



CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Rapport

LA SOLLICITATION DU CONSOMMATEUR

DIRECTION SCIENTIFIQUE

Carole AUBERT de VINCELLES

Professeure à CY Cergy Paris Université
Directrice de la Chaire Droit de la consommation

Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD

Professeure à l'Université Paris Nanterre
Co-directrice de la Chaire Droit de la consommation

décembre 2023

LA CHAIRE DROIT DE LA CONSOMMATION, abritée par la Fondation de CY Cergy Paris Université, s'est constituée en décembre 2019 dans le but de réunir chercheurs et acteurs majeurs du monde de la consommation. Première et seule Chaire universitaire en ce domaine en France, elle a vocation à constituer un pôle national et international de référence en droit de la consommation.

La Chaire Droit de la consommation est née du constat d'un besoin d'une réflexion en amont de la construction législative, par l'analyse critique des règles existantes et la conception de nouvelles approches. Un recul et un approfondissement sont en effet apparus essentiels de façon à appréhender les nouvelles formes de consommation (plateformes numériques, consommation collaborative, objets connectés, etc.), le fort impact européen complexifiant les sources réglementaires ou encore les nouveaux enjeux à respecter, tels que ceux liés à l'environnement. Cette Chaire a donc pour objectif d'évaluer la législation nationale et européenne existante, de proposer des évolutions et de peser sur les choix stratégiques des décideurs, en développant et diffusant une recherche de qualité en lien avec les besoins et les difficultés rencontrées par ses acteurs.

Afin de contribuer à la formation des générations futures, un Master en droit des affaires parcours « Droit économique et pratiques commerciales » s'est adossé à la Chaire Droit de la consommation, avec laquelle il interagit.

Membres fondateurs et mécènes de la Chaire Droit de la consommation

Grands mécènes

Engie, Fnac Darty

Partenaires

Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), Fédération de la vente directe (FVD), Fédération du commerce coopératif et associé (FCA), Fédération du e-commerce et de la vente à distance (FEVAD), Institut national de la consommation (INC), La médiation des communications électroniques, Le médiateur de l'Autorité des marchés financiers, UFC-Que Choisir.

Direction de la Chaire Droit de la consommation

- **Carole Aubert de Vincelles**, directrice, professeure à CY Cergy Paris Université, agrégée des Facultés de droit, directrice du Master droit des affaires parcours Droit économique et pratiques commerciales
- **Natacha Sauphanor-Brouillaud**, co-directrice, professeur à l'Université Paris Nanterre, agrégée des Facultés de droit

Contacts

CY Fondation
Chaire Droit de la consommation
CY Cergy Paris Université
33 boulevard du Port
95011 Cergy-Pontoise, France
chaire-droitdelaconsommation@cyu.fr

Site internet : chairedroitdelaconsommation.cyu.fr

**LISTE DES MEMBRES DU COMITÉ DE CHERCHEURS DE LA CHAIRE
AYANT PARTICIPÉ AUX TRAVAUX PRÉPARATOIRES**
(par ordre alphabétique)

- **AUBERT de VINCELLES Carole**, professeure à CY Cergy Paris Université et directrice de la Chaire
- **AUBRY Hélène**, professeure à l'Université Paris-Saclay
- **BERNHEIM-DESVAUX Sabine**, professeure à l'Université d'Angers
- **BRETEL Ronan**, post-doctorant à la Chaire Droit de la consommation
- **BRUNAUX Geoffray**, professeur à l'Université de Reims
- **CHAUDOUET Sibylle**, maître de conférences à CY Cergy Paris Université
- **CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie**, professeure à l'Université Paris Nanterre
- **DA SILVA Virginia**, doctorante à CY Cergy Paris Université
- **LEQUET Pierre**, maître de conférences à l'Université Polytechnique Hauts-de-France
- **MALASSIGNÉ Vincent**, professeur à CY Cergy Paris Université
- **MARAUD Olivier**, maître de conférences à l'Université de Strasbourg
- **MARTIAL-BRAZ Nathalie**, professeure à l'Université de Paris Cité
- **PROROK Johan**, maître de conférences à CY Cergy Paris Université
- **SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha**, professeure à l'Université Paris Nanterre et co-directrice de la Chaire
- **USUNIER Laurence**, professeure à l'École de droit de la Sorbonne

RÉDACTION DU RAPPORT

Le rapport a été rédigé sous la direction scientifique de Carole AUBERT de VINCELLES et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD.

Carole Aubert de Vincelles a rédigé la première partie du rapport consacrée à la sollicitation par le prix, à l'exception des développements rédigés par Anne-Sophie Choné-Grimaldi (P1, II.A) et Pierre-Lequet (P1 II.B).

Natacha Sauphanor-Brouillaud a rédigé la seconde partie consacrée aux modes de sollicitation, à l'exception des développements rédigés par Nathalie Martial-Braz (P2, II.B) et Pierre-Lequet (P2, II.D).

**LISTE DES PARTENAIRES FONDATEURS AYANT PARTICIPÉ AUX TRAVAUX PRÉPARATOIRES
ET À L'ÉLABORATION DES PROPOSITIONS**
(par ordre alphabétique d'organisation)

- **AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS**
Marielle Cohen-Branche, médiatrice
- **AUTORITÉ DE RÉGULATION PROFESSIONNELLE DE LA PUBLICITÉ (ARPP)**
Magali Jalade, directrice des affaires juridiques et publiques
- **ENGIE**
Florence Lanoé, directrice juridique BtoC
- **FÉDÉRATION DU COMMERCE COOPÉRATIF ET ASSOCIÉ (FCA)**
Alain Souilleaux, directeur juridique
- **FÉDÉRATION DU E-COMMERCE ET DE LA VENTE À DISTANCE (FEVAD)**
Marc Lolivier, délégué général
Laure Baëté, ancienne responsable juridique (jusqu'en novembre 2021)
- **FNAC DARTY**
Nathalie Dubois, directrice juridique groupe
Sonia Contim, responsable juridique BtoC
- **FÉDÉRATION DE LA VENTE DIRECTE (FVD)**
Frédéric Billon, délégué général
Julie Macaire, responsable juridique
Jacques Cosnefroy, ancien délégué général (jusqu'en janvier 2023)
Pierre Weinstadt, ancien directeur juridique (jusqu'en août 2023)
- **INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION (INC)**
Patricia Foucher, cheffe du service juridique, économique et de la documentation
- **MÉDIATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**
Valérie Alvarez, médiatrice
Henri Dolivier, directeur général
- **UFC-QUE CHOISIR**
Cédric Musso, directeur des affaires publiques
Raphaël Bartlomé, ancien responsable du service juridique (jusqu'en juillet 2023)

LISTE DES PROPOSITIONS

LA SOLLICITATION PAR LE PRIX

Information sur le prix

- 1** Mieux distinguer, au niveau européen, la frontière entre publicité et phase précontractuelle dont les régimes diffèrent. La matérialité de contracter pourrait constituer un critère nécessaire pour caractériser la phase précontractuelle, à la différence de la publicité ;
- 2** Revoir, avec toutes les parties prenantes, la liste des informations substantielles nécessaires à une invitation à l'achat dans la directive 2005/29, afin de réinterroger l'opportunité de l'identité de formulation avec les informations précontractuelles de l'article 5 de la directive 2011/83 ;
- 3** Clarifier davantage l'éventualité d'un conflit de normes entre les pratiques commerciales déloyales (directive 2005/29) et les obligations précontractuelles d'information (directive 2011/83 et toutes les autres directives spécifiques), notamment au regard de l'enjeu des sanctions, avec une attention particulière dans l'hypothèse de l'omission ou du défaut de transparence d'information précontractuelle.
- 4** Attirer l'attention des pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance d'un prix exprimé dans la monnaie nationale, incluant les prix d'achats facultatifs intégrés à des jeux vidéo. Si cette exigence existe en France, non seulement elle n'est pas toujours respectée mais surtout elle n'est pas imposée au niveau européen.
- 5** Attirer l'attention des professionnels et des pouvoirs publics sur le besoin de clarifier les éléments qui doivent être inclus dans le prix, et ceux qui peuvent faire l'objet d'une mention en sus. Cette clarification doit allier sécurité juridique et souplesse afin de s'adapter à la diversité et à l'évolution des situations.
 - 5.1. Les instruments de clarification pourraient utilement prendre la forme, au niveau européen, d'orientations d'interprétation de la Commission européenne plus claires sur cette question et, au niveau national, d'une FAQ issue, par exemple, de la DGCCRF en partenariat avec toutes les parties prenantes (professionnels et consommateurs).
 - 5.2. Ces instruments pourraient utilement s'inspirer des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'inclusion de « tous les éléments inévitables et prévisibles obligatoirement (et définitivement) à la charge du consommateur ».
- 6** Modifier en conséquence l'arrêté du 3 décembre 1987.

Information sur la rentabilité économique dans les contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques

- 7** Attirer l'attention des pouvoirs publics et du juge national sur la nécessité, dans un rapport de consommation, de recourir au critère de la qualité des parties à travers les notions de consommateur et de professionnel, notions européennes déterminant une protection d'ordre public, à la place de celle d'acte de commerce. Lorsqu'est en jeu l'application du droit européen de la consommation, le juge doit soulever d'office la règle adéquate de protection des consommateurs d'origine européenne, et se reporter à la notion de consommateur pour déterminer si la finalité de l'acte permet cette qualification.

8 Obliger que le consommateur soit informé que son choix d'installation de dispositif de panneaux photovoltaïques, comme la revente d'électricité, est susceptible de lui faire perdre la protection du droit de la consommation.

9 Afin que le consommateur soit informé des variations de la rentabilité économique de l'installation, généralement déterminante de son consentement, plusieurs solutions sont envisageables :

9.1. Attirer l'attention du juge national sur la possibilité de renforcer l'obligation de conseil du professionnel à travers l'obligation de transparence des clauses contractuelles, à l'instar de la jurisprudence de la Cour de justice portant sur les contrats de crédits libellés en devises étrangères. Les dispositions contractuelles relatives à l'installation des panneaux photovoltaïques et à leur finalité doivent être claires et compréhensibles, c'est-à-dire qu'elles doivent être compréhensibles « *à la fois sur la plan formel et grammatical* » mais également quant à leur « *portée concrète* » « *de sorte que le consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui* », impliquant en amont la fourniture « *d'informations suffisantes* » par le professionnel.

9.2. Encourager la remise d'une notice informative rédigée par les acteurs économiques, représentant des professionnels et des consommateurs, intégrant des informations objectives et subjectives, ainsi que les variations de la rentabilité en fonction de l'installation choisie et d'indicateurs géographiques (taux d'ensoleillement, etc). Des exemples précis devraient être mentionnés afin que le particulier se rende compte des conséquences financières du fait de sa propre installation. Cette notice pourrait être réalisée en concertation avec la DGCCRF.

9.3. Privilégier toute modification législative au seul niveau européen.

Transparence formelle de l'information

10 Alerter les pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance de réfléchir, avec toutes les parties prenantes, aux supports formels d'information, tout en intégrant de nouvelles possibilités de dissociation des supports selon la pertinence des informations.

Procédés renforçant l'attractivité du prix

11 La libéralisation des promotions par la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales ne doit pas empêcher les Etats membres d'organiser des périodes de soldes, nécessairement soumises à une réglementation dont la violation est sanctionnée.

12 Supprimer l'article L. 121-4 23° du code de la consommation.

Information sur la réduction de prix

13 Conserver un cadre légal d'harmonisation européenne pour toutes les questions relatives aux réductions de prix.

14 Attirer l'attention du législateur national sur la nécessité de discuter au niveau européen de l'opportunité de l'extension des annonces de réduction de prix aux services et contenu ou service numérique, en prenant soin de consulter les parties prenantes.

15 Veiller autant que possible à ce que le régime applicable aux réductions de prix couvre tous les types de commerce et de pratiques (tel le déstockage).

16 Améliorer le régime actuel de manière à sécuriser les prix de référence tout en conservant une certaine souplesse dans leur détermination. Pour atteindre ces objectifs, trois possibili-

tés alternatives de modifications sont suggérées, qui doivent être discutées avec les parties prenantes :

16.1 laisser perdurer la distinction entre annonce de réduction de prix et comparaison de prix en la sécurisant par des critères généraux ;

16.2 refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime essentiellement composé de critères généraux ;

16.3 refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime fixant une liste de prix de référence limitativement énumérés par la loi.

17 Pour plus de transparence, obliger positivement les professionnels à indiquer clairement à proximité du prix appliqué, le prix de référence utilisé.

18 Supprimer, dans le code de la consommation, la référence de l'article L. 112-1-1 I à l'article L. 121-2, et sanctionner la violation de l'article L. 112-1-1 I par un article autonome.

Prix « éthique » par les règles de concurrence

19 Évaluer de manière approfondie et complète l'efficacité de l'ensemble des dispositifs de répartition des valeurs au sein des filières alimentaires. En fonction des résultats de cette évaluation, en tirer les conséquences, soit par leur amélioration soit par leur suppression dans la perspective d'un constat d'inefficacité.

20 Évaluer entièrement le dispositif de contractualisation instauré par les articles L. 441-1 s. du code de commerce afin d'opérer une mise en balance des avantages et inconvénients de l'ensemble du système de la négociation annuelle.

21 Envisager la possibilité d'un label permettant de garantir, à travers un cahier des charges contrôlé, des prix assurant un juste partage des valeurs.

22 Encourager toute législation relative aux relations commerciales au niveau européen.

23 Codifier les conditions de l'usage de l'appellation «commerce équitable» (prévues par l'article 60 de la loi du 2 août 2005, tel que modifié par l'article 275 de la loi Climat) dans le titre III du livre IV du code de la consommation (« valorisation des produits et services ») au sein d'un chapitre dédié : « allégation "issu du commerce équitable" ».

LES MODES DE SOLLICITATION

Typologie des modes de sollicitation

24 Corriger la rédaction de l'article L. 224-59 du Code de la consommation pour le conformer à la jurisprudence européenne (CJUE, 7 août 2018, aff. C-485/17, Verbraucherzentrale Berlin).

Le texte pourrait être ainsi rédigé :

« Avant la conclusion de tout contrat entre un consommateur et un professionnel sur un stand pouvant être considéré comme un établissement commercial, à l'occasion d'une foire, d'un salon ou de toute manifestation commerciale relevant du chapitre II du titre VI du livre VII du code de commerce, le professionnel informe le consommateur qu'il ne dispose pas d'un droit de rétractation.

Un stand n'est un établissement commercial que si, au regard notamment de l'apparence du stand sur lequel le professionnel exerce ses activités et des informations relayées dans les

locaux de la foire elle-même, un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé peut raisonnablement s'attendre à ce que ce professionnel y exerce ses activités et le sollicite afin de conclure un contrat ».

1^{ère} finalité des modes de sollicitation :

Assurer une police de la sollicitation

Habilitation des acteurs de la sollicitation

- 25** Créer des conditions d'exercice (honorabilité, compétence, capacité financière, assurance) et d'immatriculation pour les démarcheurs de produits complexes et de dispositifs pouvant faire l'objet d'une variation de rentabilité.

Réglementation du comportement des auteurs de la sollicitation

Prospection automatisée

- 26** Modifier l'article L. 221-17, alinéa 3 du code de la consommation habilitant l'ARCEP à donner un avis avant l'adoption d'arrêtés ministériels destinés à interdire l'usage de certains numéros d'appel par les plateformes de prospection commerciale aux fins de le mettre en conformité avec l'article 24 de la loi n°2021-13485 du 15 novembre 2021 habilitant l'ARCEP à procéder à cette interdiction.
- 27** Revoir la cohérence des sanctions : la sanction consistant en un blocage de l'appel pour une plateforme de prospection commerciale utilisant un numéro territorialisé n'apparaît pas dissuasive par comparaison avec, dans le même registre, l'amende administrative d'un montant de 375 000 € pour une personne morale utilisant un numéro masqué.

Opposition téléphonique

- 28** Maintenir la liste d'opposition Bloctel.
- 29** Clarifier la notion de contrat en cours « d'exécution » qui fonde l'exception client, celle-ci pouvant être entendue comme un contrat conclu ou un contrat ayant reçu un commencement d'exécution de la prestation.
- 30** Consacrer dans l'article L. 223-1 alinéa 2 du code de la consommation l'exception du consentement autorisée par la DGCCRF dans la FAQ Bloctel en s'inspirant de la définition du consentement donnée par l'article 4. 11° du RGPD. Il serait ainsi prévu que lorsque le consommateur est inscrit sur Bloctel, le démarchage est licite en présence de « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair* » d'être appelé.
- 31** Étendre à la fréquence des appels l'exception du consentement préalable prévue à l'article D. 223-9, alinéa 2 du code de la consommation pour les jours et horaires : « Toutefois, le professionnel ou une personne agissant pour son compte peut solliciter par voie téléphonique un consommateur en dehors de ces jours, de ces plages horaires et plus de quatre fois au cours d'une période de trente jours calendaires, s'il a obtenu le consentement exprès et préalable du consommateur et qu'il peut l'établir.
- 32** Définir le consentement préalable du consommateur comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair » d'être appelé en

dehors de ces jours, de ces plages horaires et plus de quatre fois au cours d'une période de trente jours calendaires.

Prospection pour la rénovation énergétique

- 33** Mener, au plan européen, une réflexion sur l'introduction d'un devoir de conseil à la charge des professionnels proposant aux consommateurs des contrats portant sur des dispositifs techniques, complexes ou de rentabilité pouvant faire l'objet d'une variation tels les panneaux photovoltaïques.

2^{ème} finalité des modes de sollicitation :

Assurer le respect de la vie privée

- 34** Alerter les pouvoirs publics européens et nationaux sur le besoin d'affiner les informations pertinentes sur la collecte des données personnelles par les traceurs et les conséquences de cette collecte afin de laisser le contrôle au consommateur tout en préservant, pour le professionnel, la qualité de la donnée qui pourra être collectée.
- 35** Différencier les règles relatives aux exigences du consentement selon les finalités des cookies (ex. fonctionnels – publicitaires) tout en maintenant l'exigence d'un recueil du consommateur à l'utilisation de données ayant une finalité de publicité commerciale.
- 36** Clarifier ce que recouvre « une décision emportant des effets juridiques ou similaires » au sens de l'article 22 du RGPD afin de mieux identifier les cas où la prospection commerciale impliquant une telle prise de décision sont ou non conformes aux exigences du RGPD.
- 37** Introduire au sein de l'article 46 du RGPD relatif aux obligations de vérification et d'audit des garanties offertes par la législation de l'Etat importateur des données à caractère personnel lors du transfert de données entre partenaires tiers et indépendants hors de la zone UE des critères de seuils (taille des acteurs) et de finalité du transfert afin d'alléger la charge des obligations pesant sur les petits acteurs exportateurs de données.
- 38** Lors des transferts de données personnelles dans le cadre d'une relation de sous-traitance, encourager le recours aux « Clauses Contractuelles Types sous-traitant » (issues de la Décision d'exécution (UE) 2021/915 de la Commission européennes du 4 juin 2021) chaque fois que la relation l'autorise.
- 39** Développer les bonnes pratiques déjà existantes permettant d'offrir aux consommateurs deux parcours de navigation invitée selon la collecte des données autorisées, sans incidence sur l'offre commerciale proposée.

3^{ème} finalité des modes de sollicitation

Lutter contre les sollicitations dites agressives

Démarchage bancaire et financier à distance

- 40** Supprimer la condition d'une prise de contact « non sollicitée » formulée à l'article L. 341-1, alinéa 1 du code monétaire et financier au titre de la définition du démarchage bancaire et financier à distance. L'acte de démarchage doit être caractérisé quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche. S'inspirant de la définition du démarchage physique contenue dans l'article L 341-1, alinéa 2 du code monétaire et financier, il est suggéré de modifier l'article L. 341-1, alinéa 1 : « *Constitue un acte de démarchage bancaire ou financier, quelle*

que soit la personne à l'initiative de la démarche, toute prise de contact, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée, en vue d'obtenir, de sa part, un accord (...)».

Spamming

- 41** Maintenir le dispositif de l'opt-in.
- 42** Assurer en pratique une symétrie entre le « parcours » du désabonnement et de l'abonnement aux listes de prospection afin de simplifier le désabonnement pour le consommateur.

Pratiques agressives en toutes circonstances :

visites au domicile du consommateur en refusant de quitter les lieux ou de ne pas y revenir

- 43** Clarifier la notion d'exception client dans le point 25 de l'annexe de la directive 2005/29 et dans l'article L. 121-7, 2° du code de la consommation pour éviter une divergence d'interprétation entre la directive (les États membres peuvent exclure de l'interdiction les visites liées à l'exécution d'un contrat déjà conclu avec le professionnel) et le droit français (l'interdiction n'est exclue que si un texte spécial autorise le professionnel à des visites au domicile dans le cadre de l'exécution du contrat, les dits textes spéciaux n'existant guère en droit français).

Pratiques agressives ponctuelles : harcèlement apprécié au cas par cas

- 44** Compléter l'article L. 121-6 du code de la consommation relatif à la qualification de pratique commerciale agressive (transposant l'article 8 de la directive 2005/29) pour ajouter au titre de ses manifestations « l'influence injustifiée » aux côtés des « sollicitations répétées et insistantes » et de l'usage d'une contrainte. Clarifier l'articulation entre cette qualification d'origine européenne et la qualification française d'abus de faiblesse (C. consom., art. L. 121-8).

Protection du libre consentement du consommateur sollicité par des pratiques agressives

- 45** Alerter les pouvoirs publics européens sur la difficulté à faire respecter l'ensemble des informations précontractuelles édictées à l'article 6 §, 1, de la directive 2011/83 pour les contrats hors établissement.
- 46** Alerter les pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance de réfléchir, avec toutes les parties prenantes, à l'allègement du contenu de l'information précontractuelle en identifiant les informations pertinentes.

Allègement et éviction du formalisme informatif à raison de la perte du caractère agressif

- 47** Introduire dans le code de la consommation un formalisme allégé pour les contrats hors établissement lorsque le consommateur a explicitement fait appel aux services du professionnel pour effectuer des travaux de réparation ou de maintenance et en vertu desquels le professionnel et le consommateur exécutent immédiatement leurs obligations contractuelles et le paiement à effectuer par le consommateur ne dépasse pas 200 EUR.
- 48** Ecarter dans le code de la consommation le formalisme pour les contrats hors établissement pour lesquels le paiement à charge du consommateur n'excède pas 50 EUR.

Réaction aux effets néfastes de la sollicitation par l'octroi d'un droit de rétractation

49 Modifier l'article L. 341-16, III, 3° du code monétaire et financier relatif au démarchage bancaire et financier en indiquant que

« Le délai de rétractation prévu au premier alinéa du I ne s'applique pas :

3° Aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse de la personne démarchée avant que cette dernière n'exerce son droit de rétractation et après reconnaissance par elle de la perte de son droit de rétractation ».

Réaction aux effets néfastes de la sollicitation par l'octroi d'un différé de paiement

50 Maintenir le différé de paiement en modifiant l'article L. 221-10 du code de la consommation relatif aux contrats hors établissement aux fins de pouvoir obtenir un acompte en cas d'exécution immédiate de la prestation.

Proposition conclusive de l'étude de la 3^{ème} finalité des modes de sollicitation (lutter contre les sollicitations dites agressives)

51 Créer une mission interministérielle destinée à améliorer l'articulation des règles relatives à la prospection téléphonique.

4^{ème} finalité des modes de sollicitation – Protéger l'environnement

52 Mener une étude globale sur les conséquences écologiques, sociétales, numériques et juridiques des restrictions à l'usage du papier pour l'impression des tickets de caisse dans la perspective de parvenir à un cadre réglementaire plus équilibré.

PLAN DU RAPPORT

| | |
|--|-----------|
| LISTE DES PROPOSITIONS | 7 |
| INTRODUCTION | 19 |
| PARTIE I – LA SOLLICITATION PAR LE PRIX | 21 |
| I. ASSURER UN PRIX LOYAL ET TRANSPARENT | 21 |
| I.A. L’information sur le prix | 21 |
| I.A.1. L’obligation d’informer sur le prix. | 22 |
| I.A.1.1. Une obligation dépendante de la distinction entre publicité et information précontractuelle | 22 |
| I.A.1.2. Difficultés à identifier les différentes phases précontractuelles | 25 |
| I.A.1.2.1. Enjeux de distinction entre publicité et offre précontractuelle ... | 25 |
| I.A.1.2.2. Porosité des frontières entre publicité et offre précontractuelle ... | 28 |
| I.A.2. Information loyale quant au contenu | 30 |
| I.A.2.1. Le prix principal, contrepartie payée par le consommateur | 30 |
| I.A.2.1.1. Prix exprimé en euros | 32 |
| I.A.2.1.2. Somme totale due par le consommateur | 33 |
| I.A.2.1.3. Les frais mentionnés en sus | 36 |
| I.A.2.2. La rentabilité, contrepartie espérée par le consommateur | 37 |
| I.A.2.2.1. Insuffisance des fondements juridiques actuels. | 38 |
| I.A.2.2.2. Pistes d’amélioration envisageables | 43 |
| I.A.3. Information transparente quant à la forme. | 48 |
| I.A.3.1. Présentation formelle | 48 |
| I.A.3.2. Emplacements et supports | 50 |
| I.A.4. Procédés destinés à renforcer l’attractivité du prix | 52 |
| I.A.4.1. Les soldes | 53 |
| I.A.4.2. L’amendement dit « Anti-Black Friday » (L. 121-4 23°) | 54 |
| I.A.4.3. La variabilité des prix | 55 |
| I.B. L’information sur la réduction de prix | 58 |
| I.B.1. Les enjeux des annonces de réduction de prix | 59 |
| I.B.1.1. Les enjeux économiques | 59 |
| I.B.1.2. Les enjeux européens | 61 |
| I.B.2. L’encadrement juridique des annonces de réduction de prix | 62 |
| I.B.2.1. Le champ d’application | 63 |
| I.B.2.1.1. Toute annonce de réduction de prix adressée à tous les consommateurs. | 63 |

| | |
|--|-----------|
| I.B.2.1.2. Interrogations suscitées par l'élargissement de la transposition française | 64 |
| I.B.2.2. L'indication du prix antérieur | 65 |
| I.B.2.2.1. L'exclusivité du prix antérieur comme prix de référence | 65 |
| I.B.2.2.2. Une exclusivité critiquable..... | 66 |
| I.B.3. La comparaison de prix | 67 |
| I.B.3.1. Un recours nécessaire pour les professionnels | 68 |
| I.B.3.2. Une notion soumise au régime des pratiques commerciales déloyales .. | 69 |
| I.B.3.3. Un régime imparfait source d'insécurité juridique | 71 |
| I.B.3.4. Les pistes d'amélioration | 72 |
| I.B.4. Les sanctions | 74 |
| II. ASSURER UN PRIX « ETHIQUE » | 76 |
| II.A. Assurer un prix « éthique » par les règles de concurrence | 76 |
| II.A.1. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, un vecteur naturel de « prix éthique » | 78 |
| II.A.1.1. Les mécanismes en faveur de prix éthiques | 78 |
| II.A.1.1.1. Lors de la conclusion du contrat..... | 78 |
| II.A.1.1.2. En cours d'exécution du contrat..... | 81 |
| II.A.1.2. Quelles conséquences sur le consommateur ? | 82 |
| II.A.1.2.1. La répercussion de prix dits « éthiques » sur le consommateur... | 82 |
| II.A.1.2.2. Les contreparties annoncées : mythe ou réalité ? | 82 |
| II.A.2. Le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations, un vecteur possible de « prix équitables » ? | 86 |
| II.A.2.1. Une idée contre-intuitive | 86 |
| II.A.2.2. La récente prise en compte d'objectifs élargis, quitte à accepter des hausses de prix | 88 |
| II.B. Assurer un prix « éthique » pour promouvoir des enjeux sociaux et environnementaux | 89 |
| II.B.1. La réglementation de l'allégation « commerce équitable »..... | 90 |
| II.B.2. Les sanctions de la réglementation de l'allégation « commerce équitable » | 92 |
| II.B.3. Propositions pour améliorer la loyauté de la sollicitation du consommateur par la mise en évidence d'un prix équitable pour promouvoir les enjeux sociaux et environnementaux | 94 |
| LISTE DES PROPOSITIONS DE LA PREMIERE PARTIE | 95 |

| | |
|--|------------|
| PARTIE II – LES MODES DE SOLLICITATION | 99 |
| I. TYPOLOGIE ET LICÉITÉ DE PRINCIPE DES MODES DE SOLLICITATION | 99 |
| I.A. Typologie des modes de sollicitation | 99 |
| I.A.1. Modes de sollicitation physique | 100 |
| I.A.2. Mode de sollicitation téléphonique | 103 |
| I.A.2.1. Démarchage téléphonique | 103 |
| I.A.2.2. Démarchage bancaire et financier | 103 |
| I.A.3. Modes de sollicitation électroniques | 104 |
| I.A.3.1. Modes de prospection directe | 104 |
| I.A.3.2. Sollicitations par placement | 106 |
| I.A.3.3. Sollicitations par divertissement ou <i>shoppertainment</i> | 108 |
| I.A.4. Mode de sollicitation par l’usage du papier | 109 |
| I.B. Licéité de principe des modes de sollicitation | 110 |
| I.B.1. Distinction entre mode de sollicitation et contractualisation | 111 |
| I.B.2. Lien entre modes de sollicitation et pratiques commerciales | 112 |
| II. LES FINALITES DE LA REGLEMENTATION | 113 |
| II.A. 1^{ère} finalité : Assurer une police de la sollicitation | 115 |
| II.A.1. Habilitation des acteurs de la sollicitation | 115 |
| II.A.2. Réglementation du comportement des auteurs de la sollicitation | 120 |
| II.A.2.1. Identification de l’auteur de la sollicitation | 120 |
| II.A.2.2. Identification de l’existence d’une sollicitation | 126 |
| II.A.2.3. Obligation de consulter la liste Bloctel pour le démarchage téléphonique et pour le démarchage bancaire et financier. | 130 |
| II.A.2.4. Respect d’un cadre temporel et de bonnes pratiques en matière de démarchage téléphonique et de démarchage bancaire et financier | 137 |
| II.A.2.5. Obligation de s’informer sur la situation financière du démarché pour le démarchage bancaire | 140 |
| II.A.3. Sanctuarisation de certains secteurs | 142 |
| II.A.3.1. Produits financiers dangereux | 143 |
| II.A.3.1.1. Interdiction de la publicité, du parrainage ou du mécénat « publicitaire » pour certains instruments financiers | 143 |
| II.A.3.1.2. Interdiction du démarchage pour certains instruments financiers | 144 |
| II.A.3.2. Rénovation énergétique | 145 |
| II.B. 2^{ème} finalité : Assurer le respect de la vie privée | 152 |

| | |
|--|------------|
| II.B.1. Recueil du consentement pour la collecte des données utilisées à des fins de sollicitation | 152 |
| II.B.2. Encadrement du profilage préalable à la sollicitation du consommateur | 156 |
| II.B.2.1. Les différentes formes du profilage. | 156 |
| II.B.2.2. Le régime applicable au profilage à des fins de prospection commerciale | 157 |
| II.B.3. Règlementation du transfert à des tiers des bases de données utilisées à des fins de sollicitations | 159 |
| II.B.3.1. Les transferts de données entre partenaires tiers et indépendants au sein de la zone UE | 159 |
| II.B.3.2. Les transferts de données entre partenaires tiers et indépendants hors de la zone UE | 160 |
| II.B.3.3. Les transferts de données dans le cadre d'une relation de sous-traitance | 162 |
| II.B.4. Anonymisation des données préalablement à la sollicitation | 163 |
| II.C. 3^{ème} finalité : Lutter contre les sollicitations dites agressives | 164 |
| II.C.1. Règlementation des sollicitations non souhaitées | 164 |
| II.C.1.1. Démarchage téléphonique et démarchage bancaire et financier : dispositif Bloctel et cadre temporel | 164 |
| II.C.1.2. Démarchage bancaire et financier à distance : la sollicitation inversée ou « reverse sollicitation » | 165 |
| II.C.1.3. Règlementation du spamming | 167 |
| II.C.1.4. Interdiction des visites non sollicitées | 170 |
| II.C.2. Interdiction des sollicitations répétées et non souhaitées | 173 |
| II.C.2.1. Harcèlement humain | 173 |
| II.C.2.1.1. Pratique agressive en toutes circonstances : visites au domicile du consommateur en refusant de quitter les lieux ou de ne pas y revenir | 173 |
| II.C.2.1.2. Pratique agressive ponctuelle : harcèlement apprécié au cas par cas | 174 |
| II.C.2.2. Harcèlement technologique | 176 |
| II.C.3. Protection du libre consentement du consommateur sollicité. | 177 |
| II.C.3.1. Obligations d'information | 178 |
| II.C.3.1.1. Renforcement de l'information à raison du caractère agressif de la sollicitation. | 178 |
| II.C.3.1.2. Allègement et éviction du formalisme informatif à raison de la perte du caractère agressif : options écartées en droit français. | 182 |
| II.C.3.2. Allongement du processus de conclusion du contrat | 183 |
| II.C.3.3. Réaction aux effets néfastes de la sollicitation | 184 |

| | |
|--|------------|
| II.C.3.3.1. Droit d'opposition | 184 |
| II.C.3.3.2. Droit de rétractation | 185 |
| II.C.3.3.3. Différé et interdiction de paiement | 190 |
| II.D. 4^{ème} finalité : Protéger l'environnement | 193 |
| II.D.1. Réduction de la consommation énergétique des modes de sollicitation. . | 194 |
| II.D.1.1. Encadrement de la consommation énergétique des publicités, enseignes et pré-enseignes lumineuses | 194 |
| II.D.1.1.1. Encadrement des publicités, enseignes et pré-enseignes extérieures | 194 |
| II.D.1.1.2. Encadrement des publicités, enseignes et pré-enseignes intérieures | 197 |
| II.D.1.2. Réflexions en cours en matière d'encadrement de la consommation énergétique de la sollicitation par internet | 198 |
| II.D.1.3. Encadrement de la sollicitation par publicité apposée sur des véhicules .. | 200 |
| II.D.2. Réduction de la production de déchets causés par les modes de sollicitation | 201 |
| II.D.2.1. Réduction des déchets papier | 202 |
| II.D.2.1.1. Restriction à l'usage de l'imprimé papier à usage publicitaire | 203 |
| II.D.2.1.2. L'envoi d'imprimés publicitaires non adressés | 205 |
| II.D.2.2. La réduction des déchets plastiques | 206 |
| LISTE DES PROPOSITIONS DE LA SECONDE PARTIE | 208 |
| TABLEAUX RECAPITULATIFS DES PROCESSUS DE SOLLICITATION | 213 |

INTRODUCTION

1. Vie économique. La sollicitation du consommateur est au cœur de l'activité économique. Elle réunit tous les procédés, toutes les pratiques et techniques mis à la disposition des professionnels pour capter l'attention du consommateur. Par ce biais, les professionnels font connaître et mettent en valeur leur activité, leurs nouveaux produits ou leurs promotions, leur permettant de remporter de nouvelles parts de marché pour se développer. La sollicitation met ainsi en œuvre la concurrence entre les professionnels qui cherchent à se démarquer. Le consommateur est le destinataire de cette captation et en retire également des bienfaits. La sollicitation contribue à sa connaissance du marché, à la comparaison des différentes offres et à la définition de ses besoins.

2. Phase précontractuelle. Destinée à capter l'attention du consommateur, la sollicitation a pour objectif final de l'inciter à contracter. Elle recouvre dès lors tous les procédés et techniques précédant la phase contractuelle, de la publicité à l'offre en passant par toutes les phases de prospection physique ou numérique destinées à attirer l'attention pour susciter un désir ou un questionnement et ainsi établir un contact avec l'auteur de la sollicitation.

3. Principe de liberté de la sollicitation. La sollicitation commerciale est libre par principe. En effet, en tant que pratique commerciale au sens de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, toutes les sollicitations sont licites par principe sauf celles qui seraient spécifiquement interdites soit par cette directive dans son annexe 1, soit par une autre directive au domaine plus spécifique, soit celles pour lesquelles la directive 2005/29/CE admet exceptionnellement l'adoption de mesures plus strictes par les États membres. L'interdiction ou l'encadrement constitue donc l'exception.

Corrélativement, le consommateur doit demeurer libre de répondre à cette sollicitation par une décision commerciale. Afin que la liberté du consommateur soit réelle et effective, la réponse du consommateur à toute sollicitation doit d'abord être le fruit d'un choix éclairé, ce qui enjoint l'existence d'un encadrement juridique propre à déjouer toute forme de déloyauté affectant la sollicitation. Il est essentiel, ensuite, que les offres soient diversifiées, impliquant une diversité d'acteurs professionnels. À défaut, le consommateur risque de devenir captif d'une seule offre avec les risques d'abus qui l'accompagnent. Les règles concurrentielles, interdisant les ententes ou les abus de position dominante, complètent ainsi la protection d'une sollicitation loyale et effective dans l'intérêt de tous les acteurs.

4. Protection nécessaire. Lors de cette phase de sollicitation, le consommateur a besoin d'une protection afin d'assurer un consentement libre et éclairé à toute décision commerciale. Ce besoin de protection s'explique, d'abord, par la particulière vulnérabilité du consommateur lors de cette phase. En effet, le consommateur ne s'attend souvent pas à recevoir une sollicitation commerciale au regard des circonstances entourant ce moment. Ainsi, qu'il soit dans la rue, à son domicile ou devant son écran d'ordinateur, le consommateur n'est pas nécessairement dans un établissement commercial au moment de la sollicitation. Or, comme la directive 2011/83/UE l'a précisé dans son 21^{ème} considérant, lorsque le consommateur est sollicité en dehors d'un établissement commercial, il « *peut être soumis à une pression psychologique éventuelle ou être confronté à un élément de surprise* » justifiant un encadrement juridique particulier. La protection du consommateur est justifiée, ensuite, par les évolutions technologiques des techniques et des pratiques commerciales qui accentuent tant l'état de vulnérabilité du consommateur que l'effet de surprise. Une des premières pratiques à avoir été encadrées est le démarchage à domicile par une loi du 22 décembre 1972 puis par la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985. Depuis, les pratiques se sont considérablement diversifiées notamment au moyen de technologies à distance ; digitalisées, les nouvelles pratiques entraînent de nouveaux besoins d'encadrement.

5. Législation foisonnante. La législation encadrant aujourd'hui la sollicitation du consommateur est foisonnante, européenne et nationale. Elle intervient souvent au coup par coup, au gré du constat de dérives dans certains secteurs, sans être toujours accompagnée d'une vision d'ensemble. Le législateur national ne s'inquiète pas nécessairement de la conformité au droit européen lorsqu'il réglemente de nouvelles pratiques ; parfois précurseur et imité, le droit national peut également être rappelé à l'ordre et sanctionné. Il en ressort une certaine complexité par les sources, tant pour la compréhension des consommateurs que l'application des règles par les professionnels.

6. Méthode et objectif de l'étude. Cette étude a pour objectif de réfléchir à la pertinence globale de la législation française et européenne entourant la sollicitation du consommateur, afin de faire des propositions d'améliorations destinées tant au législateur national qu'europpéen.

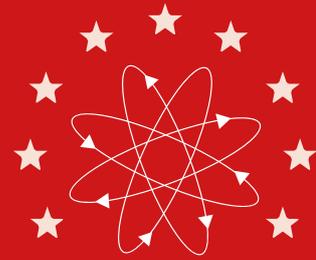
Cette réflexion s'est construite au sein de la Chaire Droit de la consommation réunissant universitaires et partenaires professionnels afin de prendre en compte, au-delà de la cohérence des règles, leur effectivité à travers les difficultés d'application que seule la pratique est susceptible de révéler pleinement. Afin de conserver l'objectivité et la neutralité à laquelle l'Université est non seulement attachée mais dont elle est également garante, les professionnels participant à l'étude représentent aussi bien des autorités de régulation que des professionnels et des consommateurs. Toutes les propositions faites dans le cadre de ce rapport sont le fruit d'un consensus entre tous ces participants, constituant à ce titre les propositions de la Chaire Droit de la consommation. La diversité et la représentativité des acteurs de la Chaire a assuré ainsi la recherche constante, dans le cadre de ses propositions, d'un point d'équilibre entre une protection élevée des consommateurs et la compétitivité des entreprises ou le développement du commerce.

7. Objet de l'étude. La sollicitation porte sur un objet, d'une part, et utilise des vecteurs pour atteindre ses cibles commerciales, d'autre part.

L'objet de la sollicitation, d'abord, est l'élément que le professionnel a identifié comme constituant un moteur d'attractivité pour les consommateurs. Ce sont ces éléments clefs, jugés de nature à capter l'attention des consommateurs, qui sont mis en avant par les professionnels dans le cadre de leur sollicitation commerciale. Ces éléments sont très divers selon les biens ou les services concernés, les marques ou les politiques marketing, ou encore selon les évolutions sociétales. De nombreux éléments sont susceptibles de constituer des moteurs d'attractivité : la qualité d'un bien ou d'un service, leur capacité à préserver l'environnement, ou encore la sécurité ou la durabilité d'un produit. Afin d'effectuer des propositions cohérentes et précises, le choix de cette étude a été de se concentrer exclusivement sur le prix comme moteur d'attractivité. Outre le fait que le prix constitue sans doute le premier des éléments d'attractivité tant pour les consommateurs que les professionnels, il fait l'objet d'un encadrement sujet à controverses qui justifie une étude approfondie.

Les vecteurs de la sollicitation, ensuite, constituent autant de modes de sollicitation au moyen desquels sont véhiculés les messages de sollicitation. Ces modes se sont diversifiés au fil des décennies, passant du physique (démarchage à domicile, envoi de prospectus papier, etc) au numérique (mails, sms, placement de produits, etc). Ils font l'objet d'un encadrement croissant, voire d'interdictions, dont la pertinence doit être interrogée.

Ce rapport portera donc, en premier lieu, sur la sollicitation par le prix (Partie I), puis, en second lieu, sur les modes de sollicitation (Partie II).



PARTIE I.

LA SOLLICITATION PAR LE PRIX

8. Le prix est un moteur classique d'attractivité. Par son caractère déterminant dans les choix opérés par les consommateurs, le prix constitue un levier pour les professionnels afin de capter une nouvelle clientèle ou faire découvrir de nouveaux produits ou services. La notion de « prix » est ici entendue comme la valeur d'un bien ou d'un service exprimé en unité monétaire. Pour être attractive, cette valeur est généralement ramenée à la baisse, contribuant à une course effrénée aux prix toujours plus bas allant parfois jusqu'à la gratuité. Si la fixation du prix est libre, l'essentiel de l'arsenal législatif veille à assurer au consommateur un prix loyal et transparent (I).

On constate cependant que naît peu à peu l'idée d'une attractivité possible par un prix cette fois plus élevé, mais à la condition que l'augmentation s'explique par des considérations altruistes tenant à un juste partage de la valeur entre les acteurs, producteurs et distributeurs. Sont alors pris en compte des facteurs extérieurs au produit lui-même qui intègrent des considérations d'ordre « éthique ». L'attractivité réside toujours dans le prix dans la mesure où celle-ci se manifeste à travers la correspondance entre l'augmentation du prix et la prise en compte de ces considérations altruistes. Le prix en devient dès lors « éthique » (II).

I. ASSURER UN PRIX LOYAL ET TRANSPARENT

9. L'objectif d'assurer un prix loyal et transparent relève tant de l'intérêt des consommateurs que des professionnels. Pour les premiers, la loyauté et la transparence du prix assurent une prise de décision commerciale qui soit libre et éclairée, et pour les seconds, elles leur assurent un environnement concurrentiel loyal, une certaine réputation ainsi que la fidélisation de leur clientèle. L'encadrement juridique du prix porte sur l'information relative, d'une part, au prix principal que le consommateur aura à payer s'il contracte (I.A), et à la réduction de prix dans le cadre des promotions, d'autre part (I.B).

I.A. L'information sur le prix

10. **Les sources nationales et européennes.** Les sources relatives à l'information sur le prix sont d'origine législative et réglementaire, nationale et européenne. Les sources légales relèvent des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales des articles L. 121-1 et suivants du

code de la consommation et aux obligations d'information précontractuelle des articles L. 111-1 renvoyant pour le prix aux articles L. 112-1 et s. Ces deux sources sont d'origine européenne, transposant la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales pour l'une et la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs pour l'autre. A ces sources législatives, s'ajoutent des dispositions réglementaires antérieures, également générales et toujours en vigueur : l'arrêté du 3 décembre 1987 « relatif à l'information du consommateur sur les prix »¹ et l'arrêté du 16 novembre 1999 « relatif à la publicité à l'égard du consommateur des prix de vente à l'unité de mesure de certains produits préemballés ». Alors que le premier est une mesure d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, le deuxième est de source européenne, transposant la directive 98/6/CE sur l'indication des prix². Ces deux arrêtés s'appliquent indifféremment à la publicité et à l'information précontractuelle. Comme le précise la circulaire du 19 juillet 1988 relative à l'interprétation de l'arrêté du 1^{er} décembre 1987, il s'applique aux différents types d'information sur le prix, « qu'elles soient adressées au public (publicité des prix par affichage ou étiquetage, publicité commerciale utilisant des arguments de prix) ou à une personne déterminée (prix indiqué sur un bon de commande ou sur un devis) ». De même, l'arrêté du 16 novembre 1999 associe les règles applicables à la publicité et aux informations précontractuelles par voie d'affichage ou d'étiquetage sur les lieux de vente (art. 1 et 5) pour y ajouter une obligation particulière liée à l'indication du prix à l'unité de mesure.

L'information sur le prix ne fait pas toujours l'objet d'une obligation. En effet, selon le moment où se situe la communication dans la phase précontractuelle, il existera ou non une obligation d'informer sur le prix (I.A.1). Une fois que cette information devient obligatoire, celle-ci doit être loyale concernant le contenu (I.A.2) et transparente concernant sa forme (I.A.3). A ces obligations, s'ajoute un encadrement légal relatif à certains procédés destinés à renforcer l'attractivité du prix qui méritent quelques observations (I.A.4).

I.A.1. L'obligation d'informer sur le prix

11. Dans la phase précontractuelle, l'encadrement légal de l'obligation d'informer sur le prix entremêle, sans distinction toujours claire, les règles relatives à la publicité et à l'offre précontractuelle. Pourtant, ces deux phases sont différentes et n'ont pas exactement le même régime puisque l'obligation d'informer sur le prix, et son régime, dépend, d'abord, de la qualification de publicité ou d'information précontractuelle (I.A.1.1). Or, il s'avère que la distinction entre ces deux phases manque de clarté dans la loi, tant nationale qu'européenne, conduisant à une certaine insécurité juridique (I.A.1.2).

I.A.1.1. Une obligation dépendante de la distinction entre publicité et information précontractuelle

12. Information précontractuelle : une obligation d'informer sur le prix. Le prix est l'une des obligations d'information précontractuelle de l'article L. 111-1 du code de la consommation. Ainsi, « *avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à titre onéreux, le professionnel communique au consommateur (...) 2° le prix ou tout autre avantage procuré au lieu ou en complément du paiement d'un prix en application des articles L. 112-1 à L. 112-4-1* ». Cette information se réalise

1 Arrêté pris en application de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (ég. Décret n°86-1309 du 29 dec. 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1^{er} déc. 86).

2 Directive 98/6/CE du 16 février 1998 « relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs », modifiée par la directive omnibus.

par « *voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié* », conformément à l'article L. 112-1. Cette obligation générale d'information précontractuelle a d'abord été introduite en France par la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 « renforçant la protection des consommateurs », avant d'être harmonisée au niveau européen par la directive 2011/83/UE apportant davantage de précisions sur le contenu de l'obligation informationnelle.

13. Publicité : une obligation à géométrie variable selon le degré de précision de la publicité.

En matière de publicité, l'existence d'une obligation d'information sur le prix est plus complexe car variable. Cette variabilité dépend, dans la législation, du degré de précision de la publicité. Ainsi plus la publicité sera précise et comportera des éléments d'information, plus elle devra respecter de règles quant à ces informations, la rapprochant alors parfois d'une offre contractuelle au regard des obligations d'information imposées. Ainsi deux niveaux de publicité se distinguent selon les obligations d'information à respecter, en sachant que ces propos se concentrent sur l'information du prix.

Le premier niveau de publicité se caractérise par celles qui ne font référence à aucun prix, se contentant, par exemple, de vanter certaines qualités d'un produit ou de l'associer à des images valorisantes. Des publicités sans aucune mention de prix sont évidemment légales puisque aucune information sur le prix n'est obligatoire, par principe, en matière de publicité. Ce n'est que dans l'hypothèse où un prix est mentionné que des obligations s'y attachent, ce qui constitue alors le niveau suivant.

Le deuxième niveau de publicité est constitué de publicités que la loi qualifie, depuis la directive 2005/29, d'« invitation à l'achat ». Cette notion, mentionnée à l'article L. 121-3 du code de la consommation, est « *une forme particulière de publicité à laquelle est attachée une obligation renforcée d'information* »³. L'objectif législatif poursuivi par l'isolement de cette notion est d'imposer un minimum d'informations essentielles lorsque la publicité est suffisamment précise pour avoir un impact sur les consommateurs et les inciter à un comportement économique. On comprend en effet qu'à partir du moment où la publicité devient plus précise, la loi s'assure que les informations transmises sont loyales afin de ne pas tromper les consommateurs. Le choix législatif qui a été fait ici consiste non plus à se contenter de contrôler la loyauté en aval, mais d'imposer, en amont, des obligations positives d'information essentielles pour assurer leur loyauté. Ainsi, soit la publicité est très générale et alors la directive 2005/29 ne lui impose pas d'informations particulières, laissant le consommateur se renseigner davantage s'il le souhaite pour prendre une décision, soit elle comporte déjà des informations suffisantes sur des éléments essentiels pour caractériser une invitation à l'achat, et dans ce cas la directive impose la mention d'informations substantielles dont le prix. Il est intéressant de remarquer que la même position est adoptée par la Cour de justice, en dehors de l'application de la directive 2005/29, sur le fondement de la directive 98/6 relative à l'indication du prix dans la vente, dont l'application l'emporte sur la directive 2005/29 concernant une publicité en matière de vente de biens⁴. Alors que dans la directive 98/6, la notion d'invitation à l'achat n'existe pas, la Cour de justice a appliqué une règle équivalente en obligeant, dans une publicité mentionnant un prix, que celui-ci revête les exigences de l'offre de vente, dans la mesure où la publicité apportait déjà des éléments relatifs au produit et à son prix, « *s'apparentant, aux yeux d'un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, au prix de vente de ce produit* »⁵.

3 CJUE 12 mai 2011, C-122/10, Ving Sverige, pt 28.

4 En cas de conflits entre la directive 2005/29 et une autre directive, la directive la plus spéciale l'emporte (Dir. 2005/29, art. 3.4). Ainsi, dans le cadre d'un conflit avec la directive 98/6, la Cour de justice a fait prévaloir cette dernière. V. CJUE 7 juill. 2016, C-476/14, Citroen Commerce. Si la directive 2005/29 s'était appliquée, la publicité litigieuse aurait été interprétée comme une invitation à l'achat obligeant à une mention complète du prix.

5 CJUE 7 juill. 2016, C-476/14, Citroen Commerce, pt. 30 (affaire relative à une publicité de véhicule mentionnant un prix mais n'incluant pas les frais d'acheminement jusqu'à vendeur).

14. L'« invitation à l'achat », publicité à mi-chemin de l'offre précontractuelle. L'invitation à l'achat est définie par la loi comme une publicité bien que son régime ne soit pas très éloigné de celui de l'offre précontractuelle s'agissant des mentions informatives. La notion d' « invitation à l'achat » est définie dans la directive 2005/29⁶ comme étant « *une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat* ». Il s'agit donc d'une publicité mais d'un type particulier réunissant deux conditions⁷ : indiquer les caractéristiques du produit et son prix. Ces indications, pour constituer une invitation à l'achat, sont minimales, c'est-à-dire en-deçà des exigences en matière d'information précontractuelle, en tenant compte des « *limites propres au moyen de communication utilisé* », lié notamment aux circonstances de temps et d'espace. Ainsi, les caractéristiques du produit relèvent essentiellement de la possibilité d'identifier le produit, telle une simple image⁸. Quant à l'indication relative au prix, il peut s'agir d'un simple prix de départ susceptible de variantes⁹.

Une fois que la publicité relève de cette qualification¹⁰, la loi énumère les informations réputées substantielles qui doivent y figurer dont « *le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance* ». A défaut, la publicité constituera une pratique trompeuse par omission au titre de l'article L. 121-3 du code de la consommation, transposant l'article 7 de la directive 2005/29/CE. Ce libellé de l'exigence du prix recouvre ainsi celui exigé en matière d'information précontractuelle¹¹. Comme en matière précontractuelle¹², si le prix ne peut être calculé à l'avance, la publicité doit au moins indiquer la manière dont il est calculé, et si les frais supplémentaires ne peuvent également être calculés à l'avance, il doit au moins être mentionné qu'ils sont à la charge du consommateur¹³. Cette obligation fait alors relativiser l'exigence minimale des éléments nécessaires pour constituer une invitation à l'achat. Finalement, une invitation à l'achat peut se voir imposer une mention informative de prix identique à celle d'une offre précontractuelle. La seule différence qu'il semble possible de faire entre les deux, laissant une spécificité à l'invitation à l'achat, serait la prise en compte toujours possible des limites propres au moyen de communication utilisé, alors qu'en matière d'offre, la prise en compte de ces limites est plus encadrée¹⁴.

En conséquence, on constate à l'étude de ces différentes qualifications que l'obligation d'informer sur le prix dépend de trois qualifications qui diffèrent essentiellement au regard du degré de proximité du consommateur avec l'acte d'achat, allant du plus général au plus particulier : la publicité, l'invitation à l'achat et l'information précontractuelle. Si la distinction entre publicité et invitation à l'achat est légalement définie grâce aux critères légaux de l'invitation à l'achat, la distinction avec l'information précontractuelle reste incertaine, source de difficultés.

6 Dir. 2005/29/CE, art. 2i).

7 La réalisation de l'achat par le consommateur ne constitue pas une condition en ce qu'il n'est pas nécessaire que l'achat soit effectivement rendu possible par la publicité au moyen, par exemple, d'un bulletin de correspondance ou d'un numéro de téléphone. Il s'agit plutôt de « la finalité des exigences établies à l'égard des caractéristiques et du prix du produit afin que le consommateur dispose des informations suffisantes pour lui permettre de faire un achat » (CJUE 12 mai 2011, *Ving Sverige*, préc., pt 30).

8 CJUE 12 mai 2011, *Ving Sverige*, préc., pt 42 à 49.

9 CJUE 12 mai 2011, *Ving Sverige*, préc., pt 35 à 41.

10 La directive 2005/29 établit une 2ème présomption du caractère substantiel des informations lorsque les informations relatives aux communications commerciales sont prévues par le droit européen (Dir. 2005/29/CE, art. 7.5). Mais à notre connaissance aucune règle n'impose qu'un prix soit mentionné ; seules existent des règles imposées une fois le prix mentionné dans la publicité (par ex. en matière de crédit à la consommation : c. consom., art. L. 312-6 ; Dir. 2008/48, art. 4).

11 Pour plus de détails sur le contenu de l'information exigée quant au prix, v. infra n°X (sur le 2) sur le contenu d'info.

12 C. consom., art. L. 112-3 ; Dir. 2011/83/UE, art. 5.

13 CJUE 12 mai 2011, *Ving Sverige*, préc., pt 63.

14 Ces limitations sont essentiellement prises en compte pour les contrats à distance et hors établissement.

I.A.1.2. Difficultés à identifier les différentes phases précontractuelles

15. La phase précontractuelle est composée de moments divers dont les régimes juridiques diffèrent ; leur distinction n'est pourtant pas toujours aisée. Deux moments forts ponctuent cette phase précontractuelle : la publicité en amont et l'offre en aval, dernier temps avant la formation du contrat par l'acceptation. Bien que représentant des temps différents, la réglementation toujours plus exigeante en matière de publicité tend à la rapprocher de l'offre, brouillant d'autant leurs frontières devenues poreuses (I.A.1.2.2). Pourtant, nombreux sont les enjeux à les distinguer clairement (I.A.1.2.1).

I.A.1.2.1. Enjeux de distinction entre publicité et offre précontractuelle

16. **Importance des enjeux.** Les enjeux juridiques de la distinction entre publicité et offre précontractuelle sont importants du fait de la différence des régimes juridiques les concernant. La sécurité juridique commande donc que les professionnels soient en mesure de savoir à quel moment précis s'applique chacun de ces régimes, d'autant plus lorsque leur violation est lourdement sanctionnée. Or, tous les partenaires de la Chaire représentant les professionnels attestent, quel que soit leur secteur d'activités, de leur difficulté à déceler toujours clairement cette frontière dans la législation, générant une incertitude quant aux obligations précises à respecter.

Trois enjeux juridiques principaux se dessinent quant à la nécessité de mieux distinguer la publicité : la marge de manœuvre des Etats membres du fait de la différence des degrés d'harmonisation, la différence des obligations pesant sur le professionnel, et la différence des sanctions. A ces enjeux juridiques, s'ajoute une considération plus économique et commerciale quant à l'objectif poursuivi par la publicité qui est avant tout un outil de communication commerciale et non d'information.

17. **Publicité, outil de communication commerciale et non d'information.** La perte de repères distinguant la publicité de l'offre précontractuelle entraîne celle de la nature de la publicité. À moins distinguer ces deux phases, la publicité tend à se fondre dans un objectif général d'information, similaire à la phase précontractuelle, alors que, commercialement, elle est d'abord un outil de communication commerciale, et donc de promotion¹⁵, destiné à capter l'attention du consommateur et à faire naître un désir. La publicité fait donc inévitablement appel à une part d'imaginaire, d'extravagance ou d'humour, qui ne peut s'apparenter à une information. La loyauté est essentielle et le message transmis ne doit évidemment pas tromper le consommateur moyen. Cependant, ne pas tromper n'entraîne pas pour autant la conséquence d'informer de manière exhaustive et surtout aussi précise que s'il s'agissait d'une offre. La ligne de crête est difficile à cerner au point de constater qu'un glissement est parfois opéré par la jurisprudence¹⁶ ou certains auteurs¹⁷, témoignant de la difficulté. Une voie médiane doit donc être trouvée entre sanctionner des pratiques trompeuses, donc déviantes, et permettre à la publicité de porter une part d'imaginaire, susceptible d'être occultée par des obligations d'informations trop fournies. Tous les partenaires de la

15 La définition de la publicité dans la législation européenne ne laisse pas de doute quant à la place prépondérante de la promotion dans la publicité. V. Dir. 2006/114, art. 2 a) : « *Publicité : toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations* ».

16 Par ex., Com., 6 mai 2008, n°04-19.713 : Vu l'art. L. 121-1 du code de la consommation (...) constitue une publicité, au sens de ce texte, tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés ».

17 Jurisclasseur concurrence consommation, fasc. 792, Publicité, Règles générales, par L. Arcelin. L'auteur considère que la publicité est un moyen d'information et que la promotion n'est pas un élément caractéristique (§4).

Chaire représentant des professionnels s'accordent pour attirer l'attention du législateur national et européen sur la nécessité de préserver la nature de la publicité et de ne pas la fondre dans l'offre précontractuelle par un trop plein d'informations, tout en assurant sa loyauté. De plus, tous s'accordent également à reconnaître que la multiplication des informations sur une publicité peut conduire à les rendre illisibles et donc inefficaces. Une réflexion globale doit donc être menée sur la pertinence des informations à transmettre et le mode de leur transmission, réflexion qui dépasse très largement la seule information sur le prix.

18. Distinction des degrés d'harmonisation. L'essentiel des obligations d'information étant d'origine européenne, le degré d'harmonisation des directives qui les instaurent est essentiel à la détermination de la marge de manœuvre des Etats. Or le degré d'harmonisation diffère pour le régime des pratiques commerciales déloyales et pour les informations précontractuelles issues de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Ainsi, s'agissant des informations précontractuelles s'imposant à tous les contrats de consommation, à l'exclusion des contrats à distance et hors établissement, le degré d'harmonisation est minimal, autorisant les Etats membres à ajouter des obligations. C'est à ce titre que les nombreuses exigences formelles relatives aux prix fixées par arrêtés ministériels peuvent être considérées conformes au droit européen¹⁸. Tel n'est pas le cas pour la directive 2005/29 qui est entièrement d'harmonisation maximale et dès lors devrait interdire aux Etats d'ajouter ou de modifier une obligation relevant de son large champ d'application. Ainsi un Etat membre ne devrait pas pouvoir imposer une information supplémentaire dans une invitation à l'achat¹⁹, ou plus précisément ne pourrait pas sanctionner automatiquement son omission, sous peine de modifier le degré de protection de la directive d'harmonisation maximale²⁰.

19. Distinction des obligations d'information à respecter. La publicité et la phase précontractuelle ne sont pas soumises aux mêmes obligations et particulièrement en matière d'information. Il n'existe pas de règles transversales²¹ imposant la transmission d'informations dans une publicité. La réglementation générale applicable est celle des pratiques commerciales déloyales qui n'imposent pas d'obligations positives, sauf en cas d'invitation à l'achat pour laquelle est sanctionnée l'omission d'informations limitativement énumérées, ce qui revient à les imposer positivement. Au nombre de six, ces informations incluent notamment le prix. Pour le reste, il faut que l'information omise soit qualifiée de substantielle pour être imposée. Les informations précontractuelles sont non seulement plus nombreuses mais surtout sont positivement imposées au professionnel dans son offre, avec, dans certaines circonstances, un formalisme particulier de transmission à respecter. Dès lors, selon que la communication sera considérée comme une publicité ou une offre précontractuelle, le nombre, le type et la forme des informations à transmettre ne seront pas les mêmes. Concernant le cas particulier de l'information sur le prix, l'enjeu de la distinction peut s'avérer moindre du fait que le contenu exigé de l'information semble identique pour les invitations à l'achat et les informations précontractuelles²². Des distinctions subtiles demeurent cependant, dans le fait que la nature du support de communication sera toujours prise en compte pour une publicité²³, et que la Cour de justice a autorisé qu'un prix de départ soit mentionné dans une in-

18 C. consom., art. L. 112-1.

19 Pour être non conforme à la directive 2005/29, encore faut-il qu'une telle information supplémentaire ait été ajoutée dans un objectif de protection des intérêts économiques des consommateurs, seul domaine couvert par la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Cf. N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2012, n°272 et s.

20 A l'exception des hypothèses autorisées par la directive 2005/29, comme en matière de services financiers, ou d'autres textes européens.

21 Selon les secteurs, en revanche, des informations spéciales peuvent être exigées, comme en matière de crédit.

22 Prix TTC intégrant également tous les frais supplémentaires : Dir. 2011/83/UE, art. 5.1c) ; Dir. 2005/29/CE, art. 7.4.2).

23 En revanche, dans le cadre d'une offre précontractuelle, les contraintes d'espace et de temps ne sont explicitement prises en compte que pour les contrats à distance (Dir. 2011/83/UE, art. 8.4 ; C. consom., art. L. 221-12).

vitiation à l'achat, alors qu'il ne pourrait en être ainsi dans une offre précontractuelle. S'ajoute à ces différences le fait que les règles de forme de la transmission de l'information diffèrent entre la publicité et notamment les informations précontractuelles²⁴.

20. Distinction des sanctions. Distinguer la publicité de la phase précontractuelle importe enfin au regard de la différence de sanctions. Le non-respect des exigences relatives aux informations précontractuelles, et notamment l'information sur le prix, est sanctionné spécifiquement par une amende administrative²⁵. La violation du régime des pratiques commerciales déloyales est en revanche bien plus lourde puisqu'elle entraîne des sanctions pénales allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement et une amende susceptible d'atteindre des sommes très importantes²⁶. Dès lors, l'omission de l'information substantielle relative au prix au titre des pratiques trompeuses dans une publicité est sanctionnée bien plus durement que l'omission de la même mention dans la phase précontractuelle. Cette difficulté est généralement résolue par l'admission d'un cumul de sanctions²⁷ : dès lors que l'omission de l'information précontractuelle remplirait les conditions d'une omission trompeuse au titre des pratiques commerciales déloyales, les sanctions de celles-ci pourraient s'ajouter. Si tel était le cas, il n'y aurait en effet aucun enjeu, sur le terrain des sanctions, à distinguer la publicité de la phase précontractuelle.

Or, le cumul des sanctions n'apparaît pas si évident au regard du principe de spécialité applicable en cas de conflit entre deux textes européens. Cette question mériterait d'être clarifiée par la Cour de justice, à défaut de précisions par le législateur européen. En effet, tant la directive 2011/83/UE que la directive 2005/29/CE impose la même règle en cas de conflit avec une autre règle européenne : la directive la plus spécifique prime²⁸. Dès lors, en cas de conflit de normes européennes, il ne peut y avoir de cumul. Encore faut-il qu'existe un conflit. Le guide d'orientation de la Commission apporte quelques éléments d'explications, à la lumière des arrêts rendus par la Cour de justice²⁹. Ainsi, trois conditions sont nécessaires pour qu'une législation plus spécifique prime sur la directive 2005/29/CE : que la règle en conflit émane d'une disposition législative de l'Union, qu'elle régit un aspect spécifique des pratiques commerciales, et qu'il y ait « *conflit entre les deux dispositions ou que le contenu de l'autre disposition législative recoupe celui de la disposition pertinente de la directive PCD, par exemple parce qu'elle régit de manière plus détaillée la conduite en cause et/ou parce qu'elle est applicable à un secteur spécifique* »³⁰. Comme le rappelle la Commission, la directive pratiques commerciales déloyales reste applicable pour évaluer les autres aspects qui ne seraient pas couverts. Ainsi, pour reprendre le cas de la directive 2011/83/UE et ses obligations d'information, si une information sur le prix est trompeuse, par exemple dans sa présentation, les pratiques commerciales déloyales s'appliquent. La question est en revanche plus délicate à trancher en cas d'omission de l'information ou en cas de défaut de clarté ou d'intelligibilité. En effet, dans ces deux hypothèses, les règles imposées tant par la directive 2011/83 et 2005/29 semblent se « recouper » pour reprendre l'expression de la Commission. La question d'un possible conflit de normes est alors susceptible de se poser, rendant les sanctions incertaines³¹. L'incertitude est d'autant plus grande depuis un arrêt rendu par la Cour de justice le 24 février 2022³². Il a déci-

24 cf infra.

25 Amende dont le montant ne peut excéder 3000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale (C. consom., art. L. 131-1 ; L. 131-5 ; L. 131-6).

26 C. consom., art. L. 132-2.

27 Jurisclass. Concurrence consommation, Fasc 848, §26.

28 Dir. 2005/29/CE, art. 3.4 ; Dir. 2011/83/UE, art. 3.2.

29 V. not. CJUE 13 sept. 2018, C-54/17 et 55/17, Wind Tre.

30 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p 8.

31 En effet, en cas de conflit, c'est la directive la plus spécifique qui s'applique seule, ce qu'il faudrait départager entre les directives 2011/83 et 2005/29.

32 CJUE 24 fev. 2022, C-143/20 et C-213/20, Contrats d'assurance « unit-linked ».

dé que sanctionner par l'omission trompeuse de la directive 2005/29 la violation d'une obligation d'information précontractuelle imposée par la directive 2002/83 concernant l'assurance directe sur la vie, ne constitue pas un conflit de normes entre ces deux directives³³. L'essentiel est alors dans la motivation de l'absence de conflit qui est justifiée en l'espèce par le fait que la directive assurance sur la vie ne « *régit pas les conséquences juridiques de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte de l'obligation d'information précontractuelle* » visée dans ladite directive. Or, transposée à un potentiel conflit entre les directives 2011/83 et 2005/29, cette justification pourrait conduire à ce que les dispositions relatives aux sanctions ajoutées par la directive 2019/2161 omnibus à la directive 2011/83 constituent des mesures régissant les conséquences juridiques de l'inexécution des obligations d'information précontractuelle, et donc amène à reconnaître l'existence d'un conflit de normes susceptibles d'exclure l'application de la directive 2005/29. Les pratiques commerciales déloyales pourraient donc ne pas constituer un mode systématique de sanction pour toute omission d'information précontractuelle.

Alors que les enjeux de distinction de la publicité et de l'offre précontractuelle sont importants, on constate une porosité de leurs frontières.

1.A.1.2.2. Porosité des frontières entre publicité et offre précontractuelle

21. Absence de critères de distinction entre publicité et offre précontractuelle. Alors que les enjeux à distinguer la publicité au sein de la phase précontractuelle sont importants, tous les partenaires de la Chaire représentant les professionnels s'accordent à reconnaître la difficulté à identifier avec précision ce qui relève de l'un ou de l'autre. Si les notions de communication commerciale³⁴ et de publicité³⁵ ont été définies par plusieurs textes légaux, celle de la phase précontractuelle ne fait pas l'objet de critères établis au niveau européen, compliquant d'autant la détermination de frontières claires³⁶. Certes, la distinction entre la publicité et le précontractuel est parfois évidente, mais certaines situations prêtent à confusion. Ainsi, une offre sur un site internet, ou les informations diffusées visuellement dans un magasin mais visibles de l'extérieur, relèvent-elles de la communication commerciale ou de l'offre précontractuelle ?

22. Confusion entretenue entre publicité et offre précontractuelle. Une certaine confusion est entretenue entre publicité et offre précontractuelle, d'abord, par le régime de l'invitation à l'achat. En effet, imposer des obligations d'information identiques à celles de l'offre précontractuelle, au moins en matière de prix, alimente la confusion entre publicité et offre. A cet égard, les guides d'orientation de la Commission européenne concernant tant la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales que la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, en attestent, évoquant à plusieurs reprises l'existence de « chevauchements ». Ceux-ci concernent précisément l'invitation à l'achat de la directive 2005/29 susceptible de couvrir, pour la Commission, tant « *la phase de commercialisation (publicité)* » que celle précédant « *la signature du contrat* »³⁷. En précisant que « *la notion d'invitation à l'achat est plus large que celle d'information précontractuelle* », la Commission reconnaît l'existence d'une superposition de règles : l'offre précontractuelle relèverait également du champ de l'invitation à l'achat. La Commission cite l'exemple d' « *un site internet d'une compagnie aérienne présentant des offres relatives à des vols avec leurs prix* » pour les qualifier d'invitation à

33 CJUE 24 fev. 2022, préc., pt 138.

34 Dir. 2000/31, art. 2 f) ; Dir. 2006/123, art. 4 12)

35 Dir. 2006/114, art. 2 a).

36 La notion d'offre est définie dans le code civil à l'art. 1114 comme comprenant « *les éléments essentiels du contrat envisagé et (qui) exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ».

37 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc. p. 12.

l'achat³⁸ ; ces offres pourraient tout autant relever du domaine précontractuel. Pour autant, les professionnels doivent savoir à partir de quel moment une invitation à l'achat devient une offre précontractuelle justifiant l'application de ces règles spécifiques. La Commission précise à plusieurs reprises qu'en respectant les règles relatives aux informations précontractuelles, qui incluent au moins celles de l'invitation à l'achat, les professionnels sécurisent leurs offres³⁹. Cependant, une telle recommandation ne peut être satisfaisante. La confusion est, ensuite, alimentée par de nombreux textes réglementaires nationaux relatif à la mention du prix dans différents secteurs, qui ont tendance à exiger de la publicité des mentions informatives proches de celles attendues d'une offre précontractuelle⁴⁰. Enfin, la confusion perdure par l'absence de précision légale quant au moment précis auquel les informations précontractuelles doivent être fournies. En effet, l'article L. 111-1 du code de la consommation, transposant l'article 5 de la directive 2011/83/UE, se contente de préciser qu'elles doivent être transmises « *avant que le consommateur ne soit lié par un contrat (...)* ». Or, ce moment précédant le contrat reste flou, sans délimitation précise. Si l'on comprend que l'ultime moment de transmission est l'offre, il peut également s'étendre à une phase précédente indéfinie.

23. Critère de distinction à préciser. Les frontières du précontractuel et de la publicité devraient être mieux délimitées par le législateur européen. Consciente de ces difficultés et incertitudes de chevauchements, la Commission européenne avait déjà évoqué la possibilité d'y remédier dans le cadre de l'évaluation de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs⁴¹. Un élément déterminant de distinction pourrait être la **possibilité matérielle, pour le consommateur, de contracter**⁴². Ainsi, dès lors que le professionnel met en œuvre les moyens permettant au consommateur de conclure le contrat à l'issue de l'information transmise, cette phase doit être considérée comme précontractuelle et donc obliger le professionnel à respecter les exigences qui y sont liées. Comme le précise la Commission européenne, à la différence de la phase précontractuelle, « *une invitation à l'achat n'implique pas nécessairement que l'étape suivante consiste pour le consommateur à conclure un contrat avec le professionnel* »⁴³. C'est également en ce sens que s'était prononcée la Cour de justice dans l'arrêt *Ving Sverige* en affirmant que l'invitation à l'achat ne nécessite pas l'existence d'un moyen concret d'achat. Si tel était le cas, la qualification se rapprocherait davantage de celle d'offre précontractuelle. Ainsi, si le consommateur peut souhaiter contracter, finalité d'ailleurs prise en compte dans la qualification d'invitation à l'achat, celle-ci ne devrait pas lui en donner les moyens matériels : afin d'informer pleinement le consommateur, une phase supplémentaire doit être nécessaire, alors soumise aux règles de la directive sur les droits des consommateurs et l'article L. 111 et suivants du code de la consommation.

38 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p 54.

39 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p 12 + Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (2021/C 525/01), p 22.

40 Par ex. Arrêté du 28 juin 2000 « relatif à l'information des consommateurs et à la publicité des prix des véhicules automobiles ».

41 La Commission évoquait alors la possibilité de retenir un critère temporel afin de dissocier l'application des directives 2005/29 et 2011/83 : en amont avec les communications commerciales pour les omissions trompeuses, en aval avec la phase précontractuelle matérialisée par l'entrée dans un magasin ou la consultation d'un site internet marchand pour les obligations précontractuelles d'information (V. Commission Staff working document, Evaluation of the Consumer Rights Directive, du 23 mai 2017, SWD(2017) 169 final, p. 44-45 (en langue anglaise uniquement). Cependant ce seul critère n'est pas satisfaisant dans la mesure où la directive 2005/29 est susceptible de s'appliquer à tous les stades du processus contractuel.

42 Par exemple, en encart sur un site internet marchand faisant la promotion d'un produit mais ne permettant pas directement, à partir de cet encart, de mettre le produit dans un panier, est une publicité et non une offre. La page sur laquelle arrive le consommateur une fois qu'il clique sur l'encart publicitaire qui, elle, lui permet de mettre le produit dans le panier, est une offre et doit comporter toutes les informations de l'art. L. 111-1 du code de la consommation.

43 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p 53.

24. Conclusion et propositions. Les chevauchements de règles complexifient et insécurisent leur application. Afin de clarifier les obligations, des précisions pourraient être apportées concernant les frontières déterminant les champs d'application relevant du précontractuel, et donc de ses obligations d'information, et de la simple publicité. La matérialité de contracter pourrait constituer un critère caractérisant l'offre et la différenciant de la publicité.

De plus, il serait utile de se réinterroger sur l'opportunité d'imposer à l'invitation à l'achat des informations identiques à celle d'une offre. S'il est nécessaire de protéger les consommateurs contre des publicités omettant des informations substantielles, le caractère substantiel d'une information contenue dans une publicité ne peut être identique à celui d'une information transmise dans le cadre d'une offre.

La question des conflits de normes européennes et des sanctions de leur violation mériterait également d'être approfondie, dans un cadre plus général que la question particulière du prix. Le régime des pratiques commerciales déloyales tend aujourd'hui, en effet, à constituer le régime sanctionnateur de la violation d'autres règles, ce qu'il n'a pas vocation à être. Ces réflexions doivent être menées au niveau européen.

Propositions

- 1 Mieux distinguer, au niveau européen, la frontière entre publicité et phase précontractuelle dont les régimes diffèrent. La matérialité de contracter pourrait constituer un critère nécessaire pour caractériser la phase précontractuelle, à la différence de la publicité ;**
- 2 Revoir, avec toutes les parties prenantes, la liste des informations substantielles nécessaires à une invitation à l'achat dans la directive 2005/29, afin de réinterroger l'opportunité de l'identité de formulation avec les informations précontractuelles de l'article 5 de la directive 2011/83 ;**
- 3 Clarifier davantage l'éventualité d'un conflit de normes entre les pratiques commerciales déloyales (directive 2005/29) et les obligations précontractuelles d'information (directive 2011/83 et toutes les autres directives spécifiques), notamment au regard de l'enjeu des sanctions, avec une attention particulière dans l'hypothèse de l'omission ou du défaut de transparence d'information précontractuelle.**

I.A.2. Information loyale quant au contenu

25. Le prix, sur lequel l'information doit être fournie par le professionnel, est constitué du prix principal correspondant la contrepartie du bien ou du service que le consommateur doit apporter (I.A.2.1). A ce prix, doit être interrogé la possibilité d'y ajouter celui de la rentabilité économique pour laquelle les consommateurs peuvent contracter et qui ne concernent que certains produits ou services. Dans ce dernier cas, la rentabilité économique constitue la contrepartie espérée par le consommateur (I.A.2.2).

I.A.2.1. Le prix principal, contrepartie payée par le consommateur

26. Sources législatives et réglementaires. Une fois que le consommateur doit être informé du prix à payer en contrepartie du bien ou du service, qu'il s'agisse d'une publicité ou d'une offre précontractuelle, le montant du prix faisant l'objet de l'information est juridiquement encadré par une législation désormais d'origine européenne.

L'information précontractuelle relative au prix ressort de l'article L. 111-1 2) du code de la consommation pour tous les contrats de consommation, qui renvoie aux articles L. 112-1 et suivants spécifiquement relatifs à l'information précontractuelle en matière de prix. Ces dispositions sont la transposition de l'article 5 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Pour les contrats conclus à distance ou hors établissement, le contenu des dispositions est quasiment identique sur le prix, et relève de l'article L. 221-5 du code de la consommation, transposant l'article 6 de la directive 2011/83/UE. Dans une certaine mesure, ces dispositions du code de la consommation sont également le fruit de la transposition de la directive 98/6 sur l'indication du prix de vente. En effet, puisque le droit français disposait déjà, avant cette directive, d'une obligation d'information précontractuelle relative au prix, la transposition de cette directive ne s'est véritablement matérialisée que pour la partie relative à l'indication du prix à l'unité de mesure par l'arrêté du 16 novembre 1999. Cette précision est importante dans la mesure où la Cour de justice a été amenée à préciser l'interprétation de la notion de prix dans la directive 98/6, susceptible de correspondre à la notion de prix de l'article L. 111-1 2).

L'arrêté du 3 décembre 1987 « relatif à l'information du consommateur sur les prix » reste en droit français un texte de référence sur l'indication des prix en général, incluant l'information de l'offre contractuelle comme celle incluse dans les publicités. Cet arrêté a été initialement adopté sur le fondement de l'ordonnance de 1986, complété par une circulaire du 19 juillet 1988, et n'a fait l'objet que de peu de modifications depuis. C'est désormais l'article L. 112-1 qui y renvoie en disposant que « *tout vendeur de produit ou tout prestataire de services informe le consommateur ... sur les prix ... selon les modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation* ». Ces arrêtés sont particulièrement nombreux, généralement spécifiques à certains secteurs ou certains produits, dont celui du 16 novembre 1999 « relatif à la publicité, à l'égard du consommateur, des prix de vente à l'unité de mesure de certains produits préemballés » ; le plus général et transversal est celui du 3 décembre 1987.

A ces dispositions propres aux prix, s'ajoutent les dispositions transversales relatives aux pratiques commerciales déloyales des articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation, transposant la directive 2005/29/CE. Une pratique portant sur le prix peut en effet constituer tant une action qu'une omission trompeuse.

27. Information sur le prix ou tout autre avantage. L'information sur le prix au titre de l'article L. 111-1 du code de la consommation porte, depuis la transposition des directives 2019/770 sur les contrats de fourniture de contenu et de service numérique et 2019/2161 dite omnibus, sur le prix « *ou tout autre avantage procuré au lieu ou en complément du paiement d'un prix en application des articles L.112-1 à L. 112-4-1* ». L'article L. 112-4-1 impose alors que pour les contrats de vente de biens ou de fourniture de contenus numériques ou de services numériques, le professionnel « *précise la nature de l'avantage procuré par le consommateur au sens des articles L. 217-1 et L. 224-25-2* ». Cette exigence d'information sur un autre avantage procuré à la place du prix n'est pas issue expressément des directives mentionnées qui n'ont pas modifié l'information du prix dans l'article 5 ni dans l'article 6 de la directive 2011/83/UE⁴⁴. Cet ajout français fait écho, à travers l'information de la contrepartie due par le consommateur, à l'ouverture du champ général d'application de la directive 2011/83 par la directive omnibus ainsi que de la directive 2019/770 sur les contrats de fourniture de contenu et de service numérique aux contrats par lesquels « *le professionnel fournit ou s'engage à fournir au consommateur un contenu numérique non fourni sur*

44 Cet ajout à l'art. L. 111-1 2) est donc une extension du champ de l'art. 5 de la directive 2011/83 qui se limite, d'un point de vue européen, aux contrats de vente et de services moyennant un prix (Dir. 2011/83, art. 3 ; Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., p. 12, pt 1.6.1), et, lorsque le consommateur fournit des données à caractère personnel au professionnel, aux contrats de fourniture de contenu numérique en ligne et de services numériques (Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., p. 13, pt 1.6.2). Cette extension française reste conforme au droit européen du fait du degré minimal de l'harmonisation de l'art. 5 de la directive 2011/83.

un support matériel ou un service numérique et que le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel, sauf lorsque les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu numérique non fourni sur un support matériel ou le service numérique conformément à la présente directive, ou de lui permettre de remplir les obligations légales qui lui incombent, pour autant qu'il ne traite pas ces données à une autre fin »⁴⁵. La pratique des contrats de contenu et de service numérique a en effet révélé l'existence de services ou contenus présentés comme « gratuits » aux consommateurs, tel les réseaux sociaux, mais pour lesquels existe une contrepartie valorisable à travers la collecte de leurs données personnelles⁴⁶. Cependant, l'exigence d'information précontractuelle sur la « nature de l'avantage procuré par le consommateur » à la place du prix ne peut s'imposer aux contrats à distance ou hors établissement du fait du degré maximal d'harmonisation de ces contrats. Lorsqu'il s'agit de contrats de fourniture de contenu et de services numériques, l'obligation d'information ne porte que sur les données personnelles, conformément aux dispositions du RGPD⁴⁷.

28. Notion de prix. S'agissant des obligations pesant sur l'information du prix stricto sensu qui nous intéressent dans le cadre de cette étude, il y a un intérêt à distinguer clairement le prix de « tout autre avantage procuré » du fait que les obligations particulières des articles L. 112-1 et suivants, incluant tous les arrêtés pris sur leur fondement, portent sur le prix. Le guide d'orientation sur la directive 2011/83/UE précise la notion de prix, qui « doit s'entendre au sens large, à savoir incluant également les instruments revêtant une certaine valeur convertible ou monétaire (même si cette dernière peut évoluer avec le temps), tels que les bons d'achat, les bons-cadeaux, les points de fidélité ainsi que les représentations numériques de valeur, notamment les chèques électroniques ou les coupons électroniques, de même que les monnaies virtuelles »⁴⁸. Cette interprétation large conduit à inclure dans la notion de prix tout paiement au moyen d'une monnaie nationale ou tout autre moyen disposant d'une valeur monétaire par conversion. Les obligations relatives au contenu du prix portent sur l'obligation de l'exprimer en euros (I.A.2.1.1), le caractère total et global du prix à indiquer (I.A.2.1.2) et la question des frais susceptibles d'être mentionnés en sus (I.A.2.1.3).

I.A.2.1.1. Prix exprimé en euros

29. L'information sur le prix doit être exprimée en euros. Cette exigence relève de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987 dans sa rédaction issue de l'arrêté du 21 décembre 2001⁴⁹. Au-delà de l'aspect national de la monnaie, l'information du prix en euro relève d'un objectif évident de protection des consommateurs afin d'assurer une « information précise, limpide et sans ambiguïté » comme le précise la directive 98/6 sur l'indication de prix⁵⁰. De plus, l'information sur les prix a également pour objectif de « faciliter la comparaison des prix »⁵¹, ce qui implique une unité de valeur commune.

30. Cas particulier des achats intégrés dans les jeux vidéos. Le développement des jeux en

45 Dir. 2011/83/UE, art. 3.1 bis, ajouté par la directive 2019/2161 dite omnibus. V. ég. Dir. 2019/770/UE, art. 3.1.

46 Commission des clauses abusives, Recommandation n°14-02 « Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux ».

47 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., pt 1.6.1, p. 13).

48 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., pt 1.6.1, p. 12

49 Dans l'arrêté initial de 1987, le prix devait être exprimé dans la « monnaie française ».

50 Dir. 98/6, considérant 2.

51 Dir. 98/6, art. 1.

ligne a initié de nouvelles formes d'achats intégrés tout au long de l'expérience de jeu au moyen de micro-transactions⁵² qui soulèvent de nombreuses difficultés régulièrement dénoncées⁵³. Dans la plupart des jeux, le versement du prix initial d'acquisition du jeu ne suffit plus au joueur pour bénéficier de l'intégralité du jeu et de ses possibilités. Des micro-transactions sont proposées tout au long du jeu, soit pour bénéficier de nouveaux avantages (pouvoirs d'un personnage, costumes, nouveaux personnages, etc) soit pour ouvrir de nouveaux niveaux de jeux, voire même pour le terminer (pratique du *pay to win*). Des loot boxes ou caisses à butins sont souvent proposées dans ce cadre : en achetant la caisse, le joueur ne connaît pas son contenu à l'avance mais sait qu'il recevra un avantage, qui pourra être minime ou très précieux. Ces micro-transactions, qui sont autant de contrats électroniques soumis à leur législation dont l'information sur le prix⁵⁴, peuvent être payées par différents moyens, dont souvent par le biais d'une monnaie virtuelle propre au jeu. Ainsi, le joueur achète en euros une certaine quantité de monnaie virtuelle exprimée en unité de jeu, différentes selon les jeux et parfois différentes au sein d'un même jeu. Si le joueur a été confronté à un montant exprimé en euros au moment de l'achat initial des unités de monnaie de jeu, il n'y est généralement plus confronté ensuite : tout achat à réaliser dans l'expérience de jeu est exprimé dans la monnaie virtuelle du jeu.

Même si la monnaie de jeu fluidifie certainement le jeu et facilite les transactions, elle fait perdre toute notion de valeur au joueur au moment de l'acte d'achat, raison pour laquelle cette pratique est dénoncée par plusieurs autorités⁵⁵. L'absence de mention du prix⁵⁶ en euros, exprimée exclusivement en monnaie virtuelle, viole, en France, l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987 et pourrait constituer, de surcroît, une pratique commerciale trompeuse⁵⁷. Au niveau européen, il n'existe aucune exigence formelle d'indiquer le prix dans la monnaie du pays du consommateur, ce qui est proposé par certains au moins dans ces circonstances⁵⁸. Un encadrement européen spécifique au jeu pourrait voir le jour à la suite du Fitness check que réalise la Commission européenne depuis mars 2022 pour vérifier si le degré de protection des consommateurs dans l'environnement numérique est suffisant par les actuelles directives 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, 2011/83 sur les droits des consommateurs et 93/13 sur les clauses abusives⁵⁹.

1.A.2.1.2. Somme totale due par le consommateur

31. Somme totale ou mode de calcul du prix. Au titre de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987, l'information sur le prix, du produit ou du service, porte sur « *la somme totale ... qui devra être effectivement payée par le consommateur* ». La même expression de « *prix total* » est utilisée

52 G. Brunaux, Le jeu vidéo, un objet juridique identifié, Mare & Martin, 2019, p. 150 et s.

53 Par ex concernant le cas particulier des « loot boxes », un rapport du Conseil norvégien des consommateurs en 2022 (<https://storage02.forbrukerradet.no/media/2022/05/2022-05-31-insert-coin-publish.pdf>), une Etude du Parlement européen en 2020 (« Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers », PE 652.727).

54 G. Brunaux, Le jeu vidéo, un objet juridique identifié, préc., p. 151.

55 Rapport du Conseil norvégien des consommateurs en 2022 (<https://storage02.forbrukerradet.no/media/2022/05/2022-05-31-insert-coin-publish.pdf>) ; Etude du Parlement européen en 2020 (« Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers », PE 652.727) ; Action d'associations de consommateurs (v. <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-jeux-video-l-industrie-doit-cesser-de-se-jouer-de-vous-n101360/>).

56 La valeur exprimée en monnaie de jeu constitue en effet un « prix » au sens de l'art. L. 111-1 et L. 221-5 du code de la consommation.

57 V. Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p 104.

58 Rapport du Conseil norvégien des consommateurs, préc. Cf. ég. Rapport du Parlement européen, préc.

59 https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en.

dans les articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. La directive 98/6 sur l'indication du prix en matière de vente définit le prix de vente comme étant « *le prix définitif valable pour une unité du produit ou une quantité donnée du produit, c'est-à-dire comprenant la TVA et toutes les taxes accessoires* ». Si ce prix ne peut pas être « *raisonnablement calculé à l'avance* », l'information porte sur le mode de calcul du prix⁶⁰.

32. Notion de « somme totale », enjeux. La difficulté principale concerne la notion de somme « totale », c'est-à-dire ce qu'elle inclut véritablement. L'obligation d'inclure toutes taxes dues par le consommateur est une exigence classique émanant de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987 et, au niveau européen, tant de la directive 98/6 sur l'indication du prix en matière de vente que de la directive 2011/83/UE. Au-delà de ces taxes, afficher une somme totale signifie que les différents éléments constituant le prix final doivent être inclus dans le prix, empêchant une présentation fractionnée. Or sur les éléments inclus dans le prix, les textes législatifs et réglementaires, nationaux et européens, restent très évasifs. Enfin, si l'article L. 112-3 oblige à informer sur le prix et tous les frais auxquels le consommateur est susceptible d'être exposé, il n'est pas clairement exprimé si ces frais, et à quelles conditions, doivent être inclus dans la somme totale ou peuvent être présentés en supplément. Les articles 5 et 6 de la directive 2011/83 ou la directive 98/6 ne sont pas plus clairs dans leur rédaction. Quant à l'arrêté du 3 décembre 1987, il peut jeter un trouble, malgré les explications de la circulaire du 19 juillet 1988, notamment par son article 3 selon lequel « *lorsque le prix annoncé ne comprend pas un élément ou une prestation de services indispensables à l'emploi ou à la finalité du produit ou du service proposés, cette particularité doit être indiquée explicitement* ». Faute d'autres précisions, il pourrait ainsi justifier qu'un prix d'un élément indispensable au bien ou au service soit présenté en supplément dès lors que l'indication est explicite. C'est la jurisprudence de la Cour de justice qui a apporté des précisions essentielles sur la notion de prix.

33. Prix global incluant tous les éléments inévitables et prévisibles obligatoirement à la charge du consommateur. Le prix, objet de l'information, est d'abord un prix « global », ne nécessitant pas obligatoirement la mention, en plus, des différents éléments composant l'ensemble d'une offre présentée comme indissociable⁶¹. Au regard de la jurisprudence rendue par la Cour de justice, ce prix global doit inclure tous les « *éléments inévitables et prévisibles du prix, éléments qui sont obligatoirement à la charge du consommateur et qui constituent la contrepartie pécuniaire de l'acquisition du produit concerné* »⁶². L'expression relative au caractère « *inévitables et prévisibles* » des éléments devant composer le prix définitif à payer est utilisée dans un seul texte européen, le règlement n°1008/2008 du 24 septembre 2008 « **établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté** » (art. 23.1). C'est ensuite la Cour de justice qui l'a réutilisé dans un contexte plus large, particulièrement pour interpréter la notion de prix dans la directive 98/6. Ainsi, pour qu'un élément soit inclus dans le prix global, il faut qu'il soit nécessairement à la charge du consommateur de manière définitive.

34. Illustrations, éléments inclus. Ainsi, dans le cadre d'une publicité de véhicule automobile, la Cour de justice a considéré dans l'affaire Citroën commerce que le prix de vente indiqué doit inclure

60 C. consom., art. L. 112-3 ; Dir. 2011/83/UE, art. 5 et 6.

61 Cette notion de prix « global » a été précisée dans l'arrêt Deroo Blanquart relatif à la vente d'ordinateurs prééquipés de logiciels (pt 46). Une des questions posées à la Cour de justice portait sur le point de savoir si le défaut d'information sur le prix des différents éléments composant l'offre groupée, c'est-à-dire le prix de l'ordinateur et de ses logiciels incorporés, constituait une information substantielle dont l'omission conduirait à caractériser une omission trompeuse. La Cour répondit négativement, en précisant que cette appréciation doit se réaliser en fonction du contexte (pt 49) en s'assurant que l'absence des informations litigieuses n'est ni de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause ni susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aura pas prise autrement » (pt 51).

62 CJUE 7 juill 2016, C-476/14 Citroen Commerce, pt 37.

ses frais de transfert du fabricant jusqu'au vendeur, dès lors qu'ils sont nécessairement à la charge du consommateur et font partie de l'offre⁶³ : « *en tant que prix définitif, le prix de vente doit nécessairement inclure les éléments inévitables et prévisibles du prix, éléments qui sont obligatoirement à la charge du consommateur et qui constituent la contrepartie pécuniaire de l'acquisition du produit concernée* »⁶⁴. Dans cet arrêt, la Cour de justice renvoie elle-même à un arrêt rendu sur le fondement du règlement n°1008/2008⁶⁵, attestant du caractère transversal des éléments devant inclure le prix proposé au consommateur. Le fait qu'il s'agisse en l'espèce d'une publicité importe peu sur le caractère transversal de l'exigence dans la mesure où l'arrêt a appliqué l'interprétation de la notion de prix de vente en général, applicable tant à l'information précontractuelle qu'à une publicité⁶⁶. Cette précision est importante car elle autorise la reprise de cette interprétation pour l'information du prix au titre de la directive 2011/83 qui étend l'information du prix au-delà de la vente.

Le Conseil d'Etat a rendu récemment une décision analogue concernant l'affichage du prix d'abonnements internet avec ligne téléphonique dans le cadre d'un contentieux opposant la société Orange aux sanctions infligées par la DGCCRF pour défaut d'information sur le prix en vertu de l'article L. 112-1⁶⁷. La question en jeu était de savoir si la société était ou non en droit de présenter le prix de location de la box séparément du prix de l'abonnement. Il est intéressant de noter que la société soutenait que les dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 3 décembre 1987 l'autorisaient à annoncer un prix qui n'incluait pas un élément indispensable à l'emploi ou à la finalité de son service d'accès à l'Internet, tel que son modem Livebox, à la seule condition qu'elle l'indique explicitement. Pour inclure le prix de la location de la box dans le prix global, le Conseil d'Etat s'est fondé sur l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987⁶⁸. Il a en effet considéré que la société avait pour « *obligation ... en vertu de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987, d'afficher un prix total incluant le prix de l'abonnement et celui de la location de la box, qui ne constituaient pas des prestations séparées* » (pt 11), ce dont les dispositions de l'article 3 du même arrêté ne la dispensaient pas. Le critère essentiel retenu ici pour justifier l'inclusion du prix de la location du modem est l'existence d'une prestation unique ; le modem est indispensable pour accéder au service et il n'a pas été établi que le consommateur avait la possibilité de souscrire sans location du modem. Il est intéressant de relever que l'avocat général dans cette affaire fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion de prix définitif de la directive 98/6/CE pour apprécier, en parallèle, le prix dans l'affaire litigieuse⁶⁹.

35. Illustration, éléments exclus. Sur le même fondement de la notion de prix définitif au sens de la directive 98/6, la Cour de justice a considéré que le montant de la consigne, dont le consommateur est tenu de s'acquitter lors de l'achat de produits conditionnés dans un contenant consigné,

63 Une exigence analogue existe dans la réglementation française par l'arrêté du 28 juin 2000 relatif à l'information des consommateurs et à la publicité des prix des véhicules automobiles (art. 2 al. 2 : « *Le prix annoncé des véhicules neufs hors options doit correspondre, quel que soit le support utilisé, à la somme totale toutes taxes comprises qui devra être effectivement payée par le consommateur, y compris les frais de préparation du véhicule* »).

64 CJUE 7 juill 2016, C-476/14 Citroen Commerce, pt 37.

65 L'arrêt Citroen commerce renvoie « pour analogie » (pt 37) à son arrêt Vueling Airlines (CJUE 18 sept. 2014, C-487/12, pt 36) selon lequel « l'article 23 paragraphe 1 du règlement n°1008/2008 exige notamment que les éléments inévitables et prévisibles du prix du service aérien soient toujours précisés en tant que composantes du prix définitif à payer ».

66 CJUE 7 juill. 2016, C-476/14 Citroen Commerce, pt 29 et 30.

67 CE, 9ème et 10ème ch. Réunies, 7 avril 2023, n°461082.

68 Il aurait certainement pu également se fonder sur l'art. L. 112-4 du code de la consommation selon lequel « *Dans le cas d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat assorti d'un abonnement, le prix total inclut le total des frais exposés pour chaque période de facturation. Lorsque de tels contrats sont facturés à un tarif fixe, le prix total inclut également le total des coûts mensuels* ». Issue de l'article 6 de la directive 2011/83/UE, et donc au niveau européen limité aux contrats à distance et hors établissement, la transposition française l'a intégré dans le droit commun de l'information relative au prix.

69 Conclusions, pt 3.1.

n'a pas à être inclus dans le prix de vente, mais doit être indiqué séparément en sus de ce prix⁷⁰. En effet, dans la mesure où le consommateur est en droit d'exiger du professionnel la reprise du contenant consigné et le remboursement de son prix, le montant de la consigne n'est pas « obligatoirement » à la charge du consommateur (pt 21).

1.A.2.1.3. Les frais mentionnés en sus

36. Frais de livraison. De la notion de prix total précédemment exposée, il en découle que tous les frais qui n'ont pas à être inclus et qui restent à la charge du consommateur doivent être expressément mentionnés en supplément. La difficulté, comme on l'a vu, est de déterminer avec précision les éléments du prix devant être ou non inclus dans le prix global. La question se pose particulièrement pour les frais de livraison. Leur indication est évidemment obligatoire s'ils sont à la charge du consommateur, ce que précise l'article L. 112-3 du code de la consommation transposant les dispositions des articles 5 et 6 de la directive 2011/83 sur ce point. L'article 2 alinéa 2 de l'arrêté du 3 décembre 1987 laisse une option au professionnel de les inclure ou non dans le prix global, ce que précise expressément la circulaire l'interprétant. Bien que dans certaines circonstances, et notamment dans les ventes en ligne, les frais de livraison constituent un élément inévitable et prévisible obligatoirement et définitivement à la charge du consommateur, on peut comprendre qu'ils demeurent indiqués en supplément lors de la phase précontractuelle. En effet, leur coût est généralement variable en fonction de plusieurs paramètres (nombre de produits achetés, lieu de livraison, etc), justifiant que seul leur mode de calcul soit précisé, en plus de leur caractère obligatoire en sus.

37. Question des achats intégrés. Le développement plus généralement des contrats de fourniture de contenu et de service numérique a conduit à de nouveaux modes de financement, notamment par des achats intégrés proposés après la conclusion du contrat initial et permettant d'accéder à de nouveaux contenus ou de nouvelles possibilités. Facultatifs, ils sont fréquents dans les applications de smartphones et les jeux. La question ici est de savoir si l'information sur le prix des différents achats intégrés doit être mentionnée dès la conclusion du contrat initial. La présence d'achats intégrés, au moins au titre des caractéristiques du bien ou du service, doit être mentionnée, ce que précise le guide d'orientation de la directive 2011/83/UE⁷¹. De ce fait, bien que leur achat soit facultatif, la mention de leur prix pourrait se poser. Il est à craindre cependant qu'au regard du nombre important d'achats intégrés et la variété des prix, le cumul d'informations dès le premier acte d'achat perturbe le consommateur davantage qu'il l'éclaire. La question mérite cependant d'être posée afin que le consommateur soit informé des sommes qu'il serait susceptible de déboursier si ces achats intégrés sont déterminants de son achat initial. Cette information pourrait d'autant plus s'avérer déterminante qu'il arrive que le coût total à supporter pour débloquer l'intégralité du jeu et de ses contenus peut dépasser très largement le prix initial. Dès lors, une information sur le prix total à déboursier pour réaliser l'intégralité du jeu pourrait s'avérer utile.

38. Propositions. La loyauté de l'information quant au contenu du contrat du prix principal révèle un besoin d'améliorations, particulièrement quant aux éléments concrets qui doivent être obligatoirement inclus dans le prix et ceux qui peuvent être mentionnés en complément. Sur ces questions, l'ancienneté de l'arrêté du 3 décembre 1987 peut s'avérer plus confuse qu'éclairante.

70 CJUE 29 juin 2023, C-543/21, Verband Sozialer Wettbewerb.

71 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., p 331.

Propositions

- 4 Attirer l'attention des pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance d'un prix exprimé dans la monnaie nationale, incluant les prix d'achats facultatifs intégrés à des jeux vidéo. Si cette exigence existe en France, non seulement elle n'est pas toujours respectée mais surtout elle n'est pas imposée au niveau européen.**
- 5 Attirer l'attention des professionnels et des pouvoirs publics sur le besoin de clarifier les éléments qui doivent être inclus dans le prix, et ceux qui peuvent faire l'objet d'une mention en sus. Cette clarification doit allier sécurité juridique et souplesse afin de s'adapter à la diversité et à l'évolution des situations.**
 - 5.1. Les instruments de clarification pourraient utilement prendre la forme, au niveau européen, d'orientations d'interprétation de la Commission européenne plus claires sur cette question et, au niveau national, d'une FAQ issue, par exemple, de la DGCCRF en partenariat avec toutes les parties prenantes (professionnels et consommateurs).
 - 5.2. Ces instruments pourraient utilement s'inspirer des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'inclusion de « tous les éléments inévitables et prévisibles obligatoirement (et définitivement) à la charge du consommateur ».
- 6 Modifier en conséquence l'arrêté du 3 décembre 1987.**

I.A.2.2. La rentabilité, contrepartie espérée par le consommateur

39. Il existe certains produits spécifiques pour lesquels la rentabilité économique constitue un élément généralement déterminant du consentement des consommateurs et ayant une influence essentielle sur la perception du prix de l'opération dans son ensemble. Cette information constitue un élément d'attractivité, mise en avant par les professionnels, qui atténue une perception souvent élevée du prix initial au regard des coûts d'investissement. La rentabilité attendue est alors appréhendée comme une réduction du prix initial mais reportée dans le temps. Une publicité prometteuse vantant le retour sur investissement peut masquer une réalité plus nuancée et possiblement décevante. Différents types de contrats intégrant un investissement sont de ceux-là, tels les contrats portant sur des produits financiers de type fonds à formule, dont les publicités peuvent parfois donner l'impression qu'il n'existe aucun risque et que le capital est garanti⁷². Jusqu'à présent, la rentabilité de l'investissement ne fait pas, par principe, l'objet d'une obligation d'information.

La question se pose aujourd'hui avec particulièrement d'acuité concernant les contrats de fourniture et d'installation d'énergie verte, dont les plus emblématiques concernent l'installation de panneaux photovoltaïques. Les financements publics et les primes destinés à encourager ce type d'investissement, couplés des nouvelles préoccupations environnementales des particuliers, participent du développement de ces contrats complexes, qui comportent des incertitudes et une part d'aléa sur lesquels l'information n'est pas toujours optimale. Ces contrats s'insèrent généralement dans un ensemble contractuel complexe composé de la fourniture des panneaux, de leur installation, mais également de crédits destinés à financer l'investissement global.

⁷² Sur le fondement de la responsabilité civile, les juges de cassation ont fini par intégrer une obligation d'information sur les risques encourus, à défaut de laquelle la responsabilité de la banque peut être engagée. V. Com., 24 juin 2008, n°06-21.798 (FC Écureuil Europe) ; Com., 19 janv. 2010, n°09-10627 (affaire Benefic, venant en revirement de Com. 19 sept. 2006, n°05-15.304).

40. Diversité des facteurs contribuant à la rentabilité des contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques. Les raisons qui motivent les consommateurs à l'installation de panneaux photovoltaïques sont au moins au nombre de deux : de manière générale, participer à la transition écologique dans un intérêt planétaire, et plus individuellement, réduire à terme sa propre facture énergétique grâce aux économies escomptées par ce mode de production d'électricité. L'analyse de la rentabilité de l'installation de panneaux photovoltaïques dépend de plusieurs facteurs⁷³, et d'abord de la finalité de l'installation. En effet, l'énergie produite par les panneaux photovoltaïques peut avoir deux finalités principales : l'autoconsommation et/ou la vente de l'électricité produite. L'électricité produite par l'installation individuelle peut être utilisée, ainsi, pour l'autoconsommation individuelle afin de couvrir, en totalité ou partiellement, les besoins du foyer⁷⁴. Dans ce cas, la rentabilité de l'installation se manifestera sur le long terme à travers les économies d'énergie réalisées par rapport aux installations antérieures, qui, peu à peu, amortiront les investissements importants initiaux. La vente de l'électricité produite peut également se coupler avec une autoconsommation par la vente du surplus produit, ou constituer le seul objectif de l'installation. Dans cette hypothèse, l'installation nécessite généralement des coûts supplémentaires. Le rachat de l'électricité ainsi produite est particulièrement encadré par la loi : l'acheteur, désigné par l'État, a l'obligation d'acheter l'électricité ainsi produite à un tarif fixé par l'État⁷⁵ qui dépend de plusieurs facteurs et auquel s'ajoutent des primes possibles. En plus de la finalité de l'installation, la rentabilité économique de l'installation prend ensuite en compte trois facteurs principaux : le coût de l'installation, les coûts de fonctionnement et le rendement des panneaux⁷⁶. Ce dernier élément dépend lui-même de nombreux facteurs, dont certains sont très factuels et conjoncturels : certes leur puissance, mais également les conditions d'installation, qui prennent en compte leur lieu d'installation, leur inclinaison, leur zone d'ensoleillement, etc. Selon l'ensemble de ces facteurs, l'installation dispose d'une rentabilité variable, sur une période très étendue allant de dix à au moins vingt ans.

L'ensemble de ces éléments intervenant dans l'appréciation de la rentabilité économique de l'installation révèle la difficulté pour un consommateur moyen de l'évaluer lui-même, du fait de la multitude de facteurs, essentiellement techniques, entrant dans son appréciation. En raison d'erreurs d'évaluation, de défaut d'information ou de fausses informations transmises par certains professionnels, de nombreux consommateurs ont initié des contentieux sur les fondements légaux existants, tirés du droit commun des contrats ou du droit commun de la consommation, faute de dispositions spécifiques sur ces contrats. L'analyse de la jurisprudence sur ces différents fondements révèle leur insuffisance à protéger les consommateurs contre une fausse espérance de rentabilité, quand bien même cette espérance serait légitime (I.A.2.2.1). Pour tenter d'y remédier, plusieurs pistes d'évolution sont suggérées (I.A.2.2.2).

I.A.2.2.1. Insuffisance des fondements juridiques actuels

41. Lorsque le consommateur constate que la rentabilité n'est pas conforme à ce qu'il espérait, il dispose de plusieurs fondements juridiques pour tenter de remettre en cause le contrat ou obtenir une compensation financière à travers l'obtention de dommages et intérêts. L'analyse de la jurisprudence existante révèle que les différents fondements juridiques invoqués obligent, pour l'essentiel d'entre eux, le consommateur à établir que la rentabilité économique était entrée

73 ADEME, Rénovation/construction, L'électricité solaire, Mener à bien un projet photovoltaïque pour sa maison, sept. 2019.

74 C. énergie, art. L. 315-1.

75 Tarif d'achat photovoltaïque, exprimé en centimes d'euro par kWh.

76 Le rendement des panneaux photovoltaïques ou de l'installation est généralement présentée comme la quantité d'électricité produite.

dans le champ contractuel ou qu'il avait fait de cette information un élément essentiel de son consentement. Dès lors, en l'état de l'interprétation du droit actuel, l'information sur la rentabilité économique dans un contrat de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïque n'est pas, par principe, considérée comme une information essentielle, ce qui rend difficile les recours. Cette affirmation découle de l'analyse tant des recours issus du droit commun des contrats (I.A.2.2.1.1) que du droit commun de la consommation (I.A.2.2.1.2).

I.A.2.2.1.1. Recours issus du droit commun des contrats

42. Vices du consentement. Sur le terrain du droit commun des contrats, le consommateur dispose de plusieurs leviers : la nullité du contrat pour vices du consentement⁷⁷, la réduction du prix ou la résolution du contrat pour inexécution⁷⁸ et l'obtention de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile⁷⁹. Le consommateur qui souhaite obtenir la nullité du contrat pour vices du consentement devra passer plusieurs obstacles difficiles. Sur le fondement de l'erreur, une erreur sur la rentabilité peut être perçue comme une erreur sur la valeur⁸⁰ ou une erreur sur les motifs⁸¹ qui sont des erreurs indifférentes, sauf à établir que les parties en ont fait un élément essentiel devenu une qualité convenue en considération de laquelle le consommateur a contracté⁸². La jurisprudence sur les contrats conclus dans l'attente d'avantages fiscaux en atteste⁸³, même si deux arrêts de la Cour de cassation ont ouvert une brèche sur l'erreur portant sur la rentabilité économique de l'activité dans le cadre particulier d'un contrat de franchise pour lequel la rentabilité semble constituer un élément essentiel⁸⁴. Sur le fondement du dol, si l'erreur peut porter sur les motifs ou sur la valeur⁸⁵, encore faut-il établir, d'une part, que l'erreur a été provoquée par des manœuvres dolosives intentionnelles c'est-à-dire de fausses informations transmises sur la rentabilité dans le but de tromper, impliquant l'existence d'un engagement du professionnel sur la rentabilité⁸⁶, et, d'autre part, que cette erreur était déterminante du consentement du consommateur⁸⁷.

43. Obligation d'information et de conseil. A ces recours en annulation pour défaut d'une condition de formation du contrat, peut s'ajouter celui du défaut d'information précontractuelle au titre de l'article 1112-1 du code civil. Il s'agirait ainsi de faire de l'information sur la rentabilité économique une obligation. Cependant, ce fondement, qui n'a pas encore été soulevé à notre connaissance en jurisprudence, comporte plusieurs obstacles, tant dans la réunion de ses conditions⁸⁸ que surtout ses sanctions qui renvoient à la nullité du contrat à la seule condition que le défaut

77 C. civ., art. 1131 et s.

78 C. civ., art. 1217.

79 C. civ., art. 1231 et s. (responsabilité contractuelle) ; c. civ., art. 1240 et s. (responsabilité délictuelle).

80 C. civ., art. 1136.

81 C. civ., art. 1135.

82 S. Lequette, Le champ contractuel. Réflexions à partir de la rentabilité économique, RDC 2016. 135 ; X. Boucobza et Y.-M. Serinet, À propos de l'erreur sur la rentabilité, in Mélanges Didier R. Martin, 2015, p. 85 s.

83 V. revirement récent considérant qu'un simple accord tacite suffit : Com. 22 juin 2022, n° 20-11.846 (« Les parties peuvent convenir, expressément ou tacitement, que le fait que le bien, objet d'une vente, remplisse les conditions d'éligibilité à un dispositif de défiscalisation constitue une qualité substantielle de ce bien »). Ant. Civ. 1re, 13 févr. 2001, n° 98-15.092.

84 Com., 4 oct. 2011, 2 arrêts, n° 10-23.012 et 10-20.956 ; Com. 10 juin 2020, n°18-21536.

85 C. civ., art. 1139.

86 Pour l'absence d'un tel engagement : CA Caen, 2ème ch. Civ., 6 juill. 2023, n°21/00021. A l'inverse, hypothèses de dol reconnu : CA Douai 9 dec 2021, n°20/011082 ; CA Paris 9 dec 2021, n°19/03733.

87 Pour la reconnaissance d'un tel dol du fait de l'affirmation de l'autofinancement par l'installation alors que celui-ci dépend nécessairement de paramètres incertains : CA Paris 9 dec 2021, n°19/03733.

88 Trois conditions doivent être prouvées : la connaissance par le professionnel de l'information, sa connaissance du caractère déterminant pour l'autre partie et l'ignorance légitime de cette information par cette dernière. Si ces conditions sont établies, l'information est due par le professionnel et son omission peut être sanctionnée.

d'information constitue un vice du consentement ou à l'application classique de la responsabilité extracontractuelle dont la réparation du préjudice peut s'avérer insuffisante⁸⁹.

L'obligation de conseil⁹⁰ est une obligation d'information renforcée en ce qu'elle oblige son débiteur à s'assurer de l'adéquation du contrat proposé aux besoins et attentes de son cocontractant. Ainsi, alors que l'obligation d'information porte essentiellement sur une information objective, le conseil porte sur une information subjective, prenant en compte la situation du cocontractant. De source légale, pour certains contrats particuliers, mais surtout jurisprudentielle, cette obligation n'existe d'abord que dans le cadre de rapport supposé déséquilibré, entre un professionnel et un cocontractant non averti, avec certes des variantes, mais dont l'existence n'est pas discutée pour le rapport de consommation. Cette obligation n'existe, ensuite, que pour certains contrats de produits complexes ou pour certaines professions généralement réglementées, comme les avocats ou les notaires. Le contrat de vente est l'un de ces contrats que la jurisprudence a soumis à cette obligation, d'abord en raison de la technicité de certains produits vendus comme le matériel informatique⁹¹, puis indépendamment du produit, attachant cette obligation à la qualité de vendeur⁹². Ainsi, tout vendeur professionnel doit s'informer des besoins de l'acheteur afin de le renseigner sur « *l'aptitude du bien à atteindre le but recherché* »⁹³. Comme pour l'obligation d'information, il revient au vendeur de prouver qu'il s'est acquitté de cette obligation⁹⁴. Cette obligation en matière de vente se fonde en jurisprudence aussi bien sur les dispositions générales de la responsabilité contractuelle⁹⁵ que les obligations propres au vendeur⁹⁶. Dans la mesure où les contrats portant sur l'achat et l'installation de panneaux photovoltaïques sont généralement appréhendés comme des contrats de vente, pèse déjà sur le vendeur une obligation de conseil. Pourtant, au regard de la jurisprudence actuelle, soit qu'elle n'ait pas été invoquée, soit que le juge n'en fasse pas découler une obligation d'information sur la rentabilité économique, le constat est indéniablement une insuffisance du droit jurisprudentiel actuel.

De plus, la question des sanctions est essentielle dans l'analyse de l'efficacité du dispositif actuel. En effet, généralement appréhendée comme une obligation de nature contractuelle en matière de vente, la logique voudrait que l'inexécution conduise aux sanctions traditionnelles de l'inexécution contractuelle, dont la résolution du contrat. Pour autant, cette voie est souvent peu explorée, les demandeurs invoquant plutôt la nullité du contrat souvent rejetée⁹⁷.

44. Inexécution contractuelle. Les sanctions de l'inexécution contractuelle sont une voie possible pour obtenir la résolution du contrat ou, depuis la réforme du droit des contrats, la réduction du prix. Cependant, encore faut-il établir l'existence d'une obligation contractuelle qui aurait été violée, impliquant la preuve que le professionnel s'était engagé à une certaine rentabilité de l'ins-

89 Détermination du préjudice en termes de perte de chance.

90 Colloque RDC 2012, p 1041 s.

91 Civ. 1re, 3 avr. 2002, n°00-12.508.

92 Civ. 1re, 11 mai 2022, n° 20-22.210 : « Il résulte de l'article 1147 du c. civ. (aujourd'hui 1241) que le vendeur professionnel est tenu, avant la vente, d'une obligation de conseil qui lui impose de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer sur l'adéquation entre le bien qui est proposé et l'usage qui en est prévu ».

93 Com., 1er déc. 1992, n° 90-18.238 « tout vendeur d'un matériel doit, afin que la vente soit conclue en connaissance de cause, s'informer des besoins de son acheteur et informer ensuite celui-ci des contraintes techniques de la chose vendue et de son aptitude à atteindre le but recherché ».

94 Civ. 1re, 28 oct. 2010, n° 09-16.913 : « il incombe au vendeur professionnel de prouver qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue ».

95 C. civ., art. 1231-1, ancien article 1147 du code civil.

96 Selon les arrêts, article 1604 du code civil.

97 Par ex. CA Aix, 5 juill 2023, n°22/10997 : « S'il est indéniable que repose sur le vendeur professionnel une obligation d'information et de conseil envers le consommateur, le non-respect de cette obligation, si tant est qu'il soit établi, engage la responsabilité du vendeur, mais ne saurait justifier la nullité du contrat, M.[M] échouant à établir la gravité de ce manquement, face à une installation fonctionnelle, dont le rendement n'a pas été contractuellement prévu ».

tallation, alors entrée dans le champ contractuel soit par le contrat soit par les documents publicitaires⁹⁸. Considérant toujours que la rentabilité n'est pas par principe une obligation contractuelle, même tacite, les tribunaux, à défaut d'engagements concrets sur la rentabilité, refusent de les intégrer dans le champ contractuel, empêchant dès lors toute sanction fondée sur l'inexécution du contrat⁹⁹.

L'ensemble de ces fondements tirés du droit commun des contrats témoigne du constat que l'information sur la rentabilité de l'opération n'est pas une information obligatoirement imposée pour ce type de contrat. Ce n'est que dans l'hypothèse où de fausses informations auraient été transmises par le professionnel que le contrat devient attaquant. Sur cette question de la rentabilité, les recours issus du droit commun de la consommation n'apportent pas davantage de protection des consommateurs.

I.A.2.2.1.2. Recours issus du droit commun de la consommation

45. Application incertaine du droit de la consommation : acte de commerce. Le droit de la consommation dispose de ses propres fondements susceptibles de protéger davantage les consommateurs. Mais pour les appliquer, encore faut-il relever de son champ d'application. Or cette question s'invite spécifiquement dans le contentieux relatif aux contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques dans le cadre particulier où la finalité de l'installation a pour objet principal la revente de l'électricité. En effet, dans un tel cadre, le contrat revêt, pour les tribunaux, la qualification d'acte de commerce au titre de l'article L. 110-1 du code de commerce, excluant de ce fait l'application du droit de la consommation non seulement pour le contrat principal mais également pour les contrats accessoires comme le crédit¹⁰⁰. L'élément essentiel semble être caractérisé par la seule finalité de revente de l'électricité à titre principal ; si l'installation est en revanche destinée à un usage personnel par autoconsommation, alors le contrat ne sera plus qualifié d'acte de commerce¹⁰¹. Certains juges du fond ont relevé le caractère indifférent de la mention expresse au contrat de vente et de crédit des dispositions du code de la consommation, de l'existence d'un démarchage à domicile, de la faible production ou l'absence même de bénéfice¹⁰² ; seule compte la finalité du contrat de fourniture et d'installation. Au regard de l'importance des conséquences du choix de la finalité du contrat d'installation, il apparaît essentiel que ce choix soit particulièrement éclairé.

46. Recours critiquable à la notion d'acte de commerce au détriment de celle de consommateur. Ce raisonnement attaché à la qualification d'acte de commerce est à mettre en parallèle avec la qualification de consommateur de l'acheteur des panneaux photovoltaïques. En effet, l'élément essentiel à la qualification de consommateur est la finalité non professionnelle de l'acte litigieux sur laquelle la Cour de justice de l'Union européenne a apporté de nombreuses précisions qui s'imposent aux juges nationaux¹⁰³. Il est essentiel que la qualification d'acte de commerce, notion purement nationale, ne rentre pas en contradiction avec celle de consommateur. Dit autrement, il ne faut pas que les critères retenus pour la qualification d'acte de commerce et leur interprétation diffèrent de ceux de consommateur, conduisant à empêcher une application du droit de la consommation qui devrait l'être sur le critère de la qualité des parties. En effet, la qualité des

98 Civ. 1re, 6 avril 2016, n°15-16448 ; CA Agen, 23 nov 2022, n°21/00381.

99 Par ex. : CA Poitiers, 1ère ch. Civ., 13 janv. 2017, n°15/02914.

100 Com., 23 nov. 2022, n°21-18290. V. ég. Civ. 1re, 25 févr. 2016, n° 15-10.735.

101 Civ. 1re, 25 févr. 2016, n° 15-10.735.

102 CA Limoges 5 fev 2020, n°19/01225.

103 Juriscl. Europe, Protection des consommateurs, Droit des contrats, Fasc. n°2010, n°18 et s.

parties détermine l'application du droit de la consommation et celle-ci est définie par le droit européen. La notion de consommateur, qui devrait être la seule applicable, prend en compte la finalité de l'acte litigieux et pourrait amener à conclure que l'acte conclu par le particulier poursuit une finalité professionnelle empêchant la qualification de consommateur. Mais cette interprétation ne peut se faire qu'au travers des critères dégagés par la Cour de justice quant à la notion de consommateur, et ne saurait découler de la seule affectation de l'installation à la revente. Or tel est le raisonnement automatique tenu dans cette jurisprudence fondée sur l'acte de commerce, comme dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale en 2022 qui refuse l'application du droit du crédit à la consommation à un retraité démarché à domicile au motif que le contrat conclu est un acte de commerce¹⁰⁴. Si l'application de la règle en cause est également d'origine européenne, comme l'obligation précontractuelle d'information ou le crédit à la consommation, la qualification d'acte de commerce ne doit pas empêcher son application au consommateur, sous peine de non-conformité au droit européen et de violation des directives en cause. Cette question doit constituer un point de vigilance pour les magistrats, afin de s'interroger prioritairement sur la qualification de consommateur de l'acheteur plutôt que celle d'acte de commerce. Il s'agit d'une notion de droit que les juges pourraient, voire devraient, au regard du droit européen, soulever d'office¹⁰⁵.

47. Obligation précontractuelle d'information. L'application des recours issus du droit commun de la consommation expose le consommateur à des difficultés similaires à celles rencontrées sur le terrain du droit commun des contrats. Ainsi les articles L. 111-1 et L. 221-5 du code de la consommation relatifs aux informations précontractuelles sont insuffisants à imposer une information sur la rentabilité économique de l'opération. La rentabilité économique ne relevant pas du « prix » au sens strict, seule l'information sur les « caractéristiques essentielles » aurait pu éventuellement l'intégrer. Sauf à ce que la Cour de justice de l'Union européenne en décide autrement à l'avenir, la Cour de cassation considère aujourd'hui que « *la rentabilité économique ne constitue une caractéristique essentielle d'une installation photovoltaïque au sens de l'art. L. 111-1 du code de la consommation qu'à la condition que les parties l'aient fait entrer dans le champ contractuel* »¹⁰⁶. On retrouve ainsi sur le terrain du droit de la consommation, le même raisonnement qu'en droit commun des contrats.

48. Pratiques commerciales déloyales. Les pratiques commerciales déloyales sont enfin un fondement toujours possible mais avec deux inconvénients. Le premier inconvénient concerne l'établissement de l'élément matériel de la tromperie. La fausse information avérée sur la rentabilité économique est l'hypothèse la plus simple. En revanche, est plus délicate à établir une omission trompeuse dans le cas où aucune information n'aurait été transmise sur la rentabilité. Pour que tel soit le cas il faudrait établir que l'information sur la rentabilité économique est une information substantielle au sens de l'article L. 121-3 du code de la consommation et de l'article 7.1 de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, c'est-à-dire une information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale¹⁰⁷. Si la question ne s'est pas encore posée en ces termes en jurisprudence, il y a peu de chances que le juge national l'admette au regard de sa jurisprudence sur le droit commun des contrats dont le raisonnement est similaire. La

104 Com., 23 nov. 2022, préc.

105 Ch. Mixte 7 juill. 2017, n°15-25.651. V. ég. N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2012, n°1253 et s.

106 Civ. 1, 21 oct. 2020 n°18-26761. En l'espèce, il n'était pas établi que le vendeur s'était engagé sur une rentabilité particulière et il n'avait pas non plus communiqué sur de fausses informations, conduisant au refus de l'annulation du contrat. V. ég. CA Aix, 5 juil. 2023, n°22/10997. Il en est différemment de la productivité de l'installation dont les variations connues doivent faire l'objet d'une information au titre des caractéristiques essentielles du bien vendu : Civ.1, 21 mars 2018, n°16-24.179 (productivité annoncée s'était révélée fautive, dommages et intérêts en l'espèce au titre de la perte subie de la vente de l'électricité produite).

107 Dir. 2005/29, considér. 14.

seule différence ici réside dans l'origine européenne du texte, qui permettrait à la Cour de justice, si la question lui était posée, de se prononcer sur le caractère substantiel de cette information. Une autre piste concerne les informations réputées substantielles dans le cadre de l'invitation à l'achat et dont la liste correspond à certaines informations précontractuelles, telles les caractéristiques principales du bien ou du service. Le guide d'orientation de la directive 2011/83/UE précise que l'interprétation de ces caractéristiques devrait être identique sur le fondement de cette directive et de la directive 2005/29 concernant les invitations à l'achat¹⁰⁸. D'un point de vue national, au regard de la jurisprudence actuelle des tribunaux français sur l'article L. 111-1 transposant l'article 5 de la directive 2011/83, l'identité de raisonnement suggérée par la Commission européenne devrait conduire à ne pas faire de la rentabilité économique une information substantielle au titre du régime des pratiques commerciales déloyales. Une évolution jurisprudentielle ne pourrait donc venir que de la Cour de justice de l'Union européenne, soit sur le fondement des articles 5 ou 6 de la directive 2011/83 concernant les informations précontractuelles, soit l'article 7 de la directive 2005/29/CE sur les omissions trompeuses.

La deuxième difficulté du recours au fondement des pratiques commerciales déloyales dans le cas d'une fausse information ou de l'omission de l'information relative à la rentabilité économique concerne leurs sanctions, véritable obstacle aux actions de consommateurs. En effet, sur le fondement des pratiques trompeuses, aucune sanction civile n'est expressément prévue dans le code de la consommation, laissant penser qu'il faut prouver soit l'existence d'un vice du consentement ou d'une inexécution contractuelle pour obtenir l'anéantissement du contrat, soit un préjudice pour obtenir des dommages et intérêts. Cette difficulté est en partie résolue lorsqu'on se reporte à la directive 2019/2161 dite omnibus qui modifie la directive 2005/29/CE sur les sanctions afin d'y imposer des sanctions civiles¹⁰⁹. Cette mention spécifique des sanctions dans cette directive laisse entendre qu'elles sont encourues dès lors que la pratique déloyale est établie, ce qui n'est pas le cas dans le cadre du droit français, faute de transposition de cette disposition.

En conclusion des recours existants, tant sur le fondement du droit commun des contrats que du droit de la consommation, un consommateur ne peut essentiellement se plaindre d'un défaut de rentabilité économique des contrats de fourniture et installation de panneaux photovoltaïques que si une fausse information lui a été transmise, mais non en l'absence totale ou partielle d'information. De plus, l'application du droit de la consommation tend à dépendre de la finalité de l'installation (autoconsommation et/ou revente), appréciée non pas à l'aune de la notion de consommateur mais du caractère commercial de l'acte au titre du code de commerce. Pour autant, le particulier auquel est proposé ce type de contrat n'est pas alerté sur les risques encourus selon la finalité de l'installation.

1.A.2.2.2. Pistes d'amélioration envisageables

49. Enjeux. Plusieurs pistes sont envisageables pour renforcer l'information des consommateurs sur la rentabilité de l'installation intégrant la part d'aléa. Pour mieux les appréhender, il est nécessaire d'avoir conscience de la diversité des éléments à prendre en compte qui complexifie le choix et relativise l'existence même d'une solution idéale.

De manière générale, d'abord, le renforcement de l'obligation d'information à travers des mentions informatives sur des documents ou des supports publicitaires court le risque d'alourdir

108 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., pt 3.2.1, p. 26.

109 Dir. 2005/29, version consolidée, art. 11 bis (introduit par l'art. 3 de la dir. 2019/2161).

encore davantage la liste des informations obligatoires au risque d'entraver la compréhension du consommateur moyen, à supposer d'ailleurs que les mentions soient lues. Pour éviter cet écueil, il faudrait s'entendre sur les informations les plus pertinentes et le support le plus adapté, réflexion qui dépasse largement la seule question de l'information sur le prix et la rentabilité.

Au regard des sources légales, ensuite, il ne faut pas oublier que toute création nationale d'obligation d'information en matière de consommation est susceptible de heurter le degré maximal d'harmonisation des contrats à distance et hors établissement de la directive 2011/83/UE. S'il est possible à un État membre d'ajouter des obligations d'information au titre de l'article 5 de la directive correspondant à l'article L. 111-1 du code de la consommation, en raison de son degré minimal d'harmonisation, tel n'est pas le cas de l'article 6 relatif aux contrats à distance et hors établissement dont la totalité du régime est d'harmonisation maximale. Dans la mesure où de nombreux contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques sont conclus à la suite d'un démarchage à domicile, une attention particulière doit nécessairement être portée à ce manquement subtil de la hiérarchie des normes.

Enfin, il est important de prendre en compte la politique énergétique globale dans laquelle s'inscrivent les contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques. Si de nombreux contrats présentent des éléments de complexité dont la seule existence ne justifie pas une intervention législative spéciale, certains constituent des leviers d'une politique globale dont l'efficacité justifie un encadrement particulier. Tel pourrait être le cas des contrats de fourniture et d'installation d'énergie verte. En effet, pour que la transition écologique se réalise, il est essentiel que les modes de consommation évoluent et que les consommateurs se saisissent des nouvelles énergies. Pour cela, il faut que les nouvelles offres présentent non seulement des attraits financiers, comme les aides financières existantes, mais également une certaine sécurité juridique afin que les consommateurs soient assurés que leur choix d'énergie correspond à leurs attentes. Une attention particulière, voire une intervention, tant des pouvoirs publics nationaux qu'européens serait donc parfaitement en adéquation avec ces objectifs afin d'assurer un cadre contractuel sécurisé. Cette sécurisation passe au moins par la reconnaissance de la rentabilité économique comme un élément essentiel du consentement du consommateur dans ce type de contrats, ce que la jurisprudence aujourd'hui n'admet pas de manière systématique. L'essentiel est que le consommateur s'engage en connaissance de cause, en ayant conscience de la rentabilité raisonnablement prévisible, des aléas et risques encourus.

50. Application nécessaire du droit de la consommation et information. La jurisprudence qualifiant d'actes de commerce, excluant l'application du droit de la consommation, les contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques conclus par un particulier dans le but principal de revente, doit être revue et ne peut rester en l'état. Ce fondement de droit commercial national faisant fi des règles du droit de la consommation est d'abord contestable au regard de la politique d'encouragement menée par l'Etat auprès des particuliers. L'alternative entre l'installation pour autoconsommation ou revente est présentée aux particuliers comme une alternative à décider en fonction de ses besoins et de rendements financiers pour chacun¹¹⁰. A aucun moment, le particulier consommateur n'est informé que ce choix a des répercussions déterminantes sur sa protection en tant que consommateur. Privilégier ainsi la notion française d'acte de commerce, dotée de ses propres critères, est, ensuite, contraire au droit européen de la consommation qui impose une protection d'ordre public au consommateur. C'est donc cette notion de « consommateur », avec l'application de ses critères dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne, qui constitue la seule légitime à l'aune de laquelle la protection du droit de la consommation doit être déterminée. Par conséquent, lorsqu'est en jeu la protection par le droit de la consommation, la notion de consommateur doit être soulevée d'office par le juge face à l'acte de commerce, afin de mesurer à cette aune si le contrat est ou un contrat de consommation.

110 ADEME, Rénovation/construction, L'électricité solaire, Mener à bien un projet photovoltaïque pour sa maison, sept. 2019.

De plus, le simple critère de la revente d'électricité ne peut justifier à lui seul le refus de la qualification de consommateur. La présentation de cette alternative par tous les documents officiels se fonde par un choix de rentabilité par rapport à la situation de chacun. La revente vient alors compenser les dépenses énergétiques du particulier. Le lieu d'installation des panneaux est également un élément à prendre en compte selon le particulier les installent sur le lieu de son domicile ou achète, par exemple, un terrain dans cet unique but. Les critères de la notion de consommateur devraient permettre de déterminer, au cas par cas, les objectifs poursuivis.

Enfin, au regard de la possibilité pour un particulier d'être privé de la protection du droit de la consommation selon son choix d'installation, il serait préférable de l'en informer en amont, notamment dans la notice recommandée.

51. Renforcement jurisprudentiel de l'obligation de conseil par l'obligation de transparence des clauses contractuelles. Les clauses contractuelles relatives à l'installation des panneaux photovoltaïques doivent être transparentes, c'est-à-dire claires et intelligibles au titre de l'article L. 211-1 du code de la consommation, transposant l'article 5 de la directive 93/13 sur les clauses abusives. Cette obligation de transparence est devenue, par la jurisprudence de la Cour de justice, un outil de contrôle de l'information pour le juge. C'est dans le cadre du contentieux des contrats de crédits libellés en devises étrangères que la Cour de justice a développé et précisé la notion de transparence afin d'assurer que les professionnels fournissent les informations suffisantes pour permettre aux consommateurs de prendre leur décision en toute connaissance de cause. Comme les crédits libellés en devises étrangères, les contrats de fourniture de panneaux photovoltaïques intègrent une part d'aléa qui se porte pour eux sur la rentabilité économique attendue. Ainsi, en transposant cette jurisprudence à ces contrats, l'obligation de transparence concernant la rentabilité économique sera satisfaite, non seulement lorsque ces explications seront compréhensibles « *à fois sur le plan formel et grammatical* », mais également quant à leur « *portée concrète* », c'est-à-dire « *lorsque le professionnel a fourni au consommateur des informations suffisantes et exactes permettant à un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives, potentiellement significatives, de telles clauses sur ses obligations financières pendant toute la durée de ce même contrat* ¹¹¹ ». La Cour de justice a eu l'occasion de préciser en détail le contenu de l'information sur ce fondement, concernant les « *risques encourus* » et leur traduction concrète à partir de « *simulations chiffrées* » fondées sur des « *données suffisantes et exactes* ¹¹². Le parallèle avec ces contrats de crédits libellés en devise étrangère qui comportent également intrinsèquement un risque lié à l'évolution du taux de change, autorise le juge national à reconnaître dès à présent, sur le terrain de l'obligation de transparence, une obligation d'information aussi précise concernant les risques financiers des consommateurs dans le cadre des contrats de fourniture de panneaux photovoltaïques, incluant la question de la rentabilité économique. Le juge national pourrait donc dès à présent s'en saisir.

52. Remise d'une notice informative incitée par le droit souple. Pour assurer que les consommateurs sont informés de la rentabilité raisonnablement prévisible en fonction de sa situation, l'obligation de conseil pourrait être renforcée par des informations positives dont la teneur serait précisée. Le plus souple à mettre en place serait certainement de solliciter des organisations professionnelles qu'elles établissent au moins un code de conduite. Serait préférable l'établissement d'une notice type d'informations, à remettre aux acheteurs, qui pourrait être élaborée par l'ensemble des acteurs économiques, représentants de professionnels et des consommateurs. En plus d'éléments objectifs (dont des définitions précises¹¹³), pourraient y être intégrées des informations

111 CJUE 10 juin 2020, C-776/19 à C-782/19, BNP Paribas Personal Finance (aff. Helvet immo), pt 78.

112 pt 52 (C-609/19), pt 73 (C-776/19).

113 Ainsi, les notions de rendement et de rentabilité pourraient être expliquées et dissociées.

plus précises liées au lieu d'installation du dispositif, comme par exemple le taux d'ensoleillement de la région, le taux prévisible d'ensoleillement de la zone de pose des panneaux (selon leur orientation, le lieu choisi : toit, jardin, etc), permettant ainsi de calculer la prévisibilité raisonnable de rentabilité de l'installation. Selon la situation, les aléas devraient être clairement exposés afin que les consommateurs aient conscience des variations possibles de la rentabilité. Afin d'en prendre conscience, des exemples chiffrés pourraient être fournis. Ces exemples devraient être représentatifs des différentes variations possibles, en prenant pour base de calcul une hypothèse haute et basse afin de faire comprendre concrètement au consommateur des conséquences économiques à son égard de la réalisation de ces risques¹¹⁴.

L'avantage de passer par les organisations professionnelles est la souplesse du dispositif permettant de le mettre en place plus rapidement, tout en assurant une conformité au droit européen¹¹⁵. Le risque est qu'il soit insuffisant à systématiser son respect en raison de l'absence d'intervention légale et de sanction. Pour renforcer ce dispositif, une concertation avec la DGCCRF pourrait être suggérée pour élaborer cette notice, à l'instar du guide sur les annonces de réduction de prix réalisé par le MEDEF¹¹⁶.

53. Renforcement de l'obligation de conseil par le droit national. Si le droit souple et l'interprétation jurisprudentielle s'avèrent insuffisants, l'étape supérieure est d'imposer une obligation par la loi. Imposer une obligation d'information renforcée intégrant les informations relatives à la rentabilité économique et les risques encourus doit être pensé en fonction du droit européen. Ainsi, imposer une obligation spéciale d'information et/ou la remise d'une notice d'information comprenant un certain nombre de mentions imposées, comme évoquée précédemment, risque d'achopper sur une non-conformité à la directive 2011/83/UE pour les contrats à distance et hors établissement du fait que le type d'information et leur formalisme relèvent de l'harmonisation maximale. De ce fait, deux pistes principales peuvent être envisagées. D'abord, des dispositions nationales pourraient être imposées en ce sens dès lors qu'elles relèveraient du droit général des contrats, comme l'autorise la directive 2011/83/UE. Il faut cependant rester prudent sur cette conformité car elle reste limitée à l'hypothèse où les éléments du droit général des contrats « ne sont pas régis par la présente directive »¹¹⁷. De plus, il paraît difficile, voire impossible, sur le terrain du droit commun des contrats, d'imposer une obligation d'information et de conseil sur la rentabilité économique en général. Une piste pourrait être de l'imposer dans le cadre d'une nouvelle législation spéciale qui encadrerait les contrats de fourniture et d'installations d'énergie verte, qui dépasserait les seuls rapports de la consommation. Un tel processus devrait le fruit d'une concertation avec les organisations professionnelles. Si elle est envisageable, cette voie purement nationale ne peut être privilégiée en raison non seulement des risques de non-conformité, mais plus largement de l'activité européenne des entreprises qui nécessite une harmonisation des règles dépassant le national, ainsi que de la recherche d'un encadrement européen de l'information.

54. Renforcement de l'obligation de conseil par le droit européen. Le niveau européen s'avère le plus adapté pour la sécurité juridique attendu tant des professionnels que des consommateurs. Ainsi, en plus de supprimer tout risque de non-conformité, les professionnels français ont l'assurance d'être soumis aux mêmes règles que leurs concurrents étrangers. Plusieurs voies sont envisageables au niveau européen afin d'exiger que des informations précises soient fournies sur la

114 V. la Recommandation de l'ARPP « placements dits atypiques et services liés (entrée en vigueur le 1er oct. 2023) qui recommande que la publicité soit équilibrée « *entre, d'une part, la présentation des performances (gains, rendements y compris sous forme visuelle ou graphique) du produit ou service et, d'autre part, les risques éventuels à la souscription de ce dernier* » (§2.1).

115 Dir. 2011/83/UE, art. 3.6 : « La présente directive n'empêche pas les professionnels de proposer aux consommateurs des accords contractuels allant au-delà de la protection qu'elle prévoit ».

116 MEDEF, FAQ concernant les conditions d'application de l'art. L. 112-1-1 du code de la consommation. V. infra.

117 Dir. 2011/83/UE, art. 3.5 ; considér. 14.

rentabilité économique des contrats de fourniture et d'installation d'énergie verte. Une première solution serait de modifier les articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE. Afin de ne pas cibler des contrats trop particuliers au sein de ces dispositions générales, une possibilité serait d'introduire une obligation de conseil pesant sur les professionnels dans le cadre de contrats portant, plus largement, sur des produits techniques ou complexes ou sur des dispositifs pouvant faire l'objet d'une variation de leur rentabilité. Une autre voie serait de s'orienter vers des dispositions spécifiques à ces contrats portant sur les énergies vertes, dont l'information renforcée ne serait qu'un élément, intégrées dans une nouvelle directive s'inscrivant dans le pacte vert de la Commission européenne. Elle aurait ainsi pour objet de préciser les éléments de régime de ces contrats qui ne seraient pas suffisamment couverts par les textes généraux actuels. Ce processus serait nécessairement plus long et dépasse largement la question de l'information sur la rentabilité.

Récapitulatif des propositions relatives à l'information portant sur la rentabilité des contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques

- 7 Attirer l'attention des pouvoirs publics et du juge national sur la nécessité, dans un rapport de consommation, de recourir au critère de la qualité des parties à travers les notions de consommateur et de professionnel, notions européennes déterminant une protection d'ordre public, à la place de celle d'acte de commerce. Lorsqu'est en jeu l'application du droit européen de la consommation, le juge doit soulever d'office la règle adéquate de protection des consommateurs d'origine européenne, et se reporter à la notion de consommateur pour déterminer si la finalité de l'acte permet cette qualification.**
- 8 Obliger que le consommateur soit informé que son choix d'installation de dispositif de panneaux photovoltaïques, comme la revente d'électricité, est susceptible de lui faire perdre la protection du droit de la consommation.**
- 9 Afin que le consommateur soit informé des variations de la rentabilité économique de l'installation, généralement déterminante de son consentement, plusieurs solutions sont envisageables :**
 - 9.1. Attirer l'attention du juge national sur la possibilité de renforcer l'obligation de conseil du professionnel à travers l'obligation de transparence des clauses contractuelles, à l'instar de la jurisprudence de la Cour de justice portant sur les contrats de crédits libellés en devises étrangères. Les dispositions contractuelles relatives à l'installation des panneaux photovoltaïques et à leur finalité doivent être claires et compréhensibles, c'est-à-dire qu'elles doivent être compréhensibles « *à la fois sur la plan formel et grammatical* » mais également quant à leur « *portée concrète* » « *de sorte que le consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui* », impliquant en amont la fourniture « *d'informations suffisantes* » par le professionnel.
 - 9.2. Encourager la remise d'une notice informative rédigée par les acteurs économiques, représentant des professionnels et des consommateurs, intégrant des informations objectives et subjectives, ainsi que les variations de la rentabilité en fonction de l'installation choisie et d'indicateurs géographiques (taux d'ensoleillement, etc). Des exemples précis devraient être mentionnés afin que le particulier se rende compte des conséquences financières du fait de sa propre installation. Cette notice pourrait être réalisée en concertation avec la DGCCRF.
 - 9.3. Privilégier toute modification législative au seul niveau européen.

I.A.3. Information transparente quant à la forme

55. L'information doit être transparente dans sa forme, c'est-à-dire qu'elle doit être claire et intelligible. Ces exigences, qui s'imposent à toute information, obligent à une transparence tant dans la présentation formelle de l'information (I.A.3.1), que dans le choix des emplacements et des supports d'information (I.A.3.2).

I.A.3.1. Présentation formelle

56. **Sources.** La clarté et l'intelligibilité des informations transmises au consommateur constituent une obligation générale qui s'impose également au prix. Le caractère général de ces exigences ressort, au niveau européen, de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales qui considère trompeuse une pratique par laquelle le professionnel « *fournit une information de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps* »¹¹⁸, transposée à l'article L. 121-3 du code de la consommation. La directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs impose également une exigence de clarté et d'intelligibilité pour toutes les informations précontractuelles, qu'elles concernent spécifiquement les contrats à distance et hors établissement¹¹⁹ ou tous les contrats de consommation¹²⁰. Appliquée plus particulièrement au prix, cette exigence est imposée, au niveau européen, par la directive 98/6 relative à l'indication du prix en matière de vente¹²¹, et au niveau national par l'arrêté du 3 décembre 1987 dont le champ d'application recouvre tous les contrats de consommation et la publicité y afférant¹²². Prises sur le fondement de l'article L. 112-1 du code de la consommation qui renvoie les modalités relatives à l'information sur le prix au domaine réglementaire, les dispositions transversales de l'arrêté de 1987 côtoient les multiples arrêtés spécifiques à certains secteurs économiques précisant des exigences formelles¹²³. S'agissant plus spécifiquement de la mention du prix dans la publicité, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) a établi une recommandation transversale relative à la mention du prix qui vise à matérialiser concrètement – à travers la taille des caractères, la police utilisée, les couleurs, etc – les exigences de transparence¹²⁴.

57. **Clarté.** La clarté renvoie à l'accessibilité formelle de l'information, qui doit être apparente et lisible. L'arrêté du 3 décembre 1987 précise le recours au marquage, à l'étiquetage ou à l'affichage du prix des produits ou des prestations¹²⁵. Sont ainsi pris en compte la taille des caractères utilisés, la police ou encore la couleur ou le contraste. Ces éléments participant de la lisibilité du prix s'appliquent tant à la publicité qu'aux informations précontractuelles des articles L. 111-1 et L. 221-5 du code de la consommation, issus de la directive 2011/83. S'agissant de la publicité, ces exigences relèvent de l'article L. 121-3 du code de la consommation relatif aux pratiques commerciales déloyales. La recommandation « Publicité de prix » de l'ARPP détaille les attentes d'un prix lisible dont l'appréciation doit se réaliser « *dans des conditions normales de lecture* », obligeant ainsi à des caractères « *d'une taille suffisante, normalement espacés, d'une police permettant une*

118 Dir. 2005/29, art. 7.2

119 Dir. 2011/83, art. 6.1, transposé à l'art. L. 221-5 du c. consom.

120 Dir. 2011/83, art. 5, transposé à l'art. L. 111-1 du c. consom.

121 Dir. 98/6, art. 4.1.

122 Arrêté du 3 déc. 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, art. 5.

123 Par ex., arrêté du 9 août 1978 relatif au prix du pain, du 6 fév. 1981 relatif au prix du jambon et de l'épaule cuits sans os, du 1er avril 1981 relatif aux prix des laits de consommation ou encore du 18 déc. 2015 relatif à la publicité des prix des hébergements touristiques marchands autres que les meublés de tourisme et les établissements hôteliers de plein air

124 <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/publicite-de-prix/>

125 Arrêté du 3 déc. 1987, art. 4,13 et 14.

lecture aisée » ou encore « d'une couleur qui contraste par rapport à celle utilisée pour le fond de la publicité ».

58. Intelligibilité. L'intelligibilité renvoie à l'accessibilité au fond, c'est-à-dire, appliquée au prix, que la formulation employée doit permettre « au consommateur de l'appréhender sans difficulté et de manière non erronée »¹²⁶. Ainsi, le consommateur doit être en mesure de relier facilement le prix à un bien ou une prestation, raison pour laquelle le prix « doit être indiqué sur le produit lui-même ou à proximité de celui-ci »¹²⁷, et de comprendre « s'il existe des conditions ou des limitations ». Dans le cadre d'une publicité, l'ARPP considère compréhensible la mention « prix à partir de ». En effet, la Cour de justice a eu l'occasion d'affirmer que dans une invitation à l'achat, « la seule indication d'un prix de départ ne saurait être considérée, per se, comme constitutive d'une omission trompeuse »¹²⁸ ; elle ne le devient que selon le contexte, selon les moyens laissés au consommateur pour apprécier la réalité du prix, les limites inhérentes au support de communication utilisé ou encore toutes les autres informations transmises. La recommandation de l'ARPP porte également une attention particulière à la « superposition excessive de mentions qui pourrait nuire à la clarté et à l'intelligibilité des publicités »¹²⁹. Cette mise en garde prend tout son sens dans le cadre des annonces de réduction de prix susceptibles de conduire à la mention de plusieurs prix.

59. Présentation non trompeuse. La présentation du prix ne doit pas être trompeuse sous peine d'être sanctionnée sur le fondement des pratiques commerciales déloyales. La présentation est trompeuse dès lors qu'elle fait croire au consommateur à un prix qui ne correspond pas à la réalité et qui le conduit à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Cette fausse croyance peut aussi bien être le fruit d'une tromperie par action que par omission. Dans cette dernière hypothèse, un élément essentiel du prix peut faire défaut ou sa présentation peut manquer de clarté ou d'intelligibilité. Ainsi, le choix de la taille des caractères, des couleurs utilisées ou du langage sont autant d'éléments susceptibles d'induire le consommateur en erreur sur la réalité du prix.

Si différents types de présentation sont susceptibles d'être trompeurs, un procédé classique est celui de la fragmentation du prix : le prix total à payer est ainsi présenté en plusieurs montants correspondant à des prestations différentes mais toutes incluses dans la prestation globale attendue. Même si le prix global et définitif à la charge du consommateur est légalement indiqué, il peut s'accompagner d'une présentation fractionnée du prix, plus visible que le prix global, attirant davantage l'attention du consommateur. Cette pratique devient trompeuse à partir du moment où elle conduit le consommateur moyen à une « perception erronée de l'offre globale »¹³⁰. Comme la Cour de justice l'a précisé dans l'arrêt Canal Digital Danmark du 26 octobre 2016 à propos d'une publicité relative à un abonnement à un service de bouquets TV¹³¹, la pratique « consistant à fractionner le prix d'un produit en plusieurs éléments et à mettre en avant l'un d'entre eux » est trompeuse « dès lors que cette pratique est susceptible, d'une part, de donner au consommateur moyen l'impression erronée qu'un prix avantageux lui est proposé, et, d'autre part, de le conduire à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Le caractère déloyal d'une telle pratique peut tout autant se fonder sur l'article 6, transposé à l'article L. 121-2, que sur l'article 7, transposé à l'article L. 121-3, c'est-à-dire respectivement les pratiques trompeuses par action et par omission. Dans le premier cas, il s'agira de mettre en avant la pratique de la fragmentation doublée d'une présentation différente de chacun des fragments, alors que dans le deuxième, l'accent sera

126 Recommandation « Publicité de prix », art. 1.2.

127 Arrêté du 3 déc. 1987, art. 5.

128 CJUE 12 mai 2011, C-122/10, Ving Sverige, pt 60 et s.

129 Recommandation « publicité de prix », art. 2.2.

130 CJUE 26 oct. 2016, C-611/14, Canal Digital Danmark

131 CJUE 26 oct. 2016, C-611/14, Canal Digital Danmark

mis sur le défaut d'apparence de l'un des fragments du prix s'apparentant à une omission ou à un défaut de lisibilité.

I.A.3.2. Emplacements et supports

60. L'emplacement formel des informations contribue à leur accessibilité et donc à leur clarté. Imposer la mention d'une information peut s'avérer inefficace si le choix de son emplacement empêche un accès facile pour le consommateur. De plus, le recours à de nombreux supports, par une multitude de renvois par exemple, peut également affecter la compréhensibilité d'une information¹³². L'emplacement des informations et les supports choisis ont donc une importance essentielle dans l'efficacité de l'information et plus généralement la protection des consommateurs.

Dans la phase précédant la conclusion d'un contrat, incluant tant la publicité que la phase d'offre précontractuelle, il n'existe pas d'exigences légales générales quant à ces supports, sauf l'étiquetage ou l'affichage pour les prestations directes¹³³. Lorsqu'un support particulier est exigé, il ne concernera que certains contrats particuliers et uniquement les informations précontractuelles¹³⁴. De manière générale, la pertinence du support s'apprécie, d'abord, au regard de l'exigence générale de clarté et de compréhensibilité. Concernant les informations précontractuelles, la Cour de justice a affirmé que les conditions générales de la prestation de service dans le cadre d'une offre en ligne constituaient un emplacement possible, respectueux des articles 6.1 et 8.1 de la directive 2011/83 respectivement transposés aux articles L. 221-5 et L. 221-11 du code de la consommation, à la double condition qu'elles puissent être approuvées par le consommateur en cochant une case prévue à cet effet, et que les informations y soient mentionnées « *de manière claire et compréhensible* »¹³⁵. S'agissant dès lors de clauses contractuelles, leur clarté et leur compréhensibilité relèvent également de l'exigence générale de transparence des clauses contractuelles au titre de l'article 5 de la directive 93/13¹³⁶, transposé à l'article L 211-1 du code de la consommation¹³⁷. La pertinence du support s'apprécie, ensuite, en fonction de contraintes d'espace et de temps du moyen de communication choisi, mais à certaines conditions.

61. Contraintes d'espace et de temps : dissociation des supports d'information. Les directives 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales et 2011/83/UE sur les droits des consommateurs ont intégré une même disposition relative aux contraintes d'espace et de temps auxquelles le professionnel est confronté et qui l'autorise à dissocier les supports de communication des informations. En effet, la multiplication des supports d'information (télévision, radio, téléphone, smartphone, montre connectée, etc) peut conduire à empêcher la transmission de toutes les informations requises sur le même support de communication, faute de temps ou d'espace. La conséquence de cette contrainte porte exclusivement sur la dissociation des supports d'informations exigées, dont la transmission reste obligatoire. Ainsi, le support principal de communication pourra transmettre certaines informations les plus essentielles et renvoyer à un autre support pour

132 Ex Commission des clauses abusives, Recommandation n°14-02 « Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux », §7.

133 Arrêté 3 déc. 1987, préc.

134 Par ex. en matière de crédit à la consommation concernant la fiche standardisée d'information (c. consom., art. L. 312-12), ou encore concernant les contrats à distance une fois le contrat conclu par la confirmation du contrat sur support durable incluant les informations précontractuelles (c. consom., art. L. 221-13).

135 CJUE 24 fev. 2022, C-536/20, Tiketa.

136 Jurisclasseur Europe, Protection des consommateurs, Droit des contrats, Fasc. n°2010, n°54.

137 La Commission des clauses abusives a rendu plusieurs recommandations faisant état du manque de clarté et de compréhensibilité de certaines conditions générales accessibles en ligne, notamment par l'usage abusif de renvois successifs. V. not. Commission des clauses abusives, Recommandation n°14-02 « Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux », préc.

les autres. La reconnaissance de telles contraintes comporte cependant des limites et ne peut être invoquée que dans un cadre légal particulier relevant soit des pratiques commerciales déloyales, soit des contrats à distance.

A titre liminaire, il faut préciser que cette dissociation des supports n'est autorisée qu'en cas d'établissement d'une réelle « contrainte » s'imposant au professionnel au regard de la technique de communication utilisée. Qu'il s'agisse du fondement des pratiques commerciales déloyales ou des contrats à distance, la Cour de justice a reconnu le critère identique de l'« impossibilité » de fournir les informations exigées sur le même support de communication¹³⁸. La contrainte doit donc revêtir une force importante pour conduire à une telle impossibilité et ne saurait relever d'une simple volonté du professionnel.

S'agissant, en premier lieu, des pratiques commerciales déloyales, ces contraintes ne peuvent être prises en compte, d'abord, que pour l'appréciation de l'omission d'une information substantielle au titre de l'article L. 121-3 du code de la consommation et non dans le cadre d'une tromperie par action de l'article L. 121-2¹³⁹. Ainsi, a-t-il été admis que les nombreuses caractéristiques d'un produit peuvent justifier une dissociation de support afin de limiter l'information sur certaines caractéristiques principales du produit sur le support de communication et renvoyer au site internet du professionnel pour le reste¹⁴⁰. De même, s'agissant du prix, si celui-ci dépend d'un ensemble de conditions qu'il serait impossible de mentionner clairement sur le support de communication, la mention d'un prix de départ peut suffire en renvoyant à un autre support les modalités de calcul du prix final¹⁴¹. Ensuite, pour que ces dissociations de supports concernant une information substantielle ne soient pas trompeuses, le juge doit, d'une part, s'assurer que les informations transmises sur le support de communication principal permettent au consommateur de prendre, en connaissance de cause, une décision commerciale, et, d'autre part, prendre en compte le contexte, le moyen de communication utilisé, la nature et les caractéristiques du produit ainsi que toutes les mesures prises par le professionnel pour mettre les informations à disposition du consommateur¹⁴².

Les contraintes de temps et d'espace sont, en deuxième lieu, prises en compte dans le cadre de la présentation des informations précontractuelles des contrats à distance. Dès lors que le contrat à distance est conclu selon une technique de communication à distance qui impose de telles contraintes, l'article 8.4 de la directive 2011/83/UE, transposé à l'article L. 221-12 du code de la consommation, autorise que le professionnel fournisse par le biais de la technique en question ou au moyen de celle-ci et avant la conclusion d'un tel contrat, un minimum des informations précontractuelles exigées par l'article 6.1 dont l'article précise la liste¹⁴³. Les autres informations de

138 Pour les pratiques commerciales déloyales : CJUE 26 oct. 2016, C-611/14, Canal Digital Danmark, pt 62. Pour les informations précontractuelles du contrat à distance : CJUE 23 janv. 2019, C-430/17, Walbusch Walter Busch, pt 38-39.

139 CJUE Canal Digital Danmark, pt 36 à 49. L'article 7.1 de la dir. 2005/29 souligne la prise en compte « du contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé ». V. Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p 52.

140 CJUE 12 mai 2011, C-122/10, Ving Sverige, pt 50 à 59.

141 CJUE 12 mai 2011, C-122/10, Ving Sverige, pt 60 à 72. V. ég. pour les coordonnées du professionnel dans le cadre d'une communication commerciale émanant d'une place de marché en ligne : CJUE 30 mars 2017, C-146/16, Verband Sozialer Wettbewerb.

142 CJUE 12 mai 2011, C-122/10, Ving Sverige.

143 Art. 8.4 modifié par la dir. 2019/2161 dite omnibus à la suite de l'arrêt WalbuschWalter Busch (CJUE 23 janv. 2019, C-430/17) concernant le formulaire de rétractation : « les principales caractéristiques des biens ou des services, l'identité du professionnel, le prix total, le droit de rétractation, la durée du contrat et, dans le cas des contrats à durée indéterminée, les modalités pour mettre fin au contrat, telles qu'énoncées respectivement à l'article 6 §1, points a), b), e), h) et o), à l'exception du modèle de formulaire de rétractation figurant à l'annexe I, partie B, visé au point h) ».

la liste peuvent alors être fournies « *sous une forme adaptée* », comme « *un numéro de téléphone gratuit ou un lien hypertexte vers une page internet du professionnel où les informations utiles sont directement disponibles et facilement accessibles* »¹⁴⁴.

62. Réflexion sur l'extension de la dissociation des supports d'information. L'inflation législative en matière d'information, justifiée par la complexité des produits et des services, la protection des données personnelles ou encore les enjeux environnementaux, doit conduire à une réflexion sur la forme des informations¹⁴⁵. Les exigences de clarté et de compréhensibilité des informations ne peuvent désormais faire l'impasse sur une réflexion approfondie des supports de communication et des conditions de leurs recours. La dissociation des supports n'est reconnue légalement que dans des cas particuliers qu'il serait utile de réinterroger dans une réflexion plus globale. La numérisation des modes de communication ouvre désormais de nouvelles perspectives du support informationnel dont le recours pourrait s'avérer utile et suffisant pour un consommateur moyen désormais familier de ces nouveaux modes. Il s'agit ici encore de trouver une voie médiane intégrant à la fois le besoin d'information des consommateurs sur des produits complexes et/ou des enjeux de sociétés essentiels comme l'impact environnemental, l'illisibilité d'un support contenant trop d'informations et la fracture numérique susceptible d'empêcher certains consommateurs d'accéder à des informations dématérialisées. Des pistes, telles que des indications colorées facilement lisibles comme des scores, des sigles ou encore des QR code, doivent être approfondies pour que l'efficacité des obligations d'information ne soit pas sacrifiée par un défaut de réflexion sur leur forme. Dépassant très largement la question du prix, ces aspects formels ne seront pas davantage approfondis dans ce rapport.

Proposition

10 Alerter les pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance de réfléchir, avec toutes les parties prenantes, aux supports formels d'information, tout en intégrant de nouvelles possibilités de dissociation des supports selon la pertinence des informations.

I.A.4. Procédés destinés à renforcer l'attractivité du prix

63. Les procédés. De nombreuses pratiques commerciales sont destinées à renforcer l'attractivité des prix. La publicité comparative qui porterait sur le prix en est l'une d'entre elles ; elle est autorisée dès lors qu'elle répond aux conditions générales fixées par la directive 2006/114 du 12 décembre 2006 « en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative » transposée aux articles L. 122-1 et suivants du code de la consommation. D'autres pratiques sont explicitement interdites au titre de la liste des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances issue de l'annexe 1 de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales. Trois de ces pratiques portent spécifiquement sur le prix dont le processus d'attractivité est considéré comme toujours déloyal : le fait de faire faussement croire à la gratuité d'un bien ou d'un service¹⁴⁶ ; le fait de pro-

144 Dir. 2011/83/UE, consider. 36.

145 Pour une première proposition à l'initiative de fédérations professionnelles proposant « un parcours du consommateur » en ligne : Recommendations for a better presentation of information to consumers, July 2019. Recommendations mentionnées par la Commission européenne dans ses Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., p. 22.

146 C. consom., art. L. 121-4 19° ; Dir. 2005/29, annexe 1, pratique n°20.

poser un produit alors qu'il n'est pas stocké ou disponible en quantité suffisante au regard de la promotion réalisée (publicité dit « appât »)¹⁴⁷ ; ou proposer l'achat d'un produit à un certain prix pour ensuite ne pas permettre au consommateur de l'acheter (refuser de présenter ou de le livrer dans un délai raisonnable,...) dans le but de faire la promotion d'un produit différent (publicité dite « amorcer et ferrer »)¹⁴⁸. Les deux dernières pratiques ne sont pas conditionnées à l'existence d'un prix attractif mais l'« appât » ou l'« amorce » se révèle généralement par ce biais. Pourrait encore être citée la pratique interdite des « dark patterns » ou « interfaces truquées » qui se porteraient sur le prix, sans y être spécifique, et qui est aujourd'hui sanctionnable sur le fondement des pratiques commerciales déloyales et plus récemment du règlement 2022/2065 sur les services numériques¹⁴⁹. Trois procédés particuliers propres au prix seront plus spécifiquement abordés du fait des difficultés et des interrogations nouvelles qu'ils soulèvent : les soldes (I.A.4.1), l'interdiction d'une pratique ajoutée par le législateur français communément appelée « l'amendement anti-Black Friday » de l'article L. 121-4 23° (I.A.4.2) et la variabilité des prix (I.A.4.3).

I.A.4.1. Les soldes

64. Intérêt des soldes. Les soldes constituent une pratique promotionnelle particulière dont l'encadrement juridique s'explique aujourd'hui essentiellement par le fait que la revente à perte y est exceptionnellement autorisée¹⁵⁰ en raison de l'objectif d'écoulement accéléré des stocks qu'elle vise¹⁵¹. Depuis la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales et la libéralisation des pratiques commerciales qu'elle a insufflée, du fait que les Etats membres ne peuvent plus interdire de pratiques commerciales en dehors de la liste des pratiques interdites de l'annexe 1 ou interdites par une autre disposition européenne, les pratiques promotionnelles de réduction de prix peuvent avoir lieu à tout moment, en dehors des périodes de soldes¹⁵². La période des soldes est donc désormais une période promotionnelle parmi d'autres dans l'année, mais avec un encadrement légal puisque aucune promotion ne peut porter ce nom en dehors des deux périodes annuelles de six semaines fixées par décret et ces promotions doivent nécessairement porter sur des produits en stock. Comme tout cadre légal concernant une pratique commerciale, et imposant dès lors des sanctions automatiques en cas de violation, il existe un risque qu'il soit considéré contraire à la directive 2005/29 par la Cour de justice, comme elle l'a fait pour la réglementation des annonces de réduction de prix ou, plus subtilement, dans l'arrêt Köck concernant la réglementation autrichienne des ventes en liquidation¹⁵³.

Du fait de ces craintes et incertitudes, les partenaires de la Chaire tiennent à faire deux remarques. Tout d'abord, ils tiennent à manifester leur attachement à la pratique des soldes, dont l'intérêt n'est pas entaché par la multiplication des promotions dans l'année. Ils constatent un intérêt particulier des consommateurs français à ces deux rendez-vous majeurs de l'année, ancrés dans leurs habitudes de consommation. Quant au cadre juridique français actuel, ensuite, il satisfait de manière générale les partenaires de la Chaire, tant représentant des professionnels que des consommateurs.

147 C. consom., art. L. 121-4 5° ; Dir. 2005/29/CE, annexe 1, pratique n°5.

148 C. consom., art. L. 121-4 6° ; Dir. 2005/29/CE, annexe 1, pratique n°6. On remarquera que la transposition de cette pratique comporte une erreur en ce que l'objectif poursuivi de la pratique, « faire la promotion d'un produit ou d'un service différent » a été ajouté à la suite du c) alors qu'il s'applique très clairement, dans la rédaction de l'annexe, aux trois comportements du professionnel refusant la finalisation de la transaction. C'est donc à la lumière de l'annexe qu'il faut comprendre et appliquer cette interdiction.

149 Règlement (UE) 2022/2065 du 19 oct. 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques). V. art. 25.

150 C. com., art. L. 442-5 II. 7°.

151 C. com., art. L. 310-3.

152 CJUE 30 juin 2011, C-288/10, Wamo.

153 CJUE 17 janv. 2013, C-206/11, Köck.

I.A.4.2. L'amendement dit « Anti-Black Friday » (L. 121-4 23°)

65. Origine de l'article L. 121-4 23°. La 23^{ème} pratique interdite au titre des pratiques trompeuses en toutes circonstances a été ajoutée à l'article L. 121-4 par la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, dite loi AGEC. Ce texte interdit le fait de « *donner l'impression, dans une publicité, par des opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale, que le consommateur bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes (...)* »¹⁵⁴. Il est le fruit d'un amendement déposé par Madame la députée Delphine Batho, ancienne ministre de la transition écologique, dans le but clairement annoncé d'interdire les campagnes promotionnelles de type « Black Friday ». Lors de l'exposé des motifs de cet amendement, trois arguments justifiaient l'interdiction de ces promotions : la surconsommation que génèrent ces promotions, leur contournement des soldes et les fausses réductions auxquelles elles font généralement croire, prenant pour appui une étude réalisée par l'UFC-Que Choisir¹⁵⁵. Il est certain que le « Black Friday », ou toute autre promotion du même type, contribue à la multiplication des promotions dans lesquelles les consommateurs commencent à se perdre et à devenir critique¹⁵⁶. Alors que les députés voyaient dans cette disposition le moyen juridique d'interdire les campagnes promotionnelles de type « Black Friday », on constate qu'à ce jour elles perdurent sans être inquiétées. La raison en est certainement double, tenant au contenu très flou de l'interdiction, mais sans doute surtout à sa non-conformité au droit européen.

66. Le contenu de l'interdiction. Le contenu de l'interdiction est assez confus. La condition la plus claire concerne l'existence d'opérations promotionnelles coordonnées. Il s'agit de sanctionner les campagnes de grande ampleur menée au niveau national qui, en cela, ressemblent aux soldes qui sont réglementées au niveau national. Du côté des professionnels, de telles campagnes sont facilitées par les grandes enseignes, en ligne ou hors ligne, qui ont la capacité de lancer de grandes campagnes coordonnées et d'opérer des rabais à grande échelle. Il est en revanche plus difficile pour les petits commerces de faire face à la concurrence de telles opérations promotionnelles susceptibles, de surcroît, de se répéter plusieurs fois dans l'année sous des noms variés, allant du « Black Friday » aux « French Days » en passant par le « Cyber Monday ». Pour autant, la diffusion nationale des offres est aujourd'hui une réalité avec le e-commerce, auquel tous les professionnels doivent s'adapter à leur façon. La condition la plus confuse concernant l'interdiction de l'article L. 121-4 23° est la condition principale au cœur du texte, le fait de « donner l'impression que le consommateur bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes » alors que la promotion est en dehors de la période réglementée. Qu'est-ce qu'une réduction comparable à celle des soldes si ce n'est une réduction de prix ? Il n'existe pas de réduction « type » concernant les soldes, sauf à faire référence à la revente à perte exceptionnellement admise en période de soldes, mais déjà interdite en dehors.

67. Non-conformité de l'article L. 121-4 23° au droit européen. Réaliser des opérations promotionnelles coordonnées à l'échelle nationale en réalisant des réductions de prix constituent des pratiques commerciales au sens de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales.

154 « Sont réputées trompeuses, au sens des articles L. 121-2 et L. 121-3, les pratiques commerciales qui ont pour objet : (...) 23° Dans une publicité, de donner l'impression, par des opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale, que le consommateur bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes, tels que définis à l'article L. 310-3 du code de commerce, en dehors de leur période légale mentionnée au même article L. 310-3 »

155 <https://www.quechoisir.org/actualite-black-friday-2019-ce-ne-sera-pas-mieux-qu-en-2018-n73379/>. V. également une étude de la Commission européenne constatant que les prix de référence ne sont pas les prix les plus bas pratiqués les trente derniers jours : https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/sweeps_fr?ettrans=fr#ref-2022---sweep-on-black-friday-sales.

156 Sur cette question, v. l'étude de l'Obsoco « Les Français et le Black Friday » (nov. 2022) : https://lobsoco.com/wp-content/uploads/2022/11/LObSoCo_Enquete-Black-Friday-2022.pdf.

Or, comme l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne à plusieurs reprises, le degré maximal d'harmonisation de cette directive empêche les Etats membres de prévoir un degré de protection des consommateurs qui soit différent de celui prévu par la directive. Or, cette directive prévoyant une liste de pratiques interdites en toutes circonstances en son annexe I, elle interdit aux Etats membres d'interdire d'autres pratiques qui ne seraient pas sur la liste. L'interdiction d'une telle pratique reste possible, mais après une étude au cas par cas par le juge dans le cadre d'un litige, par l'appréciation des critères de la déloyauté des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la consommation. C'est sur ce fondement que la Cour de justice avait antérieurement déclaré l'interdiction belge des offres conjointes contraires à la directive 2005/29, ce qui avait entraîné la modification par la France de ses propres interdictions similaires des ventes liées et des ventes avec primes. La pratique dénoncée par l'article L. 121-4 23° n'étant pas dans la liste européenne de la directive 2005/29, elle ne peut donc être interdite. C'est là très certainement la raison pour laquelle aucun contentieux connu à ce jour n'a été soulevé devant une juridiction sur ce fondement, tous les juristes sachant que la non-conformité évidente de ce texte serait soulevée à raison. On ne peut donc que recommander la suppression de cette interdiction qui complexifie et brouille le régime des réductions de prix.

I.A.4.3. La variabilité des prix

68. Les procédés. Différents procédés conduisent à la variabilité des prix¹⁵⁷. Les réductions de prix par le biais des promotions en sont un exemple traditionnel auquel ce rapport consacre une section autonome en raison de sa spécificité¹⁵⁸. Les procédés ici exposés recensent ceux destinés à présenter un prix principal dont le montant est susceptible de varier d'une situation à l'autre selon différents critères. Quel que soit le procédé, l'intérêt essentiel du professionnel est de maximiser son profit tout en permettant aux consommateurs d'en retirer certains avantages¹⁵⁹. Trois procédés principaux sont à relever : la tarification à étages, la tarification dynamique et la personnalisation des prix.

69. La tarification à étages. La tarification à étages consiste à présenter un prix de base généralement bas, servant de prix d'appel, auquel s'ajoute une série d'options pour lesquelles le consommateur reste libre de souscrire pour atteindre un service adapté à ses besoins. Cette pratique est particulièrement fréquente dans le transport aérien ou le secteur automobile. Les options sont par hypothèse non obligatoires, même si plusieurs techniques de présentation peuvent inciter le consommateur à les choisir. L'avantage de cette pratique est de pouvoir rendre le bien ou le service attractif par un prix de base peu élevé, augmentant sa visibilité sur les sites de comparaison de prix, tout en modulant le bien ou le service selon les désirs des consommateurs. Cette pratique est soumise au régime général des pratiques commerciales déloyales. Comme il a été rappelé précédemment, pour constituer une pratique loyale et légale, il est essentiel que le prix de base inclue tous les éléments inévitables et prévisibles obligatoirement et définitivement à la charge du consommateur. Serait déloyale une pratique consistant à présenter comme un prix définitif un prix qui n'inclurait pas des éléments indispensables, et donc présenterait comme une option un élément dont le consom-

157 V. INC, Les différentes techniques de variation des prix, Fiche pratique économique E10, 2021 ; M. Burel, L'encadrement juridique de la variabilité des prix, mémoire de Master 2 Droit de la consommation et des pratiques commerciales, CY Cergy Paris Université, 2021 : <https://chairedroitdelaconsommation.cyu.fr/memoires-2021>. V. ég. Les Rencontres de la Chaire Droit de la consommation, La variabilité des prix, 11 déc. 2020, webinaire : <https://chairedroitdelaconsommation.cyu.fr/les-rencontres>.

158 V. infra.

159 E. Combe, Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?, Fondation pour l'innovation politique, oct. 2019, sp. p 10.

mateur ne peut se passer¹⁶⁰. Les options proposées doivent rester de simples propositions sans lesquelles le consommateur peut acheter le bien ou conclure le service. De même, cette présentation à étage ne doit pas cacher, par la mise en avant de certains éléments, une fragmentation du prix dont tous les éléments seraient finalement obligatoirement à la charge du consommateur¹⁶¹. La pratique de la tarification à étages, tout à fait légale dans son principe, doit donc respecter les exigences quant à l'information sur le prix et ne pas recourir à des pratiques déloyales.

70. La tarification dynamique. La tarification dynamique, appelée également « yield management » est un procédé qui conduit à varier les prix en fonction des conditions et des circonstances du marché. Le prix est le même pour tous, mais il varie en fonction essentiellement du rapport entre l'offre et la demande, de manière très fine et pouvant évoluer dans des temps très courts, à la hausse comme à la baisse¹⁶². Le rapport établi par le Conseil national de la consommation (CNC) a mis en lumière plusieurs objectifs poursuivis par les professionnels : maximiser les revenus, éviter la saturation de certaines offres, stimuler les plages horaires/jours creux ou encore offrir un éventail tarifaire plus ouvert¹⁶³. Ainsi, le prix d'un même billet d'avion peut varier selon le moment d'achat : plus la demande est forte, plus le prix est élevé alors que si elle est faible, le transporteur a intérêt à baisser le prix pour assurer son taux de remplissage¹⁶⁴. Le nouveau marché des VTC et notamment Uber est connu pour optimiser la tarification dynamique en faisant varier le prix de la course en fonction du moment de la demande, de son lieu, du nombre de chauffeurs disponibles et/ou de tout autre paramètre ayant une incidence sur le rapport entre l'offre et la demande. Ainsi le prix de la course sera plus élevé le soir du réveillon, un jour de grève des transports aux heures de pointe ou autour d'un stade à la sortie d'un match ou d'un concert important. Le numérique, au moyen d'algorithmes, permet aujourd'hui d'affiner quasiment instantanément les prix ; les prix de produits ou services en ligne s'adapteront donc très facilement de manière automatique en fonction de critères liés au marché constamment actualisés. De même, la numérisation des étiquettes en magasin autorise une telle variabilité, par exemple en baissant les prix aux heures creuses. Longtemps cantonné au domaine des transports et de l'hôtellerie, ce mode de tarification en temps réel peut se développer dans tous les domaines grâce à la numérisation des modes de promotion et de consommation¹⁶⁵.

Cette pratique de tarification dynamique est légale et ne dispose pas aujourd'hui d'un encadrement juridique particulier. Le CNC, dans son rapport, a recommandé une information du consommateur sur l'usage de cette pratique par les professionnels en fournissant « *les paramètres de variation du prix en tant qu'éléments de compréhension susceptibles d'éclairer son choix* », tout en reconnaissant la difficulté à être trop précis. Cette voie n'a pour le moment pas été choisie, et la directive 2019/2161 dite omnibus l'a expressément exclue¹⁶⁶. Cependant, si aucun régime particulier existe, cette pratique, en tant que pratique commerciale, relève du régime général des pratiques commerciales déloyales selon les circonstances prises en compte. Ainsi, pourrait relever d'une pratique agressive, et plus généralement d'une pratique commerciale déloyale au titre de l'article L. 121-1 du code de la consommation, le fait de profiter d'une situation de vulnérabilité de

160 Ainsi le prix d'un billet d'avion doit inclure le prix du siège, mais peut être présentée comme une option le choix du siège dans l'avion. En revanche, un bagage à main doit être inclus dans le prix de base et ne peut constituer une option payante (cf. CJUE 18 sept. 2014, C-487/12, Vueling Airlines).

161 V. supra, CJUE 26 oct. 2016, C-611/14, Canal Digital Danmark.

162 La tarification exclusivement ascendante est également pratiquée, conduisant à augmenter le prix dans le temps, de manière à inciter les consommateurs à contracter plus tôt (notamment pour les transports ou l'hôtellerie).

163 CNC, Pratiques de gestion fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », Avis adopté le 27 janv. 2020.

164 E. Combe, Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?, préc., p 18.

165 E. Combe, Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?, préc., p 21.

166 La directive 2019/2161 dite omnibus a rajouté une obligation d'information précontractuelle concernant les prix personnalisés, mais a pris soin de préciser que cette obligation ne portait pas sur la tarification dynamique (considér. 45).

consommateurs qui aurait déterminé une fixation élevée du prix¹⁶⁷.

71. La personnalisation des prix ou discrimination tarifaire. La personnalisation des prix, également appelée discrimination tarifaire, est une pratique commerciale qui conduit à faire varier le prix d'un même bien ou service en fonction de critères propres à un groupe de consommateurs ou propre à chaque consommateur. La personnalisation des prix selon des groupes de consommateurs définis selon des critères objectifs, tels que l'âge (prix pour les étudiants ou les seniors) ou certains statuts (chômeurs, fonctionnaires) est pratiquée depuis longtemps dans le domaine culturel, comme les cinémas, les musées ou les expositions. La personnalisation des prix affinée à chaque individu est plus récente et est rendue possible par le développement du numérique, des algorithmes et particulièrement le profilage tiré de la collecte des données personnelles. L'objectif est alors « *d'approcher le plus finement possible la « disposition maximale à payer » du consommateur, c'est-à-dire « le prix maximum qu'il est prêt à payer pour acquérir tel bien ou service »*¹⁶⁸. Si la pratique est possible, il est aujourd'hui encore difficile de mesurer son ampleur et les secteurs ou entreprises qui y ont recours¹⁶⁹. Ce procédé est licite, ce qu'a indirectement reconnu le droit européen en imposant par la directive 2019/2161 dite omnibus une obligation d'information pesant sur les professionnels. Ainsi, a été ajoutée à la liste des informations précontractuelles avant la conclusion d'un contrat à distance ou hors établissement prévue à l'article 6 de la directive 2011/83/UE¹⁷⁰, l'obligation pour le professionnel d'informer « *s'il y a lieu* » sur « *l'application d'un prix personnalisé sur la base d'une prise de décision automatisée* », et cela à chaque transaction¹⁷¹. Le considérant 45 de la directive omnibus reconnaît la licéité de ce procédé basé sur « *un profilage du comportement du consommateur permettant aux professionnels d'évaluer le pouvoir d'achat de ce dernier* ». La directive ne fait qu'imposer une obligation d'information précontractuelle de l'existence du procédé, sans que soient précisés les critères utilisés pour la discrimination tarifaire. Si le procédé est licite, il achoppe cependant sur certaines interdictions émanant d'autres textes européens, limitant le type de critères susceptibles d'être pris en compte. Ainsi, serait interdite une discrimination tarifaire fondée sur la nationalité ou le lieu de résidence¹⁷². De plus, une personnalisation des prix fondée sur des critères analysés à partir de données à caractère personnel des consommateurs doit respecter le règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016 et la directive 2002/58 du 12 juillet 2002 dite « *vie privée et communications électroniques* ».

L'usage de ce procédé tarifaire, qui dépasse largement la question de l'attractivité du prix, est aujourd'hui en débat. Sans cadre, il peut encourager la collecte de données à caractère personnel toujours plus fine et invasive, compliquer la détermination du prix de référence dans les annonces de réduction de prix, rendre difficile le contrôle de la loyauté des critères utilisés, rendre illisible les mouvements de prix pour les consommateurs, risquer d'entraîner leur défiance et une

167 Par ex, le fait d'augmenter le prix de courses de taxi ou VTC à proximité d'une catastrophe naturelle, d'un état d'urgence ou de nécessité, comme un attentat, pourrait relever des critères d'une pratique agressive au titre de l'influence injustifiée par « l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière dans le but d'influencer la décision du consommateur » (Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, (2021/C 526/01), p 60)

168 E. Combe, Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?, préc., p. 11.

169 E. Combe, Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?, préc., p 30 à 38. V. ég. étude commandée par la Commission européenne à un consortium formé par Ipsos, London Economics et Deloitte : Etude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisées(s) dans l'UE, juin 2018.

170 C. consom., art. L. 221-5 11°.

171 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., p 36.

172 V. Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., p 102, citant la directive 2006/123 sur les services ou les règlements sur les transports aérien, maritime, ferroviaire et par autobus.

difficulté à faire des choix éclairés dans un contexte tarifaire peu prévisible et compréhensible pour eux. L'ensemble des inconvénients liés à cette pratique inquiète certains économistes¹⁷³ et associations de consommateurs au point que certaines demandent son interdiction¹⁷⁴. Pour autant, certains relèvent des avantages pour les consommateurs dès lors que la personnalisation peut avoir pour effet « *d'élargir la taille du marché* » en permettant aux individus ayant une faible disposition à payer de se voir proposer un tarif préférentiel et donc de réintégrer le marché¹⁷⁵.

Propositions relatives aux procédés renforçant l'attractivité du prix

11 La libéralisation des promotions par la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales ne doit pas empêcher les Etats membres d'organiser des périodes de soldes, nécessairement soumises à une réglementation dont la violation est sanctionnée.

12 Supprimer l'article L. 121-4 23° du code de la consommation.

I.B. L'information sur la réduction de prix

72. Origines. Le texte pivot du régime des annonces de réduction de prix est désormais l'article L. 112-1-1 du code de la consommation¹⁷⁶ qui transpose l'article 6 bis de la directive 98/6 sur les prix¹⁷⁷, article 6 bis lui-même introduit par la directive 2019/2161 dite « omnibus » modifiant quatre directives dont la directive 98/6¹⁷⁸. L'article L. 112-1-1 remplace ainsi le régime issu de l'ancien arrêté du 11 mars de 2015 « relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur »¹⁷⁹, ayant lui-même abrogé et remplacé l'arrêté du 31 décembre 2008 à la suite de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸⁰. En effet, alors que l'arrêté du 31 décembre 2008 imposait la mention d'un prix de référence tout en précisant les types de prix de référence autorisés, dont le prix le plus bas des trente derniers jours ou le prix conseiller fournisseur¹⁸¹, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne interprétait la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales¹⁸² de telle façon que son degré maximal d'harmonisation interdisait aux Etats membres d'encadrer les annonces de réduction de prix et de sanctionner la violation de ces

173 E. Combe, Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?, Fondation pour l'innovation politique, oct. 2019.

174 BEUC, Each consumer a separate market ? BEUC position paper on personalized pricing, 14/07/2023.

175 E. Combe, Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?, préc., p 38-39.

176 Article introduit par l'ord. n° 2021-1734 du 22 déc. 2021 transposant la directive dite « omnibus », entrant en vigueur le 28 mai 2022.

177 Directive 98/6/CE du 16 fév. 1998 relative la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs.

178 Dir. 2019/2161 du 27 nov. 2019 modifiant les directives 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs. Sur l'interprétation de l'article 6bis, v. le guide d'interprétation de la Commission européenne : Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs (2021/C 526/02).

179 L'arrêté du 11 mars 2015 a été abrogé par l'arrêté du 28 octobre 2022.

180 CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-421/12, Commission/Belgique ; CJUE, ordon., 8 sept. 2015, aff. C-13/15, Cdiscount.

181 Arrêté du 31 déc. 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur.

182 Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil ».

règles de manière automatique¹⁸³. Devançant la décision dans l'affaire Cdiscount¹⁸⁴, le ministère de l'économie remplaça l'arrêté du 31 décembre 2008 par celui du 11 mars 2015 qui, bien qu'imposant la mention d'un prix de référence, laissait libres les professionnels de le déterminer sous réserve du respect du régime des pratiques commerciales déloyales¹⁸⁵. Jusqu'à l'introduction de ce nouvel article L. 112-1-1 dans le code de la consommation, le prix de référence des annonces de réduction de prix était alors libre, sous réserve que les professionnels soient en mesure de justifier de sa réalité.

73. Législation applicable. L'article L. 112-1-1 du code de la consommation a pour objet principal d'imposer aux annonces de réduction de prix un prix de référence qui est le prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours par le professionnel.

C. consom., art. L. 112-1-1

I. — Toute annonce d'une réduction de prix indique le prix antérieur pratiqué par le professionnel avant l'application de la réduction de prix.

Ce prix antérieur correspond au prix le plus bas pratiqué par le professionnel à l'égard de tous les consommateurs au cours des trente derniers jours précédant l'application de la réduction de prix.

Par exception au deuxième alinéa, en cas de réductions de prix successives pendant une période déterminée, le prix antérieur est celui pratiqué avant l'application de la première réduction de prix.

Le présent I ne s'applique pas aux annonces de réduction de prix portant sur des produits périssables menacés d'une altération rapide.

II. — Les présentes dispositions ne s'appliquent pas aux opérations par lesquelles un professionnel compare les prix qu'il affiche avec ceux d'autres professionnels.

Pour comprendre la législation sur les annonces de réduction de prix et ses conséquences, il est important d'exposer ses enjeux afin de replacer cette législation dans son contexte économique et concurrentiel (I.B.1). L'encadrement juridique des annonces de réduction de prix issu de l'article L. 112-1-1 du code de la consommation comporte de nombreuses imperfections (I.B.2), au point que, pour les contourner, il a fait émerger une nouvelle notion, la comparaison de prix, tout aussi insatisfaisante (I.B.3). Quant aux sanctions, la transposition de la directive dite « omnibus » a conduit à assimiler les hypothèses d'annonce de réduction de prix et de comparaison de prix, ce qui est discutable (I.B.4).

I.B.1. Les enjeux des annonces de réduction de prix

I.B.1.1. Les enjeux économiques

74. Intérêts économiques des professionnels et des consommateurs. Proposer des promotions est nécessaire à l'activité économique afin de la dynamiser ; elles stimulent la demande et

183 N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, n°269 et s.

184 CJUE, ordon., 8 sept. 2015, aff. C-13/15, Cdiscount. Pour une critique, cf N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, n°310 et s.

185 Arrêté 11 mars 2015, art. 1 : « Toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du code de la consommation et qu'elle soit conforme aux exigences du présent arrêté ».

permet aux professionnels de tirer un avantage concurrentiel¹⁸⁶. La diversité et le nombre des offres promotionnelles permettent de faire connaître des produits, une marque ou un fournisseur, de liquider des stocks, d'acquérir de nouveaux clients ou encore de fidéliser une clientèle existante. Un encadrement des promotions conduit à s'assurer de la loyauté et de la transparence du marché, bénéficiant aux professionnels comme aux consommateurs. La loyauté des promotions assure aux consommateurs une réduction transparente et réelle, en évitant, par exemple, que les prix soient artificiellement gonflés quelques jours avant une promotion afin d'afficher un taux de réduction attractif. Un tel encadrement bénéficie également aux professionnels qui jouissent alors d'une concurrence saine et loyale.

75. Multiplication des promotions et effets indésirables. La multiplication des promotions, à laquelle a grandement contribué tant le développement du e-commerce que la directive sur les pratiques commerciales déloyales, fait l'objet de critiques. Ainsi, la variabilité des prix, à laquelle participe la multiplication des promotions, conduit, pour les consommateurs, à une perte de repère sur le prix¹⁸⁷ et donc sur la valeur des biens et des services, susceptible d'altérer la transparence du marché en développant un sentiment de défiance¹⁸⁸. De plus, depuis quelques années, les inquiétudes environnementales font naître certaines volontés politiques de faire de la promotion des prix le symbole d'une « surconsommation » participant à la destruction de notre environnement¹⁸⁹. C'est là l'une des raisons qui a présidé à l'introduction de l'amendement dit « anti-Black Friday » le 10 février 2020 dans les pratiques interdites de l'article L. 121-4 du code de la consommation¹⁹⁰, et que l'on retrouve dans certains plaidoyers d'associations de consommateurs¹⁹¹.

76. Encadrement des promotions et liberté économique. Si un encadrement légal des promotions s'avère nécessaire pour assurer la loyauté du marché, un cadre très strict peut conduire à les limiter en nombre et ainsi à réduire la liberté des professionnels à faire du prix réduit un vecteur d'attractivité. La question se pose alors de l'opportunité et de la légitimité du législateur à utiliser le vecteur de l'encadrement des promotions pour en limiter indirectement le nombre, et ainsi diminuer les effets indésirables dénoncés précédemment. Si une discussion peut s'avérer nécessaire sur l'opportunité de la multiplication des promotions et la sensibilisation de ses acteurs aux conséquences indirectes, elle devrait se tenir plus amont, de manière transparente et en y associant tous ses acteurs. Pour le moment, le seul objectif annoncé par la Commission européenne pour justifier l'encadrement des annonces de réduction de prix par la directive omnibus est la recherche de

186 V. Rencontre n°1 de la Chaire Droit de la consommation, La variabilité des prix, 11 dec. 2020 : <https://youtu.be/uU4CdJPTPk8>.

187 V. étude Obsoco « Prix, soldes, promotions : grande confusion chez les consommateurs » (janv. 2020). Ainsi 80% des consommateurs s'interrogent sur la signification des prix normaux, c'est-à-dire ceux n'ayant aucune promotion, et 66% des consommateurs admettent que l'abondance de promotions fait perdre les repères sur les prix. V. <https://obsoco.com/prix-soldes-promotions-grande-confusion-chez-les-consommateurs/>.

188 Sur l'impact des promotions et la variabilité des prix sur les consommateurs, v. Rencontre n°1 de la Chaire Droit de la consommation, La variabilité de prix, préc. V. ég. étude de l'Obsoco sur « Les Français et le Black Friday » (nov. 2022), selon laquelle 63% des consommateurs considèrent que les promotions affichées lors du Black Friday ne sont pas de véritables promotions. V. l'étude : https://obsoco.com/wp-content/uploads/2022/11/LObSoCo_Enquete-Black-Friday-2022.pdf.

189 cf les propositions de la Convention citoyenne pour le Climat (<https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/objectif/reguler-la-publicite-pour-reduire-les-incitations-a-la-surconsommation/>). V. ég. une étude de l'Obsoco sur « Les Français et le Black Friday » (nov. 2022), selon laquelle 62% des consommateurs considèrent que le Black Friday incite à acheter des produits dont on n'a pas besoin. V. l'étude : https://obsoco.com/wp-content/uploads/2022/11/LObSoCo_Enquete-Black-Friday-2022.pdf.

190 C. consom., art. L. 121-4 13°.

191 Par ex. : <https://www.quechoisir.org/billet-du-president-black-friday-un-moment-de-consommation-frene-tique-n104447/>.

transparence et de loyauté¹⁹², sans introduire d'autres considérations, qu'elles soient économiques ou environnementales.

I.B.1.2. Les enjeux européens

77. Une harmonisation nécessaire au niveau européen. Le choix d'une harmonisation au niveau européen des annonces de réduction de prix doit être salué, dans l'intérêt des professionnels comme des consommateurs. Les professionnels sont particulièrement sensibles à éviter les distorsions de concurrence que provoquent les différences de législation au sein des Etats membres, d'autant plus dans le secteur du e-commerce depuis le règlement sur le géoblocage¹⁹³. Une harmonisation européenne des annonces de réduction de prix favorise ainsi une saine concurrence entre les entreprises européennes sans pénaliser les entreprises françaises. Malgré la légitimité des enjeux concurrentiels, les associations de consommateurs sont davantage tournées vers la recherche d'un degré élevé de protection des consommateurs. Lorsqu'il est atteint, il est alors préférable que tous les consommateurs européens en bénéficient afin de disposer des mêmes droits.

78. Un encadrement plus spécifique nécessaire. Jusqu'à l'introduction de l'article 6 bis par la directive dite « omnibus » de 2019, les annonces de réduction de prix n'étaient encadrées au niveau européen que par la directive sur les pratiques commerciales déloyales qui instaure un régime général de liberté en ce domaine, sous réserve d'un contrôle de déloyauté a posteriori. L'introduction d'un texte plus spécifique doit être approuvée. En effet, la liberté des entreprises en amont de ces annonces, par la seule sanction en aval de leur déloyauté, a pu générer des incertitudes conduisant à des dérives constatées par la Commission européenne¹⁹⁴ et dénoncées par des associations de consommateurs¹⁹⁵, néfastes pour la sécurité juridique.

79. Un article 6 bis très insatisfaisant. La réponse par l'article 6 bis est très insatisfaisante à deux égards. Tout d'abord, la méthode législative de l'adoption de ce texte est très discutable. Cet article a été ajouté à la fin des discussions, sans intervention possible des parties prenantes, et essentiellement en trilogue. Il n'est donc accompagné d'aucune explication dans le préambule de la directive, ce qui est exceptionnel pour un texte aux enjeux économiques si importants. L'absence de discussion approfondie sur ce texte et le manque de transparence ont conduit à un texte très imparfait. Le contenu de la règle européenne, ensuite, s'avère non seulement très insuffisant à régler les nombreuses situations de promotion, mais également très imparfait dans sa rédaction conduisant à de trop nombreuses interprétations divergentes. Or, ces divergences sont précisément

192 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc., Introduction : « *Le nouvel article 6 bis de la directive sur l'indication des prix porte sur la question de la transparence des réductions de prix en introduisant des règles spécifiques afin de garantir leur authenticité ; l'article 6 bis vise à empêcher les professionnels d'augmenter artificiellement le prix de référence et/ou à induire en erreur les consommateurs sur le montant de la remise. Cette disposition accroît la transparence et garantit que les consommateurs bénéficient effectivement d'une réduction de prix sur les biens lorsque celle-ci est annoncée* ».

193 Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 fév. 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n°2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE.

194 V. Sweep 2018 on price transparency and drop pricing. Par cette analyse de 560 sites e-commerce réalisée par les autorités nationales dans le cadre du règlement CPC, 60% d'entre eux montraient des irrégularités au regard des règles de consommation, essentiellement concernant la présentation des offres promotionnelles. Pour plus de 31 % de l'ensemble des sites web proposant des réductions (431 des 560 sites web contrôlés), les autorités chargées de la protection des consommateurs ont soupçonné que les offres spéciales n'étaient pas toujours authentiques ou ont estimé que le mode de calcul du prix réduit n'était pas clair.

195 V. Promotions sur Internet : les promesses non tenues des prix barrés, UFC-Que Choisir, 2015.

les écueils qu'une harmonisation européenne veut surmonter. Consciente de ces insuffisances, la Commission européenne a réagi *a posteriori*, une fois le texte adopté, pour tenter d'unifier autant que possible l'interprétation du texte par la publication rapide d'un guide d'orientation¹⁹⁶, très vite suivi de guides explicatifs émanant d'organisations professionnelles nationales à destination de leurs adhérents¹⁹⁷. Si ces guides sont évidemment utiles, ils soulèvent d'autres questionnements et interprétations. Une évolution à terme de ce texte est donc souhaitable.

80. Une articulation complexe entre les textes européens. L'article L. 112-1-1 étant la transposition d'une directive européenne, son interprétation doit se réaliser conformément aux règles d'interprétation développées par la Cour de justice de l'Union européenne, prenant en compte, outre le texte, le contexte et les objectifs poursuivis¹⁹⁸. Or concernant cet article, trois directives sont à prendre en compte : la directive 98/6 sur l'indication des prix dans laquelle a été ajouté l'article 6 bis, la directive 2019/2161 dite « omnibus » qui a modifié la directive 98/6 en ajoutant l'article 6 bis, et la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales en ce qu'elle s'applique aux annonces de réduction de prix qui sont des pratiques commerciales¹⁹⁹ et à laquelle déroge désormais l'article 6 bis de la directive 98/6²⁰⁰. La complexité de l'interprétation de l'article 6 bis, et donc de l'article L. 112-1-1 du code de la consommation, provient, d'abord, de la prise en compte de l'ensemble des objectifs de ces directives : un niveau élevé de protection des consommateurs à combiner avec la réalisation du marché intérieur qui constituent des objectifs communs, mais également la transparence et la comparaison des prix propre à la directive 98/6 et la recherche de sécurité juridique particulièrement forte dans la directive 2005/29. L'interprétation doit, ensuite, intégrer l'articulation de ces trois directives pour déterminer leur champ d'application respectif, sachant que la directive 98/6 est d'harmonisation minimale alors que la directive 2005/29 est d'harmonisation maximale. L'ensemble de ces éléments à prendre en compte lors de l'interprétation du texte complexifie considérablement son interprétation, justifiant ainsi une législation la plus claire et précise possible afin de limiter le recours à l'interprétation.

I.B.2. L'encadrement juridique des annonces de réduction de prix

81. Les annonces de réduction de prix sont désormais régies par l'article L. 112-1-1 I. du code de la consommation, transposant l'article 6 bis de la directive 98/6 introduit par la directive 2019/2161 dite omnibus. Pour que s'applique son régime, il faut d'abord que la pratique puisse être qualifiée d'« annonce de réduction de prix » pour ainsi entrer dans son champ d'application (I.B.2.1). Une fois la pratique ainsi qualifiée, la loi impose l'indication d'un prix antérieur spécifique (I.B.2.2).

196 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs (2021/C 526/02).

197 MEDEF, FAQ concernant les conditions d'application de l'article L. 112-1-1 du code de la consommation, 31 mai 2022 ; Conseil du Commerce de France, Guide Bien communiquer sur les prix, oct. 2022.

198 Selon une jurisprudence constante de la CJUE : « il découle de l'exigence d'une application uniforme du droit de l'Union que, dans la mesure où une disposition de celui-ci ne renvoie pas au droit des États membres en ce qui concerne une notion particulière, cette dernière doit trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte non seulement des termes de la disposition concernée, mais également de son contexte et de l'objectif poursuivi par la réglementation dont cette disposition fait partie ».

199 CJUE, ord., 30 juin 2011, C-288/10, Wamo, pt. 30 ; CJUE 10 juill. 2014, C-421/12, Commission/Belgique ; CJUE, ord., 8 sept. 2015, C-13/15, Cdiscount.

200 L'art. 3.4 de la dir. 2005/29 instaure la règle de la spécialité en cas de conflit de normes européennes : la règle plus spéciale l'emporte. En l'espèce il s'agirait de la directive 98/6, comme l'a déjà relevé la CJUE dans une affaire liée à la publicité intégrant un prix (CJUE 7 juill. 2016, C-476/14, Citroen Commerce). cf N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, préc., n°257.

I.B.2.1. Le champ d'application

I.B.2.1.1. Toute annonce de réduction de prix adressée à tous les consommateurs

82. Toute annonce adressée à tous les consommateurs. Le terme d'« annonce » implique que le professionnel se prévaut d'une réduction de prix qu'il promet dans un but commercial. La généralité employée à travers l'expression « toute annonce » manifeste la volonté d'inclure tout type d'annonce, quel que soit son format, son support, sa durée ou son lieu : une étiquette dans un magasin physique, la page d'un site internet de vente, un catalogue, ou une publicité²⁰¹. La mention de la réduction peut prendre différentes formes (prix barré, pourcentage annoncé, code promotionnel, etc), l'essentiel étant que l'annonce soit destinée à tous les consommateurs et non à certains, excluant de ce fait les réductions de prix dans le cadre de programmes de fidélité ou les bons de réduction remis en raison d'un achat précédent. Si l'annonce de réduction est généralement chiffrée (pourcentage de réduction, prix barré, etc), elle peut également être littéraire dès lors qu'elle manifeste clairement une réduction de prix²⁰².

83. Réduction de prix. L'existence d'une réduction de « prix » fait référence à une somme d'argent due par le consommateur en contrepartie d'un bien²⁰³. De plus, l'existence d'une « réduction » implique que l'offre au prix réduit soit non seulement identique à celle proposée antérieurement, mais également proposée par le même vendeur. Cette interprétation, partagée par la Commission européenne, permet d'exclure du champ de l'article L. 112-1-1 les réductions de prix qui ne sont en réalité que la conséquence indirecte d'une augmentation de la quantité du produit ou l'adjonction d'un autre produit pour un prix identique, telles les ventes avec prime ou les ventes liées qui restent soumises au régime des pratiques commerciales déloyales. Elle exclut également les comparaisons de prix avec les offres de concurrents soumises au régime de la publicité comparative.

84. Imprécisions sur le prix de lancement. Un prix de lancement se caractérise par un prix réduit par rapport au prix qui sera pratiqué ultérieurement par le vendeur, dans le but de faire connaître un nouveau produit. Dans la mesure où la conséquence d'une annonce de réduction de prix conduit à l'obligation d'indiquer le prix le plus bas pratiqué les trente jours précédents, l'application en l'état de l'article L. 112-1-1 est impossible en l'espèce. L'interprétation de la Commission européenne n'est pas claire sur ce point. Elle précise en effet que le « *prix de départ (...) indiquant un prix plus élevé comme le prix à venir* » constitue une annonce de réduction de prix couverte par l'article 6 bis de la directive 98/6, sans en présenter les conséquences concrètes. A l'opposé, les organisations professionnelles comprennent du texte que le prix de lancement est en dehors du champ de l'article L. 112-1-1 en restant sous le régime des pratiques commerciales déloyales²⁰⁴. Cet exemple témoigne des difficultés du texte européen, tel qu'il est actuellement rédigé, à englober toutes les situations commerciales.

201 En effet, à partir du moment où une publicité mentionne une réduction de prix, elle devrait entrer dans le champ d'application de ce texte, d'autant plus que l'article 3.4 de la directive 98/6/CE inclut les publicités dans le champ de la directive. V. ég. CJUE, 7 juill. 2016, C-476/14, Citroen Commerce.

202 Par ex., « achetez aujourd'hui sans payer de TVA », exemple cité par la Commission européenne dans ses orientations, est en réalité une fausse annonce littéraire puisque la réduction est chiffrable à défaut d'être chiffrée. Cependant, l'annonce « Black Friday » ou « Offres promotionnelles », également citée par la Commission européenne, nous semble plus discutable. En effet, si elle manifeste une réduction de prix, celle-ci ne sera effective que si elle s'accompagne d'une mention chiffrée de réduction. C'est donc moins l'expression littéraire qui constitue l'annonce de réduction de prix, à laquelle il paraît difficile d'appliquer l'article 6 bis, que la mention chiffrée de la réduction. V. Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc.

203 V. CJUE, 7 juill. 2016, aff. C-476/14, Citroen Commerce, préc. qui fait référence à une « contrepartie pécuniaire » pour l'application de la dir 98/6.

204 v. FAQ du MEDEF et le Guide du CDCF.

La solution à privilégier sur cette question diverge entre les organisations professionnelles et l'UFC-Que Choisir. Les professionnels, d'une part, considèrent utile commercialement qu'un prix de lancement soit annoncé comme une réduction de prix par rapport au prix à venir ; elle permet de rendre attractif un produit nouveau tout en le testant sur le marché. De ce point de vue, l'encadrement juridique ne doit être présent que pour assurer la loyauté du prix réduit par la réalité du prix de référence et une durée raisonnable de lancement. L'association de consommateurs, d'autre part, ne voit dans l'annonce de réduction de prix dans le cadre d'un prix de lancement, qu'un trouble supplémentaire pour la compréhension des promotions par les consommateurs. Celle-ci considère que les professionnels peuvent appliquer un prix de lancement plus bas que le prix à venir mais sans mentionner qu'il s'agit d'une réduction de prix.

1.B.2.1.2. Interrogations suscitées par l'élargissement de la transposition française

85. Pertinence en question de l'élargissement. La transposition française a intégré l'article 6 bis assez fidèlement à la rédaction de la directive 2019/2161 mais sans prendre en compte le champ d'application limité de la directive 98/6 sur l'indication des prix dans laquelle il s'intègre. En effet, la directive 98/6 « a pour objet de prévoir l'indication du prix de vente et du prix à l'unité de mesure des produits offerts par des professionnels aux consommateurs »²⁰⁵. Le champ matériel de la directive 98/6 est donc doublement limité, d'abord aux seuls contrats de vente excluant de ce fait les services, et aux seules ventes de produits ensuite, qu'il faut comprendre comme des biens mobiliers²⁰⁶ excluant alors les contenus numériques. En intégrant la directive 98/6, l'article 6 bis en épouse le champ d'application et donc ses frontières. C'est ainsi que la Commission européenne l'interprète aujourd'hui dans le cadre de ses orientations²⁰⁷. Or, la transposition française conduit à une application générale à tous les contrats, quels que soient leur qualification et leur contenu, et donc également aux services et aux contrats de fourniture de contenu et de service numériques.

Cet élargissement est-il pertinent ? La question se pose différemment pour les contenus numériques et les services, qu'ils soient ou non numériques. S'agissant des contrats de fourniture de contenu numérique qui n'existaient pas en 1998²⁰⁸, leur intégration dans le champ de la directive 98/6 et particulièrement de l'article 6 bis peut être aujourd'hui justifiée au regard des objectifs d'adaptation au numérique poursuivis par la directive 2019/2161 dite « omnibus ». Des précisions devraient également être apportées sur les biens comportant des éléments numériques ou biens connectés dont la qualification contractuelle n'est pas claire pour le droit européen. Ils sont soumis au régime de la vente pour la conformité par la directive 2019/771 mais à la condition qu'ils correspondent à la définition restrictive qu'elle en donne²⁰⁹, les autres étant soumis au régime des contrats de fourniture de contenu et de service numériques de la directive 2019/770. Dans la mesure où la directive 98/6 est limitée au contrat de vente de produits, l'intégration des biens

205 Dir. 98/6, art. 1.

206 V. Communication de la Commission concernant l'application de la directive 98/6/CE du 21 juin 2006, COM(2006) 325 final, p. 4 et 5. Tous les biens mobiliers sont inclus à l'exception des « produits périssables menacés d'une altération rapide » (art. L. 112-1-1), que l'art. 6 bis de la directive laissait à l'appréciation des Etats. Les orientations de la Commission précisent que le caractère périssable doit s'apprécier objectivement en fonction de la nature du bien et de sa composition (produits alimentaires, fleurs, etc). Etant la reprise des termes de l'exclusion du droit de rétractation pour les contrats à distance et hors établissement mentionnée à l'article 16 d) de la directive 2011/83 sur les droits des consommateurs (c. consom., art. L. 221-28), ces notions doivent s'interpréter de manière identique.

207 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc. : point 1.1 p. 133.

208 La notion de « contenu numérique » est apparue en droit européen par la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs.

209 Dir. 2019/771, art. 2.5 b) : « tout objet mobilier corporel qui intègre un contenu numérique ou un service numérique ou est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait ce bien de remplir ses fonctions ».

comportant des éléments numériques mériterait quelques précisions pour sécuriser juridiquement leur régime quant aux annonces de réduction de prix. Dès lors, l'exclusion du numérique par la Commission européenne paraît un peu rapide. Le choix de la transposition française trouverait alors une certaine pertinence sur ce point. La question est en revanche plus discutable concernant les services, qu'ils soient ou non numériques.

86. Légalité en question de l'élargissement aux services. La conformité au droit européen de l'élargissement de la transposition française à tous les contrats, et particulièrement au contrat d'entreprise, est discutable. Si un Etat membre est généralement libre d'étendre le champ d'application d'une règle européenne, encore faut-il que cet élargissement ne contrevienne pas à une autre règle européenne. Or tel peut être le cas en l'espèce. En effet, l'élargissement du champ d'application de l'article 6 bis de la directive est susceptible de heurter le degré maximal d'harmonisation de la directive 2005/29. Puisque les annonces de réduction de prix de l'article 6 bis dérogent au régime des pratiques commerciales déloyales, toutes les autres annonces qui ne rentrent pas dans ce champ d'application relèvent du régime des pratiques commerciales déloyales. Or, étant d'harmonisation maximale, ce régime empêche qu'un Etat membre protège différemment les consommateurs, ce qui est le cas des consommateurs français soumis aux annonces de réduction de prix dans le cadre de services. Si la transposition française protège donc davantage les consommateurs français par rapport aux autres européens, elle rend plus complexe les promotions pour les entreprises de services ou de contenus et services numériques ayant une activité transfrontière. Au final, un encadrement des annonces de réduction de prix en matière de services paraît tout à fait justifiable, mais encore faudrait-il le discuter en amont de manière à s'assurer que les difficultés rencontrées sont identiques à celles des ventes sans nécessiter d'adaptation particulière. Surtout, cette discussion devrait se porter au niveau européen afin d'assurer une harmonisation dans tous les Etats membres.

I.B.2.2. L'indication du prix antérieur

I.B.2.2.1. L'exclusivité du prix antérieur comme prix de référence

87. Prix antérieur pratiqué, une information précontractuelle. Dès lors que l'annonce correspond à une réduction de prix au sens de l'article L. 112-1-1 I, le professionnel a l'obligation d' « *indiquer le prix antérieur pratiqué avant l'application de la réduction* » correspondant « *au prix le plus bas pratiqué par le professionnel à l'égard de tous les consommateurs au cours des trente derniers jours précédant l'application de la réduction de prix* ». L'emploi du verbe « indiquer » signifie que l'obligation imposée au professionnel constitue une nouvelle information précontractuelle dans le cadre particulier des annonces de réduction de prix, qui prend généralement la forme d'un prix barré. Un seul prix peut constituer ce prix antérieur, celui pratiqué par le professionnel lors des trente derniers jours²¹⁰. La seule exception concerne les hypothèses de réduction continue et dégressive au-delà de 30 jours ; le prix antérieur à indiquer reste alors toujours le prix le plus bas des trente derniers jours précédant le début de la période de réduction²¹¹. Cette obligation a pour objectif d'éviter que les prix soient augmentés dans les jours ou semaines qui précèdent la réduction de prix dans le but d'afficher une forte réduction attractive mais fictive. Cependant, le fait que seul ce prix puisse constituer un prix de référence soulève des difficultés, partiellement résolues par le recours à la notion de comparaison de prix²¹².

210 La référence à 30 jours était déjà connue et avait déjà fait l'objet de période de référence, qu'il s'agisse de l'ancien arrêté du 31 déc. 2008 sur les annonces de réduction de prix ou encore des crédits promotionnels (c. consom., art. L. 312-42).

211 Cette période de réduction dégressive au-delà de 30 jours doit être continue, ce qui apparaît moins clairement dans le vocabulaire choisi dans la transposition qui évoque des ventes « successives ».

212 V. *infra*.

88. Prix antérieur pratiqué, un prix de référence. L'obligation d' « indiquer » le prix antérieur inclut celle d'en faire également le seul prix de référence possible, c'est-à-dire le prix à partir duquel la réduction est calculée ainsi que le prix auquel s'applique la réduction. Dès lors qu'un prix de référence est à appliquer, telle la mention d'un pourcentage de réduction, seul le prix antérieur peut constituer cette référence²¹³. Si les orientations de la Commission européenne évoque la possibilité d'indiquer d'autres prix²¹⁴, cela ne peut être qu'en supplément du prix antérieur, ce que la Commission précise expressément²¹⁵. Dans le cadre d'une annonce de réduction de prix, se contenter d'indiquer le prix antérieur en faisant d'un autre prix le prix de référence violerait l'article L. 112-1-1 I, induirait en erreur le consommateur moyen, et contreviendrait à l'exigence de lisibilité du prix exprimée par la directive 98/6²¹⁶.

1.B.2.2. Une exclusivité critiquable

89. Besoin commercial d'autres prix de référence. L'article 6 bis de la directive 98/6 a fait passer le régime des annonces de réduction d'un extrême à l'autre, de la liberté quasi-totale du régime des pratiques commerciales déloyales à l'exclusivité d'un seul prix de référence. Or, la dynamique de l'activité commerciale a besoin d'utiliser d'autres prix de référence, tout aussi pertinents, que le seul prix le plus bas pratiqué les 30 derniers jours. Ce besoin avait été intégré par l'arrêté du 31 décembre 2008 qui admettait, sans hiérarchie²¹⁷, quatre prix de référence possibles²¹⁸, dont le « prix conseillé fabricant » particulièrement utile pour certains commerces. Les annonceurs disposaient alors d'une marge de manœuvre dans le choix du prix de référence, permettant une adaptation selon les situations commerciales, tout en restant dans un cadre empêchant le recours à n'importe quel type de prix de référence.

Le besoin d'autres prix de référence est particulièrement pertinent pour les commerces exclusivement de déstockage. Ne distribuant pas le produit antérieurement, ils ne peuvent prendre pour référence le prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours. De ce fait, ces commerces sont nécessairement exclus du champ d'application de l'article L. 112-1-1 I pour rester sous le régime général des pratiques commerciales déloyales. Or, ce que ces commerces annoncent est objectivement une réduction de prix, mais sans pouvoir entrer sous le régime de l'article L. 112-1-1 I. Cette exclusion, inévitable en l'état du texte, qui conduit à plusieurs régimes selon les types de

213 Ainsi, l'annonce « -20% » ne peut s'appliquer qu'au prix de référence. Pour les hypothèses ne correspondant pas à des « annonces de réduction de prix », mais des comparaisons de prix, v. *infra*.

214 Comme le prix fournisseur, ou le prix habituel pratiqué par le vendeur.

215 L'exemple est mentionné d'un bien vendu à 80€ avec une réduction annoncée de 20% : le prix antérieur le plus bas des 30 derniers jours doit donc être 100€, mais le professionnel peut mentionner également un prix plus élevé correspondant à son prix habituel dans la période (p 135).

216 La dir. 98/6 exige une « *information précise, limpide et sans ambiguïté* » (considér. 6), « *non équivoque, facilement identifiable et aisément lisible* » (art. 4.1). Cette exigence recouvre l'obligation générale de transparence de l'information qui existe de manière transversale en droit européen des contrats qu'il s'agisse de l'information précontractuelle (dir. 2011/83/UE) ou contractuelle (dir. 93/13/CEE). Cette transparence permet au consommateur d'« évaluer et (de) comparer le prix des produits » pour « *opérer des choix éclairés sur la base de comparaisons simples* » (considér. 6 ; art. 1).

217 Cf Circulaire du 7 juillet 2009 « concernant les conditions d'application de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur », p. 6.

218 Prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité ; prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit ; prix maximum résultant d'une disposition de la réglementation économique ; dernier prix conseillé par le fabricant ou l'importateur (sous conditions restrictives). Cf Circulaire du 7 juillet 2009 « concernant les conditions d'application de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur », p. 6 et s.

commerce, est source de confusion pour le consommateur, tout étant inégalitaire pour les professionnels qui ne sont pas tous soumis aux mêmes règles. Le régime des annonces de réduction de prix doit tendre à la possibilité de soumettre à un régime unique toutes pratiques qui annoncent une réduction de prix. Or tel n'est pas le cas du régime actuel de l'article L. 122-1-1 I.

90. Difficultés pour certaines pratiques commerciales. L'exclusivité du prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours comme prix de référence engendre des difficultés pour certaines pratiques commerciales légitimes, susceptibles d'entraver la gestion des offres promotionnelles. Plusieurs exemples en témoignent.

Ainsi, l'hypothèse de biens anciennement proposés par le professionnel et ayant fait l'objet d'une interruption, par exemple en raison de son caractère saisonnier, s'adapte difficilement à la règle unique imposée du prix le plus bas des trente derniers jours. La Commission considère que si ces biens font l'objet d'une annonce de réduction de prix, ils restent couverts par l'article 6 bis sans que l'on sache clairement comment adapter la règle avec une sécurité juridique suffisante²¹⁹.

D'autres difficultés concernent, également, les offres promotionnelles au sein de réseaux de distribution. La prise en compte du seul prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours empêche la tête de réseau de pouvoir annoncer un prix réduit unique dans l'ensemble du réseau, dans l'hypothèse où chaque distributeur du réseau aura pratiqué un prix bas différent au cours des trente derniers jours. En effet, comme le précisent les orientations de la Commission européenne dans cette hypothèse, « *le professionnel doit indiquer, comme prix antérieur pour les biens concernés dans chaque canal/point de vente, le prix le plus bas qu'il a respectivement appliqué dans ce canal/point de vente pendant au moins les trente derniers jours* »²²⁰. L'absence de discussion avec les parties prenantes en amont de l'article 6 bis de la directive 98/6 a directement conduit à cette difficulté qui entrave la communication commerciale des réseaux de distribution. C'est là encore une difficulté qu'avait anticipée l'arrêté de 2008 par le recours à d'autres prix de référence, conduisant la circulaire de 2009 à prévoir expressément dans ce cas le recours au « *prix conseillé par le fabricant ou l'importateur* »²²¹.

Face à ces difficultés, une fois la directive votée, des solutions de secours ont été proposées, au titre principal desquelles réside la notion de « comparaison de prix ».

I.B.3. La comparaison de prix

91. L'article L. 112-1-1 II du code de la consommation précise expressément que le régime des annonces de réduction de prix « *ne s'applique pas aux opérations par lesquelles un professionnel compare les prix qu'il affiche avec ceux d'autres professionnels* ». Cette référence à la comparaison de prix est absente de l'article 6 bis de la directive 98/6 et de la directive 2019/2161 dite « omnibus » de manière générale. Elle est apparue dans un second temps, une fois réalisées les difficultés d'application du texte. Soumis au régime des pratiques commerciales déloyales (I.B.3.2), le recours à cette notion s'est avéré une échappatoire nécessaire pour les professionnels (I.B.3.1). Cependant, les insuffisances et incertitudes de la notion la rendent imparfaite et source d'insécurité juridique préjudiciable aux professionnels comme aux consommateurs (I.B.3.3), justifiant des propositions d'évolution (I.B.3.4).

219 Dans ses orientations, la Commission semble considérer qu'il revient alors au professionnel de choisir la période de référence antérieure qui doit avoir duré au moins 30 j (avant l'interruption), et dans cette période prendre le prix le plus bas (p 139), en informant le consommateur des dates de la période prise en compte.

220 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc., p 135.

221 Circulaire 7 juillet 1989.

I.B.3.1. Un recours nécessaire pour les professionnels

92. La comparaison de prix, solution aux contraintes de l'article 6 bis. Autoriser les professionnels à afficher un prix réduit par rapport à un autre prix auquel il se compare, constitue un recours à l'exclusivité du prix le plus bas des trente derniers jours comme prix de référence. Dans la mesure où l'essentiel des insuffisances de l'article 6 bis de la directive 98/6 provient de cette exclusivité, ouvrir une voie permettant le recours à d'autres prix de référence résout les difficultés.

L'ouverture de cette voie est le fruit des discussions auprès de la Commission européenne à l'issue de l'adoption de la directive 2019/2161 dite « omnibus » afin de faciliter l'interprétation de l'article 6 bis et sa transposition dans les États membres. Les orientations de la Commission font référence à plusieurs reprises à cette possibilité ouverte aux professionnels²²², et affirment que de telles comparaisons ne sont pas des annonces de réduction de prix si elles se limitent à comparer deux prix. Ainsi, sortant du champ d'application des annonces de réduction de prix et de l'article 6 bis, le professionnel n'est plus obligé d'indiquer le prix le plus bas qu'il a pratiqué les trente derniers jours.

93. Une pratique limitée à la seule comparaison. Pour sortir du champ d'application de l'article 6 bis, il faut que la pratique commerciale se limite à comparer deux prix, le prix du produit vendu avec un autre prix. Cet autre prix pourra ainsi désigner un prix pratiqué par un tiers, tel le prix conseiller fournisseur, ou le prix du produit neuf pour les produits d'occasion ou reconditionnés. Du fait de l'existence du régime particulier de l'annonce de réduction de prix, la comparaison ne doit pas « créer l'impression d'une réduction de prix »²²³ : le professionnel doit donc être extrêmement vigilant dans la présentation des prix et les signes utilisés, ce qui peut s'avérer complexe²²⁴. La Commission européenne dans ses orientations admet la possibilité pour les professionnels d'utiliser un prix barré dès lors que l'explication du prix barré est claire et intelligible pour un consommateur moyen, de manière à ce qu'il ne confonde pas avec « une réduction de prix auparavant pratiquée par le professionnel »²²⁵.

La Commission admet également que le professionnel peut « combiner » une annonce de réduction de prix avec une comparaison. Dans une telle hypothèse, dès lors qu'il y a annonce de réduction de prix, le prix de référence doit être le prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours, mais le professionnel peut mentionner en plus, à titre d'information, un autre prix auquel est alors comparé le prix réduit, comme par exemple le prix conseiller fournisseur. La Commission alerte alors sur « la plus grande attention » que le professionnel doit accorder à la présentation de manière à ne pas donner la fausse impression au consommateur que le prix comparé est le prix de référence de la réduction²²⁶. L'attention doit être d'autant plus grande que le prix doit rester lisible pour le consommateur : accumuler des indications de prix différents est susceptible d'entraver cette lisibilité, quand bien même les informations seraient justes.

222 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc., p. 132 (« l'article 6 bis ne s'applique pas aux allégations marketing générales qui promeuvent l'offre du vendeur en la comparant aux offres des autres vendeurs (...) »), p. 138 (« il convient de noter que, outre les réductions de prix, un vendeur peut utiliser d'autres types de pratiques pour promouvoir des avantages de prix, tels que : la comparaison avec d'autres prix, par exemple, les prix d'autres professionnels ou le prix de détail recommandé par le fabricant (...) »).

223 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc., p. 132 et p. 138.

224 Par ex., comment s'assurer avec certitude qu'une mention de type « -20% » à côté de la comparaison ne soit pas interprété comme une réduction de prix ?

225 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, (2021/C 526/01), p. 41.

226 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc., p. 138.

I.B.3.2. Une notion soumise au régime des pratiques commerciales déloyales

94. Un régime de liberté. En tant que pratique commerciale, la comparaison de prix, une fois exclue du champ spécial des annonces de réduction de prix, ne peut qu'être soumise au régime général des pratiques commerciales déloyales²²⁷, comme l'affirme à raison la Commission européenne²²⁸. Cette soumission conduit à l'absence de notion juridique autonome de comparaison de prix : la comparaison de prix n'est qu'un type de pratique commerciale, qui, elle, est une notion juridique dotée d'un régime particulier. Ce régime est celui de la liberté en ce que toutes les pratiques commerciales qui ne sont pas considérées comme déloyales en toutes circonstances par l'annexe 1 de la directive 2005/29 sont loyales par principe. Dans le cadre de ce seul régime, les professionnels sont libres de choisir les prix auxquels ils comparent le prix de vente du produit, et c'est bien là l'intérêt pour eux du recours à cette notion.

Pour les interdire, il faut établir au cas par cas la déloyauté de la pratique par application des articles 6 à 9 de la directive 2005/29, c'est-à-dire l'existence d'une déloyauté au titre soit de l'article général L. 121-1, soit d'une pratique trompeuse par action ou par omission²²⁹, soit d'une pratique agressive peu adaptée ici²³⁰. Ce régime n'impose aujourd'hui aucune obligation positive aux professionnels de manière systématique, qu'il s'agisse d'une mention particulière sur le prix de référence choisi ou d'une présentation du prix. Aucune législation nationale ne pourrait d'ailleurs imposer de telles obligations, ou plus précisément aucune législation ne pourrait sanctionner automatiquement la violation d'une obligation positive imposée par un Etat²³¹. Les obligations imposées par le régime des pratiques commerciales déloyales sont négatives : les professionnels ne doivent pas divulguer de fausses informations ou d'informations susceptibles d'induire en erreur un consommateur moyen en ce qui concerne « l'existence d'un avantage spécifique quant au prix » pour la directive²³², ou « le caractère promotionnel du prix, notamment (...) les comparaisons de prix » pour la transposition française²³³. La seule obligation positive indirecte relève des pratiques trompeuses par omission qui se caractérisent par l'omission ou la dissimulation d'une « information substantielle » ou la fourniture d'une telle information « de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps »²³⁴. Dès lors, indirectement, cette disposition impose positivement la transmission des informations substantielles, qui sont des informations « clefs » pour que le consommateur moyen soit en mesure de prendre une décision commerciale selon la Cour de justice²³⁵. Mais quelles seraient les informations de nature « substantielle » concernant la comparaison de prix ? La Commission européenne apporte quelques éléments sur ce point.

95. Orientations de la Commission européenne : un formalisme minimal. La Commission européenne apporte quelques indications à travers deux guides d'orientation, celui relatif à l'interpré-

227 Le régime de la publicité comparative ne semble pas pouvoir s'appliquer à ces hypothèses lorsque les concurrents ne sont pas identifiés ou identifiables. Tant que la comparaison de prix n'a pas pour but de comparer le prix à un concurrent identifié, ce régime spécifique n'a pas à s'appliquer.

228 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc., p. 138 ; Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p. 16.

229 C. consom., art. L. 121-2 et L. 121-3.

230 C. consom., art. L. 121-6.

231 L'interprétation stricte de la CJUE quant au degré maximal d'harmonisation de la directive sur les pratiques commerciales déloyales empêche les États de sanctionner automatiquement le non-respect de règles positives qu'ils imposeraient, revenant à limiter l'intérêt de telles règles. cf N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, préc., n°271.

232 Dir. 2005/29 ; art. 6.1.

233 C. consom., art. L. 121-2.

234 Dir. 2005/29, art. 7 ; C. consom., art. L. 121-3.

235 CJUE, 7 sept. 2016, aff. C-310/15, Deroo-Blanquart, pt 40.

tation de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales²³⁶ et celui relatif à l'article 6 bis de la directive 98/6²³⁷. Il faut cependant rappeler que ces guides n'ont qu'une valeur relative dans la mesure où seuls les tribunaux et particulièrement la Cour de justice de l'Union européenne sont compétents pour interpréter le droit européen dérivé. Dans son interprétation, la Commission européenne semble imposer une obligation formelle aux professionnels en imposant d'une part une mention sur l'origine du prix de comparaison et, d'autre part, un formalisme permettant qu'elle soit « *facilement et immédiatement visible* » à côté du prix de référence²³⁸. Ainsi, la Commission précise que les professionnels doivent « *expliquer toute utilisation de « prix de vente conseillés » dans les comparaisons de prix* »²³⁹. Le Guide édité par le MEDEF va également en ce sens²⁴⁰.

96. Les apports jurisprudentiels. La jurisprudence française a été amenée à se prononcer dans plusieurs hypothèses de prix réduits trompeurs, mais dans le cadre légal précédent des annonces de réduction de prix soumises aux pratiques commerciales déloyales. Dans ce cadre, la Cour de cassation a admis à plusieurs reprises qu'un prix de référence qui n'a jamais été pratiqué par le professionnel rend fictif l'avantage promotionnel et donc la pratique trompeuse²⁴¹. Cette exigence devrait perdurer pour attester que le prix de comparaison constitue un prix réel auquel le consommateur peut se référer pour apprécier le prix réduit proposé. La chambre criminelle de la Cour de cassation²⁴² est allée un peu plus loin concernant la référence à un prix conseillé fournisseur en approuvant une cour d'appel d'exiger que le prix de référence soit, au-delà d'un prix « *effectivement pratiqué* », un prix également « *représentatif* », c'est-à-dire « *régulièrement pratiqué* », qu'il faut comprendre comme un prix « *régulier ou majoritairement appliqué* » sur une période donnée. Peut-être anticipant déjà le régime de la comparaison de prix à venir, la chambre criminelle a approuvé la Cour d'appel d'avoir conclu que, par l'usage de ces prix fictifs et non représentatifs, la prévenue avait ainsi fait « *usage d'allégations fausses ou présentées de façon trompeuse, engendrant une comparaison de prix artificielle pour le consommateur* »²⁴³.

Cette liberté peu encadrée par des obligations positives claires ouvre un champ extrêmement large à l'interprétation, source d'insécurité juridique.

236 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc.

237 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, préc.

238 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc., p. 41.

239 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, préc.p. 41.

240 MEDEF, FAQ préc., p 7 : « *la loyauté repose sur une information claire du consommateur quant aux prix comparés. Pour ce faire, le professionnel précise de manière lisible et compréhensible la nature du prix de référence choisi ; Cette mention doit figurer à proximité du prix servant de référence et sous une taille de caractères suffisante* ».

241 Com, 20 fév. 2019, n°17-13215 ; Crim., 25 juin 2019, n°18-84143. Les orientations de la Commission relate une affaire finlandaise ayant considéré un prix conseiller fournisseur comme trompeur du fait que ce prix n'était effectivement appliqué ni par le fabricant ni par d'autres détaillants. Communication de la Commission, Orientations de la directive 2005/29/CE, préc., p. 129.

242 Crim., 22 fév. 2022, n°21-81.179.

243 Dans cette affaire, sur une base de 333 produits examinés, 19,52% n'ont jamais été proposés à la vente au prix de référence conseillé ; 49,25% n'ont été proposés à la vente au prix de référence conseillé qu'entre 10% et 30% des jours où ils ont été proposés à la vente ; et 14,11% n'ont été proposés à la vente au prix de référence conseillé qu'entre 31 et 50% des jours où ils ont été proposés à la vente. La Cour en conclut que dans ces deux derniers cas représentant 63,36% des produits, « *le prix annoncé comme réduit était le prix majoritairement pratiqué* ». Il faut également noter que cet arrêt semble considérer que le caractère représentatif du prix de référence doit s'apprécier « *tous canaux de vente confondus* » (pt 15), la société prévenue vendant ces produits en ligne et en direct.

I.B.3.3. Un régime imparfait source d'insécurité juridique

97. Insécurité juridique pour les professionnels. Les professionnels se trouvent face à une alternative : soit annoncer une réduction de prix et alors être obligé de prendre pour prix de référence le prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours, soit ne mettre aucun signe susceptible d'être interprété comme une annonce de réduction de prix afin de pouvoir utiliser un autre prix comme prix de référence pour le comparer au prix de vente et ainsi rester soumis au régime libéral des pratiques commerciales déloyales. Les professionnels doivent donc être extrêmement vigilants pour que la comparaison de prix n'apparaisse pas comme une annonce de réduction de prix à l'égard du consommateur moyen, sous peine d'être sanctionnés sur le double fondement des pratiques commerciales déloyales et des annonces de réduction de prix²⁴⁴. Au regard de la sévérité des sanctions pénales des pratiques trompeuses, l'enjeu pour les professionnels est important. Or, il est indéniable que dans l'esprit des professionnels, lorsqu'est utilisée la comparaison de prix, l'objectif est de faire apparaître le prix du produit comme un prix moins cher que le prix auquel il est comparé pour inciter à l'achat. La frontière entre l'annonce de réduction de prix et la comparaison de prix est donc ténue. Si l'on ajoute la difficulté pour les professionnels d'appréhender la compréhension d'un consommateur moyen face à l'ensemble de ces prix comparés, cette législation place les professionnels dans une situation délicate, source d'insécurité juridique.

De plus, l'absence d'obligations positives légales mais existantes de manière indirecte dans la jurisprudence et les recommandations de la Commission européenne rend incertaines les pratiques des professionnels en ce domaine. Ainsi, l'exigence par la Cour de cassation, sur le fondement des pratiques commerciales déloyales antérieurement à l'article L. 112-1-1, d'un prix pratiqué de manière effective par le professionnel rend incertaines les conséquences d'une transposition de ces critères en matière de comparaison de prix. Ainsi, comment interpréter à l'aune de cette jurisprudence, la pratique du prix moyen constaté chez les concurrents ou le prix moyen constaté sur la place de marché en ligne sur laquelle le produit est vendu ? Ces comparaisons, extrêmement fréquentes sur les sites de e-commerce, bien que correspondant à une réalité économique, pourraient être interprétées comme des prix qui ne sont pas « effectivement » pratiqués puisqu'ils correspondent à une moyenne.

Ces incertitudes, source d'insécurité juridique, sont susceptibles d'entraîner des conséquences diverses voire contradictoires pour les professionnels : recourir à la comparaison de prix en prenant le risque d'un contentieux, ou, à l'inverse, ne pas y recourir malgré la possibilité ouverte par la loi, par crainte d'un contentieux économiquement difficile à surmonter selon les structures.

98. Risque de complexité et de confusion pour les consommateurs. Alors que le régime des annonces de réduction de prix est très strict en n'autorisant qu'un seul prix de référence, l'ouverture à la comparaison de prix déploie une palette multiple de prix de référence possibles, susceptibles de déconcertés les consommateurs. Le régime des pratiques commerciales déloyales régissant la comparaison de prix est un régime de liberté, identique à celui qui présidait antérieurement à l'article 6 bis. Afin de bénéficier de cette liberté, certains professionnels pourraient alors être tentés de recourir davantage à la comparaison de prix plutôt qu'aux annonces de réduction de prix²⁴⁵, réduisant finalement l'intérêt de l'article 6 bis, tout en contribuant à la multiplication des prix de référence, source de complexité, voire de confusion pour le consommateur moyen.

244 Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE, p. 138.

245 Pour une première analyse en ce sens réalisée par l'UFC-Que choisir : UFC-Que Choisir, Prix de référence trompeurs. Des fausses bonnes affaires à tout prix, mai 2023. D'après cette étude réalisée auprès de 8 sites majeurs de e-commerce, les prix de comparaison représenteraient 96,6% des prix présentés comme étant inférieurs au prix de comparaison. Seul le faible pourcentage restant constitue des annonces de réduction de prix utilisant le prix le plus bas des trente derniers jours.

Le fait que la législation des pratiques commerciales déloyales empêche un encadrement des prix de référence par des obligations positives ou des interdictions, autorise des prix de comparaison susceptibles d'être peu compréhensibles par le consommateur moyen, brouillant alors la lisibilité du prix qui est une obligation. La très grande variété des prix de comparaison utilisés, et parfois leur très grande subtilité²⁴⁶, peut perdre les consommateurs, mêmes informés. L'absence de règles positives quant aux précisions, de forme et de fond, à apporter, conduit à des différences importantes d'un professionnel à l'autre, avec pour seul encadrement, un contrôle a posteriori de la loyauté. Ces variations dans les prix de référence utilisés et dans les formulations employées sont autant de manque de transparence pour les consommateurs que de source de déloyauté entre concurrents.

99. Une notion transitoire. Si le recours à la notion de comparaison de prix est aujourd'hui nécessaire afin de rendre l'article 6 bis immédiatement opérationnel pour les professionnels, la règle qu'il contient ne peut être que transitoire, en attendant une amélioration de l'article 6 bis.

Afin de procéder à cette amélioration, un bilan global doit, en premier lieu, être réalisé de l'application de l'article 6 bis et de la comparaison de prix dans les différents Etats membres, afin de mesurer la réalité du recours par les professionnels aux annonces de réduction de prix et aux comparaisons de prix, ainsi que les types de prix de référence et les différentes formulations utilisées par les professionnels pour la comparaison de prix.

Une consultation de toutes les parties prenantes est indispensable, en deuxième lieu, pour mesurer les besoins et les contraintes des professionnels, l'intérêt du recours à certains types de prix de référence, tout en s'assurant d'un degré élevé de protection des consommateurs. Les pistes d'améliorations envisagées devront être soumises à leur expertise.

I.B.3.4. Les pistes d'amélioration

100. Les objectifs poursuivis. La protection des consommateurs n'est pas à opposer au développement économique des entreprises. L'objectif de toute législation en ce domaine est de préserver les intérêts économiques des consommateurs sans entraver le développement économique des entreprises dans un environnement concurrentiel loyal et sécurisé. Or l'application stricte de l'article 6 bis, obligeant les entreprises annonçant une réduction de prix à n'utiliser que le prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours comme prix unique de référence, constitue une telle entrave. Par ailleurs, la comparaison de prix, sans aucun autre contrôle que le régime général des pratiques commerciales déloyales, n'est pas non plus une solution répondant aux objectifs de protection des consommateurs.

De plus, si la recherche de sécurité juridique est nécessaire, elle ne doit pas non plus aboutir à des règles trop figées dans un monde aussi évolutif que le nôtre, et particulièrement pour des règles européennes difficiles à modifier. La règle doit pouvoir disposer d'une certaine dose de souplesse pour s'adapter aux évolutions économiques et aux nouvelles formes de consommation, sans avoir besoin de modifications du texte européen, toujours long et complexe.

En l'état du texte, trois possibilités d'amélioration s'avèrent envisageables, chacune dotées d'avantages et d'inconvénients, qui sont à trancher selon la priorisation plus politique des objectifs recherchés.

246 V. l'étude réalisée par l'UFC-Que Choisir précitée qui a répertorié la diversité des allégations utilisées pour désigner le prix de comparaison.

101. 1^{ère} possibilité : laisser perdurer la distinction entre annonce de réduction de prix et comparaison de prix en sécurisant cette dernière. Une première piste d'amélioration du texte consisterait à, d'une part, conserver le prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours comme prix de référence pour les annonces de réduction de prix, tout en autorisant expressément la comparaison de prix dans l'article 6 bis pour toutes les autres situations. L'intérêt serait alors que la loi précise expressément les critères qu'un tel prix doit respecter pour être loyal. Ces critères pourraient utilement s'inspirer de ceux dégagés par la Cour de cassation : la réalité du prix comparé, son effectivité et sa représentativité.

Les avantages d'une telle modification seraient au moins doubles. D'abord, elle sécuriserait la comparaison de prix par des critères légaux limitant ainsi les risques de dérives par certains professionnels. Des orientations interprétatives proposeraient des applications concrètes de ces critères. L'usage de critères généraux, ensuite, a l'avantage de la souplesse pour s'appliquer à tout type de prix de référence.

Mais une telle modification ne serait pas sans inconvénient, et notamment de laisser perdurer une insécurité juridique importante quant à la délimitation du champ d'application entre annonce de réduction de prix et comparaison de prix. Or, comme il a pu être précédemment démontré, la frontière entre ces deux champs est tenue alors que les obligations des professionnels sont très différentes, leur faisant encourir le risque de lourdes sanctions. De plus, la souplesse des critères de loyauté peut être appréhendée à l'inverse comme source d'insécurité juridique du fait des différences possibles d'interprétation.

102. 2^{ème} possibilité : refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime essentiellement composé de critères généraux. Une deuxième piste d'amélioration de l'article 6 bis consisterait à intégrer le régime de la comparaison de prix dans celui des annonces de réduction de prix, impliquant une réécriture de l'article. Toute annonce de réduction de prix devrait alors indiquer un prix de référence qui ne se limiterait plus à un type particulier mais serait uniquement caractérisé par des critères à respecter expressément prévus par la loi afin d'assurer sa loyauté. Ces critères pourraient utilement s'inspirer, comme dans l'hypothèse précédente, de ceux dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation sur le fondement des pratiques commerciales déloyales : la réalité, l'effectivité et la représentativité du prix de référence. Aucun prix de référence particulier ne serait alors imposé, le prix de plus bas pratiqué les trente derniers jours ne serait qu'une possibilité parmi d'autres, comme le prix conseiller fournisseur ou tout autre prix remplissant les critères légaux.

L'avantage essentiel de cette deuxième proposition par rapport à la précédente est de soumettre tous les types de commerce et de pratiques de réduction de prix au même régime, et donc d'éviter des distinctions subtiles de champ d'application, sources d'insécurité juridique. Comme la proposition précédente, les critères légaux de loyauté sécurisent davantage la notion de prix de référence par rapport à la simple application du régime des pratiques commerciales déloyales. Enfin, les critères apportent de la souplesse d'application dans le temps.

L'inconvénient essentiel d'un tel régime, identique à la proposition précédente, réside dans la contrepartie de la souplesse : dotée d'avantages d'adaptabilité d'un côté, la souplesse peut, de l'autre, être source d'une certaine insécurité juridique générée par une très grande variété de types de prix de référence, des différences potentielles d'interprétation, et une incertitude inhérente à toute adaptabilité.

103. 3^{ème} possibilité : refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime fixant une liste de prix de référence limitativement énumérés par la loi. Comme la 2^{ème} option, celle-ci propose une unification du régime des annonces de réduction de prix en intégrant la comparaison de prix. Le prix de référence devrait toujours être indiqué mais au lieu de laisser libre sa détermination, sous réserve du respect de critères légaux, la loi fixerait une liste limi-

tative de prix de référence autorisés. Le prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours ne serait plus que l'un des types de prix énumérés. La liste devra répondre tant aux besoins des professionnels qu'à un niveau élevé de protection des consommateurs en assurant la loyauté de la réduction annoncée. Si une telle voie était privilégiée, cette liste devrait impérativement être discutée en amont avec toutes les parties prenantes pour ne pas reproduire les écueils du système actuel. Cette option pourrait aller jusqu'à uniformiser par la loi les termes et formules utilisés par les professionnels pour désigner les prix de référence, afin d'une plus grande transparence et d'une facilitation de la comparaison des prix pour les consommateurs.

Une telle proposition conserve l'avantage précédent d'un régime unifié, et se distingue par la plus grande sécurité juridique attachée à une liste de prix de référence déterminée par la loi : les professionnels disposent alors de règles claires à respecter, limitant les divergences d'interprétation, et les consommateurs ne sont confrontés qu'à un nombre limité de prix de référence dont la loyauté est assurée par la loi. Une telle proposition ressemblerait au mécanisme de l'arrêté du 31 décembre 2008, mais adapté aux réalités économiques d'aujourd'hui par la réévaluation des prix de référence énumérés.

Cependant, il est évident qu'une telle proposition ne permet aucune souplesse dans l'adaptabilité des prix de référence. La fixation d'une liste limitative, dont il faudrait établir le degré d'harmonisation au niveau européen, figerait l'encadrement juridique de pratiques souvent évolutives. Toute modification et adaptation serait longue et difficile, d'autant plus au niveau européen.

Quelle que soit la voie choisie, il est essentiel que celle-ci soit décidée au niveau européen d'une part, et, après une concertation avec toutes les parties prenantes d'autre part.

I.B.4. Les sanctions

104. Sanctions administratives et pénales. Les sanctions explicitement prévues par le législateur français pour la violation de l'article L. 112-1-1 du code de la consommation sont des sanctions répressives, administratives et pénales. Les sanctions administratives, d'abord, sont celles de l'article L. 131-1 du code de la consommation relatif à la violation de l'article L. 111-1 dont le 2°, relatif au prix, renvoie aux articles L. 112-1 à L. 112-4-1 incluant l'article L. 112-1-1. Dès lors, la violation des règles relatives aux annonces de réduction de prix, et sans doute de la comparaison de prix²⁴⁷, autorise les agents de la DGCCRF à prononcer, en cas de manquement, une amende « dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ». Les sanctions pénales, ensuite, sont celles des pratiques commerciales déloyales, par l'ajout à l'article L. 121-2 du code de la consommation relatif aux pratiques commerciales trompeuses par action portant sur « le caractère promotionnel du prix », d'une précision incluant explicitement « les réductions de prix au sens du I de l'article L. 112-1-1 » et « les comparaisons de prix »²⁴⁸.

247 L'exclusion des comparaisons de prix des annonces de réduction de prix telle que mentionnée à l'article L. 112-1-1. Il laisse un doute quant à l'inclusion de la pratique des comparaisons de prix dans le giron des informations au titre du prix de l'article L. 111-1. Du fait que le régime de cette pratique est soumis à celui des pratiques commerciales déloyales non sanctionné par une amende administrative en cas de manquement (sauf en cas de non-respect des injonctions de mise en conformité à la suite d'un contrôle), la possibilité pour la DGCCRF de prononcer une amende administrative au titre de l'article L. 131-1 reste incertaine.

248 Art. L. 121-2 : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : (...) 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : (...) C) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix, notamment les réductions de prix au sens du I de l'article L. 112-1-1, les comparaisons de prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ; (...) ».

105. Risque de non-conformité de l'article L. 121-2 concernant les annonces de réduction de prix. L'ajout des annonces de réduction de prix de l'article L. 112-1-1 I dans l'article L. 121-2 conduit à leur appliquer le régime des pratiques commerciales trompeuses. Or cette application peut s'avérer non conforme au droit européen pour deux raisons. Tout d'abord, les annonces de réduction de prix ont désormais un régime juridique propre et autonome issu de l'article 6 bis de la directive 98/6 qui déroge au régime général des pratiques commerciales déloyales issu de la directive 2005/29/CE. Il s'agit de deux directives différentes dont la plus spéciale l'emporte en cas de conflit : il n'est donc pas possible d'appliquer, en même temps, ces deux directives qui portent sur le même objet. De plus, faire revenir les annonces de réduction de prix dans le giron des pratiques trompeuses revient à appliquer le droit antérieur à l'article 6 bis, comme si celui-ci n'existait pas.

Insérer les annonces de réduction de prix dans l'article L. 121-2, revient, ensuite, à leur appliquer le régime particulier des pratiques trompeuses par action. Or, contrairement aux pratiques interdites en toutes circonstances de l'article L. 121-4, ce régime conduit à une appréciation au cas par cas du caractère trompeur par l'application de deux conditions cumulatives. La première condition est de prouver le caractère faux, mensonger ou de nature à induire en erreur de l'annonce de réduction de prix, et la deuxième d'établir que cette pratique a eu pour effet d'amener le consommateur moyen « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement », condition exigée par l'article 6.1 de la directive 2005/29/CE mais non transposée à tort par le législateur français²⁴⁹. Sanctionner pénalement la violation des annonces de réduction de prix par l'application de l'article L. 121-2 signifie donc qu'il faut prouver que la non-application du prix le plus bas pratiqué les trente derniers jours comme prix de référence est mensonger ou de nature à induire en erreur le consommateur, et qu'elle l'a amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Or, ces éléments n'ont pas à être prouvés : le non-respect de l'article L. 112-1-1 I, et à travers lui l'article 6 bis de la directive 98/6, doit suffire à emporter une sanction « effective, proportionnée et dissuasive »²⁵⁰, sous peine de violer tant la directive 98/6 que la directive 2019/2161 dite « omnibus » qui l'a modifiée. Il faut donc supprimer la référence à l'article L. 112-1-1 I au sein de l'article L. 121-2, et créer un article propre aux sanctions pénales de l'article L. 112-1-1 I²⁵¹.

106. Comparaisons de prix. La situation est différente concernant les comparaisons de prix de l'article L. 112-1-1 II du code de la consommation relatif aux comparaisons de prix qui ne relèvent pas des annonces de réduction de prix. Sortant du champ d'application de l'article 6bis de la directive 98/6, comme le précise expressément la Commission européenne, le seul régime applicable aux comparaisons de prix est celui des pratiques commerciales déloyales. Ne relevant pas de l'une des pratiques interdites en toutes circonstances de l'annexe I de la directive 2005/29 transposée en partie à l'article L. 121-4, cette pratique est loyale par principe sauf à établir sa déloyauté au cas par cas selon les critères établis par les articles L. 121-1 et suivants.

249 Cette condition, pourtant exigée par l'art. 6.1 de la dir. 2005/29/CE, et rappelée par plusieurs arrêts de la Cour de justice n'a toujours pas été transposée dans l'article L. 121-2 qui laisse penser, à tort, qu'il suffit de prouver la seule première condition pour constituer une pratique commerciale trompeuse. La jurisprudence de la cour de cassation a rajouté cette deuxième condition, mais sans explicitement préciser qu'elle applique l'article 6.1 de la directive lu à la lumière de la directive 2005/29, ce qui aurait eu le mérite de la clarté. Sur cette question, v. not. N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, n°332.

250 Art. 8 de la directive 98/6 introduit par l'article 2 2) de la directive 2019/2161 dite omnibus.

251 Une autre solution serait de renvoyer les sanctions de l'article L. 112-1-1 I aux articles L. 132-1 et suivants portant sur les peines applicables aux pratiques trompeuses, mais un tel renvoi pourrait être source de confusion sur le régime applicable.

Récapitulatif des propositions relatives à l'information sur la réduction de prix

- 13** Conserver un cadre légal d'harmonisation européenne pour toutes les questions relatives aux réductions de prix.
- 14** Attirer l'attention du législateur national sur la nécessité de discuter au niveau européen de l'opportunité de l'extension des annonces de réduction de prix aux services et contenu ou service numérique, en prenant soin de consulter les parties prenantes.
- 15** Veiller autant que possible à ce que le régime applicable aux réductions de prix couvre tous les types de commerce et de pratiques (tel le déstockage).
- 16** Améliorer le régime actuel de manière à sécuriser les prix de référence tout en conservant une certaine souplesse dans leur détermination. Pour atteindre ces objectifs, trois possibilités alternatives de modifications sont suggérées, qui doivent être discutées avec les parties prenantes :
 - 16.1** laisser perdurer la distinction entre annonce de réduction de prix et comparaison de prix en la sécurisant par des critères généraux ;
 - 16.2** refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime essentiellement composé de critères généraux ;
 - 16.3** refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime fixant une liste de prix de référence limitativement énumérés par la loi.
- 17** Pour plus de transparence, obliger positivement les professionnels à indiquer clairement à proximité du prix appliqué, le prix de référence utilisé ;
- 18** Supprimer, dans le code de la consommation, la référence de l'article L. 112-1-1 I à l'article L. 121-2, et sanctionner la violation de l'article L. 112-1-1 I par un article autonome.

II. ASSURER UN PRIX « ETHIQUE »

107. Le fait qu'un prix « éthique » puisse constituer pour les consommateurs un moteur d'attractivité dans le cadre d'une sollicitation commerciale est apparu plus récemment. Le terme « éthique » rend compte de la recherche par le consommateur d'une dimension altruiste dans l'achat réalisé, extérieure au produit lui-même : la volonté d'un juste partage de valeur entre les différents acteurs ayant contribué à l'acheminement du produit jusqu'à lui, et particulièrement dans la juste rémunération du producteur justifiant le paiement d'un prix plus élevé. Conscient de la nécessité de ces équilibres économiques dans certaines filières, généralement alimentaires, le législateur a ainsi intégré ou recherché cette hausse du prix par ses dispositions. L'intégration de cette dimension « éthique » dans le prix se réalise tant par les règles concurrentielles (II.A) que par la prise en compte d'enjeux sociaux et environnementaux (II.B).

II.A. Assurer un prix « éthique » par les règles de concurrence

108. Introduction. Le droit de la concurrence, en protégeant la libre concurrence sur le marché et en s'attaquant à toutes formes de restrictions de concurrence, est généralement présenté comme permettant aux consommateurs – entendus, au sens large, comme tous utilisateurs finals

– d’accéder à la meilleure offre au meilleur prix. Il est cependant possible de nuancer quelque peu cette présentation. En effet, d’une part, l’intérêt du consommateur est protéiforme et ne saurait être réduit aux seuls prix bas. D’autre part, toutes les règles du droit de la concurrence ne vont pas dans le même sens, une partie d’entre elles s’intéressant plus directement à l’intérêt des acteurs économiques, ce qui les conduit à promouvoir des prix dits « éthiques », en ce qu’ils sont de nature à favoriser une meilleure répartition des valeurs et profits.

109. L’intérêt du consommateur : approche protéiforme. Objectif cardinal du droit de la concurrence, la protection de l’« intérêt du consommateur » est présenté comme la boussole de son intervention.

- Dans une approche statique et unidimensionnelle, l’intérêt du consommateur est réduit au « surplus du consommateur », bien connu des spécialistes de microéconomie. Le surplus du consommateur est la différence entre ce que le consommateur serait prêt à payer pour un bien ou un service (montant qui est fonction de l’utilité que le consommateur retire du bien ou du service) et le prix réellement payé. S’il a payé 8 un bien pour lequel il était prêt à offrir 10, il perçoit un surplus de 2. Augmenter ce surplus, telle est la mission principale assignée au droit de la concurrence. Le surplus augmente avec la baisse des prix²⁵².
- Mais l’intérêt du consommateur ne se réduit pas au prix et apparaît multidimensionnel : il dépend aussi du niveau de qualité des biens, des services, de la distribution, de l’après-vente... Cela étant, la sensibilité du consommateur à différents aspects qualitatifs diffère selon divers facteurs, dont, bien évidemment, leur pouvoir d’achat. Cette sensibilité peut également évoluer dans le temps, en fonction du contexte²⁵³.
- Enfin, les économistes ont, depuis longtemps, démontré que l’intérêt du consommateur devait également être mesuré sur le plus long terme, de manière dynamique. Ainsi, en situation de concurrence pure et parfaite, le risque est que les prix, tirés vers le bas, finissent par décourager l’activité d’innovation qui permet pourtant le lancement à plus long terme de nouveaux produits ou services.

C’est ainsi que, peu à peu, au lieu d’évoquer le seul « intérêt du consommateur », le droit de la concurrence adopte le standard du « bien-être du consommateur », censé mieux refléter la complexité des « intérêts » de ce dernier.

Il reste que, bien souvent, dans la pratique du droit de la concurrence, le niveau de prix reste le premier critère permettant d’évaluer le bien-être du consommateur, à charge pour les acteurs économiques qui s’y essaient, de pousser davantage les analyses²⁵⁴.

110. Un droit de la concurrence bicéphale. Le droit de la concurrence est composé de deux branches qui poursuivent des objectifs différents. D’un côté, le droit des pratiques restrictives de concurrence et des pratiques commerciales déloyales, codifié au titre IV du Livre IV du code de commerce, vise, à titre principal, à corriger les déséquilibres contractuels propres à certaines relations commerciales, de sorte à permettre un rééquilibrage des relations économiques. Poursuivant

252 Pour d’éclairantes synthèses de la pensée économique à ce sujet : E. Combe, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2ème éd., 2020 ; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 3ème éd., 2020 ; M. Celaya, « Surplus économique », *Dictionnaire de la concurrence*, Lextenso, à paraître.

253 Voir, par exemple, l’actuelle baisse des achats de produits « Bio » dans un contexte d’inflation (source : https://www.agencebio.org/wp-content/uploads/2023/03/Rapport-complet_Barometre-Bio-Edition-2023.pdf)

254 Parmi une littérature abondante sur ces sujets : M.-A. Frison-Roche et J.-Ch. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2ème éd., 2022, pts 70 à 77 ; M. Malaurie-Vignal, « Droit économie et politique de concurrence. Réflexions à partir de la notion de bien-être du consommateur », *JCP E* 12 avril 2018 p. 1187 ; F. Marty, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence : une mise en perspective sur la base de l’histoire de l’antitrust américain », *RIDE* 2014, p. 471.

l'objectif de rémunération de l'ensemble des partenaires commerciaux, ses règles œuvrent à une juste répartition de la valeur. L'idée d'un prix éthique ne saurait lui être étrangère. (II.A.1).

De l'autre côté, le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des concentrations poursuivent l'objectif de protection de la libre concurrence. Derrière cet objectif dont la formulation peut sembler tautologique, se cachent deux finalités indirectes : la protection des concurrents et la promotion du bien-être du consommateur. Comment résoudre le conflit – lorsqu'il existe – entre les intérêts du concurrent, de la concurrence et du consommateur ? Le débat est récurrent en droit de la concurrence. Les réponses évoluent avec la pensée économique (II.A.2).

II.A.1. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, un vecteur naturel de « prix éthique »

111. Différents mécanismes imposent aux partenaires commerciaux de s'accorder sur des prix « éthiques » (II.A.1.1). Quelles sont les conséquences sur les consommateurs ? (II.A.1.2)

II.A.1.1. Les mécanismes en faveur de prix éthiques

112. Il ne saurait ici être question de lister l'ensemble des mécanismes conduisant à fixer les prix à un niveau éthique car cela reviendrait, en réalité, à présenter l'ensemble des règles contenues dans le titre IV du livre IV du code de commerce²⁵⁵. On ne retiendra donc que les règles les plus importantes et celles qui ont fait l'objet de modifications récentes. Elles concernent le prix convenu dès la conclusion du contrat (II.A.1.1.1), ainsi que la prise en compte des événements qui, en cours d'exécution du contrat, conduisent à devoir réviser celui-ci (II.A.1.1.2).

II.A.1.1.1. Lors de la conclusion du contrat

113. Le droit des pratiques restrictives de concurrence en mouvement. On dénonce fréquemment l'instabilité législative qui se manifeste au sujet du droit des pratiques restrictives de concurrence. Cette instabilité s'explique par l'absence de vision d'ensemble du système, qui évolue au gré des intérêts à satisfaire²⁵⁶. Ainsi, après avoir voulu protéger les grandes surfaces qui commençaient à se développer dans les années 50, le législateur a compris que les équilibres avaient changé et que c'était désormais les plus petits opérateurs (fournisseurs et détaillants) qu'il fallait protéger, ce qu'il a fait par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et par la loi n° 96-589, dite loi Galland, du 1^{er} juillet 1996. Mais ces mesures ont contribué à paralyser la concurrence entre les acteurs au détriment des consommateurs à qui la loi n° 2008-776, dite LME, du 4 août 2008 a ensuite cherché à redonner du pouvoir d'achat, en mettant fin au système dit des marges arrières. Il en est résulté une guerre des prix, qui s'est soldée par une perte de bénéfices pour l'ensemble des acteurs économiques, ce qui a entraîné l'adoption des lois Egalim. La première est essentiellement

255 Sur la recodification opérée par l'ordonnance du 24 avril 2019 : colloque « La réécriture du Titre IV du Livre IV du code de commerce », *Concurrences* 2019/3, disponible sur cedcace.parisnanterre.fr/publications. Sur la loi du 30 mars 2023 : M. Béhar-Touchais et C. Grimaldi, « La loi Descrozailles dite « Egalim 3 » ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *JCP E* 1er juin 2023, p. 1169.

256 D. Fasquelle, « La réécriture du titre IV du livre IV du code de commerce : beaucoup de bruit pour rien ? », *Concurrences* 2019/3, disponible sur : cedcace.parisnanterre.fr/publications

ournée vers les distributeurs (loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 dite Egalim 1), la deuxième vers les agriculteurs (loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 dite Egalim 2) et la troisième vers les industriels (loi n° 2023-221 du 30 mars 2023). Des contreparties suffisantes ont-elles été offertes aux consommateurs ? Les opinions sont contrastées sur ce sujet ; nous y reviendrons plus loin²⁵⁷.

Revenons sur quelques-unes des dispositions les plus emblématiques de ce corpus.

114. Le système de la convention récapitulative. Issu de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, le système dit de la « convention récapitulative » est aujourd’hui codifié aux articles L. 441-3 à L. 441-7 du code de commerce. Cette technique de contractualisation est obligatoire pour toutes les relations d’approvisionnement entre fournisseurs et distributeurs. Particulièrement lourde, elle fait l’objet de critiques importantes émises à la fois par les acteurs des filières qui sont les plus concernés et qui en subissent le poids logistique (grande distribution alimentaire et spécialisée) et par ceux d’autres filières qui reprochent à ces règles d’être en décalage avec leurs usages et leurs besoins.

Le système de contractualisation présente-t-il le mérite de conduire à des prix plus « éthiques » ? Il est difficile de l’affirmer ou de le nier de manière tranchée. Voici les principales règles, susceptibles d’œuvrer en faveur de prix plus « éthiques » :

- En application de l’article L. 441-1 du code de commerce, la négociation débute nécessairement par l’envoi, par le fournisseur, de ses conditions de vente, c’est-à-dire en pratique par le prix qu’il souhaite obtenir pour l’année suivante. Ayant l’initiative des négociations, le législateur estime (ou espère...) qu’il pourra ainsi en garder la maîtrise, ce qui lui semble susceptible de modifier le rapport de forces préexistant.
- Pour les produits de grande consommation, le distributeur qui souhaite refuser l’offre du fournisseur, doit motiver explicitement et par écrit son refus et expliquer les raisons qui gouvernent son éventuelle contre-offre. Cette obligation de motivation ouvre la voie à un contrôle de sa bonne foi lors des négociations (bonne foi imposée par l’article 1104 du code civil, et dont la violation constitue une pratique restrictive de concurrence en vertu de l’article L. 442-1 du code de commerce)
- La convention contient tous les éléments de la relation commerciale (dont les services anciennement appelés « services distincts » et « coopération commerciale »), ce qui permet au fournisseur d’avoir une vision complète de l’équilibre économique de l’opération et de ne pas accepter un tarif qui, finalement, ne sera pas rentable pour lui.
- En cas d’échec de la négociation et d’absence de conclusion de la convention avant la date-butoir fixée au 1^{er} mars, les fournisseurs sont autorisés (via un dispositif expérimental qui résulte de la loi n° 2023-221 du 30 mars 2023) à cesser les approvisionnements sans délai, sans risquer une condamnation pour rupture brutale des relations commerciales établies. Au moins pour les marques de grande renommée, le législateur espère que la possibilité d’exercer cette menace place ces fournisseurs dans une situation qui leur permet d’obtenir la fixation de prix à un niveau « éthique ». Le texte retient ainsi une règle différenciée selon que la relation est rompue à l’initiative du fournisseur ou du distributeur, ce dernier ne pouvant pas rompre la relation sans respect d’un délai de préavis suffisant.

115. L’encadrement des pénalités logistiques. Depuis la loi n° 2023-221 du 30 mars 2023, l’article L. 441-17 du code de commerce fixe à 2% de la valeur des produits commandés le taux maximum des pénalités logistiques susceptibles d’être infligées au fournisseur. Le législateur a cherché

257 V. infra.

à limiter les risques d'abus, ayant constaté une augmentation du niveau de pénalités, qui privait parfois les fournisseurs de la possibilité d'obtenir un prix « éthique ».

116. Les prix dans le secteur alimentaire. Dans le secteur des produits agricoles ou issus de produits agricoles, le besoin de protection du vendeur est plus important encore ; il en va de la survie du secteur agro-alimentaire français et européen. Le législateur français, comme européen, s'est fixé comme objectif d'assurer cette protection. Aujourd'hui, les règles applicables aux contrats de vente des produits agricoles ou issus de produits agricoles résultent, pour l'essentiel, de deux lois nationales (loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 dite Egalim 1 et loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 dite Egalim 2) et de la transposition d'une directive européenne (directive 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole alimentaire, transposée par l'ordonnance n° 2021-859 du 30 juin 2021). Aujourd'hui, ces règles se trouvent, en partie dans le code de commerce et en partie dans le code rural et de la pêche maritime. Leur articulation n'est pas évidente. Alors que les contrats dits de « première cession » relèvent pour l'essentiel du code rural et de la pêche maritime, les contrats conclus en aval sont soumis au code de commerce²⁵⁸.

La spécificité de ces mécanismes réside dans le fait que la hausse des prix n'est pas seulement un effet induit de ces mesures ou une conséquence de la protection ; la hausse des prix est l'objectif poursuivi par ces règles ! Le but est en effet d'imposer au distributeur d'acheter les produits plus chers, dans l'objectif de mieux rémunérer l'éleveur et l'agriculteur. Citons diverses règles en ce sens :

- Les prix de première cession : ceux-ci doivent « prendre en compte un ou plusieurs indicateurs relatifs aux coûts pertinents de production en agriculture » (art. L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime) ; ils ne doivent pas être « abusivement bas » (art. L. 442-7 du code de commerce).
- La construction des prix « en cascade » : les conventions récapitulatives doivent indiquer quels sont les indicateurs qui ont été pris en compte et dans quelles conditions ils concourent à la détermination du prix (art. L. 441-1-1 et art. L. 443-4 du code de commerce).
- La « sanctuarisation » du prix payé à l'agriculteur : la négociation commerciale ne porte pas sur la part, dans le tarif du fournisseur, du prix des matières agricoles (art. L. 443-8 du code de commerce).

Évidemment, tout le défi est de savoir comment sont fixés ces indicateurs et dans quelle mesure ils sont « pris en compte » dans la négociation du contrat d'approvisionnement. Signalons que le législateur français ne pouvait guère aller plus loin dans sa politique de contrôle des prix, les règles européennes relatives à la libre concurrence et à l'organisation commune des marchés s'y opposant.

117. L'encadrement des promotions pour les produits de grande consommation. L'article 125 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (loi ASAP) a retenu un système complexe d'encadrement en volume (25% de la quantité annuelle) et en valeur (34% du prix de vente au consommateur) des promotions susceptibles d'être proposées aux consommateurs. Si, initialement, cet encadrement ne concernait que les produits alimentaires, il a été étendu en 2023 à tous les produits de grande consommation. L'encadrement obéit à une volonté de protéger le producteur qui est souvent confronté aux demandes très insistantes du distributeur de proposer des promotions en cours d'année. Durant les débats qui ont précédé l'adoption du texte, les fournisseurs ont expliqué que ces promotions avaient parfois un effet négatif sur leur chiffre d'affaires (c'est le cas lorsque

258 A.-S. Choné-Grimaldi, « Loi Egalim : un nouveau droit de la distribution des produits agricoles et alimentaires », *JCP E* 2019, p. 1021.

l'effet volume attaché à la promotion ne suffit pas à compenser la baisse du prix unitaire) et conduisaient à la dévalorisation de l'image de certains produits. En limitant la faculté de proposer de telles promotions, le législateur a-t-il contribué à l'augmentation des prix ? D'emblée, le risque avait été évoqué²⁵⁹. Aujourd'hui, dans le contexte inflationniste que nous connaissons, la question mérite probablement d'être, à nouveau, étudiée.

118. Le rôle du droit de l'UE en droit des pratiques commerciales déloyales. Pour la première fois, en 2019, une directive européenne a été adoptée dans le champ des pratiques commerciales déloyales (Directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 *sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire*)²⁶⁰. Même si son champ d'application est, pour l'heure, cantonnée aux relations commerciales dans le secteur de l'industrie agro-alimentaire, elle démontre que l'Union européenne n'entend pas rester indéfiniment absente du droit des contrats d'affaires. Cela étant, les avancées en termes de protection des acteurs économiques restent assez timides. Par ce texte, l'Union européenne s'est intéressée aux délais de paiement, aux demandes unilatérales de modification et aux demandes de paiement abusives. Mais, à aucun moment, elle ne s'est attaquée à l'élément-clé de la relation commerciale : le prix.

En vertu de l'article 9 de cette directive, le système retenu est celui de l'« harmonisation minimale ». Ainsi, les Etats membres peuvent conserver des règles plus strictes visant à lutter contre les pratiques commerciales déloyales (art. 9, §1). En outre, en dehors du champ d'application de la directive, les Etats membres peuvent conserver toutes autres mesures nationales, même si elles sont moins strictes (art. 9, §2). On imagine aisément que des difficultés se poseront s'agissant de la question de savoir si une règle entre, ou non, dans le champ d'application du texte²⁶¹...

En France, cette directive a été transposée par l'ordonnance n° 2021-859 du 30 juin 2021 *relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire*. Du fait du corpus de règles déjà très étendues en la matière en droit français, l'intégration n'a pas nécessité une réforme d'ampleur et n'a donné lieu qu'à l'ajout de quelques dispositions supplémentaires insérées dans le chapitre 3 relatif aux produits alimentaires, inséré à la fin du Titre 4 du livre 4 du code de commerce.

Le système d'harmonisation minimale laisse subsister dans les différents Etats membres des législations très différentes. En France, le système est réputé complexe et très exigeant. Le système de la convention annuelle avec une date-butoir, par exemple, n'est retenu par aucun autre Etat membre.

II.A.1.1.2. En cours d'exécution du contrat

119. Les clauses de révision imposées. Plusieurs dispositions du Titre IV du livre IV du code de commerce, en particulier l'article L. 441-8 du code de commerce, imposent aux contractants d'insérer dans leur contrat des clauses de révision des prix permettant, au cours de l'exécution du contrat, de faire varier les prix en fonction de l'évolution du contexte. Pensées comme étant favo-

259 Avis critique de l'Autorité de la concurrence sur le projet de texte : Aut. conc., avis n° 18-A-14, 23 novembre 2018, relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires.

260 A.-S. Choné-Grimaldi, « Pratiques commerciales déloyales dans le chaîne alimentaire : une incursion européenne dans le droit des contrats entre professionnels », Europe nov. 2019, étude 8.

261 C. Grimaldi, « La distinction entre champ d'application et conditions de mise en œuvre d'une norme », D. 2021, p. 2099.

rables au fournisseur (on imaginait que la révision ne se ferait qu'à la hausse), elles pourraient se révéler contraires à leurs intérêts, en période déflationniste.

120. Les clauses de révision interdites. L'article L. 442-3 du code de commerce prohibe les clauses d'alignement sur l'offre concurrente. Dans le même ordre d'idées, l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime interdit les clauses de modification automatique du prix lié à l'environnement concurrentiel. L'idée est de s'assurer que le prix, issu de la révision, est lié aux coûts supportés par le fournisseur et non aux prix pratiqués par les concurrents. Là aussi, il s'agit de garantir le caractère « éthique » de la révision du prix.

II.A.1.2. Quelles conséquences sur le consommateur ?

121. Comment les prix plus « éthiques » pratiqués en amont se répercutent-ils en aval (II.A.1.2.1) ? Le consommateur est-il prêt à payer plus cher, et dans l'affirmative, pour quels objectifs (II.A.1.2.2) ?

II.A.1.2.1. La répercussion de prix dits « éthiques » sur le consommateur

122. L'interdiction de la revente à perte. Depuis 1963, la revente à perte est interdite dans notre pays. Son seuil a été maintes et maintes fois abaissé, de sorte à soustraire du prix d'achat l'ensemble des sommes qui, payées au distributeur par le fournisseur, viennent en déduction de son prix d'achat. L'objectif était de mettre ainsi fin au système dit des « marges arrières ».

123. Le « SRP + 10 » Les Etats généraux de l'alimentation lancés en 2017 ont fait émerger une nouvelle critique : le seuil de revente à perte a été accusé de contribuer à la guerre des prix entre distributeurs, destructrice de valeurs pour l'ensemble de la filière. C'est ainsi que l'article 2 de l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 est venu adjoindre, pour les seuls produits alimentaires, un coefficient multiplicateur de 1,1 qui a pour effet d'augmenter le SRP de 10%. L'idée est qu'en obligeant les distributeurs à vendre plus cher, on leur permet de dégager des marges qui sont censées « ruisseler », de sorte à mieux rétribuer les agriculteurs et éleveurs. Dès cette époque, des doutes ont été émis sur ce « ruissellement » qui repose sur le choix des distributeurs. C'est pour y répondre qu'a ensuite été adoptée la loi Egalim 2 prévoyant une sanctuarisation de la partie du prix correspondante au prix des matières agricoles.

Le dispositif, initialement prévu pour deux ans, a fait l'objet de prolongations. Dernièrement, du fait du contexte inflationniste et des doutes qui existent s'agissant de son efficacité, la prolongation n'est prévue que jusqu'au 15 avril 2025, ce qui va obliger à reconsidérer prochainement ce dispositif.

II.A.1.2.2. Les contreparties annoncées : mythe ou réalité ?

124. Les normes les plus récentes, adoptées au détriment du consommateur ? Le constat de l'Observatoire des prix et des marges qui, dans son rapport pour l'année 2015, déclarait que : « *personne ne s'en met « plein les poches » sur une longue période dans un régime de concurrence, si ce n'est paradoxalement le consommateur qui, la plupart du temps, n'en est pas conscient* », semble avoir été entendu par le législateur.

En quelques années, ont été adoptées les normes sus-évoquées qui (i) imposent des prix

plus « éthiques » (pouvant se traduire par des prix plus élevés) dans la relation entre fournisseurs et distributeurs, (ii) limitent les promotions pouvant être pratiquées à l'égard du consommateur et (iii) relèvent le seuil de revente à perte dans le secteur de l'alimentaire. Le risque d'une augmentation des prix est assez inévitable.

Des contreparties ont d'emblée été annoncées. Elles peuvent être classées en deux catégories : des contreparties morales et des contreparties qualitatives.

125. Les contreparties morales. Les divers travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption des lois Egalim révèlent que les règles sont inspirées par la volonté d'offrir une juste répartition de la valeur entre les différents acteurs des filières économiques. S'agissant de l'alimentation, les nouvelles règles s'appuient sur une prise de conscience du consommateur de la nécessité de payer un prix qui permette à chacun de tirer profit de son activité. Ainsi, le prix doit permettre aux agriculteurs et aux éleveurs d'être rétribués convenablement pour leur travail. Il en va de la survie de notre agriculture française.

Pour atteindre ces objectifs, il faut s'assurer, d'une part, de l'efficacité de la construction des prix en cascade et, d'autre part, du « ruissellement » vers l'amont des augmentations de prix qui peuvent résulter du relèvement du seuil de revente à perte.

D'emblée, on sait que cela a été mis en doute par l'Autorité de la concurrence²⁶². Des analyses plus récentes ont également montré une certaine défiance à l'égard de ces mécanismes²⁶³. Mais les méthodologies utilisées font débat, de sorte qu'il est délicat de savoir si l'objectif d'une meilleure répartition de la valeur est atteint.

De plus, il convient de ne pas perdre de vue la dimension internationale de la question. Le consommateur français, s'il peut accepter de payer plus cher pour rétribuer de manière équitable l'agriculteur localisé sur le territoire national, acceptera plus difficilement que ces hausses profitent à des acteurs localisés à l'étranger (spécialement hors UE). Pour s'assurer que ces règles ne mettent pas les acteurs localisés en France dans une situation désavantageuse par rapport à leurs concurrents localisés sur d'autres territoires, la loi Descrozailles n° 2023-221 du 30 mars 2023 a prévu que le dispositif du Titre IV du livre IV s'applique « à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français ». Le dispositif – simpliste – ne répond certainement pas à toutes les questions de droit international privé qui se posent.

126. Les contreparties qualitatives. Le consommateur témoigne aussi d'un haut degré d'exigence en terme de qualité : qualité nutritionnelle pour les aliments, durabilité pour les produits blancs, bruns ou gris, faible consommation énergétique... On espère que la possibilité pour les agriculteurs, comme pour les industriels, de tirer plus de bénéfices de leur activité, les incite à davantage investir en vue de ces objectifs de qualité. C'était le sens du discours prononcé par Emmanuel

262 Avis n° 18-A-14 du 23 novembre 2018 relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires (page 28-29).

263 Rapport d'information du Sénat, « Loi Egalim un an après : le compte n'y est pas », n° 89 (2019-2020), déposé le 30 octobre 2019. L'exemple du producteur fraises gariguettes qui n'a pas profité du relèvement du SRP et à qui cela a même nuï est cité (**la hausse du SRP de 10 % s'est traduite, dans ce cas très précis, par une baisse de 10 % du prix d'achat aux producteurs.**) : <https://www.senat.fr/rap/r19-089/r19-0894.html#toc24>

Macron à Rungis le 11 octobre 2017²⁶⁴. Et c'est ainsi que la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 dite Egalim 1 est intitulée : « loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous » (nous soulignons). Certainement, le fait de tirer les prix vers le bas incite les producteurs à réduire les coûts et affecte nécessairement la qualité ; mais la question se pose de savoir si le raisonnement *a contrario* fonctionne.

127. Les récentes évolutions du contexte économique. Il est loin le temps où l'on mettait en avant des sondages (réalisés en 2015) qui révélaient qu'environ 75 à 80% des consommateurs étaient prêts à payer plus pour une alimentation de meilleure qualité.

Avec la crise sanitaire et les différentes guerres menées à l'international, on assiste à une inflation qui affecte considérablement le pouvoir d'achat des ménages. Le consommateur, animé par la poursuite de certains objectifs d'intérêt général il y a quelques années encore, n'a peut-être plus exactement les mêmes aspirations.

C'est ainsi que le Gouvernement a formulé de nouvelles propositions qui vont dans le sens du pouvoir d'achat du ménage et qui, ce faisant, peuvent apparaître comme allant dans un sens opposé à celui de prix « éthiques ». Le succès n'est pas toujours au rendez-vous. On se souvient par exemple qu'il a proposé de supprimer le seuil de revente à perte, durant une période transitoire, pour l'essence. Devant le tollé suscité par l'annonce, le gouvernement a été contraint de faire marche arrière.

Des techniques fondées sur une « auto-régulation » ont été expérimentées, particulièrement dans le cadre du contexte actuel inflationniste, pour tenter de baisser les prix alimentaires par le biais des opérations « panier/trimestre anti-inflation » laissant la grande distribution choisir les produits composant leurs paniers et leur demandant de faire tous leurs efforts pour des prix plus bas. Cette initiative gouvernementale a été très largement critiquée par l'UFC-Que choisir, notamment en raison de la disparité de qualité des produits composant lesdits paniers, faute de cadre commun, sans atteindre ses objectifs anti-inflation²⁶⁵.

Pour tenir compte de ce contexte changeant, le législateur vient de voter une loi (loi n° 2023-1041 du 17 novembre 2023) qui avance de six semaines la date-butoir pour les négociations annuelles (15 ou 31 janvier 2024, au lieu du 1er mars). Cette mesure considérée comme une mesure d'urgence repose sur un pari ; elle ne conduira à des diminutions anticipées de prix que s'il est exact que les fournisseurs profitent de baisses de leurs coûts qu'ils peuvent répercuter sur le prix de vente de leurs propres produits. Manifestement, le gouvernement œuvre ici en faveur de prix bas.

264 E. Macron : « Je le dis parce que les tensions des dernières heures et des derniers jours sur ce sujet ont montré les guerres de position. Le choix que je veux faire aujourd'hui, ce n'est pas celui de décaler le front de bataille, c'est de vous faire passer d'une logique de guerre de position les uns contre les autres à une guerre de mouvement collective où vous aurez à travailler ensemble pour que les filières réussissent. Chacun devra faire des efforts, les uns sur leurs marges, un peu sur les prix, et les autres sur leur organisation collective pour pouvoir justement transformer nos secteurs et nos filières. Vous l'avez compris, je suis donc prêt à m'engager fortement sur l'ensemble des sujets que je viens d'exposer et le ministre aura ainsi à présenter au Conseil des ministres et à faire voter au 1er semestre 2018 une loi qui, parce qu'elle devra aller vite et que cet engagement est aussi important que celui que nous avons pu porter dans d'autres domaines, pourra prendre la forme d'ordonnances pour pouvoir justement aller plus vite et plus fort parce que cet engagement, vous l'attendez et il est nécessaire et je vous le dois.

Mais en parallèle, si nous sommes prêts à aller vite, à prendre des décisions inédites, en particulier si on considère la dernière décennie, sur le plan de l'agriculture et de l'agroalimentaire, je vous demande aussi un effort inédit en termes de structuration de filières, de transformation profonde et de réorganisation. Ces plans de filières doivent permettre d'assurer aux Français la montée en gamme autour de labels, des signes de qualité, de la bio avec des objectifs chiffrés à cinq ans. »

265 <https://www.quechoisir.org/billet-du-president-panier-anti-inflation-un-gouvernement-faux-pompier-vrai-pyromane-n105251/>

128. Pistes d'amélioration. Plusieurs pistes d'amélioration de la législation actuelle sont envisageables.

La première consiste en une nécessaire évaluation d'ensemble des dispositions assurant la répartition des valeurs au sein des filières alimentaires, d'autant plus que cette juste répartition fait débat. En effet, le système de construction des prix issu des lois Egalim n'a pas encore été correctement évalué, du fait de son caractère récent et de l'interférence de circonstances extérieures (guerres, crise sanitaire) qui compliquent le travail. De plus, Il convient désormais (i) de connaître la part des hausses de prix imposées aux consommateurs qui provient des modifications législatives (depuis la loi Egalim 1) et la part qui provient des circonstances extérieures, et (ii) de vérifier que les hausses de prix ont ruisselé vers l'amont.

La deuxième porte toujours sur une évaluation mais cette fois du dispositif de contractualisation instauré par les articles L. 441-1 et suivants du code de commerce. L'article 2 de la loi n° 2023-1041 du 17 novembre 2023 portant mesures d'urgence pour lutter contre l'inflation concernant les produits de grande consommation prévoit la réalisation d'un bilan sur l'avancée des négociations commerciales. Ce bilan pourrait avoir une portée plus large et amener à une mise en balance des avantages et inconvénients de l'ensemble du système de la négociation annuelle. Le travail d'analyse devra s'appuyer sur des recherches comparatives avec d'autres Etats membres.

La troisième piste consiste à rechercher les meilleurs outils susceptibles de garantir au consommateur la dimension altruiste ou « éthique » du prix, c'est-à-dire l'existence d'une contrepartie réelle pour le producteur. Dans ce cadre, le législateur pourrait s'inspirer des labels existants en matière environnementale, qui garantissent au consommateur, par l'existence d'un cahier des charges contrôlé, le respect de normes assurant cette juste répartition de la valeur.

Enfin, la législation en matière de concurrence doit être privilégiée au niveau européen ; une harmonisation européenne du droit des relations commerciales paraît ainsi souhaitable²⁶⁶. L'état du droit positif fait, en effet, apparaître des différences notables entre les Etats membres. La directive de 2019 (qui, du reste, n'est applicable que pour certains contrats conclus dans le secteur alimentaire) ne résout nullement la difficulté puisqu'elle est d'harmonisation minimale. Les dispositions du titre 4 du livre 4 du code de commerce s'appliquent à tous contrats relatifs à des produits destinés à être vendus sur le marché français, ce qui implique qu'elles peuvent s'imposer à des acteurs économiques qui ne sont pas localisés en France. Or ceux-ci vont avoir des difficultés à connaître le contenu de ces règles. Tout cela nuit à la bonne réalisation du marché intérieur et fausse la concurrence entre acteurs économiques. Les objectifs de préservation des intérêts des acteurs économiques, dont le bien-être doit ruisseler jusqu'aux consommateurs, risquent de ne pas pouvoir être atteints.

Propositions

- 19 Évaluer de manière approfondie et complète l'efficacité de l'ensemble des dispositifs de répartition des valeurs au sein des filières alimentaires. En fonction des résultats de cette évaluation, en tirer les conséquences, soit par leur amélioration soit par leur suppression dans la perspective d'un constat d'inefficacité ;**
- 20 Évaluer entièrement le dispositif de contractualisation instauré par les articles L. 441-1 s. du code de commerce afin d'opérer une mise en balance des avantages et inconvénients de l'ensemble du système de la négociation annuelle ;**

²⁶⁶ V. notamment en ce sens la réflexion menée par l'Association H. Capitant : code européen des affaires, en particulier le livre 2 intitulé « droit du marché », accessible à l'adresse suivante : <https://www.henricapitant.org/actions/projet-de-code-europeen-des-affaires-2/>

21 Envisager la possibilité d'un label permettant de garantir, à travers un cahier des charges contrôlé, des prix assurant un juste partage des valeurs ;

22 Encourager toute législation relative aux relations commerciales au niveau européen.

II.A.2. Le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations, un vecteur possible de « prix équitables » ?

129. Disons-le d'emblée : le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations est très largement tourné vers la quête de prix bas pour les consommateurs. La possibilité que ses règles œuvrent à la fixation de prix « éthiques » est assez difficile à admettre (II.A.2.1). Cependant, les évolutions les plus récentes de la législation et, surtout, de la pensée économique, obligent à tempérer cette affirmation (II.A.2.2).

II.A.2.1. Une idée contre-intuitive

130. Les ententes horizontales ou cartels. Pour justifier l'interdiction des ententes horizontales, les autorités de concurrence mettent en avant le fait qu'en moyenne, un cartel provoque une augmentation de prix de 25% (source : site de l'Autorité de la concurrence). L'exemple de l'affaire relative aux commissions d'image-chèque le montre parfaitement : c'est parce que l'Autorité de la concurrence n'avait pas réussi à démontrer que la pratique se répercuterait nécessairement sur le consommateur en termes de hausses de prix que la qualification d'entente n'aurait pas dû être retenue²⁶⁷. La quête de prix bas constitue bien la principale raison d'être de l'infraction-phare du droit de la concurrence.

131. Les ententes verticales. Quant à la pratique de prix imposés, interdite en tant qu'entente verticale, elle est sanctionnée pour la restriction de concurrence qu'elle provoque, en particulier dans les relations intra-marques. On signalera que, si les prix fixes ou minimum sont interdits, il n'en va pas de même des prix maximums qui, eux, restent autorisés (art. 4, a, du règlement 720/2022 du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées). Pourquoi cette différence de traitement ? Parce que l'objectif n'est pas de faire en sorte que le distributeur ait la liberté de choisir ses prix. L'objectif est de faire en sorte qu'il puisse les baisser. Là encore, c'est la quête de prix bas qui explique le dispositif.

132. Les abus de position dominante. L'abus de position dominante est la pratique qui, mise en œuvre par une entreprise dominante et qui, sortant des limites d'une concurrence normale, provoque une restriction de concurrence. L'objectif de son interdiction est de permettre au marché de s'ouvrir, dans la mesure du possible, à la concurrence. Car l'on espère que, de l'ouverture à la concurrence, s'ensuivront des prix plus bas. L'exemple du prix prédateur – exemple-phare de pratique abusive – ne doit pas tromper. S'il est sanctionné par le droit des pratiques anticoncurrentielles, ce n'est pas parce qu'il ne serait pas « éthique », c'est simplement parce qu'on craint, après l'effet d'éviction des concurrents qu'il va provoquer, que l'entreprise dominante soit ensuite en position de récupérer ses pertes en remontant ses prix. Certes, la preuve de la récupération des pertes par l'entreprise, auteur de la pratique, n'est pas requise pour caractériser l'abus mais il reste que c'est cette possibilité et, au-delà, le risque de fermeture du marché à la concurrence, qui justifie l'interdiction des prix prédateurs (Comm. eur., Orientations sur les priorités retenues par la

²⁶⁷ Cass com., 28 juin 2023, n° 21-26.015.

Commission européenne pour l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 24 février 2009 ; CJUE, 17 fév. 2011, TeliaSonera, aff. C-52/09).

133. Les abus de dépendance économique. En matière d'abus de dépendance économique, il est possible de soutenir la même thèse que celle soutenue en matière d'abus de position dominante. L'abus de dépendance économique n'est sanctionné que dans les cas où il provoque une restriction de concurrence sur le marché, c'est-à-dire dans les cas où, à cause de la pratique, l'opérateur dépendant est privé de la possibilité d'agir sur un marché sur lequel la concurrence est libre et non faussée. L'objectif est de placer l'opérateur économique, en dépit de sa situation de dépendance, dans une situation dans laquelle il pourra se livrer à une efficace guerre des prix, au profit du consommateur qui profitera des prix les plus bas possibles. La condamnation d'Apple pour abus de dépendance économique par l'Autorité française de la concurrence illustre parfaitement cette thèse : le géant informatique a été condamné pour avoir privé certain de ses distributeurs de la possibilité de proposer aux consommateurs des prix attractifs (Aut. conc., 20-D-04, 16 mars 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple ; CA Paris, 6 oct. 2022, n° 20/08582). Si, parfois, la qualification d'abus de dépendance économique est utilisée pour sanctionner des prix inéquitables imposés à l'opérateur dépendant, ce qui pourrait inciter à penser que la qualification œuvre en faveur de prix éthiques, ce n'est là qu'un effet incident.

134. Le contrôle des concentrations. Le critère d'incompatibilité des opérations de concentrations avec les contraintes du droit de la concurrence réside dans l'entrave significative à la concurrence effective que pourrait provoquer l'opération. Cette entrave peut notamment résulter de l'acquisition ou du renforcement d'une position dominante (art. 2 du règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 ; art. L. 430-6 du code de commerce).

Si le critère de l'évolution des prix payés par le consommateur ne figure pas, tel quel, dans les textes relatifs aux critères de compatibilité des concentrations, on constate qu'en pratique, les concentrations interdites l'ont généralement été sur la base du risque que l'opération entraînait en termes de hausses de prix pour les consommateurs (Voir, dernièrement, l'interdiction de l'acquisition de la société eTraveli par Booking, Comm. eur., communiqué de presse du 25 septembre 2023).

135. Les autorités de concurrence. Les autorités de concurrence ne s'en cachent pas : l'essentiel de leur activité est tourné vers le pouvoir d'achat des consommateurs. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les pages d'accueil de leur site internet. Sur le site de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, le message est clair : « *La politique de concurrence encourage les entreprises à offrir aux consommateurs des biens et des services aux conditions les plus favorables. Il encourage l'efficacité et l'innovation et réduit les prix.* ». Quant à l'Autorité française de la concurrence, elle explique, sur son site internet, dans l'onglet « *Les vertus de la concurrence* » que, « *comme dans le sport, la concurrence est un stimulant qui incite les entreprises à se dépasser, favorisant ainsi l'innovation, la diversité de l'offre et des prix attractifs pour les consommateurs comme pour les entreprises* ». Dans la période actuelle marquée par l'inflation, les autorités de concurrence continuent de mettre leur confiance dans les vertus de la concurrence et rejettent toute solution plus interventionniste. Par exemple, dans un récent avis relatif aux titres-restaurant, l'autorité française explique que le plafonnement tarifaire des commissions perçues par les émetteurs de titres-restaurant n'est pas la meilleure solution et qu'il serait plus opportun de rechercher une solution structurelle pour mettre fin au monopole détenu par ces émetteurs, de sorte à donner davantage de pouvoir de négociation à leurs partenaires²⁶⁸.

268 Aut. conc., avis n° 23-A-16, 12 octobre 2023, relatif au projet d'encadrement réglementaire du montant des commissions perçues par les émetteurs de titres-restaurant sur les commerçants agréés par la Commission Nationale des Titres-restaurant.

II.A.2.2. La récente prise en compte d'objectifs élargis, quitte à accepter des hausses de prix

136. Texte fondateur de la politique européenne de concurrence. L'article 3, §3 du Traité sur l'Union européenne sur lequel repose la politique européenne de concurrence stipule : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique* ». On remarquera avec intérêt que le texte ne cite pas, parmi les objectifs poursuivis, celui des prix bas. C'est dans la mise en œuvre de la politique de concurrence que cet objectif s'est imposé. Mais, récemment, il semble faire l'objet de contestations²⁶⁹. En termes de prix, l'intérêt du consommateur et l'intérêt des acteurs économiques sont souvent opposés. Faut-il systématiquement privilégier le premier au détriment du second ?

137. Le contrôle des concentrations : vers de nouveaux critères ? De nombreux auteurs se sont émus de la décision prise par la Commission d'interdire la concentration Alstom/Siemens dont l'objectif était de créer un champion européen dans le secteur du rail (Comm. eur., 6 février 2019, Case M. 8677)²⁷⁰. Parmi les justifications données, la Commission a notamment mis en avant le risque d'augmentation du prix du billet de train payé par les consommateurs. On a reproché à la Commission à la fois son analyse jugée « court-termiste » et sa focalisation sur l'intérêt du consommateur au détriment des intérêts économiques de l'Union européenne. La Commission européenne défend sa politique mais sa récente proposition de révision de la communication sur le marché pertinent (projet de communication révisée, 8 novembre 2022) montre que ces critiques commencent à porter. En effet, le nouveau texte suggère de davantage tenir compte de la concurrence potentielle dans l'analyse de marché, afin d'avoir une vision plus prospective de la situation concurrentielle. De cette manière, à la fois en droit des pratiques anticoncurrentielles et en droit des concentrations, la Commission européenne pourrait être amenée à évaluer de manière moins stricte les restrictions de concurrence induites par les pratiques et par les opérations structurelles. Dans tous les cas où les intérêts des entreprises et ceux des consommateurs s'opposent, le curseur se déplacerait alors quelque peu du côté des entreprises.

138. Les rapprochements horizontaux. Ainsi que cela a déjà été dit, par principe, les accords conclus entre concurrents sont interdits s'ils provoquent une restriction de concurrence sensible. Par exception, certains d'entre eux sont tout de même autorisés. Ainsi, le règlement 1308/2013 portant organisation commune du marché a été modifié par le règlement 2017/2393 (Règlement dit omnibus), de sorte à prévoir une nouvelle exception à l'article 101, §1 TFUE (article interdisant les ententes) : désormais, son article 152. 1 bis autorise les organisations de producteurs ou associations d'organisations de producteurs à négocier de manière unitaire les contrats de vente de la production de ses membres pour le compte de ces derniers. L'objectif est clairement de disposer d'une puissance de vente accrue et, ainsi, de vendre les marchandises agricoles à des tarifs plus élevés. Cette hausse du prix de la matière agricole va logiquement se répercuter tout au long de la chaîne de transformation et aura un im-

269 V. en ce sens, N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 3ème éd., n° 143 : « Plus récemment, cependant, l'efficacité économique et le bien-être du consommateur ont cédé du terrain. L'objectif de loyauté a fait son retour dans les discours du commissaire à la concurrence ».

270 J.M. Cot, « Interdiction : la Commission européenne interdit un projet d'acquisition sur le marché des trains à très grande vitesse et des systèmes de signalisation ferroviaire », *Concurrences* 2019/04, p. 125 ; V. égal. Rapport de l'inspection générale des finances : « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », avril 2019 ; P.-Y. Gautier, « Vers un nouveau Jacobinisme : les contradictions du droit de la concurrence », *Mélanges L. Vogel*, à paraître, A.-S. Choné-Grimaldi, « Le droit de la concurrence est-il compatible avec les méthodes du droit continental ? », *Mélanges M. Grimaldi*, LGDJ, 2020.

pact sur le prix payé par le consommateur. En retenant cette exception, le législateur européen place, en conscience, le consommateur face à des prix qui sont considérés comme plus éthiques.

Par ailleurs, dans ses récentes lignes directrices sur les accords horizontaux (Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale, *JOUE* C 259/1), la Commission propose d'accorder de nouvelles dérogations aux accords passés entre concurrents qui poursuivent un objectif de développement durable – ce qu'elle nomme les « accords de durabilité ». Sont par exemple visés les accords de normalisation par lesquels les entreprises concurrentes s'accordent pour respecter une même norme. L'accord peut provoquer une hausse de prix mais, s'il est démontré qu'il poursuit efficacement des objectifs de durabilité, cet élément devrait permettre d'éviter une sanction pour entente. Ainsi que l'explique la Commission, pour accorder une telle exemption à ce type d'accord, il faut pouvoir caractériser l'existence d'un avantage pour le consommateur. Cet avantage peut prendre de multiples formes : avantages individuels, avantages collectifs. Il peut par exemple résider dans une amélioration de la qualité du produit soumis à une nouvelle norme – ce dont il découle des « avantages individuels de la valeur d'usage » et des « avantages individuels de la valeur de non-usage » -, et ces avantages peuvent compenser l'inconvénient en termes d'augmentation de prix. Ainsi que la Commission le remarque, « *les consommateurs peuvent être disposés à payer davantage pour un produit durable ou à limiter leur choix de produits (en évitant d'acheter des versions non durables), dans un souci de bénéfice de la société ou des générations futures* » (point 577). Voici une nouvelle illustration d'hypothèses dans lesquelles le droit de la concurrence laisse se développer des mécanismes qui provoquent des hausses de prix.

139. Pistes d'amélioration. Plusieurs partenaires professionnels seraient favorables à la possibilité de mobiliser davantage l'octroi des exemptions individuelles (droit des ententes), en élargissant la liste des gains d'efficacité qui peuvent permettre de contrebalancer une restriction de concurrence. S'agissant des prix de revente imposés, ils ne sont admis que dans certaines circonstances limitativement énumérées dans les Lignes directrices qui accompagnent le règlement n° 2022/720 du 10 mai 2022 : le lancement d'un nouveau produit, la campagne de promotion de courte durée, le fait d'empêcher la pratique du prix d'appel, l'incitation à la fourniture de services de prévente additionnels, l'hypothèse spécifique du contrat d'exécution. La liste mérite d'être à nouveau interrogée pour voir si d'autres circonstances pourraient autoriser l'imposition d'un prix de revente imposé ou d'un prix minimal imposé. Dans les hypothèses où l'interdiction des prix imposés nuit à la logique du modèle économique choisi (Par exemple dans les réseaux de franchise qui recourent, pour partie, à une distribution en ligne), une souplesse pourrait être introduite. Elle supposerait que le prix imposé par la tête de réseau soit fixé à un niveau « éthique ».

II.B. Assurer un prix « éthique » pour promouvoir des enjeux sociaux et environnementaux

140. Les enjeux. Percevant les enjeux sociaux et environnementaux, tant au niveau local que global, le consommateur est de plus en plus sensible à l'argument du développement durable. Une des lacunes de la mondialisation réside dans l'inéquitable répartition des fruits du commerce international. D'une part, les producteurs de matière première agricole peinent à survivre et leurs droits fondamentaux sont souvent bafoués, d'autre part, les industries agroalimentaires prospèrent. Pour tenter d'y remédier, des professionnels se sont engagés dans des pratiques commerciales « éthiques » consistant à répartir plus justement le prix de vente du produit final tout au long de la chaîne de valeur. Toutefois, la production de biens dans le respect du développement durable est plus coûteuse que celle des biens conventionnels. Ces pratiques sont donc moins rentables. Ainsi, les professionnels s'engageant dans cette approche plus vertueuse du commerce souhaitent que le

consommateur puisse identifier le caractère éthique de leur pratique afin d'espérer le voir accepter le paiement d'un prix plus élevé. De cette manière, le consommateur peut intégrer dans sa décision d'achat sa préférence de consommation pour un bien « éthique ».

La communication du professionnel sur un plus juste partage du prix avec le producteur constitue aujourd'hui une allégation commerciale à part entière. Le prix des biens issus du commerce équitable revêt alors un attrait altruiste. Le prix plus élevé du bien, contrepartie de valeurs altruistes intégrées dans le dispositif légal, se présente plus « éthique » pour les consommateurs et constitue un moteur d'attractivité pour ces produits.

La sollicitation du consommateur par l'allégation du prix juste permettant de promouvoir les enjeux sociaux et environnementaux constitue un enjeu important. En effet, il représente aujourd'hui un marché de deux milliards d'euros, tant par exemple en France²⁷¹ qu'en Allemagne²⁷². Il contribue au développement des pays du sud, mais permet également de lutter contre la paupérisation des paysans du nord. De plus, le commerce équitable est un véritable accélérateur de transition écologique puisque 88 % des produits équitables sont aussi labellisés bio²⁷³.

141. La nécessité d'encadrer juridiquement l'allégation « commerce équitable ». Si en 2022, 99 % des consommateurs connaissent l'allégation commerce équitable (en 2000 ils étaient seulement 9 %), peu sont capables de décrire exactement ce à quoi elle engage les professionnels. Plus grave, une part non négligeable de professionnels l'ignorent aussi ce qui a justifié une enquête de la DGCCRF²⁷⁴. Les causes avancées sont la grande diversité des labels ainsi que le caractère hétérogène des cahiers des charges et des systèmes de garantie.

De 2005 à 2022, le législateur a progressivement réglementé l'usage de l'allégation « commerce équitable²⁷⁵ » quant à son champ d'application personnel, quant à la détermination du prix ainsi qu'aux conditions environnementales requises.

Parallèlement, l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité œuvre à la mise en place de bonnes pratiques en matière d'usage de cette allégation en formulant des recommandations²⁷⁶.

Ainsi, pour les allégations des professionnels sur la justesse de la répartition du prix tout au long de la chaîne de valeur constitue une allégation réellement éthique, il faut que le droit puisse en garantir la véracité au consommateur.

142. Plan. Après avoir étudié la réglementation de l'allégation « commerce équitable » (I.B.1.) nous envisagerons les sanctions de sa violation (I.B.2) puis les perspectives d'amélioration du droit positif (I.B.3).

II.B.1. La réglementation de l'allégation « commerce équitable »

143. Le champ d'application. Tout d'abord, le commerce équitable a pour objet d'assurer le progrès économique et social des travailleurs en situation de désavantage économique du fait de

271 <https://www.commerceequitable.org/actualites/observatoire-du-commerce-equitable-2021/>.

272 https://www.statista.com/topics/5946/fair-trade-in-germany/#topicHeader__wrapper.

273 <https://www.commerceequitable.org/actualites/observatoire-du-commerce-equitable-2021/>.

274 DGCCRF, « L'essor des produits équitables », *Lettre concurrence et consommation*, 25 févr. 2021, p. 4 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/Lettre_CetC/2021/equitable.pdf?v=1614260934.

275 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 60 ; Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 94 ; Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 219 ; Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 173 ; Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, art. 275.

276 ARPP, *Recommandations commerce équitable et autres formes de commerce alternatif*, 2011.

leur précarité, de leur rémunération et de leur qualification²⁷⁷. Plus précisément, le décret 17 septembre 2015 relatif au commerce équitable définit les travailleurs se trouvant en situation de désavantage économique comme ceux qui se trouvent dans l'un ou l'autre des situations suivantes : – Ceux qui n'ont pas accès aux moyens économiques et financiers et à la formation nécessaires pour leur permettre d'investir dans leur outil de production et de commercialisation ; – Ceux qui sont en situation de vulnérabilité spécifique du fait de leur environnement physique, économique, social ou politique ; – Ceux dont les productions sont liées aux ressources et spécificités de leur territoire et qui n'ont accès habituellement qu'au marché local pour la distribution de leurs produits. » Il est intéressant de noter que l'appréciation du désavantage économique est ainsi « objective ».

Ensuite, le label « équitable » a longtemps été réservé aux échanges entre producteurs issus de pays en développement dits « du sud », et distributeurs implantés dans les pays développés dits « du nord ». Mais la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire²⁷⁸ a modifié cette conception strictement internationale pour l'élargir à une conception également locale. Ainsi, le label « équitable » peut également être attribué à des produits provenant des pays dits « du nord ».

Enfin, l'engagement entre les parties au contrat d'approvisionnement doit être conclu pour une durée permettant de limiter l'impact des aléas économiques subis par ces travailleurs, qui ne peut être inférieure à trois ans²⁷⁹.

144. Définition du prix équitable. Le caractère équitable d'un produit est soumis à des conditions de prix pratiqué entre le producteur et l'acheteur. Le prix qui rémunère les travailleurs doit satisfaire deux conditions cumulatives. Premièrement, **a)** le prix versé par l'acheteur doit rémunérer les travailleurs sur la base d'une identification des coûts de production et d'une négociation équilibrée entre les parties au contrat²⁸⁰. La rémunération doit permettre – de couvrir les coûts de production ; – de verser une rémunération suffisante pour satisfaire les besoins fondamentaux et améliorer le niveau de vie des travailleurs ainsi que de leurs familles ; – de dégager une marge permettant aux travailleurs de réaliser les investissements nécessaires à l'amélioration de l'efficacité de leur outil de production et de commercialisation de leurs produits²⁸¹. Deuxièmement, **b)** l'acheteur doit obligatoirement octroyer un supplément de prix destiné aux projets collectifs, visant à renforcer les capacités et l'autonomisation des travailleurs et de leur organisation²⁸².

145. La nécessité d'adopter des engagements environnementaux. Le législateur inscrit expressément le commerce équitable dans la logique du développement durable²⁸³. Ainsi, le législateur a ajouté un volet environnemental à la relation entre les travailleurs en situation de désavantage économique et les distributeurs. Il est imposé que chaque « entreprise intervenant dans ces filières valorise des modes de production et d'exploitation respectueux de l'environnement et de la biodiversité, tels que l'agroécologie lorsqu'il s'agit de filières alimentaires, et est en mesure de produire des informations relatives à la traçabilité des produits. Les entreprises faisant publiquement état de leur appartenance au commerce équitable participent à des actions de sensibilisation et d'éducation à des modes de production et de consommation socialement et écologiquement durables²⁸⁴. »

277 Décret n° 2015-1157 du 17 septembre 2015 relatif au commerce équitable, art. 1°.

278 Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 94.

279 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 60, II, 1°.

280 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 60, II, 2°.

281 Décret n° 2015-1157 du 17 septembre 2015 relatif au commerce équitable, art. 2.

282 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 60, II, 3°.

283 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 60 : « I. – Le commerce équitable s'inscrit dans la stratégie nationale de développement durable. »

284 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 60, II, al. 2 et 3.

146. La nécessité du recours à un label « commerce équitable » ou à un système de garantie pour utiliser l'allégation « équitable ». L'article 275 de la loi Climat conditionne l'usage du terme « équitable » dans la dénomination de vente des produits aux trois conditions cumulatives suivantes : i) répondre à la définition légale du commerce équitable ; ii) être soumis à un système de garantie ou être conformes à un label ; iii) le système de garantie ou le label doit être reconnu par la plateforme nationale d'action globale pour la responsabilité sociétale des entreprises²⁸⁵. Cet encadrement de l'allégation « équitable » entre en vigueur au 1^{er} janvier 2023, mais les modalités de reconnaissance des systèmes de garantie et des labels n'ont pas encore été adoptées. Toutefois, les entreprises intervenant dans les filières de commerce équitable doivent d'ores et déjà être en mesure de présenter des informations relatives à la traçabilité des produits²⁸⁶.

II.B.2. Les sanctions de la réglementation de l'allégation « commerce équitable »

147. La commercialisation d'un produit présenté comme issu du commerce équitable apparaît comme illicite dans trois types de circonstances. Premièrement, il peut s'agir d'une allégation « équitable » sans respecter la définition légale du commerce équitable, notamment en ce qui concerne la définition du prix équitable. Deuxièmement, la violation peut résider dans l'usage de l'allégation « équitable » sans être soumis à un système de garantie ou sans être conforme à un label. Troisièmement, la violation peut résider dans l'usage de l'allégation « équitable » en usant d'un système de garantie ou d'un label, mais qui ne serait pas reconnu par la plateforme nationale d'action globale pour la responsabilité sociétale des entreprises. Dans de telles circonstances, la pratique serait passible de sanctions pénales et/ou civiles.

148. L'infraction pénale de pratique commerciale trompeuse. Tout d'abord, se prévaloir abusivement d'un prix équitable peut constituer une pratique commerciale trompeuse. En effet, le fait de commercialiser un bien en usant de l'allégation « équitable » sans être titulaire du droit d'apposer un tel label est réputé trompeur par l'article L. 121-4, 2° du Code de la consommation.

Ensuite, si le professionnel use de l'allégation équitable, soit en affirmant être titulaire d'un label qui n'est pas reconnu par la plateforme nationale d'action globale pour la responsabilité sociétale des entreprises soit, s'il n'est pas titulaire d'un label, en affirmant être soumis à un système de garantie alors que ce dernier n'est pas reconnu par la plateforme nationale, alors la pratique pourrait être réputée trompeuse au terme du 4° du même article. En effet, ce texte répute trompeur le pour un professionnel d'affirmer que ses « pratiques commerciales ou qu'un produit ou service a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou de ne pas respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue ». La qualification de pratique réputée trompeuse n'est cependant pas certaine. Certes, la plateforme nationale d'action globale pour la responsabilité sociétale des entreprises constitue bien un organisme public. Toutefois, il faut attendre le décret d'application arrêtant précisément sa mission afin de vérifier que la notion de « reconnaissance » du système de garantie ou du label « commerce équitable » correspond bien aux notions « d'agréé, approuvé ou autorisé » visées par l'infraction.

Enfin, le fait d'user de la mention « équitable » sans respecter les critères légaux du « commerce équitable » pourrait constituer une pratique commerciale trompeuse telle que définie à l'article L. 121-2, 2°, e) du Code de la consommation. En effet, est considérée comme trompeuse

285 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, dans sa version modifiée par la loi Climat du 22 août 2021, art. 60, II bis.

286 Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 60, II, al. 2.

la pratique commerciale qui repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur sur la « la portée des engagements de l'annonceur, notamment en matière environnementale, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ». Toutefois, contrairement aux pratiques visées à l'article L. 121-4, cette pratique n'est pas présumée trompeuse et il faudra donc prouver qu'elle est de nature à induire en erreur un consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

La sanction des pratiques commerciales trompeuse est prévue à l'article L. 132-2 du Code de la consommation. Elles sont punies d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. De plus, le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit. Ce taux est porté à 80 % lorsque l'allégation porte sur l'impact écologique du produit ainsi que la portée des engagements de l'annonceur en matière environnementale.

149. L'infraction pénale de tromperie. L'infraction de tromperie consiste, notamment, à tromper ou tenter de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, notamment, sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises²⁸⁷. La sanction est plus sévère qu'en matière de pratique commerciale trompeuse puisque la peine d'emprisonnement s'élève à trois ans. En revanche, le montant de l'amende de 300 000 euros ne peut pas être modulé à la hausse²⁸⁸.

150. L'infraction pénale de contrefaçon. L'entreprise qui apposerait un label « commerce équitable » sans autorisation du titulaire de la marque collective pourrait également être poursuivie sur le fondement de la contrefaçon. En effet, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait pour toute personne d'offrir à la vente ou de vendre des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ainsi que de reproduire, d'imiter, d'utiliser, d'apposer, de supprimer, de modifier une marque, une marque collective ou une marque de garantie en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci²⁸⁹.

151. Les sanctions civiles. Le recours illicite à l'allégation « équitable » peut également être sanctionné sur le plan civil. Constitutive d'une faute civile délictuelle, la pratique commerciale litigieuse peut engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur si elle cause un préjudice. Les victimes pourraient être une autre entreprise, par exemple un concurrent, ou même la personne morale titulaire de la marque collective constituant le label indument utilisé. Le préjudice pourrait alors être réparé sur le fondement de la concurrence déloyale et être évalué d'après une jurisprudence récente : « en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectées par ces actes²⁹⁰. » Si la victime est un consommateur, elle pourra demander la réparation de son préjudice moral, du fait d'avoir été trompée, ainsi que la réparation de son préjudice pécuniaire.

Quant au contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale trompeuse, sa nullité n'est pour l'instant pas prévue par le droit de la consommation issu de la transposition de la directive pratiques commerciales déloyales 2005/29/CE, cette sanction étant réservée aux pratiques commerciales agressives. Le consommateur qui souhaiterait obtenir la nullité du contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale trompeuse devrait nécessairement passer par la preuve d'un vice du consentement (erreur ou dol).

287 C. consom., art. L. 441-1.

288 C. consom., art. L. 454-1.

289 CPI, art. L 716-10.

290 Com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614.

Toutefois, si les fraudes n'ont pas été mises en lumière par la DGCCRF ou les associations, cela risque de rester une hypothèse d'école, les consommateurs ayant difficilement les moyens de se rendre compte, par eux-mêmes, du caractère trompeur de la pratique. Néanmoins, les associations seront sûrement vigilantes et pourraient jouer leur rôle de lanceur d'alerte.

II.B.3. Propositions pour améliorer la loyauté de la sollicitation du consommateur par la mise en évidence d'un prix équitable pour promouvoir les enjeux sociaux et environnementaux

152. Un encadrement encore imparfait. L'institut national de la consommation met en évidence les lacunes de la réglementation²⁹¹. En effet, la certification des produits issus du « commerce équitable » peut être réalisée suivant deux modalités différentes selon qu'elle garantit un produit « complètement » issu du commerce équitable ou bien qu'elle garantit que seule « une certaine proportion » du produit provient du commerce équitable. La première méthode est qualifiée de « ségrégation » car « les produits certifiés sont séparés physiquement des produits standards depuis la plantation jusqu'à la sortie de l'usine. Différents lots certifiés peuvent être mélangés. Quand les produits sont ségrégués et tracés depuis l'exploitation agricole, on parle d'identité préservée²⁹². » Ainsi, la méthode de ségrégation est beaucoup plus fiable dans la description du caractère équitable du produit. Malheureusement, cette méthode est également la plus coûteuse. Un récent rapport sénatorial sur l'information du consommateur dresse un constat analogue et invite le législateur à continuer à agir en vue d'une meilleure information du consommateur²⁹³.

153. Un encadrement ineffectif compte tenu du défaut de décret d'application. La loi Climat et Résilience prévoit que les entreprises qui utilisent la mention équitable dans la dénomination de leurs produits doivent veiller à ce que le label ou le système de garantie qu'elles utilisent aient valablement été reconnus par la plateforme nationale d'action globale pour la RSE. Cette disposition est en théorie entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2023, mais ne peut toujours pas être appliquée en pratique.

En effet, le décret d'application censé définir le rôle exact de la plateforme nationale dans la reconnaissance des labels et des systèmes de garantie ne sont toujours pas adoptés. Par ailleurs, il semble que les critères de définition du système de garantie ne fassent pas consensus.

C'est la raison pour laquelle une proposition de loi « visant à sécuriser les allégations faisant référence au commerce équitable » a été déposée le 12 septembre 2023. Son article unique a deux objets. Le premier est de supprimer la possibilité de recourir à un système de garantie. Cela aurait pour conséquence de faire de l'usage d'un label la condition nécessaire pour recourir à la mention « commerce équitable ». Le second est de préciser les caractéristiques du label. Il doit 1/ être établi au terme d'une procédure ouverte et transparente ; 2/ reposer sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires ; 3/ ses conditions d'obtention doivent être fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande son obtention ne peut exercer d'influence décisive et sont accessibles à toute personne intéressée.

Le caractère inabouti lié à l'absence d'adoption des décrets attendu est source d'insécurité juridique. Dès lors, la loyauté de la sollicitation du consommateur par la mise en évidence d'un prix équitable pour promouvoir les enjeux sociaux et environnementaux n'est pas assurée.

291 « Produits équitables c'est flou sur les étiquettes » : <https://www.60millions-mag.com/2023/05/01/produits-equitables-c-est-flou-sur-les-etiquettes-21383>.

292 E. Casalegno, «Aliments équitables et durables. Le label ne garantit pas toujours l'origine », 14 mars 2022 : <https://www.quechoisir.org/actualite-aliments-equitables-et-durables-le-label-ne-garantit-pas-toujours-l-origine-n99100/>.

293 F. Gay, Fr. Ferat et Fl. Blatrix-Cont, Rapport d'information sur l'information du consommateur, 29 juin 2022, p. 49.

154. Proposition. Alors que la mention « commerce équitable » est devenue, au fil des réformes, une allégation réglementée à part entière, il est regrettable qu'elle ne soit pas encore codifiée. Afin de renforcer son accessibilité et son intelligibilité, il est proposé de l'intégrer au Code de la consommation. Les conditions de l'usage de l'appellation commerce équitable pourraient trouver une place de choix au sein du livre IV et plus précisément dans le titre III : « valorisation des produits et services », au sein d'un chapitre dédié « allégation "issu du commerce équitable" ».

Proposition

23 Codifier les conditions de l'usage de l'appellation «commerce équitable» (prévues par l'article 60 de la loi du 2 août 2005, tel que modifié par l'article 275 de la loi Climat) dans le titre III du livre IV du code de la consommation (« valorisation des produits et services ») au sein d'un chapitre dédié : « allégation "issu du commerce équitable" ».

LISTE DES PROPOSITIONS DE LA PREMIERE PARTIE

INFORMATION SUR LE PRIX

- 1** Mieux distinguer, au niveau européen, la frontière entre publicité et phase précontractuelle dont les régimes diffèrent. La matérialité de contracter pourrait constituer un critère nécessaire pour caractériser la phase précontractuelle, à la différence de la publicité.
- 2** Revoir, avec toutes les parties prenantes, la liste des informations substantielles nécessaires à une invitation à l'achat dans la directive 2005/29, afin de réinterroger l'opportunité de l'identité de formulation avec les informations précontractuelles de l'article 5 de la directive 2011/83.
- 3** Clarifier davantage l'éventualité d'un conflit de normes entre les pratiques commerciales déloyales (directive 2005/29) et les obligations précontractuelles d'information (directive 2011/83 et toutes les autres directives spécifiques), notamment au regard de l'enjeu des sanctions, avec une attention particulière dans l'hypothèse de l'omission ou du défaut de transparence d'information précontractuelle.
- 4** Attirer l'attention des pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance d'un prix exprimé dans la monnaie nationale, incluant les prix d'achats facultatifs intégrés à des jeux vidéo. Si cette exigence existe en France, non seulement elle n'est pas toujours respectée mais surtout elle n'est pas imposée au niveau européen.
- 5** Attirer l'attention des professionnels et des pouvoirs publics sur le besoin de clarifier les éléments qui doivent être inclus dans le prix, et ceux qui peuvent faire l'objet d'une mention en sus. Cette clarification doit allier sécurité juridique et souplesse afin de s'adapter à la diversité et à l'évolution des situations.

5.1. Les instruments de clarification pourraient utilement prendre la forme, au niveau européen, d'orientations d'interprétation de la Commission européenne plus claires sur cette question et, au niveau national, d'une FAQ issue, par exemple, de la DGCCRF en partenariat avec toutes les parties prenantes (professionnels et consommateurs).

5.2. Ces instruments pourraient utilement s'inspirer des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'inclusion de « tous les éléments inévitables et prévisibles

obligatoirement (et définitivement) à la charge du consommateur ».

6 Modifier en conséquence l'arrêté du 3 décembre 1987.

**Information sur la rentabilité économique
dans les contrats de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques**

7 Attirer l'attention des pouvoirs publics et du juge national sur la nécessité, dans un rapport de consommation, de recourir au critère de la qualité des parties à travers les notions de consommateur et de professionnel, notions européennes déterminant une protection d'ordre public, à la place de celle d'acte de commerce. Lorsqu'est en jeu l'application du droit européen de la consommation, le juge doit soulever d'office la règle adéquate de protection des consommateurs d'origine européenne, et se reporter à la notion de consommateur pour déterminer si la finalité de l'acte permet cette qualification.

8 Obliger que le consommateur soit informé que son choix d'installation de dispositif de panneaux photovoltaïques, comme la revente d'électricité, est susceptible de lui faire perdre la protection du droit de la consommation.

9 Afin que le consommateur soit informé des variations de la rentabilité économique de l'installation, généralement déterminante de son consentement, plusieurs solutions sont envisageables :

9.1. Attirer l'attention du juge national sur la possibilité de renforcer l'obligation de conseil du professionnel à travers l'obligation de transparence des clauses contractuelles, à l'instar de la jurisprudence de la Cour de justice portant sur les contrats de crédits libellés en devises étrangères. Les dispositions contractuelles relatives à l'installation des panneaux photovoltaïques et à leur finalité doivent être claires et compréhensibles, c'est-à-dire qu'elles doivent être compréhensibles « *à la fois sur la plan formel et grammatical* » mais également quant à leur « *portée concrète* » « *de sorte que le consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui* », impliquant en amont la fourniture « *d'informations suffisantes* » par le professionnel.

9.2. Encourager la remise d'une notice informative rédigée par les acteurs économiques, représentant des professionnels et des consommateurs, intégrant des informations objectives et subjectives, ainsi que les variations de la rentabilité en fonction de l'installation choisie et d'indicateurs géographiques (taux d'ensoleillement, etc). Des exemples précis devraient être mentionnés afin que le particulier se rende compte des conséquences financières du fait de sa propre installation. Cette notice pourrait être réalisée en concertation avec la DGCCRF.

9.3. Privilégier toute modification législative au seul niveau européen.

Transparence formelle de l'information

10 Alerter les pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance de réfléchir, avec toutes les parties prenantes, aux supports formels d'information, tout en intégrant de nouvelles possibilités de dissociation des supports selon la pertinence des informations.

Procédés renforçant l'attractivité du prix

11 La libéralisation des promotions par la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales ne doit pas empêcher les Etats membres d'organiser des périodes de soldes, nécessairement soumises à une réglementation dont la violation est sanctionnée.

12 Supprimer l'article L. 121-4 23° du code de la consommation.

Information sur la réduction de prix

13 Conserver un cadre légal d'harmonisation européenne pour toutes les questions relatives aux réductions de prix.

14 Attirer l'attention du législateur national sur la nécessité de discuter au niveau européen de l'opportunité de l'extension des annonces de réduction de prix aux services et contenu ou service numérique, en prenant soin de consulter les parties prenantes.

15 Veiller autant que possible à ce que le régime applicable aux réductions de prix couvre tous les types de commerce et de pratiques (tel le déstockage).

16 Améliorer le régime actuel de manière à sécuriser les prix de référence tout en conservant une certaine souplesse dans leur détermination. Pour atteindre ces objectifs, trois possibilités alternatives de modifications sont suggérées, qui doivent être discutées avec les parties prenantes :

16.1 laisser perdurer la distinction entre annonce de réduction de prix et comparaison de prix en la sécurisant par des critères généraux ;

16.2 refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime essentiellement composé de critères généraux ;

16.3 refondre les annonces de réduction de prix et la comparaison de prix en un seul régime fixant une liste de prix de référence limitativement énumérés par la loi.

17 Pour plus de transparence, obliger positivement les professionnels à indiquer clairement à proximité du prix appliqué, le prix de référence utilisé.

18 Supprimer, dans le code de la consommation, la référence de l'article L. 112-1-1 I à l'article L. 121-2, et sanctionner la violation de l'article L. 112-1-1 I par un article autonome.

Promotion de prix « éthique » par les règles de concurrence

19 Évaluer de manière approfondie et complète l'efficacité de l'ensemble des dispositifs de répartition des valeurs au sein des filières alimentaires. En fonction des résultats de cette évaluation, en tirer les conséquences, soit par leur amélioration soit par leur suppression dans la perspective d'un constat d'inefficacité.

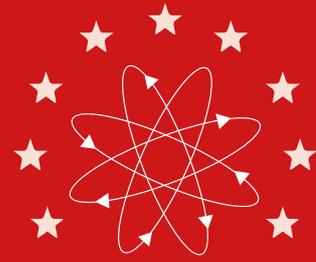
20 Évaluer entièrement le dispositif de contractualisation instauré par les articles L. 441-1 s. du code de commerce afin d'opérer une mise en balance des avantages et inconvénients de l'ensemble du système de la négociation annuelle.

21 Envisager la possibilité d'un label permettant de garantir, à travers un cahier des charges contrôlé, des prix assurant un juste partage des valeurs.

22 Encourager toute législation relative aux relations commerciales au niveau européen.

Promotion de prix « éthique » par des enjeux environnementaux

23 Codifier les conditions de l'usage de l'appellation «commerce équitable» (prévues par l'article 60 de la loi du 2 août 2005, tel que modifié par l'article 275 de la loi Climat) dans le titre III du livre IV du code de la consommation (« valorisation des produits et services ») au sein d'un chapitre dédié : « allégation "issu du commerce équitable" ».



PARTIE II.

LES MODES DE SOLLICITATION²⁹⁴

155. Notion. Les modes de sollicitation s'entendent des divers procédés de prospection déployés par les professionnels afin d'inciter le consommateur à contracter. Il ne s'agit pas ici de s'intéresser au contenu de la sollicitation, telle la publicité, mais à ses vecteurs. Même si ces procédés font l'objet d'une réglementation dont il convient de comprendre les finalités (II), le principe reste la licéité des modes de sollicitation quelle que soit leur typologie (I).

I. TYPOLOGIE ET LICÉITÉ DE PRINCIPE DES MODES DE SOLLICITATION

156. Plan. Les modes de sollicitation, dont la typologie est dressée (I.A.), présentent pour trait commun d'être en principe licites (I.B).

I.A. Typologie des modes de sollicitation

157. Méthodologie. Différents modes ou canaux de sollicitation sont ici répertoriés, sans exhaustivité²⁹⁵ et sans qu'il s'agisse à ce stade de proposer des corrections de leur régime. Ancien, le procédé consistant pour le professionnel à se rendre au-devant des consommateurs, autrement dit le mode de sollicitation physique (I.A.1.), s'est diversifié et peut être précédé, accompagné ou suivi d'autres moyens de solliciter le consommateur²⁹⁶ qu'il s'agisse des modes téléphoniques (I.A.2.), électroniques (I.A.3) ou papiers (I.A.4).

294 Hormis les développements signalés comme ayant été rédigés par Nathalie Martial-Braz et Pierre Lequet, la partie a été rédigée par Natacha Sauphanor-Brouillaud.

295 Sont notamment écartés l'audiovisuel et la radio. Sur l'audiovisuel voir Précis de télévision, 18ème éd., 2022 publié par Le Syndicat national de la publicité télévisée – administrateur de l'ARPP.

296 Le législateur en a bien conscience lorsqu'il édicte par exemple un régime spécifique quand « *la fourniture à distance de services financiers à un consommateur est précédée d'un démarchage* » (CMF, art. L. 341-1) ou encore lorsqu'il assimile à un contrat conclu hors établissement le contrat conclu « *dans le lieu où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle ou au moyen d'une technique de communication à distance, immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce en permanence ou de manière habituelle son activité et où les parties étaient, physiquement et simultanément, présentes* » (Dir. 2011/83, art. 2, 8), c) ; C. consom., art. L. 221-1).

I.A.1. Modes de sollicitation physique

158. A domicile : visites sollicitées et visites non sollicitées. En droit français, avant la transposition de la directive 2011/83, l'accent était mis sur le déplacement du professionnel pour aller au-devant du consommateur, le « porte à porte », ou « démarchage », terme utilisé par l'ancienne réglementation du démarchage à domicile²⁹⁷ et qui subsiste dans d'autres secteurs, tels l'enseignement²⁹⁸, les obsèques²⁹⁹ et la matière bancaire et financière. Avec la directive 2011/83, c'est la sollicitation du consommateur dans un certain contexte -hors établissement- qui justifie une protection du consommateur. En effet, « *dans un contexte hors établissement, le consommateur peut être soumis à une pression psychologique éventuelle ou être confronté à un élément de surprise* »³⁰⁰. La détermination de ce qu'est ou n'est pas un établissement commercial est donc cruciale pour l'application du régime protecteur. A cet égard, la directive précise que « *les espaces accessibles au public, tels que les rues, les galeries commerçantes, les plages, les installations sportives et les transports publics, que le professionnel utilise à titre exceptionnel pour ses activités commerciales, ainsi que les domiciles privés ou les lieux de travail, ne devraient pas être considérés comme des établissements commerciaux* »³⁰¹. Pour le consommateur, c'est essentiellement son domicile qui constitue le contexte « hors établissement ». La réglementation protectrice a été conçue pour un grand nombre d'opérations contractuelles de la vie courante dont les contrats portant sur la fourniture de gaz naturel ou d'électricité³⁰² avec, en la matière, quelques adaptations du régime protecteur³⁰³.

La *ratio legis* de la réglementation du domaine bancaire et financier est également la circonstance que la sollicitation s'opère en dehors d'un établissement commercial. La matière est toutefois plus complexe puisqu'elle est composée de deux corps de règles. A la réglementation du démarchage bancaire et financier, de source exclusivement nationale qui figure dans le code monétaire et financier³⁰⁴, s'ajoute celle de la commercialisation à distance des services financiers qui procède de la transposition, dans le code de la consommation, de la directive n°2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs³⁰⁵ en voie d'être abrogée par une nouvelle directive³⁰⁶. Le démarchage bancaire et financier et la commercialisation à distance de services financiers correspondent à deux moments différents, le

297 Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. Voir égal. la dir. 85/577 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (abrogée par la directive 2011/83), 3ème consid.

298 C. éducation, art. 471-4 : « *Il est interdit d'effectuer des actes de démarchage ou de mandater des démarcheurs pour le compte d'organismes d'enseignement.*

Constitue l'acte de démarchage le fait de se rendre au domicile des particuliers ou sur les lieux de travail pour provoquer la souscription d'un contrat d'enseignement. ».

299 CGCT, art. L. 2223-33 : « *A l'exception des formules de financement d'obsèques, sont interdites les offres de services faites en prévision d'obsèques ou pendant un délai de deux mois à compter du décès en vue d'obtenir ou de faire obtenir, soit directement, soit à titre d'intermédiaire, la commande de fournitures ou de prestations liées à un décès. Sont interdites les démarches à domicile ainsi que toutes les démarches effectuées dans le même but sur la voie publique ou dans un lieu ou édifice public ou ouvert au public. ».*

300 Dir. 2011/83, 21ème consid. Le terme « visite » existait déjà dans la dir. 85/577 abrogée par la dir. 2011/83.

301 Dir. 2011/83, 22ème consid.

302 C. consom., art. L. 221-4 al. 1.

303 C. consom., art. L. 224-1.

304 La réglementation est issue d'une réforme générale opérée par la loi n°2003-706 du 1er août 2003 sur la sécurité financière laquelle a unifié les régimes antérieurs disparates qui variaient selon les produits financiers et a posé des règles d'accès à la profession de démarcheur. Le régime issu de la loi du 1er août 2003 a été modifié ponctuellement par la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire, l'ordonnance n°200-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif et la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite loi Pacte.

305 La transposition a été opérée par l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

306 Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive 2011/83/UE en ce qui concerne les contrats de services financiers conclus à distance et abrogeant la directive 2002/65/CE, COM(2022) 204 final.

premier étant préalable. Le législateur a envisagé deux types de démarchage bancaire. Le premier est « *le fait de se rendre physiquement au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans les lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers, en vue des mêmes fins* »³⁰⁷. Le régime protecteur se déclenche « *quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche* »³⁰⁸. Peu importe que le consommateur ait ou non sollicité le démarcheur, à condition qu'il y ait un déplacement physique du professionnel. En théorie ce démarchage est à la matière bancaire et financière, ce qu'est la visite à domicile pour les contrats conclus hors établissement. En pratique, le démarchage physique est tombé en désuétude pour la matière bancaire alors qu'il reste un canal de vente très établi pour les autres secteurs. Le second type de démarchage bancaire et financier est la « *prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit* ». Ici, le point de savoir si le consommateur a été à l'initiative de la démarche est déterminant, l'application du régime protecteur étant subordonnée à la condition que la prise de contact n'ait pas été sollicitée par le démarché. En revanche, tout type de démarchage est englobé : par voie téléphonique, postale et par voie électronique, ce dernier étant prédominant. Le régime protecteur est écarté dans deux cas de figure. Le premier est celui où la personne démarchée est un investisseur qualifié³⁰⁹. Le second est caractérisé lorsque le consommateur sollicité est déjà client de la personne pour le compte de laquelle la prise de contact 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 personne³¹⁰.

Dans la directive 85/577 concernant la protection des consommateurs pour les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, le régime protecteur était exclu chaque fois que la visite du démarcheur avait lieu à la demande expresse du consommateur. Rompant avec cette approche, la directive 2011/83 observe que « *dans un contexte hors établissement, le consommateur peut être soumis à une pression psychologique éventuelle ou être confronté à un élément de surprise, qu'il ait ou non sollicité la visite du professionnel* »³¹¹. Le contrat hors établissement englobe donc le contrat « *ayant fait l'objet d'une offre du consommateur* »³¹². Cependant, la directive 2019/2161 a renoué avec la prise en compte de la qualité de l'instigateur non pour alléger les obligations des professionnels, comme c'était le cas dans la directive 85/577, mais pour autoriser les Etats membres à protéger les intérêts des consommateurs face aux pratiques commerciales ou de vente agressives ou trompeuses « *s'inscrivant dans le cadre de visites non sollicitées* » d'un professionnel au domicile d'un consommateur³¹³. La France a saisi cette option en interdisant toute visite non sollicitée lorsque le consommateur a manifesté de manière claire et non ambiguë ne pas vouloir faire l'objet d'une telle visite³¹⁴.

159. Dans l'établissement après une sollicitation du consommateur hors établissement. Le législateur européen attrait dans le champ de la protection de la directive 2011/83 le contrat conclu dans l'établissement commercial du professionnel ou au moyen d'une technique de communication à distance immédiatement après que « *le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement* » en dehors de l'établissement commercial, en la présence physique simultanée

307 CMF, art. L. 341-1.

308 CMF, art. L. 341-1.

309 CMF, art. L. 341-2, 1°.

310 CMF, art. L. 341-2, 5°. Par ailleurs, depuis la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, la diffusion d'une simple information publicitaire, quel que soit son support et à l'exclusion de tout document contractuel ou précontractuel, est exclue du régime du démarchage. CMF art. L. 341-2, 11°.

311 Dir. 2011/83/UE, 21ème consid.

312 La transposition française est d'ailleurs un peu plus large puisque sont visés les contrats ayant fait l'objet d'une offre faite par le consommateur mais également ceux ayant fait l'objet d'une sollicitation de ce dernier : C. consom., art. L. 221-1, I, 2°, a.

313 Dir. 2005/29/CE, art. 3. 5 tel que modifié par la directive 2019/2161 dite directive omnibus.

314 C. consom., art. L. 221-10-1.

des deux parties³¹⁵. Est également couverte l'hypothèse où le professionnel s'adresse à un consommateur dans une allée commune à différents stands présents dans un hall d'exposition, l'allée commune n'étant pas un établissement commercial, dès lors que le contrat est conclu sur le stand tenu par le professionnel immédiatement après³¹⁶. En effet, les stands des foires et salons sont considérés comme des établissements commerciaux par le législateur européen. Cependant, la CJUE est venue nuancer cette qualification.

160. Foires et salons. Dans son 22^{ème} considérant, la directive 2011/83 attrait dans la catégorie des établissements commerciaux les marchés et les stands dans les foires s'ils servent de siège d'activité permanent ou habituel au professionnel. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a donc saisi l'occasion de la transposition de la directive pour mettre fin à des divergences de jurisprudence antérieure³¹⁷, en créant un régime spécifique pour les contrats conclus dans les foires et salons. L'article L. 224-59 du code de la consommation indique ainsi qu'« *avant la conclusion de tout contrat entre un consommateur et un professionnel à l'occasion d'une foire, d'un salon (...) le professionnel informe le consommateur qu'il ne dispose pas d'un droit de rétractation* ». Cette exclusion de principe ne paraît pas conforme à la jurisprudence de la CJUE. Plus nuancée, la jurisprudence invite à raisonner au cas par cas, un stand ne pouvant pas être systématiquement considéré comme un établissement commercial. Tout dépend du point de savoir si le consommateur s'attend, ou non, à faire l'objet d'une sollicitation commerciale sur le lieu en question. Plus précisément un stand n'est un établissement commercial que « *si, au regard de l'ensemble des circonstances de fait qui entourent ces activités, et notamment de l'apparence de ce stand et des informations relayées dans les locaux de la foire elle-même, un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce professionnel y exerce ses activités et le sollicite afin de conclure un contrat, ce qu'il incombe au juge national de vérifier* »³¹⁸. Cette jurisprudence européenne qui mérite donc un affinement du texte français présente en outre un intérêt pratique pour les vendeurs à domicile indépendants. N'étant habilités qu'à pratiquer la vente hors établissement, ils pourraient valablement conclure des contrats sur des stands dans des foires et salons à condition de prouver, que le consommateur ne s'attendait pas à faire l'objet d'une sollicitation commerciale. Il est donc proposé de corriger la rédaction de l'article L. 224-59 pour se conformer à la jurisprudence européenne.

161. Excursions. Axée autour de la sollicitation du consommateur en dehors d'un établissement commercial, la directive 2011/83 s'intéresse également aux excursions organisées par le professionnel ayant tant pour «*but*» que pour «*effet*» de promouvoir et de vendre des produits aux consommateurs : voyages comportant des visites touristiques ou autres activités de loisirs, transports vers des lieux tels que des restaurants, des cafés ou des hôtels où sont organisés des évènements de vente hors établissement³¹⁹. L'excursion est donc un mode de sollicitation qui suscite une réglementation indépendamment d'ailleurs du fait d'une part que les contrats soient conclus au sein ou en dehors de l'établissement commercial et d'autre part que le consommateur ait été ou non préalablement informé de la vente de produits pendant l'excursion³²⁰.

315 Dir. 2011/83, art. 2, 8) transposé à l'article L. 221-1 2° b du Code de la consommation. Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, C-525/1, 2.2.

316 CJUE, ord. 17 déc. 2019, aff. C-465/19, B & L Elektrogeräte GmbH, pts 29 et 34.

317 Le Lamy droit économique, 2022, n°5583 par S. Bernheim-Desvaux.

318 CJUE, 7 août 2018, aff. C-485/17, Verbraucherzentrale Berlin.

319 Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., 2.3.

320 Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE, préc., 2.3.

162. Ventes en réunion. Entrent également dans la catégorie des modes de sollicitation physique, les « réunions organisées par le vendeur à son domicile ou au domicile d'un consommateur »³²¹ puisque les domiciles privés ne sont pas des établissements commerciaux³²².

I.A.2. Mode de sollicitation téléphonique

163. Plan. La pratique ancienne, consistant à contacter par téléphone des clients ou des prospects, autrement dit des consommateurs qui ne sont pas encore clients, afin de leur proposer des produits ou des services, a fait l'objet de l'attention du législateur dans un certain nombre de secteurs³²³. Le présent rapport s'en tiendra au démarchage téléphonique (I.A.2.1) qui obéit à un régime spécifique dans le secteur bancaire et financier (I.A.2.2).

I.A.2.1. Démarchage téléphonique

164. Distinction prospect / client propre au droit français. En droit européen, la directive 2011/83 n'opère pas, pour le démarchage téléphonique, de distinction entre le client et le prospect³²⁴. Propre au droit français, cette distinction s'induit du dispositif Bloctel et de l'exception client mis en place par la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux.

En effet, si le professionnel souhaite démarcher téléphoniquement un prospect, il doit au préalable s'assurer que ce dernier n'est pas inscrit sur la liste gratuite d'opposition au démarchage téléphonique, créée par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation qui, en conformité avec la directive 2002/58 permet au consommateur de s'opposer préalablement à tout démarchage.

Si le professionnel souhaite contacter un client, il doit là encore au préalable consulter la liste d'opposition. Cependant, « l'exception client » rend licite le démarchage d'un consommateur inscrit sur la liste dès lors qu'il s'agit pour le professionnel, si tant est qu'il respecte le déroulé de la conversation prévu à l'article L. 221-16 du Code de la consommation, de lui proposer des produits ou des services complémentaires à l'objet d'un contrat en cours d'exécution ou de nature à améliorer ses performances ou sa qualité.

I.A.2.2. Démarchage bancaire et financier

165. Prise de contact sollicitée/non sollicitée. En définissant l'acte de démarchage bancaire ou financier comme toute prise de contact non sollicitée « *par quelque moyen que ce soit* » l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier, s'applique aux appels téléphoniques passés par des chargés de clientèle ou des centres d'appel³²⁵. Comme indiqué précédemment, le régime protecteur est écarté, non seulement lorsque la personne est un investisseur qualifié mais en outre lorsque le consommateur sollicité est déjà client de la personne pour le compte de laquelle la prise de contact a lieu, dès lors que l'opération proposée correspond, à raison de ses caractéristiques, des risques

321 C. consom., art. L. 221-10, 3°.

322 Dir. 2011/83, 22^{ème} consid.

323 Notamment dans le secteur de l'assurance.

324 L'article 8, 5° de la directive 2011/88 se borne à envisager le contact par téléphone du « consommateur » en vue de conclure un contrat sans différencier selon que le consommateur est ou non déjà client du professionnel.

325 H. Aubry, Démarchage bancaire et financier, Rép. Dalloz sociétés, sept. 2009, actualisation juill. 2020, n°20.

ou des montants en cause, à des opérations habituellement réalisées par cette personne³²⁶. On peut y voir une forme d'exception client.

166. Exception client. Le régime du démarchage bancaire et financier est, comme pour le démarchage téléphonique, articulé autour de l'exception client. Celle-ci n'est cependant pas rédigée dans les mêmes termes pour ces deux secteurs qui ont été réglementés séparément et à des moments différents. Dans l'article L. 223-1 du code de la consommation il est en effet permis au professionnel de démarcher téléphoniquement un consommateur inscrit sur la liste « *lorsqu'il s'agit de sollicitations intervenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours et ayant un rapport avec l'objet de ce contrat* ». Dans l'article L. 341-2 5° du Code monétaire et financier le régime protecteur du démarchage bancaire est écarté « *lorsque la personne visée est déjà cliente de la personne pour le compte de laquelle la prise de contact 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* ». Cette différence de rédaction n'est toutefois pas gênante dans la mesure où les finalités de l'exception client diffèrent entre les deux textes. Pour le démarchage bancaire l'exception client joue comme une exclusion du régime protecteur alors que pour le démarchage téléphonique, elle permet uniquement au professionnel de passer outre l'inscription sur la liste Bloctel. L'exception client ne dispense pas le professionnel de suivre le processus de l'article L. 221-16 du code de la consommation -envoi d'une offre et non d'un contrat- et n'exclut pas le consommateur du bénéfice du droit de rétractation prévu à l'article L. 221-18.

I.A.3. Modes de sollicitation électroniques

167. Plan. Aux modes de prospection directe (I.A.3.1), s'ajoutent des modes de sollicitation électroniques favorisés par l'essor des réseaux sociaux et des plateformes telles que les sollicitations par placement (I.A.3.2) et les sollicitations par divertissement (I.A.3.3.).

I.A.3.1. Modes de prospection directe

168. Communications commerciales non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe - Sources de l'article L. 34-5 du CPCE. La sollicitation du consommateur est au cœur de la réglementation des services de communications électroniques. Plus précisément, ce sont les « communications commerciales non sollicitées » effectuées à des fins de prospection directe qui ont été appréhendées. Ce fut le cas d'abord des seules communications commerciales non sollicitées adressées par courrier électronique, qui ont été visées par l'article 7 de la directive 2000/31 « commerce électronique ». Puis la directive 2002/58 « vie privée » a élargi le spectre des communications commerciales non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe. Dans son article 13, elle vise non seulement les communications effectuées par courriers électroniques, mais également celles opérées par des systèmes automatisés d'appel et de communication sans intervention humaine (automates d'appel) et par des télécopieurs. Dans son 40^{ème} considérant, elle cite également les messages courts (SMS). La directive 2009/136, qui a modifié la directive 2002/58, poursuit

326 CMF, art. L. 341-2, 5°. Par ailleurs, depuis la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, la diffusion d'une simple information publicitaire, quel que soit son support et à l'exclusion de tout document contractuel ou précontractuel, est exclue du régime du démarchage. CMF art. L. 341-2, 11°.

l'allongement de la liste des communications commerciales non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe en ajoutant les « *MMS et autres applications de nature semblable* »³²⁷.

Le contenu de l'article 13 de la directive vie privée a été repris à l'article L. 34-5 du code des postes et télécommunications par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle transposant le paquet « télécoms ». La disposition a été modifiée à plusieurs reprises³²⁸ sans être cependant affectée par l'adoption du code des communications électroniques européen³²⁹.

169. Typologie des modes de prospection directe. La prospection directe, non définie dans les directives 2002/58 et 2009/136, est entendue dans l'article L. 34-5 alinéa 3 du CPCE comme « *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* », ce qui correspond à l'acception retenue récemment par la CJUE³³⁰.

Issue de l'article 13 de la directive vie privée, la liste des modes de prospection directe réglementés comporte les systèmes automatisés de communications électroniques au sens de l'article L. 32-6° du CPCE, le télécopieur et les courriers électroniques.

Les systèmes automatisés de communications électroniques désignent les services fournis via des réseaux de communications électroniques qui comprennent au moins l'un des types de services suivants : un service d'accès à Internet ; un service de communications interpersonnelles ; un service consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux tels que les services de transmission utilisés pour la fourniture de services de machine à machine et pour la radiodiffusion³³¹.

Les modes de prospection directe englobent donc les SMS ou short messages services (textos) ou minimessages qui, en tant que système d'émission et de réception de messages multimédias, constituent des services de communications interpersonnelles³³² ; les MMS, (*Multimedia Messaging Service*) ou « *service de messagerie multimédia* » qui répondent à la même définition que les SMS et qui permettent de joindre des photos ou des vidéos ; les notifications PUSH, ou « *service consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux tels que les services de transmission utilisés pour la fourniture de services de machine à machine et pour la radiodiffusion* » qui se distinguent des SMS ou MMS dans la mesure où les messages sont envoyés aux utilisateurs d'une application et affichés et signalés sur le centre de notification du terminal utilisé³³³ ; les courriers électroniques³³⁴.

327 Dir. 2009/136, 67ème consid. : « *les garanties apportées aux abonnés contre les atteintes à leur vie privée par des communications non sollicitées à des fins de prospection directe au moyen du courrier électronique devraient aussi s'appliquer aux SMS, MMS et autres applications de nature semblables* ».

328 Modification par des initiatives de droit national : l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques (art. 8), la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (art. 115) et la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

329 L'ordonnance n° 2021-650 du 26 mai 2021 a transposé la directive 2018/1972 qui, procédant à une refonte des directives « paquet télécom », a élaboré le code des communications électroniques européen. Elle n'a cependant pas abrogé la directive « vie privée », ni modifié l'article 13 de celle-ci.

330 CJUE, 25 nov. 2021, aff. C-102/20, StWl Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, pts 69 à 71.

331 Cette définition de l'article L. 32, 6° du CPCE est conforme à l'article 2, 4) et 11) de la directive 2018/1972.

332 Au sens de l'article 2, 5 de la directive 2018/772 transposé à l'article L. 32, 6°bis du CPCE. Service qui permet l'échange interpersonnel et interactif direct d'informations via des réseaux de communications électroniques entre un nombre fini de personnes, par lequel les personnes qui amorcent la communication ou y participent en déterminent le ou les destinataires.

333 Mobile Marketing Association France, *Les push notifications, mode d'emploi*, 2015. Faute d'interactivité, les notifications PUSH ne constituent pas des communications interpersonnelles.

334 Les courriers électroniques constituent des services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation au sens de l'article 2, 7 de la directive 2018/772 transposé à l'article L. 32, 6°quater du CPCE (service qui permet l'échange interpersonnel et interactif direct d'informations via des réseaux de communications électroniques entre un nombre fini de personnes, par lequel les personnes qui amorcent la communication ou y participent en déterminent le ou les destinataires).

Les messages adressés sous forme de SMS, MMS, notifications PUSH, courrier électronique aux consommateurs pour les informer de nouveaux produits ou services constituent donc des communications commerciales, assimilées par le droit européen à des prospections directes ou des sollicitations.

Le démarchage bancaire ou financier peut être opéré « *par quelque moyen que ce soit* » selon l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier. D'application large le texte appréhende donc le démarchage réalisé par un mode de prospection électronique. Le démarchage est alors soumis à la réglementation de l'article L. 34-5 du CPCE. En effet, issu de la transposition de la directive 2002/65, l'article L. 222-16 du code de la consommation distingue deux modes de commercialisation à distance des services financiers : les modes de prospection mentionnés à l'article L. 34-5 du CPCE, dont le régime est alors applicable aux services financiers et les autres techniques de communication à distance qui relèvent d'un régime différent.

170. Qualification : des modes de sollicitation. La CJUE, amenée à interpréter tant la notion de prospection directe au sens de l'article 13 de la directive vie privée que celle de sollicitation au sens de l'annexe I, point 26 de la directive pratiques commerciales déloyales³³⁵, a considéré qu'un message publicitaire « *s'adressant directement et individuellement à l'utilisateur concerné* » produit le même effet que « *celui d'une prospection directe individualisée* ». Pour s'assurer qu'une communication a pour finalité une prospection directe, elle enjoint en effet de vérifier si la communication « *poursuit un but commercial et s'adresse directement et individuellement à un consommateur* »³³⁶. Elle considère qu'il s'agit là d' « *une « sollicitation » des utilisateurs de services de messagerie électronique, au sens de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29* »³³⁷. Les modes de prospection déclinés à l'article L. 34-5 du CPCE peuvent donc être vus comme autant de modes de sollicitations.

I.A.3.2. Sollicitations par placement

171. Modernisation. Le consommateur peut être sollicité par le placement de produits ou de marques. Le procédé a été inauguré dans les œuvres cinématographiques et audiovisuelles (notamment les clips musicaux). Il avait été défini par le CSA comme « *toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service ou une marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie* »³³⁸. Cependant, le procédé est désormais utilisé sur d'autres supports pour toucher un public plus large et varié ou financer de nouveaux types d'œuvres. On trouve ainsi des placements de produits ou de marques au sein d'applications numériques, de jeux vidéo ou au sein de contenus postés par les influenceurs, tous types de supports qui sont hors champ d'application de la délibération du CSA.

172. Placement sur des applications numériques. Certaines marques passent des accords commerciaux avec les prestataires d'applications exploitant la localisation géographique de leur utilisateur de type GPS (ex. : *Waze*) ou utilisant la technologie de la réalité augmentée (ex. : *Pokémon Go*) pour y apparaître de façon privilégiée. Ainsi, dans le premier cas, le logo de la marque apparaîtra

335 Dir. 2005/29, Annexe I, pt 26 : « *sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle* ».

336 CJUE, 25 nov. 2021, aff. C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, pt 47.

337 CJUE, 25 nov. 2021, aff. C-102/20, préc., pts 69 à 71.

338 CSA, délib. n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision, JORF n° 54 du 5 mars 2010, Texte n° 88.

sur l'application chaque fois que l'utilisateur passera à côté de l'un de ses points de vente physique. Dans le second cas, des boutiques physiques de professionnels partenaires servent de lieu physique de déroulement d'événements organisés par l'application (ex. : des restaurants *McDonald's* sont utilisés comme arènes de combat dans *Pokémon Go*).

173. Placements au sein des jeux vidéo. Un jeu vidéo peut avoir pour seul objet de promouvoir une marque : le jeu vidéo publicitaire ou *advergame*. Il ne soulève alors pas de question quant au placement de produit puisqu'il est entièrement à visée publicitaire. Il en est différemment lorsque le produit est placé au sein du jeu vidéo. Ainsi, « *tel James Bond utilisant un téléphone Sony Ericsson, et dégustant du champagne Bollinger, le héros du jeu Splinter Cell, Sam Fisher, détient un téléphone Nokia, mâche des chewing-gums Airwaves et roule dans une Chrysler 300C* »³³⁹. La pratique constitue alors « *une publicité intégrée à l'intérieur même des jeux vidéo, afin de promouvoir une marque ou ses produits et services* »⁽³⁴⁰⁾.

174. Placement de contenus pour un annonceur par un influenceur. Le placement de contenus pour un annonceur par un influenceur présente la particularité qu'« *à la différence des publicités classiques, le message publicitaire est (...) fondu dans un récit mettant en scène l'influenceur* »³⁴¹, récit qui peut d'ailleurs s'articuler avec d'autres procédés de sollicitation tels que le *live shopping*. Avant les interventions successives du législateur français pour réglementer la présentation de produits de santé par un influenceur³⁴², puis le statut des enfants influenceurs³⁴³, et enfin plus largement l'influence commerciale³⁴⁴, la sollicitation du consommateur par le biais d'un influenceur n'était pas inconnue en droit européen comme en droit interne. La Commission européenne avait en effet défini le marketing d'influence comme celui consistant « *à promouvoir des marques ou des produits spécifiques au moyen d'influenceurs en mettant à profit l'impact positif qu'ils sont susceptibles d'avoir sur la perception des consommateurs* »³⁴⁵. Dès 2017, l'ARPP s'était saisie de la question en posant, dans sa Recommandation, une définition générale de l'influenceur (blogueur, vlogueur etc.), présenté comme « *un individu exprimant un point de vue ou donnant des conseils, dans un domaine spécifique et selon un style ou un traitement qui lui sont propres et que son audience identifie* »³⁴⁶, en créant le Certificat de l'Influence Responsable pour permettre aux influenceurs de maîtriser le cadre légal et déontologique, protéger leurs audiences et se différencier auprès des marques³⁴⁷, et en se prononçant, par l'intermédiaire du Jury de Déontologie Publicitaire,

339 G. Brunaux, *Le jeu vidéo, un objet juridique identifié*, mare & martin, 2019 p. 105.

340 ARPP, *Recommandation communication publicitaire numérique, V5*, entrée en vigueur le 1er janv. 2022, 6. *Publicité dans les jeux vidéo* (ou « *In-game Advertising* »).

341 I. Boismery, *La responsabilité des influenceurs*, Com. com. electr. 2022, Etude 8.

342 La loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019, relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, fait peser une obligation d'information sur les entreprises qui concluent des conventions avec « les personnes qui, dans les médias ou sur les réseaux sociaux, présentent un ou plusieurs produits de santé, de manière à influencer le public » : CSP, art. L. 1453-1, I, 7° bis ; M. Malaurie-Vignal, *Les responsabilités de l'influenceur*, *Communication Commerce électronique* n° 7-8, Juillet 2022, étude 13.

343 L. L'Honnen-Frossard, L. n° 2020-1266, 19 oct. 2020, sur l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne permettant ainsi une protection via le Code du travail des enfants influenceurs : *Comm. com. électr.* 2021, étude 9.

344 Loi n°2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux.

345 Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, 2021/C 526/01, § 4.2.6. *Marketing d'influence*.

346 ARPP, *Recommandation Communication publicitaire numérique V5*, entrée en vigueur le 1er janv. 2022.

347 <https://www.arpp.org/influence-responsable/>

sur des publications émanant d'influenceurs³⁴⁸. La 28^{ème} édition des Enjeux E-tourisme organisée par la Fevad et l'Echo touristique le 17 février 2022, s'est axée sur le sujet des réseaux sociaux et des influenceurs dans le voyage.

L'activité d'influence commerciale par voie électronique fait désormais l'objet d'une définition, qui sera discutée ultérieurement. Il s'agit du fait pour des personnes physiques ou morales de mobiliser à titre onéreux « *leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque* »³⁴⁹. La législation est accompagnée d'un Guide des influenceurs³⁵⁰.

I.A.3.3. Sollicitations par divertissement ou *shoppertainment*

175. Distinction avec la publicité traditionnelle. Les sollicitations adoptent désormais des formes qui permettent d'établir un contact avec le consommateur et de maintenir son attention en proposant une activité plus ludique qu'une publicité traditionnelle qu'il s'agisse des achats intégrés, du « live shopping » et des sollicitations ludiques.

176. Achats intégrés. De même que les applications numériques ont enrichi la pratique des sollicitations par placements, de même ont-elles permis l'essor des achats intégrés. Le professionnel propose en effet un service ou une application gratuitement, mais tout ou partie de ses fonctionnalités est subordonné à des achats qui peuvent être effectués dans l'interface mise à disposition. En la matière, les jeux vidéo présentent une spécificité. D'un côté, les achats intégrés peuvent consister en des biens dématérialisés destinés à équiper le personnage du joueur, en de nouveaux personnages ou en des niveaux de jeu supplémentaires. Ici, aucune particularité n'est à relever dans la mesure où le consommateur connaît à l'avance l'objet du contrat conclu. Mais, d'un autre côté, l'achat intégré peut consister en un coffre à butin, ou *loot box*, dont la particularité de l'achat est d'assurer au joueur l'obtention du gain contenu dans le coffre (biens virtuels, personnages, etc.), sans pour autant qu'il ne sache à l'avance quelle sera la nature de son gain, l'aléa existant ne manquant alors pas de rappeler les jeux de hasard³⁵¹.

Dans les deux hypothèses, achat intégré classique ou *loot box*, la sollicitation s'opère par leur intégration à l'application concernée. Non seulement la sollicitation, puis le processus contractuel, prennent place au sein de l'application principale. Mais, de surcroît, les effets du contrat conclu se produisent également au cœur même de celle-ci. Les enjeux concernent cependant moins le mode de sollicitation que le moteur de celle-ci, le gain.

177. Live shopping. Le *live shopping*, phénomène venu de Chine, est défini par la FEVAD comme « *une technique de vente en ligne qui permet aux utilisateurs des réseaux sociaux et des plateformes d'acheter en direct des produits présentés par un influenceur ou par un vendeur dans une vidéo diffusée en streaming* »³⁵². Des applications permettent aux utilisateurs d'accéder à des live

348 Parmi les nombreux avis, v. par ex. JDP, Avis publié le 12 juin 2023, JADE.VGR – 917/23, <https://www.jdp-pub.org/avis/jade-vgr-internet/> ; JDP, Avis publié 12 juin 2023, MAUDE_WNF – 916/23, <https://www.jdp-pub.org/avis/maude-wnf-internet/>.

349 Loi n°2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, art. 1. Comme de nombreux acteurs, tels l'AMF et l'ANJ, l'ARPP a participé au groupe de travail créé par le ministère de l'économie sur l'encadrement de l'influence commerciale.

350 Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, Guide de bonne conduite. Influenceurs et créateurs de contenus. L'essentiel de vos droits et devoirs, juin 2023, mentionnant le certificat de l'influence responsable créé par l'ARPP.

351 G. Rabu, FIFA Ultimate Team : ultimes loot boxes avant prohibition ?, in Le contentieux du jeu vidéo. Originalité et variété, G. Brunaux (dir.), mare & martin, 2021, p. 71 et s.

352 Live Shopping : quel avenir en France ? Webinaire Fevad, 23 juin 2022.

shopping de différentes marques partenaires. Ce dispositif « à la croisée du e-commerce, du média et du social »³⁵³ constitue en d'autres termes « le téléachat 2.0 »³⁵⁴ ou commerce virtuel³⁵⁵ en ce qu'il permet aux consommateurs, qui visionnent la présentation du produit, de poser des questions au présentateur, directement ou via un chat, de façon à recréer l'interaction qu'ils pourraient avoir avec un conseiller en boutique ou à domicile³⁵⁶. La vente peut être conclue de façon instantanée par le consommateur, sans quitter le live shopping, ou par un renvoi vers un site internet. En février 2023, la 16^{ème} édition du Grand Prix des Favor'i Ecommerce organisée par la FEVAD a décerné le Prix Innovation à la chaîne de magasins de mode et de luxe Printemps pour son initiative de live shopping « En Mode Printemps ».

178. Sollicitations ludiques. Les sollicitations ludiques consistent à proposer aux consommateurs des « challenges promotionnels » personnalisés prenant en considération les habitudes de consommation de chacun. Elles reposent donc sur l'exploitation des données personnelles des consommateurs. Les consommateurs peuvent relever ces défis (du type venir tous les deux jours dans le magasin physique) ou acheter un certain type de produits (proposés par le professionnel en fonction des goûts des consommateurs) pour obtenir des réductions ou promotions supplémentaires, ou cumuler des euros sur leur carte fidélité. L'objectif est d'accroître la fidélisation du consommateur à l'enseigne.

I.A.4. Mode de sollicitation par l'usage du papier

179. Imprimé papier publicitaire. L'imprimé papier publicitaire est le support « papier et imprimé » d'une publicité entendue au sens classique de « *moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés* »³⁵⁷. Le terme d'imprimé publicitaire correspond à tous documents imprimés à vocation publicitaire. Il peut désigner les imprimés sans adresse communément appelés prospectus, lesquels sont déposés dans les boîtes à lettres des particuliers sans utilisation de l'adresse complète (nom + adresse) comme critère de ciblage³⁵⁸. L'imprimé sans adresse (également abrégé ISA) peut également prendre la forme d'un *flyer*. Ce dernier support est un tract au format papier qui est distribué ou déposé dans des endroits pour promouvoir un événement ou des commerces locaux. Ce support est utilisé pour cibler une zone de chalandise précise³⁵⁹. Il est diffusé dans les boîtes à lettres, sur les parebrises ou distribué de la main à la main.

353 Cartographie des principaux acteurs du Live Shopping en France, publiée le 14 avr. 2022, par la Mobile Marketing Association, <https://www.mobilemarketing.fr/>

354 Live Shopping : quel avenir en France ? Webinaire Fevad, préc..

355 M. Lolivier, Bienvenue dans la nouvelle ère du V-Commerce immersif, Le LAB FEVAD, La News innovation, Janvier 2021, L'Edito.

356 Le procédé a d'ailleurs été utilisé par les vendeurs à domicile lors du confinement.

357 Com., 6 mai 2008, n° 04-19.713. – L. ARCELIN, *Droit de la publicité*, PUR, 2011, p. 16 s. : le critère déterminant de la publicité est celui « d'incitation à l'achat ».

358 <https://www.definitions-marketing.com>, vo imprimé publicitaire et imprimé sans adresse.

<https://www.definitions-marketing.com/definition/publicite-non-adressee/> : « Comme son nom l'indique, la publicité non adressée est une publicité distribuée par zones d'habitations sans démarche d'individualisation des destinataires. Sa forme la plus courante est celle des prospectus, mais elle comprend également la distribution de catalogue ou de plis non adressés. La publicité non adressée permet un ciblage basé sur les caractéristiques des zones d'habitations ciblées grâce notamment aux données de géomarketing. »

359 <https://www.definitions-marketing.com/definition/flyer/>, vo flyer.

180. Démarchage par courrier postal. En définissant l'acte de démarchage bancaire ou financier comme « *toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit* » en vue d'obtenir un accord sur différentes opérations énumérées, l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier s'applique au démarchage réalisé par courrier postal étant précisé que la frontière entre l'envoi d'une information publicitaire, exclue de la réglementation³⁶⁰, et le démarchage est parfois ténue. La réglementation devrait s'appliquer « *aux documents, même impersonnels, comportant un coupon-réponse de souscription, de réservation, de demande d'informations complémentaires ou de prise de rendez-vous, ainsi qu'aux documents personnalisés qui font la promotion d'un ou de plusieurs produits ou qui renvoient à un document commercial* »³⁶¹.

181. Conclusion et proposition. Hormis la disposition sur les foires et salons qu'il conviendrait de modifier pour la mettre en conformité avec la jurisprudence européenne qui autorise un régime plus souple et finalement plus favorable aux vendeurs indépendants, les textes ayant pour objet de définir les modes de sollicitation ne nécessitent pas de corrections législatives.

Proposition

24 Corriger la rédaction de l'article L. 224-59 du Code de la consommation pour le conformer à la jurisprudence européenne (CJUE, 7 août 2018, aff. C-485/17, Verbraucherzentrale Berlin).

Le texte pourrait être ainsi rédigé :

« Avant la conclusion de tout contrat entre un consommateur et un professionnel sur un stand pouvant être considéré comme un établissement commercial, à l'occasion d'une foire, d'un salon ou de toute manifestation commerciale relevant du chapitre II du titre VI du livre VII du code de commerce, le professionnel informe le consommateur qu'il ne dispose pas d'un droit de rétractation.

Un stand n'est un établissement commercial que si, au regard notamment de l'apparence du stand sur lequel le professionnel exerce ses activités et des informations relayées dans les locaux de la foire elle-même, un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé peut raisonnablement s'attendre à ce que ce professionnel y exerce ses activités et le sollicite afin de conclure un contrat».

I.B. Licéité de principe des modes de sollicitation

182. Plan. La licéité de principe des modes de sollicitation résulte du lien entre les modes de sollicitation et les pratiques commerciales (II.B.2). Elle se comprend également au regard de la distinction entre mode de sollicitation et contractualisation (I.B.1).

360 CMF, art. L. 341-11 11°.

361 Fédération bancaire française, communication n°2004/149, 26 mai 2004 citée par J. Lasserre, in Droit de la consommation, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021/2022, n°523.32

I.B.1. Distinction entre mode de sollicitation et contractualisation

183. Contrat hors établissement et contrat à distance. La directive 2011/83 a procédé à une unification quasi complète des régimes des contrats conclus à distance et hors établissement. Le champ d'application et le régime protecteur sont, hormis quelques exceptions, identiques ce qui pourrait laisser penser que les contrats hors établissement et à distance obéissent à une même logique. La réalité est plus complexe.

Lorsqu'un contrat est conclu hors établissement, le mode de sollicitation et le contexte de contractualisation ont tendance à se confondre. Ainsi, l'opération conclue au domicile du consommateur est un contrat « hors établissement », lequel recouvre ici à la fois le contexte de contractualisation et le mode de sollicitation. En d'autres termes, le contrat est conclu hors établissement, parce qu'il a été généralement précédé d'une sollicitation, même s'il faut se garder de tout systématisme. Un consommateur peut en effet prendre l'initiative de contacter un professionnel pour un déplacement à son domicile auquel cas le contrat conclu hors établissement n'aura pas été précédé d'une sollicitation de la part du professionnel. Cette hypothèse reste marginale puisque précisément la philosophie du démarchage est d'aller spontanément à la rencontre du consommateur.

Il en est différemment pour le contrat conclu à distance. Conclu « *dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat* », le contrat peut être le fruit d'une démarche spontanée du consommateur : une navigation sur un site de commerce en ligne, une plateforme, une application numérique etc. Il n'est pas systématiquement la résultante d'une sollicitation à distance (SMS, notification PUSH, courrier électronique). Alors que la directive 2011/83 procède à une corrélation entre la sollicitation hors établissement et le contrat conclu dans ce contexte, elle n'opère aucune articulation de la sorte entre les modes de sollicitation électroniques et le contexte de contractualisation. Le régime protecteur du contrat conclu à distance s'applique indépendamment de toute sollicitation. En d'autres termes, alors que la directive 2011/83 s'intéresse au démarchage physique, elle n'envisage pas le « démarchage par voie électronique ». Il existe cependant une exception pour le démarchage téléphonique. Lorsque la directive indique que « *le professionnel contacte par téléphone le consommateur en vue de conclure un contrat à distance* », elle opère une corrélation entre le mode de sollicitation (téléphone) et le contrat conclu dans ce contexte (contrat à distance). Hormis cette hypothèse et bien que la directive 2011/83 procède à une unification quasi complète du régime des contrats hors établissement et à distance, ces deux modes de commercialisation ne sont pas traités de la même façon. Il suffit pour s'en convaincre de lire le considérant de la directive 2011/83 consacré au droit de rétractation. Technique commune aux contrats conclus hors établissement et à distance, elle s'explique pourtant par une philosophie différente : « *la pression psychologique et/ou (...) l'élément de surprise* » dans le premier cas ; l'impossibilité « *de voir le bien qu'il achète avant de conclure le contrat* » dans le second cas³⁶².

184. Démarchage bancaire et financier. Tel que défini à l'article L. 341-1 du code monétaire et financier, le démarchage bancaire et financier renvoie à deux situations différentes : le démarchage à distance -réalisé par toute prise de contact non sollicitée « *par quelque moyen que ce soit* »- et le démarchage physique. Il existe ici une corrélation entre le mode de sollicitation et le contexte de contractualisation. Cependant, comme déjà précisé, en cas de démarchage à distance, le régime protecteur ne trouve à s'appliquer que si la prise de contact n'a pas été « sollicitée » par la personne prospectée, et si celle-ci n'est pas un investisseur qualifié.

362 Dir. 2011/83, 37ème consid.

I.B.2. Lien entre modes de sollicitation et pratiques commerciales

185. Application de la qualification « pratiques commerciales ». Les sollicitations physiques, non électroniques et électroniques présentent pour trait commun de constituer des pratiques commerciales au sens de la directive 2005/29. Du démarchage physique à la sollicitation par *live shopping* en passant par les notifications push, elles en épousent toutes en effet la définition contenue dans l'article 2 d) à savoir « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »³⁶³.

Avant la recodification du code de la consommation, les ventes et fournitures de services à distance³⁶⁴ ainsi que le démarchage³⁶⁵ étaient d'ailleurs codifiés dans le titre consacré aux pratiques commerciales réglementées. Cette présentation avait été critiquée dans la mesure où si les techniques de sollicitation à distance ou par démarchage constituaient bien des pratiques commerciales, les actes conclus par ces techniques ne sont pas des pratiques commerciales mais des contrats. À la suite de la transposition de la directive 2011/83 par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, les contrats conclus à distance et hors établissement avaient fait leur entrée dans le code, toujours dans les pratiques commerciales, auprès des contrats de *time share*, des contrats de fourniture d'électricité et autres contrats particuliers. Leur place suggérait toutefois qu'il s'agissait de contrats spéciaux alors que tous types de contrats peuvent être conclus dans ces contextes spécifiques que constituent la distance et le démarchage. Aussi, le déplacement des règles sur les contrats à distance et hors établissement dans le livre II dédié à la formation et à l'exécution des contrats, opéré à l'occasion de la recodification du code de la consommation a clarifié la matière en la présentant sous un angle contractuel. Il n'en demeure pas moins que la sollicitation qu'elle soit physique, téléphonique, par voie papier ou par voie électronique est bien une pratique commerciale³⁶⁶.

186. Application du régime des pratiques commerciales. Tant au regard de la directive 2005/29 que des directives 2011/83 et 2019/2161, les sollicitations se présentent comme des pratiques commerciales licites, sauf exception.

S'agissant de la directive pratiques commerciales déloyales, le degré maximal d'harmonisation combiné avec l'existence d'une liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances signifie que seules les pratiques figurant dans la liste sont susceptibles d'être interdites dès lors que les pratiques entrent dans son champ d'application et ne font pas l'objet à titre exceptionnel d'une harmonisation minimale (services financiers, biens immobiliers)³⁶⁷. Le législateur national est donc habilité à prohiber uniquement les modes de sollicitations visés dans l'annexe de la directive 2005/29. On en trouve deux répertoriés aux points 25 et 26. Il s'agit d'une part des « *visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle* ». Il s'agit d'autre part des « *sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre*

363 S'agissant plus spécifiquement de la sollicitation opérée par démarchage, la CJUE a eu l'occasion de préciser que celui-ci « *implique un contact personnalisé entre le prestataire et le client potentiel, afin de présenter à ce dernier une offre de services. Il peut, de ce fait, être qualifié de marketing direct. Par conséquent, le démarchage relève de la notion de « communication commerciale* » : CJUE, Gde ch., 5 avr. 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable, aff. C-119/09, pts 33 & 38.

364 C. consom., anc. art. L. 121-16 à L. 121-20-16.

365 C. consom., anc. art. L. 121-21 à L. 121-33.

366 Voir. Y. Picod & N. Picod, Droit de la consommation, Dalloz Sirey, 5ème éd., 2020, n° 80 et s. et S. Piédelièvre, Droit de la consommation, Economica, 3ème éd., 2020, n° 207 et s. qui présentent les contrats conclus à distance et hors établissement sous l'angle respectivement de « stratégies de distribution encadrées » et de « procédés de distribution ».

367 CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, VT-B-VAB. Voir égal. CJUE, 2 sept. 2021, Peek & Cloppenburg, C371/20, EU:C:2021:674, point 34 et la jurisprudence citée.

outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ». Cependant, la directive 2019/2161 qui, tout en rappelant la licéité de la prospection hors établissement qu'elle présente au 54^{ème} considérant comme « *un canal de vente légitime et bien établi* », a infléchi la licéité de principe de deux modes de sollicitation exercées par ce canal : les visites non sollicitées au domicile du consommateur ainsi que les excursions au constat de « *pratiques commerciales ou de vente particulièrement agressives ou trompeuses* » dans ce cadre. Ouvrant une brèche dans l'harmonisation maximale portée par la directive pratiques commerciales déloyales, elle autorise les Etats membres à restreindre l'exercice de ces pratiques.

Tous les autres modes de sollicitation sont en principe licites à moins qu'ils ne soient interdits par d'autres motifs que la protection des consommateurs³⁶⁸ ou à moins qu'ils ne soient, au cas par cas, jugés soit déloyaux au sens général, soit trompeurs, soit agressifs, selon les critères respectivement posés par les articles 5, 6 et 7, 8 et 9³⁶⁹.

II. LES FINALITES DE LA REGLEMENTATION

187. Finalités de la réglementation et règles communes aux sanctions : cumul des amendes administratives ; « Name and shame » ; quintuple amende pénale pour les personnes morales ; juridicité des foires aux questions. Quelle que soit la finalité poursuivie, le professionnel est passible de sanctions en cas de méconnaissance de la réglementation. Les sanctions administratives et les sanctions pénales obéissent chacune à un certain nombre de règles communes. S'agissant des premières, qui assortissent la plupart des dispositions ayant trait à la sollicitation, plusieurs points méritent attention. L'administration dispose d'une marge de manœuvre dans le choix tant de prononcer ou non les amendes administratives prévues au titre du manquement que, le cas échéant, dans celui du quantum de l'amende, au sein d'une fourchette plutôt haute s'agissant de la sollicitation. Les enquêteurs se déterminent en fonction d'une série de critères tels que la taille de l'entreprise, le nombre de plaintes, les antécédents du contrevenant, les relations que l'entreprise entretient habituellement avec l'administration, l'importance de son chiffre d'affaires, son ancienneté, et le secteur concerné³⁷⁰. Modifié par la loi du 9 décembre 2016, l'article L. 522-7 du code de la consommation autorise le cumul des amendes administratives sans aucun plafond. Or, transposable au droit de la consommation, la décision Eurelec rendue sur QPC par le Conseil constitutionnel le 25 mars 2022 en matière de sanctions en droit de la concurrence juge conforme à la Constitution un cumul de sanctions administratives prononcées pour des manquements distincts³⁷¹. Cet effet multiplicateur a vocation à concerner la sollicitation du consommateur puisque les procédés utilisés qu'il s'agisse par exemple du spamming ou de la prospection automatisée s'adressent simultanément à des mil-

368 Voir CJUE, ord., 7 mars 2013, C-343/12 Euronics Belgium ; CJUE, 19 oct. 2017, aff. C-295/16 Europamur Alimentación, pt 34 : « *la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, sans qu'il soit nécessaire de déterminer, au regard du contexte factuel de chaque espèce, si l'opération commerciale en cause présente un caractère « déloyal » à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de cette directive et sans reconnaître aux juridictions compétentes une marge d'appréciation à cet égard, à la condition que cette disposition poursuive des finalités tenant à la protection des consommateurs* ».

369 CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB. Voir égal. CJUE, 2 sept. 2021, Peek & Cloppenburg, aff. C371/20, point 34.

370 Voir JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 848, Sanctions des obligations précontractuelles d'informations et sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur le prix, par N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, n° 50.

371 Conseil const. 25 mars 2022, n°2021-984, QPC, Société Eurelec trading.

liers de consommateurs. Cependant, l'amende administrative, à raison de sa nature répressive³⁷², est soumise au principe de proportionnalité des peines, apprécié *in concreto*. L'amende administrative directe est prononcée à l'égard d'un manquement, sans être subordonnée à une injonction. L'amende administrative indirecte assortit l'injonction non suivie d'effets. La DGCCRF a, sauf exception³⁷³, le pouvoir discrétionnaire de publier, ou non, ses décisions³⁷⁴ étant précisé que la publication est en tant que telle une sanction³⁷⁵. A cet égard, l'extension des possibilités de rendre publique, par la DGCCRF, l'identité des entreprises faisant l'objet d'injonctions administratives par le décret n°2022-1701 du 29 décembre 2022³⁷⁶ vient renforcer l'effet dissuasif du « Name and shame » qui existait déjà pour les entreprises faisant l'objet de sanctions. La publication des sanctions administratives peut donc être un indice quant à l'existence, la répétition ou la gravité d'un comportement, et, par déduction, quant à la pertinence de la réglementation. Pour autant, cet indicateur doit être manié avec prudence. D'une part, puisque le prononcé de la sanction, comme sa publicité sont, en principe des facultés laissées à la DGCCRF, l'absence de publication d'une sanction ne préjuge pas de la violation de la réglementation, d'autant que celle-ci a pu faire l'objet d'un avertissement -suite pédagogique- ou d'une injonction administrative qui auraient été suivis d'effets³⁷⁷. D'autre part, la publicité, ne peut, le cas échéant, excéder deux mois³⁷⁸. Effacée au bout de ce délai, la sanction est susceptible d'échapper à l'observateur qui aurait omis de consulter régulièrement le site. Enfin, contrairement au procès-verbal adressé à l'auteur de l'infraction, la publication sur le site de la DGCCRF ne renseigne pas toujours sur le calcul du quantum de l'amende. Ainsi une amende de 53000 euros en matière de démarchage téléphonique peut s'analyser comme une amende de 1, 10, voire 100 euros multiplié par le nombre d'appels en infraction de la réglementation.

S'agissant des sanctions pénales, qui, en matière de sollicitations, sont moins fréquemment prévues que les amendes administratives, les professionnels personnes morales, comme le sont les partenaires de la chaire, sont passibles, le cas échéant, d'une amende dont le taux est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction, en application de l'article art. 131-38, alinéa 1 du Code pénal. Ils encourent également en cas de délit une série de peines édictées à l'article 131-39 du même code telles que la dissolution, l'interdiction d'exercer ou la fermeture d'établissement.

Enfin, une dernière règle commune aux sanctions résulte de ce que celles-ci viennent s'appliquer en cas de méconnaissance d'une disposition dont le contenu aura pu être précisé, affiné par une réponse apportée par la DGCCRF dans une foire aux questions, instrument de droit souple fréquemment utilisé dans le domaine de la réglementation des modes de sollicitation. Il importe par conséquent de s'assurer de la valeur contraignante de ces foires aux questions. A cet égard,

372 C. Laronde-Clérac, Le renforcement de la répression ?, in *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014* : PUR, 2015, p. 92 ; S. Detraz, Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions, in *Les enjeux de la réforme du droit de la consommation* : LPA 27 juin 2014, n° 128, p. 22 ; Ch. Blanchard, Quelles sanctions pour faire cesser les infractions au droit de la consommation, in *L'effectivité du droit de la consommation* : Rev. Lamy dr. aff. 2015, p. 70

373 La publicité des sanctions prononcées au titre de l'opposition au démarchage téléphonique est une obligation : C. consom., art. L. 242-16.

374 C. consom., art. L. 521-2 et R. 521-2 pour la publication des injonctions ; C. consom. art. L. 522-6, R. 522-3 et R. 522-5 pour la publication des sanctions.

375 Le Conseil constitutionnel a énoncé qu'il s'agissait d'une sanction administrative à part entière qu'il est possible d'assimiler à la peine complémentaire de publication que le juge pénal a lui aussi la faculté de prononcer dans les hypothèses prévues par la loi. Voir Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-329 QPC, Sté Garage Dupasquie. – Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC.

376 Décret pris en application de la loi n°2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat.

377 Droit de la consommation, Dalloz action 2021-2022, D. Fenouillet (dir.), n°411.111 et s. par F. Gaumeton.

378 C. consom., art. R. 521-2.

dans le prolongement de son rapport consacré au droit souple en 2013 ⁽³⁷⁹⁾, le Conseil d'Etat avait jugé dans l'arrêt GISTI du 12 juin 2020 que « *les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en oeuvre* » ³⁸⁰. Or, dans une décision du 3 février 2023, le Conseil d'Etat s'est fondé sur le critère d'« *effets notables* » qu'une réponse formulée par l'administration dans une foire aux questions est susceptible de produire sur « *les droits ou la situation d'autres personnes que les agents, chargés, le cas échéant de le mettre en oeuvre* » pour admettre le recours pour excès de pouvoir contre cette interprétation du droit positif³⁸¹. Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que la circonstance que la « foire aux questions » ne s'adresse pas à l'administration est « *sans incidence* » sur l'ouverture du recours. Il en résulte que les réponses formulées par la DGCCRF dans les foires aux questions présentent une juridicité en ce qu'elles constituent des actes de droit souple, dont la justiciabilité est garantie.

188. Plan : 4 finalités. La réglementation poursuit quatre finalités : assurer une police de la sollicitation (II.A), assurer le respect de la vie privée (II.B), lutter contre les sollicitations dites agressives (II.C.) et protéger l'environnement (II.D).

II.A. 1^{ère} finalité : Assurer une police de la sollicitation

189. Plan. La police de la sollicitation, entendue comme un contrôle de celle-ci par l'Etat, est plus ou moins intrusive dans le champ des activités commerciales. Assez discrète lorsqu'elle s'en tient à une habilitation des acteurs de la sollicitation (II.A.1.), elle est plus contraignante lorsqu'elle réglemente le comportement des auteurs de la sollicitation (II.A.2) et devient liberticide lorsqu'elle procède à la sanctuarisation de certains secteurs (II.A.3).

II.A.1. Habilitation des acteurs de la sollicitation

190. Domaine restreint au démarchage bancaire et financier. Justifications. Le démarchage bancaire et financier doit tendre à obtenir l'accord du consommateur sur une des neuf opérations limitativement énumérées par l'article L. 341-1 du code monétaire et financier, lesquelles sont les opérations sur instruments financiers, les opérations de banque, les services d'investissement, les opérations sur biens divers, la prestation du service de conseil en investissement, la fourniture d'un service de paiement³⁸², la fourniture d'un service de financement participatif, la réalisation d'une opération sur des actifs numériques et la fourniture d'un service sur actifs numériques. Or, chacune de ces opérations suppose, en amont du démarchage, que l'acteur qui se livre à l'activité en cause dispose d'un agrément qu'il s'agisse de l'activité bancaire³⁸³ ou de la fourniture de services d'in-

379 Le droit souple, Rapport du Conseil d'Etat, 2013, p. 9 : Le droit souple regroupe « l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ».

380 CE, sect., 12 juin 2020, n°418142, GISTI.

381 CE, 3 fev. 2023, n°451052.

382 La souscription de produits d'assurance n'est pas visée, puisque les produits d'assurance et le démarchage en la matière sont soumis à un régime juridique spécifique prévu par le code des assurances.

383 Th. Bonneau, Droit bancaire, Domat, Lextenso éd., 15^{ème} éd., 2023, n°262 et s.

vestissement de l'activité bancaire³⁸⁴. Ainsi, selon les activités agréées, les établissements doivent figurer sur le registre des agents financiers (REGAFI), sur le registre ORIAS, registre unique des intermédiaires en assurance, banque et finances, sur la base GECO (Gestion Collective) de l'AMF lorsqu'il s'agit d'organismes de placement collectifs agréés par l'AMF, ou sur la liste des prestataires de services sur actifs numériques en France publiée par l'AMF. En outre, l'AMF publie une liste blanche des offres en biens divers. Et l'AMF et l'ACPR publient des listes noires répertoriant les entités et sites internet proposant, sans y être autorisés, des services d'investissement financier et des produits d'épargne, des services de paiement ou des contrats d'assurance.

L'autorisation à exercer une activité financière au sens large constitue donc un premier « filtre » pour le démarchage bancaire et financier. En outre, avant toute diffusion de publicité -phase fréquemment préalable au démarchage-, l'ARPP préconise de s'assurer que les professionnels sont bien habilités à exercer l'activité financière qui fait l'objet de la publicité, préconisations qu'elle a mises à jour, dans ses recommandations ayant trait aux produits et services financiers d'investissement³⁸⁵, aux produits et contrats financiers à effet de levier³⁸⁶ et aux placements dits atypiques et services liés³⁸⁷, ainsi que dans une nouvelle recommandation sur les crypto actifs³⁸⁸, entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2023. L'ARPP recommande également la consultation des listes blanches de l'AMF, et selon les produits financiers concernés, la consultation des listes noires de l'AMF et de l'ACPR de sites ou entités non autorisées en France.

191. Opérations de démarchage et acteurs habilités à y procéder. L'article L. 341-3 du code monétaire et financier habilite limitativement huit catégories de personnes pour recourir au démarchage. Pour reprendre la formule d'un auteur : « *certaines bénéficient d'une pleine capacité, alors que d'autres ont une capacité limitée à certaines opérations* »³⁸⁹.

Dans la première catégorie, figurent essentiellement les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance, les établissements de monnaie électronique ainsi que tous les acteurs équivalents, agréés dans un autre Etat membre de l'UE et pouvant intervenir sur le territoire français. Il s'agit là d'entités agréées. Au titre de la seconde catégorie, on retiendra essentiellement d'une part les conseillers en investissement financiers habilités à effectuer des actes de démarchage pour les activités visées à l'article L. 541-1 du code monétaire et financier qui relèvent de leur compétence propre et d'autre part les prestataires de services sur actifs numériques (PSAN) dont la réglementation a récemment évolué. Jusqu'au 1^{er} juillet 2023, ils étaient autorisés à procéder à la fourniture de certains types de services sur actifs numériques³⁹⁰ après enregistrement obligatoire auprès de l'AMF³⁹¹, procédure plus souple que l'agrément. Ils pouvaient en revanche procéder auprès des consommateurs à de la publicité³⁹², du parrainage et du mécénat³⁹³ et du démarchage³⁹⁴ pour tous types de services sur actifs numériques³⁹⁵, dès lors qu'ils avaient

384 Th. Bonneau, Droit bancaire, précité, n°280 et s.

385 ARPP, Recommandation « Produits et services financiers et d'investissement », juill. 2023, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2023.

386 ARPP, Recommandation « Produits et contrats financiers à effet de levier, permettant de s'exposer sur le forex, les Indices boursiers et le cours des matières premières », juill. 2023, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2023.

387 ARPP, Recommandation « Placements dits atypiques et services liés », juill. 2023, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2023. Parmi les placements dits atypiques « les placements en biens divers qui supposent un investissement dans d'autres types de placements que les placements financiers traditionnels » et qui « proposent, généralement, une performance, un rendement, une plus-value sur la revente » dans des secteurs tels que les panneaux solaires.

388 ARPP, Recommandation « Crypto-actifs », juill. 2023, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2023.

389 S. Piédelièvre, Droit de la consommation, Economica, 3^{ème} éd., n°251.

390 Les services énumérés à l'article L. 54-10-2, 1^o à 4^o du CMF.

391 CMF, art. L. 54-10-3.

392 C. consom., art. L. 222-16-1, al. 2 et 3.

393 C. consom., art. L. 222-16-2.

394 CMF, art. L. 341-10, 6^o.

395 Tous les services énumérés à l'article L. 54-10-2 du CMF.

obtenu un agrément optionnel³⁹⁶, procédure plus exigeante que l'enregistrement. La loi DDADUE du 9 mars 2023³⁹⁷ a anticipé l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024 du règlement dit MiCA³⁹⁸, qui largement inspiré de l'agrément optionnel introduit par la loi Pacte, prévoit pour les PSAN un agrément désormais obligatoire. Le législateur français a donc mis en place une étape intermédiaire, du 1^{er} juillet 2023 au 1^{er} janvier 2024, au cours de laquelle les PSAN qui veulent être autorisés à fournir un service numérique, sont tenus de faire l'objet d'un enregistrement renforcé, délivré par l'AMF après avis conforme de l'ACPR. Aujourd'hui, seule la SG FORGE, filiale « crypto » de la Société Générale a obtenu, en juillet 2023, l'agrément prestataire de services sur actifs numériques délivré par l'AMF. Elle est donc en l'état du droit positif l'unique acteur autorisé à procéder au démarchage sur services sur actifs numériques. Cependant, elle s'adresse uniquement à des acteurs institutionnels, et non à des consommateurs.

En substance, les acteurs habilités pour recourir à la sollicitation sont donc des acteurs régulés ou qui disposent d'un statut offrant des garanties suffisantes afin de « *moraliser le démarchage de produits financiers* »³⁹⁹, « *ce qui indirectement est favorable aux marchés financiers* »⁴⁰⁰.

192. Réglementation du mandat de démarcher. Tout professionnel habilité par la loi à recourir au démarchage peut mandater un tiers afin de réaliser le démarchage pour son compte. Certaines mesures, énumérées à l'article L. 341-4 du Code monétaire et financier, viennent cependant encadrer plus ou moins cette liberté. Le texte est peu exigeant sur la qualité du mandataire, puisqu'il importe peu qu'il soit habilité à recourir au démarchage. Il suffit qu'il respecte des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence professionnelle, étant précisé que celle-ci se réduit au baccalauréat ou au suivi d'« *une formation professionnelle adaptée à la réalisation des opérations* » éligibles au démarchage bancaire et financier ou encore à une expérience professionnelle de 2 ans minimum dans des fonctions liées aux opérations pouvant faire l'objet de démarchage⁴⁰¹. S'il est toujours possible de mandater une personne physique, seuls certains acteurs traditionnels en matière bancaire et financière pourront mandater une personne morale qui pourra à son tour mandater une personne physique. En d'autres termes seuls les mandataires dits « *de premier rang* » peuvent mandater des mandataires de « *deuxième niveau* » ou « *sous-mandataires* »⁴⁰². Ceci explique « *qu'une même personne morale peut être à la fois établissement habilité à faire du démarchage, lorsqu'elle agit dans le périmètre de son agrément, et personne morale de droit commun devant être mandatée lorsqu'elle agit en dehors de son agrément* »⁴⁰³.

Des exigences sont afférentes au mandat au sens où il est nécessairement nominatif, précis quant aux produits et services objet du démarchage mais aussi quant aux conditions du démarchage, et d'une durée qui ne saurait excéder 2 ans. Depuis la loi du 22 octobre 2010, le démarchage dit « multicartes », certes autorisé, est limité : il ne peut être réalisé que pour le compte de certains acteurs, à savoir ceux qui peuvent mandater une personne morale (ex. : banque, société de financement, entreprises d'investissement, entreprises d'assurance etc.). Par conséquent, un démarcheur pourra proposer des produits ou services émanant de différents professionnels lors de la phase de sollicitation. Chaque mandant est civilement responsable du fait de son ou de ses man-

396 CMF, art. L. 54-10-5 ; Articles L.222-16-1 et L.222-16-2 du Code Monétaire et Financier.

397 Loi n°2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture.

398 Règl. 2023/1114 du 31 mai 2023, sur les marchés de cryptoactifs et modifiant les règlements (UE) n° 1093/2010 et (UE) 1095/2010 et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/1937.

399 Y. Picod & N. Picod, Droit de la consommation, Sirey 5ème éd., n°113 ; S. Piédelièvre, Droit de la consommation, Economica, 3ème éd., n°244.

400 S. Piédelièvre, Droit de la consommation, préc., n°244.

401 CMF, art. D. 341-2, 2°.

402 J. Lasserre Capdeville, Démarchage bancaire et financier, in Droit de la consommation, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021/2022, n°523.101.

403 Ph. Arestan, Démarchage bancaire ou financier et conseillers en investissements financiers, Aspects juridiques et pratique, MA ed., 6ème éd., 2023, n°55.

dataires. Le législateur national a pu procéder à une habilitation limitative des personnes qui soit exercent personnellement l'activité de démarchage, soit mandatent un tiers pour démarcher pour son compte, dans la mesure où cette question n'entre pas dans le champ de la directive 2002/65. Enfin, le démarcheur est dans l'incapacité de conclure, au nom et pour le compte du mandant, le contrat portant sur un service financier avec la personne financier. En d'autres termes « *sa mission se situe en amont* »⁴⁰⁴.

193. En pratique : un démarchage réalisé à distance par les conseillers en investissements financiers. Le démarchage physique est peu pratiqué en matière bancaire et financière. L'essentiel de la commercialisation des produits financiers s'opère en ligne par les conseillers en investissements financiers, mandatés par des établissements bancaires et des plateformes. Par démarcheurs, il faut donc désormais entendre les 7000 « conseillers en investissements financiers » (CIF) qui exercent en France. Ils agissent en qualité d'intermédiaires, et non de prestataires de services, à l'attention d'investisseurs de détails. Il sont pour la plupart courtiers en assurance, agents immobiliers, conseillers en produits d'assurances et en produits immobiliers d'investissement, chacun de ces produits renvoyant à des règles propres. Il faut comprendre que ces conseillers en investissements financiers ne sont pas agréés mais qu'ils sont autorisés à procéder au démarchage, l'autorisation renvoyant certes à des formes moins contraignantes, mais toutefois à un statut réglementé. Les CIF doivent être immatriculés à l'ORIAS, le numéro d'immatriculation venant attester qu'un certain nombre de conditions ci-après sont remplies : âge, honorabilité, compétence professionnelle, assurance responsabilité civile professionnelle avec des montants planchers de garantie imposés selon que l'on se trouve en matière bancaire ou financière⁴⁰⁵. Les CIF sont tenus de s'enregistrer auprès de l'une des cinq associations professionnelles agréées⁴⁰⁶ par l'AMF. Aussi, même s'ils ne sont pas directement contrôlés par l'AMF, ils font l'objet d'une « *autorégulation sous le contrôle de l'AMF* »⁴⁰⁷.

194. Sanctions pénales. Toute personne qui procède au démarchage sans y être habilitée encourt des sanctions pénales très lourdes puisqu'il s'agit des peines en matière d'escroquerie⁴⁰⁸, soit 5 ans d'emprisonnement, 375 000 € pour une personne physique et 1.875.000 € pour les personnes morales déclarées responsables pénalement. En outre, des peines complémentaires peuvent être prononcées qu'il s'agisse de l'interdiction des droits civiques et de l'exercice d'une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale en lien avec l'infraction pendant 5 ans, l'affichage et la diffusion de la sanction. Il faut y ajouter toutes les peines qui peuvent être prononcées à l'encontre d'une personne morale. Ce sont donc les sanctions les plus lourdes en matière de démarchage. Les condamnations pénales sont cependant rares en la matière⁴⁰⁹. Des peines identiques sont encourues pour le démarcheur qui propose des produits, instruments financiers et services autres que ceux pour lesquels il a reçu des instructions expresses de son mandant.

195. Sanctions disciplinaires et administratives. L'AMF et l'ACPR peuvent selon les cas prononcer des sanctions disciplinaires ou administratives pouvant aller jusqu'à 100 millions d'euros ou le

404 Th. Bonneau, P. Pailler, A.-C. Rouad, A. Tehrani, R. Vabres, Droit financier, LGDJ, éd. Lextenso, 4ème éd., 2023, n°441.

405 CMF, art. D. 341-3.

406 CMF, art. L. 541-4.

407 Th. Bonneau, P. Pailler, A.-C. Rouad, A. Tehrani, R. Vabres, Droit financier, LGDJ ; éd. Lextenso, 4ème éd., 2023, n°443.

408 L'article L.353-2 du Code monétaire et financier renvoie aux peines de l'article 313-1 du Code pénal.

409 J. Lasserre Capdeville, Démarchage bancaire et financier, in Droit de la consommation, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021/2022, n°523.95. L'auteur cite cependant une décision reconnaissant la banque UBS AG coupable notamment du délit de démarchage bancaire illicite après avoir relevé que des chargés d'affaires suisses étaient présents à cette fin lors d'événements ou de rendez-vous dans des agences d'UBS France alors que la société de droit suisse UBS AG qui « répond à la définition de l'établissement de crédit » « n'est ni agréée ni habilitée à intervenir sur le territoire français » et, partant, « il lui [était] impossible de recourir à l'activité de démarchage bancaire ou financier sur le territoire français ». Voir, T. corr. Paris, 20 févr. 2019, n°11055092033.

décuple du profit retiré du manquement⁴¹⁰.

196. Incertitude sur la sanction civile. Avant la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003, et alors même que les dispositions ne le prévoyaient pas, les conventions conclues à la suite de démarchages prohibés et sanctionnés pénalement pouvaient être annulées en tant qu'elles étaient illicites comme contraires à l'ordre public⁴¹¹. Dans une décision du 15 mai 2001, la Cour de cassation, confrontée alors à une question de prescription de l'action, avait prononcé la nullité des contrats conclus en violation du monopole du démarchage sur le fondement de « *l'ordre public de direction* » dont relèvent les « *dispositions qui dressent la liste des établissements pouvant recourir au démarchage* »⁴¹². A raison d'une nullité absolue, l'action n'était dans cette affaire pas prescrite. Si la différence de délai de prescription entre nullité absolue et nullité relative n'a plus d'incidence⁴¹³, subsiste la différence entre la nullité textuelle et virtuelle. A cet égard, un auteur considérant que la nullité n'est envisagée dans la loi que pour un cas expressément envisagé⁴¹⁴ doute de son extension aux autres cas⁴¹⁵. La majorité de la doctrine est cependant favorable au maintien de la nullité⁴¹⁶, ce qui paraît conforme à l'esprit du droit de la consommation. En matière de démarchage à domicile, les juges du fond n'hésitent pas à prononcer la nullité du contrat d'installation de matériels photovoltaïques, en l'absence de vice du consentement, en cas de non respect du formalisme informatif prévu à l'article L. 221-8 du code de la consommation, pourtant uniquement sanctionné par une amende administrative. La sanction civile ouvre en effet la voie des restitutions⁴¹⁷. Les règles de la responsabilité civile pour faute de l'article 1240 du Code civil ont également vocation à s'appliquer si la personne démarchée a subi un préjudice⁴¹⁸.

197. Proposition : Extension des conditions d'exercice des démarcheurs financiers aux démarcheurs de produits complexes, dangereux et de dispositifs présentant une variabilité de rentabilité. Le législateur français n'a pas subordonné la pratique du démarchage à domicile et téléphonique à la condition d'une habilitation des démarcheurs. Or, les partenaires de la Chaire observent que réserver à certains acteurs régulés la possibilité de pratiquer le démarchage, comme c'est le cas en matière bancaire et financière, assure un assainissement du secteur. La justification des conditions d'exercice réside dans la complexité et la dangerosité des produits financiers pour le consommateur. Cette *ratio legis* pourrait s'appliquer en présence d'autres types de produits dangereux proposés par démarchage qu'il s'agisse de produits présentant un fort impact financier ou de dispositifs commercialisés pour leur rentabilité économique alors même que celle-ci présente une variabilité (panneaux photovoltaïques par exemple). Indépendamment de conditions liées aux

410 CMF, art. L. 341-17 qui renvoie à l'article L. 612-39 édictant les sanctions disciplinaires prononcées par l'ACPR et aux articles L. 621-15 et L. 621-17 édictant les sanctions prononcées par l'AMF.

411 A. Lienhard, obs. sous Civ. 1^{ère} 15 mai 2001, n°99-12.498, D. 2001, AJ, p. 1879.

412 Civ. 1^{ère} 15 mai 2001, n°99-12.498.

413 A raison de l'unification opérée par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

414 CMF, art. L. 341-2, 7° : « Sans préjudice des dispositions prévues au 6°, aux démarches effectuées pour le compte d'un établissement de crédit ou d'une société de financement en vue de proposer des contrats de financement de ventes à tempérament ou de location aux personnes, physiques ou morales, autres que celles visées au 1°, à la condition que le nom de l'établissement ou de la société prêteur et le coût du crédit ou de la location soient mentionnés, sous peine de nullité ».

415 J. Lasserre Capdeville, Démarchage bancaire et financier, in Droit de la consommation, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021/2022, n°532.98.

416 H. Aubry, Démarchage bancaire et financier, Rép. Dalloz sociétés, sept. 2009, actualisation juill. 2020, n°153 ; B. Dondéro, Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier, LPA 14 nov. 2003, n°1916 ; S. Piédelièvre, Droit de la consommation, Economica, 3^{ème} éd., n°253.

417 N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, Sanctions des obligations précontractuelles d'information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur les prix, JCl. Concurrence Consommation, Fasc. 848, 2021, n° 38 et la jurisprudence citée.

418 S. Piédelièvre, Droit de la consommation, préc., n°253.

produits eux-mêmes, il pourrait être envisagé que les démarcheurs souhaitant commercialiser ces produits justifient de garanties (honorabilité, capacité financière, compétence, assurance) et soient immatriculés. La professionnalisation des diagnostiqueurs énergétiques et la création d'une carte professionnelle font d'ailleurs partie des propositions de la Commission d'enquête sur l'efficacité des politiques publiques en matière de rénovation énergétique⁴¹⁹.

Une telle proposition n'entre pas en contrariété avec le droit européen. Les Etats membres ont en effet la faculté de définir conformément au droit de l'Union la manière dont les services d'intérêt économique et général sont organisés ainsi que les obligations spécifiques auxquelles ils doivent être soumis⁴²⁰.

Proposition

25 Créer des conditions d'exercice (honorabilité, compétence, capacité financière, assurance) et d'immatriculation pour les démarcheurs de produits complexes et de dispositifs pouvant faire l'objet d'une variation de rentabilité.

II.A.2. Réglementation du comportement des auteurs de la sollicitation

198. Plan. Volet important de la police de la sollicitation, la réglementation du comportement des acteurs de la sollicitation se manifeste lorsque le législateur leur impose de s'identifier (II.A.2.1), ou d'être transparents quant à l'existence d'une sollicitation (II.A.2.2) ; lorsqu'il contraint les acteurs du démarchage téléphonique à consulter la liste Bloctel (II.A.2.3) ou à respecter un cadre temporel -jours, horaires et fréquence- (II.A.2.4) et enfin lorsqu'il oblige les professionnels qui pratiquent le démarchage bancaire et financier à s'informer de la situation financière du démarché (II.A.2.5).

II.A.2.1. Identification de l'auteur de la sollicitation

199. Démarchage physique : carte du démarcheur : une obligation en matière de démarchage bancaire. Instauré par la loi du 1^{er} août 2003, le fichier des démarcheurs répertoriait l'ensemble des salariés ou employés qui se livraient à des actes de démarchage bancaire ou financier pour le compte des établissements directement habilités et ceux bénéficiant d'un mandat intermédiaire. Tenu conjointement par l'AMF, le CECEI (Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement) et le CEA (Comité des entreprises d'assurance), le fichier était librement consultable par le public. Cette transparence était donc de nature à « *protéger les personnes sollicitées* »⁴²¹ en leur permettant tant de vérifier que les démarcheurs étaient bien habilités à proposer les produits financiers que de connaître le cas échéant l'identité du mandant. Critiqué pour la lourdeur de sa gestion, le fichier a été supprimé par la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière. Cependant puisque tout démarcheur doit disposer d'un statut professionnel tel que celui de CIF, d'intermédiaire en assurances, d'intermédiaire en opérations de banque et en service de paiement (IOBSP) ou d'agent liés et que tous ces agents doivent être déclarés dans le registre

419 Commission d'enquête sur l'efficacité des politiques publiques en matière de rénovation énergétique, Rapport, Rénovation énergétique des logements ; relever le défi de l'accélération, Tome I, 5 juill. 2023, p. 235.

420 Dir. 2011/83, 18^{ème} consid.

421 H. Aubry, Démarchage bancaire et financier, Rép. Dalloz sociétés, sept. 2009, actualisation juill. 2020, n°80.

unique tenu par l'ORIAS, « *conserver le registre des démarcheurs aurait donc été superfétatoire* »⁴²². En effet, cette immatriculation, prescrite par l'article L. 546-1 du code monétaire et financier assure une police en matière de démarchage. Pour autant, ce ne sont pas l'ensemble des démarcheurs qui sont immatriculés. Puisque, des mandataires de « deuxième niveau », échappant au monopole du démarchage, peuvent être mandatés par des acteurs habilités, ils n'auront pas vocation à être immatriculés, faute de relever d'un statut réglementé. Ainsi, en est-il par exemple des conseillers en gestion de patrimoine⁴²³. La suppression du fichier des démarcheurs implique donc qu'ils ne sont pas directement immatriculés. Ils le seront indirectement, par les personnes pour le compte desquelles ils agissent (établissement de crédit, prestataire de services d'investissement, intermédiaire devant être immatriculé auprès de l'ORIAS), puisque tout démarcheur est soumis à l'obligation de présenter une carte, délivrée par la personne pour le compte de laquelle elle agit⁴²⁴. Cette carte, répondant à un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie⁴²⁵, précise la nature des opérations et services pour lesquels le démarcheur est mandaté et s'ajoute à l'obligation d'immatriculation. Le démarchage exercé illégalement est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende⁴²⁶. Cependant, à raison de la désuétude du démarchage physique en bancaire, la carte présente un intérêt limité.

200. Démarchage physique : carte du démarcheur : bonnes pratiques en matière de démarchage à domicile. La délivrance d'une carte n'est pas une obligation légale en matière de démarchage à domicile⁴²⁷, mais uniquement une pratique déontologique, notamment lorsque la société employant le vendeur à domicile indépendant est adhérente à la Fédération de la Vente Directe et à condition que le vendeur ait suivi une formation, généralement dispensée par la société, sur la réglementation applicable à la vente à domicile et la déontologie professionnelle⁴²⁸.

201. Usurpation d'identité. Quel que soit le secteur et indépendamment de l'habilitation, l'usurpation d'identité est fréquente, qu'il s'agisse du démarchage financier à distance⁴²⁹, du démarchage pour la rénovation énergétique pour lequel l'usurpation du label RGE⁴³⁰ est l'une des multiples fraudes massives en ce domaine⁴³¹, ou du démarchage en matière de fourniture d'électricité ou de gaz. Les démarcheurs se faisant passer pour des agents d'Engie, EDF ou de la régie du gaz de Bordeaux sont légion⁴³². Pour autant, ce risque ne doit pas occulter l'assainissement qui pourrait résulter d'une habilitation délivrée à certains acteurs de la sollicitation.

422 Ph. Arestan, Démarchage bancaire ou financier et conseillers en investissements financiers, Aspects juridiques et pratique, MA ed., 6ème éd., 2023, n°87.

423 J. Lasserre Capdeville, Démarchage bancaire et financier, in Droit la consommation, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021/2022, n°523.112.

424 CMF, art. L 341-8.

425 Arrêté du 28 septembre 2004.

426 CMF, art. L. 353-1, 1°.

427 Dir. 2000/31, art. 7.1. : le démarcheur devant uniquement décliner avant la conclusion du contrat les informations relatives à son identité : C. consom., art. L. 221-5, 4°, issu de la transposition de l'art. 6, Dir. 2011/83.

428 FVD, Guide pratique du VDI, 2023, p.59.

429 AMF CDS, 20 mai 2019, SAN-2019-06 : « En se présentant auprès de clients potentiels comme démarcheur bancaire et financier mandaté par une autre société de gestion alors qu'elle n'était contractuellement pas autorisée à réaliser des actes de démarchage pour le compte de cette dernière, la société mise en cause a manqué de loyauté envers ses clients potentiels et n'a pas agi avec équité au mieux des intérêts de ces derniers, au sens du 1° de l'article L. 541-8-1 du code monétaire et financier ».

430 Label « Reconnus Garant de l'Environnement ».

431 Commission d'enquête sur l'efficacité des politiques publiques en matière de rénovation énergétique, Rapport, Rénovation énergétique des logements ; relever le défi de l'accélération, Tome I, 5 juill. 2023, pp. 66-69. Voir également DGCCRF, rapport d'activité 2022, p. 39.

432 TJ Paris, 23 mai 2023, N° RG 20/04517 : démarcheurs se faisant passer pour des agents EDF ou de la régie du gaz de Bordeaux.

202. Démarchage téléphonique avec intervention humaine : interdiction du numéro masqué, identification au début de la conversation. Deux règles concourent à l'identification du professionnel, qui procède au démarchage téléphonique, l'une en amont de la conversation, l'autre au début de celle-ci.

En amont de la conversation, l'article L. 221-17, alinéa 1 du code de la consommation interdit à un professionnel qui contacte un consommateur dans les conditions fixées à l'article L. 221-16 dudit code de recourir à un numéro masqué. L'origine de cette règle est européenne. Cependant l'article 7. 1 de la directive commerce électronique cantonne l'interdiction aux cas où le professionnel recourt à des modes de prospection automatisés⁴³³. L'article 13, 4° de la directive vie privée est plus large puisque l'interdiction de procéder à une prospection directe « *en camouflant ou en dissimulant l'identité de l'émetteur au nom duquel la communication est faite* » s'applique aux communications commerciales opérées par voie d'automates d'appel, de télécopieurs et de courrier électronique. Les dispositions avaient été transposées dans l'ancien article L. 34-5, al. 5 du CPCE⁴³⁴. Cependant, lors de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, l'interdiction avait été étendue au démarchage par téléphone, lequel avait alors fait son entrée dans le code de la consommation. Bien que non prévue par le droit européen, cette extension apparaît cependant cohérente dans la mesure où il est logique que la prohibition de dissimuler son identité s'applique au mode de prospection téléphonique passant par une intervention humaine.

Au début de la conversation, le professionnel doit indiquer de manière claire, précise et compréhensible, son identité et le cas échéant celle de la personne pour le compte de laquelle il effectue cet appel. Cette identification, imposée par le droit européen pour le démarchage téléphonique⁴³⁵ et la commercialisation à distance des services financiers⁴³⁶, concerne également, en application du droit français le démarchage téléphonique en matière bancaire et financière⁴³⁷. La proposition de Règlement e-privacy s'inscrit dans la même logique quoique de manière un peu différente, en laissant la possibilité à l'utilisateur le choix de refuser les appels entrants lorsque l'utilisateur final auteur de l'appel a empêché la présentation de l'identification de la ligne appelante⁴³⁸.

203. Prospection automatisée : interdiction de dissimuler l'identité et obligation d'utiliser un numéro dédié. Lorsqu'un message est émis au moyen d'un système automatisé de communications électroniques, l'article L. 34-5, al 5 du CPCE, transposant l'article 7.1 de la directive commerce électronique et l'article 13, 4° de la directive vie privée interdit « *de dissimuler l'identité de la personne* » pour le compte de laquelle la communication est opérée. L'exigence s'applique à tous les secteurs : produits et services de consommation courante, ou secteur financier puisque les dispositions sur les contrats conclus à distance portant sur des services financiers renvoient à l'article L. 34-5, al 5 du CPCE⁴³⁹.

En outre, par une décision n°2022-1583 du 1^{er} septembre 2022, modifiant le plan de numérotation

433 « *les États membres qui autorisent les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique veillent à ce que ces communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur leur territoire puissent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire* ».

434 CPCE, anc. art. L. 34-5 : Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de communication, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse 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.

435 Art. 8.5 de la dir. 2011/83 transposé à l'article L. 221-16 du Code de la consommation.

436 Art. 2 de la dir. 2002/65 transposé à l'article art. R. 222-2 du Code de la consommation.

437 CMF, art. R. 341-16.

438 Art. 12, 1. (gg) du règlement concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE, dans sa version publiée du 10 janv. 2017, COM(2017) 10 final.

439 C. consom., art. L. 222-16.

tion, l'ARCEP a imposé aux plateformes de prospection commerciale de passer par une nouvelle catégorie de numéros réservée à cet usage. Les articles L. 36-7 et L. 44 du code des postes et des communications électroniques donnent en effet compétence à l'ARCEP pour établir le plan national de numérotation, qui précise les conditions d'utilisation des ressources attribuées, notamment le type de services auquel l'utilisation est réservée et les prescriptions nécessaires pour assurer la bonne utilisation de ces ressources. Cependant, aux fins de limiter la prospection téléphonique, le législateur avait habilité les ministres chargés de la consommation et de l'économie numérique, à définir les tranches de numéros qui ne peuvent être utilisées comme identifiant d'appel par un professionnel qui joint un consommateur dans le cadre d'un démarchage téléphonique, l'ARCEP étant alors uniquement habilitée à donner son avis sur les textes réglementaires. Par décision n° 2019-0954 du 11 juillet 2019, l'ARCEP avait interdit aux professionnels ayant recours à des systèmes automatisés d'appels et d'envois de messages SMS/MMS d'utiliser, comme identifiants d'appels, des numéros territorialisés⁴⁴⁰. Le Conseil d'Etat, constatant que cette interdiction relevait de la seule compétence des ministres chargés de la consommation et de l'économie numérique, avait annulé cette décision⁴⁴¹. Aussi, l'ARCEP fut elle habilitée par la loi n°2021-1485 du 15 novembre 2021, complétant l'article L. 44 du code des postes et des communications électroniques, à préciser les catégories de numéros qui peuvent être présentés au destinataire lors de communications passées par des systèmes automatisés d'appels et d'envois de messages. Elle fut également habilitée à préciser les mesures que les opérateurs mettent en œuvre pour interrompre l'acheminement des appels et des messages qui ne respectent pas cette interdiction⁴⁴². C'est dans ces conditions que par une décision n°2022-1583 du 1^{er} septembre 2022, modifiant le plan de numérotation, l'ARCEP a imposé aux plateformes de prospection commerciale de passer par une nouvelle catégorie de numéros réservée à cet usage. Depuis le 1^{er} janvier 2023, ces plateformes ne peuvent donc plus prospecter à partir de numéros commençant par 06 ou 07, associés dans l'esprit des consommateurs aux téléphones portables et obtenant donc de meilleurs taux de réponses, ou à partir de numéros dits géographiques⁴⁴³. Elles doivent utiliser les numéros commençant par 0162, 0163, 0270, 0271, 0377, 0378, 0424, 0425, 0568, 0569, 0948, 0949 (France métropolitaine) ; 09475 (Guadeloupe, St-Martin, St-Barthélemy) ; 09476 (Guyane) ; 09477 (Martinique) ; 09478, 09479 (La Réunion, Mayotte). Prise par une loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique, insérée dans un chapitre destiné à « faire émerger et développer des usages du numérique écologiquement vertueux », l'habilitation avait en réalité pour finalité, comme l'indique le site « service public.fr », ainsi que le communiqué de presse de l'ARCEP accompagnant la décision du 1^{er} septembre 2022, de réduire les nuisances provenant du démarchage non sollicité. D'ailleurs parmi les exceptions à l'obligation d'utiliser des numéros dédiés figurent les utilisations de très courte durée pour certaines situations de mises en relation éphémères (livraison de colis, signalement de l'arrivée d'un chauffeur VTC, rappel de rendez-vous automatisé, etc.) pour lesquels l'utilisation de numéros commençant par 09 37 à 09 39 est possible. L'encadrement plus souple s'explique par le fait qu'ici l'appel répond à une sollicitation du consommateur.

D'un point de vue légistique, si l'article 24 de la loi n°2021-1485 du 15 novembre 2021 a complété

440 Les numéros territorialisés sont composés des catégories de numéros suivante : - numéros géographiques ; numéros mobiles ; - numéros polyvalents de longueur étendue ; - numéros polyvalents.

441 CE, 2^{ème} - 7^{ème} chambres réunies, 12 fév. 2021, n°434538. Le Conseil d'Etat relève que si les dispositions des articles L. 36-7 et L. 44 du code des postes et des communications électroniques donnent compétence à l'ARCEP pour établir le plan national de numérotation, qui précise les conditions d'utilisation des ressources attribuées, notamment le type de services auquel l'utilisation est réservée et les prescriptions nécessaires pour assurer la bonne utilisation de ces ressources, le législateur a limité cette compétence par les dispositions de l'article L. 221-17 du code de la consommation, qui confie aux seuls ministres chargés de la consommation et de l'économie numérique le soin de définir par voie réglementaire les tranches de numéros qui ne peuvent être utilisées comme identifiant d'appel par un professionnel qui joint un consommateur dans le cadre d'un démarchage téléphonique.

442 L. n°2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique, art. 24.

443 Numéros commençant par 01 ou 05 en fonction de la région d'où ils proviennent.

l'article L. 44 du code des postes et des communications électroniques de telle sorte que l'ARCEP se trouvait ainsi habilitée à intervenir, il a omis de corriger l'article L. 221-17 du code de la consommation qui prévoit donc toujours la seule compétence en la matière des ministres chargés de la consommation et de l'économie numérique. Une correction du texte est donc suggérée.

204. Sanctions administratives susceptibles de cumul pour l'interdiction du numéro masqué et la déclinaison de l'identité au début de la conversation. Les deux règles d'identification -interdiction du numéro masqué et déclinaison de l'identité au début de la conversation- sont sanctionnées d'une amende administrative dont le montant a été quintuplé par la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, dans un but manifeste d'en renforcer le caractère dissuasif. Elle peut en effet atteindre 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale⁴⁴⁴. La dissimulation de l'identité dans le cas d'une prospection automatisée fait l'objet de sanctions identiques⁴⁴⁵. Les amendes sont susceptibles de cumul. Cependant, lorsque la DGCCRF a prononcé une amende administrative, l'ARCEP également compétente⁴⁴⁶, au même titre que la CNIL⁴⁴⁷, veille, si elle prononce à son tour une sanction, à ce que le montant global des peines prononcées contre le même professionnel à raison des mêmes faits n'excède pas le maximum légal le plus élevé⁴⁴⁸.

205. Contournement de l'obligation d'utiliser un numéro dédié. Le contournement de l'obligation d'utiliser un numéro dédié est un phénomène avéré. De nombreuses plateformes utilisent un numéro portable par le biais d'une ligne fixe pour un meilleur « décroché ». Autorité de régulation, l'ARCEP ne dispose pas de pouvoir contraignant en cas de violation de l'interdiction. Elle recommande donc aux opérateurs téléphoniques de procéder, dans cette hypothèse, au blocage des appels transitant à travers leurs réseaux ou présentant un numéro territorialisé. Cette mesure n'est cependant pas dissuasive car le professionnel peut racheter un autre numéro. Aussi de deux choses l'une. Soit le législateur laisse subsister le dispositif qui risque donc d'être ineffectif. Soit il souhaite vraiment lutter contre la prospection commerciale automatisée auquel cas il lui faut être cohérent dans le choix des instruments. Il s'agirait alors de revenir au dispositif initial habilitant les ministres à édicter les arrêtés d'interdiction après avis de l'ARCEP et d'édicter des sanctions analogues à celles encourues en cas de violation de l'interdiction d'un numéro de téléphone masqué.

206. Identification de l'influenceur avant la loi n°2023-451 du 9 juin 2023. Avant la loi n°2023-451 du 9 juin 2023, le seul cadre juridique de nature à appréhender les activités des influenceurs professionnels était la directive PCD. Ainsi, dès lors que la véritable intention commerciale était masquée au consommateur, la communication de l'influence était susceptible de tomber sous le coup du délit de pratique commerciale trompeuse par omission issu de la transposition de la directive 2005/29⁴⁴⁹. Selon la Commission européenne, aux fins de la directive pratiques commerciales déloyales, « *les personnes qui réalisent des activités promotionnelles destinées aux consommateurs sur leurs comptes de réseaux sociaux sont susceptibles d'être considérées comme des « professionnels »* », indépendamment de la taille de leur audience ; « *l'élément commercial est réputé exister à chaque fois que l'influenceur reçoit une quelconque forme de contrepartie pour sa recommandation, y compris en cas de paiement, de remise, d'accord de partenariat, de pourcentage sur les liens affiliés, de produits gratuits (y compris de cadeaux spontanés), de voyages, d'invitations à des événements, etc. L'existence d'un contrat et d'un paiement monétaire n'est pas*

444 C. consom., art. L. 242-12 pour la déclinaison de l'identité et art. L. 242-14 pour l'interdiction du numéro masqué.

445 CPCE, art. 34-5, al. 5.

446 CPCE, art. L. 36-11.

447 CPCE, art. L. 34-5, al. 6.

448 CPCE, art. L. 34-5, al. 9.

449 C. consom., art. L. 121-3, al. 1 ; art. L. 132-2.

nécessaire pour déclencher l'application de ces règles »⁴⁵⁰.

De même, l'ARPP avait proposé de définir l'influenceur comme « *un individu exprimant un point de vue ou donnant des conseils, dans un domaine spécifique et selon un style ou un traitement qui lui sont propres et que son audience identifie* »⁴⁵¹. Pour que la communication de l'influenceur présente un caractère commercial, il fallait, selon l'autorité de régulation, que le contenu soit réalisé dans le cadre « *d'engagements réciproques* » établis soit par un « *écrit (contrat, facture, échange de mél, ...)* » ou « *par un faisceau d'indices (des posts récurrents en faveur d'une même marque, la récupération par la marque du contenu produit par l'influenceur, la réciprocité implicite au regard de la valeur d'un cadeau ou d'une invitation, des éléments de langage identiques ou proches, etc.)* ». En d'autres termes, il s'agissait d'opérer une distinction entre les contenus purement éditoriaux dont la diffusion ne relève pas d'une collaboration commerciale, et les contenus réalisés en collaboration avec une marque dans un cadre commercial moyennant des contreparties. Seuls ces derniers types de contenus étaient susceptibles d'être qualifiés de publicités.

207. Identification de l'activité d'influence commerciale depuis la loi n°2023-451 du 9 juin 2023

– **Difficultés d'interprétation.** Le législateur a choisi par la loi du 9 juin 2023 d'introduire dans le paysage juridique la définition d'un nouvel acteur de la sollicitation : la personne exerçant une activité d'influence commerciale par voie électronique. Ainsi, l'article 1^{er} énonce que « *les personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique* »⁴⁵². Cette définition suscite plusieurs remarques. D'une part, tout en se rapprochant de la notion de professionnel au sens du droit de la consommation elle ne coïncide pas avec celle-ci. On sait en effet que le professionnel est, selon l'article liminaire, « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* ». En visant le caractère onéreux de l'activité de l'influenceur, l'article 1^{er} de la loi du 9 juin 2023 fait écho avec ce critère qui bien qu'absent de la définition de l'article liminaire est un des indices de l'activité professionnelle⁴⁵³. En outre le législateur vise l'activité commerciale, qui est l'une de celles qui justifie l'appartenance à la catégorie des professionnels. Si l'intention du législateur était d'assimiler à des professionnels les personnes qui « *à titre onéreux, mobilisent leur notoriété* », il est regrettable qu'il n'ait pas repris les termes de l'article liminaire. Ce choix brouille la lisibilité du droit⁴⁵⁴. D'autre part, la question de la contrepartie que pourrait recevoir l'influenceur n'est pas clairement traitée dans la définition. Certes, en énonçant que l'activité est à titre onéreux, la définition renvoie à l'existence d'une contrepartie puisque le contrat à titre onéreux est précisément caractérisé, selon l'article 1107 alinéa 1 du Code civil, lorsque chacune des parties reçoit de l'autre

450 Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 2021/C 526/01, § 4.2.6. Marketing d'influence. La Commission s'appuie sur la décision la décision Peek & Cloppenburg, rappelant la nécessité de veiller à la bonne application de la directive 2005/29, en particulier pour ce qui concerne « *la publicité « cachée » sur Internet, par l'intermédiaire de la diffusion de commentaires sur des réseaux sociaux, des forums ou des blogs, semblant émaner des consommateurs eux-mêmes, alors qu'il s'agit en réalité de messages à caractère publicitaire ou commercial, directement ou indirectement générés ou financés par des acteurs économiques* ». CJUE, 2 sept. 2021, aff. C-371/20, Peek & Cloppenburg, pt 43.

451 ARPP, Recommandation Communication publicitaire numérique V5, entrée en vigueur le 1er janv. 2022.

452 Loi n°2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, art. 1.

453 CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-105/17, Kamenova.

454 On retrouve ici une confusion déjà relevée à l'égard de l'usage par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux du terme professionnel dans un sens distinct de celui du droit de la consommation. V. C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud, Avant-projet de réforme des contrats spéciaux : observations sur la garantie des vices en matière de vente sous le prisme du droit de la consommation (2e partie), Le droit en débats, Dalloz.fr, 16 janv. 2023.

un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Cependant, contrairement à la disposition du Code civil, la définition de l'influence commerciale n'exige aucune réciprocité⁴⁵⁵. Par conséquent, l'influence commerciale pourrait tout aussi bien viser l'activité pour laquelle l'influenceur recevrait une contrepartie monétaire ou en nature à raison d'une collaboration avec l'annonceur, que la contrepartie en objets virtuels émanant de ses « followers »⁴⁵⁶. La définition laisse entière l'identification de l'influenceur non commercial⁴⁵⁷. Finalement, le critère déterminant pour identifier l'influenceur commercial semble être celui de la notoriété qui sera laissé, tel un standard, à l'appréciation du juge. Cependant, il n'est pas certain que la législation soit maintenue en l'état, la Commission européenne considérant qu'elle n'est pas conforme, sur certains points non traités dans ce rapport, au DSA⁴⁵⁸.

208. Propositions formulées au titre de l'identification de l'auteur de la sollicitation.

Propositions

26 Modifier l'article L. 221-17, alinéa 3 du code de la consommation habilitant l'ARCEP à donner un avis avant l'adoption d'arrêtés ministériels destinés à interdire l'usage de certains numéros d'appel par les plateformes de prospection commerciale aux fins de le mettre en conformité avec l'article 24 de la loi n°2021-13485 du 15 novembre 2021 habilitant l'ARCEP à procéder à cette interdiction.

27 Revoir la cohérence des sanctions : la sanction consistant en un blocage de l'appel pour une plateforme de prospection commerciale utilisant un numéro territorialisé n'apparaît pas dissuasive par comparaison avec, dans le même registre, l'amende administrative d'un montant de 375 000 € pour une personne morale utilisant un numéro masqué.

II.A.2.2. Identification de l'existence d'une sollicitation

209. Transparence de la communication commerciale – Généralités. La police de la sollicitation passe ici par une obligation de transparence qui incombe au professionnel. Il s'agit de faire prendre conscience au consommateur que la communication qu'il reçoit présente un caractère commercial. L'origine de la réglementation remonte à la directive 2000/31 sur le commerce électronique. L'article 6 a) prévoit que les États membres veillent à ce que les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service soient clairement identifiables comme telles. Sont visées « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une

455 M. Malaurie, Influenceur, liberté d'expression et protection des consommateurs, D. IP/IT 2023, p. 558.

456 M. Malaurie, Influenceur, liberté d'expression et protection des consommateurs, préc. qui évoque les « cœurs ». La Cour de cassation avait quant à elle jugé qu'un message « relayé par l'intervention d'un internaute à l'intention de son « réseau d'amis » ne lui faisait pas perdre son caractère publicitaire » (Cass. civ. 1ère, 3 juill. 2013, n°12-22633).

457 Dans sa consultation publique sur l'encadrement du métier des influenceurs, le Centre Européen des Consommateurs (CEC) France regrettait également que le législateur n'ait retenu que l'influenceur à activité commerciale. Le CEC recommandait, dans un but de protection des consommateurs, d'inclure dans la définition « les simples conseils/recommandations par lesquels l'influenceur s'exprime à titre personnel et gratuit » estimant que de nombreuses marques envoient gratuitement des produits non sollicités à des influenceurs en espérant une couverture médiatique suffisante pour avoir des retombées commerciales. V. CEC France Consultation publique sur l'encadrement du métier des influenceurs, 30 janv. 2023. V. égal. CEC, Communiqué de Presse, 27 mars 2023.

458 <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/la-loi-sur-les-influenceurs-pourrait-devoir-etre-reecrite-en-partie-1986019>.

profession réglementée »⁴⁵⁹. La notion de communication commerciale correspond à la définition européenne de la publicité, à savoir « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations* »⁴⁶⁰. L'obligation de transparence a été transposée dans l'article 20 de la LCEN selon lequel « *Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle (...) sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses* » étant précisé que le service de communication au public en ligne désigne « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* »⁴⁶¹. Il s'agit donc de permettre au consommateur d'identifier les publicités dans certains types de média comme YouTube, et non pour des dispositifs de communication de personne à personne comme les SMS ou MMS. L'obligation de transparence de la communication commerciale est confortée par la réglementation des pratiques commerciales trompeuses. D'une part, une pratique peut être au cas par cas jugée trompeuse « *si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte* »⁴⁶². Il s'agit ici d'incriminer le marketing « déguisé ». D'autre part, certains types de communications commerciales relèvent de la liste noire de pratiques trompeuses interdites. Ainsi en est-il lorsqu'un professionnel n'indique pas clairement qu'il a financé la promotion d'un produit dans un contenu rédactionnel⁴⁶³. Invitée à se prononcer sur cette pratique, la CJUE a jugé qu'il y a bien « paiement » lorsqu'il n'est pas de nature monétaire et prend la forme d'une « *mise à disposition gratuite, en faveur de la société éditrice de médias par le professionnel concerné, d'images protégées par des droits d'utilisation (...) dans la mesure où ces images représentaient des prises de vue des locaux et des produits commercialisés par ce professionnel dans le cadre de l'opération promotionnelle concernée* ». En effet, cette mise à disposition « *a une valeur patrimoniale et vise à promouvoir les ventes des produits dudit professionnel* »⁴⁶⁴.

La pratique commerciale trompeuse est un délit sanctionné par un emprisonnement de 2 ans et une amende de 300000 euros⁴⁶⁵.

Issue de dispositions légales, l'obligation de transparence est reprise par les normes de droit souple. L'ARPP rappelle ainsi dans la recommandation « identification de la publicité et des communications commerciales » que « *les communications commerciales doivent être clairement identifiables en tant que telles, quelle que soit leur forme et quel que soit le support utilisé. Lorsqu'une publicité, y compris une publicité dite « native », est diffusée dans un média comportant des informations ou du contenu rédactionnel, elle doit être présentée de telle sorte que son caractère publicitaire soit évident et, le cas échéant, doit être marquée comme telle* »⁴⁶⁶.

210. Applicabilité des règles de la transparence commerciale au live shopping. Dès lors qu'à l'occasion du « live shopping » le professionnel peut non seulement délivrer des informations

459 A l'exception des « *informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique* » ainsi que des « *communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière* ».

460 Dir. 2006/114 relative à la publicité trompeuse et la publicité comparative, art. 2, a.

461 LCEN, art. 1

462 C. consom., art. L. 121-3 transposant l'art. 7. 2. de la DPCD.

463 C. consom., art. L. 121-4, 11° transposant l'annexe, pt 11.

464 CJUE, 2 sept. 2021, aff. C-371/20, Peek & Cloppenburg, pts 41, 46 & 47.

465 C. consom., art. L. 132-2. Voir le paiement d'une amende transactionnelle de 20 000 euros par l'influenceuse Nabilla Benattia-Vergara pour des pratiques commerciales trompeuses relatives à la promotion sur le réseau social Snapchat d'un site de formation au trading en ligne : DGCCRF, communiqué de presse, 28 juill. 2021.

466 ARPP, Recommandation « identification de la publicité et des communications commerciales ».

voire des conseils au consommateur mais en outre promouvoir le produit objet de l'évènement, ou d'autres produits, il est possible d'envisager, le cas échéant, la qualification de publicité avec option d'achat. Dans cette perspective, les règles contraignantes et déontologiques précitées qui concourent à la transparence de la publicité sont applicables au « live shopping », exactement comme en son temps le téléachat fut réglementé, avec toutefois des spécificités liées à une limitation quant au temps de diffusion, les horaires et les jours de diffusion aux fins notamment de protéger les mineurs⁴⁶⁷.

211. Règles spécifiques pour les placements de produits au sein de jeux vidéo. Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) avait adopté, le 16 février 2010, une délibération pour exiger pictogramme dédié pour informer clairement les téléspectateurs de l'existence d'un placement de produit⁴⁶⁸. Cependant, la délibération n'était pas applicable aux autres supports. Le Placement de produits au sein de jeux vidéo a donc fait l'objet d'une réglementation spécifique. Le décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD) applique le régime juridique de la publicité du décret n°92-280 du 27 mars 1992. L'article 14 al. 1^{er}, prévoit que : « *Les messages publicitaires ou les séquences de messages publicitaires doivent être aisément identifiables comme tels et nettement séparés du reste du programme, avant comme après leur diffusion, par des écrans reconnaissables à leurs caractéristiques optiques et acoustiques.* ». L'ARPP a également formulé des préconisations en opérant une distinction entre le message qui apparaît dans des emplacements publicitaires « *tels qu'ils existent dans la vie "réelle"* » et le message dont le caractère publicitaire ne se manifeste pas clairement. Pour le premier, le jeu vidéo peut prendre place au sein d'une ville virtuelle qui, comme une ville réelle, laisse apparaître des panneaux publicitaires. Ici, le caractère publicitaire apparaît clairement puisque le panneau réel se retrouve sous une forme identique mais dans une ville dématérialisée. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir d'éléments supplémentaires d'identification. Pour le second, le joueur pourrait être amené à croiser au sein du jeu des boutiques ou par exemple des distributeurs automatiques de boissons et confiseries dont les marques ont une existence bien réelle. Dans cette situation, la vente réelle de ces produits dans un distributeur ou une boutique ne constitue pas une publicité. Pourtant, dans le jeu, leur apparition est comparable à un placement de produit que le joueur n'est pas en mesure d'identifier comme tel puisqu'il ne s'agit pas d'une publicité dans le monde réel. Il est donc recommandé « *d'adjoindre une indication explicite permettant d'identifier la publicité comme telle* »⁴⁶⁹.

212. Transparence de la communication commerciale des influenceurs. Avant l'adoption de la loi n°2023-451 du 9 juin 2023, la Commission européenne et l'ARPP avaient suggéré des avertissements adéquats pour permettre au consommateur de percevoir la nature commerciale du contenu promu par l'influenceur. Les obligations de clarté sur la communication commerciale s'appliquent en effet aux professionnels indépendamment du fait qu'ils soient ou non les fournisseurs des produits⁴⁷⁰. La Commission avait rappelé que « *l'avertissement relatif à l'élément commercial doit être clair et approprié, en tenant compte du moyen de communication utilisé pour effectuer*

467 Loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télépromotion avec offre de ventes dites de « télé-achat ») avant d'être abrogée par la loi n° 2000-719 du 1 août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

468 CSA, délib. n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision, JORF n° 54 du 5 mars 2010, Texte n° 88. Saisi d'un recours sur cette délibération, le Conseil d'Etat avait jugé que « *l'apparition brève et intermittente d'un pictogramme n'est pas de nature à porter atteinte à l'intégrité des œuvres ; qu'en retenant cette modalité d'information du public pour les œuvres cinématographiques, comme pour les autres programmes pour lesquels le placement de produit est autorisé, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation* » : CE, Sous-sections 5 et 4 réunies, 22 avr. 2013 - n° 343073.

469 ARPP, Recommandation Communication Numérique Digitale, V5 entrée en vigueur le 1er janv. 2022, Fiche pratique n°6.

470 CJUE, 30 mars 2017, aff. C-146/16, Verband Sozialer Wettbewerb, pt 16.

l'opération de marketing, notamment du contexte de l'opération, de sa localisation, du moment où elle est effectuée, de sa durée, de la langue utilisée, du public ciblé et d'autres aspects » et renvoyé sur ce point aux orientations des organismes nationaux d'autoréglementation du secteur de la publicité⁴⁷¹. L'ARPP avait ainsi préconisé que l'existence d'une collaboration commerciale entre un influenceur et un annonceur pour la publication d'un contenu soit portée par l'influenceur à la connaissance du public par « *une indication explicite permettant de l'identifier comme telle, de manière que ce caractère apparaisse instantanément* ». En d'autres termes, deux notions étaient au cœur de la façon de dévoiler la collaboration commerciale : « *explicite* » et « *instantanée* » et ce, en adéquation avec les orientations de la Commission européenne du 29 décembre 2021⁴⁷². Or, la loi du 9 juin 2023 contraint d'utiliser la mention « *Publicité* » ou « *Collaboration commerciale* », ladite mention devant être « *claire, lisible et identifiable sur l'image ou sur la vidéo, sous tous les formats* » et délivrée durant l'intégralité de la promotion⁴⁷³. A défaut, le délit de pratique commerciale trompeuse par omission est susceptible d'être caractérisé⁴⁷⁴.

213. Interrogation sur la conformité au droit européen des exigences française de transparence commerciale des influenceurs. L'article 7.2. de la directive 2005/29 qualifie d'omission trompeuse la pratique commerciale qui « *n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte* ». D'harmonisation maximale, la disposition n'impose pas pour autant, pour éclairer sur l'intention commerciale le recours à une mention spécifique, contrairement à ce que prévoit la loi sur les influenceurs. Il suffit de termes suffisamment explicites. Faute de décision de la CJUE sur ce point, il n'est pas possible de se prononcer avec certitude sur la conformité de l'exigence française mais il n'est pas exclu que la loi française, en restreignant à une seule possibilité l'identification du caractère commerciale, ne soit pas conforme au droit européen. En outre, le règlement sur les services numériques (DSA) prévoit une « *fonctionnalité* » fournie par les fournisseurs de plateforme en ligne aux destinataires du service aux fins de déclarer si le contenu constitue ou non une communication commerciale⁴⁷⁵. Il pourra là encore s'avérer difficile de considérer l'exigence d'une mention gravée tout au long du message délivré par l'influenceur soit conforme avec cette fonctionnalité, plus souple que le droit français. Cependant, comme indiqué précédemment, il n'est pas certain que la législation française soit maintenue en l'état, la Commission européenne considérant qu'elle n'est pas conforme, sur certains points non traités dans ce rapport, au DSA⁴⁷⁶.

214. Renforcement de la transparence de la communication commerciale pour les produits financiers – Recommandations de l'ARPP. La nouvelle recommandation sur les crypto actifs⁴⁷⁷ ainsi

471 Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 2021/C 526/01, § 4.2.6. Marketing d'influence, note 360

472 M. Jalade, La régulation professionnelle de l'influence commerciale : le rôle et les actions de l'ARPP, D. IP/IT 2023 p. 553.

473 Loi n°2021-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, art. 5, I.

474 Loi n°2021-451 du 9 juin 2023 préc., art. 5, I renvoyant aux articles L. 132-1 à L. 132-9 du code de la consommation. Le 10 août 2023, la DGCCRF a publié à l'encontre d'influenceuses 4 décisions d'injonctions de cesser des pratiques commerciales trompeuses consistant notamment dans l'absence d'indication du caractère publicitaire des publications (stories) pour lesquelles l'influenceuse reçoit une rémunération ou une contrepartie de la part d'un annonceur. Ces injonctions ont été formulées par le Service National des Enquêtes, dans le cadre de ses investigations sur le marketing d'influence.

475 Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du conseil du 19 oct. 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), art. 26, 2.

476 <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/la-loi-sur-les-influenceurs-pourrait-devoir-etre-reecrite-en-partie-1986019>.

477 ARPP, Recommandation « *Crypto-actifs* », Juill. 2023, entrée en vigueur le 1er oct. 2023.

que les recommandations mises à jour sur les produits et contrats financiers à effet de levier⁴⁷⁸ et sur les placements dits atypiques et services liés⁴⁷⁹, édictées par l'ARPP et entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2023, ont pour trait commun de prescrire au titre de la transparence de la publicité un « équilibre » de la publicité entre, d'une part, la présentation des performances (gains, rendements y compris sous forme visuelle ou graphique) du produit ou service et, d'autre part, les risques inhérents à la souscription de ce dernier. Cet équilibre implique « la présence, dans toute publicité, quel que soit le support de diffusion utilisé, d'une information claire, intelligible et parfaitement lisible et/ou audible sur les risques propres à l'activité ou au(x) produit(s) visé(s) » et, lorsqu'il s'agit de crypto-actifs, la volatilité des cours et le risque de cyber/piratage devront être en outre mentionnés⁴⁸⁰. Les recommandations sur les produits et contrats financiers à effet de levier et sur les placements dits atypiques et services liés précisent que « les niveaux de risques peuvent être différents et aller jusqu'à une perte intégrale de l'investissement »⁴⁸¹.

II.A.2.3. Obligation de consulter la liste Bloctel pour le démarchage téléphonique et pour le démarchage bancaire et financier.

215. Dispositif d'origine interne, conforme au droit européen, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 pour le démarchage téléphonique. Selon l'article L. 223-1, alinéa 1 du code de la consommation, « le consommateur qui ne souhaite pas faire l'objet de prospection commerciale par voie téléphonique peut gratuitement s'inscrire sur une liste d'opposition au démarchage téléphonique ». Cette liste gratuite a été créée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation à l'occasion de la transposition de la directive 2011/83. Bien que non prévu par celle-ci, le dispositif est conforme au droit européen qui, par l'article 13 de la directive 2002/58 sur la vie privée, autorise les Etats membres à prévoir un mécanisme d'opt-in ou d'opt-out pour contrer les communications non sollicitées et ce dès le premier appel⁴⁸². Tel est l'objet du dispositif Bloctel. Le document d'orientation de la directive 2005/29 précise d'ailleurs que « des règles spécifiques sur les communications non sollicitées (...) sont fixées à l'article 13 de la directive 2002/58/CE sur la vie privée et les communications électroniques. Ces dispositions régissant un secteur spécifique prévalent sur la DPCD, ce

478 ARPP, Recommandation « Produits et contrats financiers à effet de levier, permettant de s'exposer sur le forex, les Indices boursiers et le cours des matières premières », Juill. 2023, entrée en vigueur le 1er oct. 2023.

479 ARPP, Recommandation « Placements dits atypiques et services liés », Juill. 2023, entrée en vigueur le 1er oct. 2023. Parmi les placements dits atypiques « les placements en biens divers qui supposent un investissement dans d'autres types de placements que les placements financiers traditionnels » et qui « proposent, généralement, une performance, un rendement, une plus-value sur la revente » dans des secteurs tels que les panneaux solaires.

480 ARPP, Recommandation « Crypto-actifs », Juill. 2023, entrée en vigueur le 1er oct. 2023.

481 ARPP, Recommandations « Produits et contrats financiers à effet de levier, permettant de s'exposer sur le forex, les Indices boursiers et le cours des matières premières », et « Placements dits atypiques et services liés », Juill. 2023, entrées en vigueur le 1er oct. 2023.

482 Dir. 2002/58, art. 13 : Communications non sollicitées. 1. L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable.

2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque, dans le respect de la directive 95/46/CE, une personne physique ou morale a, dans le cadre d'une vente d'un produit ou d'un service, obtenu directement de ses clients leurs coordonnées électroniques en vue d'un courrier électronique, ladite personne physique ou morale peut exploiter ces coordonnées électroniques à des fins de prospection directe pour des produits ou services analogues qu'elle-même fournit pour autant que lesdits clients se voient donner clairement et expressément la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation des coordonnées électroniques lorsqu'elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n'auraient pas refusé d'emblée une telle exploitation.

3. Les États membres prennent les mesures appropriées pour que, sans frais pour l'abonné, les communications non sollicitées par celui-ci et effectuées à des fins de prospection directe, dans les cas autres que ceux visés aux paragraphes 1 et 2 ne soient pas autorisées, soit sans le consentement des abonnés concernés, soit à l'égard des abonnés qui ne souhaitent pas recevoir ces communications, le choix entre ces deux solutions étant régi par la législation nationale ».

qui signifie qu'il n'est pas besoin que ces sollicitations soient répétées et les États membres doivent sanctionner les sollicitations dès le premier appel ou courrier électronique »⁴⁸³.

216. Renforcement du dispositif par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020. Le service de gestion de la liste d'opposition s'est révélé largement inefficace⁴⁸⁴. La réglementation a donc été renforcée par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux. Par concession de service public, et jusqu'au 10 août 2026, l'entreprise Worldline gère désormais le service Bloctel, sous contrôle de l'autorité concédante, la DGC-CRF.

Le consommateur qui ne souhaite pas faire l'objet de prospection commerciale par voie téléphonique est autorisé, comme auparavant, à inscrire gratuitement sur une liste d'opposition au démarchage téléphonique jusqu'à 8 numéros (fixe ou mobile). Les SMS sont en revanche exclus du dispositif Bloctel. Valable 3 ans, l'inscription est tacitement reconductible et le consommateur peut se désinscrire à tout moment⁴⁸⁵. À défaut d'inscription, le consommateur est susceptible de faire l'objet d'un démarchage téléphonique sauf s'il s'agit de rénovation énergétique.

L'inscription sur la liste d'opposition génère l'interdiction pour le professionnel de solliciter le consommateur sauf exception client. L'exception client est donc cruciale en matière de démarchage pour la rénovation énergétique, puisque celui-ci est interdit, même à l'égard des consommateurs non inscrits, sauf si l'exception client est caractérisée. L'équilibre entre la protection des consommateurs et la protection du secteur économique dépend donc de l'exception client. Or celle-ci soulève des difficultés d'interprétation, ce qui est regrettable étant donné les sanctions très élevées dont sont passibles les professionnels qui ne respectent pas le dispositif.

217. Exception client. Avant la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020, l'interdiction de prospecter des consommateurs inscrits sur la liste était levée « *en cas de relations contractuelles préexistantes* »⁴⁸⁶. Cette « exception client » était susceptible d'interprétations divergentes. Pour certains, elle désignait un contrat en cours « *préexistant à l'appel* » alors que pour d'autres elle renvoyait également à « *un contrat passé, même échu au moment de l'appel* »⁴⁸⁷. Les travaux parlementaires avaient fait valoir que nombreux étaient les consommateurs qui regrettaient une utilisation abusive de cette dérogation, « *le démarchage ayant parfois lieu plusieurs années après la fin du contrat, ou pour un produit n'ayant aucun rapport avec l'objet du contrat initial* ». L'objectif initial de la réforme opérée par la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 fut donc de « *sécuriser les entreprises qui appellent, légitimement, leurs clients, en précisant dans la loi la nature de la relation contractuelle préexistante dans le cadre de laquelle le démarchage doit pouvoir être autorisé, tout en protégeant les consommateurs contre un démarchage abusif plusieurs années après la fin de*

483 Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 2021/C 526/01, § 3.6 Marketing persistant par un outil à distance – Point 26.

484 À titre d'exemples, entre 2018 et 2020, plus de 200 500 signalements de consommateurs inscrits sur Bloctel et continuant de recevoir des appels à des fins commerciales avaient été recensés. Alors qu'il était prévu que les entreprises devaient passer par le service de gestion pour expurger leurs fichiers des numéros figurant sur la liste d'opposition, seules 800 entreprises s'y étaient conformées. Pour un bilan complet de l'ineffectivité, voir Conseil National de la Consommation, Groupe de travail « démarchage téléphonique », Rapport adopté le 22 fév. 2019. Voir égal. l'enquête menée en 2020 (avant l'entrée en vigueur de la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020) sur le démarchage téléphonique par la DGCCRF révélant que de nombreuses entreprises n'avaient pas souscrit d'abonnement Bloctel ou ne l'utilisaient pas pour expurger leurs fichiers de prospection : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/demarchage-telephonique-des-manquements-dans-la-moitie-des-etablissements-contrôles>.

485 C. consom., art. R. 223-3.

486 C. consom., anc. art. 223-1, al. 2 : Il est interdit à un professionnel, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers agissant pour son compte, de démarcher téléphoniquement un consommateur inscrit sur cette liste, sauf en cas de relations contractuelles préexistantes.

487 <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl18-183.html>.

ce contrat »⁴⁸⁸. Le législateur a, dans cette perspective, édicté à l'article L. 223-1 du code de la consommation qu' « il est interdit à un professionnel, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers agissant pour son compte, de démarcher téléphoniquement un consommateur inscrit sur cette liste, sauf lorsqu'il s'agit de sollicitations intervenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours et ayant un rapport avec l'objet de ce contrat, y compris lorsqu'il s'agit de proposer au consommateur des produits ou des services afférents ou complémentaires à l'objet du contrat en cours ou de nature à améliorer ses performances ou sa qualité ».

Trois critères sont donc à prendre en compte pour identifier l'exception client : un contrat en cours, son exécution et le rapport avec l'objet du contrat.

Le premier tient à la durée du contrat. Celui-ci doit être en cours, par opposition à un contrat dont les obligations auraient été éteintes, au sens de l'article 1342 du Code civil. Entrent donc dans le champ de l'exception client, les contrats à exécution successive, définis comme ceux dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps⁴⁸⁹ comme les contrats d'abonnements, de fourniture d'électricité ou de gaz naturel⁴⁹⁰, dès lors qu'ils sont en cours. Les contrats renouvelés⁴⁹¹ ou tacitement reconduits⁴⁹² et, plus largement, les contrats à durée indéterminée sont, tant qu'ils n'ont pas été résiliés, des contrats en cours d'exécution. En revanche, les contrats à exécution instantanée, qui ont fait l'objet d'un paiement, au sens là encore de l'article 1342 du Code civil, ne relèvent a priori pas du périmètre de l'exception client. Un débat s'est cependant élevé pour considérer comme un contrat en cours, un contrat à exécution instantanée, tel qu'une vente, certes déjà exécuté, mais dont la garantie légale de conformité⁴⁹³ ou la garantie commerciale⁴⁹⁴ n'est pas achevée. En d'autres termes la garantie assurerait « *un maintien en vie du contrat* »⁴⁹⁵. Sur ce point, la position de l'administration a évolué. Après avoir retenu que « *les contrats de garantie conclus avec un consommateur ne permettent pas de prospecter ce dernier s'il est inscrit sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique* »⁴⁹⁶, la DGCCRF a assoupli son appréciation puisque dans la « foire aux questions » destinée aux professionnels, elle fait désormais une exception pour le « *contrat sous garantie commerciale* » qu'elle assimile à un contrat en cours d'exécution, assimilation qu'elle écarte pour la garantie légale de conformité⁴⁹⁷. Cette précision ayant trait à la garantie commerciale, incluse dans une foire aux questions, présente donc une juridicité en ce qu'elle est issu d'un acte de droit souple, dont la justiciabilité est garantie. Le deuxième critère d'identification de l'exception client tient à ce que le contrat doit être en cours d'exécution. Le terme « exécution » est ici ambigu. S'il s'agit de se référer à la période des effets du contrat, par opposition à celle de sa formation, le contrat est en principe en cours d'exécution à compter de sa conclusion, peu important qu'il ait fait l'objet d'un commencement d'exécution matérielle. Or, les discussions avec les partenaires de la Chaire révèlent que l'expression a été vue comme renvoyant à un contrat ayant reçu un commencement d'exécution matérielle. Dès lors, des difficultés pratiques résultent du fait que ce commencement d'exécution ne coïncide pas nécessairement avec la date de conclusion du contrat, ni avec celle de l'appel téléphonique puisque la conclusion du contrat est décalée à la date d'acceptation de la confirmation de l'offre par le consommateur⁴⁹⁸. Si le contrat est une vente, cette date marque le point de départ de la naissance

488 *ibid.*

489 C. civ., art. 1111-1, al. 2.

490 C. consom., art. L. 224-1 et s.

491 C. civ., art. 1214.

492 C. civ., art. 1215.

493 C. consom., art. L. 217-3 et s. ; L. 224-25-12 et s.

494 C. consom., art. L. 217-21 et s.

495 F. Maazou, L'encadrement du démarchage téléphonique par la loi du 24 juillet 2020, Mémoire, Master 2 Droit des affaires – Droit de la consommation et des pratiques commerciales, CY Cergy Paris Université, § 104.

496 <https://pro.bloctel.gouv.fr/faq>, 2021.

497 <https://pro.bloctel.gouv.fr/faq>, 2022.

498 C. consom., art. L. 221-16, al 3.

des obligations du professionnel et du consommateur. Cependant, le consommateur dispose d'un délai de rétractation de 14 jours qui court à compter de la réception du bien. S'il s'agit d'une prestation de services, l'exécution est décalée à la fin du délai de rétractation de 14 jours, qui court à compter de la conclusion du contrat⁴⁹⁹, sauf si le consommateur a souhaité qu'elle commence avant la fin de ce délai⁵⁰⁰. Dans cette perspective le contrat ne pourrait recevoir un commencement d'exécution matérielle qu'à compter au plus tôt de la fin du délai de rétractation et au plus tard à la date fixée contractuellement, laquelle peut être fixée à un délai assez long après la conclusion du contrat. Il y a donc une ambiguïté qu'il convient de lever puisque le contrat en cours d'exécution peut s'entendre comme le contrat conclu, ou celui ayant fait l'objet d'un commencement d'exécution de la prestation. Etant donné que du sens à donner à l'expression, dépend la possibilité de faire valoir l'exception client, il est proposé de clarifier la notion de cours en cours « d'exécution ». La sollicitation doit enfin en troisième lieu concerner des biens ou services « en rapport » avec l'objet du contrat en cours, ou « afférents ou complémentaires » à ce dernier, ou de nature à en améliorer les performances ou qualités. Selon les partenaires représentant les professionnels des secteurs concernés, cette limitation est tout à la fois confuse et nocive. Elle est confuse dans la mesure où si dans certaines hypothèses, le lien entre le produit proposé et le contrat en cours apparaît évident - une assurance relative à un bien ou à un service ; un abonnement à la fibre pour un client ayant un contrat d'abonnement à une ligne téléphonique fixe⁵⁰¹ - dans d'autres cas la caractérisation est plus complexe. La limitation serait nocive tant pour les professionnels puisqu'elle est un obstacle à la commercialisation de biens et de services, que pour les consommateurs en les privant d'informations au sujet de nouvelles opportunités, ou d'amélioration de la gamme des produits. Plus fondamentalement, ces partenaires soulignent que s'il s'agit d'éviter d'importuner le consommateur, le critère est inapproprié puisqu'une personne peut être tout autant dérangée par un appel en lien avec un contrat en cours. L'association de consommateurs UFC-Que Choisir ne partage pas ce point de vue et considère qu'ouvrir le champ de l'exception client ferait perdre de la force au principe de limitation du démarchage téléphonique que les consommateurs réclament.

218. Dispositif applicable au démarchage bancaire. Selon l'article L. 222-16 du code de la consommation « *les techniques de communication à distance destinées à la commercialisation de services financiers autres que celles mentionnées à l'article L. 34-5 du code des postes et communications électroniques ne peuvent être utilisées que si le consommateur n'a pas manifesté son opposition* ». En d'autres termes, si le professionnel commercialise un service financier en ayant recours à un système automatisé de communications électroniques, à un télécopieur ou au courrier électronique, il doit s'assurer du consentement préalable du consommateur. Si le professionnel utilise une autre technique, par exemple le téléphone, il suffit que le consommateur n'ait pas manifesté son opposition soit au titre de l'article 21 du RGPD, soit en s'inscrivant sur la liste Bloctel. En effet, dans le silence des textes sur le démarchage bancaire et financier et faute d'exclusion de ce secteur par l'article L. 223-5 du code de la consommation⁵⁰², il faut considérer que les professionnels agissant dans ce domaine sont tenus, pour les opérations de prospection téléphonique vers les consommateurs, de se soumettre au contrôle de conformité de leurs fichiers de prospection au titre des dispositions de l'article L. 223-1, alinéa 4 du code de la consommation.

Cette interprétation est confirmée par la DGCCRF qui dans un document à caractère pédagogique à destination des professionnels en date du 10 mars 2023 liste les exceptions en ce qui concerne

499 C. consom., art. L. 221-18.

500 C. consom., art. L. 221-25.

501 Ces exemples sont donnés par l'INC : <https://www.inc-conso.fr/content/demarchage-telephonique-vous-pouvez-vous-inscrire-sur-la-liste-dopposition-bloctel> par Sarah Joré.

502 Selon l'article L. 223-5, le dispositif Bloctel ne s'applique pas à la prospection en vue de la fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines.

l'application du dispositif Bloctel. Or le démarchage bancaire et financier n'y figure pas⁵⁰³. En outre, monsieur le Député Christophe Naegelen confirme dans son rapport au nom de la Commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale visant à encadrer le démarchage téléphonique et lutter contre les appels frauduleux l'inclusion du démarchage bancaire par voie téléphonique dans le dispositif Bloctel. En effet, dans un paragraphe relatif aux lacunes de ce dispositif depuis sa création en 2016, Monsieur le Député indique que le secteur bancaire et assurantiel fait l'objet de 49% de signalements de consommateurs mécontents qui continuaient à recevoir des appels téléphoniques indésirables malgré leur inscription sur la liste Bloctel⁵⁰⁴.

219. Finalités multiples du dispositif Bloctel. Le dispositif Bloctel répond à plusieurs objectifs. Il participe de la police de la sollicitation en réglementant le comportement du professionnel. En effet, le professionnel (ou le tiers agissant pour son compte) doit saisir l'organisme Worldline aux fins de s'assurer de la conformité de ses fichiers de prospection commerciale avec la liste d'opposition, au moins une fois par mois s'il exerce une activité habituelle de démarchage téléphonique et avant toute campagne de prospection dans les autres cas⁵⁰⁵ et ce moyennant un abonnement. Lorsqu'il prospecte une personne qui n'est pas inscrite sur la liste, il doit lui rappeler son droit à s'inscrire sur la liste d'opposition, dès le début de l'appel et à l'occasion d'un recueil de données téléphoniques⁵⁰⁶. Il lutte contre les sollicitations dites agressives, qu'il s'agisse du démarchage téléphonique ou du harcèlement téléphonique. Il assure également la protection de la vie privée du consommateur ce qui soulève des difficultés d'articulation avec le RGPD, notamment à raison de l'exception du consentement.

220. Articulations entre Bloctel et le RGPD – Exception du consentement. La première difficulté d'articulation entre Bloctel et le RGPD a trait au consentement. Il se pose la question de savoir s'il est logique d'interdire la sollicitation, à travers le dispositif Bloctel, alors qu'il existe en amont, avec le RGPD, une possibilité de recueillir le consentement pour la collecte des données personnelles. En d'autres termes, il serait possible de considérer qu'un consommateur appelé pour être prospecté a « nécessairement » accepté de donner accès à ses données personnelles. Inversement, s'il s'est opposé à la collecte, Bloctel serait superfétatoire. En réalité, ce raisonnement est erroné. En effet le RGPD ne s'oppose pas à la collecte des données, mais subordonne la licéité de traitement à une base qui peut être notamment soit le consentement (art. 6, 1. a), soit l'exécution du contrat (art. 6, 1. b), soit l'intérêt légitime, qui devra être motivé, étant précisé que l'intérêt légitime sera écarté lorsque prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée (art. 6, 1. f). Le consentement ne pourra pas constituer une base de traitement utile en présence d'une inscription Bloctel puisque dans cette hypothèse, le consommateur aura exprimé explicitement son désaccord. Le consentement n'étant toutefois pas la seule base de traitement le RGPD ne s'oppose pas à un appel fondé sur les autres bases de traitement que constituent l'exécution du contrat ou l'intérêt légitime. Bloctel n'est donc pas superflu puisque quand bien même le consommateur n'aurait pas consenti à être appelé, il peut faire l'objet d'un démarchage téléphonique fondé sur l'intérêt légitime ou l'exécution du contrat. L'inscription sur la liste Bloctel, qui manifeste une volonté de ne pas faire l'objet d'un appel, constitue donc l'expression du droit de la personne concernée qui prévaut dès lors sur l'intérêt légitime. L'inscription sur Bloctel vient donc faire obstacle à la base de traitement fondé sur l'intérêt légitime. En revanche, elle laisse perdurer la base de traitement liée au contrat, dans la mesure où l'inscription sur la liste Bloctel n'empêche pas la prospection dans le cadre de l'exécution du contrat en cours et si elle présente un rapport avec

503 <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/demarchage-telephonique-professionnels-mettez-vous-en-conformite-avec-reglementation>

504 https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/l15b1448_rapport-fond.pdf

505 C. consom., art. L. 223-1.

506 C. consom., art. L. 223-2.

l'objet de ce contrat, à la condition toutefois que cette prospection s'inscrive strictement dans la finalité initiale de la nécessité contractuelle. Pour autant une difficulté tient à l'indication, formulée par la DGCCRF dans la « Foire aux questions » entreprises de l'espace Bloctel, selon laquelle le professionnel ne contrevient pas à l'interdiction de contacter un consommateur inscrit sur la liste d'opposition « *lorsque le consommateur aura communiqué de manière libre et non équivoque son numéro afin d'être rappelé* ». Selon la DGCCRF, le consentement doit être recueilli spécifiquement et le consommateur doit avoir été « *informé de manière claire et lisible, préalablement à la transmission de ses coordonnées téléphoniques, de la possibilité d'être rappelé par une société identifiée ou par un tiers agissant pour le compte d'une société identifiée* ». Le cas échéant la charge de la preuve du consentement du consommateur incombe au professionnel. L'appel téléphonique ne doit concerner « *que le(s) produit(s) ou service(s), pour le(s)quel(s) le consommateur a demandé à être rappelé* » et le rappel doit avoir lieu « *dans un délai raisonnable, à moins que le consommateur ait expressément, et uniquement à sa demande, demandé à être rappelé à une date butoir qu'il aura lui-même précisée* »⁵⁰⁷. Ainsi, à lire la « Foire aux Questions », l'appel des consommateurs ayant communiqué directement leur numéro via le site internet des sociétés, de même que le démarchage téléphonique réalisé à partir de « leads » (c'est-à-dire des listes de prospects ayant consenti à être appelés) sont licites. Les professionnels, notamment le groupe Engie, partenaire de la Chaire en ont déduit que la prospection téléphonique suppose, pour se conformer au RGPD, que la prospection du client s'opère selon la base de traitement du consentement exprès, postérieur à Bloctel, devant être recueilli par le biais d'un formulaire de « rappel » autorisant expressément le professionnel à rappeler le consommateur. Cependant c'est la temporalité (et la spécialité) qui rend licite ce consentement après l'inscription Bloctel, inscription qui marque un refus. Autrement dit le consentement du consommateur recueilli par le formulaire est une remise en cause de la marque de volonté antérieure de refuser l'appel.

Pourtant le consentement n'est certainement pas la meilleure base de traitement dans la mesure où il peut être ambiguë ou retiré à tout moment. La base de traitement liée au contrat est à cet égard préférable, car moins fragile notamment pour les responsables de traitement face à l'exercice de leurs droits par les consommateurs, personnes concernées. Pour autant, il semblerait que les professionnels considèrent que la base du consentement s'inscrit davantage dans l'esprit du dispositif Bloctel.

Au regard de ce constat, il serait dès lors opportun que le consentement du consommateur à être appelé, au sens du démarchage téléphonique, recouvre la même notion que le consentement de la personne à voir ses données personnelles faire l'objet d'un traitement, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, puisque le résultat des deux démarches sera similaire. Le consentement du consommateur devrait donc être défini comme : « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4.11 du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair* » d'être appelé. Dans cette perspective, la base de traitement du démarchage, qui en constituera la finalité, sera en effet le consentement (art. 6, 1 a) du RGPD).

221. Articulations entre Bloctel et le RGPD – Droit d'opposition. La deuxième difficulté d'articulation entre Bloctel et le RGPD tient au point de savoir si en ce qu'elle manifeste une opposition à un traitement d'une donnée à caractère personnel -le numéro de téléphone-, l'inscription sur la liste Bloctel constituerait une manifestation du droit d'opposition exercé au titre de l'article 21.2 du RGPD. Ce texte permet en effet de s'opposer, « *de façon discrétionnaire* »⁵⁰⁸, à un traitement des données à caractère personnel à des fins de marketing direct. Il y aurait alors redondance. En réalité, il s'agit de deux droits distincts. En amont, l'inscription sur la liste Bloctel empêche la prospection sauf si celle-ci intervient dans le cadre de l'exécution du contrat en cours et si elle présente un rapport avec l'objet de ce contrat. En aval d'une prospection, après avoir fait l'objet d'un « trai-

507 <https://pro.bloctel.gouv.fr/faq, 4.1.1.>

508 Th. Douville, Droit des données à caractère personnel, Gualino, Lextenso, 2021, n°569.

tement » pour reprendre le terme du RGPD, le consommateur peut exercer son droit d'opposition au sens du RGPD. Il n'est donc pas possible d'assimiler le dispositif Bloctel au droit d'opposition du RGPD. C'est d'ailleurs en ce sens que se comprend l'article L. 223-6 du code de la consommation selon lequel les dispositions du chapitre sur l'opposition au démarchage téléphonique s'appliquent « sans préjudice des articles 49 à 56 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », en d'autres termes sans préjudice notamment de l'article 21 du RGPD auquel renvoie l'article 56 précité. A cet égard, la CNIL présente le droit d'opposition comme un droit supplémentaire au dispositif Bloctel⁵⁰⁹. Par conséquent, un client qui, après avoir été sollicité, demande à un professionnel à ne plus être prospecté, sur le fondement de l'article 21 du RGPD, ne peut valablement être démarché même pour se voir proposer un bien ou un service en lien avec l'exécution d'un contrat en cours.

222. Sanctions du manquement au dispositif Bloctel : amendes administratives susceptibles de cumul et sanctions civiles. Les professionnels qui ne respectent pas l'un des aspects du dispositif sont passibles d'une amende de 75 000 euros pour une personne physique et 375 000 euros pour une personne morale⁵¹⁰, étant précisé que le cumul des amendes n'est pas un cas d'école. Non seulement l'infraction est fréquente dans la mesure où l'achat de listes conformes étant onéreux, certains professionnels s'en dispensent et s'exposent donc à l'infraction et à l'effet multiplicateur de la sanction⁵¹¹. En outre, le manquement à l'obligation pour le professionnel de rappeler au consommateur son droit de s'inscrire sur la liste d'opposition est fréquemment relevé soit dans les contrats sur supports papiers, soit sur les sites internet⁵¹², soit lors des appels téléphoniques, grâce à la possibilité pour la DGCCRF de se procurer l'enregistrement des conversations. L'article L. 223-1 alinéa 9 est ambiguë dans la mesure où il édicte que « le professionnel ayant tiré profit de sollicitations commerciales de consommateurs réalisées par voie téléphonique » en violation du dispositif « est présumé responsable du non-respect de ces dispositions, sauf s'il démontre qu'il n'est pas à l'origine de leur violation »⁵¹³. On aurait pu y voir, ce qui aurait été une initiative audacieuse, la volonté de sanction-

509 <https://www.cnil.fr/fr/bloctel-un-nouveau-site-pour-vous-opposer-au-demarchage-telephonique> : « Est-ce le seul moyen de vous opposer au démarchage téléphonique ? Non La loi informatique et libertés reconnaît à chacun le droit de s'opposer à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de prospection commerciale et à leur mise à disposition de partenaires (article 38 de la loi n°78 - 17 du 6 janvier 1978 modifiée). Cette opposition n'a pas à être motivée et doit pouvoir s'effectuer sans frais, y compris en cas de relations contractuelles préexistantes. Ainsi, la personne inscrite sur la liste Bloctel mais démarchée par une entreprise dont elle est cliente, dispose du droit de lui demander de ne plus être prospectée. L'entreprise dans ce cas l'inscrira sur sa liste interne d'opposition au démarchage commercial. L'INC indique également que « Même si ces situations ne sont pas concernées par Bloctel, les professionnels ou autres organismes qui vous sollicitent par téléphone, ont l'obligation de prendre en compte votre droit d'opposition à l'utilisation de vos données au titre du Règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD) et de la Loi Informatique et libertés de 1978 modifiée ». Voir <https://www.inc-conso.fr/content/demarchage-telephonique-vous-pouvez-vous-inscrire-sur-la-liste-dopposition-bloctel>.

510 C. consom., art. L. 242-16.

511 V. par ex. amende administrative d'un montant total de 24 800 € prononcée par la DDPP du Nord à l'encontre d'une société spécialisée dans la proposition aux consommateurs de contrats de fourniture d'énergie (électricité, gaz), internet, mobile, banque, crédit, assurance, en raison des manquements suivants aux règles relatives à la protection des consommateurs dans le domaine du démarchage téléphonique pour avoir contacté des personnes inscrites sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique Bloctel et pour ne pas avoir consulté la liste d'opposition en novembre 2020 et février 2021 pour mise à jour de ses fichiers (DGCCRF publication du 16/08/2023) ; amende administrative d'un montant total de 23 936 € prononcée par la DDPP des Bouches-du-Rhône à l'encontre d'une société pour avoir passé 2348 appels auprès de personnes inscrites sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique Bloctel entre janvier et mars 2022, et n'avoir pas fait expurger ses listes de prospects dans le cadre du dispositif Bloctel. DGCCRF (publication du 27/10/2022).

512 Ainsi un PV adressé par la DGCCRF à une entreprise de rénovation énergétique fait état d'une sanction de 10 x 1000 euros pour absence de mention au contrat, de manière claire et compréhensible, du droit à l'inscription d'opposition au démarchage téléphonique (DGCCRF, publication 03/2023). Voir égal. injonction faite à une société de se conformer à ses obligations légales et d'indiquer sur son internet la possibilité donnée au consommateur de s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique Bloctel (DGCCRF, publication 10/05/2023).

513 C. consom., art. L. 223-1, al. 9.

ner les profits illicites issus de la violation du dispositif Bloctel. Telle n'est cependant vraisemblablement pas la *ratio legis* de la règle qui, énoncée dans un texte ayant trait au droit du consommateur de s'opposer au démarchage téléphonique, et non dans celui dédié aux sanctions, se lit comme la volonté d'imputer au « donneur d'ordre, client du prestataire de démarchage téléphonique »⁵¹⁴ la violation de la réglementation. En d'autres termes, le mandat donné à un sous-traitant de démarcher téléphoniquement les consommateurs ne doit pas exempter le mandant.

Cette sanction administrative se double d'une autre sanction, la publication de la décision qui ici n'est pas laissée à la discrétion de l'administration. Il s'agit d'une obligation et non d'une faculté, et ce aux frais de la personne sanctionnée.

A ces sanctions administratives s'ajoutent une sanction civile, non codifiée dans les dispositions dédiées : la nullité du contrat conclu par le consommateur à la suite d'un démarchage téléphonique réalisé en violation du dispositif⁵¹⁵.

Les partenaires concernés considèrent que ces sanctions sont élevées, ce qui légitime selon d'autant plus la clarification de l'interprétation de l'exception client.

II.A.2.4. Respect d'un cadre temporel et de bonnes pratiques en matière de démarchage téléphonique et de démarchage bancaire et financier

223. Jours, horaires et fréquence. La loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 avait prévu qu'un décret, pris après avis du Conseil national de la consommation, « *détermine les jours et horaires ainsi que la fréquence auxquels la prospection commerciale par voie téléphonique non sollicitée peut avoir lieu, lorsqu'elle est autorisée* ».

Adopté plus de 2 ans après la loi, entré en vigueur le 1^{er} mars 2023, le décret n°2022-1313 du 13 octobre 2022, codifié à l'article D. 223-9 du code de la consommation, détermine dans l'alinéa 1 du texte les conditions en termes de jours, horaires et fréquence des appels téléphoniques dans lesquels le démarchage téléphonique est autorisé⁵¹⁶. Le professionnel est tenu de respecter ces conditions tant vis-à-vis des consommateurs non inscrits qu'à l'égard de ceux qui figurent sur la liste d'opposition mais qui relèveraient de l'exception client. La sollicitation du consommateur par voie téléphonique à des fins de prospection commerciale n'est autorisée en principe que du lundi au vendredi⁵¹⁷. Elle est encadrée dans une plage horaire : de 10 heures à 13 heures et de 14 heures à 20 heures. Elle est limitée en termes de fréquence : un même professionnel, ou ses mandants, ne peut pas appeler plus de quatre fois par mois le même consommateur.

224. Exception : consentement exprès et préalable du consommateur. En prévoyant que le décret détermine les conditions d'exercice de la prospection commerciale « non sollicitée », la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 laissait entrevoir que la prospection « sollicitée » ou consentie pouvait être soumise à un régime juridique différent, autrement dit plus souple⁵¹⁸. Aussi, le décret prévoit à l'alinéa 2 de l'article D. 223-9 que le professionnel « *peut solliciter par voie téléphonique un consommateur en dehors de ces jours et de ces plages horaires s'il a obtenu le consentement*

514 Y. Picod et N. Picod, Code de la consommation commenté, Dalloz, 2023, p. 332.

515 C. consom., art. L. 223-1, avant dernier alinéa.

516 L'adoption de jours, horaires et fréquence pour le démarchage à domicile s'est posée dans les mêmes termes lors de la transposition de la directive omnibus. La France n'a toutefois pas retenu cette option.

517 Sauf lorsque ces jours sont fériés en application de l'article L. 3133-1 du code du travail.

518 Tel fut d'ailleurs l'objet de l'amendement n°30 rect. bis du 4 juin 2020, apporté à la proposition de loi. Selon l'amendement, l'ajout de l'expression « non sollicitée » s'imposait pour montrer que le décret ne concernait pas « les contacts téléphoniques réalisés en réponse à une sollicitation expresse du prospect et avec son consentement ». Il était observé que « cette précision est d'autant plus nécessaire que l'encadrement des jours et horaires de contact téléphonique peut générer de l'incompréhension et de la frustration de la part du potentiel client qui aura demandé à être rappelé rapidement ».

exprès et préalable du consommateur, à charge pour le professionnel d'en apporter la preuve ». Dès lors que le consommateur a consenti à être appelé, la prospection n'est plus « non sollicitée », ce qui légitime l'exception au cadre légal. Sciemment, ou par inadvertance, le pouvoir réglementaire a cependant limité le champ d'application de l'exception légale du consentement préalable aux jours et aux heures sans l'étendre à la temporalité. Toutefois, la FAQ de la DGCCRF est venue corriger cette scorie. Elle énonce que le consentement exprès et préalable du consommateur à être appelé permet au professionnel de déroger à l'encadrement des jours, horaires et fréquence prévu par le décret⁵¹⁹.

Là encore, il serait également opportun que ce consentement du consommateur à être appelé, au sens du démarchage téléphonique, recouvre la même notion que le consentement de la personne à voir ses données personnelles faire l'objet d'un traitement, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, puisque le résultat des deux démarches sera similaire. Le consentement du consommateur devrait donc être défini comme : « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair* » d'être appelé.

225. Sanctions : amendes administratives et sanction civile. Les professionnels qui ne respectent pas l'une des conditions du décret sont passibles des sanctions prévues pour le dispositif Bloctel à savoir une amende de 75 000 euros pour une personne physique et 375 000 euros pour une personne morale⁵²⁰, étant précisé que ce montant peut être plus élevé. La publication de la sanction est une obligation et non une faculté, et ce aux frais de la personne sanctionnée⁵²¹. A ces sanctions administratives s'ajoutent une sanction civile : la nullité du contrat conclu par le consommateur à la suite d'un démarchage téléphonique réalisé en violation du dispositif⁵²².

226. Code de bonnes pratiques imposé par la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020. La loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 avait également prévu que le professionnel qui procède à la prospection commerciale respecte un code de bonnes pratiques « *élaboré par les professionnels opérant dans le secteur de la prospection commerciale par voie téléphonique* ». Cette initiative législative diffère des règles éthiques élaborées spontanément par la pratique, telles que le Code éthique de la vente directe élaboré par la FVD ou le Code professionnel de la FE-VAD. Ici, « *le législateur renvoie lui-même à leur élaboration, à la manière de normes de « seconde main* » »⁵²³, comme il l'avait déjà fait à l'égard des plateformes lors de l'adoption de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique⁵²⁴. Paru une première fois en février 2022, le code de bonnes pratiques élaboré, sous l'égide du MEDEF, par les organisations professionnelles, dont la FVD, a été mis à jour en mars 2023 pour intégrer le décret du 13 octobre 2022⁵²⁵.

519 <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/faq-pour-les-professionnels-sur-lencadrement-des-jours-horaires-et-frequence-du-demarchage>, question 5.

520 C. consom., art. L. 242-16.

521 Cependant la DGCCRF peut décider de reporter la publication d'une décision, de publier cette dernière sous une forme anonymisée ou de ne pas la publier dans l'une des circonstances suivantes : 1° la publication est susceptible de causer à la personne en cause un préjudice grave et disproportionné ; 2° la publication serait de nature à perturber gravement le déroulement d'une enquête ou d'un contrôle en cours.

522 C. consom., art. L. 223-1, avant dernier alinéa.

523 L'expression est de G Loiseau, Renforcement de la protection contre le démarchage téléphonique, Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2020, comm. 71 qui critique ce « passage d'une réglementation dictée par les pouvoirs publics à une régulation autogérée par les professionnels concernés qui déterminent eux-mêmes les règles qu'ils devront respecter ».

524 C. consom., art. L. 111-7-1 : « Les opérateurs de plateformes en ligne dont l'activité dépasse un seuil de nombre de connexions défini par décret élaborent et diffusent aux consommateurs des bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté mentionnées à l'article L. 111-7 ».

525 Code de bonnes pratiques qui détermine les règles déontologiques applicables au démarchage téléphonique, Mars 2023.

227. Synthèse : cas où le démarchage téléphonique (hors vente et travaux économies d'énergie et production énergie renouvelable).

- Le consommateur n'est pas inscrit sur Bloctel :
 - L'appel doit avoir lieu dans le cadre temporel fixé par le décret sauf si le consommateur a donné son consentement pour être appelé en dehors de ce cadre (C. consom., art. D. 223-9).
 - La plateforme d'appel doit respecter les conditions suivantes : utiliser un numéro non masqué (C. consom., art. L. 221-17), s'identifier et rappeler au consommateur son droit de s'inscrire sur Bloctel (C. consom., art L. 221-16. L. 221-17) et utiliser un numéro dédié sauf prospection semi automatisée (Décision ARCEP n°2022-1583).
- Le consommateur est inscrit sur Bloctel :
 - Le démarchage, dans les conditions énoncées ci-dessus, est licite si l'exception client est caractérisée : le consommateur est un client avec qui le professionnel a une relation contractuelle en cours d'exécution (C. consom., art. L. 223-1, al. 2).
 - La sollicitation doit avoir un rapport avec l'objet du contrat, y compris lorsqu'il s'agit de proposer au consommateur des produits ou des services afférents ou complémentaires à l'objet du contrat en cours ou de nature à améliorer ses performances ou sa qualité.
 - L'appel doit avoir lieu dans le cadre temporel fixé par le décret sauf si le consommateur a donné son consentement pour être appelé en dehors de ce cadre (C. consom., art. D. 223-9).
 - Le démarchage, dans les conditions énoncées ci-dessus, est licite si le consommateur a donné son consentement pour être rappelé pour un type de produit ou service (Foire aux Questions)
 - L'appel ne doit concerner que le(s) produit(s) ou service(s), pour le(s) quel(s) le consommateur a demandé à être rappelé.
 - Le rappel doit avoir lieu dans un délai raisonnable, à moins que le consommateur ait expressément, et uniquement à sa demande, demandé à être rappelé à une date butoir qu'il aura lui-même précisée.
 - Le rappel doit avoir lieu dans le cadre temporel fixé par le décret sauf si le consommateur a donné son consentement pour être appelé en dehors de ce cadre (C. consom., art. D. 223-9).

Un tableau, en fin du présent rapport, récapitule le processus de sollicitation par voie téléphonique.

228. Conclusion.

Les représentants des professionnels du secteur concerné souhaiteraient étendre l'exception client et autoriser le « cross-selling complet » (droit de démarcher un client par téléphone pour tout produit ou service et non pas seulement pour le contrat en cours) sauf si le client a usé de son droit d'opposition au sens de l'article 21.2 du RGPD. Si l'exception client devait être maintenue, ils suggèrent de consacrer dans la loi l'assimilation du contrat sous garantie commerciale à un contrat en cours d'exécution opérée par la DGCCRF dans la foire aux questions Bloctel. Ils souhaiteraient clarifier le « rapport avec l'objet du contrat en cours » et diminuer le montant des amendes administratives. Ce point de vue n'est pas partagé par les associations de consommateurs et par l'INC. Cependant, sur d'autres points se dégagent une unanimité.

229. Propositions formulées sur la liste Bloctel, l'exception client et le respect d'un cadre temporel (Jours, Heures, Fréquence).

Propositions

- 28** Maintenir la liste d'opposition Bloctel.
- 29** Clarifier la notion de contrat en cours « d'exécution » qui fonde l'exception client, celle-ci pouvant être entendue comme un contrat conclu ou un contrat ayant reçu un commencement d'exécution de la prestation.
- 30** Consacrer dans l'article L. 223-1 alinéa 2 l'exception du consentement autorisée par la DGC-CRF dans la FAQ Bloctel en s'inspirant de la définition du consentement donnée par l'article 4. 11° du RGPD. Il serait ainsi prévu que lorsque le consommateur est inscrit sur Bloctel, le démarchage est licite en présence de « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair » d'être appelé.
- 31** Étendre à la fréquence des appels l'exception du consentement préalable prévue à l'article D. 223-9, alinéa 2 du code de la consommation pour les jours et horaires : « Toutefois, le professionnel ou une personne agissant pour son compte peut solliciter par voie téléphonique un consommateur en dehors de ces jours, de ces plages horaires et plus de quatre fois au cours d'une période de trente jours calendaires, s'il a obtenu le consentement exprès et préalable du consommateur et qu'il peut l'établir.
- 32** Définir le consentement préalable du consommateur comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair » d'être appelé en dehors de ces jours, de ces plages horaires et plus de quatre fois au cours d'une période de trente jours calendaires.

II.A.2.5. Obligation de s'informer sur la situation financière du démarché pour le démarchage bancaire

230. Devoir de conseil. Le Code monétaire et financier édicte pour le démarcheur, qu'il agisse à distance ou à domicile, une obligation de s'informer qui participe d'une police du comportement des acteurs de la sollicitation. Elle s'apparente à un devoir de conseil, bien que le législateur ne le consacre pas expressément. En effet, selon l'article L. 341-1, 1 du code monétaire et financier, « *avant de formuler une offre* » sur des produits financiers, 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* »⁵²⁶. Forts de ces renseignements, ils fournissent ensuite à la personne démarchée « *les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision* ». Avec ce devoir de conseil, il s'agit de « *moraliser les rapports par une démarche de prévention, dictée par l'exigence de loyauté* »⁵²⁷.

L'obligation de s'informer imposée au démarcheur s'avère donc proche de celle d'un prestataire de

526 CMF, art. L. 341-11.

527 Y. Picod & N. Picod, Droit de la consommation, Dalloz Sirey, 5ème éd., 2020, n°115. Voir égal. S. Piédelièvre, Droit de la consommation, Economica, 3ème éd., n°244.

services d'investissement résultant de l'art. L. 533-13 du code monétaire et financier⁵²⁸ sans aller jusqu'à affirmer clairement que le démarcheur doit vérifier le « *caractère adéquat* » du produit ou service proposé. Pour autant par analogie, il convient de considérer que le démarcheur doit s'interdire de conclure un contrat soit parce qu'il ne serait pas conforme aux intérêts du démarché, soit parce que ce dernier n'a pas délivré les informations requises sur ses besoins, ses objectifs, sa capacité à subir des pertes⁵²⁹.

231. Sanctions civile, disciplinaire et administrative. La personne prospectée devrait pouvoir engager la responsabilité civile extracontractuelle du démarcheur pour ne pas avoir respecté son obligation de s'informer.

L'ACPR et l'AMF et peuvent selon les cas prononcer des sanctions disciplinaires ou administratives⁵³⁰.

232. Conformité au droit européen. La directive 2002/65 réglemente la période précontractuelle de la commercialisation à distance de services financiers en imposant une information précontractuelle. Or, la directive, qui ne prévoit pas un devoir de conseil, est d'harmonisation maximale. Aussi, lorsqu'un démarchage précède la commercialisation à distance de services financiers, l'article L. 343-2 du CMF dispose que l'information précontractuelle est régie par l'article L. 341-12 du Code monétaire et financier, se substituant à l'article L. 222-5 du Code de la consommation. Le risque de non-conformité au droit européen du devoir de conseil est cependant faible dans la mesure où l'article 4 § 2 autorise les Etats membres à maintenir ou adopter des dispositions plus strictes concernant les exigences en matière d'information préalable dès lors que ces dispositions sont conformes au droit communautaire.

233. Proposition : extension du devoir de conseil au démarchage de produits techniques ou complexes et aux dispositifs de rentabilité pouvant faire l'objet d'une variation. Niveau national ou européen ? Observant la pertinence du devoir de conseil qui pèse sur le démarcheur en matière bancaire et financière, les partenaires de la Chaire proposent de le dupliquer dans le secteur du droit commun lorsque le démarchage a trait à des produits dangereux ou à des produits présentant un fort impact financier ou de dispositifs commercialisés pour leur rentabilité économique alors même que celle-ci présente un aléa (panneaux photovoltaïques notamment). Il appartiendrait au démarcheur de prouver qu'il s'est enquis des besoins et des attentes du consommateur. Le devoir de conseil déboucherait sur l'obligation pour le démarcheur de ne pas conclure un contrat non conforme aux intérêts du démarché (ex. : panneaux solaires inadaptés à une région ne bénéficiant pas d'un taux d'ensoleillement élevé).

Cependant, la proposition qui rejoint celle formulée, dans la première partie de ce rapport, sous le prisme de l'information sur la rentabilité a des chances par conséquent d'achopper sur le même

528 CMF, art. L. 533-13 : « I.-En vue de fournir les services mentionnés aux 4 ou 5 de l'article L. 321-1, les prestataires de services d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille se procurent les informations nécessaires concernant les connaissances et l'expérience de leurs clients, notamment de leurs clients potentiels, en matière d'investissement en rapport avec le type spécifique d'instrument financier ou de service, leur situation financière, y compris leur capacité à subir des pertes, et leurs objectifs d'investissement, y compris leur tolérance au risque, de manière à pouvoir leur recommander les services d'investissement et les instruments financiers adéquats et adaptés à leur tolérance au risque et à leur capacité à subir des pertes ».

529 AMF, Le blog du Médiateur, 1er fev. 2018 : « Si le client ne communique pas les informations du questionnaire MIF, la banque doit s'abstenir de fournir un service de conseil en investissement »,. Voir égal. Rapport Médiateur AMF, 2022, p.47 : « Le médiateur relève fréquemment, dans le cadre des dossiers traités, une inadéquation manifeste entre le profil du client, ses objectifs et les placements qui lui ont été proposés par son CIF (...). la majorité des dossiers analysés par le médiateur, le placement avait été conseillé à des épargnants n'ayant quasiment aucune connaissance ni expérience en matière de produits financiers. En outre, le placement était fréquemment inadapté aux revenus et au patrimoine des épargnants ou encore à leur tolérance au risque ou à leur horizon d'investissement. ».

530 CMF, art. L. 341-17 qui renvoie à l'article L. 612-39 édictant les sanctions disciplinaires prononcées par l'ACPR et aux articles L. 621-15 et L. 621-17 édictant les sanctions prononcées par l'AMF.

risque de non-conformité à la directive 2011/83/UE pour les contrats à distance et hors établissement du fait que le type d'information et leur formalisme relèvent de l'harmonisation maximale. Certes, adopté par la jurisprudence sur le fondement de l'ancien article 1147 du Code civil, le devoir de conseil ressort des aspects généraux du droit des contrats et des dispositions nationales peuvent être imposées dès lors qu'elles relèveraient du droit général des contrats, comme l'autorise la directive 2011/83/UE. Il faut cependant rester prudent sur cette conformité car elle reste limitée à l'hypothèse où les éléments du droit général des contrats « *ne sont pas régis par la présente directive* »⁵³¹. Puisqu'il paraît difficile, voire impossible, sur le terrain du droit commun des contrats, d'imposer une obligation d'information et de conseil sur la rentabilité économique en général, il a été proposé de l'imposer soit dans le cadre d'une nouvelle législation spéciale nationale, qui encadrerait les contrats de fourniture et d'installations d'énergie verte, qui dépasserait les seuls rapports de la consommation, soit de l'envisager au niveau européen qui s'avère généralement le plus adapté pour la sécurité juridique attendu tant des professionnels que des consommateurs. Cependant, en l'état, la directive 2011/83 n'est pas adaptée du fait de son cadre général empêchant de cibler des contrats particuliers. Il est donc proposé de mener une réflexion au plan européen sur l'introduction d'un devoir de conseil à la charge des professionnels proposant aux consommateurs des contrats portant sur des dispositifs techniques, complexes ou de rentabilité pouvant faire l'objet d'une variation tels les panneaux photovoltaïques. Il va de soi que ce devoir devrait s'accomplir certes lorsque ces matériels sont proposés par démarchage, comme c'est le cas le plus fréquent, mais également, s'ils devaient être proposés par d'autres modes de commercialisation (en magasins, ou à distance). Ce n'est pas le mode de contractualisation qui fonde ici le devoir de conseil mais le produit.

Proposition

33 Mener, au plan européen, une réflexion sur l'introduction d'un devoir de conseil à la charge des professionnels proposant aux consommateurs des contrats portant sur des dispositifs techniques, complexes ou de rentabilité pouvant faire l'objet d'une variation tels les panneaux photovoltaïques.

II.A.3. Sanctuarisation de certains secteurs

234. Plan. La manifestation la plus intrusive de la police de la sollicitation dans la liberté du commerce s'observe lorsque le législateur « sanctuarise » certains secteurs d'activités en interdisant toute sollicitation en ce domaine. Pour s'en tenir aux secteurs qui intéressent les activités des partenaires de la Chaire⁵³², le droit français en offre deux illustrations : l'interdiction de la sollicitation pour certains produits financiers dangereux (II.A.3.1) et l'interdiction de la prospection commerciale dans le domaine de la rénovation énergétique (II.A.3.2).

⁵³¹ Dir. 2011/83/UE, art. 3.5 ; consid. 14.

⁵³² Ne sont notamment pas traités l'interdiction du démarchage en matière d'enseignement (C. éducation., art. 471-4 : « Il est interdit d'effectuer des actes de démarchage ou de mandater des démarcheurs pour le compte d'organismes d'enseignement ») et celle en matière d'obsèques (CGCT, art. L. 2223-33 : « A l'exception des formules de financement d'obsèques, sont interdites les offres de services faites en prévision d'obsèques ou pendant un délai de deux mois à compter du décès en vue d'obtenir ou de faire obtenir, soit directement, soit à titre d'intermédiaire, la commande de fournitures ou de prestations liées à un décès. Sont interdites les démarches à domicile ainsi que toutes les démarches effectuées dans le même but sur la voie publique ou dans un lieu ou édifice public ou ouvert au public. »).

II.A.3.1. Produits financiers dangereux

235. Sollicitations interdites. En présence de produits financiers dangereux, deux types de sollicitations sont interdites : la publicité, le parrainage ou le mécénat « publicitaire » (II.A.3.1.1) ; le démarchage pour certains produits ou services jugés trop dangereux ou complexes (II.A.3.1.2).

II.A.3.1.1. Interdiction de la publicité, du parrainage ou du mécénat « publicitaire » pour certains instruments financiers

236. Typologie. Depuis la loi Sapin 2 (loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2), il est interdit, par l'article L. 222-16-1 code de la consommation d'adresser à un consommateur par voie électronique de « la publicité directe ou indirecte »⁵³³ pour certains instruments financiers, à savoir des contrats financiers qui ne sont pas « standardisés » et qui présentent selon l'article L. 533-12-7 du Code monétaire et financier « certaines caractéristiques » : Le risque maximal n'est pas connu au moment de la souscription ; le risque de perte est supérieur au montant de l'apport financier initial ; le risque de perte rapporté aux avantages éventuels correspondants n'est pas raisonnablement compréhensible au regard de la nature particulière du contrat financier proposé. La loi Pacte (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite loi « Pacte ») ayant institué un encadrement particulier notamment pour les services sur actifs numériques et les offres au public de jetons n'ayant, à l'époque, pas obtenu un visa de l'AMF, le législateur a étendu l'interdiction de la publicité, du mécénat ou du parrainage « publicitaire » aux services sur actifs numériques fournis par un PSAN qui, obligatoirement enregistré auprès de l'AMF, n'aurait pas en outre obtenu l'agrément optionnel pour procéder à de la publicité auprès des consommateurs, agrément qui deviendra obligatoire à compter de l'entrée en vigueur du règlement MICA.

Est interdite la « *publicité, directe ou indirecte ayant pour objet d'inviter une personne, par le biais d'un formulaire de réponse ou de contact, à demander ou à fournir des informations complémentaires, ou à établir une relation avec l'annonceur* », en vue d'obtenir son accord pour la réalisation d'une des opérations précitées. La même interdiction joue pour toute opération de parrainage ou de mécénat lorsqu'elle a pour objet ou pour effet une publicité directe ou indirecte portant sur ces mêmes produits financiers⁵³⁴. Si l'objectif affiché par le législateur a été d'instituer un encadrement pour ces nouveaux types de biens et services, il s'agit surtout d'inciter les acteurs professionnels à obtenir l'agrément nécessaire, afin de procéder plus librement à la publicité, phase souvent préalable à la sollicitation par démarchage.

237. Extension aux influenceurs. La loi n°2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux a logiquement décalqué l'interdiction et les exceptions à cette interdiction aux personnes exerçant l'activité d'influence commerciale par voie électronique⁵³⁵. La loi présente ici une vertu « pédagogique »⁵³⁶ en alignant la protection du consommateur sollicité par un influenceur sur celle présidant à la sollicitation par des professionnels. Cet alignement s'imposait à raison des effets dévastateurs de l'expansion du phénomène de « fininfluence » menant ce que l'investissement des particuliers s'opère désormais par la mise en avant par une personne inexpérimentée, suivie par des milliers de fol-

533 C. consom., art. L. 222-16-1.

534 C. consom., art. L. 222-16-2.

535 Loi n°2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, V, 1°, 2°, 3°, 4°.

536 C. Castanet, Nouvelles pratiques de promotion commerciale, la loi influenceurs, D. IP/IT 2023, p. 564.

lowers, tout aussi inexpérimentés, d'instruments financiers risqués⁵³⁷. Dans le cadre du Certificat de l'Influence Responsable proposé par l'ARPP, un module « publicité financière », co-construit avec l'AMF, d'un niveau élevé est désormais proposé⁵³⁸.

238. Justifications et conformité au droit européen. L'interdiction se justifie donc par les risques et le caractère dangereux sur le plan financier de ces contrats.

L'interdiction est conforme au droit européen. D'une part cette question n'est pas traitée dans la directive sur la commercialisation à distance des services financiers, ni dans la directive n° 2014/65/UE du 15 mai 2014, dite directive MIF 2. D'autre part, la directive PCD autorise les Etats membres, eu égard à « la complexité et aux graves risques » qui sont propres aux services financiers à « adopter des mesures qui aillent au-delà » de ses dispositions « pour protéger les intérêts économiques des consommateurs »⁵³⁹.

239. Sanction administrative susceptible de cumul. La violation de l'interdiction de la publicité, comme celle du mécénat et parrainage publicitaire est punie d'une amende administrative ne pouvant excéder 100 000 €⁵⁴⁰.

II.A.3.1.2. Interdiction du démarchage pour certains instruments financiers

240. Typologie. Hormis l'interdiction un peu désuète du colportage et du démarchage pour la vente, l'achat ou l'échange de l'or en lingots, barres, monnaies étrangères et pièces d'or démonétisées ainsi que la vente ou l'échange de billets de banque étrangers, les autres interdictions, énumérées à l'article L. 341-10 du Code monétaire et financier, concernent une liste noire de produits dangereux ou complexes. Sont concernés une grande partie des produits dérivés ; les prêts viagers hypothécaire ; les titres émis par les organismes de titrisation ou encore les fonds communs de placement sur les marchés à terme ; les titres financiers qui ne sont pas cotés sur un marché réglementé (Euronext) ou Euronext Growth et qui n'ont pas fait l'objet d'un prospectus ; les bons de caisse ; les titres cotés sur des marchés étrangers relevant d'Etats tiers et qui n'ont pas fait l'objet d'une reconnaissance en France au titre de l'article L. 421-3 du CMF ; certains produits commercialisés par les organismes de placements collectifs⁵⁴¹. Enfin sont visés les services sur actifs numériques et les jetons offerts sans obtention respectivement de l'agrément optionnel et du visa de l'AMF déjà soumis à l'interdiction de quasi démarchage étant précisé que, comme déjà indiqué, depuis le 1^{er} juillet 2023, l'agrément optionnel est pour une période transitoire remplacé par un enregistrement renforcé, avant de devenir un agrément obligatoire à compter de l'entrée en vigueur du règlement MICA le 1^{er} janvier 2024.

241. Justifications. L'interdiction de recourir au démarchage se justifie pour certains produits ou services jugés dangereux ou complexes. Dans une moindre mesure, certains produits ou services ne sont pas exclus par nature, mais uniquement lorsque certaines garanties font défaut, telles que par exemple l'absence d'interdiction pour des jetons utilitaires lorsque la procédure impliquant un visa de l'AMF a été respectée. L'objectif est donc d'aboutir à un équilibre entre la protection de la per-

537 Th. De Ravel d'Esclapon, Réseaux sociaux, finance et influence : l'avènement de la finfluence, Rev.dr.banc.et fin. janv.fev. 2023, Etude 3.

538 <https://www.arpp.org/actualite/amf-arpp-lancent-certificat-influence-responsable-finance/>.

539 Dir. 2005/29, 9ème consid.

540 C. consom., art. L. 222-16-1 et art. L. 222-16-2.

541 Mais un grand nombre de titres émis par des OPCVM (organismes de placements collectifs en valeurs mobilières) et FIA (Fonds d'investissements alternatifs) peuvent faire l'objet d'un démarchage par la société de gestion qui gère les OPC en question.

sonne sollicitée et la possibilité de développer des moyens de financement, de collecter l'épargne.

242. Conformité au droit européen. Les arguments présentés pour l'interdiction de la publicité, du parrainage ou du mécénat « publicitaire » pour certains instruments financiers se retrouvent ici à l'identique. L'interdiction du démarchage pour certains instruments financiers n'est pas traitée dans la directive sur la commercialisation à distance des services financiers et dans la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014, dite directive MIF 2. D'autre part, la directive sur les pratiques commerciales déloyales autorise les Etats membres, eu égard à « la complexité et aux graves risques » qui sont propres aux services financiers à « adopter des mesures qui aillent au-delà » de ses dispositions « pour protéger les intérêts économiques des consommateurs »⁵⁴².

243. Sanctions pénales : Pour le démarchage bancaire et financier de produits dérivés et de prêt viager hypothécaire, on retrouve ici les mêmes sanctions pénales que celles applicables en cas de démarchage opéré sans habilitation à savoir les peines en matière d'escroquerie⁵⁴³, soit 5 ans d'emprisonnement, 375 000 € pour une personne physique et 1.875.000 € pour les personnes morales déclarées responsables pénalement, outre les peines complémentaires et l'effet multiplicateur pour les personnes morales. Ce sont donc les sanctions les plus lourdes en matière de démarchage. Pour le démarchage de métaux précieux et de billets de banque étrangers, les peines sont moins lourdes passant de 6 mois de prison et de 9 000 € d'amende. En outre, les biens sont saisis et confisqués.

244. Sanctions disciplinaires et administratives. L'AMF et l'ACPR peuvent selon les cas prononcer des sanctions disciplinaires ou administratives pouvant aller jusqu'à 100 millions d'euros ou le décuple du profit retiré du manquement⁵⁴⁴.

245. Risques limités de contournement. Les risques concernent essentiellement les produits dérivés. En effet alors que l'objectif poursuivi par le législateur était de les exclure, la formulation du texte laisse la possibilité de recourir au démarchage pour des dérivés conduisant à un cantonnement du risque au montant souscrit (prime d'une option par exemple). En outre, le législateur ménage la possibilité de recourir au démarchage auprès de personnes morales pour des produits dérivés intervenant dans le cadre d'une opération normale de couverture. Il y aurait matière à améliorer la formulation de l'article L. 341-10, 1° du CMF pour délimiter clairement ce qui ne peut pas faire l'objet de démarchage pour un particulier.

II.A.3.2. Rénovation énergétique

246. Interdiction de la prospection indépendamment de l'inscription sur la liste Bloctel. Depuis la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020, la prospection téléphonique pour la vente d'équipements ou la réalisation de travaux pour des logements en vue de la réalisation d'économie d'énergie ou de la production d'énergies renouvelables est interdite, peu important que le consommateur se soit ou non inscrit sur la liste d'opposition.

247. Exception client. L'exception client, prévue à l'article L. 223-1 al. 2 du code de la consommation se retrouve à l'identique à l'article L. 223-1 al. 3. Le professionnel peut prospecter téléphoniquement un client inscrit sur la liste Bloctel dès lors que l'appel concerne l'exécution d'un contrat

542 Dir. 2005/29, 9ème consid.

543 L'article L.353-2 du Code monétaire et financier renvoie aux peines de l'article 313-1 du Code pénal.

544 CMF, art. L. 341-17 qui renvoie à l'article L. 612-39 édictant les sanctions disciplinaires prononcées par l'ACPR et aux articles L. 621-15 et L. 621-17 édictant les sanctions prononcées par l'AMF.

en cours ou qu'il s'agit de lui proposer un produit de rénovation énergétique complémentaire à l'objet d'un contrat en cours d'exécution ou de nature à en améliorer ses performances ou sa qualité. Les difficultés pratiques sont identiques à celles précédemment pointées. Pour prendre un exemple, « *si une entreprise a vendu du double vitrage, peut-elle appeler son client 2 ans plus tard pour lui vendre de la laine de verre pour l'isolation des combles ? L'entreprise peut-elle appeler sans crainte d'être condamnée à 375 000 euros d'amende en considérant que la laine de verre améliore la performance énergétique globale de la maison à défaut d'améliorer celle du double vitrage proprement dit ?* »⁵⁴⁵.

248. Exception du consentement. A la suite d'une demande des professionnels du secteur, la DGCCRF a étendu l'exception du consentement qu'elle avait posée à l'égard de l'opposition au démarchage téléphonique prévue à l'article L. 223-1 alinéa 2 du code de la consommation, au secteur de la rénovation énergétique prévu à l'article L. 223-1 alinéa 3 du code de la consommation⁵⁴⁶. En d'autres termes, les professionnels autorisés à contacter les consommateurs inscrits sur la liste Bloctel dès lors qu'ils avaient donné leur consentement libre et non équivoque pour être appelés, le sont tout autant pour la rénovation énergétique. Le site internet de la DGCCRF indique désormais que « *Le démarchage téléphonique de tous les consommateurs, qu'ils soient inscrits ou non sur la liste Bloctel, est interdit dans le secteur de la rénovation énergétique à l'exception des sollicitations intervenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours. Par ailleurs, la DGCCRF considère que le consommateur qui a donné son consentement libre et non équivoque à être appelé permet au professionnel de le contacter par téléphone* »⁵⁴⁷.

Ce qui pourrait être vu comme « du droit souple » relève en réalité de la *ratio legis* du dispositif qui consiste à lutter contre le « *démarchage non consenti* », comme l'ont relevé deux juridictions administratives à l'occasion de recours pour excès de pouvoir. Le tribunal administratif de Lyon, dans une décision du 29 mars 2022⁵⁴⁸, et celui de Rouen, dans une décision du 20 septembre 2022⁵⁴⁹, ont considéré que la pratique consistant pour des professionnels spécialistes de la rénovation énergétique à recueillir, sur leur site internet, par le biais de formulaires en ligne, le consentement d'un

545 P. Weinstadt, La nouvelle loi sur le démarchage téléphonique, AFRC (Association Française de la relation client), Mag n°20, Octobre 2020, p. 72.

546 <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/renforcement-des-mesures-pour-lutter-contre-le-demarchage-abusif>.

547 V. auparavant QE n°39522, JO A.N (Q), 7 sept. 2021, p. 6717 d'une députée interrogeant le ministre de l'économie, des finances et de la relance sur la possibilité pour une entreprise du secteur de la rénovation énergétique de rappeler le consommateur qui a renseigné un formulaire de contact, en y indiquant son numéro de téléphone. Madame la députée observait que « dans ce cas précis, et dès lors que l'entreprise est en conformité avec les évolutions du code de la consommation, notamment l'information du consommateur sur la possibilité de s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage via Bloctel, l'application trop stricte de la loi contribuerait à paralyser les relations entre les entreprises et leurs clients ». Monsieur le ministre avait alors répondu que « l'administration considère que cette interdiction s'applique strictement, c'est-à-dire également aux personnes qui ont inscrit leur numéro de téléphone sur un formulaire de contact d'un site Internet d'une entreprise qui relève du secteur de la rénovation énergétique, en vue d'être rappelés ». L'évolution de la pratique de la DGCCRF a eu un effet immédiat sur les affaires en cours. Ainsi, une entreprise a vu sa sanction administrative de 146 750 euros supprimée.

548 TA Lyon, 29 mars 2022, Req. n°2107613, Numéro JurisData : 2022-010434.

549 TA Rouen, 20 sept. 2022, Req. N°2201787.

consommateur à être appelé ne relève pas du champ de l'interdiction⁵⁵⁰. Aussi, l'appel des consommateurs ayant communiqué directement leur numéro via le site internet des sociétés, ainsi que le démarchage téléphonique réalisé à partir de « leads » (c'est-à-dire des listes de prospects ayant consenti à être appelés) sont licites.

249. Sanctions administratives susceptibles de cumul. Les professionnels du secteur de la rénovation énergétique qui ne respectent pas les interdictions sont passibles d'une amende d'un montant maximum de 75 000 euros pour une personne physique et 375 000 euros pour une personne morale⁵⁵¹ étant précisé que, le cas échéant, les amendes sont susceptibles de cumul. Il ne s'agit pas d'un cas d'école si l'on observe les sanctions déjà prononcées par la DGCCRF en la matière⁵⁵². La publication de la décision revêt en la matière un caractère obligatoire.

A ces sanctions administratives s'ajoutent la sanction civile tenant à la nullité du contrat de rénovation énergétique conclu par le consommateur à la suite d'une prospection réalisée en violation du dispositif⁵⁵³. Les partenaires concernés considèrent que ces sanctions sont très élevées notamment parce que le risque de cumul des amendes administratives est avéré. Pour autant, elles sont sans commune mesure avec les peines d'escroquerie encourues en cas de violation de l'interdiction du démarchage pour certains instruments financiers. En outre, en présence de multiples manquements, l'écart entre les montants unitaires choisis par les DDPP (une centaine d'euros) et les maxima par manquement (375000 euros) est immense⁵⁵⁴, certainement pour éviter le défaut de proportionnalité de la sanction.

550 TA Lyon, 29 mars 2022, préc. : « Il ressort de ce formulaire en ligne, produit à l'instance, que le consommateur est clairement informé de sa finalité dès son titre qui indique « remplissez le formulaire ci-dessous si vous souhaitez qu'un conseiller vous appelle pour échanger autour de votre projet photovoltaïque » et qu'il y est également précisé « je demande à être rappelé(e) sous 48H » avant l'indication du numéro de téléphone. Dans ces conditions, le consommateur qui communique son numéro de téléphone doit ainsi être regardé comme ayant pu exercer son choix libre et éclairé à cet effet, sans qu'une distinction n'apparaisse pertinente à cet égard entre un consommateur appelant lui-même la société et un consommateur demandant à être appelé par elle dans les 48H. ». TA Rouen, 20 sept. 2022, préc. : « Il ressort des pièces du dossier que la société (...), spécialiste de la rénovation énergétique, permet aux particuliers qui visitent son site internet, lequel présente ses différentes offres, de remplir une rubrique « J'estime mon projet », par laquelle ils communiquent leur nom, code postal et numéro de téléphone en vue d'être rappelé par un « expert » salarié de la société dans un délai de quarante-huit heures afin d'obtenir une estimation tarifaire des travaux projetés. Le site internet de la société requérante indique clairement que cette demande d'estimation est « sans engagement » et précise, préalablement aux rubriques à remplir, de façon non-équivoque, « vous acceptez d'être rappelé par l'un de nos expert ». Dans ces conditions, la pratique commerciale (...) consistant uniquement à contacter par téléphone des consommateurs lui ayant préalablement explicitement demandé de le faire, en communiquant volontairement leurs coordonnées téléphoniques, ne peut être regardée comme une prospection commerciale téléphonique au sens du troisième alinéa de l'article L. 223-1 du code de la consommation ».

551 C. consom., art. L. 242-16.

552 V. par ex. amende administrative d'un montant de 366 930 euros prononcé par la DDPP du Gard à l'encontre d'une entreprise qui proposait la vente de biens et la fourniture de prestations susceptibles de générer des économies d'énergie (pompes à chaleur, ballons thermodynamiques, isolation thermique). Elle est sanctionnée pour avoir démarché plus de 1 200 consommateurs par voie téléphonique sur une période de moins de deux mois, en violation de l'article 3 de la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 (DGCCRF, publication 19/03/2021). Cette décision a fait l'objet d'un recours rejeté par le TA de Nîmes, 13 avr. 2023, n°2101614, saisi à l'occasion de la question de la conformité de l'interdiction sectorielle au droit européen. Même si le site de la DGCCRF ne détaille pas le montant de 366 930 euros, il s'avère qu'il a été calculé comme suit : 120 euros x 54 appels vers des consommateurs inscrits sur la liste Bloctel : 270 euros x 1 225 appels en rénovation énergétique ; 5 000 euros pour absence de mention au contrat, de manière claire et compréhensible, du droit à l'inscription sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique. Les deux autres postes de la sanction ne concernent pas le démarchage téléphonique. V. égal. amende administrative d'un montant total de 350 000 euros à l'encontre d'une société pour un démarchage téléphonique de 1 410 607 consommateurs dans le cadre de travaux de rénovation énergétique (DGCCRF, Publication, 15/02/2023).

553 C. consom., art. L. 223-1, avant dernier alinéa.

554 V. décision du 18 oct. 2021 de la DDPP d'Ille-et-Vilaine prononçant une amende de 463 541 euros (soit au-delà du maximum de 375 000 euros par manquement) à l'encontre d'une société pour démarchage téléphonique de consommateurs pour la réalisation de travaux d'économie d'énergie. Le montant de l'amende a été calculé comme suit : 463 541 appels x 1 €.

250. Contournement de l'interdiction sectorielle. Avant la modification opérée sur le site de la DGCCRF il avait été observé que les entreprises du secteur de la rénovation énergétique avaient exploité le marketing internet, en alternative au démarchage téléphonique interdit, en mettant en place des formulaires de contact de telle sorte que les personnes qui avaient inscrit leur numéro de téléphone pouvaient être rappelées. Cette pratique bien que désormais licite reste elle aussi susceptible d'abus. Il avait ainsi été observé que le « *consentement* » à être rappelé que les personnes laissent sur les sites Internet peut également être obtenu de manière discutabile. Souvent, ces sites ne sont pas suffisamment descriptifs des prestations délivrées par le professionnel lors de son rappel, ou sont trompeurs ou ambigus : le consommateur croit par exemple qu'il va être rappelé pour avoir des informations sur les dispositifs fiscaux, et non parce qu'il souhaite commander sur Internet des travaux de rénovation. Des agences de webmarketing sont souvent à l'origine de ces démarches et ont pour unique objectif la constitution de fichiers qualifiés (« leads ») à destination d'entreprises du secteur, ou même d'autres secteurs, par le biais d'un démarchage téléphonique. Le consommateur contacté a alors des difficultés à savoir qui est à l'origine de l'appel et pour quel produit ou service il est démarché »⁵⁵⁵.

En outre, d'autres types de démarchage se sont développés à la suite de cette interdiction : le démarchage par SMS et le démarchage physique.

251. Analyse des justifications de l'interdiction sectorielle. L'amendement n°CE35, porteur de l'interdiction, indique que les abus constatés dans le secteur de la rénovation sont vécus par les consommateurs « *comme une véritable intrusion dans leur vie privée* », « *ont pour conséquence d'entamer leur confiance dans les travaux d'amélioration de l'efficacité énergétique de leur logement et de jeter le discrédit sur l'ensemble des professionnels, y compris ceux qui sont respectueux du cadre en vigueur* ». L'amendement observe qu'« *afin de compléter et d'appuyer le Gouvernement dans le cadre de son plan de lutte contre la fraude dans le secteur de la rénovation énergétique, il semble nécessaire de renforcer la protection des consommateurs et prévenir la captation induite de financements publics en interdisant le démarchage téléphonique pour la commercialisation d'équipements et de travaux destinés à des logements, permettant la réalisation d'économies d'énergie et la production d'énergies renouvelables* ». Trois arguments étaient donc invoqués : la protection de la vie privée, la protection des consommateurs et celle de la lutte contre la fraude des financements publics. La pertinence de ces deux derniers arguments est attestée par le rapport de la Commission d'enquête du Sénat sur la Rénovation énergétique publié le 5 juillet 2023. Celui-ci fait état de nombreuses fraudes et escroqueries⁵⁵⁶, les dispositifs d'appels à un euro étant « *particulièrement propices à la fraude, déclenchant des comportements opportunistes de la part d'opérateurs peu qualifiés* ». Au titre de la protection des consommateurs, le rapport mentionne, en se fondant sur les constats de la DGCCRF, de « *nombreuses pratiques irrégulières* » correspondant « *au non-respect des droits des consommateurs* ». Le rapport insiste également sur « *l'absence de garantie d'atteinte de performance et d'économie d'énergie, véritable angle mort des politiques publiques de rénovation* » ce qui selon l'UFC-Que Choisir provoque « *une rupture de confiance des citoyens envers les professionnels de la rénovation* ».

On pourra s'étonner que l'interdiction n'ait pas porté sur la commercialisation des dispositifs par le canal du porte à porte alors même qu'il donne lieu à des pratiques irrégulières pouvant aller jusqu'à

555 Réponse par le ministre de l'économie, des finances et de la relance à la QE n°39522, JO A.N (Q), 7 sept. 2021, p. 6717 d'une députée interrogeant sur la possibilité pour une entreprise du secteur de la rénovation énergétique de rappeler le consommateur qui a renseigné un formulaire de contact.

556 Commission d'enquête sur l'efficacité des politiques publiques en matière de rénovation énergétique, Rapport, Rénovation énergétique des logements ; relever le défi de l'accélération, Tome I, 5 juill. 2023, spéc. pp. 66-69. Les auditions notamment de la DGCCRF et de l'UFC – Que Choisir peuvent être visionnées sur le lien suivant : http://videos.senat.fr/video.3421012_64364bf277d23.fraudes-a-la-renovation-energetique?timecode=1465000.

des escroqueries en bande organisée, abus de faiblesse, pratiques trompeuses ou agressives⁵⁵⁷. Ce paradoxe s'explique peut-être par le fait que le porte à porte était alors appréhendé par la directive omnibus, laquelle a fortement restreint son développement en autorisant les Etats membres à légiférer sur les visites non sollicitées. Les partenaires de la Chaire s'accordent à cet égard sur le constat d'un échec de la régulation, l'interdiction générale d'un mode de commercialisation étant le fruit de l'abus de quelques acteurs.

252. Risques de non conformité de l'interdiction sectorielle au droit européen. La conformité de l'interdiction sectorielle à la directive pratiques commerciales déloyales est discutabile⁵⁵⁸. En effet, en raison du degré maximal d'harmonisation de la directive combiné avec l'existence d'une liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances, seules les sollicitations visées dans l'annexe et ajoutées par la directive omnibus peuvent être interdites « per se » par le législateur. Toutes les autres sont en principe licites à moins qu'elles ne soient, au cas par cas, jugées déloyales au sens général, trompeuses, ou agressive, selon les critères respectivement posés par les articles 5, 6 et 7, 8 et 9⁵⁵⁹. S'agissant des sollicitations visées dans l'annexe, elles sont au nombre de deux : les « *visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir (...)* » (pt 25) ; les « *sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle* » (pt 26). La prospection téléphonique pour la rénovation énergétique ne correspond pas à ces pratiques. L'appel ne peut pas être assimilé à une « visite », terme dont on doute qu'il puisse recouvrir autre chose que le porte à porte⁵⁶⁰. L'interdiction de l'appel de tout consommateur, indépendamment de son inscription sur la liste Bloctel, ne correspond pas au point 26 de l'annexe puisque l'interdiction est indépendante de tout mécanisme d'opt in ou opt out. Licite au regard de l'annexe de la directive PCD, la prospection téléphonique en matière de rénovation énergétique ne pourrait donc être interdite qu'au cas par cas par le juge si elle est jugée déloyale au sens général, trompeuse, ou agressive, selon les critères respectivement posés par les articles 5, 6 et 7, 8 et 9⁵⁶¹.

253. Fragilité de la conformité de l'interdiction sectorielle au droit européen – champ d'application de la directive PCD. Pour considérer que l'interdiction est conforme au droit européen, il n'existe que deux échappatoires : soit l'interdiction sectorielle ne relève pas du champ d'application de la directive PCD, soit, intégrée à son champ, elle relève des dispositions exceptionnelles d'harmonisation minimale.

S'agissant du champ d'application, celui-ci est délimité par la protection non seulement des consom-

557 Voir enquête du parquet de Limoges ouverte en sept. 2021 contre une entreprise de rénovation énergétique procédant à du démarchage à domicile pour escroquerie en bande organisée, abus de faiblesse, pratiques commerciales trompeuses et agressives. QueChoisir.org., actualité, 4 mars 2023. Voir égal. QUE CHOISIR, Juin 2023, p. 7 à propos d'un démarchage par une entreprise de rénovation énergétique ayant vendu une pompe à chaleur à un couple de retraités et montrant par des photos le « comportement abject » du démarcheur.

558 J.-D. Pellier, Une loi de plus sur le démarchage téléphonique ! À propos de la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, JCP E 2020, Act. 615.

559 CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB/ Voir égal. CJUE, 2 sept. 2021, Peek & Cloppenburg, C371/20, pt 34.

560 Pour la même raison de vocabulaire, la prospection téléphonique ne correspond pas aux « *pratiques commerciales ou de vente particulièrement agressives ou trompeuses s'inscrivant dans le cadre de visites non sollicitées d'un professionnel au domicile du consommateur ou d'excursions commerciales* » (Dir. 2005/29, art. 3.5 tel que modifié par la directive 2019/2161).

561 CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB. Voir égal. CJUE, 2 sept. 2021, Peek & Cloppenburg, C371/20, point 34. P. Weinstadt, La nouvelle loi sur le démarchage téléphonique, AFRC (Association Française de la relation client), Mag n°20, Octobre 2020, p. 72.

mateurs, mais exclusivement de leurs intérêts économiques⁵⁶². Peu importe que d'autres intérêts soient protégés simultanément tels que la vie privée ou la santé des consommateurs ou que la réglementation réponde à une pluralité d'objectifs. Comme l'a précisé la Cour de justice, l'objectif de protection des intérêts économiques n'a pas à être exclusif : il suffit qu'il existe, quand bien même d'autres objectifs seraient également poursuivis, fussent-ils principaux⁵⁶³. Or, un premier argument a été développé contestant précisément le caractère économique des intérêts protégés par l'interdiction du démarchage téléphonique dans le secteur de la rénovation énergétique. A l'occasion de la demande d'un contrôle de conventionnalité formé devant le TA de Nîmes, Madame la préfète du Gard a argué que cette interdiction est motivée par la protection de la vie privée ainsi que par la lutte contre les atteintes à la crédibilité des politiques publiques à raison de la captation due de financements publics. Elle en a déduit que l'interdiction « *n'est pas motivée par la protection des intérêts économiques des consommateurs et n'est, par conséquent, pas soumise aux dispositions de cette directive* »⁵⁶⁴. L'argumentation a été retenue par le TA de Nîmes⁵⁶⁵.

Le raisonnement est discutable. Les travaux préparatoires de la loi ainsi que le rapport de la commission d'enquête sur la fraude à la rénovation énergétique montrent, comme indiqué précédemment, que la loi poursuit une pluralité d'objectifs dont la protection des consommateurs, aux côtés de la lutte contre la fraude aux financements publics et celle de la protection de la vie privée. Ce faisant, ce sont bien les intérêts économiques qui sont sous-entendus, puisque distincts de la protection de la vie privée. Il apparaît donc contestable de soutenir que la réglementation ne vise pas, même accessoirement la protection des intérêts économiques des consommateurs. Le Conseil d'Etat lui-même, à l'occasion de la demande d'une transmission d'une QPC⁵⁶⁶ sur la violation du principe d'égalité devant la loi par l'interdiction du démarchage dans la rénovation énergétique, a observé que « *le législateur, constatant les abus et les risques, pour le consommateur, des sollicitations téléphoniques pratiquées dans le secteur des travaux de rénovation énergétique, a entendu satisfaire à l'exigence constitutionnelle de protection de la vie privée, poursuivre l'objectif d'intérêt général de protection des consommateurs contre le démarchage abusif (...)* »⁵⁶⁷. Il a donc expressément mentionné la protection des consommateurs. Certes, la juridiction administrative l'a rattachée à l'intérêt général. Cependant, dans la mesure où l'interdiction porte sur une pratique commerciale régie par le droit européen, seul doit être pris en compte le point de savoir si l'interdiction poursuit ou non en partie la protection d'intérêts économiques des consommateurs au sens de la directive, peu important que l'on considère en droit français que la protection des consommateurs relève de l'intérêt général, qualification de droit interne qui ne figure pas dans la directive. Faute de question préjudicielle posée pour l'instant à la CJUE sur la conformité de l'interdiction à la directive, il n'est pas possible de se prononcer avec certitude. Cependant, il n'est pas exclu que la CJUE considère qu'un juge national pourrait juger qu'à raison de la pluralité d'objectifs poursuivis par la réglementation sur la prospection énergétique, celle-ci relève du champ d'application de la directive et ne saurait donc être interdite per se.

254. Fragilité de la conformité de l'interdiction sectorielle au droit européen – Harmonisation minimale de la directive PCD sur l'achat de biens immobiliers. Un second argument pour considérer que l'interdiction de la prospection pour la rénovation énergétique est conforme avec la directive

562 Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, § 1.1.1.

563 CJUE, gr.ch., 9 nov. 2010, aff. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs*, pts 20 à 28. N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), Lextenso, 2ème éd., 2018, note de bas de page 101, § 273 par C. Aubert de Vincelles.

564 Mémoire en défense Préfète du Gard devant le TA de Nîmes, Req. N°2101614-1, p. 8.

565 TA Nîmes, 13 avr. 2023, n°2101614.

566 TA Rennes, 2ème ch. ord. 25 oct. 2022, n°2106470 : *JurisData* n°2022-019372.

567 CE, Décision du 5 janv. 2023, n°468506, *Nrgie Conseil*.

se fonde sur son article 3.9 qui admet une harmonisation minimale pour les services financiers et les biens immobiliers. Il a été avancé que cette disposition pourrait concerner tant l'achat de biens immobiliers que « *leur rénovation ou leur amélioration* »⁵⁶⁸, non citées par la disposition. Cette interprétation peut se discuter au regard du fait que la directive PCD s'attache aux achats de biens immobiliers⁵⁶⁹ alors que la rénovation énergétique concerne surtout l'achat de biens mobiliers. Lorsque le droit européen « isole » les contrats liés aux immeubles c'est généralement parce que la part liée à l'immobilier est prépondérante dans le contrat en question. Ainsi, la directive 2011/83/UE qui exclut de son champ d'application les contrats relatifs au transfert de biens immobiliers ou de droits sur des biens immobiliers, écarte également les contrats concernant la transformation de bâtiments existants dès lors que celle-ci est « *substantielle* » ce qui vise « *une transformation comparable à la construction d'un nouveau bâtiment, par exemple lorsque seule la façade d'un ancien bâtiment est conservée* »⁵⁷⁰. Inversement, elle intègre dans son champ d'application les contrats de service relatifs « *à la réparation et à la rénovation de bâtiments* » dès lors qu'il ne s'agit pas de transformations substantielles. Si l'on veut maintenir, pour des raisons de sécurité juridique, une cohérence en droit européen, il importe d'interpréter de manière analogue, ce qui est relatif aux biens immobiliers dans les deux directives. Les contrats de rénovation énergétique de biens immobiliers en ce qu'ils ne procèdent pas à une transformation substantielle des biens concernés au sens du droit européen ne devraient donc pas être assimilés à des contrats relevant de l'harmonisation minimale de la directive PCD. Au contraire, en cohérence avec ce qu'énonce le 26^{ème} considérant de la directive 2011/83, ils devraient être traités comme des pratiques commerciales, relevant de l'harmonisation maximale. Cependant, faute de question préjudicielle posée pour l'instant à la CJUE sur la conformité de l'interdiction à la directive, il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que les contrats de rénovation énergétique relèvent de l'harmonisation minimale de l'article 3.9. de la directive PCD.

255. Synthèse : cas où la prospection téléphonique pour la rénovation énergétique est permise.

La prospection pour la rénovation énergétique est possible dans deux cas de figure différents.

- 1^{er} cas : L'exception client est caractérisée : le consommateur est un client avec qui le professionnel a une relation contractuelle en cours d'exécution (C. consom., art. L. 223-1, al. 2)
 - La rénovation énergétique doit avoir un rapport avec l'objet du contrat en cours d'exécution, y compris lorsqu'elle consiste en des produits ou des services afférents ou complémentaires à l'objet du contrat en cours ou de nature à améliorer ses performances ou sa qualité.
 - L'appel doit avoir lieu dans le cadre des jours et horaires fixés par le décret sauf si le consommateur a donné son consentement pour être appelé en dehors du cadre horaire fixé par la loi (C. consom., art. D. 223-9)
- 2^{ème} cas : La prospection pour la rénovation énergétique est possible si le consommateur a donné son consentement libre et non équivoque à être appelé (Précision donnée par la DGCCRF. V. égal. not. TA Lyon, 29 mars 2022, Req. N°2107613 ; TA Rouen, 20 sept. 2022, Req. N°2201787).
 - Le consommateur a été informé de manière claire et lisible, préalablement à la transmission de ses coordonnées téléphoniques, de la possibilité d'être rappelé par une société identifiée ou par un tiers agissant pour le compte d'une société identifiée.
 - Ce consentement doit être recueilli spécifiquement pour l'émission d'ap-

568 H. Aubry, Actualité du droit des pratiques commerciales déloyales (1er juillet 2022-30 juin 2023), Contrats Concurrency consommation 2023, Chronique 2, § 6.

569 Le document d'orientation de la directive s'attache essentiellement à fournir des illustrations sur l'achat de biens immobiliers.

570 Dir. 2011/93/UE, 26^{ème} consid.

pels téléphoniques.

- L'appel ne doit concerner que le(s) produit(s) ou service(s), pour le(s) quel(s) le consommateur a demandé à être rappelé.
- L'appel doit respecter le décret sauf si le consommateur a donné son consentement pour être appelé en dehors du cadre horaire fixé par la loi (C. consom., art. D. 223-9).

Un tableau, en fin du présent rapport, récapitule le processus de sollicitation pour la rénovation énergétique.

256. Proposition sur le régime de la prospection téléphonique pour la rénovation énergétique.

Il n'a pas été possible de dégager une unanimité autour des propositions d'évolution de l'exception client. Les partenaires professionnels du secteur concerné souhaiteraient aligner le régime de l'opposition à la prospection pour rénovation énergétique sur le régime de l'opposition à la prospection téléphonique, ce qui reviendrait à rendre licite la prospection pour la rénovation énergétique d'un consommateur non inscrit sur la liste sans recueillir préalablement son consentement libre et non équivoque à être appelé. Les suggestions mentionnées dans le cadre de la prospection téléphonique concerneraient dans cette perspective également la rénovation énergétique. L'INC et les associations de consommateurs se satisfont au contraire du dispositif actuel.

On rappellera qu'une unanimité s'est dégagée quant à la nécessité de créer au plan européen un devoir de conseil et une obligation de transparence qui ont trait au contrat hors établissement portant notamment sur les dispositifs présentant une rentabilité variable, ce qui est de nature à inclure les dispositifs de rénovation énergétique.

II.B. 2^{ème} finalité : Assurer le respect de la vie privée

257. Plan. La réglementation a largement pour ambition de protéger le respect de la vie privée qui peut être très exposée à l'occasion de la sollicitation du consommateur qui se fait par l'usage des données à caractère personnel de ce dernier. En effet, les nouveaux modes de sollicitations du consommateur, tels que le live shopping ou plus généralement « le shoppertainment », reposent essentiellement sur les préférences du consommateur et donc sur ses données. La réglementation intervient donc à toutes les différentes étapes de cette sollicitation. La sollicitation du consommateur est susceptible de se révéler profondément attentatoire de sa vie privée. C'est pourquoi la réglementation intervient lors de la collecte des données en imposant de strictes mesures de recueil du consentement (II.B.1), elle est également extrêmement contraignante dans l'encadrement du profilage qu'il soit à des fins de prospection commerciale ou à des fins de constitution de bases de données de consommateur (II.B.2) qui pourront par la suite être transférées à des tiers à des fins de sollicitation, ce qui là encore fait l'objet d'une réglementation rigoureuse (II.B.3). Il est toutefois possible afin de préserver la vie privée des consommateurs dans le cadre de la sollicitation par l'usage de leurs données de prévoir, selon le cadre réglementaire, une anonymisation de ces données (II.B.4).

II.B.1. Recueil du consentement pour la collecte des données utilisées à des fins de sollicitation

258. Différents modes de collectes de données. La collecte des données à caractère personnel à des fins de sollicitation peut se faire de diverses façons (remplissage d'un formulaire papier ou en ligne par exemple) de manière directe ou indirecte. S'agissant d'un traitement, conformément à la

définition de l'article 4 (2) du RGPD, une telle collecte, quelle qu'en soit la forme, devra respecter les exigences de l'article 5 et ainsi disposer à la fois d'une base légale (art. 6 RGPD) et d'une finalité propre et déterminée (art. 5 du RGPD). Sans que cela ne soit contraignant pour les professionnels, de telles collectes de données ne posent pas de difficultés particulières. Il en va en revanche différemment lorsque cette collecte résulte de l'usage de traceurs (cookies). En effet, dans cette hypothèse l'articulation des réglementations peut soulever un certain nombre de difficultés.

259. Cadre réglementaire européen applicable aux traceurs (Cookies). Les textes ayant vocation à encadrer les cookies sont nombreux, auxquels s'ajoutent différentes normes de droit souple qui compliquent nécessairement la simplicité d'application du dispositif global. Ainsi la directive 2002/58/CE « vie privée et communications électroniques » reste applicable, faute à date d'avoir été révisée. Sa révision est bien en cours, mais le projet de règlement e-privacy (Règlement *e-privacy*, dans sa version du 10 janvier 2017, COM/2017/010 final) n'a pas encore abouti alors même qu'il aurait dû être adopté dans la suite du paquet Données et de l'adoption du RGPD. Le Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (RGPD) a en effet vocation à s'appliquer dès lors que la collecte de données par des traceurs consiste en un traitement au sens du RGPD et suppose donc le respect d'une base légale qui doit être par application de la directive vie privée un consentement. Ce consentement doit donc respecter les dispositions de transposition de la directive, contenues dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique aux fichiers et aux libertés modifiée par l'ordonnance du 12 décembre 2018 en son article 82. A ces différents textes, il convient d'ajouter au cadre réglementaire, quoiqu'il s'agisse de droit souple, les délibérations de la CNIL et les lignes directrices du CEPD.

260. Interprétations nationales par des dispositifs de droit souple applicables aux traceurs. Ces dispositifs⁵⁷¹ ont eu pour ambition de pallier le silence du législateur européen et ainsi apporter des réponses pratiques aux professionnels sur ce qui doit être fait pour se conformer aux textes. Le Conseil d'État⁵⁷² avait préalablement jugé la démarche de la CNIL ayant adopté une première recommandation en juillet 2019, excessive et entachée d'illégalité en ce qu'elle interdirait une pratique, celle des *cookies wall* consistant dans le fait de conditionner l'accès à un service à l'acceptation par l'internaute du dépôt de cookies sur son ordinateur, par un simple instrument de droit souple. Cette interprétation a d'ailleurs été confirmée par la CJUE le 4 juillet 2023 qui a ainsi souligné que l'interdiction des *cookies wall* ne saurait être absolue⁵⁷³. Les utilisateurs doivent disposer de la liberté de refuser individuellement, au cas par cas, sans qu'ils soient pour autant tenus de renoncer intégralement à l'utilisation du service. La cour a toutefois souligné que l'intérêt légitime ne saurait justifier la collecte des cookies à des fins de publicité comportementale. Au regard des conditions relatives à cette condition de licéité, elle souligne que la balance des intérêts ne saurait justifier l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux des individus. La chose semble donc entendue, la publicité ciblée ne peut résulter que du consentement de l'utilisateur, qui, dans le cadre de services proposés par un opérateur en position dominante, sera présumé ne pas avoir été librement donné, sous réserve de la preuve contraire rapportée par le responsable de traitement.

571 Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux «cookies et autres traceurs») et abrogeant la délibération n°2019-093 du 4 juillet 2019 ; Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux «cookies et autres traceurs».

572 CE 19 juin 2020, N° 434684.

573 CJUE 4 juillet 2023, aff. C-252/21, Meta Platforms.

261. Un consentement obligatoire par principe, sous réserve d'exceptions. Le droit applicable aux opérations de lecture et/ou écriture d'informations (traceurs) dans l'équipement terminal de communications électroniques de l'abonné ou de l'utilisateur, et notamment de l'usage des témoins de connexion dans l'attente de l'adoption du Règlement e-privacy qui viendra abroger la directive vie privée implique le recueil d'un consentement. Certains traceurs ne sont pas soumis au cadre réglementaire et n'exigent donc pas, par exception, le recueil préalable du consentement. L'exigence de consentement ne s'applique pas aux opérations qui ont pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique ou sont strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse des utilisateurs. Ainsi, sont notamment exemptés du recueil du consentement les traceurs conservant le choix exprimé par les utilisateurs sur le dépôt des traceurs ; les traceurs destinés à l'authentification d'un service ; les traceurs destinés à garder en mémoire le contenu d'un panier d'achat sur un site marchand ou à facturer, à l'utilisateur, les produits et/ou services achetés ; les traceurs de personnalisation de l'interface utilisateur ; les traceurs permettant l'équilibrage de la charge des équipements concourant à un service de communication ; les traceurs permettant aux sites payants de limiter l'accès gratuit à un échantillon de contenu demandé par les utilisateurs et certains traceurs de mesure d'audience dès lors qu'ils ont une finalité strictement limitée à la seule mesure de l'audience du site ou de l'application pour le compte exclusif de l'éditeur du site ou de l'application. Les dispositions légales imposent le recueil du consentement avant toute action visant à stocker des informations ou à accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur, en dehors des exceptions applicables.

262. Les acteurs soumis aux dispositifs. Tous les responsables de traitement qui déposent des traceurs sont soumis au dispositif envisagé. Lorsque plusieurs interviennent (éditeurs de site qui autorisent le dépôt de cookies qui sont lus par une régie publicitaire partenaire commercial du premier, réseaux sociaux qui fournissent des modules de partage...) s'ils déterminent ensemble les finalités et les moyens des opérations de lecture/écriture sur l'équipement terminal, ils sont alors responsables conjoints. Si un tiers utilise des traceurs sur un service édité par un autre organisme, il doit être considéré comme responsable du traitement, l'éditeur de site doit toutefois s'assurer auprès de ses partenaires qu'ils n'émettent pas de traceurs qui ne respectent pas la réglementation applicable et doit par ailleurs, le cas échéant, effectuer toute démarche utile auprès d'eux pour mettre fin aux manquements. Toutes les opérations de lectures et d'écritures de toutes informations stockées ou consultées dans un équipement terminal sont concernées, qu'il s'agisse ou non de données à caractère personnel au sens du RGPD. Les traitements de données à caractère personnel produites ou collectées via un traceur doivent respecter en outre les dispositions protectrices du RGPD. Les traceurs ne peuvent être utilisés qu'à la condition que le consommateur ait manifesté à cette fin sa volonté de manière libre, spécifique, éclairée et univoque, par une déclaration ou par un acte positif clair. Le consentement doit donc être préalable au dépôt et/ou à la lecture de traceurs.

263. Nature du consentement. La pratique dite *des cookies wall* qui consiste à subordonner la fourniture d'un service ou l'accès à un site web à l'acceptation d'opérations d'écriture ou de lecture sur le terminal de l'utilisateur, doit être analysé à l'aune de la liberté du consentement requise par les textes. La CNIL rappelle toutefois que la licéité de cette pratique doit être appréciée au cas par cas. Sous réserve de licéité, la pratique des *cookies wall* ne peut être admise que si l'utilisateur dispose d'une information indiquant clairement les conséquences de ses choix et notamment l'impossibilité d'accéder au contenu ou au service en l'absence de consentement. Ce consentement ne peut être valablement recueilli pour plusieurs opérations de traitement répondant à des finalités diverses, l'utilisateur devant avoir la liberté de choix par finalité. Cette condition est en outre renforcée par l'exigence du caractère spécifique du consentement. Il ne peut être valablement recueilli par une acceptation globale aux CGU. Le consentement doit en outre être éclairé. L'information

doit être rédigée en des termes simples et compréhensibles par tous et doit permettre à l'utilisateur d'être dûment informé des différentes finalités des traceurs utilisés. L'information doit être complète, visible et mise en évidence. Enfin pour que le consentement soit éclairé, l'utilisateur doit pouvoir identifier la ou les responsables de traitement ainsi que l'ensemble des responsables du traitement conjoint avant d'être mis en mesure d'exprimer son choix. Le consentement doit enfin être univoque. La CNIL souligne qu'il doit se manifester par le biais d'une action positive⁵⁷⁴ de la personne préalablement informée des conséquences de son choix et disposant des moyens de l'exprimer. Continuer à naviguer sur un site web, à utiliser une application mobile ou faire défiler une page d'un site web ne constitue pas une action positive claire. En conséquence, le silence du consommateur ou son inaction doivent être tenus pour un refus de consentir. La CNIL souligne également, qu'en l'état des connaissances à la date d'adoption des lignes directrices, les possibilités de paramétrage des navigateurs et des systèmes d'exploitation ne peuvent, à eux seuls, permettre à l'utilisateur d'exprimer un consentement valide. Le consentement pourra être conservé pour une durée de 6 mois afin de préserver la liberté de choix des utilisateurs. Le consentement doit pouvoir être retiré à tout moment avec le même degré de simplicité que celle employée lorsqu'il a été recueilli. Il appartient au responsable de traitement de rapporter la preuve du consentement. La CNIL souligne enfin, dans le communiqué accompagnant les recommandations, que les acteurs sont invités à se mettre en conformité dans un délai qui n'excédera pas 6 mois à compter de la publication des lignes directrices le 1^{er} octobre 2020, soit au plus tard le 1^{er} avril 2021.

264. En pratique : des difficultés de mise en œuvre face à une économie de la donnée nécessaire aux entreprises. Il convient de souligner que la publicité en ligne participe d'un modèle économique. L'accès aux données est donc jugé essentiel par les acteurs du secteur qui soulignent que la réglementation applicable, difficile à mettre en œuvre en pratique, aura nécessairement des conséquences économiques. Il y a en effet différentes finalités derrière la collecte des traceurs, or si le consentement peut se justifier pour les usages publicitaires, il est jugé trop excessif lorsque ces traceurs ont pour but d'améliorer le service proposé et de faciliter l'expérience consommateur. Le risque de ce dispositif résulte dans la recherche d'une contrepartie économique pour pallier celle dont les acteurs seraient privés par la mise en œuvre rigoureuse du dispositif. Le risque de ne pas appliquer le dispositif est d'exposer la vie privée des consommateurs de manière très excessive, ces derniers étant peu à même d'opérer les distinctions quant à la finalité des traceurs collectés.

265. Propositions : maintenir un équilibre entre transparence et information du consommateur et maintien de l'activité économique. Le point essentiel réside dans la recherche d'un point d'équilibre entre, d'un côté, la publicité ciblée qui doit être maintenue car c'est un outil économique important pour un certain nombre de sites de e-commerce et, d'un autre côté, assurer la protection du consommateur pour faire en sorte que celui-ci ait conscience d'être tracé. Sur le plan du vocabulaire il pourrait être intéressant de substituer aux expressions « panneau cookies » ou « *cookies wall* », peu parlant pour les consommateurs, les termes « politique de traceurs » pour alerter la conscience du consommateur sur le fait que sa navigation est suivie et, partant, sa vie privée tracée. Il pourrait également être intéressant de trouver un équilibre dans la multitude des cookies entre les cookies à des fins de publicité et les autres traceurs, et d'essayer d'orienter la réglementation très contraignante sur les cookies publicitaires et d'assouplir les règles sur les cookies « fonctionnels » (qui améliorent l'expérience consommateur). Les partenaires de la Chaire ne sont pas parvenus à s'accorder sur la qualification de la nature des cookies publicitaires, les représentants des consommateurs les estimant « intrusifs », cependant que les représentants des professionnels réfutent ce terme, jugeant que seule peut être intrusive l'utilisation faite des données. Cependant, les partenaires de la Chaire sont parvenus à un consensus sur la nécessité de délivrer

574 CJUE 1er octobre 2019, C-673/17 *Planet 49* : L'utilisation des cases pré-cochées (*opt-out*) ne peut être considérée comme un acte positif clair visant à donner son consentement.

une meilleure information sur les conséquences de la collecte des données par les traceurs et la finalité de celle-ci. L'objectif serait donc d'affiner l'information, de l'améliorer et sélectionner ainsi les informations pertinentes sur la collecte et les conséquences de cette collecte afin de parvenir à un point d'équilibre dans l'exigence du recueil du consentement selon les finalités de la collecte, pour pouvoir à la fois laisser le contrôle au consommateur tout en préservant la qualité de la donnée qui pourra être collectée.

Propositions

- 34** Alerter les pouvoirs publics européens et nationaux sur le besoin d'affiner les informations pertinentes sur la collecte des données personnelles par les traceurs et les conséquences de cette collecte afin de laisser le contrôle au consommateur tout en préservant, pour le professionnel, la qualité de la donnée qui pourra être collectée.
- 35** Différencier les règles relatives aux exigences du consentement selon les finalités des cookies (ex. fonctionnels – publicitaires) tout en maintenant l'exigence d'un recueil du consommateur à l'utilisation de données ayant une finalité de publicité commerciale.

II.B.2. Encadrement du profilage préalable à la sollicitation du consommateur

266. Plan. La notion de profilage est loin d'être uniforme dans les textes, si bien que le régime applicable diffère selon l'acception retenue et la qualification requise pour le profilage. Il convient donc de distinguer d'abord les différentes formes de profilage (II.B.2.1) pour s'attacher ensuite à caractériser le régime applicable au profilage à des fins de prospection commerciale (II.B.2.2).

II.B.2.1. Les différentes formes du profilage.

267. Les multiples qualifications de profilage dans la réglementation. A suivre les textes⁵⁷⁵, différentes acceptions du terme profilage peuvent être retenues qui sont autant de qualifications distinctes auxquelles le législateur associe des régimes plus ou moins contraignant pour les responsables de ces traitements de données à caractère personnel. Il faut tout d'abord distinguer le profilage que l'on qualifiera de simple ou profilage lato sensu. Le profilage simple, ou profilage *lato sensu*, peut exister lorsque le traitement automatisé n'a d'autre but que d'analyser les données ou évaluer les comportements individuels en l'absence de toute prédiction établie sur la base de la segmentation ou des corrélations effectuées, indépendamment de toute prise de décision. Il s'agit par exemple de constituer une base de données collectant des informations permettant d'établir un profil et donc une segmentation commerciale. Ce profilage sans prise de décision est soumis à un régime juridique spécifique. A côté de ce profilage simple, coexiste le profilage impliquant une prise de décision dont la qualification se déduit de l'article 22 (1) du RGPD qui prévoit le droit de toute personne à ne pas faire l'objet d'une décision reposant exclusivement sur un traitement automatisé « y compris le profilage ». L'insertion indique que le profilage peut constituer un traitement automatisé permettant la prise de décision fondée exclusivement sur ce traitement. Le texte

575 Considérant 30 du RGPD, Art. 4. (4) du RGPD.

souligne donc qu'il y a bien une alternative dans le profilage. Si la prise de décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé peut reposer sur du profilage, tout profilage n'implique pas nécessairement une telle prise de décision. Enfin, cette prise de décision peut produire ou non des effets juridiques ou des effets similaires affectant la personne concernée. Les lignes directrices du G29 devenu CEPD⁵⁷⁶ distinguent trois formes de profilage, le profilage général, le profilage qui fonde une prise de décision qui n'est pas nécessairement automatisée et enfin le profilage qui fonde une prise de décision reposant *exclusivement* sur un traitement automatisé et produisant des effets juridiques à l'égard de la personne concernée ou l'affectant de manière significative de façon similaire. La difficulté réside dans le fait que ces notions ne sont pas clairement circonscrites rendant la frontière entre ces qualifications parfois confuse.

268. Différents régimes de profilage. Les différentes qualifications emportent des différences de régime qui sont essentielles à deux égards, d'une part au regard de la base légale qui permettra de réaliser le traitement de profilage et d'autre part au regard des droits des personnes concernées. Le profilage simple est soumis au régime de l'article 6 du RGPD, pour la détermination de la base légale impliquant que le consentement ne soit qu'une option parmi toutes les bases légales proposées par le texte, et confère au consommateur un droit d'accès⁵⁷⁷ et un droit d'opposition⁵⁷⁸ renforcés. Le profilage emportant une prise de décision mais qui ne repose pas exclusivement sur un tel traitement automatisé devra respecter une analyse d'impact préalable⁵⁷⁹ mais ne suppose pas de base légale particulière ou de renforcement particulier des droits des personnes concernées. Enfin, le profilage impliquant une prise de décision reposant exclusivement sur un traitement automatisé et qui produit des effets juridiques ou similaires affectant la personne concernée est par principe interdit, mais il peut par exception être admis sur le fondement des bases légales spécifiques et notamment du consentement explicite⁵⁸⁰. De même, dans cette hypothèse l'ensemble des droits des personnes concernées sont renforcés (droit d'accès et droit à l'information impliquant une information sur la logique sous-jacente et sur les conséquences du profilage).

II.B.2.2. Le régime applicable au profilage à des fins de prospection commerciale

269. Le profilage à des fins de prospection commerciale, une qualification hybride. Lorsque le profilage a pour finalité la prospection commerciale le régime de ce dernier doit être appréhendé à l'aune des classifications envisagées précédemment. Si l'objectif est d'encadrer la publicité en ligne faite sur la base d'un profilage constituant une décision exclusivement automatisée emportant des effets juridiques ou similaires, peut-on véritablement affirmer que toute prospection commerciale répond à cette définition ? Les lignes directrices précédemment évoquées font état d'une ambiguïté et de la difficulté à opérer les distinctions dans les hypothèses pratiques de la prospection commerciale⁵⁸¹. En effet, dans certaines hypothèses le profilage va emporter une prise de décision mais celle-ci ne reposera pas exclusivement sur le traitement automatisé, dans d'autres hypothèses la prise de décision reposera bien exclusivement sur un profilage mais la question des effets produits sur la personne pourra poser des difficultés d'interprétation. De fait, les distinctions sont impor-

576 Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement WP251 rev. 01, adoptées le 3 octobre 2017, révisée le 6 février 2018.

577 Considérant 60 du RGPD.

578 Article 21 du RGPD.

579 Article 35 3) a).

580 Article 22 du RGPD.

581 V. Lignes directrices CEPD 2/2019 sur le traitement des données à caractère personnel au titre de l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD dans le cadre de la fourniture de services en ligne aux personnes concernées, 8 octobre 2019.

tantes sur le régime applicable puisque dans la première situation les professionnels pourront se fonder sur un intérêt légitime, suffisamment motivé et pensé préalablement, tandis que dans la seconde un consentement explicite sera nécessaire. Or la seule finalité, interne ou externe, de la prospection commerciale ne permet pas de déterminer, en amont, quelle est la qualification idoine et partant le régime permettant de s'assurer d'une prospection en pleine conformité.

270. En pratique : des qualifications inadaptées et une insécurité juridique. La prospection commerciale peut en effet résulter d'un usage « interne » du profil par le professionnel pour faciliter l'expérience client en lui proposant des articles plus adaptés, mais cette prospection peut aussi se traduire par la transmission de ces profils à des tiers pour des offres de réduction. La première hypothèse semble plus acceptable et pourtant la décision prise emporte davantage d'effets juridiques sans doute que la seconde. Ces exemples attestent de la difficulté d'encadrer de manière adaptée par le seul prisme des textes les pratiques de prospections commerciales existantes. Il serait nécessaire d'intégrer un critère de gravité dans l'appréhension des effets juridiques ou similaires susceptibles d'affecter la personne concernée. Il convient notamment de souligner que lorsque de tels effets juridiques ou similaires sont susceptibles d'intervenir, le consommateur doit avoir un droit (subjectif) à ne se voir rien proposer. L'objectif de pédagogie et d'*accountability* doit en outre favoriser le choix de la base légale de l'intérêt légitime, appréciée à l'aune de la proportionnalité des attentes raisonnables des consommateurs, qui doit être motivée et qui peut constituer un fondement plus utile pour de tels traitements. Le consommateur pouvant ainsi être mieux informé et le professionnel, conscient du risque pour la vie privée des consommateurs, plus respectueux de ses droits tout en étant protégé dans son activité économique.

Proposition

36 Clarifier ce que recouvre « une décision emportant des effets juridiques ou similaires » au sens de l'article 22 du RGPD afin de mieux identifier les cas où la prospection commerciale impliquant une telle prise de décision sont ou non conformes aux exigences du RGPD.

271. De la pédagogie et de la transparence. La pédagogie est au cœur des préoccupations des professionnels (pour éviter de se faire sanctionner), des consommateurs (comprendre ce qu'il va être fait de leurs données), mais aussi de la CNIL (qui a à cœur d'éduquer la population). Au sein de la Chaire, une discussion a été menée pour promouvoir une pédagogie à l'égard des consommateurs en passant par une iconographie simple. Il a été suggéré d'initier un travail conjoint des acteurs du secteur et des consommateurs autour d'une instance – la CNIL – pour pouvoir expliquer ce qui va être fait des données, le RGPD évoquant lui-même une telle piste en mentionnant le recours à des pictogrammes clairs. Cette piste de l'iconographie ou le recours à des capsules audio ont paru intéressants à une partie des partenaires de la Chaire, notamment parce que le temps d'attention des consommateurs en ligne est très restreint. Cependant, cette piste de réflexion n'a pas reçu l'assentiment des représentants des professionnels qui s'inquiètent du côté simpliste et réducteur que pourraient véhiculer de tels pictogrammes. Ils considèrent que soit le pictogramme est très simple, et risque d'être considéré comme trompeur pour le consommateur, soit il est très détaillé et risque alors d'entraver toute possibilité d'utilisation commerciale des données.

II.B.3. Règlementation du transfert à des tiers des bases de données utilisées à des fins de sollicitations

272. Plan. L'objectif est bien d'encadrer le transfert de base de données clients ou prospects et plus généralement de données à caractère personnel afin de valoriser ces fichiers auprès de partenaires commerciaux. Lorsque les données ont été légalement collectées et traitées de telle sorte à figurer dans une base de données, le consommateur peut voir ses données transférer sans que son consentement ne soit plus requis. La question qui se pose alors est celle de savoir sur quel fondement le professionnel, responsable de traitement, peut valablement transférer les données à des partenaires, tiers, quelles sont les obligations qui s'imposent à lui du fait du transfert de données à caractère personnel, et quels sont les droits des personnes concernées à l'égard de ce transfert qui dérogent au droit commun ? Seront donc envisagés successivement le transfert de données entre partenaires tiers et indépendants au sein de la zone UE (II.B.3.1), puis hors de la zone UE (II.B.3.2) et enfin le transfert des données dans le cadre d'une relation de sous-traitance (II.B.3.3).

II.B.3.1. Les transferts de données entre partenaires tiers et indépendants au sein de la zone UE

273. Cession licite de base de données sous réserve d'une information des personnes concernées. Par principe une base de données, ce que peut constituer un fichier client⁵⁸², peut faire l'objet d'une cession⁵⁸³. Lorsque les données sont contenues dans une base de données, celle-ci peut faire l'objet d'une cession. Jusqu'à l'entrée en vigueur du RGPD, les fichiers de clients ou de prospects devaient faire l'objet d'une déclaration à la CNIL. La Cour de cassation⁵⁸⁴ ayant admis que le défaut de déclaration faisait de ce fichier une chose hors commerce justifiant la nullité de sa cession. Au regard de la législation en matière de données à caractère personnel un certain nombre de règles doivent être respectées de la part du partenaire qui acquiert la base de données qui doit avoir été constituée conformément aux dispositions du RGPD, et notamment le respect de l'information⁵⁸⁵ relativement aux finalités ultérieures lorsque le traitement initial des données de la personne concernée n'était pas la cession à des partenaires commerciaux. En effet, par principe chacun des traitements doit être envisagé de manière individuelle, et au regard d'une finalité déterminée explicite et légitime, et les finalités ultérieures doivent être conformes aux attentes légitimes des personnes concernées. La cession de la base de données à des tiers doit donc faire l'objet d'une telle finalité ultérieure compatible, et la personne concernée doit être informée de cette cession. Il appartiendra ensuite au nouveau responsable de traitement d'informer du traitement qu'il entend réaliser de la base légale et de la finalité prévue. Il convient d'informer les consommateurs, personnes concernées, à savoir les clients et prospects contenus dans la base de données, des conditions dans lesquelles leurs données et de leurs droits sont traitées, dans un délai raisonnable qui ne saurait excéder un mois⁵⁸⁶. Le partenaire qui acquiert le fichier doit alors respecter les conditions du traitement (art. 5 du RGPD) et disposer d'une base de traitement licite pour traiter ces données conformément à la finalité déterminée.

582 Dès lors que les conditions du CPI sont respectées pour recevoir une telle qualification. Article L. 342-1 du CPI sur les droits du producteur d'une base de données.

583 Art. L. 342-1 alinéa 2 du CPI.

584 Com. 25 juin 2013, n° 12-17.037.

585 Art. 14 du RGPD.

586 Art. 14 du RGPD.

II.B.3.2. Les transferts de données entre partenaires tiers et indépendants hors de la zone UE

274. Des outils nécessaires pour fournir les garanties appropriées aux transferts hors UE. Par principe les transferts de données hors UE sont interdits par les textes⁵⁸⁷ et ne sont donc admis que par exception, sous réserve de faire l'objet de garanties appropriées qui offre aux personnes concernées une sécurité équivalente à celles dont ils disposent au sein de l'UE. Le RGPD élargit la gamme d'outils juridique permettant d'encadrer les transferts hors UE en offrant ces garanties appropriées. Ils pourront être utilisés tant par les responsables de traitement que par les sous-traitants. Afin d'assurer un haut niveau de protection des données transférées du territoire européen à des Etats tiers, les organismes souhaitant transférer des données peuvent recourir en premier lieu à une décision d'adéquation (article 45 RGPD), qui constitue le premier outil juridique d'encadrement, dans la mesure où elle est prise sur la base d'un examen global de la législation en vigueur dans un Etat, sur un territoire ou applicable à un ou plusieurs secteurs déterminés au sein de cet Etat. Après l'annulation par la CJUE⁵⁸⁸ du *Privacy Shield*, la Commission européenne a adopté une nouvelle décision d'adéquation permettant le transfert des données vers les US⁵⁸⁹. Les entreprises doivent désormais faire la démarche active de respecter ce nouveau cadre de protection. Une liste gérée et publiée par le ministère américain du commerce permettant de connaître les entreprises respectueuses de ce *Data Privacy Framework*. Les transferts de données personnelles depuis l'Union européenne vers les organismes figurant sur cette liste peuvent donc s'effectuer librement, sans encadrement spécifique et sans recours à un autre outil.

275. Les outils par défaut de décision d'adéquation. En l'absence d'une telle décision, des « garanties appropriées » (art. 46 RGPD) doivent être adoptées. Elles sont constituées, pour la grande majorité, de décisions des autorités de contrôle et sont prises à la lumière des engagements des organismes concernés. Il est nécessaire que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives. Ces garanties appropriées peuvent se traduire par des règles d'entreprises contraignantes (*BCR Binding corporate rules*) approuvées par une autorité de contrôle. De même, il peut s'agir de clauses contractuelles types (CCT) adoptées par une autorité de contrôle et/ou approuvées par la Commission européenne. La CJUE, à l'occasion de la décision invalidant le *Privacy Shield*⁵⁹⁰, a validé les CCT, faisant toutefois peser une charge importante sur les responsables de traitement importateur de données sur la base de ces CCT lorsque le système légal a, comme en l'espèce, justifié l'invalidation de la décision d'adéquation⁵⁹¹. Les garanties appropriées peuvent encore se traduire par l'adoption d'un code de conduite approuvé (comportant l'engagement contraignant et exécutoire pris par les destinataires hors UE d'appliquer les garanties appropriées), un mécanisme de certification approuvé (comportant l'engagement contraignant et exécutoire pris par les destinataires hors UE d'appliquer les garanties appropriées). En l'absence de telles garanties appropriées, le transfert peut enfin être réalisé par dérogation à ces outils globaux d'encadrement, dans des situations particulières et des conditions spécifiques notamment dans les conditions dérogatoires de l'article 49 du RGPD (et notamment le consentement explicite). Mais dans une telle hypothèse de recours aux conditions dérogatoires, le transfert ne peut être répétitif, ne peut concerner qu'un nombre limité de personnes concernées et doit être justifié par une fina-

587 Art. 44 du RGPD.

588 CJUE 16 juill. 2020, aff. 311/18 Data Protection Commissioner/Maximilian Schrems et Facebook Ireland.

589 Data Privacy Framework 10 juill. 2023, C(2023) 4745 final.

590 CJUE 16 juill. 2020, aff. 311/18 préc.

591 V. Notre article, Nouvelle donne en matière de transfert de données personnelles hors Union européenne, JCP G, 2020, n°41, p. 1763.

lité d'intérêt légitimes impérieux poursuivis par le responsable de traitement. Cette voie ne peut donc être qu'exceptionnelle.

276. En pratique : insécurité juridique majeure face à la détermination du niveau de protection offert par la législation du pays importateur. Les professionnels relèvent que la jurisprudence de la CJUE a fait naître une insécurité majeure dans les transferts de données hors UE (hors ou dans une relation de sous-traitance) car il leur revient d'apprécier le niveau de garantie de la législation de l'État de l'importateur des données, notamment lorsqu'ils ont recours à des clauses contractuelles types, ce qui continuera sans doute à être pratiqué dès lors que le *Data Privacy Framework* à peine adopté fait déjà l'objet d'une contestation. Ils relèvent l'impossibilité d'auditer les systèmes juridiques des pays importateurs pour assurer que les voies de recours offertes aux personnes concernées sont bien effectives et que la législation est bien protectrice de leur droit. La charge est trop lourde notamment lorsque ces transferts correspondent à des transferts purement techniques (hébergement, maintenance de site de cloud...). Le consommateur n'a en outre que peu conscience de ces éléments et dispose d'un interlocuteur et répondant unique en cas de violation de sa protection.

277. Proposition : intégrer des critères pour déterminer la charge des obligations pesant sur l'exportateur de données. Il conviendrait de face à la charge des obligations pesant sur les professionnels exportateurs de données et de trouver un critère permettant de moduler ces obligations. Les obligations pourraient varier selon la taille de l'opérateur. Un autre critère pourrait être fondé sur l'usage des données, en distinguant notamment les traitements purement techniques. A l'instar de ce qui peut se déduire de la distinction opérée par le Conseil d'Etat⁵⁹² dans l'hébergement des données par Microsoft entre l'hébergement fait sur le sol européen et l'accès à ses données pour la maintenance du *cloud* qui implique un transfert hors UE. Le Conseil d'État s'est bien fondé sur l'aspect technique du transfert pour le considérer fondé. L'enjeu n'est en effet pas le même quand le transfert relève d'un traitement purement technique ou d'un usage des données beaucoup plus commercial et marketing. Le critère reposant sur la finalité de l'utilisation des données serait ainsi un critère pertinent pour les opérateurs pour distinguer le niveau de contrainte et d'obligations à respecter. La réglementation européenne (notamment dans le DSA et le DMA) tend à s'orienter vers le premier critère reposant sur la taille des acteurs et cette idée de seuils pour éviter de faire peser des obligations trop lourdes sur les petits acteurs. Il pourrait alors être proposé de combiner les deux critères finalité et seuils. On pourrait donc avoir une approche de seuils avec des exceptions par rapport aux finalités. Cette double approche permettrait ainsi d'éviter les effets de seuil qui sont préjudiciables.

Proposition

37 Introduire au sein de l'article 46 du RGPD (relatif aux obligations de vérification et d'audit des garanties offertes par la législation de l'Etat importateur des données à caractère personnel lors du transfert de données entre partenaires tiers et indépendants hors de la zone UE) des critères de seuils (taille des acteurs) et de finalité du transfert afin d'alléger la charge des obligations pesant sur les petits acteurs exportateurs de données.

592 Conseil d'État n°444937, lecture du 13 octobre 2020, *Health data hub*.

II.B.3.3. Les transferts de données dans le cadre d'une relation de sous-traitance

278. L'exigence d'un contrat de sous-traitance. La relation qu'entretiennent les éditeurs de site et les annonceurs peut s'inscrire dans une relation de sous-traitance au sens du RGPD. Le responsable de traitement est celui qui détermine les finalités et les moyens du traitement (Art. 4 (7) du RGPD), alors que le sous-traitant ne traite les données que pour le compte du responsable de traitement (art. 4 (8) du RGPD) en mettant en œuvre ses propres moyens le cas échéant. Dès lors, il est fréquent que les annonceurs soient les véritables responsables de traitement des données collectées par leurs partenaires commerciaux à l'occasion de la navigation sur leur site. La qualification d'une relation de sous-traitance implique la mise en œuvre du régime prévu pour encadrer cette relation par l'article 28 du RGPD. Il doit nécessairement exister un contrat entre les parties qui, outre la détermination des conditions financières qui caractérisent la valorisation des données, devra déterminer les conditions du traitement et les droits et obligations de chacune des parties. Le contrat est exigé à titre de validité, de même que son contenu est largement dirigé. Le transfert des données réalisé dans le cadre de la sous-traitance reste soumis aux exigences vues préalablement, dont certaines peuvent être adaptées à la situation de sous-traitance. Il est ainsi prévu des clauses contractuelles types qui permettent également les transferts hors UE qui s'inscrivent dans cette relation de sous-traitance⁵⁹³. A l'égard de la personne concernée, le sous-traitant est responsable de toute violation de son droit à la protection des données, quoique que dans leurs rapports contributifs, le sous-traitant ne répond que dans les limites de ses obligations.

279. En pratique : une responsabilité unique. Si les professionnels peinent parfois à déterminer leur rôle dans la chaîne de traitement des données impliquant une difficulté pratique quant à la détermination de la nécessité de prévoir ou non un contrat impératif dans son existence et dans sa forme, cette situation est particulièrement confortable pour les consommateurs. En effet, ce dernier jouit d'un sentiment rassurant qu'il dispose d'un interlocuteur unique, celui à l'origine de la collecte, qui assume l'intégralité de la charge de responsabilité. Les rapports contributifs à la dette de responsabilité étant propre à la relation responsable de traitement-sous-traitant sans que le consommateur n'y prenne part.

280. Proposition : recours aux Clauses contractuelles types. Face à cette systématisation de la responsabilité et pour réduire l'insécurité juridique, il est recommandé pour les responsables de traitement et sous-traitant d'avoir recours, chaque fois que possible, aux clauses contractuelles types afin de déterminer l'essence de leur relation et la répartition des responsabilités.

Proposition

38 Lors des transferts de données personnelles dans le cadre d'une relation de sous-traitance, encourager le recours aux « Clauses Contractuelles Types sous-traitant » (issues de la Décision d'exécution (UE) 2021/915 de la Commission européennes du 4 juin 2021) chaque fois que la relation l'autorise.

593 Décision d'exécution (UE) 2021/915 de la Commission du 4 juin 2021 relative aux clauses contractuelles types entre les responsables du traitement et les sous-traitants au titre de l'article 28, paragraphe 7, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil et de l'article 29, paragraphe 7, du règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil.

II.B.4. Anonymisation des données préalablement à la sollicitation

281. Principe d'exclusion des seules données exclusivement anonymisées. L'anonymisation ne fait l'objet d'aucune autre référence dans le RGPD, seule la pseudonymisation est définie⁵⁹⁴, mais sans qu'il y ait une incidence sur le régime applicable. Les données seulement pseudonymisées sont également soumises au RGPD à l'instar des données à caractère personnel. *A contrario* seules les données totalement anonymisées, ne pouvant dès lors recevoir la qualification de données à caractère personnel, peuvent être exclues du champ réglementaire. L'anonymisation peut s'entendre comme un traitement qui consiste à utiliser un ensemble de techniques de manière à rendre impossible, en pratique, toute identification de la personne par quelque moyen que ce soit et de manière irréversible. Le processus d'anonymisation vise donc à éliminer toute possibilité de ré-identification. Pour construire un processus d'anonymisation pertinent, il convient donc tout d'abord d'identifier les informations à conserver selon leur pertinence, de supprimer ensuite les éléments d'identification directe ainsi que les valeurs rares qui pourraient permettre une ré-identification aisée des personnes ; de distinguer également les informations importantes des informations secondaires ou inutiles (c'est-à-dire supprimables) ; de définir enfin la finesse idéale et acceptable pour chaque information conservée.

282. Techniques d'anonymisation des données. Les techniques d'anonymisation peuvent être regroupées en deux familles : la randomisation et la généralisation. La randomisation consiste à modifier les attributs dans un jeu de données de telle sorte qu'elles soient moins précises, tout en conservant la répartition globale. Cette technique permet de protéger le jeu de données du risque d'inférence. La généralisation consiste à modifier l'échelle des attributs des jeux de données, ou leur ordre de grandeur, afin de s'assurer qu'ils soient communs à un ensemble de personnes. Cette technique permet d'éviter l'individualisation d'un jeu de données. Elle limite également les possibles corrélations du jeu de données avec d'autres. Les autorités de protection des données européennes définissent trois critères qui permettent de s'assurer qu'un jeu de données est véritablement anonyme. L'individualisation tout d'abord par laquelle il ne doit pas être possible d'isoler un individu dans le jeu de données ; la corrélation ensuite par laquelle il ne doit pas être possible de relier entre eux des ensembles de données distincts concernant un même individu ; l'inférence enfin par laquelle il ne doit pas être possible de déduire, de façon quasi certaine, de nouvelles informations sur un individu.

283. En pratique : anonymisation onéreuse sans prise de conscience du consommateur. Il ressort de la pratique que les techniques d'anonymisation des données à caractère personnel sont le plus souvent encore, bien que la technologie progresse, relativement onéreuses. En outre, les consommateurs, peu renseignés, ne font aucune distinction entre les données pseudonymisées et les données anonymisées. Pour les professionnels, il y a une véritable distinction quant à la finesse du profilage réalisée et partant à la valorisation possible de ces données. Une piste de réflexion a été suggérée consistant à promouvoir les techniques de cryptographie afin de développer des jumeaux numériques, en d'autres termes des jeux de données créés à partir de données à caractère personnel mais qui ne sont attachées à aucun individu. Cette piste de réflexion n'a cependant reçu l'assentiment qu'une partie des professionnels.

284. Proposition : fournir deux parcours possibles au consommateur. Plutôt que de faire anonymiser des données personnelles, il pourrait être proposé au consommateur deux parcours de navigation différents : l'un offrant une navigation totalement anonyme, le second une navigation avec identifiant et partant permettant la collecte de données à caractère personnel. Ce dispositif

594 Art. 4 (5) du RGPD et cons. 26 du RGPD.

est déjà proposé par certains acteurs. Il importe ici de bien comprendre qu'il ne s'agit en aucun cas de procéder à une distinction entre un compte client et un compte invité mais uniquement de proposer deux expériences différentes de navigation invitée. Une telle proposition devrait toutefois assurer au consommateur une absence de discrimination dans l'offre commerciale présente sur le site (prix, contenu etc.). À défaut il y aurait une valorisation indirecte des données à caractère personnel qui n'est pas souhaitable.

Proposition

39 Développer les bonnes pratiques déjà existantes permettant d'offrir aux consommateurs deux parcours de navigation invitée selon la collecte des données autorisées, sans incidence sur l'offre commerciale proposée.

II.C. 3^{ème} finalité : Lutter contre les sollicitations dites agressives

285. Plan. Troisième finalité de la réglementation des modes de sollicitation, après celle qui tend à assurer une police de la sollicitation, et celle destinée à assurer le respect de la vie privée, la lutte contre les sollicitations dites agressives s'intéresse soit au consommateur, soit aux sollicitations. Lorsqu'il s'intéresse aux sollicitations, le législateur réglemente les sollicitations non souhaitées (II.C.1) et interdit, à raison de leur caractère davantage agressif, les sollicitations sont répétées et non souhaitées (II.C.2). Lorsque le législateur s'intéresse au consommateur, c'est aux fins de protéger son libre consentement (II.C.3).

II.C.1. Réglementation des sollicitations non souhaitées

286. Défaut de volonté du consommateur. Sans aller jusqu'à le harceler, les sollicitations peuvent importuner le consommateur puisqu'il n'a pas nécessairement manifesté la volonté d'être sollicité. Si la réglementation du spamming (II.C.1.3) s'axe essentiellement autour de cette idée en visant les « *communications commerciales non sollicitées* », c'est également autour de cette manifestation de cette volonté que s'articule plus ou moins explicitement le démarchage téléphonique et le démarchage bancaire et financier (II.C.1.1) ainsi que le démarchage bancaire à distance (III.C.1.2). Avec l'adoption de la directive omnibus, le législateur européen s'est également intéressé à un phénomène analogue opéré cette fois-ci par l'intervention d'une personne humaine : la visite non sollicitée (III.C.1.4).

II.C.1.1. Démarchage téléphonique et démarchage bancaire et financier : dispositif Bloctel et cadre temporel

287. Rappel des finalités multiples du dispositif. Le dispositif Bloctel ainsi que le cadre temporel des appels, présentés au titre de la police de la sollicitation, en ce qu'ils réglementent le comportement des professionnels, méritent également d'être vus comme des mécanismes de lutte contre les sollicitations agressives non souhaitées.

Le professionnel ne peut, sauf exceptions, démarcher téléphoniquement un consommateur que si ce dernier ne s'est pas inscrit sur la liste Bloctel d'opposition au démarchage. Ce système qui s'apparente à l'opt out est assorti d'exceptions. Le professionnel doit en outre respecter un cadre temporel : jours, horaires et fréquence.

Ces deux filtres régissent également le démarchage bancaire et financière.

II.C.1.2. Démarchage bancaire et financier à distance : la sollicitation inversée ou « reverse solicitation »

288. Contournement de l'exigence légale : la fausse sollicitation inversée. L'article L. 341-1 du Code monétaire et financier subordonne la définition du démarchage bancaire et financier et par conséquent la mise en œuvre du régime protecteur à la condition que la prise de contact n'ait pas été « sollicitée » par le démarché. En pratique, les partenaires de la chaire, notamment le médiateur de l'AMF et l'association UFC-Que Choisir observent que cette condition est régulièrement biaisée par les professionnels qui techniquement s'arrangent pour que le consommateur soit à l'initiative de la prise de contact. Deux types de pratiques sont propices à ce contournement. L'une résulte de liens hyper textes insérés sur les réseaux sociaux, notamment par des acteurs étrangers à l'UE, de telle sorte que le consommateur clique sur le lien pour obtenir des informations et fasse ainsi preuve d'une démarche active, excluant par la même la condition du défaut de sollicitation de sa part⁵⁹⁵. L'autre pratique résulte des formulaires de contact que le consommateur doit impérativement remplir s'il souhaite poursuivre sa navigation sur un site internet. Les professionnels se targuent du fait que le consommateur a communiqué ses coordonnées et son adresse mail pour considérer qu'ils n'ont pas sollicité le consommateur, mais que ce dernier est à l'initiative de la prise de contact⁵⁹⁶. A cet égard, selon le Conseil d'Etat, « *l'acte de commercialisation consiste pour un prestataire de services d'investissements, un conseiller en investissements financiers ou un démarcheur bancaire ou financier, à prendre l'initiative de présenter par différentes voies un instrument financier en vue d'inciter un client ou un prospect à y souscrire ou à l'acheter* »⁵⁹⁷. Or, n'est pas considéré comme un acte de commercialisation en France, l'achat, la vente ou la souscription de parts ou d'actions d'OPCVM ou de FIA (Fonds d'investissement alternatif) répondant à une demande d'un investisseur, « *ne faisant pas suite à une sollicitation, portant sur un OPCVM ou un FIA précisément désigné par lui* »⁵⁹⁸. En d'autres termes, un distributeur peut échapper aux règles de la commercialisation s'il établit « *qu'il n'est pas à l'initiative d'une sollicitation active de son client préalablement à la souscription* »⁵⁹⁹. A raison de la difficulté à prouver ce fait négatif, le distributeur « *peut tenter d'établir le fait positif contraire, à savoir qu'il a été sollicité par le client en vue de la*

595 La CJUE considère que constitue une démarche active du consommateur, le fait de cliquer sur un lien hyper texte CJUE, 5 juill. 2012, aff. C-49/11 Content services, pt 37 ou de cocher une case : CJUE, Tiketa 24 fev. 2022, aff. C-536/20, pt 51.

596 V. par ex. AMF, Le blog du médiateur, 3 nov. 2016, « Options binaires et formation au trading par téléphone : comment vous faire perdre toutes vos économies : une personne ayant laissé ses coordonnées sur un site internet de formation au trading sur le Forex et les options binaires appartenant à une société chypriote, est recontacté par une conseillère lui proposant une formation gratuite sur les options binaires. Il bénéficie en réalité d'une formation très succincte mais en revanche il reçoit des conseils en investissement précis qui indiquaient l'actif, le montant et l'échéance de la position à prendre, alors même que la société n'était pas agréée pour fournir ce service. Après avoir versé plus de 40 000 €, il se voit conseillé sur les options binaires sur lesquelles il convient de se positionner. Il s'aperçoit ensuite que la totalité du solde de son compte est parti en fumée pendant la nuit, les positions prises ayant toutes été perdantes. Sur intervention du médiateur de l'AMF, la société a intégralement remboursé les sommes déposées.

597 CE, 18 nov. 2014, n°36643.

598 Position-recommandation AMF DOC-2014-04 en vigueur depuis le 30 juin 2014.

599 AMF, déc., 21 sept. 2012, SAN 2012-15.

souscription du FIA précisément désigné par ce dernier »⁶⁰⁰. L'enjeu est important car dans cette hypothèse, l'éventuel défaut légal d'enregistrement du professionnel (par exemple un professionnel étranger) auprès de l'AMF n'encourt aucune sanction puisque la plateforme sera « en droit de considérer qu'elle n'était pas tenue d'être enregistrée : elle n'a pratiqué qu'une commercialisation passive mais n'est pas considérée comme ayant fourni un tel service en France »⁶⁰¹. En cas de litige, le médiateur de l'AMF doit donc se déclarer incompétent⁶⁰².

Cependant, la Commission des sanctions de l'AMF a, le 30 avril 2021, pris une position ferme à l'encontre de la pratique frauduleuse consistant en une fausse sollicitation inversée, position qui a été validée par le Conseil d'Etat dans une décision du 21 mars 2023⁶⁰³. L'affaire concernait un conseiller en investissement financier qui, afin de permettre à ses clients non professionnels d'acquérir des produits d'un fonds d'investissement alternatif (FIA) de droit allemand dont la commercialisation était interdite en France, leur faisait signer des demandes d'informations qui étaient en réalité, des lettres type préalablement fournies. Pour contester l'existence d'un acte de commercialisation de sa part, le conseiller invoquait une sollicitation inversée émanant de ses clients. L'argument n'a pas été retenu. Selon la Commission des sanctions de l'AMF ces « lettres de demandes d'informations étaient purement formelles et ne correspondaient pas à une demande émanant des clients véritablement indépendants du CIF ». Elle en avait déduit « le caractère artificiel de ces « reverse sollicitations » (...) les indications ayant pour seul objet d'entretenir artificiellement la croyance que ces demandes émanaient des clients alors qu'elles résultaient des conseils du CIF »⁶⁰⁴. Comme l'observe la médiatrice de l'AMF, « le caractère de la sollicitation inversée, par nature imprévisible et à la seule initiative du client, n'était pas compatible avec le recours à un tel document »⁶⁰⁵. Le Conseil d'Etat a jugé que cette analyse de la notion de sollicitation inversée était dépourvue d'erreur d'appréciation⁶⁰⁶. Le médiateur de l'AMF relève lui aussi dans son rapport annuel pour l'année 2022 « la présence de ces lettres types préalablement fournies aux clients dans le cadre de la souscription de parts de FIA de droit étranger », constitutives d'un manquement du conseiller en investissement financier⁶⁰⁷.

289. Constat : différence de perception d'une pratique similaire à celle observée en matière de démarchage téléphonique. Le fait de contourner la condition de la sollicitation par le professionnel, pour que s'applique le régime protecteur, n'est pas propre au démarchage bancaire et financier. Cependant, autant cette pratique a pu être finalement considérée comme conforme à la *ratio legis* du dispositif en matière de démarchage téléphonique et ce même pour la rénovation énergétique, autant elle est considérée comme un effet pervers en matière bancaire et financière. Il est donc proposé de supprimer la condition d'une prise de contact « non sollicitée » pour protéger le consommateur démarché à distance dans le domaine bancaire et financier. Le démarchage étant en dehors du champ d'application de la directive 2002/65 du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁶⁰⁸, une telle modification n'entre pas en contradiction avec le degré maximal d'harmonisation du texte européen.

290. Proposition : supprimer la condition d'une prise de contact « non sollicitée ».

600 I. Riassetto, obs. sous CE, 27 mars 2023, Rev.dr.banc.et fin. mai-juin 2023, comm., n°112.

601 M. Cohen-Branche, Le double piège de la *reverse sollicitation*, Bulletin Joly Bourse, sept-oct. 2022, Editorial, p. 1.

602 M. Cohen-Branche, Le double piège de la *reverse sollicitation*, préc.

603 CE, 6ème ch., 27 mars 2023, n°454121, Rev.dr.banc.et fin. mai-juin 2023, comm., n°112, obs. I. Riassetto.

604 AMF CDS, 30 avril 2021, SAN-2021-08.

605 Rapport Médiateur AMF 2022, p. 49.

606 CE, 6ème ch., 27 mars 2023, n°454121, préc.

607 Rapport Médiateur AMF 2022, p. 49.

608 Dir. 2002/65, art. 1.1 : 1. La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

Proposition

40 Supprimer la condition d'une prise de contact « non sollicitée » formulée à l'article L. 341-1, alinéa 1 du code monétaire et financier au titre de la définition du démarchage bancaire et financier à distance. L'acte de démarchage doit être caractérisé quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche. S'inspirant de la définition du démarchage physique contenue dans l'article L 341-1, alinéa 2 du code monétaire et financier, il est suggéré de modifier l'article L. 341-1, alinéa 1 : « **Constitue un acte de démarchage bancaire ou financier, quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche, toute prise de contact, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée, en vue d'obtenir, de sa part, un accord (...)**».

II.C.1.3. Réglementation du spamming

291. Principe de l'opt in pour le droit commun et le droit financier. Quel que soit son objectif – faire découvrir de nouveaux produits, présenter un *live shopping*, convier à des soldes, proposer un service financier – la sollicitation, par les modes de prospection directe que sont les SMS, les MMS, les notifications PUSH, les courriers électroniques, est appréhendée de la même manière. Le consommateur ne peut être prospecté que s'il a manifesté son consentement préalable ou « opt in ». La règle figure à l'article L.34-5, alinéa 1 du CPCE selon lequel « *Est interdite la prospection directe au moyen de système automatisé de communications électroniques au sens du 6° de l'article L. 32, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen* ». Elle est issue de l'article 13.1 de la directive 2002/58 et concerne tant le droit commun que des services financiers⁶⁰⁹.

La définition du consentement donnée par l'article L. 34-5, alinéa 2 du CPCE comme « *toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fins de prospection directe* » s'inspire de l'article 4. 11° du RGPD⁶¹⁰.

La CNIL recommande que le consentement préalable soit recueilli par le biais d'une case à cocher. La CJUE se situe sur la même lignée en interdisant le recueil du consentement par le biais d'une case pré-cochée⁶¹¹. En outre dans la décision StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz où il s'agissait de savoir si un consommateur avait donné son consentement, au sens du RGPD, à recevoir des annonces publicitaires afin de ne pas payer de contrepartie en échange de l'utilisation d'un service de messagerie électronique, la CJUE enjoint de s'assurer « *d'une part, que cet utilisateur a été informé de manière claire et précise notamment du fait que des messages publicitaires sont affichés au sein de la liste des courriels privés reçus et, d'autre part, qu'il a manifesté son consentement de manière spécifique et en pleine connaissance de cause à recevoir de tels messages publicitaires* »⁶¹².

Le régime de la prospection automatisée apparaît donc a priori plus restrictif que celui du démar-

609 L'article L. 222-16 du code de la consommation relatif à la commercialisation à distance des services financiers renvoie à l'article L.34-5 du CPCE.

610 RGPD, art. 4, 11° : « *«consentement» de la personne concernée, toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* »..

611 CJUE, 11 nov. 2020, aff. C-61/19, Orange Romania.

612 CJUE, 25 nov. 2021, aff. C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz.

chage téléphonique avec intervention humaine, régie par l'opt out. Cependant, il existe des exceptions qui tendent à rapprocher les réglementations.

292. Exception à l'opt in – Exception client de l'article L. 34-5, al. 4 CPCE. En droit commun, comme en matière financière, le professionnel peut, prospector un consommateur sans s'assurer de son consentement préalable, en vertu de l'article L. 34-5, alinéa 4 du CPCE, issu pour l'essentiel de l'article 13.2 de la directive 2002/58, et ce dans deux cas de figure⁶¹³.

Le premier est celui où la prospection n'est pas de nature commerciale : elle est par exemple caritative.

Le second cas de figure recouvre l'hypothèse où les coordonnées du consommateur ont été recueillies auprès de lui, « dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, et si la prospection directe « concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale ». Du point de vue de la protection des données personnelles, la dérogation s'explique au regard des finalités du traitement. En effet, chaque traitement a en principe sa finalité propre et donc une fois que celle-ci est réalisée, il n'est plus possible de traiter les données. Par exception au principe de limitation des finalités, une finalité ultérieure peut être admise si elle est compatible avec la finalité initiale. Par conséquent si la finalité est la vente d'un produit, alors la finalité subséquente qui consiste à proposer le même produit est autorisée. Il s'agit donc ici de nouveau d'une exception client dont la logique est identique à celle observée pour Bloctel : encadrer sans interdire une sollicitation jugée trop intrusive en la conditionnant à l'accord du destinataire, excepté lorsqu'il est déjà client et que les produits et services sont analogues. D'une part, ce ne sont pas tous les modes de prospection automatisés qui peuvent être dans cette hypothèse utilisés mais uniquement le courrier électronique, seul visé par le texte. Le professionnel ne peut pas recourir aux SMS et MMS. D'autre part, le consommateur doit être informé « de manière expresse et dénuée d'ambiguïté » que son adresse de courrier électronique sera utilisée à des fins de prospection, et être en mesure de s'opposer à cette utilisation de manière simple et gratuite, hormis les frais liés à la transmission du refus. On retrouve donc ici le droit d'opposition de l'article 21.2 du RGPD. Cette information doit être délivrée par le professionnel au moment de la collecte des coordonnées et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé au cas où il n'aurait pas refusé d'emblée une telle exploitation. Il n'en demeure pas moins que ces restrictions empiètent peu sur le large spectre de l'exception à l'opt-in, et qu'en tout état de cause, dans les deux cas de restriction, la prospection pourrait être fondée sur l'intérêt légitime du professionnel, dans le respect des dispositions relatives à cette base de traitement (art. 6, 1) f).

293. L'opt-in : un dispositif bien intégré. La majorité des partenaires de la Chaire s'accordent à considérer que le système de l'opt-in doit être maintenu. Les entreprises ont bien intégré ce dispositif dans leur organisation et n'ont pas de velléités particulières pour passer à un système d'opt-out. Toujours du côté des professionnels, il est observé que la réglementation les a obligés à disposer d'un fichier plus réduit, plus qualitatif. Or, plus que la quantité c'est cette personnalisation qui est utile pour rentabiliser un maximum les messages publicitaires. L'opt-out entraînerait un risque d'effet de rejet défavorable *in fine* à la réputation du commerçant. Enfin, les professionnels observent qu'ils peuvent toujours utiliser d'autres supports : affichage, TV locale, audio pour leur permettre de solliciter le grand public.

613 CPCE, art. L. 34-5, al. 4 : « Toutefois, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si 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 au moment où elles sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé au cas où il n'aurait pas refusé d'emblée une telle exploitation. ».

Du point de vue des consommateurs, il est constaté que le dérangement provoqué par les SMS, MMS et notifications push est moindre que celui provoqué par les appels téléphoniques, certainement parce que ces procédés sont peu exploités tant par les canaux de distributions physiques, hormis en complément de la sollicitation par mail dans des périodes importantes comme les soldes ou pour délivrer une information exceptionnelle aux consommateurs (par exemple les nouveaux horaires imposés par la crise de la Covid-19), que par les e-commerçants qui préfèrent une prospection par mail permettant d'adresser un message plus attractif. L'UFC-Que Choisir observe cependant que les consommateurs ne se souviennent généralement plus du moment auquel ils ont donné leur consentement et que certains professionnels ne délivrent pas l'information sur le droit d'opposition. L'UFC-Que Choisir constate également que la technologie des boîtes de courriers électroniques s'est adaptée au flux des messages de telle sorte que très souvent les courriers électroniques de prospection sont directement placés dans l'espace réservé aux « SPAMS ». Il en résulte un paradoxe lié aux dépenses engagées par les professionnels en matière de spamming alors même que l'outil technologique « nettoie » automatiquement les boîtes mails. Elle suggère donc de prévoir un délai de durée de détention du consentement du consommateur assez réduit de telle sorte qu'il serait nécessaire au professionnel de s'assurer de nouveau de celui-ci, et ainsi recréer un lien, ce qui limiterait d'autant le placement des courriers électroniques dans les « SPAMS » et réduirait ainsi le flux des mails. Les partenaires professionnels ne partagent pas ce point de vue.

294. Obligation d'indiquer un moyen de se désabonner de la liste de prospection pour le secteur du droit commun et le secteur financier – Désabonnement complexe pour le consommateur. L'article L. 34-5 alinéa 5 du CPCE prévoit une interdiction de procéder à une prospection sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci. Il s'agit ici de nouveau d'une illustration du droit d'opposition de l'article 21.2 RGPD.

En théorie, le désabonnement pourrait s'opérer par exemple par un numéro de téléphone non surtaxé ou par l'envoi d'un courrier à une adresse mail ou en cliquant sur un lien. En pratique, le désabonnement s'avère parfois complexe à raison de succession d'étapes à respecter ou de l'usage de « *dark patterns* » entravant le processus. Le désabonnement devrait être « symétriquement » aussi simple que l'abonnement.

295. Sanctions administratives. A raison de la transversalité des mesures qui relèvent du droit de la consommation, du secteur des télécommunications et de la protection de la vie privée, plusieurs autorités sont habilitées à prononcer des sanctions : la CNIL⁶¹⁴, l'ARCEP⁶¹⁵, la DGCCRF⁶¹⁶. Le montant de l'amende administrative a été quintuplé par la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, passant d'un montant maximum de 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale à des montants respectifs de 75 000 € et 375 000 € étant précisé que, le cas échéant, les amendes administratives peuvent se cumuler. Cependant, lorsque la DGCCRF a prononcé une amende administrative, l'ARCEP veille, si elle prononce à son tour une sanction, à ce que le montant global des sanctions prononcées contre la même personne à raison des mêmes faits n'excède pas le maximum légal le plus élevé⁶¹⁷.

Enfin, l'article 226-16 du Code pénal punit de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de

614 CPCE, art. L. 34-5, al. 6.

615 CPCE, art. L. 36-11.

616 CPCE, art. L. 34-5, al. 7.

617 CPCE, art. L. 34-5, al. 9.

données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi. L'amende ainsi prévue est susceptible d'être quintuplée lorsque l'infraction est commise par une personne morale ⁶¹⁸.

296. Propositions sur la réglementation du spamming.

Propositions

41 Maintenir le dispositif de l'opt-in.

42 Assurer en pratique une symétrie entre le « parcours » du désabonnement et de l'abonnement aux listes de prospection afin de simplifier le désabonnement pour le consommateur.

II.C.1.4. Interdiction des visites non sollicitées

297. Brèche dans l'harmonisation maximale introduite par la directive omnibus. Constatant que dans certains États membres « *les pratiques commerciales ou de vente agressives ou trompeuses d'un produit dans le cadre de visites non sollicitées d'un professionnel au domicile d'un consommateur ou d'excursions* »⁶¹⁹ sont « *particulièrement agressives* » et « *peuvent mettre les consommateurs sous pression pour qu'ils achètent des biens ou des services qu'ils n'achèteraient pas autrement ou achètent des biens ou des services à des prix excessifs, impliquant souvent un paiement immédiat* »⁶²⁰, la directive omnibus, introduit une brèche dans l'harmonisation maximale des directives 2005/29 et 2011/83. Mme Benassi, en charge de la politique des consommateurs à la DG Justice de la Commission européenne avait justifié cette évolution par le vieillissement des populations, par une désertification des campagnes rendant plus vulnérables les consommateurs âgés, cible privilégiée des ventes à domicile et par les méthodes de vente forcée émaillant les excursions organisées par les professionnels⁶²¹.

La directive Omnibus modifie donc le champ d'application de la directive 2005/29, pour autoriser les États membres à légiférer sur ces pratiques commerciales agressives ou trompeuses⁶²². Elle modifie le champ d'application de la directive 2011/83 pour permettre aux législateurs nationaux d'aménager les conditions d'exercice des visites non sollicitées en adoptant des dispositions plus protectrices dans les domaines harmonisés à condition qu'elles soient proportionnées et non discriminatoires et qu'elles n'interdisent pas les ventes hors établissement en tant que telles, puisque comme le rappelle le texte européen, elles « *constituent un canal de vente légitime et bien établi* »⁶²³. En effet, la directive 2019/2161 appréhende non pas les ventes hors établissement mais les « *pratiques commerciales ou de vente agressives ou trompeuses s'inscrivant dans le cadre de visites non sollicitées d'un professionnel au domicile d'un consommateur ou d'excursions commerciales organisées par un professionnel* ». En d'autres termes, ce n'est pas la sollicitation qui est interdite mais son caractère agressif, lequel est accru, lorsque le consommateur n'a pas préalablement donné son consentement à la venue du démarcheur ou à l'occasion d'excursions.

618 C. pénal, art. 131-38.

619 Dir. 2019/2161, 54ème consid.

620 Dir. 2019/2161, 54ème consid.

621 https://chairedroitdelaconsommation.cyu.fr/colloques-1, voir la table ronde sur les visites non sollicitées : https://www.youtube.com/watch?v=4_il2hZS_mo

622 Dir. 2019/2161, art 3. 2.

623 Dir. 2019/2161, 54ème consid.

298. Options écartées en droit français : jours-horaires, extension du droit de rétractation, extension du différé de paiement. Habilités à aménager les conditions d'exercice des visites non sollicitées, les Etats membres pouvaient fixer un cadre horaire, porter le délai de rétractation à 30 jours⁶²⁴, réduire la liste des exceptions à cette prérogative⁶²⁵, modifier le différé de paiement et prescrire des modalités de paiement spécifiques⁶²⁶. En d'autres termes, ce sont toutes les techniques qui constituent le pivot de la protection contre les sollicitations agressives, qui pouvaient être ainsi accrues dans le domaine des visites non sollicitées. La France n'a pas retenu ces options, qui n'auraient d'ailleurs pas été forcément protectrices des consommateurs, mais elle s'en est inspirée, du moins pour les jours et les horaires, dans le cadre du démarchage téléphonique.

299. Création en droit français du délit de visite non sollicitée. L'option retenue par le droit français fut la création du délit de visite non sollicitée, l'article L. 221-10-1 du code de la consommation énonçant qu'« *est interdite toute visite non sollicitée d'un professionnel au domicile d'un consommateur en vue de vendre des produits ou de fournir des services lorsque le consommateur a manifesté de manière claire et non ambiguë ne pas vouloir faire l'objet d'une telle visite* ».

Proche du délit de l'article L. 121-7, 2° du code de la consommation, issu de la transposition du point 25 de l'annexe de la directive PCD⁶²⁷, dans la mesure où il s'est agi dans ces deux textes de viser une sollicitation non souhaitée, le nouveau délit s'en distingue cependant. D'une part, le délit de visite non sollicitée réprime une pratique non souhaitée, sans pour autant qu'elle se manifeste par un harcèlement. D'autre part la temporalité de l'opposition du consommateur n'est pas la même. Comme cela a été observé, la pratique « *en amont de celle ciblée par le délit existant (C. consom., art. L. 121-7, 2°) consiste à empêcher les démarcheurs de se rendre au domicile d'un consommateur qui ne l'a pas clairement souhaité tandis que le délit actuel ((C. consom., art. L. 121-7, 2°) vise le fait de ne pas quitter les lieux quand le consommateur le demande. Une sorte de « Stop démarchage », à l'instar du « Stop pub » (...)* »⁶²⁸.

Un tableau, en fin du présent rapport, récapitule le processus de sollicitation à domicile.

300. Preuve par le consommateur. La charge de la preuve d'une opposition à la visite non sollicitée pèse sur le consommateur. Elle devrait être relativement aisée dans la mesure où en principe la manifestation claire et non ambiguë du consommateur aura été préalable à la visite et pourrait donc prendre la forme d'un écrit : une affichette, un sticker ou une plaque apposée à l'entrée d'un immeuble collectif ou sur la boîte aux lettres ou la porte d'entrée d'un immeuble individuel (un « STOP DEMARCHAGE » à l'image du « STOP PUB »). L'opposition pourrait tout autant être orale lorsque, par exemple, à l'occasion d'un démarchage téléphonique, le consommateur aura manifesté sa volonté de ne pas être visité. Cependant, à moins d'avoir enregistré la conversation, la preuve risque alors d'être plus difficile. En revanche l'inscription sur Bloctel est un mode de preuve dénué ici de pertinence, puisque la liste ne couvre que l'opposition au démarchage téléphonique.

Le professionnel a en tout état de cause intérêt à se ménager une preuve telle qu'une photographie des portes, halls d'entrée, boîtes aux lettres montrant qu'aucun écrit ne signalait le refus d'être démarché ou encore une preuve sur support électronique et/ou sous forme papier, par laquelle le prospect confirme qu'il n'était pas opposé à une visite non sollicitée.

624 Dir. 2019/2161, art. 4.8.

625 Dir. 2019/2161, art. 4, 12.

626 Dir. 2019/2161, 55ème consid. L'article 9 § 3 de la directive 2011/83 avait déjà laissé aux Etats membres la possibilité de « maintenir » l'interdiction pour le professionnel de recevoir un paiement du consommateur pendant une période donnée après la conclusion d'un contrat conclu hors établissement. Un tel différé de paiement pouvait donc être introduit au titre des « modalités de paiement » pour les contrats conclus à la suite d'une visite non sollicitée.

627 Dir. PCD, annexe pt 25 – C. consom., art. L. 121-7, 2°.

628 S. Bernheim-Desvaux, Contrats conc. consom. 2022, comm. 53.

301. Sanction pénale et sanction civile. Le délit de visite non sollicitée est sanctionné d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros⁶²⁹, étant précisé que ce montant peut être quintuplé pour une personne morale et que s'y ajoutent des peines complémentaires. Le consommateur qui s'est constitué partie civile est recevable à demander devant la juridiction répressive une somme égale au montant des paiements effectués ou des effets souscrits, sans préjudice de tous dommages et intérêts⁶³⁰.

302. Risque de contournement. Dès lors que le délit suppose que la prise de contact ait été « non sollicitée », le risque de contournement existe, comme cela a été observé. Cependant, les consommateurs pourraient se montrer plus vigilants lorsqu'il s'agit de donner un consentement à la venue à domicile : démarche plus intrusive que celle consistant à être rappelés.

303. Point de vue des entreprises : une surenchère législative européenne. La fédération de la vente directe observe qu'il existait déjà dans l'arsenal législatif européen des mesures de nature à lutter contre les pratiques commerciales agressives s'inscrivant dans le cadre de visites non sollicitées⁶³¹ :

- L'Annexe I, point 25 de la directive pratiques commerciales déloyales qui interdit au titre des pratiques agressives en toutes circonstances, les visites au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir.

- La possibilité, selon les articles 8 & 9 de la directive PCD, de tenir compte du « moment » et par conséquent des horaires pour caractériser un éventuel harcèlement du professionnel constitutif d'une pratique agressive non plus en toutes circonstances mais ponctuellement.

En France, l'introduction d'horaires a finalement été écartée. Subsiste le risque de surabondance des sanctions⁶³² du fait de la coexistence du délit de visite non sollicitée avec les visites au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir⁶³³, étant précisé que ces sanctions ont été largement alourdies par la loi « pouvoir d'achat »⁶³⁴.

Les entreprises du secteur estiment que le canal du démarchage non sollicité est un enjeu important notamment pour l'énergie, les télécommunications, la fibre optique et qu'introduire une différence entre les visites sollicitées et non sollicitées nuirait à la compétitivité des entreprises. Enfin, le « porte à porte » étant source d'employabilité, sa réduction serait néfaste pour l'emploi. Pour autant elles concèdent le taux élevé d'abus en la matière.

304. Point de vue des consommateurs : « STOP DEMARCHAGE » et « opt in ». L'UFC-Que Choisir observe qu'idéalement le « STOP DEMARCHAGE » pourrait être une prémisse vers une forme d'opt in, un « fichier positif » de prospection, recueillant l'accord des consommateurs pour être prospectés. Elle ne se fait cependant aucune illusion sur la circonstance qu'un tel fichier ne sera pas adopté en France (les entreprises font valoir que l'*opt in* ne serait pas opportun dans la mesure où si un grand nombre de consommateurs ne sont pas opposés au porte-à-porte, ils ne feraient pas pour autant la démarche de s'inscrire sur un fichier) mais observe qu'il permettrait un accueil et une qualité d'écoute du consommateur. L'association de consommateurs observe enfin que l'introduction du délit est pertinente dans la mesure où les abus ou arnaques sont généralement des situations très préjudiciables pour les consommateurs.

629 C. consom., art. L. 242-7-1

630 C. consom., art. L. 242-9.

631 <https://chairedroitdelaconsommation.cyu.fr/colloques-1>, voir la table ronde sur les visites non sollicitées : https://www.youtube.com/watch?v=4_il2hZS_mo

632 S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, Contrats conc. consom. 2022, Etude 4, n°21.

633 C. consom., art. L. 121-7, 2°.

634 Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat.

II.C.2. Interdiction des sollicitations répétées et non souhaitées

305. Plan. A raison de leur caractère véritablement agressif, les sollicitations répétées et non souhaitées sont interdites aussi bien lorsqu'elles se manifestent par une forme de harcèlement humain (II.C.2.1), que par un harcèlement technologique (II.C.2.2).

II.C.2.1. Harcèlement humain

306. Pratique aggressive. La directive PCD présume aggressive en toutes circonstances la pratique qui consiste pour le professionnel à solliciter le consommateur à son domicile en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux (II.C.2.1.1). En dehors de cette pratique qui figure dans la liste noire, une sollicitation du professionnel pourra être considérée aggressive ponctuellement, au cas par cas, si à raison d'un certain nombre d'éléments (moment, lieu etc), le juge peut considérer que cette pratique s'apparente à un harcèlement d'un consommateur (II.C.2.1.2).

II.C.2.1.1. Pratique aggressive en toutes circonstances : visites au domicile du consommateur en refusant de quitter les lieux ou de ne pas y revenir

307. Directive PCD, annexe pt 25 – Code consom. art L. 121-7, 2°. Le point 25 de l'annexe de la directive interdit, au titre des pratiques commerciales agressives en toutes circonstances, les « *visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si la législation nationale l'y autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle* »⁶³⁵. Il s'agit ici de réprimer la pratique qui consiste pour le professionnel à ne pas quitter le domicile du consommateur malgré sa demande ou celle qui consiste à revenir sur les lieux alors que le consommateur a déclaré qu'il ne veut plus recevoir de vendeurs chez lui. L'interdiction se justifie par le caractère particulièrement agressif de cette pratique. Cependant, d'une part, puisque le terme « visites » est au pluriel, la présence non souhaitée du professionnel doit avoir été répétée au moins une fois. D'autre part, l'exception client fait perdre au procédé son caractère agressif. Elle est malheureusement mal rédigée, ce qui constitue une difficulté de mise en œuvre du texte.

308. Exception client. Dans la directive, l'exception client pourrait avoir pour sens de laisser une option aux États membres d'exclure de l'interdiction les visites liées à l'exécution d'un contrat déjà conclu avec le professionnel. En transposant à l'identique la formule dans l'article L. 121-7, 2° du Code de la consommation, la loi française n'exerce aucune option et laisse penser que l'interdiction n'est exclue que si un texte spécial autorise le professionnel à des visites au domicile dans le cadre de l'exécution du contrat⁶³⁶. Or, il n'existe guère de dispositions légales en ce sens.

309. Preuve par le consommateur. Il revient au consommateur de prouver la répétition des visites et surtout leur déroulement contre sa volonté. Il doit en effet montrer qu'il s'est opposé à la visite durant celle-ci. Or, cette opposition est généralement formulée oralement, rendant ainsi plus difficile la preuve que pour le délit de visite non sollicitée où une opposition écrite formulée avant

635 Dir. 2005/29, Annexe, pt 25 ; art. L. 121-7, 2°.

636 N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), Lextenso, 2ème éd., 2018, note de bas de page 101, § 297 par C. Aubert de Vincelles.

la visite suffit. Cette difficulté risque de rendre le délit inefficace⁶³⁷.

310. Sanctions pénale et civile. Le dispositif répressif tend à punir le comportement agressif constitué par la présence non souhaitée du professionnel au titre d'un délit passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros pouvant être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel⁶³⁸ étant précisé que l'amende de 300 000 euros peut être quintuplée pour une personne morale et que s'y ajoutent des peines complémentaires. La loi dite pouvoir d'achat n°2022-1158 du 16 août 2022 a porté la peine à trois ans d'emprisonnement lorsque la pratique agressive a entraîné la conclusion d'un ou plusieurs contrats⁶³⁹ et à sept ans lorsqu'elle a été commise en bande organisée⁶⁴⁰.

La sanction civile est celle de la nullité du contrat conclu⁶⁴¹ visant ainsi à priver de toute efficacité l'engagement du consommateur conclu à la suite d'un démarchage agressif.

Le caractère agressif du délit lié à la présence non souhaitée du professionnel étant accru par rapport au délit de visite non sollicitée, il est logique que le premier délit soit plus gravement sanctionné que le second.

Proposition

43 Clarifier la notion d'exception client dans le point 25 de l'annexe de la directive 2005/29 et dans l'article L. 121-7, 2° du Code de la consommation pour éviter une divergence d'interprétation entre la directive (les États membres peuvent exclure de l'interdiction les visites liées à l'exécution d'un contrat déjà conclu avec le professionnel) et le droit français (l'interdiction n'est exclue que si un texte spécial autorise le professionnel à des visites au domicile dans le cadre de l'exécution du contrat, les dits textes spéciaux n'existant guère en droit français).

II.C.2.1.2. Pratique agressive ponctuelle : harcèlement apprécié au cas par cas

311. Articles 8 & 9 de la directive 2005/29 – Transposition imparfaite à l'art. L. 121-6 du code de la consommation. Sauf dans le cas des pratiques interdites à l'annexe I, une pratique commerciale ne peut être qualifiée d'agressive « *qu'au terme d'une évaluation concrète et spécifique de ses éléments, en effectuant une appréciation au regard des critères énoncés aux articles 8 et 9 de cette directive* »⁶⁴². L'article 8 pose deux conditions : une liée au comportement du professionnel et une autre liée à l'effet de ce comportement sur le consommateur.

Du professionnel, en premier lieu, doit émaner une action, un comportement agressif qui doit prendre la forme de l'une des trois manifestations explicitement prévues : un harcèlement, une

637 V. par ex. TJ Paris, 23 mai 2023, N° RG 20/04517 rendu sur une action en cessation de pratiques commerciales agressives au domicile de consommateurs initiée par la CLCV. Le TJ a considéré que la preuve de sollicitations répétées n'était pas rapportée. En revanche le TJ a retenu que l'usurpation d'identité par les démarcheurs se faisant passer pour des agents d'EDF ou de la régie du gaz de Bordeaux constituait un comportement déloyal exerçant sur le consommateur une influence injustifiée ayant eu pour effet de vicier son consentement.

638 Code consom., art. L. 132-11. Lors de la transposition de la directive omnibus, cette sanction n'a pas été réévaluée y compris lorsqu'elle est constatée dans le cadre d'une action coordonnée, dans la mesure où elle excède déjà le seuil prévu par la directive omnibus (S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, Contrats conc ; consom. 2022, Etude 4, n°16).

639 C. consom., art. L. 132-11-1.

640 C. consom., art. L. 132-11-2.

641 C. consom., art. L. 132-10.

642 CJUE, 2 juin 2019, aff. C-628/17, Orange Polska, pt 31.

contrainte ou une influence injustifiée. Dans l'article L. 121-6, alinéa 1 la transposition française a traduit le « harcèlement » par des « sollicitations répétées et insistantes » et a oublié l'influence injustifiée. Elle y fait cependant référence à l'alinéa 2 lorsqu'elle reproduit les éléments à prendre en compte pour caractériser, selon l'alinéa, « le harcèlement », « la contrainte » ou précisément « l'influence injustifiée ». Parmi ces éléments, figurent « le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ». On pourrait donc imaginer la mise en œuvre de l'article L. 121-6 pour caractériser une pratique commerciale agressive au domicile du consommateur⁶⁴³, le texte venant donc s'ajouter au corpus des dispositions qui tendent à réglementer spécifiquement les visites au domicile du consommateur⁶⁴⁴.

Le harcèlement du professionnel doit, en second lieu, produire un effet sur le comportement économique du consommateur en l'amenant ou en étant susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Cette incidence sur le comportement du consommateur n'existe pas dans le texte français même si on peut la considérer comprise au sein des trois effets mentionnés par l'article L. 121-6, à savoir l'altération de sa liberté de choix, le vice du consentement, l'entrave à l'exercice de ses droits contractuels⁶⁴⁵.

312. Sanctions pénale et civile. Une fois identifiée par le juge, le harcèlement est passible des mêmes sanctions que la pratique commerciale agressive en toute circonstance, à savoir un emprisonnement de deux ans, susceptible d'être porté à trois ans lorsque la pratique agressive a entraîné la conclusion d'un ou plusieurs contrats⁶⁴⁶ et à sept ans lorsqu'elle a été commise en bande organisée⁶⁴⁷, ainsi qu'une amende de 300 000 euros pouvant être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel étant précisé que l'amende de 300 000 euros peut être quintuplée pour une personne morale et que s'y ajoutent des peines complémentaires. Le cas échéant, la nullité du contrat est encourue⁶⁴⁸.

313. Fragilité juridique : interrogations sur la conformité du délit d'abus de faiblesse au droit européen. Depuis la refonte du Code de la consommation l'abus de faiblesse figure à l'article L. 121-8 qui « interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ». Quatre conditions doivent être réunies : une situation de faiblesse ou d'ignorance existant préalablement à l'abus, la souscription d'un engagement, un abus, et qu'il soit réalisé à l'occasion d'une visite à domicile ou de toute autre situation assimilée au titre de l'article L. 121-9⁶⁴⁹. Les risques sont élevés

643 V. par ex. TJ Paris, 23 mai 2023, N° RG 20/04517 rendu sur une action en cessation de pratiques commerciales agressives au domicile de consommateurs initiée par la CLCV. Le TJ a retenu que l'usurpation d'identité par les démarcheurs se faisant passer pour des agents d'EDF ou de la régie du gaz de Bordeaux constituait un comportement déloyal exerçant sur le consommateur une influence injustifiée ayant eu pour effet de vicier son consentement.

644 Le texte ne pose aucune condition quant au lieu du harcèlement, celui-ci pouvant tout autant être caractérisé dans un établissement commercial, qu'en dehors, par exemple au domicile.

645 Là encore, la transposition du texte européen est incorrecte. Voir N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), Lextenso, 2ème éd., 2018, n°341 par C. Aubert de Vincelles.

646 C. consom., art. L. 132-11-1.

647 C. consom., art. L. 132-11-2.

648 C. consom., art. L. 132-10.

649 « Démarchage par téléphone ou télécopie » ; « sollicitation personnalisée, sans que cette sollicitation soit nécessairement nominative, à se rendre sur un lieu de vente, effectuée à domicile et assortie de l'offre d'avantages particuliers » ; « à l'occasion de réunions ou d'excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit » ; « lorsque la transaction a été faite dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé ou dans le cadre de foires ou de salons » ; « lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers au contrat ».

pour que cette disposition soit au pire contraire à la directive 2005/29 et au mieux inutile⁶⁵⁰. Le texte apparaît en effet contraire à la directive 2005/29 dans la mesure où il pose des conditions d'interdiction de l'abus de faiblesse, légèrement différentes de celles prévues par l'article L. 121-6 transposant l'article 8 de la directive, ce qui conduit à une protection différente des consommateurs⁶⁵¹. La notion d'abus se rapproche, sans être identique, de la contrainte ou de l'influence injustifiée. Quant à l'appréciation de l'effet de la pratique agressive sur le consommateur, elle doit s'apprécier, selon la directive *in abstracto*, par rapport à un consommateur moyen (l'« abus » doit affecter la « *liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen* »), et non *in concreto* par rapport à la victime en particulier. En outre, le texte semble faire doublon avec la pratique réputée agressive en toutes circonstances de l'article L. 121-7, 2° en ajoutant des conditions plus restrictives.

La prise en compte de l'état particulier de faiblesse du consommateur pourrait être réintégrée dans les pratiques agressives issues de la directive puisque celle-ci fait mention, dans son article 5 transposé à l'article L. 121-1 du code de la consommation⁶⁵², des consommateurs « particulièrement vulnérables », ce qui recouvre ceux dans un état de faiblesse. Or, pour que cette particulière vulnérabilité soit prise en compte et que le consommateur moyen soit apprécié à l'aune du membre moyen de ce groupe, encore faut-il que la vulnérabilité soit en lien avec la pratique commerciale et que le professionnel en ait conscience. Ainsi, afin que l'article L. 121-8 sur l'abus de faiblesse soit conforme à la directive, il faudrait l'interpréter à la lumière de l'article L. 121-6, ce qui lui retirerait alors tout intérêt tout en créant une confusion dans l'esprit du justiciable et des praticiens.

Proposition

44 Compléter l'article L. 121-6 du code de la consommation relatif à la qualification de pratique commerciale agressive (transposant l'article 8 de la directive 2005/29) pour ajouter au titre de ses manifestations « l'influence injustifiée » aux côtés des « sollicitations répétées et insistantes » et de l'usage d'une contrainte. Clarifier l'articulation entre cette qualification d'origine européenne et la qualification française d'abus de faiblesse (C. consom., art. L. 121-8).

II.C.2.2. Harcèlement technologique

314. Annexe directive 2005/29, pt 26 ; C. consom., art. L. 121-7, 3°. Le point 26 de l'annexe I de la directive interdit, au titre des pratiques commerciales agressives en toutes circonstances, les « *sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle* ». Le document d'orientation indique que l'interdiction « *vise à protéger les consommateurs contre le harcèlement par des outils de marketing à distance* ». Elle ne « *proscrit pas le marketing à distance en soi, mais les sollicitations*

650 N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), Lextenso, 2ème éd., 2018, n°314 par C. Aubert de Vincelles.

651 *Ibid.*

652 C. consom., art. L. 121-1 : « *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe. ».*

répétées et non souhaitées »⁶⁵³. L'arrêt StWL rendu par la CJUE, le 25 nov. 2021 livre un éclairage sur chacun de ces termes⁶⁵⁴. Étaient en cause des annonces publicitaires apparues sous forme de courriers électroniques et insérées entre des messages reçus dans la boîte de réception de la messagerie électronique privée d'un utilisateur. Pour considérer qu'il y avait bien une sollicitation au sens de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29, la Cour relève que le message est « *diffusé sous la forme d'un courrier électronique* », et apparaît directement « *dans un espace privé* », où l'utilisateur ne s'attend à recevoir que des messages qui lui sont adressés individuellement. La Cour en déduit que « *l'effet que produit ledit message est donc semblable à celui d'une prospection directe individualisée, que l'annonceur ait ou non individualisé ce destinataire spécifique lors de la préparation technique du message en cause* ».

Pour considérer que la sollicitation était répétée, la Cour relève que le message avait été reçu à trois reprises dans un temps limité⁶⁵⁵.

Enfin, l'appréciation du caractère non souhaité de la sollicitation s'opère sur le fondement de l'article 13 § 1 de la directive 2002/28/CE. La CJUE observe que les utilisateurs de la messagerie qui, comme dans l'affaire au principal, choisissent la gratuité du service de messagerie électronique accepteraient de recevoir en contrepartie des annonces publicitaires. Cependant, encore convient-il de vérifier qu'ils en aient été informés « *de manière claire et précise* » et qu'ils aient manifesté leur consentement « *de manière spécifique et en pleine connaissance de cause* », ce qui en l'espèce n'était pas le cas. Aussi, faute d'un consentement préalable, la sollicitation n'est pas souhaitée.

315. Sanctions pénales et sanction civile. Le professionnel qui procède à un « harcèlement technologique » encourt la sanction pénale prévue à l'article L. 132-11 du Code de la consommation, à savoir un emprisonnement de deux ans, susceptible d'être porté à trois ans lorsque la pratique agressive a entraîné la conclusion d'un ou plusieurs contrats⁶⁵⁶ et à sept ans lorsqu'elle a été commise en bande organisée⁶⁵⁷, ainsi qu'une amende de 300 000 euros pouvant être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, étant précisé que l'amende de 300 000 euros peut être quintuplée pour une personne morale et que s'y ajoutent des peines complémentaires. Le contrat conclu à la suite de ce harcèlement est passible de nullité⁶⁵⁸.

II.C.3. Protection du libre consentement du consommateur sollicité

316. Plan. A raison du caractère agressif de certaines sollicitations, le consommateur peut ne pas donner son accord en toute liberté. Aussi, trois techniques ont été combinées par le législateur pour protéger le libre consentement du consommateur sollicité : l'obligation d'information (II.C.3.1), un allongement du processus de conclusion du contrat (II.C.3.2) et une réaction aux effets néfastes de la sollicitation (II.C.3.3).

653 Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 2021/C 526/01, § 3.6 Marketing persistant par un outil à distance.

654 CJUE, 25 nov. 2021, aff. C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz.

655 Le document d'orientation de la directive avait observé que l'envoi à la victime d'un accident d'une seule lettre par un conseiller en assurance qui recherchait des comptes rendus d'accidents et envoyait alors aux victimes des lettres standardisées, leur offrant conseils et assistance pour les questions liées à l'indemnisation, ne constitue pas une sollicitation répétée et non souhaitée au sens du point 26 de l'annexe I. Voir Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 2021/C 526/01, § 3.6 Marketing persistant par un outil à distance.

656 C. consom., art. L. 132-11-1.

657 C. consom., art. L. 132-11-2.

658 C. consom., art. L. 132-10.

II.C.3.1. Obligations d'information

317. Renforcement ou allègement. L'information du consommateur sollicité est généralement renforcée (II.C.3.1.1). Inversement lorsque le législateur européen allège ce formalisme, c'est précisément parce que la sollicitation perd son caractère agressif, ce que le législateur français n'a pas retenu (II.C.3.1.2).

II.C.3.1.1. Renforcement de l'information à raison du caractère agressif de la sollicitation

318. Plan. Le renforcement de l'information du consommateur sollicité se manifeste lorsque le professionnel doit confirmer les informations à la suite du démarchage à domicile (II.C.3.1.1.1) et lorsque l'obligation d'information est au service du droit de rétractation, pivot de la protection contre les sollicitations agressives (II.C.3.1.1.2).

II.C.3.1.1.1. Confirmation des informations à la suite du démarchage à domicile

319. Document d'information précontractuel (DIP). Avec la directive 2011/83 le législateur a souhaité que les obligations d'informations dues au consommateur qui est sollicité à domicile soient délivrées en deux temps : lors de la phase précontractuelle et lors de la confirmation du contrat conclu. La directive est ici d'harmonisation maximale⁶⁵⁹, de sorte que les États membres ne disposent d'aucune marge dans la transposition des règles de forme inhérentes à l'obligation d'information.

La première étape est celle prévue à l'article 7, 1°, de la directive 2011/83/UE qui a été fidèlement reprise à l'article L. 221-8 du Code de la consommation selon lequel « *dans le cas d'un contrat conclu hors établissement, le professionnel fournit au consommateur, sur papier ou, sous réserve de l'accord du consommateur, sur un autre support durable, les informations prévues à l'article L. 221-5. Ces informations sont rédigées de manière lisible et compréhensible* ».

Ce document d'information précontractuel (le DIP) doit donc, pour se conformer aux exigences européennes, comporter plus de 20 mentions informatives⁶⁶⁰. Les partenaires de la Chaire s'accordent à considérer que cette liste est trop dense d'autant qu'elle est accrue dans certains secteurs, tels que la fourniture d'électricité et de gaz⁶⁶¹. Cette liste de mentions n'est pas forcément pertinente pour le consommateur et conduit à noyer l'information essentielle. Certes dans le cadre d'une vente non sollicitée, il est indispensable qu'un document permette de discerner ce qui relève des caractéristiques essentielles de la prestation proposée d'un côté, et des arguments commerciaux de l'autre. Mais il pourrait se limiter à mentionner l'identité du démarcheur, le produit proposé et le droit pour le consommateur de se rétracter.

320. Bon de commande. Fragilité de la conformité du droit français au droit européen. L'article 7. 2 de la directive prévoit que « *le professionnel fournit au consommateur une copie du contrat signé ou la confirmation du contrat* » sans imposer de contenu particulier. Or, le texte français de transposition -l'article L. 221-9 du Code de la consommation- énonce que « *le professionnel fournit au consommateur un exemplaire daté du contrat conclu hors établissement (...) confirmant l'engagement exprès des parties. Ce contrat comprend toutes les informations prévues à l'article L. 221-5*

659 Dir. 2011/83, art. 7, 5°.

660 Voir C. consom., art. L. 221-5 et R. 221-2 transposant les articles 6 & 7, §1 de la directive 2011/83/UE.

661 C. consom., art. L. 224-3.

(...) ». Le droit français impose la remise d'un exemplaire daté et signé d'un contrat comprenant toutes les informations précontractuelles. En d'autres termes, le démarcheur doit délivrer un bon de commande ou un contrat qui reprend l'ensemble des éléments figurant dans le document d'information précontractuelle. Le droit français est plus exigeant que la directive pourtant d'harmonisation maximale sur ce point⁶⁶². L'argument a d'ailleurs été invoqué devant la Cour de cassation qui l'a cependant rejeté dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 12 juillet 2023 au motif que « *selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, si une juridiction nationale, saisie d'un litige opposant exclusivement des particuliers et relevant du champ d'application d'une directive, est tenue, lorsqu'elle applique les dispositions du droit interne, de prendre en considération l'ensemble des règles du droit national et de les interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière de cette directive, ainsi que de sa finalité, pour aboutir à une solution conforme à l'objectif qu'elle poursuit, ce principe d'interprétation conforme ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national et ne lui permet pas d'écarter une norme nationale contraire (arrêts du 26 février 1986, Marshall, 152/84, du 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01 à C-403/01 et du 24 juin 2019, Poplawski, C-573/17).*

8. Dès lors, la cour d'appel était tenue de faire application des articles L. 221-5, L. 221-9 et L. 221-42 du code de la consommation, dispositions de droit national de transposition de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. »⁶⁶³.

Les partenaires de la Chaire n'ont pas trouvé d'accord sur le maintien ou non de cette « surtransposition ». Les professionnels du secteur de la vente directe, ainsi qu'ils en avaient formulé la demande auprès du ministre délégué aux PME en 2020, considèrent qu'il importe de supprimer le 2^e alinéa de l'article L. 221-9 du Code de la consommation qui impose la remise d'un exemplaire daté et signé d'un contrat comprenant toutes les informations précontractuelles. Cette mise en conformité avec l'harmonisation maximale aurait pour mérite de simplifier la documentation contractuelle puisqu'en l'état l'obligation de délivrer deux documents alourdit inutilement la tâche des professionnels et ne présente pas spécifiquement d'intérêt pour se préconstituer une preuve puisque dans les secteurs tels que l'énergie où le processus de confirmation n'est pas requis, les informations sont reportées sur un support durable : support papier ou par courrier électronique⁶⁶⁴. La mise en conformité aurait en outre pour intérêt de rapprocher le régime du contrat conclu hors établissement de celui du contrat conclu à distance, rapprochement souhaité par la fédération de la vente directe. Or, pour les représentants des consommateurs, cette différence de régime se justifie dès lors que pour le porte-à-porte, le consommateur ne prend pas l'initiative d'acheter. Il n'est donc pas incohérent qu'à situation différente, l'information soit différente. Il est utile pour le consommateur de pouvoir se reporter, après le passage du démarcheur, à un document informatif pour réfléchir à ce qui a été proposé et de disposer d'un second document, le contrat, qui permet de ménager la charge de la preuve de ce qui aura été proposé.

321. Sanctions. Le non-respect du formalisme informatif prévu à l'article L. 221-8 est puni d'une amende administrative d'un montant qui a été quintuplé lors de la transposition de la directive omnibus et qui peut s'élever désormais à 15000 euros pour une personne physique et de 75000

662 Dir. 2011/83, art. 7,5° : Celle-ci prévoit en effet que « *les États membres s'abstiennent d'imposer toute autre exigence de forme en matière d'information précontractuelle en ce qui concerne l'exécution des obligations d'information* » qu'elle énonce. Sur ces différences entre droit européen et droit national, C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », RDC 2014, p. 456 et s., n° 29. En matière de contrat à distance, la confirmation des informations précontractuelles dans le contrat n'est requise en droit européen comme en droit interne que si ces informations n'ont pas déjà été fournies sur un support durable (Dir. 2011/83, art. 8.7, a) ; C. consom., art. L. 211-13).

663 Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2023, n°21-25.671.

664 C. consom., art. L. 224-7.

euros pour une personne morale⁶⁶⁵ étant précisé que l’amende est susceptible de cumul. Le code de la consommation ne prévoit ici aucune sanction civile. Pour autant la nullité du contrat du droit commun est également encourue si le manquement à l’obligation d’information précontractuelle a entraîné un vice du consentement⁶⁶⁶, de même que le cas échéant la responsabilité civile. Certains juges du fond vont jusqu’à prononcer une nullité du contrat en l’absence de vice du consentement au fondement de la nullité virtuelle, notamment pour l’installation de matériels photovoltaïques, la nullité du contrat permettant le jeu des restitutions, spécialement la reprise du matériel par le professionnel et à ses frais⁶⁶⁷.

L’article L. 221-9 du code de la consommation, qui prescrit la confirmation du contrat, est assortie d’une sanction civile, la nullité du contrat⁶⁶⁸ et d’une sanction pénale : une peine d’emprisonnement de deux ans et d’une amende de 150 000 euros⁶⁶⁹, l’amende pouvant être quintuplée à l’égard des professionnels personnes morales et assortie de peines complémentaires.

322. Propositions sur la confirmation des informations à la suite d’un démarchage à domicile.

Propositions

45 Alerter les pouvoirs publics européens sur la difficulté à faire respecter l’ensemble des informations précontractuelles édictées à l’article 6 §, 1, de la directive 2011/83 pour les contrats hors établissement.

46 Alerter les pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l’importance de réfléchir, avec toutes les parties prenantes, à l’allègement du contenu de l’information précontractuelle en identifiant les informations pertinentes.

II.C.3.1.1.2. Obligation d’information au service du droit de rétractation

323. Contrats hors établissement et démarchage bancaire et financier : cohérence des dispositions. Le droit de rétractation est le pivot de la lutte contre le caractère agressif de la sollicitation. Aussi, la plupart des obligations précontractuelles d’information spécifiques aux contrats à distance et aux contrats hors établissement portent sur l’existence du droit de rétractation et ses modalités⁶⁷⁰. Le procédé est identique lorsqu’un démarchage précède la commercialisation à distance de services financiers. L’information précontractuelle est alors régie par l’article L. 341-12 du CMF, qui se substituant ainsi à l’article L. 222-5 du Code de la consommation, et en conformité avec l’article 3.1 de la directive 2002/65, édicte une obligation d’information sur l’existence ou l’absence du droit de rétractation, prévu selon les cas, aux articles L.222-7 à L. 222-12 du code de la consommation ou à l’article L. 341-16 du CMF, ainsi que ses modalités d’exercice⁶⁷¹.

La longue liste d’informations portant sur le droit de rétractation montre que le législateur a voulu

665 C. consom., art. L. 242-10 sur lequel v. S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l’Union en matière de protection des consommateurs, Contrats conc. consom. 2022, Etude 4, n°20.

666 C. civ., art. 1131.

667 N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, Sanctions des obligations précontractuelles d’information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur les prix, JCl. Concurrence Consommation, Fasc. 848, 2021, n° 38 et la jurisprudence citée.

668 C. consom., art. L. 242-1.

669 C. consom., art. L. 242-5.

670 C. consom., art. L. 221-5, 7° à 10°.

671 Voir égal. CMF, art. R. 341-16.

compenser les risques du contexte dans lequel le consommateur a conclu un contrat, notamment le caractère agressif de la sollicitation hors établissement en attirant son attention sur l'existence et les modalités de ce droit, dispositif de droit de la consommation le mieux à même à compenser ce déséquilibre. L'obligation d'information est ainsi mise au service du droit de rétractation⁶⁷².

324. Démarchage téléphonique et démarchage bancaire et financier : obligations similaires.

L'article 8, 4°, de la directive du 2011/83, tel que modifié par la directive omnibus, et transposé à l'article L. 221-12 adapte le régime de l'obligation précontractuelle d'information à la nature de la technique de communication à distance utilisée. Selon le type de technologie, la technique de communication à distance présente des contraintes diverses, qui peuvent être d'espace du fait de la faible résolution des écrans des terminaux utilisés – *smartphones*, tablettes tactiles – ou de temps – téléphone. Le législateur a ainsi alors réduit le nombre d'informations qui doivent être délivrées via cette technique en prévoyant qu'un certain nombre de renseignements pourront être transmis dans un second temps, à l'aide d'un autre procédé. Tel est notamment le cas du formulaire de rétractation, la directive omnibus ayant sur ce point consacré la décision *Walbusch Walter Busch*⁶⁷³. Cependant, au titre des informations qui doivent en tout état de cause être maintenues quelles que soient les contraintes liées à la technique de communication à distance utilisée figure le droit de rétractation, ce qui confirme son rôle crucial dans la lutte contre les sollicitations agressives.

Ainsi, le professionnel qui sollicite le consommateur par téléphone, doit lui indiquer, lors de la conversation, qu'il a le droit de se rétracter⁶⁷⁴.

Le système est analogue en cas de démarchage téléphonique bancaire et financier. Là encore, si le législateur européen a réduit le champ des informations à fournir, il a maintenu celles ayant trait à l'existence ou l'absence du droit de rétractation ainsi que, le cas échéant, sa durée et les modalités de son exercice⁶⁷⁵.

325. Démarchage téléphonique et démarchage bancaire et financier : sanctions différentes.

En matière de démarchage téléphonique et de contrat conclu hors établissement la sanction retenue par le législateur européen confirme que l'obligation d'information est au service du droit de rétractation. Le consommateur, qui n'est pas informé de l'existence de son droit de rétractation, bénéficie désormais d'un délai de douze mois pour se rétracter, à compter de la fin du délai initial de rétractation⁶⁷⁶. Cette articulation ne se retrouve pas en matière de démarchage bancaire et financier. Le fait, pour le démarcheur de ne pas communiquer les informations sur le droit de rétractation est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende⁶⁷⁷. Étendre le droit de rétractation à douze mois ne paraît pas adapté à la matière bancaire car un tel délai va impliquer le jeu malaisé des remboursements et restitutions résultant de l'exercice de ce droit. Le code monétaire et financier ne mentionne aucune sanction civile. Cependant, le non-respect de l'obligation d'information engage naturellement la responsabilité extracontractuelle du démarcheur ou du fournisseur de services financiers. S'il serait logique de considérer que l'absence de ces informations, qui sont afférentes à des qualités essentielles du produit ou service objet du contrat, devrait être sanctionnée par la nullité dudit contrat, il s'avère là encore que cela pourrait poser des difficultés quant aux restitutions.

672 N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), Lextenso, 2ème éd., 2018, n°638 par G. Brunaux.

673 CJUE, 23 janv. 2019, aff. C-430/17, *Walbusch Walter Busch*.

674 C. consom., art. L. 221-16 qui renvoie à l'article L. 221-12. Le texte est conforme à l'article 8.5 de la directive 2011/83.

675 CMF, art. R. 341-16, 5° conforme à l'art.3.3 de la dir. 2002/65.

676 Dir. 2011/83, art. 10, 1° ; C. consom., art. L. 221-20, al. 1er. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations.

677 CMF, art. L. 353-1.

II.C.3.1.2. Allègement et éviction du formalisme informatif à raison de la perte du caractère agressif : options écartées en droit français

326. Allègement du formalisme pour les travaux de réparation. L'article 7, 4°, de la directive 2011/83/UE réserve une hypothèse dans laquelle un formalisme allégé est toléré, sauf si les États membres en décident autrement. Il s'agit des contrats hors établissement « *par lesquels le consommateur a explicitement fait appel aux services du professionnel pour effectuer des travaux de réparation ou de maintenance et en vertu desquels le professionnel et le consommateur exécutent immédiatement leurs obligations contractuelles et le paiement à effectuer par le consommateur ne dépasse pas 200 EUR* ». Un « *faisceau de circonstances* »⁶⁷⁸ explique l'allègement du formalisme. Le consommateur a d'abord fait appel au professionnel, ce qui limite l'effet de surprise. L'appel concerne des travaux d'urgence ou de nécessité. Enfin, étant donné la nature des prestations, le montant de 200 euros peut être considéré comme modique.

Ce formalisme allégé n'étant pas d'harmonisation maximale, les législateurs nationaux avaient le choix de l'adopter ou non lors de la transposition de la directive. Comme la majorité des États membres⁶⁷⁹, le législateur français ne l'a pas introduit. Cette solution peut être considérée comme regrettable puisqu'en réalité le formalisme n'est pas écarté mais allégé. Le législateur européen a en effet limité le nombre de formalités à respecter afin de faciliter la conclusion du contrat et l'exécution de la prestation. Seules les informations relatives à l'identité du professionnel, aux moyens de le contacter, et au prix, sont transmises au consommateur sur papier, ou sur support durable avec son accord. Les renseignements ayant trait aux caractéristiques de la prestation, à l'existence et aux modalités du droit de rétractation peuvent être transmises oralement au consommateur, avec son accord exprès⁶⁸⁰. Il reste que le consommateur doit recevoir confirmation du contrat contenant l'ensemble des informations précontractuelles prévues à l'article 6 de la directive⁶⁸¹. L'information du consommateur n'est donc pas amoindrie, mais « *dispachée* » dans le temps⁶⁸². Il est donc proposé d'introduire cet allègement du formalisme dans le Code de la consommation.

327. Eviction du formalisme pour les sollicitations de faible enjeu financier. L'article 3, paragraphe 4, de la directive 2011/83 permet aux États membres de ne pas appliquer la directive aux contrats hors établissement pour lesquels le paiement à charge du consommateur n'excède pas 50 EUR, ou une valeur inférieure définie dans leur législation nationale. Cependant, la France n'a pas retenu cette option.

Les professionnels du secteur de la vente directe le regrettent observant qu'à raison de la lourdeur du formalisme informatif, celui-ci est inapplicable et inappliqué à la vente de biens de faible valeur. Ils suggèrent donc d'introduire dans le Code de la consommation l'exemption proposée par la directive lorsque le paiement à la charge du consommateur n'excède pas 50 euros. Cette suggestion a recueilli l'assentiment des représentants des consommateurs dès lors qu'elle est cantonnée aux contrats de vente à exécution instantanée (écartant de ce fait les abonnements).

328. Propositions quant à l'introduction des options en droit français.

678 N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), Lextenso, 2ème éd., 2018, n°649.

679 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, COM (2017) 259 final, p. 4.

680 Dir. 2011/83, art. 7, 4°, a.

681 Dir. 2011/83, art. 7, 4°, b.

682 N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, préc., n°649.

Propositions

- 47** Introduire dans le Code de la consommation un formalisme allégé pour les contrats hors établissement lorsque le consommateur a explicitement fait appel aux services du professionnel pour effectuer des travaux de réparation ou de maintenance et en vertu desquels le professionnel et le consommateur exécutent immédiatement leurs obligations contractuelles et le paiement à effectuer par le consommateur ne dépasse pas 200 EUR.
- 48** Ecarter dans le Code de la consommation le formalisme pour les contrats hors établissement pour lesquels le paiement à charge du consommateur n'excède pas 50 EUR.

II.C.3.2. Allongement du processus de conclusion du contrat

329. Démarchage bancaire : délai de réflexion de 48h. Pour certains services financiers qui font l'objet d'un démarchage physique, le législateur français a préféré substituer un délai de réflexion de 48h au délai de rétractation⁶⁸³. Il en va ainsi du service de réception-transmission d'ordres sur instruments financiers ou sur un des actifs numériques pour le compte de tiers et de la fourniture d'instruments financiers ou d'actifs numériques⁶⁸⁴. Le contrat ne peut pas être exécuté pendant ce délai. Il s'agit ici d'une alternative au droit de rétractation. Celui-ci, à raison des remboursements et restitutions qu'il génère, serait inadapté à ces opérations qui sont dépendantes des fluctuations du marché. Le délai de réflexion n'est pas contraire au droit européen puisque l'article 6 de la directive 2002/65 permet d'exclure le droit de rétractation pour les services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence. Le fait de débiter l'exécution du contrat avant l'expiration du délai de réflexion est puni de 6 mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende⁶⁸⁵. Si l'on considère que la peine d'emprisonnement n'est en pratique pas prononcée, reste le montant de l'amende qui apparaît dérisoire en comparaison des amendes administratives de 75 000 pour une personne physique et 375000 euros pour une personne morale en cas de défaut de respect du processus d'allongement de conclusion du contrat pour le démarchage téléphonique. Cependant, le démarchage physique étant tombé en désuétude pour la matière bancaire, il importe peu que les sanctions soient dépourvues de caractère dissuasif.

330. Démarchage téléphonique : une offre et non un contrat. dérogeant à l'harmonisation maximale prévue pour les contrats hors établissement et à distance, l'article 8.6 de la directive 2011/83 autorise les Etats membres à considérer que la proposition téléphonique du professionnel a la valeur juridique d'une offre, laquelle doit être confirmée par le professionnel sur papier ou sur support durable. La France ayant introduit ce processus à l'article L. 221-16 alinéa 3 du code de la consommation, ce n'est que si le consommateur signe et accepte par écrit l'offre, ou donne son consentement par voie électronique, que le contrat est conclu. Le manquement est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75000 euros pour une personne physique et 375000 euros pour une personne morale, depuis la loi du 24 juillet 2020 sur le démarchage téléphonique qui a multiplié par 25 les anciens montants. L'amende administrative actuelle, est donc particulièrement élevée en comparaison de l'amende pénale de 7500 euros prévue en cas de défaut de respect du délai de réflexion du démarchage bancaire. Cependant, alors que le démarchage physique pour la matière bancaire est tombé en désuétude, tel n'est pas le cas du démarchage

683 CMF, art. L. 341-16, IV.

684 Une correction légistique est suggérée. L'article L. 341-16, IV renvoie au « huitième alinéa de l'article L. 341-1 » alors qu'il s'agit désormais du dixième alinéa.

685 CMF, art. L. 353-1, 5° et 6°.

téléphonique pour lequel ce type de manquement s'observe en pratique⁶⁸⁶. Le caractère dissuasif de la peine se justifie donc.

331. Equilibre avéré entre compétitivité des entreprises et protection des consommateurs. La formalité ralentit le processus de formation du contrat en ajoutant, à la charge du professionnel, une étape supplémentaire⁶⁸⁷ pour la transmission de l'offre faite par téléphone, qui passe par le recours à une autre technique de communication à distance, comme un courrier postal ou électronique.

Cet allongement du processus est destiné à lutter contre la formation d'engagements déraisonnés de consommateurs suscités par d'éventuels artifices mis en place par le professionnel lors de la sollicitation commerciale et par les risques liés au caractère éphémère des communications téléphoniques. Pour autant ce processus ne paraît pas entraver l'équilibre entre la compétitivité des entreprises et la protection des consommateurs. D'un côté, cette règle s'applique, comme prévu par la directive, sans préjudice de la possibilité pour le professionnel de limiter les informations fournies pendant l'appel téléphonique, puisque cette technique impose des limites d'espace ou de temps⁶⁸⁸. En outre, les entreprises ont la possibilité de formaliser le contrat par un simple échange de courriers électroniques avec le consommateur, ce qui est un procédé rapide et peu onéreux. De l'autre côté, les consommateurs ne se retrouvent pas engagés par un simple échange téléphonique.

II.C.3.3. Réaction aux effets néfastes de la sollicitation

332. Techniques de protection. Trois techniques de protection émanant de deux corps de règles distinctes se conjuguent pour remédier aux effets néfastes de la sollicitation : en amont du contrat le droit d'opposition issu du RGPD (II.C.3.3.1), en aval du contrat : le droit de rétractation (II.C.3.3.2) ainsi que le différé et l'interdiction de paiement (II.C.3.3.3) issus du droit de la consommation.

II.C.3.3.1. Droit d'opposition

333. RGPD, art. 21, § 2. L'article 21, paragraphe 2, du RGPD prévoit que toute personne a le droit de s'opposer à tout moment au traitement des données à caractère personnel la concernant à des fins de prospection. La personne doit être informée de l'existence de ce droit. Conformément à l'article 12 du RGPD, l'exercice de ce droit doit être facilité, tant par les moyens, notamment techniques, permettant de le mettre en œuvre gratuitement que par la durée très courte dans laquelle il doit être enfoncé. Ainsi, le responsable de traitement doit faire droit à la demande d'opposition dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Par exception ce délai peut être porté à deux mois en cas de demandes complexes et/ou répétées.

686 V. par exemple l'amende de 44000 euros prononcée par la DDPP de Paris à l'encontre d'une société pour défaut d'envoi de confirmation de l'offre dans les conditions prévues par l'article L. 221-16 du Code de la consommation et défaut de recueil de l'accord exprès de clients démarchés pour une fourniture immédiate de la prestation, avant expiration du délai de rétractation, dans les conditions prévues par l'article L.221-25 du Code de la consommation (DGCCRF, publication du 20/06/2023).

687 Cette étape s'ajoute à l'obligation pour le professionnel d'expliquer son identité du professionnel et la nature commerciale de l'appel dès le début de la conversation et d'indiquer au consommateur qu'il peut s'inscrire gratuitement sur la liste, créée par le législateur français, d'opposition au démarchage téléphonique.

688 C. consom., art. L. 211-12.

II.C.3.3.2. Droit de rétractation

334. Justifications différentes pour les contrats hors établissement et les contrats à distance.

L'octroi au consommateur d'un droit de rétractation dans un délai de 14 jours se trouve aussi bien en matière de démarchage physique bancaire et financier⁶⁸⁹, de démarchage hors établissement⁶⁹⁰, de démarchage téléphonique⁶⁹¹, de commercialisation à distance de services financiers⁶⁹² et en cas de contrat conclu à distance⁶⁹³. Le fournisseur d'électricité ou de gaz naturel est tenu lui aussi de rappeler, dans son offre l'existence de ce droit applicable en cas de contrat conclu à distance ou par démarchage téléphonique⁶⁹⁴. L'article 4.8 de la directive omnibus laissait aux Etats membres la possibilité de porter à 30 jours la période de rétractation pour les contrats conclus dans le contexte de visites non sollicitées d'un professionnel au domicile d'un consommateur ou d'excursions organisées par un professionnel. Le gouvernement français a jugé inopportun de modifier le délai existant. Un tel allongement n'aurait en réalité pas présenté d'intérêt pratique pour le consommateur dans le cas de contrats de vente de bien ou de contrats mixtes. En effet, à raison du fait que les professionnels ne livrent pas le bien avant l'expiration du délai de différé de paiement de 7 jours, le consommateur dispose déjà en pratique d'un délai de « réflexion » de 3 semaines pour les contrats de vente de biens puisque la livraison du bien, qui fait courir la rétractation, ne sera effective qu'une semaine après la conclusion du bien. Cependant la justification de cette prérogative exorbitante du droit commun diffère selon le mode de sollicitation.

Lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'une sollicitation physique, le législateur européen justifie le droit de rétractation à raison du caractère agressif de la sollicitation, de la pression psychologique exercée sur le consommateur⁶⁹⁵. Dans la directive omnibus, la liberté laissée aux Etats membres de supprimer certaines des exceptions au droit de rétractation en présence de visites non sollicitées d'un professionnel au domicile d'un consommateur ou d'excursions se justifie également parce que ces pratiques commerciales sont « *particulièrement agressives* » et « *peuvent mettre les consommateurs sous pression pour qu'ils achètent des biens ou des services qu'ils n'achèteraient pas autrement ou achètent des biens ou des services à des prix excessifs, impliquant souvent un paiement immédiat* »⁶⁹⁶. En droit national, l'effectivité du droit de rétractation est renforcée par la circonstance que le professionnel ne peut recevoir aucun paiement de la part du consommateur. Le droit de rétractation permet donc de remédier à la séduction contractuelle mise en place par le professionnel⁶⁹⁷ à l'occasion d'une sollicitation agressive.

En revanche, lorsque le contrat est conclu à distance, le droit de rétractation est légitimé par la circonstance que le consommateur n'a pas été, selon la directive 2011/83, en mesure de voir le bien⁶⁹⁸ ou, selon la directive 2002/65, de discuter du produit financier⁶⁹⁹.

Pour certains services financiers qui font l'objet d'un démarchage physique, le législateur français a préféré substituer un délai de réflexion de 48h au délai de rétractation⁷⁰⁰. En matière de contrats conclus hors établissement, un délai de réflexion aurait pu être mis en place, mais il n'aurait eu pour seule conséquence que de reporter le problème à une date ultérieure. Une fois le délai écou-

689 CMF, art. L. 341-16.

690 C. consom., art. L. 221-18.

691 C. consom., art. L. 221-18.

692 C. consom., art. L. 222-7.

693 C. consom., art. L. 221-18.

694 C. consom., art. L. 224-3, 13°.

695 Dir. 2011/83, 37ème consid.

696 Dir. 2019/2161, 54ème consid.

697 D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », in *Études de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 723.

698 Dir. 2011/83, 37ème consid.

699 23ème consid.

700 CMF, art. L. 341-16, IV.

lé, rien n'empêche le démarcheur de se déplacer de nouveau chez le consommateur pour recueillir son consentement, lui permettant ainsi de mettre en œuvre diverses techniques de pression ou de persuasion pour le contraindre à s'engager. Le droit de rétractation est donc la mesure la plus efficace. Le contrat est certes conclu dès le jour de la venue du démarcheur, mais le consommateur dispose d'une période au cours de laquelle il peut revenir sur sa décision par le simple renvoi d'un formulaire fourni par le professionnel, donc sans avoir à le rencontrer physiquement de nouveau. Le droit de rétractation se justifie donc soit à raison du caractère agressif du mode de sollicitation pour les contrats conclus hors établissement⁷⁰¹, soit à raison de la technique de contractualisation pour les contrats conclus à distance. Pour ces derniers, ce n'est donc pas le caractère agressif de la sollicitation qui justifie le droit de rétractation. Cette différence s'explique par la circonstance que le contrat conclu à distance n'est pas nécessairement le fruit d'une sollicitation.

335. Sanctions civiles et pénales. Hormis la sanction pénale commune applicable en cas d'omission sur l'existence du droit de rétractation laquelle est une pratique commerciale trompeuse⁷⁰² punie d'une peine d'emprisonnement et d'une amende pouvant être portée, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel⁷⁰³, les sanctions ne sont pas uniformisées selon que l'on est en matière bancaire et financière ou dans le secteur du démarchage hors établissement et à distance.

Ainsi pour le démarchage bancaire et financier, la sanction est, comme pour les autres manquements, la peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende⁷⁰⁴ dont le caractère peu dissuasif n'est pas gênant au regard du fait que ce mode de commercialisation est tombé en désuétude.

Pour la commercialisation à distance des services financiers, hormis la sanction civile qui tient au paiement d'intérêts par le professionnel qui ne rembourse pas le consommateur à la suite de la rétractation⁷⁰⁵, le législateur a fait le choix de sanctions pénales, constituées par des amendes prévues pour les contraventions de cinquième classe, pour non respect des informations sur le droit de rétractation et pour défaut de remboursement du consommateur qui s'est rétracté⁷⁰⁶.

L'AMF et l'ACPR peuvent selon les cas prononcer des sanctions disciplinaires ou administratives pouvant aller jusqu'à 100 millions d'euros ou le décuple du profit retiré du manquement⁷⁰⁷.

Pour le démarchage hors établissement et à distance figure, au titre des sanctions civiles outre le paiement d'intérêts par le professionnel qui ne rembourse pas le consommateur à la suite de la rétractation⁷⁰⁸, la nullité de la clause de renonciation à la rétractation⁷⁰⁹.

336. Exclusion du droit de rétractation en cas d'exécution intégrale du contrat à la demande du consommateur. Risque de contournement. L'exclusion du droit de rétractation en cas d'exécution intégrale du contrat à la demande du consommateur est commune aux différents types de démar-

701 Le droit de rétractation existe pour le démarchage à domicile même lorsque le consommateur a appelé le démarcheur car la pression peut être exercée pendant l'entretien.

702 C. consom., art. L. 121-3, 5°. En indiquant que l'omission de l'existence d'un droit de rétractation « prévu par la loi », le texte est susceptible de s'appliquer aux hypothèses où cette prérogative est prévue par d'autres codes tels que le code monétaire et financier dès lors que le démarchage bancaire concerne un consommateur.

703 C. consom., art. L. 132-2.

704 CMF, art. L. 353-1, 4°.

705 C. consom., art. L. 242-15. La CJUE a précisé, au titre de l'application de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers, que le consommateur ne peut obtenir que la restitution des sommes versées au fournisseur, à l'exclusion de toute indemnité de jouissance de ses sommes par ledit fournisseur : CJUE, 4 juin 2020, aff. C-301/18, Leonhard.

706 C. consom., art. R. 242-2 et R. 242-3.

707 CMF, art. L. 341-17 qui renvoie à l'article L. 612-39 édictant les sanctions disciplinaires prononcées par l'ACPR et aux articles L. 621-15 et L. 621-17 édictant les sanctions prononcées par l'AMF.

708 C. consom., art. L. 242-4.

709 C. consom. art. L. 242-3.

chage. Ainsi en matière bancaire et financière, les dispositions du Code monétaire et financier et du Code de la consommation sont harmonisées pour considérer que si la personne démarchée ou le consommateur concluant un contrat à distance demande expressément à ce que le contrat soit exécuté avant l'expiration du délai de rétractation et que le contrat s'avère intégralement exécuté avant l'expiration de ce délai, la personne démarchée s'avère privée de son droit de rétractation⁷¹⁰. On retrouve un dispositif similaire pour les contrats à distance et hors établissement avec cependant l'ajout d'une formalité tenant à ce que le consommateur doit avoir reconnu la perte de son droit de rétractation⁷¹¹. Cette formalité pourrait être opportunément transposée à la matière bancaire. Cependant, elle n'empêche pas qu'un démarcheur pourrait convaincre la personne démarchée de demander l'exécution immédiate du contrat, faisant ainsi échec au droit de rétractation. Mais le démarcheur ne peut pas conclure lui-même le contrat. En tout état de cause, le contournement du droit de rétractation se situe essentiellement en amont lorsque la condition d'une prise de contact non sollicitée est détournée par le professionnel. En outre, pour la fourniture d'énergie et de gaz naturel, le consommateur est protégé par deux dispositifs. D'une part, dans le cas d'un contrat conclu à distance, le consommateur qui sollicite l'exécution du contrat avant l'expiration du délai de rétractation, doit tout de même bénéficier du droit de rétractation⁷¹². En outre, en cas de modification des conditions contractuelles par le fournisseur d'électricité ou de gaz, le consommateur dispose d'un droit de résiliation sans frais dans un délai de trois mois⁷¹³.

337. Point de départ du délai de rétractation dans les contrats mixtes - Arguments juridiques et économiques en faveur d'une évolution du droit européen. Transposant l'article 9 de la directive 2011/83, l'article L. 221-18 du code de la consommation différencie le point de départ du délai de rétractation selon la nature du contrat. Il est ainsi fixé au jour de la conclusion du contrat, pour les contrats de services et au jour de la réception du bien par le consommateur, pour les contrats de vente. Cependant, le texte français, s'affranchissant de l'harmonisation maximale, ajoute que pour les contrats de vente de bien conclus hors établissement « *le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat* ». Dans le doute, des professionnels mentionnent les deux points de départ du délai, pratique qui n'est pas sanctionnée par les juges⁷¹⁴ et qui entretient donc la confusion dans l'esprit du consommateur.

Le contrat mixte qui est l'opération mêlant vente et entreprise⁷¹⁵ n'obéit pas au même régime en droit des contrats de consommation et en droit français des contrats spéciaux.

En droit européen, le contrat mixte est, depuis la Convention de Vienne, assimilé au contrat de vente. L'article 2, 5) de la directive 2011/83 définit en effet ce dernier comme « *tout contrat en vertu duquel le professionnel transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ceux-ci y compris les contrats ayant à la fois pour objet des biens et des services* »⁷¹⁶. L'article L. 221-1, II du Code de la consommation transpose l'assimilation de la vente aux services en énonçant que « *le contrat ayant pour objet à la fois le transfert de propriété d'un bien et la fourniture d'une prestation de services, y compris la prestation de livraison de biens,*

710 CMF, art. L. 341-16, III, 3° ; C. consom., art. L. 222-9, 2°.

711 C. consom. art. L. 221-25.

712 C. consom., art. L. 224-6.

713 C. consom., art. L.224-10.

714 Voir par ex. CA Aix-en-Provence, Chambre 1-8, 15 avr. 2021 RG N°19/10411 qui a jugé que « *c'est à juste titre que le premier juge a retenu que le bon de commande produit aux débats est conforme aux dispositions de l'article L221-18 du code de la consommation issu de l'ordonnance du 14 mars 2016, comme prévoyant les deux points de départs mentionnés à savoir la signature du contrat ou la livraison du bien* ».

715 En matière de démarchage bancaire ou financier et de commercialisation la question des contrats mixtes ne se pose pas. Elle concerne donc exclusivement le droit commun du démarchage.

716 Cette assimilation ne se retrouve pas dans la directive 2019/771 (Dir. 2019/771, art. 8 ; C. consom., art. L. 217-3) car la directive sur la vente étend explicitement son régime à l'installation des biens par le vendeur rendant inutile une extension de la notion de vente aux services. Voir C. Aubert de Vincelles, Nouvelle directive sur la conformité dans la vente entre professionnel et consommateur À propos de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019, JCP G 2019, 758.

est assimilée (sic) à un contrat de vente ». En droit de la consommation, les contrats mixtes devaient donc être qualifiés de vente, pour la totalité de leur objet, au titre d'une qualification exclusive. Peu importe, dans cette définition, la proportion du bien par rapport au service ou la spécificité du travail accompli. Cependant, le document d'orientation de la directive 2011/83 est venu semer le trouble en indiquant que « *si le transfert de la propriété des biens en question ne constitue pas l'objet principal du contrat mixte, le contrat ne devrait pas être considéré comme un contrat de vente* » mais comme un contrat de service. La Commission européenne précise que « *cette interprétation est étayée par une jurisprudence constante de la CJUE concernant la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services, qui demeure pertinente dans le contexte de ladite directive* »⁷¹⁷. En l'état du droit positif, faute de décision de la CJUE, les professionnels, comme les juges, ne sauraient cependant appliquer ce document d'orientation dépourvu de force contraignante⁷¹⁸.

En droit français des contrats spéciaux, plusieurs critères de qualification ont été proposés en présence d'un contrat mixte optant soit pour une qualification distributive des règles selon la phase d'exécution du contrat, voie retenue par l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux (⁷¹⁹), soit pour une qualification unitaire. Dans cette seconde perspective, en droit positif au critère dit économique induit de la mise en œuvre de l'adage « *l'accessoire suit le principal* », désormais en recul, est préféré le critère dit psychologique ou « *de spécificité* » : le contrat est d'entreprise lorsque le produit est destiné à répondre à des besoins particuliers et vente lorsque le produit est fabriqué en série⁷²⁰.

Dans le contentieux des contrats hors établissement mêlant transfert de propriété et prestations d'installations, si certaines décisions du fond s'en tenaient à l'assimilation au contrat de vente issue du droit européen⁷²¹, d'autres persistaient à mettre en œuvre la qualification distributive du droit français⁷²², cette divergence pouvant s'observer au sein d'une même chambre⁷²³. Des juridictions avaient été saisies, pour certaines, d'un contrôle de conventionnalité de l'article L. 221-1 du code de la consommation⁷²⁴, pour d'autres d'une demande de question préjudicielle⁷²⁵. Il était donc fondamental pour la sécurité juridique des contrats proposés par les entreprises de savoir si le point

717 Voir par exemple, CJUE, 26 mai 2005, aff. C-20/03, Marcel Burmanjer, où la Cour a conclu qu'une activité économique devait être examinée dans le contexte, soit de la libre circulation des marchandises, soit de la libre prestation de services « *s'il s'avère que l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée* », pt 35. Voir égal. CJUE, 2 dec. 2010, aff. C-108/09, Ker-Optika bt, pt 43.

718 Commission européenne, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, C-525/1, Introduction : « *La présente communication est uniquement un document d'orientation. Seul le texte de la législation de l'Union a force de loi. Toute interprétation de la loi faisant autorité doit être tirée du texte de la directive et directement des décisions de la Cour* ».

719 Avant-projet de réforme des contrats spéciaux, avr. 2022, art. 1757, al. 2.

720 Voir par ex. Civ. 3ème, 20 avr. 2022, n°21-14182 ; Civ. 3ème, 12 oct. 2022 n° 20-17.335.

721 A titre d'exemples CA Lyon, 6ème ch., 6 mai 2021, N° RG 19/01190 ; CA Lyon, 18 mars 2021, N° RG 19/05346 ; CA Pau, 2ème Ch. 16 av. 2021, N° RG 21/1638 ; CA Montpellier, 4ème ch. 27 janv. 2021, N° RG, 18/06315. Les décisions jugent, le cas échéant, irréguliers les bons de commande qui font partir le droit de rétractation à compter de la commande.

722 CA Lyon, 6ème ch., 4 mars 2021, N° RG 18/07759 ; CA Orléans, 19 sept. 2019. Cette affaire concernait l'exécution de l'installation de panneaux photovoltaïques pendant le délai de rétractation. La cour d'appel avait énoncé que « *le délai de rétractation commence à compter de la date de signature du contrat* », motifs que la Cour de cassation a jugé erronés. Voir Civ. 1ère, 22 sept. 2021, n° 19-24.817. Voir égal. CA Rennes, 16 déc. 2022, RG n° 19/07066 ; CA Rennes, 27 janv. 2023, RG n° 19/07726 et RG n°19/07727 ; CA Rennes, 3 fév. 2023, RG n° 20/01020 jugeant que « *le contrat litigieux ne peut s'analyser en un contrat de vente au sens du texte dès lors qu'il inclut la fourniture d'une prestation de service sur laquelle repose l'économie de l'opération* ».

723 Voir CA Lyon, 6ème ch., 4 mars 2021, N° RG 18/07759 qui qualifie le contrat mixte de contrat de vente en utilisant le critère du principal et de l'accessoire et CA de Lyon, 6ème ch., 6 mai 2021, N° RG 19/01190 qui assimile le contrat mixte à un contrat de vente en application du droit européen.

724 Voir par ex TJ Nantes, 2 sept. 2020, RG n°19-003910 saisi de l'argument selon lequel l'assimilation automatique des contrats mixtes à des contrats de vente outrepassait les termes de la directive 2011/83. Le TJ a rejeté cet argument au motif que « *l'article L. 221-18 du code de la consommation apparaît dès lors respectueux de la directive en ce qu'il assure un niveau de protection élevé des consommateurs (...)* ».

725 Civ. 1ère, 17 mai 2023, n°21-25670 ; Civ. 1ère, 12 juillet 2023, pourvoi n° 21-25.671.

de départ du délai de rétractation était ou non la signature du bon de commande en présence d'une prestation de service⁷²⁶. Deux décisions de la Cour de cassation du 17 mai et du 12 juillet 2023 concernant le même professionnel, devraient mettre un terme aux divergences. La première chambre civile a, dans les deux arrêts, jugé qu'une cour d'appel ayant constaté que le contrat litigieux conclu avait pour objet la fourniture d'un kit photovoltaïque et d'un chauffe-eau, leur installation complète et leur mise en service, elle « *a exactement retenu que ce contrat mixte, portant sur la livraison de biens ainsi que sur une prestation de service d'installation et de mise en service, devait être qualifié de contrat de vente* »⁷²⁷. Les juges du fond ont d'ores et déjà eu l'occasion de se conformer à cette solution⁷²⁸. Cette solution jurisprudentielle se conforme au droit européen. C'est précisément la règle européenne régissant le contrat mixte qui est critiquée d'un point de vue économique par les professionnels. Ils observent qu'en présence d'un contrat mixte, à raison du fait que le point de départ du délai de rétractation de 14 jours ne commence qu'à compter de la livraison, un entrepreneur prudent doit laisser passer ces 14 jours avant de commencer à travailler, sachant que les biens qui servent à l'opération ont été généralement commandés plusieurs jours voire des semaines à l'avance. Donc, entre le moment de la conclusion du contrat et le moment où l'entrepreneur procède à l'installation du bien, il s'écoule un grand laps de temps, ce qui crée des difficultés tant pour les professionnels que pour les consommateurs⁷²⁹. Aussi, pour les professionnels, l'assimilation, par la directive 2011/83, du contrat mixte à une vente ne permet pas, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit de rétractation, d'« *assurer un juste équilibre entre la protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises* » pourtant prôné par la directive 2011/83 dans son 4^{ème} considérant⁷³⁰. Les associations de consommateurs considèrent en revanche que cette assimilation est nécessaire à la protection des consommateurs dans la mesure où ils n'ont généralement pas pu voir le bien avant la livraison (par exemple dans un contrat d'installation de fenêtres), ce qui justifie le décalage du point de départ du droit de rétractation.

Proposition

49 Modifier l'article L. 341-16, III, 3° du Code monétaire et financier relatif au démarchage bancaire et financier en indiquant que

« Le délai de rétractation prévu au premier alinéa du I ne s'applique pas :

3° Aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse de la personne démarchée avant que cette dernière n'exerce son droit de rétractation et après reconnaissance par elle de la perte de son droit de rétractation ».

726 Voir l'intervention de C. Aubert de Vincelles lors de la Commission Juridique de la FVD qui était consacrée au droit de rétractation dans les contrats mixtes : https://www.youtube.com/watch?v=bN6zvOWt4_M.

727 Civ. 1ère, 17 mai 2023, n°21-25670, préc. (rejetant le pourvoi formé contre CA Nîmes, 30 sept. 2021, n°RG 19/02902), avis de Madame Cazaux-Charles, avocate générale faisant état des critères de qualification en droit interne et en droit européen ; Civ. 1ère, 12 juill. 2023, pourvoi n° 21-25.671, préc. (rejetant le pourvoi formé contre CA Nîmes, 30 sept. 2021, n°RG 19/02905). Dans les deux décisions, l'enjeu était important puisqu'il concernait l'annulation du contrat plusieurs mois après l'installation du dispositif, les consommateurs se prévalant de la prolongation du délai de rétractation pour défaut d'information sur ses modalités d'exercice (C. consom., art. L. 221-20). Voir à cet égard CJUE, 17 mai 2022, aff. C-97/22, DC : le consommateur est exonéré de toute obligation de paiement des prestations fournies en exécution du contrat, lorsque le professionnel n'a pas informé le consommateur de son droit de rétractation.

728 CA Montpellier, 1er juin 2023 ; RG n°20/05838.

729 Ces difficultés auraient donc été accrues si l'extension du délai à 30 jours proposée par la directive omnibus avait été retenue.

730 S. Bernheim-Desvaux, Contrats conc. consom. 2021, com. 90.

II.C.3.3.3. Différé et interdiction de paiement

338. Finalité initiale : assurer l'effectivité du droit de rétractation. Créée par la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et vente à domicile, l'interdiction de paiement pendant la durée du délai de rétractation était conçue comme un procédé destiné à assurer l'effectivité du droit de rétractation. Il était apparu que le consommateur pouvait craindre ne pas pouvoir être remboursé s'il changeait d'avis⁷³¹. La jurisprudence l'avait bien compris en assimilant à une contrepartie non seulement l'acompte⁷³² mais également le chèque non encaissé⁷³³ ainsi que l'autorisation de prélèvement⁷³⁴.

Cependant, l'interdiction de paiement avait été adoptée sous l'empire d'une législation qui ignorait alors les contrats conclus à distance. A présent que le droit de rétractation existe également pour les contrats à distance, secteur dans laquelle l'interdiction de paiement a été écartée, la finalité de l'interdiction de paiement n'est certainement plus la même.

339. Finalité actuelle : lutter contre les sollicitations agressives. Distinction entre les contrats à distance et les contrats hors établissement. Par exception à la règle selon laquelle « *les États membres s'abstiennent d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation* », l'article 9.3 de la directive 2011/83/UE prévoit que « *dans le cas des contrats hors établissement, les États membres peuvent maintenir la législation nationale en vigueur qui interdit au professionnel de recevoir un paiement du consommateur pendant une période déterminée après la conclusion du contrat.* ».

Le législateur européen opère donc une distinction entre le contrat à distance pour lequel les obligations du professionnel et du consommateur doivent en principe s'exécuter pendant le délai de rétractation et le contrat hors établissement pour lequel l'exécution de l'obligation du consommateur, mais non celle du professionnel, peut être différée. Lors de la transposition de la directive, le législateur français a donc pu « maintenir » pour reprendre le terme de la directive, l'interdiction de paiement introduite par la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972⁷³⁵, interdiction qui est désormais un « différé » dans la mesure où son délai ne coïncide plus avec celui du droit de rétractation. L'article L. 221-10 interdit en effet au professionnel de recevoir un paiement ou une contrepartie « *sous quelque forme que ce soit* » avant l'expiration d'un délai de 7 jours, cependant que le délai de rétractation est de 14 jours. La règle a été maintenue telle quelle après la transposition de la directive omnibus, la France n'ayant finalement pas fait coïncider la durée du différé de paiement avec celle du délai de rétractation⁷³⁶, comme cela existe en matière de crédit affecté⁷³⁷.

Alors qu'il existe également un droit de rétractation en matière de contrat à distance, il n'est pourtant pas assorti de différé de paiement. Il n'est donc plus possible de voir dans le différé de paiement un outil pour assurer l'effectivité du droit de rétractation.

La différence de réglementation entre le contrat à distance et le contrat hors établissement s'explique certainement parce que le premier n'est pas systématiquement le fruit d'une sollicitation considérée comme « agressive » ou provoquant la surprise du consommateur, contrairement à la plupart des contrats conclus hors établissement. En matière de contrat à distance, le consomma-

731 B. Bouloc, obs. sous Civ. 1ère, 18 juin 1996, *Bull. civ. I*, n° 263, RTDCom. 1997, p. 305 : « l'acquéreur qui a remis un chèque peut hésiter à mettre en œuvre la rétractation prévue par la loi. Il n'est pas entièrement libre d'opter pour le maintien ou l'anéantissement du contrat ».

732 V. par ex. Civ. 1ère, 22 nov. 1994, n°92-10192.

733 V. par ex. Civ. 1ère, 18 juin 1996, *Bull. civ. I*, n° 263, précité.

734 V. par ex. Crim., 7 déc. 1999, n°99-82895.

735 En revanche, il a dû supprimer l'interdiction pour le professionnel d'exécuter la prestation de services.

736 La question avait été posée par Cédric O. : « *il conviendra par ailleurs de veiller à ce que les règles afférentes au paiement et celles relatives à la rétractation soient cohérentes* », V. JOAN, XVème législature, Session extraordinaire de 2020-2021, 10ème séance, 7 oct. 2020, p. 7003.

737 C. consom., art. L. 312-51.

teur est à l'initiative de la conclusion du contrat, ce qui est rarement le cas pour le contrat hors établissement. Le différé de paiement se révèle donc un moyen de lutte contre les sollicitations agressives. C'est d'ailleurs ce qui explique deux des quatre exceptions au différé de paiement. L'absence de différé de paiement pour les contrats conclus lors de ventes en réunions, autrement dit les « réunions *tupperware* »⁷³⁸ et pour les travaux urgents expressément sollicités par le consommateur⁷³⁹ se justifie par la circonstance que le client est à l'initiative de la sollicitation soit, parce qu'il a accepté que l'opération de vente se déroule à son domicile, soit parce qu'il a contacté le professionnel⁷⁴⁰.

340. Sanction pénale. Le fait d'exiger ou d'obtenir⁷⁴¹ du client un paiement est un délit puni d'une peine d'emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 150 000 euros étant précisé que l'amende peut être quintuplée pour les personnes morales et assortie de peines complémentaires. La sévérité de la peine atteste de la volonté du législateur de lutter contre un comportement fréquent⁷⁴² qui entrave la protection contre les sollicitations agressives. Depuis la transposition de la directive omnibus, s'ajoute une sanction civile au profit du consommateur : la nullité du contrat conclu en violation de l'interdiction⁷⁴³. Auparavant virtuelle à raison de la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁴⁴, la nullité devient donc textuelle en la matière.

341. Difficultés pratiques ciblées. En pratique le différé de paiement propre aux contrats conclus hors établissement soulève des difficultés ciblées pour les professionnels liées à la nécessité de revenir chez le client pour obtenir un moyen de paiement. Ceci explique le souhait de professionnels partenaires de la Chaire de voir la jurisprudence assouplie aux fins de permettre la souscription d'une autorisation de prélèvement. Si l'UFC-Que Choisir comprend cette position, elle observe qu'elle pourrait entraîner des abus de la part de professionnels non vertueux. Les difficultés concernent essentiellement le secteur des matériels de sécurité et de télésurveillance. Appelés le plus souvent dans l'urgence, après un cambriolage, les professionnels du secteur procèdent à l'installation de matériels coûteux avant l'expiration du délai de rétractation, et ce sur demande du consommateur conformément à l'article L. 221-25 du code de la consommation. A défaut de pouvoir demander une contrepartie avant l'expiration d'un délai de sept jours, ils sont parfois exposés à des impayés. Dans les autres cas, le différé de paiement ne soulève pas de difficulté de recouvrement car précisément les professionnels ne procèdent pas à la livraison du bien ou à l'exécution de la prestation de service avant l'expiration du différé de paiement. Finalement le différé de paiement peut se retourner contre le consommateur, contraint d'attendre un certain délai, dans les cas où le professionnel pour protéger ses propres intérêts refuserait de procéder à la livraison rapide du bien. Faire coïncider la durée du différé de paiement sur celle du délai de rétractation aurait donc eu pour effet de retarder d'autant la livraison d'un bien dans les contrats de vente et dans les contrats mixtes, ce qui n'aurait pas été en faveur du consommateur. En réalité, la difficulté princi-

738 C. consom., art. L. 221-10, 3° : « Les contrats conclus au cours de réunions organisées par le vendeur à son domicile ou au domicile d'un consommateur ayant préalablement et expressément accepté que cette opération se déroule à son domicile ».

739 C. consom., art. L. 221-10, 4°.

740 Les deux autres exceptions prévues à l'article L. 221-10 s'expliquent par l'allocation d'un droit de résiliation du consommateur à tout moment pour les contrats concernés.

741 L'article L. 242-7 sur la sanction vise le fait d'obtenir un paiement alors que l'article L. 221-10 vise le fait de recevoir un paiement.

742 V. par ex. amende de 10 000 euros prononcée par la DDPP des Pyrénées-Atlantiques à l'encontre d'une société pour non-respect de l'injonction de cesser, dans le délai imparti, les agissements illicites consistant à recevoir un paiement ou une contrepartie, sous quelque forme que ce soit, de la part du consommateur avant l'expiration d'un délai de 7 jours à compter d'un contrat conclu hors établissement (article L.221-10 du Code de la consommation) et livrer le consommateur avant la fin du délai de rétractation de 14 jours sans respecter les dispositions de l'article L.221-25 du Code de la consommation (DGCCRF, publication 03/08/2023).

743 C. consom., art. L. 242-1.

744 V. not. Civ. 1ère, 22 sept. 2021, n°19-24817.

pale est celle de la trésorerie dans le cas de contrats portant sur des produits onéreux pour lesquels le professionnel se voit tenu de procéder à des commandes auprès de sous-traitants sans avoir pu bénéficier d'avances de fonds du consommateur. La fédération de la vente directe considère donc que le différé de paiement présente des difficultés limitées⁷⁴⁵ et qu'en outre il ne serait souvent pas commercialement bien vu de réclamer une somme d'argent dès la signature du contrat hors établissement. Elle considère qu'un acompte pourrait être une solution médiane.

Ces deux propositions d'évolution du droit français ne seraient pas contraires au droit européen. La directive 2011/83 prévoit dans l'article 9.3 que par exception à la règle selon laquelle « *les États membres s'abstiennent d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation* », « *dans le cas des contrats hors établissement, les États membres peuvent maintenir la législation nationale en vigueur qui interdit au professionnel de recevoir un paiement du consommateur pendant une période déterminée après la conclusion du contrat*. ». Si les États membres peuvent maintenir la règle, ils peuvent donc aussi l'écarter.

Proposition

50 Maintenir le différé de paiement en modifiant l'article L. 221-10 du code de la consommation relatif aux contrats hors établissement aux fins de pouvoir obtenir un acompte en cas d'exécution immédiate de la prestation.

342. Bilan à partir des tableaux des processus de sollicitation.

Les tableaux, en fin du présent rapport, montrent une différence de traitement entre les modes de sollicitations.

Pour le démarchage téléphonique, les deux tableaux montrent :

- une multiplicité des sources de la réglementation rendant difficile sa compréhension ;
- une lourdeur du processus (3 à 4 étapes) ;
- une complexité de la mise en œuvre à raison d'un empilement de règles de niveau différents (principe/exceptions ; dispositions de droit commun/dispositions sectorielles) étant précisé que le tableau ne mentionnant pas un certain nombre d'interdictions sectorielles (assurance par exemple) est en deçà de la réalité.

Les partenaires de la Chaire suggèrent la création d'une mission interministérielle destinée, en s'appuyant notamment sur le présent rapport, à améliorer l'articulation des règles.

Pour la prospection directe, le tableau montre :

- une lisibilité des sources (un seul texte qui a également vocation à concerner les services financiers ;
- un processus très simplifié : 2 étapes ;

La principale limite réside dans la licéité de la collecte des données personnelles.

Pour le démarchage à distance des services financiers, le tableau montre :

- un assainissement en amont du processus ;
- un processus simple.

745 La position de la FVD a évolué sur ce point. Voir le sondage « Opinion day » effectué en 2021 à la demande de la FVD. L'une des questions posées était précisément celle de savoir si les personnes étaient favorables à un alignement du démarchage à domicile sur la vente par Internet quant au débit immédiat en cas de commande avec une possibilité de remboursement, révélant le souhait de la fédération d'obtenir cet alignement : « Les français et le démarchage à domicile », Opinion Way pour la FVD, Juin 2021, p. 9 et s. 72% des personnes interrogées avaient répondu par l'affirmative.

Il s'avère que la principale difficulté résulte d'un contournement de l'exclusion du régime protecteur.

Pour le démarchage à domicile, le tableau montre :

- une lisibilité des sources de la réglementation ;
- un processus simple.

Cependant ces aspects favorables aux professionnels sont largement contrebalancés par :

- un mécanisme de nature à brider largement ce processus de vente : les visites non sollicitées ;
- un processus contractuel lourd ;
- la multiplicité des délits.

**Proposition conclusive de l'étude de la 3^{ème} finalité des modes de sollicitation
(lutter contre les sollicitations dites agressives)**

51 Créer une mission interministérielle destinée à améliorer l'articulation des règles relatives à la prospection téléphonique.

II.D. 4^{ème} finalité : Protéger l'environnement

343. Intérêt protégé : l'environnement. La finalité de cet encadrement consiste à protéger, à l'occasion d'un rapport consumériste, un intérêt tiers à cette relation : l'intérêt de l'environnement. Cela présente une double originalité. Premièrement, si elle peut surprendre de prime abord, il s'agit en réalité d'une application tout à fait rationnelle du principe environnemental d'intégration⁷⁴⁶ : les exigences de protection de l'environnement doivent être intégrées dans toutes les politiques publiques. Or, l'objectif de développement durable⁷⁴⁷ doit prioritairement être poursuivi par la prévention des atteintes à l'environnement. Il s'agit notamment de la réduction des émissions de gaz à effet de serre, dans le cadre de la lutte contre le réchauffement climatique et de la réduction de la production de déchets. Deuxième originalité, la finalité environnementale de l'encadrement de la sollicitation du consommateur ne vise pas le contenu de la sollicitation, mais bien le mode de sollicitation. Ce n'est pas l'allégation environnementale qui est contrôlée, mais l'impact écologique de la manière dont la sollicitation est réalisée : panneaux publicitaires ou enseignes lumineuses, imprimés papier, catalogues ou encore distribution d'échantillonnage publicitaire.

Certes, cette préoccupation n'est pas nouvelle, puisque l'installation de publicités, des enseignes et pré-enseignes est réglementée depuis le début des années 1980 afin de protéger le cadre de vie des personnes⁷⁴⁸. Cependant, les modes de sollicitation du consommateur suscitent un regain d'attention de l'Union européenne dans le cadre du Pacte vert pour l'Europe⁷⁴⁹. De plus, le législateur français est soucieux de mettre en œuvre la « transition vers une économie circulaire [visant] à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires⁷⁵⁰ ».

344. Modes de sollicitation du consommateur et impact écologique. Il a été démontré que les mo-

746 TFUE, art. 11 ; Ch. Envir., art. 6.

747 C. envir., art. L. 110-1, II.

748 Loi n° 79-1150 du 29 déc. 1979 intégrée dans le Code de l'environnement aux articles L. 581-1 à L. 581-45. Mais la loi historique en la matière date de 1902 : Loi 27 janv. 1902, modifiant l'article 16 de la loi du 29 juillet 1881, sur la presse, en ce qui concerne l'affichage sur les édifices et monuments ayant un caractère artistique.

749 Communication de la Commission, Pacte vert pour l'Europe, COM(2019) 640 final.

750 C. envir., art. L. 110-1-1 dans sa version issue de la loi n° 2020-105 du 10 févr. 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire.

des de sollicitation du consommateur ont des conséquences négatives pour l'environnement⁷⁵¹. D'une part, lorsqu'elle consomme de l'électricité, la publicité peut être une source non négligeable d'émission de gaz à effet de serre⁷⁵². Il convient donc de la réduire afin de lutter contre le changement climatique. D'autre part, le recours à des procédés matériels de sollicitation, à l'instar de l'imprimé publicitaire, consomme beaucoup des ressources naturelles et génère de grandes quantités de déchets.

345. Plan. Les modes de sollicitation du consommateur sont encadrés dans une double perspective : la réduction de la consommation d'énergie (II.D.1.) ainsi que la réduction de la production de déchets (II.D.2.).

II.D.1. Réduction de la consommation énergétique des modes de sollicitation

346. Plan. Alors que le législateur œuvre pour une maîtrise de la demande d'énergie et la sobriété énergétique⁷⁵³, l'encadrement de la consommation énergétique des publicités, enseignes et pré-enseignes lumineuses apparaît inévitable (II.D.1.1.), tandis que celui de la consommation énergétique de la sollicitation par internet est encore inexistant (II.D.1.2.). En revanche, l'interdiction de la sollicitation du consommateur par le biais de publicité apposée sur des véhicules semble manquer de souplesse (II.D.1.3.).

II.D.1.1. Encadrement de la consommation énergétique des publicités, enseignes et pré-enseignes lumineuses

347. Alors que les restrictions d'usage des publicités, enseignes et pré-enseignes extérieures sont déjà relativement étoffées (II.D.1.1.1.), les restrictions à l'intérieur ne sont pas encore obligatoires (II.D.1.1.2.).

II.D.1.1.1. Encadrement des publicités, enseignes et pré-enseignes extérieures

348. Enjeux. Selon une étude de l'Agence de la transition écologique (« ADEME ») en date de juillet 2020, les panneaux publicitaires lumineux ont connu une croissance de près de 40 % en deux ans, leur nombre s'élevant à 55 000 en 2019 contre 40 000 en 2017⁷⁵⁴. La consommation d'énergie d'un écran publicitaire de 2m² s'élève à 2 049 kWh/an, « ce qui est proche de la consommation moyenne d'un ménage français pour l'éclairage et l'électroménager (sans le chauffage) (2 350 kWh/an)⁷⁵⁵ ». C'est donc, entre autres, dans une perspective d'économie d'énergie que le législateur se saisit de l'encadrement de la sollicitation du consommateur par les publicités, enseignes et pré-enseignes lumineuses.

751 G. Guibert et Th. Libaert, Rapport remis à Mesdames E. Borne et E. Poirson, « Publicité et transition écologique », 5 juin 2020, p. 16 s.

752 G. Guibert et Th. Libaert, Rapport préc.

753 C. éner., art. L. 100-2, 1°.

754 ADEME, Modélisation et évaluation environnementale de panneaux publicitaires numériques, Juill. 2020.

755 ADEME, Modélisation et évaluation environnementale de panneaux publicitaires numériques, Juill. 2020.

349. Cadre général. Si le Code de l'environnement rappelle que la publicité, les enseignes et pré-enseignes ressortissent à la liberté d'expression, il prévoit néanmoins la possibilité de les encadrer⁷⁵⁶. Le chapitre premier du titre VIII du livre V du code de l'environnement fixe les règles applicables à la publicité extérieure, au nom de la protection du cadre de vie. Constituent une publicité « [...] à l'exclusion des enseignes et des pré-enseignes, toute inscription, forme ou image, destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilées à des publicités ». N'entrent ainsi pas dans la catégorie des publicités les enseignes définies par le même article comme une « inscription, forme ou image apposée sur un immeuble et relative à une activité qui s'y exerce » ou les pré-enseignes, qui s'entendent comme « toute inscription, forme ou image indiquant la proximité d'un immeuble où s'exerce une activité déterminée⁷⁵⁷ ». La publicité est admise dans l'espace public, à trois exceptions près. Elle est ainsi interdite sur certains immeubles ou biens environnementaux dignes d'intérêt⁷⁵⁸ ; en dehors des lieux qualifiés d'agglomérations, conformément à l'article L. 581-7 du même code⁷⁵⁹ ; à l'intérieur des agglomérations, lorsqu'elle se situe aux abords des monuments historiques et dans les sites patrimoniaux protégés (article L. 581-8 du même code). En dehors des cas mentionnés ci-dessus, la publicité est admise partout ailleurs dans les agglomérations, où elle doit néanmoins respecter des prescriptions, notamment en matière d'emplacement, de densité, de surface, de hauteur, d'entretien et, pour la publicité lumineuse, d'économies d'énergie et de prévention des nuisances lumineuses, conformément à l'article L. 581-9 du code de l'environnement.

350. Encadrement de la publicité lumineuse. Selon le Code de l'environnement, la publicité lumineuse est « la publicité à la réalisation de laquelle participe une source lumineuse spécialement prévue à cet effet⁷⁶⁰ ». Il est précisé que « Constitue une installation lumineuse tout dispositif destiné à produire de la lumière artificielle et comportant notamment tout ou partie des équipements suivants : – des lampes ou sources lumineuses telles que définies dans la norme NF EN 12 665 ; – des appareillages des lampes tels que définis au 5 de l'article 2 du règlement 245/2009/CE ; – des luminaires tels que définis au 6 de l'article 2 du règlement 245/2009/CE ; – des systèmes de gestion individuels ou collectifs de l'installation lumineuse permettant de moduler son fonctionnement, de le programmer ou de le surveiller⁷⁶¹. ».

L'installation de publicité lumineuse, exclusion faite des dispositifs supportant des affiches éclairées par projection ou par transparence, est soumise à l'autorisation de l'autorité compétente⁷⁶². De plus, la publicité lumineuse ne peut pas être autorisée dans les « petites agglomérations⁷⁶³ ». Ailleurs, ainsi qu'à l'intérieur de l'emprise des aéroports et des gares ferroviaires et routières situés hors agglomération, elle doit respecter des normes de surface⁷⁶⁴. La publicité doit également respecter des normes techniques d'intensité et d'efficacité lumineuse des sources utilisées.

351. Obligation d'extinction entre une heure et six heures du matin. Les publicités lumineuses doivent être éteintes entre une heure et six heures du matin, conformément au décret n° 2022-

756 C. envir., art. L. 581-1 : Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser informations et idées, quelle qu'en soit la nature, par le moyen de la publicité, d'enseignes et de préenseignes, conformément aux lois en vigueur et sous réserve des dispositions du présent chapitre.

757 C. envir., art. L. 581-3.

758 C. envir., art. L. 581-4.

759 La publicité reste cependant autorisée à l'intérieur de l'emprise des aéroports, des gares ferroviaires et routières et des équipements sportifs ayant une capacité d'accueil d'au moins 15 000 places. Elle peut également être autorisée par le RLP à proximité des centres commerciaux exclusifs de toute habitation et situés hors agglomération.

760 C. envir., art. R. 581-34.

761 C. envir., art. R. 583-1.

762 C. envir., art. L. 581-9, al. 3.

763 Agglomérations de moins de 10 000 habitants ne faisant pas partie d'une unité urbaine de plus de 100 000 habitants (article R. 581-34 du même code).

764 C. envir., art. R. 581-36 s.

1294 du 5 octobre 2022 portant modification de certaines dispositions du code de l'environnement relatives aux règles d'extinction des publicités lumineuses et aux enseignes lumineuses (article R. 581-35 du même code)⁷⁶⁵. La violation de cette interdiction est punie d'une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe⁷⁶⁶. Toutefois, cette interdiction, qui ne concernait auparavant que les unités urbaines de moins de 800 000 habitants, ne s'applique ni aux publicités lumineuses installées sur l'emprise des aéroports, ni à celles supportées par le mobilier urbain affecté aux services de transport et durant les heures de fonctionnement desdits services, à condition, pour ce qui concerne les publicités numériques, qu'elles soient à images fixes. L'obligation d'extinction s'applique aussi aux enseignes lumineuses⁷⁶⁷. Elles doivent satisfaire à des normes techniques fixées par arrêté ministériel, portant notamment sur les seuils maximaux de luminance, exprimés en candelas par mètre carré et l'efficacité lumineuse des sources utilisées, exprimée en lumens par watt⁷⁶⁸. La publicité dite numérique⁷⁶⁹ est soumise à encadrement analogue à celui de la publicité lumineuse. Plus spécifiquement, elle n'est pas admise dans les villes de moins de 10 000 habitants, même si ces agglomérations dépassent largement ce seuil en saison estivale⁷⁷⁰. De plus, elle fait l'objet de règles spécifiques, notamment en termes de surface maximale, conformément à l'article R. 581-41 du même code.

352. Restrictions en cas de tension sur le système électrique. En outre, en cas de menace pour la sécurité d'approvisionnement en électricité, l'article 31 de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat permet au ministre chargé de l'énergie d'interdire toute publicité lumineuse en agglomération et hors agglomération, sur les voies ouvertes à la circulation publique ainsi que dans les aéroports, les gares ferroviaires et routières et les stations et arrêts de transport en commun de personnes. Cette possibilité, codifiée à l'article L. 143-6-2 du code de l'énergie, s'étend également aux publicités situées à l'intérieur d'un local lorsque leur emplacement les rend visibles depuis la voie publique. Pris en application de cette disposition, le décret n° 2022-1331 du 17 octobre 2022 portant obligation d'extinction des publicités lumineuses en cas de situation de forte tension du système électrique précise que les publicités visées doivent être éteintes en cas de menace grave et imminente sur la sécurité d'approvisionnement en électricité, ce qui correspond aux périodes pour lesquelles le gestionnaire du réseau de transport d'électricité (RTE) émet un signal Ecowatt rouge (article D. 143-2 du code de l'énergie). Cette faculté n'a pas été mise en œuvre à ce jour. Le décret n° 2023-1021 du 3 novembre 2023 relatif aux régimes de sanctions pénales en matière de protection du cadre de vie et de sécurité d'approvisionnement en électricité sanctionne la violation des interdictions et prescriptions posées par le ministre par une amende prévue pour les contraventions de 5^e classe.

765 CE, 24 févr. 2023, n° 468221, Synd. national de la publicité extérieure *Lebon* ; JCP A 2023, act. 160 : L'article 4 du décret du 5 octobre 2022 est annulé en tant qu'il n'a pas différé d'un mois l'entrée en vigueur de l'obligation d'extinction nocturne pour les publicités lumineuses autres que celles supportées par le mobilier urbain et dont le fonctionnement ou l'éclairage n'est pas pilotable à distance. – Conséquence de la décision : l'annulation du décret en tant qu'il est dépourvu de dispositions transitoires générales ne remet pas en cause l'extension de l'obligation d'extinction des publicités lumineuses, mais implique seulement de reporter, dans le passé, son opposabilité.

766 C. envir., art. R. 581-87-1.

767 C. envir., art. R. 581-59.

768 C. envir., art. R. 581-34, al. 7.

769 Au sens du droit français, la publicité numérique est réglementée par le décret n° 2012-118 du 30 janv. 2012 relatif à la publicité extérieure, aux enseignes et aux préenseignes. Dépourvue de définition textuelle, la pratique la désigne sous l'acronyme anglais DOOH « Digital Out-Of-Home ». Cela comprend les techniques d'affichage digital urbaines et l'affichage numérique intérieur en centres commerciaux, gares ou encore dans les aéroports. Cette « publicité numérique » ne doit pas être confondue avec la publicité diffusée sur internet, même si elle est parfois désignée par la même expression. – V. <https://www.definitions-marketing.com/definition/dooh/>.

770 Rép. min. de la transition écologique et solidaire : JO Sénat 18 avr. 2019, p. 2184.

II.D.1.1.2. Encadrement des publicités, enseignes et pré-enseignes intérieures

353. Règlement local de publicité. L'article L. 581-14 du code de l'environnement dispose que l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) compétent en matière de plan local d'urbanisme (PLU), la métropole de Lyon ou, à défaut, la commune peut élaborer, sur l'ensemble du territoire de l'établissement public ou de la commune, un règlement local de publicité (RLP). Ce règlement définit une ou plusieurs zones au sein de l'EPCI ou de la commune où s'applique une réglementation plus restrictive que la réglementation nationale en matière de publicité. Il peut en outre « définir des zones dans lesquelles tout occupant d'un local commercial visible depuis la rue ou, à défaut d'occupant, tout propriétaire doit veiller à ce que l'aspect extérieur de ce local ne porte pas atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants⁷⁷¹ ».

354. Vitrines et publicités lumineuses. En principe, les vitrines sont exclues de la réglementation relative à la publicité extérieure prévue par le code de l'environnement. Les dispositions du Code de l'environnement en matière de publicité extérieure s'appliquent uniquement aux publicités et enseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique⁷⁷², en application de l'article L. 581-2 dudit code⁷⁷³. Mais, l'article 18 de la loi « climat et résilience » permet au RLP d'encadrer les publicités lumineuses situées dans les vitrines. L'article L. 581-14-4 du code de l'environnement habilite en effet les maires et les présidents d'EPCI de prévoir, dans leur RLP, des dispositions encadrant les publicités et enseignes lumineuses situées à l'intérieur des vitrines et des baies d'un local à usage commercial, lorsqu'elles sont destinées à être visibles d'une voie ouverte à la circulation publique. Toutefois, cette possibilité est strictement encadrée. Les catégories de prescription sont limitativement énumérées : il s'agit de fixer des horaires d'extinction et des prescriptions en termes de surface, de consommation énergétique et de prévention des nuisances lumineuses. Le Règlement Local de Publicité ne peut pas interdire de tels dispositifs, leur installation ne pouvant donner lieu ni à déclaration préalable, ni à autorisation préalable.

La possibilité pour l'autorité compétente d'interdire des dispositifs lumineux avait pourtant été explorée à l'article 7 du projet de loi en date du 10 février 2021 n° 3875⁷⁷⁴. Il était toutefois nécessaire de ne pas confondre pollution lumineuse (critère objectif pouvant être mesuré) et pollution esthétique (concept par nature subjectif et sujet à caution dans son fondement même).

En effet, la vitrine du commerçant est un élément primordial pour solliciter le chaland et construire une identité de marque. L'objectif est de capter l'attention du passant, puis d'exprimer l'identité de la marque ou du réseau sous enseigne ; la vitrine par son attrait, sa mise en scène est à la fois le véhicule d'une image et un outil de communication d'une offre, d'une spécialité, d'une promotion, d'une nouveauté. La liberté du commerce et de l'industrie était donc en jeu. Les distributeurs organisés en réseau ont besoin de créer de l'homogénéité dans leur identité visuelle et la vitrine y participe grandement⁷⁷⁵. Or, le fait qu'un règlement local d'urbanisme puisse empêcher l'installation de dispositifs de publicité lumineuse ou d'une enseigne dans certaines communes aurait fait peser un risque d'empêcher la cohérence de l'identité visuelle du réseau des réseaux. Il faut ajouter que la fonction publicitaire de la vitrine est d'autant plus importante que la sollicitation par imprimé

771 C. envir., art. L. 581-14, al. 3.

772 Les voies ouvertes à la circulation publique correspondent aux voies publiques ou privées qui peuvent être librement empruntées, à titre gratuit ou non, par toute personne circulant à pied ou par un moyen de transport individuel ou collectif, conformément à l'article R. 581-1 du code de l'environnement.

773 « sauf si l'utilisation de [la vitrine] est principalement celle d'un support de publicité ».

774 Cette disposition qui n'était pas issue des propositions de la Convention citoyenne pour le climat est à l'origine du mouvement « touche pas à ma vitrine » qui s'est mobilisé pour sensibiliser le législateur aux enjeux économiques de ce type d'affichage publicitaire, v. <https://www.touchepasamavitrine.org/>.

775 Notamment les réseaux d'opticiens, de pharmacies ou encore d'agences immobilières.

publicitaire est restreinte. Ainsi, le développement raisonné des publicités et enseignes lumineuses dans les vitrines apparaît en cohérence avec la dynamique portée par la loi Climat.

En outre, il est prévu que les dispositifs qui ne respecteraient pas les prescriptions ainsi fixées par le Règlement Local de Publicité pourront rester en place pendant un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur dudit règlement, sous réserve de ne pas contrevenir aux dispositions antérieurement applicables, en application de l'article L. 581-43 du code de l'environnement tel que modifié par la loi « climat et résilience ».

Enfin, une proposition de loi déposée par Mme Batho le 21 février 2023⁷⁷⁶ ambitionnait au terme d'un article unique d'interdire toute forme de publicité lumineuse dans l'espace public et à l'intérieur des locaux lorsque ces publicités sont visibles depuis la voie publique⁷⁷⁷. Après la suppression de l'article par la commission, Mme Batho a retiré le texte le 5 avril 2023.

355. Projet d'arrêté sur l'extinction des éclairages dans les bâtiments tertiaires. Dans le cadre de l'acte 2 du plan de sobriété énergétique, un projet d'arrêté⁷⁷⁸ a été soumis à la consultation du public de juillet à septembre 2023. Il vise à adapter les horaires d'éclairage des bâtiments tertiaires (vitrines et bureaux) à la réalité de leur activité. Il a déjà été l'objet de discussions avec les acteurs, à travers notamment le Conseil national du commerce (CNC).

L'article 1^{er} du texte envisage de poser une obligation « d'extinction des éclairages au plus tard 1h après la fin de l'activité et leur allumage au plus tôt 1h avant le début de l'activité ». Dans ce cadre, l'activité s'entendrait comme « la présence de personnes dans le bureau ou le magasin de commerces (incluant ainsi par exemple le temps d'installation des produits en vitrine) ». Toutefois, « des dispositions dérogatoires s'appliqueraient aux bâtiments pour lesquels des contrats prévoyant des modalités d'éclairage spécifiques (utilisation comme complément à l'éclairage public, vidéo-surveillance...) ont été passés avec les collectivités compétentes⁷⁷⁹. »

II.D.1.2. Réflexions en cours en matière d'encadrement de la consommation énergétique de la sollicitation par internet

356. Impact écologique du numérique. Alors que les conséquences écologiques néfastes du numérique ne cessent de croître, l'analyse de ces impacts n'en est qu'à ses balbutiements⁷⁸⁰. Son appréhension juridique demeure à l'état embryonnaire. Le secteur du numérique serait responsable de 5 à 9% de la consommation mondiale d'électricité et de 2% des émissions mondiales de CO₂⁷⁸¹. Compte tenu des perspectives de croissance du secteur, ce dernier chiffre pourrait se hisser à 14% des émissions de CO₂ si

776 Loi relative à l'interdiction de toute forme de publicité numérique et lumineuse dans l'espace public. Rapport enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 mars 2023, fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi visant à interdire de toute forme de publicité numérique et lumineuse dans l'espace public (n° 888), par D. Batho.

777 « Afin de dissiper tout malentendu quant au support des publicités concernées, il est précisé que cette interdiction concerne à la fois les affiches éclairées par projection ou transparence et les panneaux numériques. ».

778 https://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/projet_arrete_horaires_extinction.pdf.

779 Note de présentation du projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 27 décembre 2018 relatif à la prévention, à la réduction et à la limitation des nuisances lumineuses.

780 Rapport ADEME, *La face cachée du numérique*, 2019.

781 Pour une synthèse, v. Conseil National du Numérique (CNN), « Feuille de route sur l'environnement et le numérique », 2020, <https://cnnumerique.fr/files/uploads/2020/CNNum%20-%20Feuille%20de%20route%20environnement%20%26%20numerique.pdf>. Adde, The Shift Project, « Climat : l'insoutenable usage de la vidéo en ligne », 2019, <https://theshiftproject.org/article/climat-insoutenable-usage-video/>.

aucune mesure n'était prise⁷⁸². Il a été indiqué que « si elle se matérialisait, une telle évolution apparaîtrait contraire aux engagements pris dans le cadre de l'Accord de Paris de 2015 qui vise à contenir le réchauffement de la planète à un niveau nettement inférieur à 2 °C, et implique de la part de l'ensemble des secteurs économiques des efforts rapides et massifs pour la réduction de leur empreinte carbone⁷⁸³ ». En 2021, le volume d'émissions de gaz à effet de serre des quatre principaux opérateurs progresse de 3%, qu'il soit direct (+4%) ou indirect (+2%)⁷⁸⁴. Alors que le budget publicité numérique au 1^{er} trimestre 2022 est de plus de 2 milliards d'euros, le budget imprimé papier non adressé n'est que de 109 millions d'euros⁷⁸⁵. Or, l'impact écologique de la publicité sur internet n'est toujours pas directement encadré.

357. Première pierre à l'édifice réglementaire de l'encadrement environnemental du numérique. La loi du 15 novembre 2021 est la première pierre à l'édifice réglementaire de l'encadrement environnemental du numérique⁷⁸⁶. Elle comporte trente-six articles répartis en cinq chapitres. Le premier chapitre (art. 1 à 4) vise à faire prendre conscience aux utilisateurs de l'impact environnemental du numérique. Le deuxième chapitre (art. 5 à 23) ambitionne de limiter le renouvellement des terminaux. Le troisième chapitre entend faire émerger et développer des usages du numérique écologiquement vertueux (art. 24 à 27).

Il est créé au sein du Code des postes et des communications électroniques une nouvelle section : « Régulation environnementale des communications électroniques ». Il s'agit pour l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse ainsi que pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, en lien avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, de définir le contenu d'un référentiel général de l'écoconception des services numériques. Elle doit en outre publier une recommandation quant à l'information des consommateurs par les services de télévision, les services de médias audiovisuels à la demande et les services de plateforme de partage de vidéos, en matière de consommation d'énergie et d'équivalents d'émission de gaz à effet de serre de la consommation de données liée à l'utilisation de ces services.

Le chapitre quatre (art. 28 à 33) vise à limiter la consommation d'énergie des centres de données et des réseaux (*Data Centers*). L'article 29 vient créer un article L. 33-16 du Code des postes et des communications électroniques au terme duquel « les opérateurs de communications électroniques publient des indicateurs clés sur leurs politiques de réduction de leur empreinte environnementale ». Le cinquième chapitre promeut une stratégie numérique responsable dans les territoires (art. 34 à 35). Deux dispositifs figurant dans la proposition de loi ont finalement été abandonnés. Un devoir d'écoconception des services de communication en ligne a été envisagée⁷⁸⁷. Il a également été proposé d'interdire le lancement automatique de vidéos publicitaires autres que celles précédant le visionnage d'une vidéo sur une plateforme en ligne⁷⁸⁸. Cependant, la loi du 15 novembre 2021⁷⁸⁹ prévoyait l'élaboration d'un référentiel général de l'écoconception en matière numérique de nature à service de point de départ à des travaux parlementaires futurs.

782 Communication de la Commission européenne, « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », 2020, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_fr#documents et spéc. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_20_281; ARCEP, « Rapport d'étape, synthèse de la plateforme de travail et 11 propositions de l'ARCEP pour conjuguer développement des usages et réductions de l'empreinte environnementale du numérique », 15 déc. 2020, https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-pour-un-numerique-soutenable_dec2020.pdf.

783 ARCEP, *Pour un numérique soutenable*, 15 déc. 2020, p. 2.

784 ARCEP, Enquête annuelle « Pour un numérique soutenable » – édition 2023.

785 <https://www.francepub.fr/pdf/CP-BUMP2023-T1.pdf>.

786 Loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France.

787 Proposition de loi réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, art. 16, dans sa rédaction initiale du 12 janv. 2021.

788 Proposition de loi n° 3256, du 28 juill. 2020, pour faire de la publicité un levier au service de la transition écologique et de la sobriété et pour réduire les incitations à la surconsommation, art. 20.

789 Loi n°2021-1485 en date du 15 nov. 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale numérique en France, art. 25.

358. Publication du Projet de Référentiel général de l'écoconception des services numériques.

En effet, la publication du Référentiel général de l'écoconception des services numériques⁷⁹⁰ a ouvert une période de consultation publique d'un mois. Le Référentiel « rassemble des critères pour s'assurer qu'un service numérique s'inscrit dans une démarche d'écoconception désignant "l'intégration des caractéristiques environnementales dans la conception du produit en vue d'améliorer la performance environnementale du produit tout au long de son cycle de vie" »⁷⁹¹. Il présente quatre objectifs : 1/ Concevoir des services numériques plus durables permettant d'allonger la durée de vie des terminaux ; 2/ Promouvoir une démarche de sobriété environnementale face aux stratégies de captation de l'attention de l'utilisateur pour des usages en ligne avec les objectifs environnementaux internationaux ; 3/ Diminuer les ressources informatiques mobilisées, optimiser le trafic de données et la sollicitation des infrastructures numériques ; 4/ Accroître le niveau de transparence sur l'empreinte environnementale du service numérique.

Le périmètre du référentiel concerne tous les services numériques envisagés comme l'association : 1/ « d'équipements permettant de stocker, manipuler, afficher des octets (serveurs, terminaux utilisateurs, box ADSL, etc.) » ; 2/ « d'infrastructures qui hébergent et relient les équipements (réseaux opérateurs et centres de données notamment) » ; 3/ « de plusieurs logiciels "empilés les uns sur les autres", c'est-à-dire qui s'exécutent sur une infrastructure matérielle en faisant appel les uns aux autres » ; 4/ « d'autres services numériques tiers éventuels ».

II.D.1.3. Encadrement de la sollicitation par publicité apposée sur des véhicules

359. Interdictions relatives et absolues. L'article L. 581-15 du Code de l'environnement dispose que la publicité sur les véhicules terrestres, sur l'eau ou dans les airs peut être réglementée, subordonnée à autorisation ou interdite, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Par exemple, les véhicules servant de support à la publicité ne peuvent pas⁷⁹² : stationner à des emplacements visibles d'une voie ouverte à la circulation ; circuler en groupe ou lentement ; circuler dans des lieux interdisant la publicité⁷⁹³ ou encore afficher un dispositif publicitaire lumineux. De plus, la surface totale de publicité ne peut pas excéder 12 m². Par ailleurs, un projet de décret envisage également, « de limiter les navires sur lesquels la publicité non lumineuse est autorisée en prévoyant qu'elle n'est admise que sur les navires au sens de l'article L. 5000-2 du code des transports et à condition que ces navires ne soient ni équipés, ni exploités à des fins essentiellement publicitaires. En outre, la surface totale de publicité non lumineuse autorisée sur chaque navire a été réduite de 8m² à 4m². »⁷⁹⁴.

360. Interdiction de la publicité tractée par aéronef. L'article 20 de la loi Climat et résilience introduit à l'article L. 581-15, al. 2 du Code de l'environnement le principe suivant : la « publicité diffusée au moyen d'une banderole tractée par un aéronef est interdite. » L'interdiction est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2022. L'objectif de la loi est double : limiter l'exposition du public à la pu-

790 Document réalisé par l'Arcep, l'Arcom, en collaboration avec l'ADEME, la DINUM, la CNIL et l'Inria, oct. 2023.

791 *Projet de référentiel général de l'écoconception des services numériques*, oct. 2023, p. 3. « Ce document s'appuie notamment sur les travaux antérieurs de la mission interministérielle numérique écoresponsable (MiNumEco) menée par la DINUM et l'ADEME, en collaboration avec le Ministère de la Transition écologique et l'Institut pour un numérique responsable ».

792 C. envir., art. R. 581-48.

793 C. envir., art. L. 581-4 liste les interdictions absolues ; C. envir., art. L. 581-8 liste les interdictions relatives.

794 *Projet de Décret portant interdiction de la publicité en mer (TREL2303901D)*, participation du public organisée du vendredi 14 avril 2023 au lundi 15 mai 2023 : https://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/decret_pub_en_mer_-_synthese_consultation_publique.pdf.

blicité non consentie et réduire les émissions de gaz à effet de serre⁷⁹⁵.

Toutefois, la prohibition n'est pas absolue dans la mesure, où elle n'est pas applicable à la « publicité relative à l'activité exercée par le propriétaire ou l'utilisateur d'un véhicule, sous réserve que ce véhicule ne soit pas utilisé ou équipé à des fins essentiellement publicitaires⁷⁹⁶. » Par exemple, une compagnie aérienne demeure libre d'apposer de la publicité pour ses activités sur ses avions.

361. Critique. Certes, un des objectifs poursuivis la disposition est la limitation de l'exposition à la publicité non choisie. Toutefois, il s'agit surtout d'une disposition symbolique promouvant la réduction des émissions de gaz à effet de serre. S'il est ainsi légitime d'interdire la publicité par banderole tractée par des aéronefs consommant une énergie carbonée, l'interdiction générale du procédé apparaît excessive. En effet, l'aéronef est défini par le code des transports comme « tout appareil capable de s'élever ou de circuler dans les airs⁷⁹⁷. » Il apparaît donc que la qualité d'aéronef est indépendante de l'énergie utilisée pour s'élever ou circuler dans les airs. Par exemple, il existe des drones mus par de l'énergie électrique et qui n'émettent donc pas, durant leur utilisation, de gaz à effet de serre.

II.D.2. Réduction de la production de déchets causés par les modes de sollicitation

362. Imprimé publicitaire, échantillons et cadeaux. Comme indiqué précédemment, l'imprimé publicitaire est un mode on ne peut plus traditionnel de sollicitation du consommateur. Au-delà de l'imprimé publicitaire, les annonceurs ont également recours à une technique de sollicitation relativement classique : l'échantillonnage promotionnel. Cette technique de promotion des ventes consiste à offrir gratuitement aux prospects une quantité d'un produit inférieure à l'unité habituellement vendue. L'opération peut se dérouler dans un point de vente, un lieu de circulation, dans le conditionnement d'un journal, en caravane publicitaire ou encore par voie postale. Certaines campagnes publicitaires peuvent porter sur plusieurs millions d'échantillons⁷⁹⁸.

363. Imprimés publicitaires et échantillonnages promotionnels : sources importantes de déchets ménagers. Selon l'ADEME, environ 700 000 tonnes d'imprimés publicitaires non adressés ont été déposées dans les boîtes aux lettres en France en 2015⁷⁹⁹. L'association UFC-Que Choisir a mis en évidence le coût social et environnemental de l'usage de ce mode de sollicitation à grande échelle⁸⁰⁰. En conséquence, la sollicitation du consommateur par prospection papier est réglementée afin d'en réduire l'impact environnemental. De manière analogue, la distribution massive

795 Étude d'impact du projet de loi portant la lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, NOR : TRES2100379L / Bleue-2, 10 févr. 2021, p. 82.

796 C. envir., art. L. 581-15, al. 3.

797 C. transports, art. L. 6100-1.

798 <https://www.definitions-marketing.com/definition/echantillonnage-promotionnel/>.

799 <https://www.optigede.ademe.fr/mettre-en-oeuvre-une-operation-stop-pub>.

800 <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-enquete-prospectus-publicitaires-face-au-flot-grandissant-le-stop-pub-n56417/>: « Les dépenses pour la publicité non adressée ont atteint presque 2,9 milliards d'euros en 2017, auxquels il faut ajouter le coût de collecte et de traitement des déchets papiers payés par les contribuables locaux à travers leur taxe d'ordures ménagères pour les papiers non triés. Au total, cela représente pour un foyer de 4 personnes un budget non négligeable d'environ 200 euros par an. C'est également une gabegie environnementale car, selon nos estimations, même si l'objectif de recyclage du papier (65 %) fixé par les pouvoirs publics était atteint en 2022, ce serait encore 285 000 tonnes de papier qui continueraient à partir en fumée si rien n'est fait d'ici là. Cet objectif, déjà peu satisfaisant, sera d'autant plus compliqué à atteindre que, selon notre enquête, dans deux cas sur cinq le logo Triman, indiquant le caractère recyclable du papier, n'est pas affiché sur la publicité. ».

d'échantillons publicitaires, parfois même sans le consentement des prospects, a été dénoncée comme une source de gaspillage et de déchets.

Ces affirmations sont toutefois nuancées par certains professionnels du secteur⁸⁰¹. En effet, Médiapost, entreprise filiale de La Poste, spécialisée dans la mercatique de proximité, a commandé une étude comparant la performance environnementale, économique et sociale d'une campagne de communication par imprimé publicitaire et par voie numérique⁸⁰². La performance environnementale a fait l'objet d'une analyse du cycle de vie⁸⁰³. Il s'agit de recenser et quantifier, du stade de production à celui de son traitement en tant que déchet, les impacts environnementaux d'un produit⁸⁰⁴. Au terme de son étude⁸⁰⁵, Médiapost affirme que le flyer est plus favorable que la vidéo sur réseau social pour 15 indicateurs sur 16⁸⁰⁶. De même, le catalogue promotionnel est plus favorable que le dispositif numérique (*emailing et application mobile*) pour 15 indicateurs sur 16⁸⁰⁷. Or, l'entreprise affirme également que les campagnes d'imprimés publicitaires demeurent, en moyenne, plus efficace que les campagnes digitales.

364. Objectif de réduction des déchets ménagers. Les déchets ménagers sont définis comme « tout déchet, dangereux ou non dangereux, dont le producteur est un ménage⁸⁰⁸. » Ils ont la particularité d'être collectés dans le cadre du service public d'élimination des déchets. La responsabilité de cette collecte incombe aux communes⁸⁰⁹. Les déchets ménagers constituent environ 30 Mt soit 8,7 % des déchets totaux produits en France⁸¹⁰. Le législateur a posé un objectif stratégique de réduction des déchets ménagers de 15 % en 2030 par rapport à 2020⁸¹¹. Or, le papier et le plastique constituent une part non négligeable de la production de déchets ménagers. C'est la raison pour laquelle le législateur encadre progressivement les modes de sollicitation du consommateur afin de diminuer le recours au papier et au plastique.

Plan. La volonté du législateur de parvenir à réduire la production de déchets causés par les modes de sollicitation se manifeste principalement à l'égard des déchets papier (II.D.2.1) et des déchets plastiques (II.D.2.2).

II.D.2.1. Réduction des déchets papier

365. Plan. La lutte contre la production de déchets papier est poursuivie par l'encadrement de l'usage de l'imprimé papier à des fins de sollicitation du consommateur. La plupart des mesures concerne tout imprimé papier (II.D.2.1.1), mais certaines ne concernent que les courriers non adressés (II.D.2.1.2).

801 L'analyse du cycle de vie bénéficie aujourd'hui d'une méthodologie harmonisée au niveau de l'organisation internationale de standardisation : il s'agit de la norme technique ISO 14040.

802 Médiapost, « La performance d'un imprimé publicitaire ne se devine pas, elle se calcule ! », 2020 : <https://www.mediapost.fr/wp-content/uploads/2020/10/PLAQUETTE-MEDIAPOST-WEB.pdf>.

803 Réalisée par le cabinet Quantis ; la revue critique a été opérée par le cabinet Solinnen.

804 L'analyse du cycle de vie bénéficie aujourd'hui d'une méthodologie harmonisée au niveau de l'organisation internationale de standardisation : il s'agit de la norme technique ISO 14040.

805 Médiapost, *op. cit.* : les scénarios de comparaisons sont mentionnés page 5 du rapport.

806 Dont l'impact sur le changement climatique et l'utilisation de ressources fossiles.

807 Dont l'eutrophisation des eaux douches, le changement climatique et l'utilisation de ressources fossiles.

808 C. envir., art. R. 541-8.

809 CGCT, art. 2224-13.

810 <https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/edition-numerique/bilan-environnemental/16-production-de-dechets-et-recyclage>.

811 Loi du 10 fév. 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, art. 3 – Le précédent objectif était posé par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique et pour la croissance verte, art. 70 : il s'agissait d'un objectif de réduction de 10 % de la quantité de déchets ménagers et assimilés produits par habitant en 2020 par rapport à 2010.

II.D.2.1.1. Restriction à l'usage de l'imprimé papier à usage publicitaire

366. Mention « ne pas jeter sur la voie publique ». Il est préconisé aux annonceurs d'apposer sur les tracts publicitaires la mention « ne pas jeter sur la voie publique » afin de respecter les prescriptions de l'article R. 634-2 du Code pénal interdisant de jeter des déchets sur la voie publique. En effet, cette infraction est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe⁸¹².

367. Interdiction du dépôt d'imprimés publicitaires sur les pare brises. Depuis le 1^{er} janvier 2021, le dépôt d'imprimés publicitaires à visée commerciale sur les véhicules est interdit⁸¹³. La violation de cette interdiction est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe.

368. Usage du papier recyclé. Enfin, le législateur encadre le type de papier utilisé. Les prospectus publicitaires et catalogues visant à faire la promotion commerciale à l'attention des consommateurs sont imprimés, depuis le 1^{er} janvier 2023, sur du papier recyclé ou issu de forêts gérées durablement⁸¹⁴. La méconnaissance de cette disposition est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe⁸¹⁵. La loi définit le papier recyclé comme un papier contenant au moins 50 % de fibres recyclées⁸¹⁶. La définition de la gestion durable des forêts est relativement complexe⁸¹⁷. Le législateur a toutefois pris soin de créer une présomption de gestion durable pour les forêts dont le propriétaire adhère au code des bonnes pratiques sylvicoles applicable et le respecte pendant une durée d'au moins dix ans⁸¹⁸. Des labels comme FSC (Forest Stewardship Council) et PEFC (Programme de Reconnaissance des Certifications Forestières) permettent aux propriétaires et aux producteurs forestiers de prouver la gestion durable des forêts exploitées.

369. Usage d'encres recyclables. En outre, l'économie circulaire du papier requiert que les encres utilisées pour les impressions du contenu publicitaire n'empêchent pas son recyclage. À cet effet, l'article 112 de la loi relative à la lutte contre l'Antigasillage et à l'économie circulaire interdit à compter du 1^{er} janvier 2025 d'utiliser des huiles minérales pour des impressions à destination du public. Le calendrier est sensiblement accéléré pour les lettres de prospectus publicitaires et de catalogues non sollicités visant à faire de la promotion commerciale, puisque cette interdiction s'applique à compter du 1^{er} janvier 2023⁸¹⁹. Le manquement est puni par une contravention de 3^e classe⁸²⁰. La raison de cette interdiction tient au risque pour la santé humaine. Ces encres sont issues d'un mélange dérivé du pétrole brut et l'ANSES⁸²¹ les considère comme cancérigènes ce qui

812 L. ARCELIN, « Publicité. – Supports publicitaires », *JCl. Concurrence – Consommation*, fasc. 793, maj. 2020, n° 106.

813 C. envir., art. L. 541-15-16, issu de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, art. 47.

814 C. envir., art. L. 541-15-17, issu de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (loi AGEC), art. 48.

815 Ibidem.

816 Article 79 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

817 C. forestier, art. L. 124-1 s. – De manière moins technique, la gestion durable des forêts est définie comme une gestion « d'une manière et d'une intensité telles qu'elles maintiennent leur diversité biologique, leur productivité, leur capacité de régénération, leur vitalité et leur capacité à satisfaire, actuellement et pour le futur, les fonctions écologiques, économiques, sociales pertinentes, au niveau local, national et international, et qu'elles ne causent pas préjudice à d'autres écosystèmes » (Union Européenne, Conférence d'Helsinki 1993).

818 C. forestier, art. L. 124-2.

819 Les conditions d'applications ont été fixées par voie réglementaire : décret n° 2020-1725 du 29 déc. 2020 et arrêté du 13 avr. 2022 précisant les substances contenues dans les huiles minérales dont l'utilisation est interdite sur les emballages et pour les impressions à destination du public.

820 C. envir., art. D. 543-213-1.

821 Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail.

rend délicat le recyclage des papiers imprimés avec des encres de ce type⁸²².

370. Tickets et bons d'achat papier. En dernier lieu, la lutte contre les déchets papier se concrétise par l'interdiction de l'impression et de la distribution systématique de tickets papier, notamment dans les surfaces de vente⁸²³. L'objectif est double : réduire la consommation de papier puisqu'environ 12,5 milliards de tickets de caisse sont imprimés chaque année en France et limiter l'exposition de la population aux substances dangereuses pour la santé présentes sur la majorité de ces tickets imprimés. L'entrée en vigueur de cette prohibition a été retardée au 1^{er} août 2023⁸²⁴. Les impressions papiers concernées sont les suivantes : il s'agit des tickets de caisse, des bons d'achat et des tickets visant à la promotion ou à la réduction des prix d'articles de vente dans les surfaces de vente et dans les établissements recevant du public⁸²⁵ ; il s'agit également des tickets de carte bancaire⁸²⁶ et des tickets fournis par des automates⁸²⁷. Toutefois, aucune sanction n'a encore été prévue.

L'impression et la distribution systématiques des tickets et bons d'achat s'entendent de leur impression et de leur remise à chaque client pour toute transaction, quels que soient le montant et la nature de celle-ci⁸²⁸. Les bons d'achat et les tickets de promotion ou de réduction de prix peuvent toujours être communiqués au consommateur, mais sur demande de ce dernier. À cet effet, il est prévu, que dans les surfaces de vente et les établissements recevant du public, le consommateur est informé, à l'endroit où s'effectue le paiement, par voie d'affichage et de manière lisible et compréhensible, que, sauf exception légale, l'impression et la remise des tickets de caisse et de carte bancaire ne sont réalisées qu'à sa demande⁸²⁹. Le principe comprend néanmoins quatre séries d'exception prévues à l'article D. 541-371 du Code de l'environnement⁸³⁰. Cela comprend, notamment, des tickets de caisse ou autres documents de facturation remis aux consommateurs sur lesquels sont mentionnées l'existence et la durée de la garantie légale de conformité en application de l'article D. 211-7 du Code de la consommation. Il s'agit par exemple des appareils électroménagers, équipements informatiques ou encore des produits électroniques grand public⁸³¹.

371. Critiques. La restriction drastique de l'usage du papier, sans attendre l'évolution naturelle des pratiques de tous les différents acteurs, devrait être davantage réfléchie.

D'une part, il y a un risque de diminuer l'effectivité des droits des consommateurs. En effet, le ticket de caisse possède au moins deux fonctions. Il s'agit d'une preuve d'achat et donc de paiement. Il possède également une fonction informative puisqu'il doit comporter les coordonnées du professionnel, la désignation des produits achetés, leur quantité et leur prix ainsi que la date et l'heure du paiement. Jusqu'à présent, son impression et sa distribution systématique permet aux consommateurs de fournir immédiatement un justificatif de paiement pour sortir d'un magasin notamment. Il permet également de retourner un produit contre remboursement sur présentation du

822 C. envir., art. D. 543-213, issu du décret n° 2020-1725 du 29 décembre 2020, art. 5 portant diverses dispositions d'adaptation relatives à la responsabilité élargie des producteurs : les huiles minérales interdites sont « celles comportant des substances perturbant le recyclage des déchets d'emballages ou limitant l'utilisation du matériau recyclé en raison des risques présentent ces substances pour la santé humaine. ».

823 Loi AGEC, art. 49 ; C. envir., art. L. 541-15-10, IV, 4°.

824 Décret n° 2023-237 du 31 mars 2023 modifiant le décret n° 2022-1565 du 14 décembre 2022 relatif aux conditions et modalités d'application du IV de l'article L. 541-15-10 du code de l'environnement.

825 C. envir., art. L. 541-10-15, IV, 1° et 4°.

826 C. envir., art. L. 541-10-15, IV, 2°.

827 C. envir., art. L. 541-10-15, 3°.

828 C. envir., art. D. 541-370, créé par le décret n° 2022-1565 du 14 décembre 2022 relatif aux conditions et modalités d'application du IV de l'article L. 541-15-10 du code de l'environnement, art. 1.

829 C. envir., art. D. 541-372.

830 Disposition issue de l'article 1er du décret n° 2022-1565 du 14 décembre 2022.

831 La liste exhaustive est précisée à l'article D. 211-6 du Code de la consommation.

ticket. Il y a donc des risques que la suppression et la distribution systématique du ticket de caisse restreignent en pratique les droits des consommateurs.

D'autre part, l'interdiction de l'impression et distribution systématique du ticket de caisse papier peut conduire à une utilisation massive des tickets dématérialisés dont les conséquences écologiques et en matière de protection des données personnelles n'ont pas été assez évaluées. Or, il n'existe pas d'évaluation de l'impact écologique global de ce changement. Certes, la DGCCRF dans sa FAQ de juillet 2023⁸³² donne des exemples de solutions à privilégier à faible impact environnemental (notamment le recours au QR code) et renvoie sur ce sujet au dossier en ligne de la CNIL⁸³³. Mais la question de la fracture numérique demeure posée.

Proposition

52 Mener une étude globale sur les conséquences écologiques, sociétales, numériques et juridiques des restrictions à l'usage du papier pour l'impression des tickets de caisse dans la perspective de parvenir à un cadre réglementaire plus équilibré.

II.D.2.1.2. L'envoi d'imprimés publicitaires non adressés

372. 30 kilos annuels par foyer. « Chaque année, environ 18 milliards d'imprimés transitent dans [les] boîtes aux lettres, soit 800 000 tonnes de papier, et une moyenne de 30 kilos annuels par foyer. La fabrication, la distribution, le ramassage et le recyclage de ces imprimés représentent un coût considérable pour la collectivité⁸³⁴. » Or, l'impact d'une tonne de papier est estimé à une tonne de CO₂.

373. Stop-pub. À l'origine, des associations de consommateurs, dont l'UFC-Que Choisir, et de protection de l'environnement s'étaient mobilisées pour promouvoir l'apposition par les titulaires de boîte aux lettres du logo « stop-pub ». Les personnes qui apposait ce logo manifestaient ainsi leur refus de recevoir de la publicité non adressée. Toutefois, cette pratique purement volontaire n'interdisait en rien aux professionnels de continuer à distribuer des imprimés non adressés. C'est la raison pour laquelle le législateur a fini par sanctionner, à partir du 1^{er} janvier 2021, d'une amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe « le non-respect d'une mention apposée faisant état du refus de la part de personnes physiques ou morales de recevoir à leur domicile ou à leur siège social des publicités non adressées⁸³⁵ ». Il s'agit d'un opt-out. La distribution de publicité non adressée par un annonceur est en principe licite sauf si les personnes physiques ou morales les recevant ont fait état du refus de les recevoir.

374. Oui-pub : expérimentation. L'article 21 de la loi Climat propose d'aller plus loin dans la restriction de ce mode de sollicitation en organisant une expérimentation d'un dispositif dit d'opt-in autrement dénommé « oui pub »⁸³⁶. Dans le cadre de ce dispositif, le principe devient alors l'interdiction de

832 <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/impression-des-tickets-de-caisse-et-autres-la-demande-des-clients>.

833 <https://www.cnil.fr/fr/fin-de-limpression-systematique-du-ticket-de-caisse-queelles-solutions-sont-possibles-et-queelles-sont>.

834 Rapport sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (n° 2274), art. 5 bis D : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-dvp/l15b2454-t1_rapport-fond#_Toc256000051.

835 C. envir., art. L. 541-15-15, dans a version issue de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (loi AGEC), art. 46.

836 Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, art. 21.

la distribution d'imprimés publicitaires non-adressés. Par exception, les personnes souhaitant recevoir de tels imprimés papier peuvent apposer une mention « oui-pub » pour manifester leur consentement à la réception de telles publicités. Toutefois, les conséquences de cette disposition tant d'un point de vue l'impact écologique qu'économique et social demeurent incertaines⁸³⁷. En effet, l'apposition de la mention « stop-pub » plafonne à 17%-20% des boîtes aux lettres, ce qui pourrait être interprété comme un attachement des personnes à la publicité non adressée. D'autre part, la sensibilité à ce type de publicité n'est pas identique sur tout le territoire. Dans les métropoles, l'utilisation du catalogue électronique est beaucoup plus évidente que dans les zones rurales où demeure encore une forte consommation du prospectus papier. C'est la raison pour laquelle le législateur a choisi la voie de l'expérimentation⁸³⁸. Celle-ci est mise en place dans des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales ayant défini un programme de prévention des déchets ménagers⁸³⁹. La loi prévoit que l'expérimentation ne peut concerner plus de quinze collectivités et/ou groupement dont la population totale ne peut excéder 10 % de la population française totale. La durée de l'expérimentation de l'opt-in publicitaire s'étale du 1^{er} décembre 2022 au 2 février 2025⁸⁴⁰. Les collectivités et groupements participant à l'expérimentation sont finalement au nombre de 14 et représentent 2,5 millions d'habitants⁸⁴¹. Six mois avant la fin de l'expérimentation, le Gouvernement devra remettre un parlement un rapport afin d'établir un bilan des mesures et donc permettant d'évaluer la pertinence de sa pérennisation.

II.D.2.2. La réduction des déchets plastiques

375. Économie circulaire. L'objectif de réduction des déchets plastiques constitue un point crucial des politiques européenne⁸⁴² et nationale pour le développement de l'économie circulaire⁸⁴³. Les enjeux sont multiples : économie d'énergie et d'émission de CO₂ liée à la production du plastique ; lutte contre la pollution des plastiques dans l'environnement (notamment dans l'eau) et réduire l'exposition des populations aux particuliers de plastique. Pour ce faire la France se donne pour objectif d'atteindre la fin de la mise sur le marché d'emballages en plastique à usage unique d'ici à 2040⁸⁴⁴. La loi relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire a introduit de nombreuses mesures en ce sens. La plus emblématique réside dans son article 78 et a été codifiée à l'article L. 541-49-1 du code de l'environnement : « À compter du 1^{er} janvier 2022, les publications de presse, au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime

837 Étude d'impact du projet de loi portant la lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, NOR : TRES2100379L / Bleue-2, 10 févr. 2021, p. 86 s.

838 Au sens de l'article 37-1 de la Constitution : « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. ».

839 En application de l'article L. 541-15-1 du Code de l'environnement.

840 Décret n° 2022-1478 du 28 novembre 2022 modifiant le décret n° 2022-764 du 2 mai 2022 relatif à l'expérimentation d'un dispositif interdisant la distribution d'imprimés publicitaires non adressés en l'absence d'une mention expresse et visible sur la boîte aux lettres ou le réceptacle du courrier (« Oui Pub »).

841 Décret n° 2022-765 du 2 mai 2022 fixant la liste des collectivités et groupements de collectivités territoriales participant à l'expérimentation d'un dispositif interdisant la distribution d'imprimés publicitaires non adressés en l'absence d'une mention expresse et visible sur la boîte aux lettres ou le réceptacle du courrier (« Oui Pub ») tel que modifié par le décret n° 2022-1479 du 28 novembre 2022 : Sartrouville, Grenoble Alpes Métropole, SYTRAD (Syndicat de traitement des déchets Ardèche-Drome), SICTOBA (Syndicat Intercommunal de Collecte et Traitement des Ordures ménagères de la Basse Ardèche), Communauté de communes Vallée de l'Ubaye Serre-Ponçon (CCVUSP), UNIVALOM (Syndicat mixte pour la valorisation des déchets ménagers), LEFF Armor Communauté, Romainville Saint-Agne, Agglomération D'Agén, SMICVAL Libournais Haute Gironde (Syndicat Mixte Intercommunal de Collecte et de Valorisation du Libournais Haute Gironde), Métropole du Grand Nancy, Bordeaux, Troyes Champagne Métropole, SYVADEC Corse (Syndicat de valorisation des déchets de la Corse), Communauté urbaines de Dunkerque Grand littoral.

842 Directive 2019/904 du 5 juin 2019, relative à la réduction de l'incidence de certains produits en plastique sur l'environnement et Pacte vert pour l'environnement, COM(2019) 640 final, du 11 décembre 2019.

843 Loi n° 2020-105 du 10 févr. 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (loi AGECE), art. 1 à 5.

844 C. com., art. L. 541-10-7 créé par Loi n° 2020-105 du 10 févr. 2020 – art. 7.

juridique de la presse, ainsi que la publicité, adressée ou non adressée, sont expédiées sans emballage plastique. » Constitue un emballage, tout « objet, quel que soit la nature des matériaux dont il est constitué, destiné à contenir et à protéger des marchandises, à permettre leur manutention et leur acheminement du producteur au consommateur ou à l'utilisateur, et à assurer leur présentation. Tous les articles « à jeter » utilisés aux mêmes fins doivent être considérés comme des emballages⁸⁴⁵. » Le plastique s'entend quant à lui d'un « matériau constitué d'un polymère tel que défini au 5 de l'article 3 du règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006, auquel des additifs ou autres substances peuvent avoir été ajoutés, et qui peut jouer le rôle de composant structurel principal de produits finaux, à l'exception des polymères naturels qui n'ont pas été chimiquement modifiés⁸⁴⁶ ». Il est encore à signaler l'interdiction énoncée à l'article 81 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, dite loi AGEC, de mettre « à disposition, à titre gratuit, des jouets en plastique dans le cadre de menus destinés aux enfants. » Toutefois, si le législateur prévoyait une interdiction au plus tard le 1^{er} janvier 2022 : le décret d'application n'a toujours pas été adopté.

376. Distribution d'échantillons. D'autres mesures ont été adoptées sans viser explicitement l'encadrement de l'usage du plastique. L'article 47 de la loi AGEC interdit par exemple la « distribution dans les boîtes aux lettres de cadeaux non sollicités visant à faire de la promotion commerciale à l'attention des consommateurs⁸⁴⁷. » Cette interdiction est sanctionnée d'une amende prévue pour les contraventions de 5^e classe⁸⁴⁸. Enfin, la proposition de la Convention citoyenne pour le climat d'encadrer la distribution d'échantillons promotionnels⁸⁴⁹ a été reprise par l'article 22 de la loi Climat et Résilience et codifiée à l'article L. 541-15-10, V : il est « interdit de fournir à un consommateur, sans demande de sa part, un échantillon de produit dans le cadre d'une démarche commerciale. » La distribution d'échantillons n'est pas totalement interdite, mais seulement encadrée. D'une part, une disposition expresse prévoit que « L'acte d'achat ou d'abonnement à une publication de presse, au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, emporte présomption de demande de la part du consommateur des éventuels échantillons que cette publication peut contenir, dès lors que cette présence est indiquée ou visible. » D'autre part, le consommateur peut toujours bénéficier d'une remise d'échantillon s'il en manifeste la volonté. Toutefois, alors que l'interdiction devait entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} juillet 2022, le décret d'application n'a toujours pas été adopté⁸⁵⁰. Tant dans l'intérêt de l'environnement que des professionnels, il est urgent que les décrets d'application des mesures suivantes soient adoptés : l'interdiction de fourniture d'échantillon promotionnel sans consentement des prospects ; la sanction de l'interdiction d'emballage plastique des publicités adressées ou non⁸⁵¹.

845 C. envir., art. R. 543-43.

846 Décret n° 2021-517 du 29 avril 2021 relatif aux objectifs de réduction, de réutilisation et de réemploi, et de recyclage des emballages en plastique à usage unique pour la période 2021-2025, art. 1, 2°.

847 C. envir., art. L. 541-15-16, II.

848 C. envir., art. L. 541-15-16, III.

849 Convention citoyenne pour le climat, 4 oct. 2019 – 21 juin 2020, proposition C.2.2.6.

850 Contrôle de l'application de la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets : <https://www.senat.fr/application-des-lois/pjl20-551.html>.

851 Il en est de même du décret interdisant la mise à disposition à titre gratuit de jouets en plastique gratuits dans le cadre de menus destinés aux enfants. En effet, le jouet sert souvent d'argument de vente des différentes enseignes. Le jouet est utilisé pour susciter l'envie de l'enfant de prendre un repas « à part entière ». C'est le désir du jouet qui est le mode de sollicitation.

LISTE DES PROPOSITIONS DE LA SECONDE PARTIE

Typologie des modes de sollicitation

- 24** Corriger la rédaction de l'article L. 224-59 du Code de la consommation pour le conformer à la jurisprudence européenne (CJUE, 7 août 2018, aff. C-485/17, Verbraucherzentrale Berlin).

Le texte pourrait être ainsi rédigé :

« Avant la conclusion de tout contrat entre un consommateur et un professionnel sur un stand pouvant être considéré comme un établissement commercial, à l'occasion d'une foire, d'un salon ou de toute manifestation commerciale relevant du chapitre II du titre VI du livre VII du code de commerce, le professionnel informe le consommateur qu'il ne dispose pas d'un droit de rétractation.

Un stand n'est un établissement commercial que si, au regard notamment de l'apparence du stand sur lequel le professionnel exerce ses activités et des informations relayées dans les locaux de la foire elle-même, un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé peut raisonnablement s'attendre à ce que ce professionnel y exerce ses activités et le sollicite afin de conclure un contrat ».

1^{ère} finalité des modes de sollicitation :

Assurer une police de la sollicitation

Habilitation des acteurs de la sollicitation

- 25** Créer des conditions d'exercice (honorabilité, compétence, capacité financière, assurance) et d'immatriculation pour les démarcheurs de produits complexes et de dispositifs pouvant faire l'objet d'une variation de rentabilité.

Réglementation du comportement des auteurs de la sollicitation

Prospection automatisée

- 26** Modifier l'article L. 221-17, alinéa 3 du code de la consommation habilitant l'ARCEP à donner un avis avant l'adoption d'arrêtés ministériels destinés à interdire l'usage de certains numéros d'appel par les plateformes de prospection commerciale aux fins de le mettre en conformité avec l'article 24 de la loi n°2021-13485 du 15 novembre 2021 habilitant l'ARCEP à procéder à cette interdiction.
- 27** Revoir la cohérence des sanctions : la sanction consistant en un blocage de l'appel pour une plateforme de prospection commerciale utilisant un numéro territorialisé n'apparaît pas dissuasive par comparaison avec, dans le même registre, l'amende administrative d'un montant de 375 000 € pour une personne morale utilisant un numéro masqué.

Opposition téléphonique

- 28** Maintenir la liste d'opposition Bloctel.

- 29** Clarifier la notion de contrat en cours « d'exécution » qui fonde l'exception client, celle-ci pouvant être entendue comme un contrat conclu ou un contrat ayant reçu un commencement d'exécution de la prestation.
- 30** Consacrer dans l'article L. 223-1 alinéa 2 du code de la consommation l'exception du consentement autorisée par la DGCCRF dans la FAQ Bloctel en s'inspirant de la définition du consentement donnée par l'article 4. 11° du RGPD. Il serait ainsi prévu que lorsque le consommateur est inscrit sur Bloctel, le démarchage est licite en présence de « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair* » d'être appelé.
- 31** Etendre à la fréquence des appels l'exception du consentement préalable prévue à l'article D. 223-9, alinéa 2 du code de la consommation pour les jours et horaires : « Toutefois, le professionnel ou une personne agissant pour son compte peut solliciter par voie téléphonique un consommateur en dehors de ces jours, de ces plages horaires et plus de quatre fois au cours d'une période de trente jours calendaires, s'il a obtenu le consentement exprès et préalable du consommateur et qu'il peut l'établir.
- 32** Définir le consentement préalable du consommateur comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, au sens de l'article 4, 11° du RGPD, par laquelle le consommateur accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair » d'être appelé en dehors de ces jours, de ces plages horaires et plus de quatre fois au cours d'une période de trente jours calendaires.

Prospection pour la rénovation énergétique

- 33** Mener, au plan européen, une réflexion sur l'introduction d'un devoir de conseil à la charge des professionnels proposant aux consommateurs des contrats portant sur des dispositifs techniques, complexes ou de rentabilité pouvant faire l'objet d'une variation tels les panneaux photovoltaïques.

2^{ème} finalité des modes de sollicitation : Assurer le respect de la vie privée

- 34** Alerter les pouvoirs publics européens et nationaux sur le besoin d'affiner les informations pertinentes sur la collecte des données personnelles par les traceurs et les conséquences de cette collecte afin de laisser le contrôle au consommateur tout en préservant, pour le professionnel, la qualité de la donnée qui pourra être collectée.
- 35** Différencier les règles relatives aux exigences du consentement selon les finalités des cookies (ex. fonctionnels – publicitaires) tout en maintenant l'exigence d'un recueil du consommateur à l'utilisation de données ayant une finalité de publicité commerciale.
- 36** Clarifier ce que recouvre « une décision emportant des effets juridiques ou similaires » au sens de l'article 22 du RGPD afin de mieux identifier les cas où la prospection commerciale impliquant une telle prise de décision sont ou non conformes aux exigences du RGPD.
- 37** Introduire au sein de l'article 46 du RGPD relatif aux obligations de vérification et d'audit des garanties offertes par la législation de l'Etat importateur des données à caractère personnel lors du transfert de données entre partenaires tiers et indépendants hors de la zone UE des critères de seuils (taille des acteurs) et de finalité du transfert afin d'alléger la charge des obligations pesant sur les petits acteurs exportateurs de données.
- 38** Lors des transferts de données personnelles dans le cadre d'une relation de sous-traitance, encourager le recours aux « *Clauses Contractuelles Types sous-traitant* » (issues de la Déci-

sion d'exécution (UE) 2021/915 de la Commission européennes du 4 juin 2021) chaque fois que la relation l'autorise.

- 39** Développer les bonnes pratiques déjà existantes permettant d'offrir aux consommateurs deux parcours de navigation invitée selon la collecte des données autorisées, sans incidence sur l'offre commerciale proposée.

3^{ème} finalité des modes de sollicitation

Lutter contre les sollicitations dites agressives

Démarchage bancaire et financier à distance

- 40** Supprimer la condition d'une prise de contact « non sollicitée » formulée à l'article L. 341-1, alinéa 1 du code monétaire et financier au titre de la définition du démarchage bancaire et financier à distance. L'acte de démarchage doit être caractérisé quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche. S'inspirant de la définition du démarchage physique contenue dans l'article L 341-1, alinéa 2 du code monétaire et financier, il est suggéré de modifier l'article L. 341-1, alinéa 1 : « *« Constitue un acte de démarchage bancaire ou financier, quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche, toute prise de contact, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée, en vue d'obtenir, de sa part, un accord (...)* ».

Spamming

- 41** Maintenir le dispositif de l'opt-in.
- 42** Assurer en pratique une symétrie entre le « parcours » du désabonnement et de l'abonnement aux listes de prospection afin de simplifier le désabonnement pour le consommateur.

Pratiques agressives en toutes circonstances :

visites au domicile du consommateur en refusant de quitter les lieux ou de ne pas y revenir

- 43** Clarifier la notion d'exception client dans le point 25 de l'annexe de la directive 2005/29 et dans l'article L. 121-7, 2° du code de la consommation pour éviter une divergence d'interprétation entre la directive (les États membres peuvent exclure de l'interdiction les visites liées à l'exécution d'un contrat déjà conclu avec le professionnel) et le droit français (l'interdiction n'est exclue que si un texte spécial autorise le professionnel à des visites au domicile dans le cadre de l'exécution du contrat, les dits textes spéciaux n'existant guère en droit français).

Pratiques agressives ponctuelles : harcèlement apprécié au cas par cas

- 44** Compléter l'article L. 121-6 du code de la consommation relatif à la qualification de pratique commerciale agressive (transposant l'article 8 de la directive 2005/29) pour ajouter au titre de ses manifestations « l'influence injustifiée » aux côtés des « sollicitations répétées et insistantes » et de l'usage d'une contrainte. Clarifier l'articulation entre cette qualification d'origine européenne et la qualification française d'abus de faiblesse (C. consom., art. L. 121-8).

**Protection du libre consentement du consommateur sollicité
par des pratiques agressives**

- 45** Alerter les pouvoirs publics européens sur la difficulté à faire respecter l'ensemble des informations précontractuelles édictées à l'article 6 §, 1, de la directive 2011/83 pour les contrats hors établissement.
- 46** Alerter les pouvoirs publics, nationaux et européens, sur l'importance de réfléchir, avec toutes les parties prenantes, à l'allègement du contenu de l'information précontractuelle en identifiant les informations pertinentes.

**Allègement et éviction du formalisme informatif
à raison de la perte du caractère agressif**

- 47** Introduire dans le code de la consommation un formalisme allégé pour les contrats hors établissement lorsque le consommateur a explicitement fait appel aux services du professionnel pour effectuer des travaux de réparation ou de maintenance et en vertu desquels le professionnel et le consommateur exécutent immédiatement leurs obligations contractuelles et le paiement à effectuer par le consommateur ne dépasse pas 200 EUR.
- 48** Ecarter dans le code de la consommation le formalisme pour les contrats hors établissement pour lesquels le paiement à charge du consommateur n'excède pas 50 EUR.

Réaction aux effets néfastes de la sollicitation par l'octroi d'un droit de rétractation

- 49** Modifier l'article L. 341-16, III, 3° du code monétaire et financier relatif au démarchage bancaire et financier en indiquant que
- « Le délai de rétractation prévu au premier alinéa du I ne s'applique pas :
- 3° Aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse de la personne démarchée avant que cette dernière n'exerce son droit de rétractation et après reconnaissance par elle de la perte de son droit de rétractation ».

Réaction aux effets néfastes de la sollicitation par l'octroi d'un différé de paiement

- 50** Maintenir le différé de paiement en modifiant l'article L. 221-10 du code de la consommation relatif aux contrats hors établissement aux fins de pouvoir obtenir un acompte en cas d'exécution immédiate de la prestation.

**Proposition conclusive de l'étude de la 3^{ème} finalité des modes de sollicitation
(lutter contre les sollicitations dites agressives)**

- 51** Créer une mission interministérielle destinée à améliorer l'articulation des règles relatives à la prospection téléphonique.

4^{ème} finalité des modes de sollicitation – Protéger l'environnement

- 52** Mener une étude globale sur les conséquences écologiques, sociétales, numériques et juridiques des restrictions à l'usage du papier pour l'impression des tickets de caisse dans la perspective de parvenir à un cadre réglementaire plus équilibré.

TABLEAUX RECAPITULATIFS DES PROCESSUS DE SOLLICITATION

N.B.

- Etant tombé en désuétude, le démarchage bancaire et financier opéré physiquement n'est pas présenté
- Seuls sont mentionnés les aspects liés à la prospection à l'exclusion du détail des aspects liés à la contractualisation (offre, contrat, droit de rétractation etc...)
- Hormis le droit d'opposition, les aspects liés aux données personnelles ne sont pas mentionnés

| | ETAPE 1 | ETAPE 2 | ETAPE 3 | ETAPE 4 | DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 |
|--|---|---|--|--|--|
| DEMARCHAGE TELEPHONIQUE HORS VENTE, TRAVAUX ECONOMIE ENERGIE ET PRODUCTION ENERGIE RENOUVELABLE | ETAPE 1 Vérifier absence inscription Bloctel (C. consom art. L.223-1,al.1) OPT OUT Vérifier absence inscription Bloctel (C. consom art. L.223-1,al.1) | ETAPE 2 Vérifier exception client : contrat en cours ? NON => pas d'appel OUI => Vérifier le rapport avec l'objet du contrat (C. consom., art. L. 223-1, al.2) | ETAPE 3 Appeler en respectant Jours, Horaires, Fréquence (C. consom. art. D. 223-9) sauf consentement du consommateur pour être appelé hors cadre temporel (FAQ, Décret, question 5) Appeler en respectant Jours, Horaires, Fréquence (C. consom. art. D. 223-9) sauf consentement du consommateur pour être appelé hors cadre temporel (FAQ, Décret, question 5) Appeler uniquement pour les produits ou services pour lesquels le consommateur a demandé à être appelé | ETAPE 4 -Utiliser un numéro masqué (C. consom., art. L. 221-17) et dédié (Décision ARCEP n°2022-1583) -S'identifier et rappeler au consommateur son droit de s'inscrire sur Bloctel (C. consom., art L. 221-16. L. 221-17) | A tout moment le consommateur peut exercer son droit d'opposition (RGPD, art. 21.2) Il faut supprimer les DP. Le démarchage tel n'est plus possible |
| | ETAPE 1 Consommateur inscrit Consommateur non inscrit | ETAPE 2 Vérifier exception client : contrat en cours ? NON => pas d'appel OUI => Vérifier le rapport avec l'objet du contrat (C. consom., art. L. 223-1, al.2) Ne pas vérifier exception client si le consommateur a donné son consentement (appel sollicité) (FAQ Bloctel, Pro, § 4.1.1) | ETAPE 3 Appeler en respectant Jours, Horaires, Fréquence (C. consom. art. D. 223-9) sauf consentement du consommateur pour être appelé hors cadre temporel (FAQ, Décret, question 5) Appeler en respectant Jours, Horaires, Fréquence (C. consom. art. D. 223-9) sauf consentement (FAQ, Décret, question 5) Appeler uniquement pour les produits ou services pour lesquels le consommateur a demandé à être appelé | ETAPE 4 Utiliser un numéro non masqué (C. consom., art. L. 221-17) et dédié (Décision ARCEP n°2022-1583) -S'identifier et rappeler au consommateur son droit de s'inscrire sur Bloctel (C. consom., art L. 221-16. L. 221-17) | DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 |
| ABSENCE D'INCIDENCE DE BLOCTEL Consommateurs inscrits et non inscrits | ETAPE 1 Vérifier exception client : contrat en cours ? NON => pas d'appel OUI => Vérifier le rapport avec l'objet du contrat (C. consom., art. L. 223-1, al.2) Ne pas vérifier exception client si le consommateur a donné son consentement (appel sollicité) (Site internet DGCCRF renforcement lutte démarchage abusif) | ETAPE 2 Appeler en respectant Jours, Horaires, Fréquence (C. consom. art. D. 223-9) sauf consentement du consommateur pour être appelé hors cadre temporel (FAQ, Décret, question 5) Appeler en respectant Jours, Horaires, Fréquence (C. consom. art. D. 223-9) sauf consentement (FAQ, Décret, question 5) | ETAPE 3 Appeler en respectant Jours, Horaires, Fréquence (C. consom. art. D. 223-9) sauf consentement du consommateur pour être appelé hors cadre temporel (FAQ, Décret, question 5) | ETAPE 4 Utiliser un numéro non masqué (C. consom., art. L. 221-17) et dédié (Décision ARCEP n°2022-1583) -S'identifier et rappeler au consommateur son droit de s'inscrire sur Bloctel (C. consom., art L. 221-16. L. 221-17) | DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 |

| | | | | | |
|--|--|---|---|--|---|
| <p>PROSPECTION DIRECTE (SMS – MMS – NOTIFICATIONS PUSH - Courriers électroniques) Tous types de produits et services (inclusion du démarchage bancaire ou financier) (CPCE, art. L. 34-5)</p> | <p>ETAPE 1 OPT IN Vérifier qu'un consentement préalable à une prospection directe a été donné</p> | <p>Personne ayant donné son consentement</p> <p>Personne n'ayant pas donné son consentement => Sollicitation interdite</p> | <p>ETAPE 2 Sollicitation possible par SMS, MMS, Notif. PUSH, Courriers électr.</p> | <p>Ne pas procéder à une sollicitation répétée</p> | <p>DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 A tout moment le consommateur peut exercer son droit d'opposition (RGPD, art. 21.2)</p> <p>Il faut supprimer les DP. La sollicitation n'est plus possible</p> |
| <p>Exception : Recueil des coordonnées du client en respectant loi de 1978 et art. 6 RGPD + Information du consommateur sur l'utilisation du courriel aux fins de prospection + Indication d'un moyen de se désabonner</p> | | <p>Sollicitation possible -par courriers électroniques (Interdiction des SMS, MMS, PUSH) -pour des produits et services analogues à ceux achetés ou souscrits par le client</p> | | | |

| | CONDITION PREALABLE AU DEMARCHAGE | CONDITION PREALABLE AU DEMARCHAGE | DEMARCHAGE | DEMARCHAGE POSSIBLE | REGIME PROTECTEUR | DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 |
|--|--|---|--|---|--------------------------------|---|
| DEMARCHAGE PRODUITS FINANCIERS A DISTANCE | Etre inscrit sur le registre ORIAS Etre assuré Pour les CIF : Etre adhérent auprès d'une association professionnelle contrôlée par l'AMF (CMF, art. L. 541-4) | Vérifier que les produits financiers ne sont pas exclus du démarchage (CMF, art. L. 341-10) Pour les CIF démarchage pour les activités qui relèvent de leurs activités | DEMARCHAGE DU CONSOMMATEUR (Investisseur non qualifié) (CMF, art. L. 341-2, 1°) | Exception client (CMF, art. L. 341-2, 5°) | Exclu (CMF, art. L. 341-2, 5°) | A tout moment le consommateur peut exercer son droit d'opposition (RGPD, art. 21.2) |
| | | | | Prise de contact sollicitée (Reverse sollicitation) (CMF, art. L. 341-1, al. 1) | Exclu | Il faut supprimer les DP. La prospection n'est plus possible |
| | | | | Autre | Applicable | |

| | | | | | |
|------------------------------|---|---|---|--|---|
| DEMARCHAGE A DOMICILE | NEANT Si le respect de Jours, Horaires, Fréquence avait été introduit, il aurait constitué la première étape. | ETAPE 1 | ETAPE 2 | PROCESSUS CONTRACTUEL | DROIT D'OPPOSITION RGPD, art.21.2 |
| | | OPT OUT VERIFIER l'absence de « STOP DEMARCHAGE » (C. consom. art. L. 222-10-1) | ABSENCE D'UN STOP DEMARCHAGE => Sollicitation possible | Pas de manifestation d'une opposition pendant la visite (C. consom. art. L. 121-7, 2°) => Processus pré contractuel et contractuel s'enclenche | Remise d'une offre Remise d'un contrat Différé de paiement Droit de rétractation |
| | | PRESENCE D'UN STOP DEMARCHAGE => Sollicitation interdite Délit de visite non sollicitée (C. consom. art. L. 222-10-1) => Absence d'exception client | Manifestation par le consommateur d'une opposition pendant la visite => Sollicitation doit cesser Délit de pratique agressive (C. consom. art. L. 121-7, 2°) - En cas de harcèlement, contrainte, influence injustifiée => Délit (C. consom. art. L. 121-6) -En cas d'abus de la faiblesse => Délit (C. consom. art. L. 121-8) | | Il faut supprimer les DP. La sollicitation n'est plus possible |

LA CHAIRE DROIT DE LA CONSOMMATION a pris l’initiative de consacrer son premier travail de recherche à la sollicitation du consommateur. Ce rapport analyse la pertinence globale de la législation française et européenne entourant la sollicitation du consommateur et propose des améliorations. À l’occasion de son colloque de restitution le 12 décembre 2023, la Chaire Droit de la consommation a présenté et discuté ses propositions en présence de Marie-Paule Benassi de la Commission européenne et Philippe Guillermin de la DGCCRF.

La sollicitation du consommateur est au cœur de l’activité économique ; elle réunit tous les procédés, pratiques et techniques, mis à la disposition des professionnels pour capter l’attention du consommateur afin de lancer de nouveaux produits, proposer de nouvelles offres ou se positionner sur un marché. Si la sollicitation est utile au consommateur, celui-ci a besoin d’une protection afin d’assurer un consentement libre et éclairé à ses décisions commerciales. Les modes de sollicitation se sont considérablement diversifiés, de la publicité à l’offre en passant par toutes les phases de prospection physique et numérique. Bien que libre par principe, la sollicitation commerciale fait l’objet d’un encadrement législatif foisonnant et disparate, d’origine tant européenne que nationale. Celui-ci intervient souvent au coup par coup, au gré du constat de dérives dans certains secteurs, sans être toujours accompagné d’une vision d’ensemble. C’est précisément cette vision que s’attache à rétablir ce rapport.

Rédigé par des universitaires, ce rapport est le fruit d’un travail collectif et d’une réflexion commune construite au sein de la Chaire Droit de la consommation réunissant universitaires et partenaires professionnels afin de prendre en compte, au-delà de la cohérence des règles, leur effectivité à travers les difficultés d’application que seule la pratique est susceptible de révéler pleinement. La diversité des partenaires et surtout leur représentativité de différents intérêts donnent toute leur force aux analyses et propositions communes.

