, sont profanes dans les domaines informatiques et juridiques d'avoir encore plus de protection contre les pratiques douteuses de certains vendeurs.

En droit européen, l'article 10 de la Directive CE 2000/31 du 8 juin 2000 relative à certains aspects surs du code complète le dispositif de la Directive 97/7 sur les contrats de vente à distance en ajoutant un certain nombre d'obligations en matière de ventes en ligne. En premier lieu, le processus de conclusion d'un contrat en ligne devra être pleinement et préalablement expliqué aux consommateurs. Il faudra indiquer les différentes étapes à suivre, l'archivage ou non du contrat, ainsi que les modalités de correction du contrat .

Il est à noter qu'au titre de l'article 10 alinéa 2 de la dite directive, ces différentes étapes lors de la conclusion d'un contrat devront permettre l'expression d'un consentement libre et éclairé, sans qu'il ne soit institué de véritables lignes directrices en la matière.

Le Professeur Jérôme Huet propose à juste titre qu'un usage s'établisse : « *les principales clauses contractuelles ayant trait à la juridiction compétente, à la loi applicable, à l'existence d'un droit de rétractation ainsi qu'aux conditions de livraison et de garanties, devraient être présentées de manière visible aux consommateurs* ». Il ajoute que « *cela ne coûterait pas très cher aux professionnels qui amélioreraient du même coup leur image de marque* »<sup>24</sup>.

Quant à la sanction du défaut d'information du consommateur, le texte de la loi n'en prévoit rien. Par conséquent, il n'y a point de doute que la fourniture d'information erronées soit un dol qui entraînera la nullité du contrat. Cependant, à notre sens, l'absence d'information ou la fourniture d'information incomplètes ne devraient pas entraîner l'anéantissement du contrat. La sanction la plus adéquate serait l'inopposabilité du contrat au consommateur. Cette solution est celle de la doctrine anglo-saxonne « *failure to provide the correct informations would render the contract unenforceable* »<sup>25</sup>. L'auteur ajoute que

---

<sup>24</sup> Huet Jérôme, La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998, Les journées d'étude des éditions du Juris-Classeur, 8 juin 2000, p. 51.

<sup>25</sup> Geraint G. Howells, The move from soft to hard law, Implementation of the distance selling directive' in the United Kingdom, La protection des consommateurs acheteurs à distance, analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé, Actes du colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes Genève, édité par Hildegard et Bernd Stauder, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 175.

même si le consommateur a exécuté le contrat, ce qui rend l'inopposabilité sans effet, ce dernier pourra avoir une information post-contractuelle et réclamer des dommages-intérêts.

## 2/ La récapitulation des informations délivrées au consommateur

L'article 27 de la loi prévoit qu'avant la conclusion du contrat, le vendeur doit permettre au consommateur de récapituler définitivement l'ensemble de ses choix, de confirmer la commande ou de la modifier selon sa volonté et de consulter le certificat électronique relatif à sa signature.

On retrouve ici encore une disposition très protectrice des intérêts des consommateurs.

Cette possibilité n'est pas prévue par le droit européen qui ne fait que reprendre et expliquer ce qui a été précédemment dit au sujet de la confirmation électronique de l'acceptation.

Elle a, de plus, le mérite d'imposer au vendeur de mettre à disposition de l'acheteur le certificat électronique relatif à la signature, ce qui montre une réelle tendance à vouloir sécuriser le réseau à rassurer le consommateur.

Par ailleurs, pour consolider la protection du consommateur face à un professionnel rompu aux nouvelles technologies de communication et de marketing, le législateur lui reconnaît un certain nombre de droits .

## **B - Les Droits du consommateur**

Face au vendeur professionnel, le consentement du consommateur ne suffit pas pour parfaire le contrat d'une manière définitive et irréversible. D'après les articles 28 et 30 en particulier, le consommateur jouit de deux prérogatives : la confirmation de la commande et le droit de rétractation.

### 1/ La confirmation de la commande

La combinaison des articles 28 et 30 permet d'analyser juridiquement la confirmation de la commande comme étant une acceptation expresse de l'offre du vendeur.

L'article 27 prévoit en effet que le consommateur doit récapituler toutes les informations et les confirmer.

L'article 28 ajoute que *« sauf accord contraire entre les parties, le contrat est conclu à l'adresse du vendeur et à la date de l'acceptation de la commande par ce dernier par un document électronique signé et adressé au consommateur »*.

En pratique, à la confirmation de la commande par le consommateur, ce dernier accepte le contrat. Le vendeur n'a qu'à entériner cette acceptation et lui renvoyer automatiquement le document dans la seconde qui suit. C'est cette dernière formalité qui forme le contrat.

En effet, si la dématérialisation de l'acceptation n'affecte en rien le schéma classique de la rencontre des volontés, elle influe néanmoins sur les modalités de son expression.

La formulation de l'article 28 semble pourtant maladroite.

La règle posée par cet article est une règle supplétive. Son caractère supplétif peut créer des déséquilibres contractuels entre le consommateur et le professionnel vendeur.

En pratique, les contrats proposés par les sites de commerce électronique sont des contrats types, des contrats cadre qui ne laissent aucune place à la négociation contractuelle. Il sera alors facile pour le professionnel de prévoir des règles qui vont dans son intérêt.

Il est par conséquent contraire à la logique protectrice de la loi d'avoir disposé que « *sauf accord contraire des parties...* », car accord il n'y pas. Le vendeur imposera sa loi et le contrat qui est juridiquement la loi des parties va devenir la loi du vendeur.

Il serait plus adéquat de supprimer cette possibilité de déroger à la loi.

De plus, le fait de différer le moment de formation du contrat change la qualification juridique du contrat de commerce électronique.

On nous apprend en effet dans les écoles de droit que le contrat de vente est un contrat consensuel et synallagmatique.

Cette règle générale n'est plus évidente aujourd'hui. Le contrat de vente électronique qu'on nous propose dans la loi du 9 août 2000 n'est pas un contrat consensuel.

L'acceptation peut, selon les pays, être exprimée soit par un clic sur le bouton gauche de la souris de l'utilisateur<sup>26</sup>, soit par un double clic, soit par un clic confirmé par courrier électronique.

La loi tunisienne a le mérite d'exiger un acte positif pour que l'acceptation entraîne la formation du contrat.

Par conséquent, un contrat comportant une offre valable peut avoir été accepté valablement, mais ne pas encore avoir été conclu.

---

<sup>26</sup> C'est ce qu'on appelle le clic-deal en anglais : contracter par un clic.

La loi écarte ainsi le comportement passif du consommateur comme mode d'acceptation et, elle n'admet pas non plus une acceptation non confirmée ; ce qui retarde le moment de formation du contrat à l'existence d'une confirmation de l'acceptation.

Cette disposition atteste d'un effort protectionniste de la part du législateur tunisien qui ne peut que bénéficier au consommateur.

Les consommateurs qui reçoivent sur leurs boîtes aux lettres électroniques des propositions commerciales sont alors protégés des méfaits et des conséquences d'une acceptation hâtive.

On peut alors s'interroger sur le cas dans lequel l'existence de relations commerciales antérieures et d'un courant d'affaires entre les deux parties peut laisser penser que, suivant l'usage établi entre les parties, le comportement passif de l'acceptant pourra valoir acceptation.

Cette solution ne peut être admise que lorsque les deux contractants sont des commerçants<sup>27</sup>. Elle ne peut donc pas être appliquée aux consommateurs.

D'autre part, Qu'en est-il des offres faites dans l'intérêt du consommateur ?

La Cour de Cassation française a interprété l'offre faite dans l'intérêt exclusif du consommateur comme pouvant le dispenser de l'acceptation<sup>28</sup>. Ces solutions sont tout à fait transposables au commerce électronique d'une part et au droit tunisien d'autre part.

En outre, la doctrine considère que la sélection d'un produit dans un panier informatique n'est pas une acceptation<sup>29</sup>. Sélectionner un produit à l'aide du curseur ne suffit donc pas à former le contrat même si cette opération entraîne un décompte, une pré-facture avant l'établissement de l'addition finale.

Il a été jugé que « *dans un magasin où la clientèle se sert d'elle-même, dit à service libre, la manipulation d'un objet n'opère pas transfert de la garde : celle-ci n'interviendrait qu'au moment du passage à la caisse* »<sup>30</sup>. Cette solution est tout à fait transposable au commerce électronique.

La nouvelle directive européenne sur les aspects juridiques du commerce électronique<sup>31</sup> adopte une position similaire au droit tunisien en exigeant elle

---

<sup>27</sup> Pierre Breese, Guide Juridique de l'internet et du commerce électronique, Editions Vuibert, 2001, p.192.

<sup>28</sup> Cass. Civ. 1<sup>er</sup> décembre 1969, D. 1970, 422, note Puech.

<sup>29</sup> Pierre Breese, op. cit., p. 197

<sup>30</sup> CA Amiens, 10 mars 1975, D. 1975, somm., 108 - Civ. 2<sup>o</sup>, 28 février 1996, D.96, inf. 92.

<sup>31</sup> Directive CE n° 2000/31 du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Cette directive est appelée communément Directive sur le commerce électronique. Voir : Jérôme HUET, La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998, Communication Commerce Electronique, 1999, Chron. N°4.

aussi un acte positif. Pour que la formation du contrat soit en effet parfaite, la confirmation de l'acceptant doit être suivie d'un accusé de réception<sup>32</sup>.

L'article 10 de cette directive impose également que les étapes de la conclusion du contrat en ligne soient expliquées clairement.

L'idée directrice consiste à ce que le consommateur mesure bien la portée de son engagement.

Dans le même esprit, l'article 27 de la loi prévoit qu'avant la conclusion du contrat, le vendeur doit permettre au consommateur de récapituler définitivement l'ensemble de ses choix, de confirmer la commande ou de la modifier selon sa volonté et de consulter le certificat électronique relatif à sa signature.

On retrouve ici encore une disposition très protectrice des intérêts des consommateurs.

Cette possibilité n'est pas prévue par le droit européen et ne fait que reprendre et expliquer ce qui a été précédemment dit au sujet de la confirmation électronique de l'acceptation.

Elle a, de plus le mérite, d'imposer au vendeur de mettre à disposition de l'acheteur le certificat électronique relatif à la signature, ce qui montre une réelle tendance à vouloir sécuriser le réseau et à rassurer le consommateur.

Toutes ces dispositions étudiées ci-dessus témoignent d'un fort caractère protectionniste de la loi tunisienne. Ce protectionnisme est très profitable aux consommateurs et témoigne d'un effort louable de sécurisation.

Néanmoins, certaines obligations imposées aux sites de commerce électronique et relatives notamment à la sécurité sont d'une mise en œuvre coûteuse. Elles comportent ainsi le risque de décourager les jeunes investisseurs et de laisser le marché du commerce électronique aux grandes entreprises.

## 2 – La faculté de rétractation

Le principe de consensualisme veut que l'offre rencontre l'acceptation pour former le contrat. L'acceptation du contrat est en principe ferme et définitive. Cependant, dans le commerce électronique, le consommateur n'a pas la possibilité de voir le produit qu'il commande ni de prendre connaissance, une faculté de rétractation qui peut s'exercer dans un délai déterminé. Ce droit dont jouit le consommateur comporte cependant certaines exceptions.

---

<sup>32</sup> Article 11 de la Directive, Code de la communication, Dalloz 2001, p. 777.

## **a / L'exercice de la faculté de rétractation**

L'article 30 prévoit un délai de rétractation de 10 jours ouvrables. Le droit de repentir peut être considéré comme un moyen de sécuriser le consommateur, voire une solution pour le vendeur de fidéliser sa clientèle en prévoyant des délais plus souples que ses concurrents.

Le législateur tunisien semble plus favorable au consommateur que le droit européen en lui accordant un délai de principe de 10 jours pour se rétracter alors que le droit français<sup>33</sup> et la Directive européenne<sup>34</sup> limitent ce délai à sept (07) jours. Le droit allemand, quant à lui, avant la transposition de la directive, ne connaissait pas le droit de rétractation et la vente à distance était assimilée à tout contrat de vente de droit commun<sup>35</sup>.

L'esprit protectionniste du législateur tunisien à l'égard du consommateur se manifeste davantage dans le fait que rien dans la loi ne l'oblige à justifier sa rétractation. Cette position est aussi celle du droit européen.

Le point de départ de ce délai diffère selon qu'on se trouve en présence de la vente d'un bien ou de la prestation d'un service.

Ce délai de 10 jours court en effet :

« - *A compter de la date de leur réception par le consommateur, pour les marchandises ;*

*- A compter de la date de conclusion du contrat, pour les services ».*

Il faut se féliciter de cette distinction entre biens et services que même l'article 1<sup>er</sup> de la loi assimile injustement<sup>36</sup>.

D'une part, le délai commence à courir au jour de la réception des biens que la loi assimile maladroitement à des marchandises.

Cette formulation est semblable à celle de Directive européenne .

---

<sup>33</sup> L'article L 121-16 du code de la consommation française dispose : « Pour toutes les opérations de ventes à distance l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de 7 jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour du produit au vendeur par échange ou remboursement sans pénalités à l'exception des frais de retour ».

<sup>34</sup> L'article 6 de la Directive dispose, en effet, que « pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif ».

<sup>35</sup> Peter Rott. The distance selling directive and German law, La protection des consommateurs acheteurs à distance, analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé. Actes du colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes Genève, édité par Hildegard et Bernd Stauder, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 125.

<sup>36</sup> Voir infra.

D'autre part, la loi tunisienne se distingue du droit européen en ce qui concerne la date de départ de la faculté de rétractation pour les services.

En droit européen, le délai commence à courir à compter du jour de la conclusion du contrat ou à compter du jour où l'obligation d'information a été remplie sans que ce délai n'excède les trois mois<sup>37</sup>.

Il aurait été plus adéquat pour le législateur tunisien de rappeler l'obligation d'information du consommateur et de sanctionner le vendeur s'il s'avère qu'il a donné une information erronée ou partielle par l'application d'un délai plus long.

Néanmoins, l'application d'un délai de rétractation de dix jours ouvrables reste très favorable au consommateur bien que quelques sites Internet commerciaux européens, comme par exemple celui de la chaîne de télévision M6, prévoient un délai de 30 jours.

Rien dans la loi tunisienne n'empêche le professionnel de prévoir un délai plus long. Cette possibilité est profitable au consommateur et s'inscrit dans l'esprit de la loi.

Quant à la notification de la rétractation, la loi prévoit qu'elle « *se fait par tout moyen prévu initialement dans le contrat* ».

Il est évident en pratique que les contrats conclus par voie électronique sont, en grande majorité, des contrats d'adhésion.

Ce sont, en effet, des contrats dans lesquels toutes les conditions sont prévues par l'une des parties, l'autre ne pouvant qu'accepter ou refuser de signer la convention standardisée<sup>38</sup>.

Cette disposition laisse ainsi le terrain libre aux professionnels de prévoir, dans leurs contrats d'adhésion, des moyens rendant la notification coûteuse, difficile voire impossible.

A notre sens, cela pourrait bien remettre en cause la plénitude des principales clauses contractuelles si elles sont dissimulées sous une épaisse couche de liens hypertextes ou tout simplement inexistantes.

Or, la facilité avec laquelle le consommateur effectue ses achats sur l'Internet peut parfois dénaturer son consentement ou même, le transformer en simple réflexe. Il s'agit donc ici de la problématique des cyber-contrats d'adhésion qui, non seulement n'offrent aucune possibilité de négociation à la partie faible, mais l'incitent en plus à accepter les termes d'un contrat quasiment invisible.

---

<sup>37</sup> Article 6 de la Directive.

<sup>38</sup> Olivier Hance, *Business et droit de l'Internet*, Best of édition, 1996, p. 153.

Il aurait été, par conséquent, plus adéquat au législateur de prévoir le moyen, pour le consommateur, d'exercer son droit de rétractation, notamment, par l'envoi d'un courrier électronique.

En outre, le législateur fixe un autre délai de 10 jours. Il s'agit cette fois-ci pour le vendeur de rembourser le consommateur des sommes qu'il a précédemment avancées, avant d'exercer sa faculté de rétractation <sup>39</sup>.

Le consommateur n'aura, à sa charge, que les frais de retour des marchandises. Le législateur reprend ainsi les dispositions de l'article 6.2 de la Directive du 20 mai 1997, sauf pour ce qui est du délai.

Ce délai courra à compter de la date de retour des marchandises ou de la date de renonciation au service.

Reste que la loi ne prévoit pas le cas dans lequel le service a déjà été réalisé et que le consommateur n'a pas été pleinement satisfait.

Dans ce cas, le droit commun trouvera une pleine application.

De plus, l'article 31 de la loi prévoit deux cas dans lesquels le vendeur va supporter tous les frais de l'exercice de la faculté de rétractation, y compris les frais de retour.

D'une part, si le produit n'est pas conforme à la commande.

D'autre part, s'il n'a pas respecté les délais de livraison.

Un délai de 10 jours est prévu pour exercer ce droit. Il commence à courir au jour de la livraison.

L'exercice de ce droit n'exclut pas l'introduction d'une action en responsabilité civile du vendeur.

Cet article est sévère et n'a pas de semblable dans la Directive communautaire.

Le vendeur dispose, néanmoins, de toutes les actions légales que lui offre la loi contre les tiers si le retard de livraison ne lui est pas imputable.

Il convient maintenant d'énumérer les exceptions au principe de la possibilité de se rétracter.

## **b/ Les exceptions à la faculté de se rétracter**

L'article 32 pose les cas dans lesquels le consommateur ne possède pas de faculté de rétractation.

D'abord, « *lorsque le consommateur demande la livraison du service avant l'expiration du délai de rétractation et que le vendeur le lui fourni* ».

Cette exception n'exclut pas l'exercice des actions en garantie des vices cachés et la garantie d'éviction.

---

<sup>39</sup> La Directive européenne du 20 mai 1997 porte ce délai à trente jours. L'article 6.2 in fine dispose que ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours.

Cependant, l'amalgame entre biens et services persiste et rend la loi difficile à comprendre et à appliquer. Il faut, en effet comprendre réalisation du service lorsque le législateur utilise l'expression erronée « *livraison du service* ».

De plus, qu'en est-il des biens ? est-ce que le législateur les englobe dans le terme « *services* » ou bien les exclue-t-il de l'application de cette exception ?

Ensuite, l'acheteur ne peut pas se rétracter s'il reçoit des produits confectionnés selon des caractéristiques personnalisés ou des produits qui ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles d'être détériorés ou périmés à cause de l'expiration des délais de validité.

Il en est ainsi de l'achat des journaux et de magazines.

Enfin, lorsque le consommateur descelle les enregistrements audio ou vidéo ou les logiciels informatiques livrés ou téléchargés. Cette exception trouve sa justification dans la facilité de les reproduire.

Ces trois dernières exceptions sont reprises, à la lettre près, de l'article 6.3 de la Directive qui se distingue par deux autres exceptions.

Il s'agit d'une part de la fourniture de biens ou services dont le prix est fonction des fluctuations des taux du marché financier, et que le fournisseur n'est pas en état de les contrôler et d'autre part des services de paris et de jeux.

Bien que la pratique des jeux et des paris soit sévèrement contrôlée en Tunisie, la loi aurait pu prévoir cette exception puisque les paris sur les courses hippiques et les rencontres sportives (Promosport) sont techniquement possibles sur Internet.

La loi a omis d'autres exceptions. Il pourrait être dangereux d'appliquer cette loi aux services financiers, à la vente d'immeubles et aux ventes aux enchères.

Les contrats portant sur les services et produits ci-dessus sont à juste titre exclus du champ d'application de la Directive du 4 juin 1997.

De plus, la Directive exclue de son champ d'application d'autres contrats. En effet, « *l'article 6 ne s'applique pas aux contrats de fourniture de services d'hébergement, de transports, de restauration, de loisirs, lorsque le fournisseur s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée* ».

Le droit des transport et de l'hôtellerie ont leur droit spécifique eu Europe et ne peuvent être assimilés aux autres contrats à distance. De plus en plus d'hôtels et de tour operators tunisiens s'ouvrent au commerce électronique et des annulations intempestives de voyageurs causerait un trouble certain.

Mais, la protection du consommateur demeurerait incomplète et inefficace si elle ne couvre pas toute la sphère contractuelle. C'est la raison pour laquelle le législateur semble l'avoir étendue également à la phase de l'exécution du contrat.

## II- LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT

La protection du consommateur ne peut être efficacement assurée que si l'exécution du contrat est entourée de garanties de sécurité et de loyauté. Il ressort des articles 26, 31, 34 et 37 de la loi du 9 août 2000 que le législateur a entouré le consommateur d'une double garantie : la bonne exécution du contrat d'une part, et de l'autre la sécurité de la transaction.

### A – La bonne exécution du contrat

Une bonne exécution du contrat suppose de la part du vendeur la livraison effective du produit commandé et le respect du délai convenu.

#### 1/ La livraison du produit commandé

L'article 26 de la dite loi dispose : *« Il est interdit au vendeur de délivrer un produit non commandé par le consommateur lorsqu'il est assorti d'une demande de paiement.*

*En cas de délivrance d'un produit non commandé par le consommateur, celui-ci ne peut être sollicité pour le paiement de son prix ou du coût de sa livraison ».* Tandis que l'article 31 ajoute que : *« Nonobstant la réparation du préjudice au profit du consommateur, ce dernier peut restituer le produit en l'état s'il n'est pas conforme à la commande ou si le vendeur n'a pas respecté les délais de livraison et ce, dans un délai de dix jours ouvrables courant à compter de la date de livraison.*

*Dans ce cas, le vendeur doit rembourser la somme payée et les dépenses y afférentes au consommateur dans un délai de dix jours ouvrables à compter de la date de restitution du produit »*

Il apparaît de ces dispositions que le vendeur assume dans son rapport avec le consommateur deux obligations : celle de ne pas délivrer un produit non commandé et l'obligation de conformité.

En ce qui concerne la première, l'article 26 énonce une obligation de non sollicitation du consommateur. Il s'agit ici de démarcher le consommateur pour pouvoir profiter de sa négligence ou de son ignorance. Elle est sanctionnée par le non paiement du produit. Le législateur ne précise pas si cette sanction est en réalité la transformation du contrat en une pure donation ou si le solliciteur « vendeur » peut récupérer sa marchandise livrée sans commande préalable. Aucune sanction n'est prévue dans le Chapitre VII de la loi.

Il y a lieu de préciser que l'article 26 ne vise pas le démarchage à domicile tel que défini par la loi française<sup>40</sup>. On sait qu'une pratique assez répandue consiste à envoyer un produit au domicile de l'acheteur potentiel sans que celui-ci ne passe commande et lui réclamer ensuite le prix du produit. Il s'agit donc d'un envoi forcé.

La loi tunisienne envisage à juste titre dans son article 26 cette possibilité et l'interdit. En effet, le vendeur n'a pas le droit de délivrer un produit non commandé par le consommateur et lui réclamer par la suite le paiement de ce produit.

En outre, si l'opération réprimée a été effectuée et le produit, livré sans commande, s'est trouvé sous la garde du consommateur, le vendeur ne pourra pas lui demander le remboursement des frais de transport.

Face à la sollicitation du consommateur sans demande préalable, les ordres juridiques européen et anglo-saxon proposent deux solutions différentes.

Cette pratique est, bien entendu, réprimée par le droit européen. L'article 9 de la Directive du 20 Mai 1997, intitulé « *fourniture non demandée* » dispose : « *Les Etats-membres prennent les mesures nécessaires pour :*

- *interdire la fourniture de biens ou de services à un consommateur sans commande préalable de celui-ci, lorsque cette fourniture comporte une demande de paiement,*
- *dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement ».*

L'article 9 de directive de 1997 considère que l'absence d'une réponse du consommateur face à une telle sollicitation ne peut pas valoir consentement.

Cette pratique, qualifiée par la directive « d'envois forcés, est prohibée et la livraison d'un produit non commandé dispense le consommateur de toute contre-prestation.

L'article 26 est par conséquent largement inspiré par cette Directive ; mais celle-ci a le mérite d'aller plus loin que la loi tunisienne en déterminant le fondement juridique de la disposition et en précisant que l'absence de réponse de la part de l'acheteur ne vaut pas consentement.

La seconde solution, celle du droit anglo-saxon, est allée encore plus loin. Elle considère une telle démarche comme une libéralité. Les produits et services non

---

<sup>40</sup> Le Code de la consommation français définit le démarchage. En effet, l'article L. 121-21 affirme que le démarchage consiste en la sollicitation d'une personne « afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services ».

demandés seront en effet analysées comme des libéralités dans un délai de six mois à partir de la date de leur réception si l'envoyeur n'a pas repris leur possession ou dans un délai de 30 jours si le consommateur notifie au vendeur que les biens envoyés sont une « offense » ; « *The unsolicited supply of Goods and Services... Consumers can treat such goods as unconditional gifts once six months have expired from receipt without their unreasonably refusing the sender the right to take possession of them or once 30 days have passed since the seller was served with a notice stating that the goods are an offence* »

Sans vouloir porter un jugement de valeur sur l'un ou l'autre des systèmes, quoique le droit anglais semble proposer une solution pratique, pragmatique et protectrice, il est plausible de revenir aux règles de droit commun pour résoudre cette problématique.

Le consommateur pourrait être dispensé de toute contre-prestation en cas d'envoi forcé ou de fourniture non demandée, en s'appuyant sur les principes du droit des obligations.

On pourrait tout d'abord considérer l'envoi de biens à un consommateur comme une offre. Ce dernier gardant le silence n'émet pas d'acceptation.

Il est évident que l'acceptation suppose une volonté réelle et certaine dont le silence n'apporte pas la preuve. Le silence ne peut pas valoir acceptation, qui ne dit mot ne consent pas<sup>41</sup>.

Néanmoins on pourrait rétorquer l'offre faite dans l'intérêt exclusif de l'acceptant peut le dispenser de l'acceptation<sup>42</sup>. Dans ce cas, Il faut supposer non seulement que le consommateur n'a rien dit ni rien écrit, mais qu'il a observé une attitude entièrement passive<sup>43</sup>. L'acceptation est donc réelle et un contrat est formé. Or, pour que l'offre soit dans l'intérêt exclusif du consommateur, ce contrat ne peut être qu'une donation. Dans ce cas, le bien passe dans le patrimoine du consommateur et professionnel ne dispose d'aucun recours.

Une autre approche est possible. Le consommateur, n'ayant pas passé commande du bien, aucun contrat n'a été formé. Il n'est donc pas tenu par un contrat conclu avec le professionnel et n'est donc pas dans l'obligation de payer le prix. Cependant, cette approche présente l'inconvénient majeur de négliger le sort du produit livré au consommateur .ce dernier pourrait-il se l'approprier indûment.

Il aura alors la possession d'un bien meuble, ce qui fait de lui un propriétaire. Le professionnel n'aura contre lui que l'action en revendication de droit commun

---

<sup>41</sup> Principe affirmé par la Cour de cassation française dans un arrêt de principe Civ. 25 mai 1870, D. 1870. 1. 257.

<sup>42</sup> Req. 29 mars 1938, D. 1939. 1. 5, note Voirin.

<sup>43</sup> Flour et Aubert, Les obligations, l'acte juridique, Armand Collin, 10<sup>e</sup> éd. 2002, p. 104.

contre le possesseur de mauvaise foi, car le consommateur connaît le véritable propriétaire des biens meubles.

Ce raisonnement conduit à l'affirmation qu'il n'y a point de contrat.

D'autres actions dont le professionnel pourrait disposer sont envisageables. Il s'agit de l'action de *in rem verso* et de l'action en répétition de l'indu.

L'action de *in rem verso* d'une part est prévue par l'article 71 du COC selon lequel celui qui a reçu ou se trouve posséder une chose, ou autre valeur appartenant à autrui, sans une cause qui justifie cet enrichissement, est tenu de la restituer à celui aux dépens duquel il s'est enrichi sans cause au détriment du commerçant qui s'appauvrit.

Le professionnel dont le patrimoine s'est appauvri peut se fonder sur l'action *de in rem verso* pour réclamer au consommateur, qui s'est enrichi, la restitution de la chose livrée sans commande préalable à condition de prouver la corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement.

D'autre part, l'article 80 du COC pourrait constituer un fondement valable à l'action du professionnel contre le consommateur. Ce texte dispose en effet que celui qui s'est indûment enrichi au préjudice d'autrui est tenu de lui restituer identiquement ce qu'il a reçu. En revanche, si le consommateur, réputé être de bonne foi a cédé la chose qui lui a été livrée, il n'est tenu qu'à restituer le prix de vente<sup>44</sup>.

Quant aux sanctions de cette pratique, aucun texte spécial dans le chapitre VII de la loi ne vise expressément l'article 26.

Pourtant, l'article 49 de la loi sanctionne d'une amende comprise entre 500 et 5000 dinars le non respect des dispositions des articles 25, 27, 29, 31 alinéa 2, 34 et 35 alinéa 1.

Or, nous pouvons trouver dans la disposition de l'article 50 une sanction possible au démarchage non autorisé du consommateur. Ce texte prévoit en effet une amende de 1.000 à 20.000 dinars en cas d'abus de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur dans les transactions électroniques.

Dans ce cas, il est possible d'avancer que ce texte punit tout commerçant ayant reçu paiement de la part du consommateur suite à une sollicitation sans demande préalable ou à un envoi forcé.

La Directive européenne ne prévoit pas de sanctions uniformes à tous les Etats européens mais recommande aux Etats membres d'en prévoir.

A titre d'exemple, le droit français sanctionne pénalement et civilement cette pratique.

---

<sup>44</sup> L'article 81 du COC : « Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il n'est tenu qu'à restituer le prix de vente ou à céder les actions qu'il a contre l'acheteur, s'il était encore de bonne foi au moment de la vente ».

La sanction pénale est prévue par l'article R. 635-2 du nouveau Code pénal. Elle consiste en une contravention

Sur plan civil, l'article L. 122-3 du Code de la consommation indique que toute somme indûment perçue par un professionnel sans engagement exprès et préalable du consommateur est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié à compter de la demande de remboursement faite par le consommateur.

En ce qui concerne l'obligation de conformité qui pèse sur le vendeur, outre l'obligation de droit commun qui pèse sur tout vendeur, l'article 31 de la loi précise que *« nonobstant la réparation du préjudice au profit du consommateur, ce dernier peut restituer le produit en l'état s'il n'est pas conforme à la commande ou si le vendeur n'a pas respecté les délais de livraison et ce, dans un délai de 10 jours ouvrables à compter de la date de livraison.*

*Dans ce cas, le vendeur doit rembourser la somme payée et les dépenses y afférentes au consommateur dans un délai de 10 jours ouvrables à compter de la date de restitution du produit ».*

Le consommateur peut donc prétendre à des dommages et intérêts en cas d'absence de livraison, de retard de livraison ou de non conformité du produit.

Il peut en outre effectuer un choix, soit garder le produit, soit le restituer.

L'article 31 prévoit également la sanction au non respect du délai de livraison.

## 2/ Le respect du délai de livraison

Outre le délai de rétractation, le législateur fixe un autre délai de 10 jours. Il s'agit cette fois-ci pour le vendeur de rembourser le consommateur des sommes qu'il a précédemment avancées, avant d'exercer sa faculté de rétractation<sup>45</sup>.

Le consommateur n'aura, à sa charge, que les frais de retour des marchandises.

Le législateur reprend ainsi les dispositions de l'article 6.2 de la Directive du 20 mai 1997, à l'exception du délai.

Ce délai ne commence à courir qu'à compter de la date de retour des marchandises ou de la date de renonciation au service.

Reste que la loi ne prévoit pas le cas dans lequel le service a déjà été réalisé et que le consommateur n'a pas été pleinement satisfait.

Dans ce cas, le droit commun trouvera une pleine application.

Par ailleurs, l'article 31 de la loi prévoit deux cas dans lesquels le vendeur va supporter tous les frais de l'exercice de la faculté de rétractation, y compris les frais de retour. D'une part, si le produit n'est pas conforme à la commande et de l'autre, s'il n'a pas respecté les délais de livraison.

---

<sup>45</sup> La Directive Européenne du 20 mai 1997 sur la vente à distance porte ce délai à 30 jours. L'article 6.2 in fine dispose que ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours.

L'exercice de ce droit n'exclut pas l'introduction d'une action en responsabilité civile du vendeur.

Ce texte se distingue par sa rigueur ; il n'a pas de semblable dans la Directive communautaire.

Le vendeur dispose, néanmoins, de toutes les actions légales que lui offre la loi contre les tiers si le retard de livraison ne lui est pas imputable.

L'article 49 de la loi sanctionne le non respect du second alinéa de l'article 31 par une amende comprise entre 500 et 5000 dinars.

La bonne exécution du contrat n'est effective que dans la mesure où la loi garantit les moyens de sécurisation des transactions.

## **B – La sécurité de la transaction**

La sécurité de la transaction englobe tant le paiement du prix que la preuve du contrat.

### 1- Le paiement du prix

Une fois le contrat de commerce électronique conclu et le produit commandé, le vendeur doit recouvrer le prix de l'opération.

Il n'est pas contesté que le développement du commerce électronique passe par l'efficacité, la rapidité et la sécurité des moyens de paiement.

En l'état actuel des technologies, quatre moyens de paiement électronique sont possibles.

D'abord, le télé-virement, il consiste en l'émission par le débiteur d'un ordre de virement au moyen d'un terminal connecté au réseau bancaire.

Ensuite, le paiement par carte de crédit. C'est le moyen le plus utilisé en pratique, le plus simple et le plus adéquat. Il n'en demeure pas moins que ce n'est pas le moyen le plus sûr.

De plus, les porte-monnaie électronique et virtuel permettant de générer un ordre de paiement sur le réseau. Ils ont vocation à traiter uniquement des petites sommes car leur utilisation est liée à un pré-paiement.

Enfin, la monnaie électronique, elle diffère du porte-monnaie électronique par l'absence d'une opération de crédit-débit d'un compte bancaire ; le paiement s'effectue sans l'intermédiaire d'un établissement de crédit ou tout autre établissement crédité<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Michel Espagnon, Le paiement d'une somme d'argent sur internet : évolution ou révolution du droit des moyens de paiement ?, JCP éd. G., n° 16-17, 21 avril 1999, p. 787.

En Tunisie, une très bonne expérience de monnaie électronique a vu le jour. Il s'agit du e-dinar.

Bien que l'idée et l'effort de sécurisation sont fort louables, le e-dinar n'est pas entré dans les mœurs des consommateurs tunisiens et son utilisation, malgré son utilité et la sécurité qu'il offre, demeure très limitée.

L'article 37 de la loi précise que le paiement des marchandises achetées sur internet est soumis à la législation et à la réglementation en vigueur.

En plus de ce régime de droit commun, la loi prévoit certaines dispositions spéciales.

Il est en effet indiqué que le titulaire du moyen de paiement, en l'occurrence, le consommateur, a l'obligation de notifier à l'émetteur, son banquier, la perte, le vol ou l'utilisation frauduleuse du moyen.

Cette obligation trouve sa source dans la législation applicable aux moyens de paiement traditionnels comme le chèque ou les cartes de crédit.

De plus, sauf cas de fraude, le consommateur assume jusqu'à la notification les conséquences de la perte, du vol et de l'utilisation frauduleuse du moyen de paiement.

Il est cependant dégagé de toute responsabilité après la notification.

Enfin, la loi dispose que l'utilisation du moyen de paiement électronique, sans présentation du moyen et identification par voie électronique, n'engage pas son titulaire.

Il n'est pas fait référence dans la loi à la façon de notifier la perte, le vol ou l'utilisation frauduleuse du moyen de paiement.

Il convient de s'interroger si, en pratique, une opposition téléphonique à une carte de crédit volée suffit ou bien doit-elle être suivie par une lettre recommandée ?

Il nous semble que lorsqu'un cas de fraude à une carte de crédit se produit sur internet, le consommateur devra effectuer les démarches que son contrat passé avec son établissement de crédit stipule. Le droit bancaire est applicable malgré l'immatérialité des opérations.

Quant au droit européen, l'article 8 de la Directive du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs dans les contrats négociés à distance impose, s'agissant du paiement par carte, que les Etats signataires prennent les mesures appropriées pour que le consommateur puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de carte de paiement et si l'utilisation frauduleuse a eu lieu, recréditer les sommes versés en paiement ou se les voir restituer.

La loi tunisienne ne va pas ainsi aussi loin dans le protectionnisme que la directive européenne. Elle ne prévoit pas de dispositions qui peuvent permettre

au consommateur de recouvrir les sommes frauduleusement encaissées à son insu. Elle ne prévoit que des dispositions qui restent superficielles pour régler les questions de la responsabilité du titulaire et celle de l'émetteur du moyen de paiement.

Néanmoins, le texte de proposition de Directive<sup>47</sup> était encore plus protecteur que le texte finalisé. Il prévoyait que toute mise en cause par le titulaire d'une carte de paiement de la validité d'une opération dans laquelle le numéro de la carte a été relevé sans que le moyen de paiement ait été présenté ou identifié électroniquement entraîne son annulation. Le compte de l'émetteur est alors débité et celui du titulaire est recrediter.

La Directive semble aujourd'hui, selon le professeur Huet, bien faire peser la charge de la preuve de la fraude sur le titulaire de la carte<sup>48</sup>.

Quid de la qualification juridique du paiement électronique ?

Le professeur Jérôme Huet affirme que le paiement électronique n'est pas autre chose qu'un ordre de paiement à distance, réalisé par terminal interposé, avec au besoin une carte associée.

Il ajoute qu'il n'est rien d'autre, juridiquement, qu'un ordre de virement comme l'opération de paiement par carte. Le transfert électronique de fond qui en résulte est un mouvement d'écritures de compte à compte<sup>49</sup>.

C'est ce que le professeur Michel Vasseur a fort justement appelé la monnaie scripturale gérée électroniquement<sup>50</sup>.

L'ordre de paiement émis par le titulaire du moyen de paiement n'est autre qu'un mandat donné par ce dernier à son banquier pour verser une certaine somme à un commerçant.

Le contrat de mandat étant dépourvu de tout formalisme, l'ordre donné peut être par tout moyen. Le paiement électronique est donc valable<sup>51</sup> et le paiement électronique a un caractère irrévocable.

En effet, le caractère d'irrévocabilité de l'ordre de paiement s'oppose à ce que le consommateur qui reçoit un bien non conforme ou dont le contrat n'est pas exécuté en totalité, puisse faire opposition au paiement<sup>52</sup>. En revanche, le droit américain permet cette opposition pour motifs légitimes prédéfinis liés à l'exécution du contrat commercial<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> Proposition de directive sur la protection des consommateurs dans les contrats négociés à distance, version du 21 mai 1992, article 12.

<sup>48</sup> Jérôme Huet, Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale, Les petites affiches, 26 septembre 1997, n° 116, p. 6.

<sup>49</sup> Jérôme Huet, op. Cit.

<sup>50</sup> Michel Vasseur, La monnaie électronique, JCP 1985, II, 3206.

<sup>51</sup> Jérôme Huet, op. cit., p. 16.

<sup>52</sup> Michel Espagnon, L'ordre de paiement émis sur internet, Revue de droit bancaire et de la bourse, Janvier février 1999, p. 7.

<sup>53</sup> M. Vasseur et G. Cornu, Le droit applicable et la solution des litiges en matière de cartes de crédit, Mélanges J. Pardon, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 549.

Pour être davantage sécurisé, le consommateur semble être dispensé de toute preuve.

## 2- La preuve de l'engagement contractuel

L'article 36 de la loi dispose : « *Le vendeur doit prouver l'existence de l'information préalable, la confirmation des informations, le respect des délais et le consentement du consommateur.*

*Tout accord contraire est considéré nul et non avenu »*

A prime abord, ce régime de responsabilité paraît sévère puisque la preuve de tous ces éléments cités dans la loi est difficile et notamment la preuve du consentement du consommateur.

Au surplus, si une de ces quatre composantes de l'article 36 vient à manquer, le vendeur ne pourra pas dégager sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commise de faute.

L'article 36 déroge donc aux dispositions du Code des obligations et des contrats tunisien en instaurant un régime dérogatoire de responsabilité ; une responsabilité sans faute. Cette responsabilité bénéficie au consommateur.

Dans la mesure où l'on considère que le consommateur ne maîtrise pas l'utilisation des nouvelles technologies, il convient pour la loi de poser une obligation de preuve à la charge du vendeur<sup>54</sup>.

Néanmoins, la preuve de ces éléments reste primordiale pour déterminer le moment et le lieu de formation du contrat électronique.

Force est d'avancer que nous nous trouvons ici dans un contexte plus psychologique que juridique.

Dans l'état actuel de la technique et du droit, l'assistance d'un tiers certificateur pour assurer la traçabilité de la transaction d'une part, et la sauvegarde et l'archivage des données d'autre part, semble être la seule solution envisageable pour les parties au contrat électronique en vue d'avoir une sécurité maximale de leur transactions<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Arnaud Boudier, Internet pour les juristes : un nouvel Eldorado ou le désert des Tartares ?, DIT 1998/4, p. 65.

<sup>55</sup> Arnaud Boudier, op. cit., p. 66.

## Conclusion

En matière de protection des consommateurs dans les transactions électroniques, la doctrine française semble partagée entre deux courants.

D'un côté les auteurs consuméristes, partisans d'une protection maximale du consommateur, considéré en tant que partie faible au contrat <sup>56</sup>.

D'autre part, des auteurs préconisant des solutions plus équilibrées dans les relations contractuelles entre le consommateur et le professionnel <sup>57</sup>.

Le premier courant de pensée semble, à notre sens, proposer les solutions les plus équitables tant le rapport des forces en présence semble déséquilibré en pratique.

Il faut ensuite garder à l'esprit que la France est le premier pays à avoir fait du commerce électronique et que la doctrine française paraît disposer de l'expérience et de la réflexion nécessaires.

L'évolution du commerce électronique en Tunisie est en revanche encore très lente et le nombre des sites offrant des produits et des services sur internet est encore limité<sup>58</sup>. Cependant, ce nombre ne cesse de croître et les entreprises sont de plus en plus intéressées par le phénomène internet. Certaines banques sont prêtes à encourager des jeunes entrepreneurs désireux de créer des sites commerçants et qui se heurtent au coût élevé de l'opération.

Mais cette expansion serait impossible si la clarté et la sécurité juridique ne sont pas assurées.

C'était donc l'objectif de la loi du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique.

La loi du 9 août est une bonne loi, une loi jeune. Ses rédacteurs ont fait un effort louable pour concilier l'intérêt des consommateurs et des professionnels avec l'impératif de sécurité.

Reste à penser à encadrer d'autres domaines que la loi a négligés et notamment la responsabilité des acteurs de l'internet, le respect de la vie privée, le respect des droits de propriété intellectuelle et industrielle et la protection des mineurs contre les contenus illicites.

---

<sup>56</sup> Notamment Jérôme Huet dont la littérature dans ce domaine est abondante. Parmi ses nombreuses parutions, voir en particulier :

- La problématique du commerce électronique au regard du projet de Directive communautaire du 23 décembre 1998, Communication commerce électronique, 01-1999, p. 9.
- Eléments de réflexion sur le droit de la consommation, Les petites affiches, n° 223, 8.11.2001, p. 4.
- Aspects juridiques du commerce électronique, op. cit.

<sup>57</sup> Notamment Michel Vivant, Business to Consumer B to C, loi applicable et juge compétent, LEGICOM, n° 21, 1.1.2000, p. 95.

<sup>58</sup> A titre de comparaison, en France, déjà en 1996, 17% des utilisateurs de l'internet ont déjà réalisé une opération de commerce électronique pour un montant moyen de 1630 francs. Source : Quand Médiangles s'empêtre dans le comptage des internautes français, Planète Internet, n°9, juin 1996, p. 13.

En Tunisie, à ce jour, on est encore loin de ces chiffres.

Enfin, il est sans contexte que des problématiques relatives à la fiscalité, au droit applicable, au tribunal compétant peuvent surgir dans un avenir proche. Ces problématiques devront être envisagées et des réponses devront être trouvées.

Chiheb Ghazouani

cg@c-ghazouani.com