

LE COMMERCE ELECTRONIQUE

Introduction:

Le caractère particulier du commerce électronique ainsi que le développement rapide des échanges à travers le réseau informatique ont bouleversé le régime juridique des contrats, un grand nombre de problématiques d'ordre juridique et fiscal a vu le jour. Certains principes doivent être éclairés et expliqués.

Plusieurs définitions sont proposées, retenons celles-ci :

1*Définition large:

On appelle « Commerce électronique » l'utilisation d'un média électronique pour la réalisation de transactions commerciales.

Le client effectuant des achats sur internet est appelé cyberconsommateur. Le commerce électronique ne se limite pas à la seule vente en ligne, mais englobe également :

- La réalisation de devis en ligne
- Le conseil aux utilisateurs
- La mise à disposition d'un catalogue électronique
- Un plan d'accès aux points de vente
- La gestion en temps réel de la disponibilité des produits (stocks)
- Le paiement en ligne
- Le suivi de la livraison
- Le service après-vente

2*Le commerce électronique permet sous une forme électronique et grâce à une communication à distance interactive, la conclusion en ligne d'un contrat de vente de bien ou de prestation de services, mais également leur livraison (ou téléchargement) et leur exécution après paiement du prix convenu.

De ce fait il est assimilable à la vente par correspondance électronique qui désigne « toute technique permettant au consommateur, hors des lieux habituels de réception de la clientèle, de commander un produit ou de demander la réalisation d'un service » (article 14 de l'arrêté Français du 3 décembre 1987)

Ainsi, quand un contrat est conclu sur le réseau d'Internet entre un professionnel (personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale) et un consommateur (toute personne physique autre qu'un professionnel), le droit très protecteur du Droit de la consommation a vocation à s'appliquer, tout comme la Loi des Droits de consommation du 02/06/1988 (voir de même la Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 publiée au JOCE du 17/07/2000 L.178).

3* Une autre définition légale celle de la loi n° 2000-83 du 9 août 2000 relative au commerce et aux échanges électroniques qui définit le commerce électronique comme l'ensemble des opérations commerciales qui s'effectuent à travers les échanges électroniques.

Dans toutes ces définitions, le concept du commerce électronique présente nécessairement les trois traits suivants :

-Echange à finalité commerciale.

-Multiplicité de la nature de l'échange .

-Utilisation des technologies de l'information et notamment de la technologie Internet. (Voir en ce sens Le commerce électronique obstacles et perspectives cas de la Tunisie: AYADI Ahmed et BOUABDALLAH Abdelkarim. Maitrise en sciences comptables-I.S.G Tunis. P:6).

Le commerce électronique couvre donc tous les échanges de biens et de services entre deux ou plusieurs intervenants (consommateurs et entreprises) à travers un média électronique, y compris l'Internet. (Voir en ce sens Le commerce électronique obstacles et perspectives cas de la Tunisie: AYADI Ahmed et BOUABDALLAH Abdelkarim. ibidem).

Mais une définition même exhaustive ne peut cerner le régime juridique relatif aux opérations du commerce électronique, une étude englobant la naissance du contrat de commerce électronique (1^{ère} partie), les effets de ce contrat (2^{ème} partie), les règles de conflit s'impose (3^{ème} partie) ainsi que les problèmes d'ordre fiscal suscités par le commerce électronique (4^{ème} Partie).

Partie I : La naissance du contrat de commerce électronique

Comme chaque contrat qui se veut valable des conditions de fond et de forme doivent se réunir (section 1) sous peine de sanctions (section2).

Section 1 : Les conditions de fond et de forme du contrat de commerce électronique

Paragraphe 1 : Les conditions de fond du contrat de commerce électronique

Comme pour toute convention celle conclue sur le web doit satisfaire aux exigences de l'article 2 C.O.C, à savoir :

- le consentement de la partie qui s'oblige
- la capacité de contracter (un mineur non émancipé ne peut contracter sous peine de nullité)
- un objet certain
- une cause licite

Le consentement :

Le consentement est l'une des conditions essentielles de validité du contrat.

Dans le commerce électronique la manifestation de la volonté est automatique, dans le sens que l'ordre de commande ou son acceptation peut être transmis automatiquement sans qu'une personne physique confirme à chaque fois manuellement la volonté d'être lié contractuellement en visualisant les commandes à l'écran.

Avant de conclure un contrat le vendeur doit permettre au consommateur de récapituler l'ensemble de ses choix (Art 27 de la loi 2000-00083) cela ne serait possible que si le vendeur met à la disposition du consommateur les informations relatives à l'identité du vendeur, les caractéristiques, le prix du produit, les modalités de paiement, la rétractation, le mode de confirmation, les conditions de résiliation... (Art 25 loi 2000-00083).

Tout le problème réside donc, en cas de contestation d'une commande, à rapporter la preuve que le consentement s'est réalisé lors de la formation du contrat.

En droit tunisien les moyens de preuves sont énoncés par l'article 427 du code des obligations et des contrats, parmi ces preuves il y'a les « preuves littérales ou écrites ».

Selon l'article 1 de la loi n° : 2000-83 du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique ce qui suit : « 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 ».

A cet article on ajoutera que le législateur a considéré le document électronique comme étant un écrit d'où la possibilité d'apporter la preuve non seulement de l'existence du consentement mais aussi de la convention elle-même(art 453 bis du COC).

Mais à qui incombe la preuve?

C'est au vendeur d'apporter la preuve de «l'existence de l'information préalable, la confirmation des informations, le respect des délais et le consentement du consommateur »(Art 36 loi 2000-00083). Cette règle de preuve fait non seulement exception au principe mais se veut absolue, aucun accord contraire n'est accepté, il est frappé de nullité (même article in fine).

Selon l'article 28 Loi 2000-83 le contrat est conclu à la date de l'acceptation du vendeur par un document signé et adressé au consommateur. Cette règle est dite supplétive de volonté puisqu'il est dit «sauf accord contraire »les parties peuvent convenir autrement.

Le consommateur peut revenir sur son consentement pendant un certain délai.

Ce droit de rétractation est donné au consommateur puisqu'il acquiert un bien pour son usage personnel ou familial, il se distingue du professionnel qui acquiert pour des besoins de son activité commerciale ou industrielle.

Le droit de rétractation est conditionné:

– Par un délai qui est de dix jours ouvrables à compter de la réception de la marchandise ou de la conclusion du contrat s'il s'agit d'une prestation de services.

– Par une notification adressée au vendeur faite par tout moyen prévu au contrat.

Ce droit est appliqué sous réserve des dispositions de l'article 25, puisque cet article met une obligation incombant au vendeur qui mettra à la disposition du consommateur les informations utiles relatives à « la possibilité de rétractation et son délai ». Mais ces informations telles que édictées suffisent-elles à éclairer ? L'article 25 a-t-il fait allusion aux moyens de notification?

Rien n'a été dit. Tout moyen laissant une trace devra être accepté à titre de preuve.

L'article 121-16 du code de consommation Français dispose que « Pour toutes les opérations de vente 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 de ce produit au vendeur, pour échange ou remboursement.

Si ce délai expire normalement un samedi, un dimanche, ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au 1er jour ouvrable suivant. «

En outre le consommateur n'a pas à fournir les motifs du retour. A titre de précaution, il est conseillé de retourner le produit en recommandé.

Les effets de la rétractation sont principalement le remboursement du montant payé, les frais de retour seront déduits du montant puisque le consommateur les supportera. Le remboursement s'effectue dans les mêmes délais (10 Jours) ouvrables de « la date du retour des marchandises ou la renonciation au service »(art 30 Loi 2000-83)

Mais le droit de rétractation est exclu dans 2 cas :

1. S'il s'agit d'une prestation de service conclue à distance et dont l'exécution a commencé avant la fin des dix jours avec l'accord du consommateur.

S'il reçoit des produits confectionnés selon des caractéristiques personnalisés ou des produits qui ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de détérioration ou peuvent périmer à cause de l'expiration des délais de validité.(art 32 loi 2000-83).

Si le consommateur descelle les enregistrements audio ou vidéo ou les logiciels informatiques.(art 32 loi 2000-83).

S'il s'agit de journaux ou magazines achetés.(art 32 loi 2000-83).

1. S'il s'agit non pas d'un consommateur mais d'un professionnel ayant le bien pour son activité commerciale ou industrielle.

Le refus du vendeur de changer ou de rembourser un produit retourné par l'acheteur est puni des peines prévues à l'article 49 de la loi 2000-83 (une amende de 500 à 5000 dinars).

Cependant si la règle du « satisfait ou remboursé » dans le délai de 30 jours est parfaitement reconnue en France ou aux Etats-Unis, elle ne l'est pas dans tous les Etats tel qu'en Tunisie.

La capacité :

L'identification du cocontractant pose problème. Le réseau Internet est un réseau ouvert, l'accès est libre pour tous ce qui explique le nombre très important d'internautes qui surfent sur le web. De part sa nature l'identification des parties au contrat est primordiale dans la formation d'une relation contractuelle. En effet, en utilisant le réseau internet l'identification du cocontractant n'est pas aisée.

La capacité juridique est l'une des conditions de validité du contrat, si un incapable tel qu'un enfant s'amuse de contracter l'intégrité du commerce électronique va être touchée et le contrat sera frappé de nullité.

Le contractant doit jouir d'une certaine capacité : le pouvoir de contracter. En effet, une secrétaire n'est pas habilitée d'accepter une offre d'achat pour le compte de la société. D'ailleurs pour une personne morale le contractant doit être désigné par les associés ou les actionnaires et avoir la capacité légale requise.

Enfin l'avantage de connaître son cocontractant réside dans le fait qu'on peut avoir une idée sur la situation économique en termes de solvabilité du partenaire.

L'objet du contrat :

La chose:

L'opération du commerce électronique doit porter sur des « choses, des faits et des droits incorporels qui sont dans le commerce »(art 62 C.O.C). Toute chose n'ayant pas été interdite est dans le commerce (voir en ce sens l'art 62-2 COC).

Citons comme exemple de choses prohibées les choses inexistantes (fruits en germe) ou dont l'existence est aléatoire (le produit à naître d'un animal)ou encore les choses déclarées impures par la religion entre les musulmans.(voir les art 574 et 575 COC).

Selon l'art 63 C.O.C la chose formant l'objet doit être déterminée quant à son espèce au moins, la quotité peut être déterminée par la suite. La Loi 2000-83 en fait exception puisqu'il est exigé de déterminer « la nature, les caractéristiques et le prix du produit » à l'art 25.

L'obligation ayant pour objet une chose ou un fait impossible (légalement ou effectivement) est nulle. Le contractant qui a su ou devait savoir à la date de conclusion que la prestation serait impossible est tenu de réparer le dommage causé à l'autre partie selon l'art 65 C.O.C.

Le prix:

Le prix doit être déterminé .Mais peut-il être déterminable ?

Selon l'art 579 C.O.C la détermination du prix peut être faite ultérieurement mais cette possibilité est interdite si on se réfère à l'art 25 de la Loi 2000-83 qui exige que le vendeur fournisse « de manière claire et compréhensible...le prix du produit ».

La cause:

Tout contrat doit avoir une cause, celle-ci ne peut être illicite.

L'art 67C.O.C a défini la cause illicite comme étant contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi.

Paragraphe 2 : Les conditions de forme du contrat de commerce électronique

« Avant la conclusion du contrat, le vendeur est tenu lors des transactions commerciales électroniques de fournir au consommateur de manière claire et compréhensible les informations suivantes :

- L'identité, l'adresse et le téléphone du vendeur ou du prestataire des services,
- Une description complète des différentes étapes d'exécution de la transaction,
- La nature, les caractéristiques et le prix du produit,
- Le coût de livraison, les tarifs d'assurance du produit et les taxes exigées,
- La durée de l'offre du produit au prix fixé,
- Les conditions de garanties commerciales et du service après-vente,
- Les modalités et les procédures de paiement et, le cas échéant les conditions de crédit proposées,
- Les modalités et les délais de livraison, l'exécution du contrat et les résultats de l'inexécution des engagements.
- La possibilité de rétractation et son délai,
- Le mode de confirmation de la commande,
- Le mode de retour du produit d'échange ou de remboursement,
- Le coût d'utilisation des moyens de télécommunication lorsqu'ils sont calculés sur une autre base que les tarifs en vigueur,
- Les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est conclu à durée indéterminée ou à une durée supérieure à un an,
- La durée minimale du contrat, pour les contrats portant sur la fourniture à long terme ou périodiquement, d'un produit ou d'un service » article 25 Loi 2000-83.

Certaines entreprises préfèrent utiliser des méthodes plus classiques comme (le fax, le courrier ou même les rencontres) pour conclure ! Mais quel est l'intérêt de la méthode électronique si on doit passer outre l'outil informatique ?

M. O. Iteanu a affirmé « qu'il ne s'aurait y avoir contrat sans la mise en relation d'au moins deux personnes disposants chacun d'une personnalité juridique. Le commerce électronique est une mécanique qui s'exprime par l'intermédiaire de système d'information. La personne physique ou morale est juridiquement omni présente » (O. Iteanu, 1996)

La Directive Européenne 2000/31/CE (publié au JOCE du 17/07/2000) impose au professionnel de fournir un certain nombre d'informations nécessaire à la sécurité du consommateur.

Le commerçant doit fournir (Article 5 Directive) :

- le nom de l'entreprise
- le n° de téléphone et l'adresse du siège
- l'adresse du courrier électronique
- le n° d'immatriculation du prestataire inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire
- Il doit indiquer de manière claire et non ambiguë :
- le prix (on doit notamment préciser si les taxes et les frais de livraison sont inclus)
- les caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé
- les documents nécessaires à l'utilisation du bien
- De plus (Article 10 Directive) :
- il doit indiquer les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat
- il doit indiquer si le contrat une fois conclu sera archivé ou non et s'il sera accessible
- il doit permettre au consommateur d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande soit passée .

Nonobstant les mentions obligatoires sus visées la signature électronique est exigée. La signature électronique est l'équivalent fonctionnel de la signature manuscrite. Elle fait en sorte que l'information ne puisse être réfutée en liant la communication à la personne qui l'a signé.

La signature électronique est prévue par le chapitre II de la loi n 2000-83 du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique.

L'utilisation de la signature électronique est un moyen efficace de l'identification du cocontractant et elle constitue désormais un aspect essentiel de la réalité du contrat virtuel.

Elle doit respecter des caractéristiques techniques fixées par arrêté du ministre des télécommunications. L'article 2 de la loi n° 2000/83 du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique définit le tiers certificateur ou de même le fournisseur de services de

certification électronique comme toute personne physique ou morale qui émet, délivre, gère les certificats et fournit d'autres services associés à la signature électronique.

En effet, il a pour rôle de sécuriser le contenu des messages et de vérifier l'identité des correspondants, en outre, il est un témoin de la transaction.

Donc il s'assure de la sécurité de transmission des messages sur les réseaux utilisant l'Internet et fournit des preuves irréfutables qui peuvent être acceptés par les parties en cas de litige en conservant leurs traces.

Le rôle du tiers certificateur est triple :

L'authentification des parties au contrat.

La certification de la signature électronique.

La certification des paiements. L'autorité de certification doit à ce titre posséder un accord avec un établissement bancaire.

Section 2 : Les sanctions aux conditions de validité du contrat de commerce électronique.

La nullité est la sanction appropriée à tout manquement aux conditions de formation du contrat, le législateur n'a pas fait dérogation à la règle en réglementant le contrat de commerce électronique.

La nullité est absolue ou relative (Parag 1) elle est parfois totale et dans divers cas partielle (Parag 2) .Une distinction doit être offerte reposant sur le caractère absolu de la sanction.

Paragraphe 1 : La nullité absolue et la nullité relative du contrat de commerce électronique.

1. La nullité absolue du contrat de commerce électronique

La nullité absolue est exigée dans les cas suivants:

-L'inobservation d'une des conditions substantielles de la formation du contrat.

-Les cas édictés par la loi : tel que l'art 25 loi 2000-83. Selon l'article 25 le défaut d'une mention obligatoire entraîne la nullité du contrat puisqu'il est édicté que « ces informations doivent être fournies...pour consultation à tous les stades de transaction ».

On ajoutera les cas des articles 566 COC (nullité de la vente des droits litigieux à des magistrats,greffiers,avocats et mandataire ad litem) et 567 COC (nullité des achats des droits ,créances et biens objets d'une poursuite ou autorisation de vente par des magistrats,greffiers,avocats,notaires,avoués et fonctionnaires de l'état)

L'action se prescrit dans un délai de 15 ans, elle peut être soulevée par toute personne ayant intérêt.

2. La nullité relative du contrat de commerce électronique.

La nullité relative est une sanction possible dans les cas suivants:

-Les cas de vice de consentement : erreur, dol, violence, ivresse et lésion causé le dol du cocontractant sur un mineur ou un incapable (art 330 COC).

-S'il s'agit d'un incapable ou d'un mineur (art 8 COC).

-On ajoutera le cas mentionné à l'article 568 COC (Les administrateurs, tuteurs, pères, syndics de faillite, liquidateurs de sociétés ne peuvent se rendre cessionnaires des biens qu'ils représentent .La ratification est possible.) et celui de l'article 569 COC (Les courtiers et experts ne peuvent être acquéreurs des biens dont la vente ou l'estimation leur a été confiées à peine de nullité « qui pourra être prononcée, ainsi que des dommages »). Seule la nullité relative donne lieu à des dommages.

L'action se prescrit dans un délai d'un an, elle ne peut être soulevée que par la personne assignée en exécution.

Paragraphe 2 : La nullité totale et la nullité partielle du contrat de commerce électronique

1. La nullité totale

La nullité d'une obligation principale entraîne la nullité des obligations accessoires, la nullité de l'accessoire n'entraîne pas celle de l'obligation principale.

Mais l'annulation d'une partie du contrat annule le tout .Cela se comprend par le fait que contrat est en principe indivisible.(Art 327 COC).

L'obligation frappée de nullité peut subsister en mutant vers une autre obligation si les conditions de validité de cette dernière se réalisent.

2. La nullité partielle

Le contrat peut être frappée de nullité partielle celle-ci touchera une obligation contractuelle, dans ce cas le contrat subsiste sans l'obligation viciée.

Les cas légaux de nullités partielles sont à titre indicatif:

-La nullité de la clause d'exonération de responsabilité du vendeur de tout risque durant la période d'essai du produit mentionnée à l'art 34 Loi 2000-83 .

-La nullité de l'accord contraire citée à l'art 36 Loi 2000-83.Par protection du consommateur le vendeur ne peut convenir afin d'échapper à l'obligation de prouver l'existence de l'information sa confirmation ,le respect des délais et le consentement du consommateur.

Partie II : Les effets du contrat de commerce électronique

Le contrat de commerce électronique a un effet principal; Le transfert de propriété et des risques (section1) et des effets subsidiaires à l'égard des parties et des tiers (section2).

Section 1: Le transfert de propriété et des risques

Le transfert s'opère d'une manière abstraite et automatique. Aucune formalité n'est exigée pour parfaire le transfert de propriété. D'ailleurs la livraison de la chose vendue n'est qu'un effet de ce transfert.

Mais pour quand se détermine le transfert?

Répondre à la question de la localisation du contrat dans le temps fixe la date de transfert de la propriété et la charge des risques en cas de perte de la chose vendue.

Deux théories existent:

– La théorie de l'émission : Le contrat est formé lors de l'expédition du message (en cliquant sur la touche « envoi »).

– La théorie de réception : Le contrat est formé à la réception de la lettre d'acceptation de l'acheteur. L'accusé de réception qui rapporte la date et l'heure de la fin de la transaction L'art28 Loi 2000-83 a mis fin au dilemme en affirmant par une règle supplétive de volonté que le contrat est conclu à la date de l'acceptation de la commande par le vendeur. En ajoutant que l'acceptation se fait par un document électronique signé et adressé au consommateur.

L'acheteur supporte les risques dès cette date sauf accord contraire, la loi 2000-83 ne fait pas exception au régime juridique de la vente tel que exprimé au C.O.C.

L'art 34 Loi 2000-83 ajoute une exception légale au transfert des risques, il s'agit du cas de la vente avec essai. Le vendeur aura la charge des risques auxquels le produit serait exposé. Cette règle est d'ordre public.

Section 2: Les effets du contrat de commerce électronique à l'égard des parties et des tiers

Le contrat de commerce électronique produit des effets inter partes (Parag 1) et d'autres erga omnes (Parag 2).

Paragraphe 1 : Effets du contrat de commerce électronique à l'égard des parties

Des obligations naissent dès le transfert de propriété à l'encontre du professionnel (1) et de l'acheteur (2).

1. Les obligations du professionnel

Les obligations du vendeur sont doubles, livrer la chose (A) et la garantir contre l'éviction et les vices cachés (B) .

A. La livraison de la chose vendue dans le cadre d'un commerce électronique

La livraison se fait par le dessaisissement par le vendeur de la chose et sa mise à la disposition de l'acquéreur (art592 C.O.C). La délivrance doit se faire au lieu ou la chose vendue se trouvait au contrat sauf clause contraire (art595 COC), la loi 2000-83 a-t-elle dérogé à la règle?

Il a été dit que des mentions obligatoires doivent figurer au contrat, »les modalités et les délais de livraison... »en font partie. Le délai est plutôt imposé et non discuté!

Le retard entraîne des recours:

Le consommateur peut résoudre le contrat de vente ou de prestation de service si la date limite mentionnée dans le contrat pour livrer le bien ou exécuter le service est dépassée. L'exercice de cette faculté, dérogatoire au droit commun, est conditionné :

- Dépassement de la date de livraison ou d'exécution de la prestation de 10 jours ouvrables.
- Retard imputé à la force majeure (fait irrésistible, imprévisible et extérieur à la volonté).

- Suivre les conditions de résiliation telles que prévues au contrat (mention obligatoire exigée par l'art 25 loi 2000-83).
- le consommateur doit exercer ce droit dans un délai d'un an à compter de la date indiquée pour la livraison du bien ou l'exécution du service (art 629 C.O.C).

En Droit Français si le contrat est conclu pour une durée inférieure à un an: Puisqu'il n'est pas obligatoire de préciser le délai de livraison, au cas où la date n'est pas mentionnée dans le contrat et en cas de litige c'est au juge de déterminer le délai raisonnable de livraison ou d'exécution.

Selon la cour de cassation Française -et à titre comparatif - la clause fixant le délai de livraison formulée à titre indicatif est considérée clause abusive et par conséquent illicite pouvant être annulée. (Cass.Civ1ère, 16 juillet 1987, D.1988). Ne fallait-il pas exiger la fixation de la date de livraison dans le contrat dès sa conclusion à l'instar du Droit Tunisien?

L'effet principal en cas de retard est la résolution ainsi que le remboursement des montants payés et des dépenses y afférentes dans dix jours ouvrables de la date de restitution du produit (voir art 31 Loi 2000-83).

Si un préjudice a été subi dû au retard dans l'exécution du contrat, il est possible de demander des dommages et intérêts sur la base de l'article 31 sus visé.

En cas d'indisponibilité du produit ou du service le vendeur doit aviser le consommateur dans un délai de 24 heures avant la date de livraison et le rembourser dans le même délai.

Reste la possibilité de fournir un bien (ou un service) équivalent peut être prévue au contrat. Mais si le produit remplaçant ne convient pas au consommateur, le vendeur subira la résolution ainsi que le remboursement des montants reçus, les frais de retour et les dommages intérêts. (voir art 35 in fine loi 2000-83).

B. La garantie de la chose dans le cadre d'un commerce électronique

Deux garanties s'imposent, celle des vices cachés et de l'éviction.

- La garantie des vices cachés dans le cadre d'un commerce électronique

La garantie des vices cachés englobe les vices qui diminuent la valeur de la chose et ceux qui la rendent impropres à l'usage d'après sa nature ou le contrat.

La garantie s'étend aux qualités déclarées par le vendeur ou exigées par l'acheteur (Voir art 647 COC).

La loi 2000-83 a fait allusion aux vices cachés dans l'article 32 sans pour autant les réglementer. Le régime général s'applique en l'occurrence.

Les conditions sont les suivantes:

Conditions relatives à la chose viciée:

-Diminution importante de la valeur de la chose ou de la jouissance.

-ou Défauts non tolérés par l'usage

-Défaut de qualités : exigées au contrat. Chose non-conforme à la commande (art 31 Loi 2000-83)

-Vices existants au moment de la vente (ou à la délivrance pour les corps fongibles).

Conditions de la mise en œuvre de la garantie (d'ordre procédurale):

S'il s'agit de meubles la notification doit être faite au vendeur dans les 7 jours qui suivront la réception de la chose (652 COC). Une action en justice suivra dans un délai ne dépassant pas 30 jours après la délivrance.

S'il s'agit d'immeubles l'action doit être intentée dans un délai de 365 jours.

Ces délais ne courent pas s'il est prouvé la mauvaise foi du vendeur, est de mauvaise foi le vendeur ayant employé des manœuvres dolosives pour créer ou dissimuler les vices (art 673 COC).

Les effets de la garantie sont différents selon deux cas de figure:

-Si l'acheteur veut garder la chose il ne peut résoudre mais aura droit à une diminution du prix.

-S'il veut résoudre la vente il aura droit à la récupération du prix payé, les frais du contrat, les frais de culture ou d'entretien et les frais de restitution des fruits, les indemnités pour réparation des pertes occasionnées par la chose si le vendeur était en dol (voir art 660 COC).

L'acheteur devra restituer au vendeur la chose et les fruits de celle-ci.

- La garantie d'éviction dans le cadre d'un commerce électronique

Partant du principe que « Qui garantie n'évince », le vendeur ne peut évincer l'acheteur par tout acte l'inquiétant dans sa jouissance ou le privant des avantages sur les quels il avait droit de compter (art 631 COC).

L'éviction d'une partie équivaut à celle du tout si la partie évincée est importante de telle sorte que l'acheteur n'aurait pas acheté sans elle.

S'il y'a éviction totale l'acheteur peut demander la résolution de la vente avec récupération du prix, des dépenses judiciaires et des dommages causé par l'éviction.

S'il y'a éviction partielle une option est donnée à l'acheteur si la partie évincée est importante entre la résolution (et on applique les règles de l'éviction totale) ou maintenir le contrat et se faire restituer une partie du prix (diminution du prix).

Mais si la partie évincée n'a pas une importance suffisante l'acheteur ne peut que réclamer la diminution du prix (art 640 COC).

1. Les obligations du consommateur

En matière de vente à distance, le consommateur a deux obligations : il doit prendre livraison de la chose et payer le prix. La première obligation ne pose guère de problème.

Du point de vue du consommateur, la possibilité de payer de différentes manières est intéressante. La carte bancaire reste un mode de paiement préféré des internautes mais n'est pas accessible à tous.

Le professionnel doit proposer une des moyens de paiement variés. La crainte face aux risques de fraude persiste ayant pour conséquence la remise en cause du paiement fait.

– Les éléments du prix

* Peut-on inclure dans le prix des taxes ou redevances dues par le consommateur ?

Tous les professionnels n'indiquent pas systématiquement toutes les taxes dans les prix affichés.

En matière de voyage, les sites ont pendant longtemps communiqué des prix hors taxes d'aéroport. Mais la pratique tend à inclure dans le prix les différentes taxes dues.

L'information sur les prix des produits ou services doit faire apparaître, quel que soit le support utilisé, la somme totale, toutes taxes comprises. L'article 25 loi 2000-83 exige la détermination du prix, le coût de livraison, les tarifs d'assurance et les taxes.

Concernant les professionnels installés à l'étranger et actifs sur le marché Tunisien l'obligation d'information est opérante à leur égard. Les consommateurs ignorent dans certains cas qu'ils contractent avec un professionnel installé hors du territoire Tunisien.

Les règles protectrices du consommateur s'imposent aux professionnels qu'ils soient installés à l'étranger ou en Tunisie.

* Le coût d'utilisation des moyens de télécommunications

L'article 25 Loi 2000-83 édicte que le coût d'utilisation des moyens de télécommunications doit être mentionné lorsque ces moyens sont calculés sur une autre base que les tarifs en vigueur.

La difficulté de chiffrer ce coût est survenue en raison de l'évolution des technologies et de la déréglementation du secteur des télécommunications.

Le développement du haut-débit a rendu difficile toute identification du coût d'accès au site internet d'un professionnel. D'ailleurs l'information sur le coût d'appel d'un numéro surtaxé varie en fonction de l'opérateur et de l'offre souscrite par le client.

– Les conditions d'opposition aux paiements par carte bancaire

En principe, les paiements par carte bancaire sont irrévocables. Mais on peut faire opposition au paiement en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire.

Art. 37 loi 2000-83 « Les opérations de paiement relatives aux échanges et au commerce électronique sont soumises à la législation et la réglementation en vigueur.

Le titulaire du moyen de paiement électronique a l'obligation de notifier à l'émetteur la perte ou le vol de ce moyen ou des instruments qui en permettent l'utilisation, ainsi que toute utilisation frauduleuse s'y rapportant.

L'émetteur d'un moyen de paiement électronique doit fixer les moyens appropriés pour cette notification dans le contrat conclu avec son titulaire.

Nonobstant les cas de fraude, le titulaire du moyen de paiement électronique :

- assume, jusqu'à sa notification à l'émetteur, les conséquences de la perte ou du vol du moyen de paiement ou son utilisation frauduleuse par un tiers,
- est dégagé de toute responsabilité de l'utilisation du moyen de paiement

électronique après la notification à l'émetteur.

L'utilisation du moyen de paiement électronique, sans présentation du moyen et identification par voie électronique, n'engage pas son titulaire. »

Deux interrogations, d'une part sur le sens de l'expression « utilisation frauduleuse » (1), d'autre part sur la notion de liquidation ou de redressement (2) doivent être soulevées.

* L'utilisation frauduleuse

L'utilisation du numéro de carte bancaire sans l'accord du porteur constitue une fraude. Un critère objectif d'appréciation des situations de fraude doit être appliqué, la contestation du paiement

effectué frauduleusement à distance sans utilisation physique de la carte ne doit pas être utilisée pour contourner le principe de l'irrévocabilité des paiements par carte car l'abus du titulaire expose en effet celui-ci au risque du retrait de sa carte par l'établissement bancaire. Certains établissements bancaires exigent la fourniture d'un justificatif du caractère frauduleux du paiement comme le dépôt de plainte pénale. Une telle exigence, lorsqu'elle est systématique, paraît excessive.

2. La liquidation judiciaire ou le redressement du bénéficiaire

Quelques exemples concrets de faillite ont soulevé un problème d'aléa commercial. Les liquidations de PereNoel.fr, de VolareWeb ou encore d'Air Madrid font parties de ces exemples. La solvabilité des entreprises surtout lorsqu'elles sont peu connues ou installées à l'étranger doit être vérifiées. Mais pour se renseigner sur la solvabilité d'une entreprise, il est possible de consulter ses bilans sur le registre de commerce auprès des tribunaux de première instance de la souscription ou elles sont installées. Ces indications sont accessibles par internet à partir du numéro de RCS s'il s'agit d'entreprise Française, mais ce système n'est pas disponible dans tous les états.

Lorsqu'il n'existe pas de système équivalent, il est recommandé de collecter des informations sur l'entreprise par des recherches complémentaires, notamment sur l'internet.

L'opposition au paiement en cas de redressement ou de liquidation judiciaire peut créer une difficulté lorsque le commerçant est installé à l'étranger. En effet, les procédures collectives ne sont pas identiques d'un pays à l'autre. Il est intéressant de savoir si le paiement effectué entre les mains d'une entreprise peut être remis en cause (en cas de redressement ou la liquidation judiciaire du bénéficiaire) ?

La loi 2000-83 est muette, mais le code de commerce permet au titulaire d'un cheque de s'opposer au paiement en cas de vol, de perte ou de faillite. Une telle disposition peut être appliquée en matière de paiement par carte bancaire, le cheque et la carte bancaire sont tous deux considérés comme moyens de paiement.

En Droit comparé une réponse semble être trouvée dans le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce texte constitue le socle des procédures collectives au sein de l'Union européenne. Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité.

– LA QUESTION DES ARRHEES et ACCOMPTES

Les sommes versées d'avance par le consommateur à titre d'exécution sont considérées arrhes. Chaque contractant peut revenir sur son engagement, moyennant la perte de cette somme pour le consommateur (art 305 COC). Mais s'il y a eu exécution du contrat les arrhes constitueront un versement à prendre en considération lors du paiement du prix.

Lorsque les sommes versées à la commande sont qualifiées d'acomptes, ils constituent un 1er versement à valoir sur le prix total de l'achat.

Les arrhes peuvent être considérées comme le prix à payer en cas de renonciation, ils représentent une garantie de la sécurité juridique.

Paragraphe 2 : Effets du contrat de commerce électronique à l'égard des tiers

Tout contrat n'a d'effets qu'à l'égard des parties (art 240 COC), il ne peut obliger les tierces personnes, celles qui sont étrangères au contrat.

Le tiers intéressé se verra opposer la convention s'il y a eu date certaine et antériorité du contrat objet de l'opposabilité. D'ailleurs la loi 2000-83 nous apporte un cas assez intéressant :

Art. 33 : « Lorsque l'opération d'achat est entièrement ou partiellement couverte par un crédit accordé au consommateur par le vendeur ou par un tiers sur la base d'un contrat conclu entre le vendeur et le tiers, la rétractation du consommateur entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit. »

Le tiers est ici une personne qui ayant donné un crédit au consommateur a conclu un contrat avec le vendeur. La rétractation du consommateur a pour effet la résiliation du contrat de crédit, le tiers subit l'effet de la rétractation et par conséquent la résolution de la vente.

Partie III : Les règles de conflit relatives au contrat de commerce électronique

Deux problèmes peuvent surgir lors de la conclusion d'un contrat entre deux parties de pays différents, l'un relatif à la loi applicable (Sect.1), le second concerne la juridiction compétente pour connaître le litige et le juger (sect. 2).

Section 1 : Le conflit des lois relatif au contrat de commerce électronique

Le lieu du contrat revêt une importance primordiale lorsqu'il s'agit d'un contrat entre deux parties de pays différents. La détermination du lieu du contrat permet de désigner la loi applicable en cas de litige.

En l'absence de mention par les parties de la loi compétente pour régir le contrat, et en vertu de la règle « Locus regit actum », le contrat quant à ces conditions de formes sera soumis à la loi du lieu où il a été passé.

Selon l'article 28 de la loi 2000-83 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 signé et adressé au consommateur.

Un professionnel Tunisien qui produit seulement pour le marché local, peut aujourd'hui avoir des clients dans des états différents. Mais se pose le problème du droit applicable. En effet, si par exemple un Tunisien achète d'un Américain des biens ou des services, en cas de litige chacun des deux parties au contrat choisira le droit de son pays.

La difficulté pour les juristes n'est pas de savoir s'il existe une loi qui s'applique aux problèmes qu'ils rencontrent mais de trouver laquelle qui sera applicable.

Pour déterminer le cadre juridique applicable il y a plusieurs moyens existants :

Le recours au principe de l'autonomie de volonté (parag 1).

Le recours aux conventions internationales (Parag 2).

Paragraphe 1 : Le recours au principe de l'autonomie de volonté

C'est par le truchement du principe de l'autonomie de volonté que les parties à un contrat international vont désigner, d'un commun accord, le droit applicable quant à la formation et l'exécution du contrat conclu, mais le principe de l'autonomie de volonté est appliqué partiellement pour les contrats du commerce électronique : Le professionnel choisit unilatéralement le droit applicable au contrat. Le consommateur ne fait qu'adhérer au choix effectué.

Les parties ont la possibilité toute fois de faire le choix du droit applicable, de faire recours à un droit d'origine ou bien nationale ou étrangère.

- Droit d'origine nationale

Chaque partie va choisir son Droit national mais dans plusieurs cas le professionnel écarte son choix pour ne pas perdre son client.

- Droit étranger

Si les cocontractants optent pour une loi étrangère c'est-à-dire une loi qui n'est ni la loi du professionnel ni celle du consommateur, ce choix peut paraître illogique car contraire à l'intérêt des contractants qui auraient en principe du choisir la loi nationale qu'ils connaissent.

Parfois il vaut mieux être sous l'emprise d'une loi d'un pays étranger si le droit étranger serait plus stable ou développé.

Paragraphe 2 : Les conventions internationales

La majorité des conventions internationales régissant les contrats internationaux semblent se pencher en faveur de l'application de la loi du vendeur.

En voici quelques unes :

La convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles du 19/06/1980 milite en faveur de la protection du consommateur et considère que ce dernier a droit à la protection de sa loi nationale.

Selon cette convention, la loi d'un Etat peut être désignée bien que cet Etat ne soit pas signataire, il n'y a pas d'obligation de réciprocité.

La convention de Rome a une portée générale, elle s'applique à tous les contrats sauf dans quelques figures de contrats tels que le contrat d'assurances.

Selon l'art 3 de la convention : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties, ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

A défaut de choix l'article 4 de la convention de Rome prévoit que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

La convention de La Haye du 15/06/1955 relative aux ventes d'objets mobiliers :

Elle ne s'applique qu'aux contrats dont les deux parties sont situées sur le territoire de l'un des pays signataires.

La convention de Vienne ,convention des nations unis sur la vente internationale des marchandises du 11 avril 1987, s'applique aux contrats de vente de marchandises entre les parties ayant leur établissement dans des Etats différents lorsque ces Etats sont des Etats contractants et que les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un pays contractant.

Section 2 : Le Conflit de juridictions

En droit Tunisien la compétence internationale des tribunaux est fondée sur deux règles : La résidence du défendeur et sa nationalité.

Paragraphe 1 : Compétence ordinaire

Le droit tunisien consacre le principe de la compétence fondé sur la résidence du défendeur. En vertu de l'article 2 alinéa 1 du code des procédures civiles et commerciales (CPCC), les juridictions tunisiennes connaissent toutes les contestations civiles entre toute personne résidant en Tunisie quel que soit sa nationalité.

En vertu de l'article 2 Alinéa 2 du CPCC les juridictions tunisiennes sont également compétentes lorsque l'action est intentée contre un tunisien résidant à l'étranger.

Paragraphe 2 : Compétence extraordinaire

Nos tribunaux sont compétents lorsqu'il y a un lien sérieux entre le contrat et l'ordre juridique Tunisien.

Selon le Code de droit international privé le TITRE II – La compétence des juridictions Tunisiennes, article 3 se définit comme suit :

Art 3. – Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation, civile et commerciale entre toutes personnes quelle que soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie.

Art. 4. – Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien.

Art. 5. – Les juridictions tunisiennes connaissent également :

1. Des actions relatives à la responsabilité civile délictuelle si le fait générateur de responsabilité ou le préjudice est survenu sur le territoire tunisien.
2. Si l'action est relative à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Tunisie, sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger.
3. Dans les litiges ayant pour objet un droit mobilier situé en Tunisie.
4. Dans les litiges portant sur la propriété intellectuelle, si sa protection est invoquée en Tunisie.

Art. 6. – Les tribunaux tunisiens connaissent aussi :

1. Des actions relatives à la filiation ou à une mesure de protection d'un mineur résident en territoire tunisien.
2. Des actions relatives à l'obligation alimentaire lorsque le créancier réside en Tunisie.
3. De l'action relative à une succession ouverte en Tunisie ou à une dévolution successorale de biens immeubles ou meubles, situés en Tunisie.

Art. 7. – Les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître des actions connexes à des affaires pendantes devant les tribunaux tunisiens.

Art. 8. – Les juridictions tunisiennes ont l'exclusivité de compétence

1. Si l'action a pour objet l'attribution, l'acquisition, la perte, le retrait ou la déchéance de la nationalité tunisienne.
2. Si elle est relative à un immeuble situé en Tunisie.
3. Si elle est relative à une procédure collective ouverte en Tunisie telle que le redressement des entreprises ou la faillite.
4. Si elle a pour objet la demande d'une mesure conservatoire ou d'exécution sur le territoire tunisien et portant sur des biens qui y sont situés.
5. Dans tous les cas où la compétence leur est attribuée en vertu d'un texte spécial.

Art. 9. – Si le défendeur n'a pas de domicile connu en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal du lieu du domicile du demandeur.

Lorsque la compétence appartient aux tribunaux tunisiens alors que ni le demandeur ni le défendeur ne sont résidents en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal de Tunis.

Art. 10. – L'exception d'incompétence des juridictions tunisiennes doit être soulevée avant tout débat quant au fond.

Partie IV : Les problèmes d'ordre fiscal

La fiscalité en matière de perception des taxes porte problème aux Etats en effet, une transaction commerciale faite sur Internet peut ne laisser aucune trace, le contrôle sera difficile.

La CAF (le comité des affaires fiscales) de l'OCDE, énonce les principes fiscaux devant s'appliquer au commerce électronique à savoir la neutralité, la certitude, la simplicité, l'efficacité, l'équité et la souplesse.

Puisqu'il est difficile de déterminer avec exactitude le moment de réalisation d'une opération électronique il devient improbable l'application des règles relatives aux sources de revenus en prenant en considération l'établissement stable (Section 1) et à la résidence (section 2) d'où le risque d'une double imposition.

Section 1 : La notion de résidence

L'imposition des opérations internationales électroniques est faite par rapport au lieu de résidence du professionnel. Le statut de résidence est fondé sur des critères tels que la présence physique, l'endroit de la direction et l'administration centrale de l'entreprise.

En Tunisie il y a imposition sur le revenu d'un non résidant si ce dernier a un établissement stable en Tunisie cette règle n'est pas en contradiction avec les conventions fiscales signées par la Tunisie notamment celle de l'OCDE.

Un établissement stable est soit un lieu de gestion ou d'affaires, soit une entreprise agissant comme étant un représentant permanent pouvant conclure des contrats.

Pouvons-nous taxer les flux de données circulant sur Internet plutôt que la transaction elle-même, créer la taxe à l'octet ?

Cette idée est pertinente mais reste critiquable vu la difficulté de mesurer le volume des flux des données avec exactitude et la difficulté de distinguer ce qui est impossible et ce qui ne l'est pas.