

CONSOMMATION

Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique ¹

par François Coupez

Juriste Droit des nouvelles technologies, direction des Affaires juridiques du groupe Société Générale, chargé d'enseignement à l'Université Paris II Panthéon-Assas

et Thibault Verbiest

Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, associé au Cabinet Ulys, chargé d'enseignement à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

L'ESSENTIEL

La commercialisation à distance des services financiers, dont l'essor en Europe est un enjeu majeur selon la Commission européenne, est l'objet en droit français d'une réglementation dense et complexe car prenant en compte, dans le même temps, la multiplicité des produits visés et les impératifs particuliers de la vente à distance (la souscription en ligne étant de surcroît une sous-catégorie spécifique).

Notre propos n'est pas de dresser un tableau exhaustif de l'ensemble des textes applicables selon les produits ou services considérés, mais de tenter de réaliser une synthèse des principales obligations à l'heure de l'internet, de la dématérialisation et des échanges transfrontières.

Alors que l'on pensait que le régime de la « commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs » avait été introduit en droit français dans sa version définitive après la publication au *Journal officiel* du 7 juin 2005 de l'ordonnance ² transposant la directive européenne dite CDSF ³ sur le sujet, le début de l'année 2006 a démontré qu'il n'en était rien, le législateur en profitant pour revenir sur une part non négligeable de la récente réglementation.

Pourtant, la directive à l'origine de ce texte est née du désir d'assurer une forte protection du consommateur tout en supprimant les freins au marché unique en matière de services financiers. Egalement soucieux d'aplanir les difficultés existantes dans la vente à distance de tels services, ce texte avait été publié après déjà bien des hésitations et plusieurs années d'attente. En effet, il avait été décidé dès 1996, à l'occasion de l'adoption de la directive « vente à distance », non sans quelques débats animés d'ailleurs, que le champ d'application de celle-ci exclurait spécifiquement les services financiers. Toutefois, la directive CDSF aura attendu septembre 2002 pour être finalement adoptée, soit quatre années de gestation douloureuse depuis le premier projet du 14 octobre 1998, émaillées de modifications, de propositions et de contre-propositions échangées entre le Parlement européen et la Commission. Cette directive a assumé le lien de filiation existant avec celle concernant la « vente à distance », sa « sœur » de cinq ans son aînée : nombre de dispo-

sitions partagent un énoncé proche, bien qu'il existe au total quelques solutions divergentes. Ce texte, voulu comme une directive de pleine harmonisation (V. considérant 13), a placé le consommateur au centre du dispositif en s'inspirant des meilleures pratiques de protection consommériste existantes dans les Etats membres : délai de réflexion éventuel augmenté d'un délai de rétractation de deux semaines, obligation d'information complète du consommateur, interdiction des fournitures de services financiers par inertie,...

Reste que ce régime de pleine harmonisation souffre de quelques dérogations, les Etats membres récupérant une certaine marge de manœuvre, comme nous le verrons *infra*, concernant les mentions d'information ou encore la non-application du droit de rétractation aux prêts immobiliers. Au point que certains auteurs ont pu écrire que l'impression qui se dégageait de ce texte était celle « d'un régime transitoire dans l'attente d'une plus grande harmonisation » ⁴ et que la difficulté de l'entreprise résidait dans « une harmonisation certes voulue et affirmée mais qui dans le même temps ne remette pas en cause les éventuelles règles nationales » ⁵. La vigueur de l'affrontement des points de vue et la difficulté de l'établissement du consensus expliquent sans doute la tactique « en deux temps » de la Commission, qui tentera vraisemblablement à nouveau de plaider pour une pleine harmonisation, profitant des avancées déjà réalisées, lors du réexamen de la directive originellement prévu à échéance du 9 avril 2006 puis repoussé en 2008 du fait de retards de transposition de certains Etats.

(1) Les auteurs tiennent à remercier Cathie-Rosalie Joly et Etienne Wéry pour leur aide précieuse dans la rédaction du présent article.

(2) N° 2005-648 du 6 juin 2005, JO 7 juin, p. 1002.

(3) Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002. Ce texte est l'*alter ego* de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (« vente à distance ») en matière de services financiers.

(4) A. Gourio, Adoption de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers aux consommateurs, *Aperçu rapide*, JCP E 2002, p. 1593.

(5) L. Costes, « Directive commercialisation à distance de services financiers » : renforcement de la protection des consommateurs, *Bull. Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, nov. 2002, n° 152, p. 3.

Encore faut-il prendre en compte, sur le terrain de la protection des consommateurs, l'existence de la directive «commerce électronique» du 8 juin 2000⁶ qui, contrairement à la directive vente à distance, n'exclut pas de son champ d'application les services financiers (V. son considérant 11): les dispositions générales issues de cette directive se cumulent donc avec les règles spécifiques concernant les services financiers souscrits par voie électronique (donc *a priori* à distance). *Idem* en ce qui concerne les directives sectorielles (assurance, crédit à la consommation,...), étant entendu au surplus que certaines règles nationales générales ou sectorielles peuvent également prévoir d'autres dispositions impératives dans les domaines harmonisés *a minima* (mentions d'information). Dès lors, la protection des consommateurs et, parallèlement, les obligations des établissements financiers ne peuvent être appréhendées dans leur globalité qu'en additionnant les règles issues de l'ensemble des directives générales et sectorielles applicables ainsi que, le cas échéant, des exigences nationales concernant notamment les mentions informatives.

En ce qui concerne le droit français, c'est après plus de deux années de retard sur le délai de transposition et l'adoption de deux lois d'habilitation⁷ successives, que l'ordonnance de transposition a été publiée, après une procédure d'urgence, le 7 juin 2005. Elle a été suivie d'un décret d'application publié le 26 novembre 2005⁸, prévoyant les informations et modalités particulières en cas de communication par téléphonie vocale, l'ajout de mentions supplémentaires ainsi que les sanctions pénales applicables en cas d'observation des nouvelles règles. L'ensemble est entré en vigueur au 1er décembre 2005.

Ces dispositions ont bien vite été complétées par la nouvelle réglementation sur le courtage d'assurance⁹, ainsi que par la ratification de l'ordonnance CDSF, réalisée à l'occasion de l'adoption de la loi du 31 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition (dite loi OPA¹⁰). En effet, des dispositions de cette loi (art. 25) opèrent des corrections de forme mais surtout une cohérence partielle attendue entre les régimes du démarchage et de la commercialisation à distance. De surcroît, dans tous les cas, la durée et les modalités d'exercice du droit de rétractation sont harmonisées sur la base du régime de la commercialisation à distance. Enfin, deux arrêtés des 1er et 8 mars 2006 instituent, en matière d'assurance vie, un nouveau dispositif d'information du souscripteur éventuel qui s'est rajouté à l'édifice¹¹.

Concluons sur ce point en ajoutant qu'il semble, malheureusement, que la réglementation qui en découle soit aussi touffue que volumineuse.

(6) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

(7) Loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 accordant un délai de huit mois à partir de la promulgation pour prendre l'ordonnance d'habilitation et loi n° 2004-1343 du 9 déc. 2004 accordant un délai supplémentaire de six mois, en raison du retard causé par une série de réécritures du projet fin 2004-début 2005.

(8) Décret n° 2005-1450 du 25 nov. 2005 relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JO 26 nov., p. 18364, texte n° 6.

(9) «Loi d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance» n° 2005-1564 du 15 déc. 2005 (dite loi DDAC).

(10) Loi n° 2006-387, JO 1er avr., p. 4882, texte n° 1. V. C. Malecki, La loi n° 2006-387 du 31 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition et l'information des actionnaires et des salariés, D. 2006, Chron. p. 2314.

(11) Arrêté du 1er mars 2006 modifiant et complétant certaines dispositions du code des assurances en matière d'assurance sur la vie et de capi-

I - L'architecture du nouveau droit des services financiers à distance

Alors que les premiers projets de texte opéraient souvent par renvoi d'un code à l'autre pour l'application des dispositions prévues, en fonction des différentes hypothèses envisageables (démarchage, vente à distance, démarchage et vente à distance,...), l'ordonnance CDSF a procédé d'une façon différente en tentant de rendre les différents codes modifiés autosuffisants (reprise *in extenso* de dispositions identiques dans plusieurs codes) quitte à les alourdir notablement, plutôt que de laisser le lecteur perplexe dans le jeu des renvois byzantins voire, dans certains cas, véritablement kafkaïens des premières versions¹².

L'architecture de la réglementation mise en place par l'ordonnance est donc la suivante :

- les dispositions principales sont insérées dans le code de la consommation, centre névralgique, «code pilote» de cette réglementation par essence consumériste. A l'issue de cette modification, la section consacrée aux ventes de biens et aux fournitures de prestations de services à distance se subdivise maintenant en trois sous-sections, la première étant consacrée aux dispositions relatives aux contrats ne portant pas sur des services financiers¹³, la deuxième étant spécifique aux services financiers¹⁴ et la troisième, oecuménique, accueillant les dispositions communes¹⁵ à ces deux types de services contractés à distance ;

- le contenu de ces dispositions est repris pour l'essentiel dans d'autres codes sectoriels, «suiveurs», correspondant aux matières concernées par ces nouvelles règles applicables aux services financiers, avec quelques adaptations spécifiques aux matières réglementées: le code des assurances, le code de la mutualité, le code de la sécurité sociale et enfin le code monétaire et financier (CMF).

Or, le code monétaire et financier prévoyait, à la suite de l'adoption de l'ordonnance, des règles spécifiques en cas de démarchage bancaire ou financier parfois différentes de celles instaurées en matière de vente à distance. La loi OPA, en ratifiant l'ordonnance, a radicalement modifié le principe, tentant d'harmoniser les régimes pour le seul consommateur. Si l'effort est louable et va dans le sens de la simplicité, l'avancée ne masque malgré tout qu'imparfaitement sa difficile application à des hypothèses autres que purement théoriques (comme nous pourrions le voir dans le IV).

II - Définitions des «services financiers» et du «contrat à distance»

Le champ d'application de cette réglementation est relativement large, puisque la directive CDSF prévoyait que ses dispositions s'appliquaient à tout «service financier» commercialisé à distance par un fournisseur à un consommateur, y compris et

talisation et arrêté du 8 mars 2006 relatif à l'encadré inséré en tête de proposition d'assurance, de projet de contrat sur la vie ou de capitalisation ou de notice.

(12) Les versions qui ont pu circuler en octobre 2004 proposaient ainsi un jeu de renvois complexe entre le code de la consommation et le code monétaire et financier notamment, certaines hypothèses de cumul entre démarchage et vente à distance aboutissant à de réelles incohérences.

(13) Art. 121-16 à 121-20-7 c. consom.

(14) Art. 121-20-8 à 121-20-14 c. consom.

(15) Art. 121-20-15 à 121-20-16 c. consom.

surtout lors d'une commercialisation à l'échelle du marché unique, c'est-à-dire entraînant une fourniture transfrontière¹⁶ entre fournisseur et consommateur de différents Etats membres.

Tout d'abord, si l'on considère la notion de «service financier» définie de façon extensive dans la directive CDSF comme «tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements», précisons que cette catégorie juridique était «jusqu'alors inconnue» en droit français et que l'on n'en trouvait «nulle trace dans les éditions même récentes des traités faisant autorité en la matière»¹⁷. On pourrait se demander pourquoi les notions de services d'investissement ou encore d'instruments financiers, pourtant définies au niveau communautaire¹⁸ comme au niveau français¹⁹, n'ont pas été utilisées. Reste que la notion de «service financier», à défaut d'être claire et parfaitement définie, est citée à de nombreuses reprises - au moins quatre-vingt-sept fois - par la Communauté européenne dans ses directives, positions et règlements de 1999 à 2005 (notamment pour désigner FIN-NET, le réseau pour la résolution extrajudiciaire des litiges dans le secteur des services financiers lancé le 1er février 2001). Il semble en réalité que l'expression, utilisée par les institutions européennes de façon générique pour tenter d'englober simplement une réalité complexe, n'ait été forgée qu'à destination de la compréhension du plus grand nombre.

Quoi qu'il en soit, cette expression est maintenant entrée de plain pied dans le code de la consommation, notamment à l'article L. 121-20-8, où elle est définie par le biais d'une simple énumération, opérant par renvoi à des dispositions incluses dans les autres codes précités. Aux termes de cet article, les services financiers consistent :

- substantiellement, en la somme des opérations concernant le paiement, l'ensemble des produits et l'ensemble des services détaillés dans le CMF (opérations de banque, services d'investissement, y compris les opérations et services connexes), ainsi que la réglementation concernant les intermédiaires en biens financiers;

- et formellement, ce qui pourrait apparaître plus surprenant, en la somme des opérations pratiquées par les entreprises régies par le code des assurances²⁰, celles régies par le code de la mutualité et enfin celles régies par le code de la sécurité sociale.

(16) «Peu importe que ces services soient proposés dans le cadre d'une activité transfrontière ou sur une base purement nationale», A. Gourio, préc. *supra*, note 4.

(17) O. Cachard, La directive «services financiers» et l'harmonisation du droit des contrats à distance, 30 oct. 2002, disponible à l'adresse http://www.cejem.com/article.php?id_article=119

(18) Directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières («DSI») remplacée par la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avr. 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (JOUE L 145, 30 avr. 2004, p. 1). Le service d'investissement y est défini comme un service (parmi ceux figurant dans une annexe) portant sur un instrument (également décrit en annexe) fourni à des tiers (art. 1er, 1).

(19) Les services d'investissement sont définis à l'art. L. 321-1 CMF. Les instruments financiers et les instruments financiers à terme sont définis quant à eux à l'art. L. 211-1 CMF.

(20) «Concernant ce dernier secteur, on ne manquera pas d'être surpris car le contrat d'assurance a pour objet la couverture d'un risque contre le paiement d'une prime. Tout le secteur des assurances de dommages ne relève donc pas *a priori* du service financier. [...] Les rédacteurs de la directive ont donc adopté une approche pragmatique en estimant qu'un contrat d'épargne conclu avec une compagnie d'assurance est très semblable à celui conclu avec un établissement financier». L. Grynbaum, La directive sur la commercialisation à distance des services financiers : vers un droit européen des contrats spéciaux, CCE févr. 2003, p. 35.

Même si le champ des services concernés est très étendu, l'ordonnance ne modifie toutefois que la réglementation applicable au consommateur, en accord avec la directive dont elle opère la transposition. Ces règles se cumulent également avec les autres dispositions applicables plus spécifiquement à tel ou tel produit, voire à tel ou tel comportement (le démarchage par exemple).

On retrouve d'ailleurs cette idée d'universalisme d'application dans l'utilisation, par la directive, du terme de «consommateur» à la place de la notion «d'épargnant» par exemple, le consommateur étant, selon la Cour de justice des Communautés européennes, «une personne «physique» qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle»²¹. Certains auteurs, constatant l'écart avec les notions classiques de droit bancaire ou de droit financier, y ont décelé un «affaiblissement de la distinction traditionnelle entre l'épargnant, qui thésaurise, et le consommateur qui dilapide son capital», alors surtout «que le droit de la consommation [ne] constitue qu'un élément parmi d'autres, concourant à la protection de l'épargnant»²².

En ce qui concerne les termes de «consommateur» ou de «fournisseur»²³ de services financiers, ils sont une nouvelle fois issus de la directive. Ils ne sont pas définis par le code de la consommation et l'ordonnance CDSF n'apporte sur ce point aucune nouveauté : ce sera aux tribunaux de continuer leur travail interprétatif sur ces questions, étant entendu que la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation²⁴ distingue subtilement les notions de «consommateur» (défini comme une «personne physique» par une directive et l'arrêt de la CJCE précité) et de «non-professionnel».

Cette dernière notion n'étant pas définie en droit communautaire, la Cour de cassation, se reposant sur un «critère de professionnalité», s'est octroyée la possibilité d'appliquer aux personnes morales le régime protecteur de l'article L. 132-1 du code de la consommation (pour finalement décider que la société en question avait bien agi en tant que professionnel et ne pouvait donc bénéficier de la protection législative).

S'agissant du «contrat à distance», la définition qui en est donnée par la directive CDSF²⁵ est similaire à celle de la directive vente à distance de 1997. L'ordonnance CDSF n'a donc nul besoin de créer un régime et une définition propre mais ne fait que reprendre le cadre juridique mis en place lors de la transposition de cette précédente directive²⁶ en droit français à l'éché-

(21) V. CJCE 22 nov. 2001, *Cape SNC*, Rec. CJCE I-p. 9049; les connaissances techniques du professionnel sont donc sans incidence.

(22) O. Cachard, préc. *supra*, note 17.

(23) Selon l'art. 2 b) de la directive CDSF précitée, un fournisseur est «toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui, dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles, est le fournisseur contractuel des services faisant l'objet de contrats à distance».

(24) Cass. 1re civ. 15 mars 2005, Bull. civ. I, n° 135; D. 2005, Jur. p. 1948, note A. Boujeka, AJ p. 887, obs. C. Rondey, et Pan. p. 2840, obs. S. Amrani Mekki; RTD civ. 2005, p. 393, obs. J. Mestre et B. Fages.

(25) «Tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même» (art. 2-b).

(26) Par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 (D. 2001, Lég. p. 2486) portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

2001 : dans le code de la consommation, la nouvelle réglementation n'a fait ainsi que s'insérer dans la section concernant la vente à distance.

Idem en ce qui concerne le critère principal de la définition, «l'utilisation exclusive d'une ou plusieurs techniques à distance», qui a évolué quelque peu avec le temps au niveau formel mais sans incidence notable sur le champ d'application des règles, ce qui explique l'absence de précisions de la nouvelle réglementation sur ce point. Cette utilisation nécessaire d'un ou de plusieurs moyens de communication à distance «jusqu'à et y compris la conclusion du contrat»²⁷ exclut l'application de ces règles lorsque la commercialisation s'est effectuée seulement en partie à distance : une prise de contact par messagerie électronique suivie d'un entretien en agence pour conclure le contrat relève donc des règles du démarchage mais pas de celles de la vente à distance.

A l'opposé, celles-ci s'appliqueront y compris si plusieurs types de moyens de communications sont alternativement utilisés dans le processus contractuel et pré-contractuel, alors même que plusieurs régimes juridiques pourront se cumuler :

- par exemple, si le consommateur se connecte sur le site d'un fournisseur de services financiers, y télécharge les conditions contractuelles d'un service, les imprime puis les complète et les adresse par voie postale, les règles issues de l'ordonnance vente à distance s'appliqueront, ainsi que quelques dispositions générales originellement issues de la directive commerce électronique (obligation d'identification de l'éditeur du site) et les règles spécifiques éventuelles concernant le service fourni (OPCVM,...) ;

- par contre, si le consommateur se connecte sur le site d'un fournisseur de services financiers et conclut en ligne le contrat, les règles issues de l'ordonnance CDSF ainsi que certaines dispositions concernant les contrats sous forme électronique (directive commerce électronique complétée par les ajouts franco-français de la loi pour la confiance dans l'économie numérique [LCEN]²⁸ et de l'ordonnance du 16 juin 2005²⁹) se cumuleront, à supposer bien évidemment qu'elles ne soient pas jugées contraires aux dispositions d'une directive de pleine harmonisation. Il faudra également ajouter les dispositions éventuelles spécifiques au service (*V. supra*).

Enfin, la nouvelle réglementation ne précise rien concernant l'utilisation d'un système de communication à distance dans l'hypothèse où il y aurait présence simultanée du fournisseur et du consommateur. Pourtant, le quinzième considérant de la directive CDSF semblait faire de la non-présence simultanée des deux parties une condition *sine qua non* de la qualification de «contrats négociés à distance» imposant que l'offre, la négociation et la conclusion aient été effectuées à distance, sans présence physique simultanée. Ce qui importait ne semblait donc pas être l'utilisation de la technique en soi mais la raison du recours à celle-ci. Ne pourrait-on en conclure que les nouvelles dispositions du code de la consommation ne devraient pas trouver application, malgré le silence des textes et suivant les vœux commu-

nautaires d'une approche raisonnée et non formaliste, dans des hypothèses où une technique de communication à distance est utilisée alors que les deux parties sont présentes au même instant et en un même lieu ? Et donc exclure du cadre étudié ici les hypothèses où le consommateur se déplace dans une agence bancaire par exemple et se voit fournir un service financier par la banque mais *via* un poste de consultation informatique connecté sur l'intranet de la banque mis à la libre disposition des clients et prospects ?

III - Le régime des contrats successifs

La nouvelle réglementation, en créant un nouvel article L. 121-20-9 dans le code de la consommation, prévoit un régime spécifique pour les contrats successifs, afin de simplifier les obligations du fournisseur, notamment en terme d'information contractuelle ou d'existence du droit de rétractation : en cas de «convention de service» originelle encadrant plusieurs opérations successives ou «une série d'opérations distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps», les dispositions prévues ne s'appliquent qu'à ce contrat et non à chaque fois (sous réserve que le temps séparant chaque opération distincte ne dépasse pas un an)³⁰.

Idem en cas de contrat à tacite reconduction.

IV - Le démarchage bancaire et financier

«Toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée», en vue notamment d'obtenir, de sa part, un accord pour la réalisation d'une opération sur un instrument financier, la fourniture d'un service d'investissement ou la fourniture d'une prestation de conseil en investissement³¹ constitue un acte de démarchage bancaire ou financier³². Dès lors, toute opération de démarchage des opérations susvisées entraîne l'application d'une réglementation très stricte³³. Il «suffit en principe d'une seule opération de démarchage pour déclencher l'application de l'ensemble de son régime»³⁴.

Ainsi, le démarchage impliquant une prise de contact non sollicitée à personne déterminée, le simple recours à un site internet pour proposer des produits bancaires et financiers devrait échapper à cette réglementation, alors que, au contraire, l'envoi de messages électroniques à personnes déterminées dans le cadre d'une campagne de prospection directe en ligne constituerait un acte de démarchage.

(30) En cas d'absence de cette convention, ce sont les mentions d'information qui peuvent n'être fournies que la première fois.

(31) Art. L. 341-1 CMF.

(32) *V.*, sur la réglementation sur le démarchage avant l'ordonnance CDSF, P. Arestan, Démarchage bancaire et financier et conseil en investissements financiers depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003 - aspects juridiques et pratiques, éd. Revue Banque, 2004.

(33) «Une idée prospère depuis bien longtemps dans l'esprit des régulateurs : le démarcheur exerce sur un prospect une pression intrusive qui justifie pleinement un régime contraignant alors que le publicitaire n'en exerce aucune. C'est cette assertion qui explique depuis des décennies la différence de traitement législatif entre publicité et démarchage», B. Gourrisse, *in* Publicité et démarchage financier : la France à la pointe de la protection des «petits investisseurs»?, Etudes, Dr. sociétés, déc. 2004, p. 7.

(34) S. Praicheux, Les caractéristiques juridiques de l'opération de démarchage bancaire ou financier, Banque et Droit, n° 99, janv.-févr. 2005, p. 15.

(27) Art. L. 121-20-8 nouveau c. consom.

(28) *V.*, pour les contrats sous forme électronique, les art. 1369-4 à 1369-6 c. civ. Pour l'exigence franco-française inscrite dans le code de la consommation de conserver les écrits constatant l'existence des contrats conclus par voie électronique dix ans après la conclusion de ceux-ci, *V.* la partie VII ainsi que l'art. L. 134-2 c. consom. et son décret d'application n° 2005-137 du 16 févr. 2005.

(29) Ord. n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

Depuis la loi précitée du 31 mars 2006 relative aux OPA la réglementation applicable en matière de démarchage bancaire et financier, pourtant récente, a été profondément modifiée. Les dispositions spécifiques qui avaient été introduites dans le code des marchés financiers par l'ordonnance de 2005 ont été totalement revues afin d'aligner certaines modalités du démarchage sur celui de la commercialisation à distance de services financiers. L'existence de deux régimes distincts en matière de vente à distance de produits et services financiers, applicables selon qu'il y a eu précédemment démarchage bancaire ou pas auprès du consommateur, risquait de fausser la concurrence au détriment des établissements financiers français dans un secteur où la distinction peut sembler fictive. En effet, «la commercialisation à distance de services financiers offre une accessibilité immédiate pour le futur client, ne connaît pas les frontières territoriales du droit et est soumise à un développement rapide, notamment par le biais de l'internet et de la banque multi-canal»³⁵.

Désormais il convient de distinguer deux régimes différents :

- les règles relatives au démarchage bancaire et financier sont applicables aux professionnels, que le démarchage soit suivi ou pas de la fourniture à distance de services financiers, et aux consommateurs dès lors que le démarchage n'est pas suivi de la fourniture à distance de services financiers. Ainsi en sera-t-il de l'envoi d'un message électronique invitant le prospect à venir dans l'agence pour conclure le contrat ;

- les règles relatives à la fourniture à distance de services financiers, adaptées en matière d'information, sont quant à elles applicables à la fourniture à distance de services financiers à un consommateur lorsqu'elle est précédée d'un démarchage. Ce sera le cas d'un consommateur sollicité par un moyen de démarchage traditionnel ou électronique qui l'amènera à se rendre sur le site internet du fournisseur où il pourra conclure son contrat en ligne.

Gardons-nous toutefois d'une interprétation trop optimiste de ce principe. Il est en effet pour le moins difficile pour un établissement financier d'anticiper le fait que son client conclue effectivement à distance, et non en agence, le contrat à la suite d'un démarchage. Or, c'est pourtant ce critère qui sera retenu *a posteriori* pour déterminer s'il a respecté ou non le strict régime du démarchage (produits interdits,...) décrit ci-après...

En effet, les dispositions spécifiques du démarchage, relatives aux personnes habilitées à procéder au démarchage³⁶, à l'interdiction pour certains produits³⁷, ainsi que les règles de bonnes conduites³⁸ ou les sanctions disciplinaires³⁹ ne devraient

s'appliquer que pour le démarchage d'un professionnel et d'un consommateur si, concernant ce dernier, le démarchage n'est pas suivi d'une vente à distance.

Selon cette réglementation, les démarcheurs doivent s'enquérir de la situation financière de la personne démarchée, de son expérience et de ses objectifs en matière de placement ou de financement, avant de formuler leur offre⁴⁰. Ils doivent également lui indiquer, d'une manière claire et compréhensible, les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision⁴¹. Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, doivent être fournies, à la personne démarchée en temps utile avant qu'elle ne soit liée par un contrat⁴². Le démarcheur doit lui communiquer le nom, l'adresse professionnelle et, le cas échéant, le numéro d'enregistrement de la personne physique procédant au démarchage et des personnes morales pour le compte desquelles le démarchage est effectué, fournir différents documents d'information particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés⁴³, ainsi que les conditions de l'offre contractuelle, notamment le prix total effectivement dû⁴⁴, les modalités selon lesquelles sera conclu le contrat (en particulier le lieu et la date de signature de celui-ci). Le démarcheur mentionnera, de plus, la loi applicable aux relations précontractuelles ainsi qu'au contrat, et l'existence de toute clause concernant le choix d'une juridiction.

Il doit, également, l'informer de l'existence ou de l'absence du droit de rétractation, ainsi que de ses modalités d'exercice⁴⁵. Précisons d'ailleurs que le régime du droit de rétractation (modalités, délais, exceptions) a été harmonisé avec celui issu de la réglementation sur la vente à distance de services financiers, comme nous pourrions le voir ci-après (V. partie VIII *infra*).

En matière de démarchage par téléphonie vocale, le démarcheur doit communiquer les mêmes informations⁴⁶ que celles que nous présenterons en matière de commercialisation par téléphonie vocale de produits et services financiers.

Le démarcheur qui ne satisferait pas son obligation d'information ou ne permettrait pas à la personne démarchée de bénéficier du délai de rétractation pourrait encourir une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende⁴⁷.

(40) Art. L. 341-11 CMF.

(41) Les informations communiquées par le fournisseur à la personne démarchée sur les obligations contractuelles doivent être conformes à la loi applicable au contrat en cas de conclusion de celui-ci.

(42) Art. L. 341-12 CMF. Il convient de se reporter au décret du 25 nov. 2005 (préc. *supra*, note 8) pour de plus amples précisions sur cette obligation d'information. Ainsi, le démarcheur doit également communiquer au démarché : l'identité, l'activité principale, l'adresse géographique à laquelle le fournisseur de services financiers est établi, ainsi que toute adresse nécessaire au suivi des relations entre la personne démarchée et le fournisseur...

(43) Les documents requis par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur ou, en l'absence de tels documents, une note d'information sur chacun des produits, instruments financiers et services proposés, élaborée sous la responsabilité de la personne ou de l'établissement qui a recours au démarchage et indiquant, s'il y a lieu, les risques particuliers que peuvent comporter les produits proposés.

(44) Lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué, la base de calcul du prix, permettant à la personne démarchée de vérifier ce dernier.

(45) Le délai commence à courir le jour de la conclusion du contrat ou, au plus tard, le jour où la personne démarchée reçoit les conditions contractuelles ainsi que les informations mentionnées à l'art. L. 341-12.

(46) Art. R. 341-16, 5°, CMF.

(47) Art. L. 353-1 CMF.

(35) Rapport n° 197 de M. P. Marini, fait au nom de la commission des finances, déposé le 8 févr. 2006, relatif au projet de loi relatif aux OPA, disponible sur http://www.senat.fr/rap/05-197/05-197_mono.html

(36) Art. L. 341-3 à L. 341-9 CMF. Un fichier des personnes habilitées à procéder au démarchage bancaire ou financier est tenu conjointement par l'AMF, le CECEI et le CEA.

(37) Art. L. 341-10 CMF. Ces produits sont : - les produits dont le risque maximum n'est pas connu au moment de la souscription ou pour lesquels le risque de perte est supérieur au montant de l'apport financier initial ; - les produits non autorisés à la commercialisation sur le territoire français en application de l'article L. 151-2 ; - les produits relevant des articles L. 214-42 et L. 214-43 ; - les instruments financiers qui ne sont pas admis aux négociations sur les marchés réglementés définis aux articles L. 421-1 et L. 422-1 ou sur les marchés étrangers reconnus définis à l'article L. 423-1.

(38) Art. L. 341-11 à L. 341-16 CMF.

(39) Art. L. 341-17 CMF.

Cependant, les règles protectrices relatives au démarchage ne s'appliquent pas ⁴⁸, notamment, lorsque les contrats proposés sont destinés aux besoins de l'activité professionnelle de la personne démarchée, ou que cette dernière est déjà cliente de la personne pour laquelle le démarchage a lieu, dès lors que l'opération proposée correspond, à raison de ses caractéristiques, des risques ou des montants en cause, à des opérations habituellement réalisées par cette personne ⁴⁹.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, afin de ne pas entraver la concurrence en matière de commercialisation à distance de services financiers, sont également exclus de cette réglementation spécifique les contrats à distance de services financiers précédés d'un démarchage, dès lors qu'ils s'adressent à un consommateur ⁵⁰. Les règles à suivre sont donc celles applicables à la vente à distance de produits et services financiers.

Ainsi, seul l'article L. 341-12 CMF relatif aux informations à communiquer doit être appliqué en lieu et place de l'article L. 121-20-10 du code de la consommation (*V. infra*). Il deviendrait donc possible, depuis la loi OPA et les modifications qu'elle a opérées, de commercialiser à distance à un consommateur des produits qui étaient interdits de démarchage auparavant... alors même que certains professionnels, catégorie requérant un niveau de protection moindre, ne pourraient être contactés en vue de souscrire un tel produit : dans leur cas et pour une commercialisation identique, ce serait la réglementation sur le démarchage et son cadre strict qui s'appliquerait.

Concernant le démarchage bancaire et financier effectué par des moyens de communication à distance, deux régimes coexistent également selon que le démarchage est suivi ou non d'une commercialisation à distance.

Ainsi, si le démarchage à distance est suivi d'une commercialisation en face à face, c'est le régime du démarchage qui s'applique, avec la possibilité de s'en affranchir si l'opération rentre dans le cadre de celles habituellement réalisées par cette personne (*V. supra*).

Par contre, si le démarchage bancaire et financier à distance est suivi d'une commercialisation également à distance auprès d'un consommateur, ce sont les dispositions encadrant cette dernière qui s'appliquent, celles-ci renvoyant aux règles concernant l'envoi de courriers électroniques de prospection commerciale ⁵¹.

V - Le régime de l'*opt-in*

En matière de prospection commerciale réalisée grâce à des techniques de communication à distance, le schéma repris par la directive CDSF est celui de la directive de pleine harmonisation 2002/58/CE du 12 juillet 2002 dite «vie privée» concernant le

traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Cette directive prédomine donc sur les dispositions plus souples en la matière prévues par la directive CDSF. Sur un plan formel, le législateur français n'a fait que renvoyer ⁵², dans un nouvel article L. 121-20-14 du code de la consommation, aux récentes dispositions insérées par la LCEN ⁵³ dans ce même code (art. L. 121-20-5) ainsi que dans le code des postes et des communications électroniques (ou CPCE, art. L. 34-5).

Dès lors, «est interdite la prospection directe ⁵⁴ au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement ⁵⁵ préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen». Ce principe a été popularisé sous le terme «d'*opt-in*» ⁵⁶.

Toutefois, une exception a été prévue rendant possible la prospection sans autorisation préalable sous les conditions cumulatives suivantes :

- les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui ⁵⁷, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services ;
- la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale ;
- le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé ⁵⁸.

On parle dans ce cas «d'*opt-out*».

S'agissant des techniques de communications à distance qui ne sont pas expressément prévues dans l'article L. 34-5, il convient, pour pouvoir les utiliser, que le consommateur n'ait pas manifesté son opposition, c'est donc le régime de «l'*opt-out*» qui doit s'appliquer ⁵⁹.

(52) Ce nouvel article du code de la consommation a également été inséré, conformément au choix de la citation des articles applicables issus d'autres codes, dans le code des assurances (art. 2), le code de la mutualité (art. 3), le code de la sécurité sociale (art. 4) ainsi que le code des marchés financiers (art. 5).

(53) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 11168, texte n° 2.

(54) Art. L. 34-5, al. 3, CPCE : «Constitue une prospection directe l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services».

(55) Art. L. 34-5, al. 2, CPCE : «Toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe».

(56) V. sur les notions d'*opt-in* et d'*opt-out*, S. Gauthronet et E. Drouard, Communications commerciales non sollicitées et protection des données (not. p. 84 et 111), rapport à destination de la Commission des Communautés européennes, janvier 2001.

(57) Dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(58) Il convient de communiquer à la personne démarchée des coordonnées valables auxquelles elle peut utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé (art. L. 34-5, al. 5, CPCE).

(59) Art. L. 121-20-14 c. consom.

(48) Art. L. 341-2 CMF.

(49) En l'absence de définition de la notion «d'opérations habituellement réalisées par cette personne», il reviendra dès lors au juge d'en apprécier la teneur en fonction des critères précités.

(50) Art. L. 343-2 CMF. Cette interprétation se confirmant d'ailleurs par la position même de cet article qui est inséré, non pas dans la partie du code monétaire et financier relative au démarchage, mais au contraire dans celle consacrée à la vente à distance de produits et services financiers.

(51) Les premières dépendent pour une large part du contenu du message transmis, à la différence des secondes qui se concentrent sur la technologie utilisée ou la personnalité du récipiendaire.

Concernant le coût pour le consommateur que peut entraîner cette opposition et bien que le dernier alinéa de l'article L. 121-20-14 précité prévoit que «les mesures prévues au présent article ne doivent pas entraîner de frais pour le consommateur», il nous semble que la mise en cohérence nécessaire de ce texte avec cet article L. 34-5 conduise à interpréter la disposition comme obligeant à ne pas prévoir de frais supplémentaires autres que ceux normalement liés à la transmission du refus (coût de connexion à l'internet, d'envoi d'un courrier électronique,...).

Notons une différence subtile entre les dispositions européennes se faisant écho: la directive «vie privée», et donc la LCEN qui a transposé la disposition en question, ne visent que la prospection directe par messagerie électronique. Or, tel n'est pas le cas des directives «vente à distance» et CDSF qui ne concernent pas les hypothèses de prospection commerciale mais plus largement la simple «utilisation» de «techniques de communication à distance».

Cette distinction n'a pas été suivie par le gouvernement français qui s'est contenté, à raison selon nous, de reprendre le régime pré-existant visant seulement les prospections commerciales.

A l'opposé, l'ordonnance récente n° 2005-674 du 16 juin 2005 précitée relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique a inséré dans le code civil un nouvel article 1369-2 qui précise que «les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen». L'universalité de cette règle transparaît dans le texte de l'article, général, ainsi qu'au regard du code choisi (le code civil) et enfin du fait de son positionnement dans celui-ci (chapitre VII du titre III du livre III du code civil, intitulé «Des contrats sous forme électronique»). Elle a vocation à s'appliquer à toute personne ⁶⁰ et à tout produit et service, financiers comme non financiers, dans le cadre de relations commerciales ou non.

Pour autant, compte tenu des conséquences de l'application stricte d'une telle règle, contraire aux exceptions au principe du consentement préalable posé par la directive de pleine harmonisation «vie privée» précitée, nous ne pensons pas que ce texte soit susceptible d'être appliqué à l'envoi d'un courrier électronique au destinataire-consommateur sans son consentement, alors même que ce message ne serait pas un message de prospection mais un simple message d'information adressé au cours de l'exécution du contrat (du type «vous avez reçu un chéquier, nous vous invitons à vous rendre dans votre agence pour le retirer»).

En effet, en dépit de la définition du consentement présente à l'article L. 34-5 CPCE en matière de prospection électronique par messagerie électronique, interprétée très strictement par la CNIL, sans doute faut-il comprendre dans l'exigence de code civil que le consentement du client peut n'être qu'implicite: la définition du consentement de l'article L. 34-5 CPCE est en effet propre à cet article. Or, dans notre hypothèse, on peut supposer que le client qui communique volontairement son adresse de

messagerie électronique à l'établissement financier dans le cadre de leur relation commerciale consent implicitement à recevoir par courriers électroniques des informations de gestion sur son compte.

La conséquence en serait néanmoins que la définition du consentement à recevoir un courrier électronique pourrait diverger suivant les cas... et les textes applicables, ce qui n'est pas un gage de lisibilité ou de sécurité juridique.

Reste que, en tout état de cause, l'article 1369-2, inclus dans une section du code civil intitulée «De l'échange d'informations en cas de contrat sous forme électronique», apparaît inapplicable aux contrats qui ne sont pas conclus sous forme électronique (tels que les conventions d'ouverture de compte à l'heure actuelle).

Au point de vue opérationnel, ce ne sont *a priori* pas moins de sept régimes distincts qui sont susceptibles de régir l'utilisation de techniques de communication à distance d'un fournisseur de services financiers avec son client ou son prospect et que nous présenterons ici par un tableau (V. *in fine*, p. 3068), tant le détail en serait fastidieux même pour le lecteur le plus passionné.

Et encore faut-il, pour conclure sur ce point, mentionner l'impact des dispositions spécifiques applicables aux hypothèses de démarchage bancaire ou financier. Celles-ci ont un point commun, le principe du consentement préalable, mais des modalités différentes (exception non pas en cas de «produits ou services analogues» mais selon un critère de «risque» que pourrait prendre le client démarché ⁶¹). Elles se surajoutent pourtant à l'ensemble, ce qui accroît d'autant la complexité de la réglementation applicable à la prospection commerciale.

VI - L'obligation d'information préalable

L'obligation d'information est sans nul doute le pilier central de la protection du consommateur, ce qui justifie d'ailleurs que le législateur, tant européen que français, ait souhaité son harmonisation. Toutefois, bien que l'ordonnance du 6 juin 2005 ait repris les dispositions de la directive, les Etats membres gardent, comme nous le verrons, une marge de manœuvre quant aux informations destinées à éclairer le consentement du consommateur.

Le fournisseur de services de paiement a une obligation d'information relative à son identité ⁶², aux conditions financières du contrat, à l'existence ou à l'absence du droit de rétractation ainsi qu'à ses modalités d'exécution, aux produits et services financiers ⁶³ proposés. Afin que l'information préalable communiquée au consommateur soit conforme au droit qui deviendra applicable une fois le contrat réalisé, le fournisseur a également l'obligation de préciser la loi applicable aux relations précontractuelles et au contrat, ainsi que l'existence de toute clause concernant le choix d'une juridiction ⁶⁴.

(61) V. partie IV *supra* sur les notions de risque et d'habitude.

(62) Si le fournisseur utilise les services d'un représentant ou d'un intermédiaire, il doit également communiquer son identité au consommateur.

(63) Les dispositions législatives ou réglementaires ou, en l'absence de tels documents, une note d'information sur le produit proposé indiquant les éventuels risques particuliers (art. L. 121-20-10, 2°, c. consom.).

(64) Art. L. 120-20-10 c. consom. Dans le cas d'une commercialisation à distance de services financiers précédée d'un démarchage, ce sont les informations énumérées à l'art. L. 341-12 CMF qui doivent être mentionnées.

(60) Notons que l'art 1369-3 c. civ., introduit par la même ordonnance, prévoit que cette règle reçoit exception dans le cas «d'informations destinées à un professionnel».

L'article R. 121-2-1⁶⁵ du code de la consommation précise la teneur de l'obligation d'identification du fournisseur, de l'information relative au service financier proposé, au droit de rétractation, tout en instaurant, d'une part, une obligation d'information quant à l'existence ou l'absence de recours⁶⁶, et, d'autre part, des obligations spécifiques en cas de communication par téléphonie mobile (V. *infra*). Le décret prévoit ainsi que le consommateur doit être informé de l'existence ou de l'absence de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours accessibles et, si de telles procédures existent, de leurs modalités d'exercice. Le consommateur doit également être informé de l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation, tels que les mécanismes d'indemnisation des déposants, des investisseurs et des cautions⁶⁷.

De même, en matière d'assurance, le nouvel article R. 112-4 du code des assurances prévoit une obligation de communiquer les modalités de conclusions du contrat et de paiement de la prime. N'oublions pas, en effet, qu'en matière d'assurance c'est l'assureur qui accepte la conclusion du contrat. L'assureur doit également indiquer la durée minimale du contrat ainsi que les garanties et exclusions prévues par celui-ci, la durée pendant laquelle les informations fournies sont valables et les modalités d'examen des réclamations que le souscripteur peut formuler au sujet du contrat y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice ainsi que, le cas échéant, l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation.

De surcroît, l'exigence d'informations spécifiques à chaque produit ou service proposé s'ajoute à ces classiques informations précontractuelles. L'article L. 311-13 du code de la consommation impose, par exemple, qu'une offre préalable de prêt conforme à l'un des modèles types visés à l'article R. 311-6 du même code, qui contient les conditions du prêt envisagé et notamment son coût, soit remise à l'emprunteur. Logiquement, ce sont ces offres préalables de prêt qui pourraient constituer l'information précontractuelle imposée par l'article L. 121-20-10 du code de la consommation. Reste que, actuellement, les formulations de ces documents n'ont pas été retouchées lors de la réforme et ne sont dès lors pas adaptées à la vente à distance.

On peut toutefois considérer que les formulaires types pourraient être actualisés directement par les organismes financiers afin de tenir compte des modifications législatives, en attendant une intervention réglementaire⁶⁸. Le caractère commercial des informations précontractuelles, qui doivent être transmises au consommateur de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, doit apparaître sans équivoque.

Ces informations doivent lui être communiquées en temps utiles et avant qu'il ne soit lié par un contrat. Toutefois, si la tech-

nique de communication à distance utilisée⁶⁹ à la demande du consommateur ne permet pas de remplir cette obligation avant la conclusion du contrat, le fournisseur devra satisfaire cette obligation immédiatement après la conclusion du contrat, sur un support durable (V. partie VII, *infra*). La sanction de ces obligations est dissuasive⁷⁰, car elle consiste en l'ajournement du point de départ du délai de rétractation⁷¹ (V. partie VIII, *infra*).

Le fournisseur peut s'acquitter de ces obligations par l'envoi d'un document unique, à condition qu'il s'agisse d'un support écrit ou d'un autre support durable auquel le consommateur a accès et que les informations mentionnées ne varient pas jusqu'à et y compris la conclusion du contrat⁷². Cependant, le consommateur pourra à tout moment au cours de la relation contractuelle, s'il en fait la demande, recevoir les conditions contractuelles sur un support papier, ou bien changer les techniques de communication à distance utilisées, à moins que cela ne soit pas compatible avec le contrat à distance conclu ou avec la nature du service financier fourni⁷³. Cette dernière disposition peut s'avérer fort utile pour le consommateur qui n'aurait plus accès, pour des raisons techniques notamment, aux conditions contractuelles sous forme électronique.

En plus des informations que le fournisseur doit communiquer au consommateur en vertu de la réglementation spécifique aux services financiers, viennent s'ajouter celles requises par la réglementation sur les services de communication au public en ligne ainsi que par la réglementation sur le commerce électronique qui s'attachent à la spécificité des contrats conclus électroniquement⁷⁴. Les informations relatives à l'identification du prestataire⁷⁵ ou à l'indication du prix⁷⁶ doivent donc être communiquées par tout prestataire d'un service de la société de l'information et pas uniquement par ceux qui pratiquent le commerce électronique. En vertu de la LCEN, le fournisseur de produits ou de services par voie électronique doit également indiquer au consommateur des informations relatives aux différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, aux moyens techniques disponibles pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant la passation de la commande, aux langues proposées pour la conclusion du contrat et, en cas d'archivage du contrat, indiquer les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé. Il doit également indiquer les règles professionnelles et commerciales auxquelles il est soumis et la façon d'y accéder par voie électronique. Toutes ces informations doivent être d'un accès facile, direct et permanent⁷⁷.

(69) Cette dernière disposition ne devrait pas concerner l'internet mais s'appliquer au téléphone et au WAP. V. à ce sujet, T. Verbiest, Les aspects juridiques du WAP et commerce électronique mobile, 12 janv. 2001, disponible sur : www.droit-technologie.org

(70) L. Grynbaum et F. Leplat, Ordonnance « services financiers à distance ». De la relativité du code de la consommation comme code... pilote, JCP G 2005, I, 193.

(71) Nouvel art. L. 121-20-12 c. consom.

(72) Art. L. 121-20-11 c. consom.

(73) Art. L. 121-20-11, al. 3, c. consom.

(74) La LCEN a repris les exigences de la directive « commerce électronique » (préc.).

(75) L'art. 6, VI, 1°, de la LCEN prévoyant une sanction d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende en cas de manquement.

(76) Art. 19 de la LCEN.

(77) Cette obligation peut notamment être satisfaite au moyen d'un hyperlien placé sur les différentes pages du site renvoyant à la page d'information.

(65) Les informations particulières en matière de banque et d'assurance ont d'ailleurs été précisées et complétées par le décret n° 2005-1450 du 25 nov. 2005 précité.

(66) Le fournisseur doit notamment indiquer : la durée du délai de rétractation, le coût éventuel de sa mise en œuvre, ses modalités pratiques d'exercice, la durée minimale du contrat si le contrat est à exécution successive...

(67) Art. L. 312-4, L. 313-50 et L. 322-1 CMF.

(68) V. notamment en ce sens Cass. 1re civ. 17 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 233 ; D. 2001, AJ p. 2676, obs. C. Rondey, et 2002, Jur. p. 71, note D. Mazeaud.

Si la LCEN, tout comme la directive CDSF, impose au fournisseur de mettre ses conditions contractuelles à disposition du consommateur de manière à ce qu'il puisse les conserver et les reproduire, les nouvelles dispositions, s'appliquant à la vente à distance et non plus seulement à la vente en ligne, utilisent par contre le terme plus générique de «réception» des informations par le consommateur.

Les informations à communiquer au consommateur ne manqueront donc pas, puisque les dispositions relatives à la vente de services financiers et celles relatives au commerce électronique sont cumulatives pour les organismes financiers dès lors qu'ils proposent une souscription en ligne. Quant à la qualité de l'information, elle ne devrait pas poser de problème dans la mesure où elle doit être communiquée sur un support durable que le consommateur pourra facilement exciper en cas de litige.

VII - La communication des conditions contractuelles sur support papier ou support durable

«Le législateur a toujours apporté un soin particulier à l'opposabilité des conditions générales. La démarche est logique: comment en effet prétendre inclure dans la sphère contractuelle un document - généralement défavorable à l'acheteur - si ce dernier n'en a pas pris connaissance et n'a pas marqué son consentement «complet et éclairé»?»⁷⁸.

D'une part, cette obligation de communication des conditions générales a été transposée à l'univers électronique par la LCEN qui a inséré dans le code civil un nouvel article 1369-4⁷⁹. Ce texte exige que le cybermarchand, donc le fournisseur de services financiers en ligne, mette les conditions contractuelles à disposition du consommateur, de manière à ce qu'il puisse les conserver et les reproduire. En pratique, ces dernières peuvent être disponibles en téléchargement, se trouver sur la page d'accueil du site, sur une page spécifique facilement accessible, au moyen par exemple d'un lien hypertexte ou apparaître automatiquement dans une fenêtre *ad hoc*, pour autant que celle-ci ne soit pas filtrée par les systèmes *anti-pop-up*. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris, dans une affaire impliquant un site de commerce électronique s'adressant à des consommateurs (aff. *Père-Noël.fr*)⁸⁰, n'a pas jugé indispensable l'acceptation expresse des conditions générales elles-mêmes⁸¹.

Quel que soit le moyen utilisé, l'essentiel est que l'établissement financier puisse apporter la preuve que le consommateur a pris connaissance de ces conditions.

D'autre part, l'article 121-20-11 du code de la consommation prévoit en matière de commercialisation à distance de produits ou de services financiers, comme on l'a vu *supra*, une communication des conditions contractuelles et des informations au consommateur, sur support papier ou support durable, mises à sa disposition et auxquelles celui-ci a accès⁸². Or, constitue un support durable au sens de la directive CDSF «tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées»⁸³. De plus, il est spécifiquement mentionné, dans une appréciation pragmatique de l'équipement informatique des consommateurs, que «les «supports durables» incluent notamment les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké».

Toutefois, sont expressément exclus «les sites internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables»⁸⁴. L'exclusion de la confirmation sur écran, courante en pratique, ne nous paraît pas toujours indiquée. En effet, l'impression d'une page est parfois plus «durable» qu'un courrier électronique soumis aux aléas de la transmission sur le réseau, au stockage parfois déficient du fournisseur d'accès, ou tout simplement au manque d'expérience du consommateur qui n'arrive pas toujours à sauvegarder le courrier de manière efficace et rationnelle⁸⁵.

Pour autant, la définition de la directive n'a malheureusement pas été transposée sur ce point en droit français, et le sujet reste particulièrement discuté, ayant même conduit le Forum des droits sur l'internet à préciser dans sa recommandation sur la conservation électronique des documents⁸⁶ qu'il «serait souhaitable de préciser la définition légale du «support durable»». Il nous apparaît pour notre part peu efficace, au vu de la pratique, de refuser qu'un fichier, enregistré au format «pdf» (format ouvert) enregistré par le consommateur sur son disque dur (la pratique la plus usuelle qui soit), puisse ne pas valablement être considéré comme une information stockée sur un support durable.

Concernant les modalités de transmission des informations au consommateur, les termes utilisés dans le code de la consommation («le consommateur doit recevoir», doit avoir accès...) nous laissent penser que plusieurs voies s'offrent aux organismes financiers, suivant notamment le profil de leurs clients. On peut penser à informer *via* l'envoi de courriers électroniques⁸⁷, pour autant, en pratique, que la preuve de la réception par le client (et donc du respect de leurs obligations) puisse être apportée.

(78) T. Verbiest, La protection juridique du cyber-consommateur, coll. droit@litec, Litec, Editions du Juris-classeur, 2003.

(79) «Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle en tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait».

(80) TGI Paris 4 févr. 2003, *Association Familles de France c/ SA Père-Noël.fr*, D. 2003, AJ p. 762, obs. C. Manara.

(81) Le tribunal a considéré que la clause faisant «référence à l'acceptation par l'acheteur «de l'intégralité des conditions générales de vente exposées ci-après», de sorte que le consommateur est nécessairement invité à prendre connaissance des dites conditions générales avant de valider sa commande et d'effectuer le paiement», ne créait donc pas «un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat».

(82) Rappelons que le consommateur «pourra à tout moment au cours de la relation contractuelle, s'il en fait la demande, recevoir les conditions contractuelles sur un support papier» (art. L. 121-20-11, al. 3, c. consom.), V. *supra*, partie VI.

(83) Art. 2-f dir. CDSF.

(84) Considérant n° 20 dir. CDSF.

(85) T. Verbiest, La protection juridique du cyber-consommateur, préc.

(86) Rapport rendu public le 1er déc. 2005, disponible sur <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=949>

(87) En vertu de l'art. 1369-9 c. civ., la remise physique d'un document est remplacée par l'accusé de réception électronique qui la rend effective, V. E. A. Caprioli, L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005: nouveau formalisme contractuel pour les échanges électroniques, <http://www.caprioli-avocats.com>

Reste que la majorité des organismes financiers utilisent déjà, fort logiquement, leur site sécurisé de banque en ligne où le client peut, dès à présent, consulter ses comptes et passer ses ordres et dont l'accès nécessite, en pratique, la signature d'un contrat prévoyant une convention sur la preuve: par ce biais s'opèrent souscription en ligne et informations diverses si le client choisit ce moyen de commercialisation à distance auquel il est déjà familiarisé.

De plus, lorsque le contrat est conclu par voie électronique et porte sur une somme égale ou supérieure à 120 euros⁸⁸, le professionnel doit assurer la conservation de l'écrit qui le constate pendant une durée de dix ans à compter de sa conclusion s'il est d'exécution immédiate, sinon, le délai court de la conclusion du contrat à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci⁸⁹. Nous pouvons toutefois regretter que la loi, tout comme le décret, prévoyant une obligation qui n'est inscrite dans aucun texte communautaire, soient restés silencieux sur les modalités d'exécution de l'obligation de conservation du contrat. En effet, non seulement le fournisseur pourrait en reporter le coût sur le commerçant, mais surtout, aucune sanction ne condamne le non-respect de cette obligation par le marchand⁹⁰.

Pour autant, dans la mesure où cette disposition impose des exigences spécifiques plus strictes que celles prévues dans l'ordonnance CDSF concernant la mise à disposition des documents contractuels⁹¹ alors que cette dernière est d'harmonisation maximale, il nous semble que sa compatibilité avec le droit européen pourrait être discutée. Dès lors, elle ne devrait pas s'appliquer aux contrats portant sur des services financiers, même si ceux-ci sont «conclus par voie électronique».

S'agissant de la commercialisation de services financiers par téléphone, des dispositions spécifiques ont été mises en place, permettant au professionnel d'exécuter ses obligations d'information immédiatement après la conclusion du contrat, dès lors qu'il a été conclu à la demande du consommateur par une technologie à distance ne permettant pas la transmission des informations⁹². Selon l'article R. 121-2-1, 5°, du code de la consommation, l'identité du fournisseur et le caractère commercial de l'appel dont le fournisseur a pris l'initiative doivent être indiqués sans équivoque au début de toute conversation avec le consommateur. Sous réserve de l'accord formel de ce dernier, une partie des informations habituellement prévues doivent lui être fournies, dont notamment l'identité de l'interlocuteur et son lien le fournisseur, une description des principales caractéristiques du service financier, le prix total dû, l'existence ou l'absence du droit de rétractation, ses modalités, ... Le fournisseur informe également le consommateur sur, d'une part, le fait que d'autres

informations peuvent être fournies sur demande et, d'autre part, la nature de ces informations. En matière d'assurance, la personne en contact avec le souscripteur doit en outre préciser son identité et son lien avec l'assureur⁹³.

VIII - Le droit de rétractation et ses exceptions

Le droit de rétractation peut se définir comme étant «une manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté»⁹⁴. Au niveau européen, c'est l'article 6 de la directive vente à distance (préc.) qui pose le principe général d'existence d'un droit de rétractation qui doit être d'au moins sept jours ouvrables. S'agissant des contrats à distance portant sur des services financiers, le délai de rétractation est de quatorze jours calendaires⁹⁵.

Comme nous l'avons vu, le délai court à compter de la conclusion du contrat ou du moment où le consommateur reçoit les informations ou les documents contractuels obligatoires⁹⁶. En effet, lorsque le fournisseur ne satisfait pas à son obligation d'information comprenant notamment l'indication de l'existence du droit de rétractation, le point de départ du délai de rétractation⁹⁷ est reporté à la date à laquelle il aura satisfait son obligation. Lorsque le délai de rétractation expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, il ne devrait pas être prorogé. D'autre part, selon la directive vente à distance, la rétractation effectuée par le consommateur relativement à un contrat d'achat d'un produit ou d'un service à distance vaut également pour le contrat de prêt qui y est attaché.

Le droit de rétractation s'exerce sans indication de motif ni pénalités. Ainsi, dans l'affaire précitée *Père-Noël.fr*⁹⁸, le tribunal a jugé que «le droit de rétractation est absolu et discrétionnaire et permet au consommateur d'essayer l'objet commandé et d'en faire usage». Il a par conséquent annulé une clause des conditions générales du vendeur qui stipulait que «(...) cette faculté de rétractation ne peut jamais jouer (...) si les produits livrés ont manifestement fait l'objet d'un usage durable (au-delà de quelques minutes)».

La directive CDSF a, quant à elle, précisé les modalités d'exercice du droit de rétractation: le consommateur peut notifier son intention de se rétracter sur support papier ou support durable, en suivant les modalités que le fournisseur a dû lui indiquer préalablement⁹⁹.

Pour autant qu'un courrier électronique soit considéré comme un support durable - ce qui irait parfaitement dans le sens des vœux communautaires - une notification par courrier électronique serait donc possible, suivant les cas et sous

(88) Décret précité n° 2005-137 du 16 févr. 2005 pris pour l'application de l'art. L. 134-2 c. consom.

(89) Art. L. 134-2 c. consom.; art. 27 de la LCEN.

(90) C. R. Joly, *Le paiement en ligne: aspects juridiques et techniques*, éditions Hermes Science Lavoisier, 2005, p. 224.

(91) L'art. L. 121-20-11 c. consom. ne prévoit la demande des conditions contractuelles qu'au «cours de la relation contractuelle» et non dix ans après. Certes, cette durée de conservation doit de toute façon être assurée par le commerçant en vertu des règles comptables et commerciales, mais ces diverses obligations ne visent pas la mise à disposition à tout moment des documents conservés au consommateur.

(92) L'art. L. 121-20-10, dernier alinéa, c. consom., renvoyant d'ailleurs au décret du 25 nov. 2005 pour les dispositions particulières applicables en cas de communication par téléphonie vocale.

(93) Art. R. 112-4, 2°, c. assur.

(94) I. Alonso, *La rétractation et la révocation en droit privé*, thèse dactyl. Montesquieu-Bordeaux IV, 2001, n° 7.

(95) Art. L. 121-20-12 c. consom. Ce délai sera toutefois de trente jours pour les contrats d'assurance sur la vie et les opérations portant sur les retraites individuelles, art. 6.1 dir. CDSF.

(96) Art. L. 121-20-12, II, 2°, c. consom.

(97) Nouvel art. L. 121-20-12 c. consom.

(98) TGI Paris 4 févr. 2003, préc.

(99) Art. 6.6 dir. CDSF. V. *supra*, partie VII, sur les informations à communiquer.

réserve de respecter d'autres textes, soit les articles 1369-7 et 1369-8 du code civil concernant « l'envoi ou la remise d'un écrit par voie électronique »¹⁰⁰ et donc de s'assurer notamment de la preuve de la date d'envoi. Le fournisseur doit alors rembourser au consommateur toutes les sommes qu'il a reçues dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours¹⁰¹. De son côté le consommateur doit restituer au fournisseur tout bien ou toute somme qu'il a reçus de ce dernier, en respectant le même délai.

Les contrats auxquels le délai de rétractation s'applique ne peuvent pas recevoir de commencement d'exécution par les parties avant l'arrivée du terme du délai de rétractation sans l'accord du consommateur. D'une part, cela signifie que si le fournisseur a commencé à exécuter le service pendant le délai de rétractation sans demande préalable du consommateur, il ne pourra pas exiger ce paiement. D'autre part, le consommateur qui demande l'exécution et exerce par la suite son droit de rétractation ne pourra être tenu qu'au paiement proportionnel du service financier effectivement fourni, à l'exclusion de toute pénalité. Le paiement sera proportionnel au service fourni avant l'intervention de la rétractation¹⁰². Enfin, dès lors que le contrat aura été intégralement exécuté par les parties durant le délai de rétractation, il ne sera plus possible, alors, d'exercer ce droit¹⁰³.

Par exception, dans certaines hypothèses, il n'y a pas de droit de rétractation, sauf si les parties en ont convenu autrement¹⁰⁴. Sont notamment visés les services dont le prix dépend des fluctuations du marché financier¹⁰⁵, les contrats de crédit immobilier¹⁰⁶ ou de la même manière, en matière d'assurance, les contrats d'assurance pour une courte durée, c'est-à-dire inférieure à un mois.

En matière d'assurance, le délai de renonciation¹⁰⁷ est également de quatorze jours calendaires, excepté pour le contrat d'assurance vie conclu à distance, où il est porté à trente jours. Sont exclus du droit de rétractation : les contrats d'assurance pour une courte durée et les contrats d'assurance automobile¹⁰⁸ ainsi que les contrats exécutés intégralement par les deux parties avant l'écoulement du délai de rétractation. Notons que l'ordonnance est restée silencieuse sur les contrats d'assurance liés aux marchés financiers tels que les contrats en unités de compte, alors qu'il existe un véritable risque que le souscripteur détourne le délai de trente jours pour se désengager d'un contrat qui ne lui semble pas avantageux, utilisant ainsi son droit de rétractation comme un moyen de spéculation¹⁰⁹.

S'agissant des crédits à la consommation, dès lors qu'ils sont conclus au moyen d'une technique de commercialisation à distance¹¹⁰, ils ne peuvent, même avec l'accord exprès de l'emprunteur, recevoir un commencement d'exécution avant l'expiration du 7^e jour suivant la date de l'acceptation, à l'exception des contrats de crédit affecté qui peuvent recevoir application à partir du 3^e jour suivant la date d'acceptation du contrat. Ainsi, en matière de crédit personnel¹¹¹, les fonds pourront être débloqués, à la demande expresse de l'emprunteur, entre le 7^e et le 14^e jour suivant l'acceptation, soit avant l'expiration du délai de rétractation de quatorze jours¹¹². Toutefois l'emprunteur peut encore se rétracter tant que le délai n'est pas écoulé. Dans ce cas, il devra restituer à la banque, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours, le montant du prêt ainsi que les sommes dues¹¹³ proportionnellement au service rendu¹¹⁴. Le prêteur devra, quant à lui et dans les mêmes délais, restituer¹¹⁵ toutes sommes perçues déduction faite des sommes dues par l'emprunteur.

IX - La clause de DIP

Afin d'assurer un maximum de protection au consommateur il est également prévu que, lorsque les parties ont choisi la loi d'un Etat membre de la Communauté européenne pour régir le contrat, le juge peut en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur, et ce à la condition que le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres de la Communauté européenne. Cette condition est présumée remplie dès lors que la résidence des consommateurs est située dans un Etat membre¹¹⁶.

Pour conclure, il apparaît donc que la réglementation de la commercialisation à distance des services financiers, touffue et complexe mais stabilisée, n'évoluera probablement que peu avant le réexamen européen prévu pour 2008. En revanche, pour la sous-catégorie qu'est la commercialisation en ligne de services financiers, sans conteste le moyen de fourniture de services appelé à devenir le plus important à terme, la lisibilité du régime apparaît beaucoup plus incertaine. Les formidables possibilités sans cesse renouvelées qu'offre l'évolution technique, conjuguées au fait que le juriste vive entre « abstrait et concret, droit et fait (...) » comme s'il inspirait du fait pour expirer du droit¹¹⁷ expliquent sans doute ce trouble apparent, signe en réalité d'une législation en perpétuelle évolution. ■

(100) On les supposera applicables ici, malgré la lettre du texte indiquant qu'ils ne devraient concerner que les lettres relatives « à la conclusion ou à l'exécution du contrat ».

(101) Art. L. 121-20-13, II, c. consom. Le délai commence à courir le jour où le fournisseur reçoit la notification de la rétractation.

(102) Art. L. 121-20-13, I, al. 1^{er}, c. consom.

(103) L. Grynbaum et F. Leplat, préc., JCP 2005, I, 193.

(104) Art. L. 121-20-12 c. consom.

(105) Telles que les opérations sur les instruments financiers (prévues par l'art. L. 211-1 CMF, soit les actions, titres, créances, valeurs mobilières, instruments financiers à terme, etc.), ainsi que les services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'art. L. 321-1 CMF.

(106) Art. L. 312-2 c. consom.

(107) Synonyme de rétractation.

(108) Alors que la directive n'excluait pas les contrats d'assurance automobile, l'ordonnance française l'a expressément fait...

(109) L. Grynbaum et F. Leplat, préc., JCP 2005, I, 193.

(110) Art. L. 121-20-13 c. consom.

(111) A condition que la banque ait donné son agrément à l'emprunteur dans le délai de sept jours suivant la date de l'acceptation par le consommateur.

(112) P. Bouteiller, La commercialisation des services financiers à distance, JCP E 2005, 1859.

(113) Soit les intérêts pour la période écoulée.

(114) L'emprunteur ne sera tenu de rembourser que le capital versé par la banque, si le prêteur n'a pas donné dans l'offre le coût total de l'opération pour l'emprunteur et s'il a mis les fonds à la disposition de l'emprunteur avant l'expiration du délai de rétractation de quatorze jours, sans que l'emprunteur n'en ait fait la demande expresse.

(115) Au-delà du délai de trente jours, les sommes non restituées porteront intérêt au taux légal en vigueur.

(116) Art. L. 121-20-15 c. consom.

(117) F. Terré, L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 déc. 1993 sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la Justice, La Doc. fr., p. 251.

Prospection commerciale via un automate d'appel ou un télécopieur (fax)	Si le prospect est une personne morale (société, association, ...)	<i>Opt-out</i>	
	Si le prospect est une personne physique	<i>Opt-in</i>	
Prise de contact via un « courrier électronique » au sens large (englobant email, messagerie instantanée et SMS)	Si le prospect/client est joint à une adresse professionnelle non nominative ou si l'objet du contact s'explique directement par son activité professionnelle		
	Si le prospect est joint : - à son adresse professionnelle nominative, l'objet du contact ne s'expliquant pas directement par son activité professionnelle ; - ou à son adresse personnelle.	Et qu'il est client (« produit analogue » fourni directement par la même personne (adresse collectée à cette occasion))	<i>Opt-out</i>
		Et qu'il reçoit, à l'adresse qu'il nous a communiquée, un message d'information/de service en application des dispositions contractuelles (« vous avez reçu un chéquier », ...)	Simple application du contrat
		Et qu'il n'est pas dans l'un de ces deux autres cas	<i>Opt-in</i>
Prise de contact via un autre moyen (appel téléphonique non automatisé, courrier postal, ...)	Quel que soit le type de client		
		<i>Opt-out</i>	