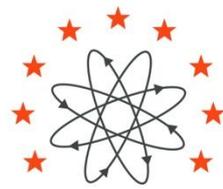




CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

Droit de la consommation et des pratiques commerciales

MÉMOIRE 2021

**L'encadrement du démarchage téléphonique par la loi
du 24 juillet 2020**

MAAZOU Fériel

Sous la direction de SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, Professeure en droit privé –
Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines



faculté
de droit



CERGY PARIS

UNIVERSITÉ

REMERCIEMENTS

Avec toute ma reconnaissance, je souhaite adresser mes sincères remerciements :

À Madame la Professeure Natacha Sauphanor-Brouillaud, directrice de mon mémoire, pour avoir enrichi ma réflexion par son enseignement et ses précieux conseils.

À Madame la Professeure Carole Aubert de Vincelles, directrice du Master 2 Droit de la consommation et des pratiques commerciales, pour son accompagnement, sa bienveillance et bien plus.

À Mesdames Lanoë Florence et Pallu Delphine, pour m'avoir accueillie au sein de la direction juridique d'ENGIE.

À mon père, sans qui rien de tout cela n'aurait été possible,

À ma mère, pour son soutien inconditionnel,

À mes soeurs, pour leur encouragement et particulièrement Yasmina, pour avoir rendu plus belles toutes ces années universitaires et pour sa relecture.

À Nayl, pour avoir fait preuve de patience et pour avoir cru en moi depuis le premier jour.

À Nafissa et Pauline, pour leur présence dans les périodes les plus difficiles et pour leur amitié.

À la première promotion 2020-2021 du Master DCPC, pour cette belle année.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ANAH	Agence nationale de l'habitat
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNC	Conseil national de la consommation
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DGCCRF	Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes
FVD	Fédération de la Vente Directe
INC	Institut national de la consommation
PME	Petite ou moyenne entreprise
RGPD	Règlement général sur la protection des données
SP2C	Syndicat des professionnels des Centres de Contacts
TPE	Très petite entreprise

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	2
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	4
TITRE I. LA RESTRICTION À L'ACTIVITÉ DE DÉMARCHAGE TÉLÉPHONIQUE.....	9
Chapitre 1. Un régime d'interdiction de prospector.....	9
Section 1. Une interdiction conditionnée pour les biens et services.....	9
Section 2. Une interdiction généralisée dans le secteur de la rénovation énergétique.....	22
Chapitre 2. Une exception client commune.....	35
Section 1. La détermination du client.....	35
Section 2. Les biens et services concernés.....	46
TITRE II. L'ALOURDISSEMENT DES SANCTIONS APPLICABLES.....	54
Chapitre 1. Les sanctions du non respect des règles étatiques.....	54
Section 1. Les sanctions relatives à la violation de l'interdiction préalable.....	54
Section 2. Les sanctions relatives à la violation ayant abouti à la conclusion d'un contrat.....	63
Chapitre 2. Les sanctions du non respect des règles déontologiques.....	71
Section 1. Les sanctions relatives aux agissements contraires au code de bonnes pratiques.....	71
Section 2. L'efficience du code de bonnes pratiques.....	78
CONCLUSION FINALE.....	84
BIBLIOGRAPHIE.....	85
INDEX.....	88
TABLE DES MATIÈRES.....	89

INTRODUCTION

1. « *Véritable pollution téléphonique qui fait des citoyens des consommateurs 24 heures sur 24, même lorsqu'ils sont à leur domicile, et parfois même la nuit, ces appels intempestifs, extrêmement intrusifs, perturbent la tranquillité à laquelle chacune et chacun a droit* »¹. Le 18 mai dernier, à l'occasion du dépôt de sa proposition de loi, Madame Delphine Batho a affirmé avec force sa volonté d'interdire le démarchage téléphonique en toutes circonstances. Pour l'heure, le législateur a néanmoins fait le choix de l'encadrement strict de cette technique de prospection commerciale.

2. Traditionnellement, le démarchage se définit comme l'« *opération qui consiste à rechercher des clients ou à solliciter des commandes pour le compte d'une entreprise, par des appels, des visites à domicile ou au lieu du travail* »². Il peut revêtir plusieurs formes, notamment celle consistant à prospecter par téléphone des potentiels clients. On parle alors de démarchage téléphonique, défini comme l'acte par lequel un professionnel « *contacte un consommateur par téléphone en vue de conclure un contrat portant sur la vente d'un bien ou sur la fourniture d'un service* »³.

3. Le démarchage est une technique de prospection commerciale très ancienne. Jusque dans le milieu du XX^e siècle, les colporteurs, qui vendaient leurs marchandises ou proposaient leurs services en « *porte-à-porte* » dans les fermes, étaient déjà bien connus dans les régions rurales⁴. Bien que le démarchage procure des atouts pratiques : « *l'absence de déplacement dans un magasin, la présentation personnalisée du produit, la livraison à domicile* »⁵, cette technique de vente est progressivement venue porter atteinte aux droits du consommateur et plus précisément à son consentement. Recours à des pressions psychologiques, abus de la situation de fragilité des particuliers... les démarcheurs étaient prêts à tout pour obtenir la conclusion d'un contrat.

Sensible à ces critiques, le législateur a sitôt réagi afin d'endiguer les abus naissants et croissants des démarcheurs. Le démarchage a d'abord été régi par le droit commun des contrats, il était alors

¹ Proposition de loi n°4167 visant à interdire le démarchage téléphonique et à garantir le droit à la tranquillité de chacune et chacun à son domicile.

² GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 28e éd., 2020-2021, p.351.

³ C.consom., art. L. 221-16.

⁴ RAYMOND (G.), *Démarchage*, JCI. Commercial, fasc.922, 2013, §1.

⁵ RAYMOND (G.), *Démarchage*, JCI. Commercial, fasc.922, 2013, §4.

nécessaire de démontrer un vice de consentement pour obtenir la nullité du contrat⁶. La spécificité de cette technique de vente, et la difficulté pour le consommateur d'apporter la preuve d'un vice de consentement, ont conduit le droit français à proposer un régime propre au démarchage. Précipitée par le contexte de plusieurs affaires similaires faisant ressortir l'abus de faiblesse dont étaient auteurs les démarcheurs à l'égard de personnes âgées⁷, la loi du 22 décembre 1972 est intervenue afin de protéger le consommateur contre des méthodes de ventes agressives.

4. Alors qu'autrefois les techniques utilisées étaient la vente par correspondance ou le porte-à-porte, le développement des nouvelles technologies a conduit le professionnel à faire évoluer sa manière de démarcher. Le démarchage téléphonique demeure aujourd'hui l'une des techniques les plus prisées.

Le démarchage téléphonique étant de plus en plus massif, le respect de la vie privée et la lutte contre les « *arnaques* » sont au coeur de la protection du consommateur. Beaucoup plus intrusive que le démarchage à domicile, la prospection commerciale par téléphone semble constituer une atteinte à la vie privée et s'apparente même à une véritable violation du domicile⁸, domicile inviolable et sacré⁹. Concrètement, à la différence du démarchage à domicile où l'échange entre le commercial et le consommateur peut s'arrêter au seuil de la porte, lors du démarchage par téléphone, le professionnel pénètre indirectement au sein du domicile du consommateur.

En outre, conçu initialement comme moyen de communication dans la sphère privée, le téléphone est aujourd'hui utilisé massivement dans le cadre de la commercialisation des biens et services. Là où certains peuvent y trouver un avantage, comme le fait de ne pas avoir à se déplacer pour conclure un contrat, ou encore de bénéficier d'offres dont ils ne connaissaient pas l'existence, le ressenti général des consommateurs est celui du dérangement qu'occasionne les appels commerciaux répétitifs. À cet égard, l'UFC-Que Choisir a relevé qu'« *en moyenne, chaque foyer est démarché téléphoniquement 4 fois par semaine* »¹⁰ et que 92% des français considèrent les appels

⁶ C.civ., art. 1130 et s.

⁷ RAYMOND (G.), Démarchage, JCI. Commercial, fasc.922, 2013, §5.

⁸ GOETSCHY (H.), question écrite n° 06712, publiée dans le JO Sénat du 26/10/1989, p.1727.

⁹ MAZEAUD (V.), La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n°48, juin 2015, p.7 à 20, « *le Conseil a, par exemple, récemment jugé qu'étaient protégés par l'article 2 de la Déclaration de 1789 le droit au respect de la vie privée et, en particulier, le principe de l'inviolabilité du domicile* », Cons. constit., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, cons. 2.

¹⁰ Que choisir, Enquête démarchage téléphonique, Une pétition contre le harcèlement !, 2017.

de démarchage téléphonique « *trop fréquents* » et « *agaçants* »¹¹. Dérangé à son domicile, le consommateur peut ainsi facilement se retrouver piégé et conduit à conclure des contrats dangereux pour sa situation alors qu'il n'en a pas pris l'initiative. De surcroît, le démarchage à domicile est un terreau fertile pour les professionnels qui souhaitent profiter de la faiblesse des consommateurs. Le secteur de la rénovation énergétique par exemple, a été au coeur de nombreux litiges résultant de manquements aux dispositions relatives au démarchage, ce qui a parfois conduit à des préjudices graves pour les consommateurs. La DGCCRF a en effet réalisé une enquête en 2018 révélant que dans ce secteur, « *plus de la moitié des établissements contrôlés ont présenté des anomalies, ce qui témoigne d'une persistance des pratiques déloyales* »¹². Une des problématiques récurrente en la matière concerne le démarchage téléphonique.

5. Jusqu'à la loi Hamon du 17 mars 2014¹³ transposant la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs¹⁴, le législateur ne s'est que peu intéressé au cas précis du démarchage téléphonique. Si la directive précitée règlemente le contrat conclu par téléphone, elle n'interdit pas pour autant la prospection commerciale. C'est le législateur français qui a pris l'initiative de mettre en place un dispositif de liste d'opposition, dit Bloctel. Ainsi, en vertu de l'ancien article L. 121-34 C.consom., les consommateurs pouvaient être appelés sans avoir donné un consentement préalable. En revanche, s'ils ne souhaitaient pas être démarchés téléphoniquement, ils pouvaient s'inscrire sur une liste d'opposition. Le professionnel était alors interdit de démarcher téléphoniquement le consommateur « *bloctélisté* », à moins qu'il soit son client.

6. Après avoir fait couler beaucoup d'encre au regard de son efficacité, la loi du 24 juillet 2020¹⁵ est venue, au travers de l'article L. 223-1 C.consom., modifier ce régime. L'objet d'étude se cantonnera à l'analyse dudit article, disposition clé du renforcement de l'encadrement du démarchage téléphonique. Elle s'inscrit dans le prolongement du mécanisme de la liste d'opposition, tout en accordant au consommateur de nouvelles protections.

¹¹ RUBETTI (M.) Dans l'enfer du démarchage téléphonique, Le Figaro, 2019.

¹² DGCCRF, Pratiques déloyales et trompeuses dans le secteur des énergies renouvelables et de la rénovation thermique, site web de la DGCCRF, 2019.

¹³ La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon.

¹⁴ La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

¹⁵ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

L'article L. 223-1 C.consom., modifie la définition de l'exception client en vue de la restreindre. La rédaction imprécise de cette disposition a néanmoins fait naître des difficultés d'interprétation, que cette étude aura pour but de traiter. Il prohibe en outre la prospection dans le domaine de la rénovation énergétique. Cette sectorisation remet en cause la conformité de la loi, tant vis-à-vis du droit communautaire qu'à la Constitution. Par ailleurs, la loi du 24 juillet dernier¹⁶ a également renforcé les sanctions de la violation du régime du démarchage téléphonique, alors même que le régime antérieur était déjà efficient. Enfin, le secteur du démarchage téléphonique n'a pas échappé à la recrudescence récente du recours aux codes de bonnes conduites puisque la disposition exige la mise en place de normes déontologiques élaborées par des professionnels du secteur. Sur ce point encore, la rédaction imprécise de cette disposition pose un certain nombre de difficultés de compréhension.

7. Dès lors nous nous demanderons dans quelle mesure la loi du 24 juillet 2020¹⁷ a conduit à un renforcement excessif de l'encadrement du démarchage téléphonique.

8. Afin de répondre aux enjeux du démarchage téléphonique, le législateur s'est dans un premier temps efforcé de restreindre l'activité (Titre I). Pour s'assurer du respect des nouvelles dispositions par les professionnels, il a également fait le choix d'alourdir les sanctions applicables (Titre II).

¹⁶ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

¹⁷ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

TITRE I. La restriction à l'activité de démarchage téléphonique

9. La nouvelle loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux a renforcé le régime de l'interdiction pour les professionnels de prospector les consommateurs téléphoniquement (chapitre 1) tout en adaptant l'exception client en vertu de laquelle les professionnels peuvent déroger à la règle (chapitre 2).

Chapitre 1. Un régime d'interdiction de prospector

10. Si l'interdiction pour les professionnels de prospector les consommateurs en vue de la conclusion d'un contrat portant sur la vente d'un bien ou sur la fourniture d'un service est conditionnée (Section 1), le législateur a fait le choix de la généraliser dans le secteur de la rénovation énergétique (Section 2).

Section 1. Une interdiction conditionnée pour les biens et services

11. Il convient tout d'abord de délimiter le champ d'application matériel de la réglementation du démarchage téléphonique (§1) avant de traiter du régime d'interdiction de prospector mis en place par l'article L. 223-1 C.consom. (§2).

§1. Le champ d'application de la réglementation relative au démarchage téléphonique

12. Il est nécessaire de commencer par analyser le champ d'application tant matériel (A) que personnel (B) de la réglementation.

A. Le champ d'application matériel

13. L'article L. 221-15 C.consom., définit le démarchage téléphonique comme une prise de contact par téléphone avec un consommateur, à l'initiative d'un professionnel « *en vue de conclure un contrat portant sur la vente d'un bien ou sur la fourniture d'un service* »¹⁸.

¹⁸ Proposition de loi n° 1284 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux.

14. Proposons d'abord les quelques définitions nécessaires à notre étude. Pour reprendre les termes de la directive 2011/83/UE, le contrat de vente est défini 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* »¹⁹. Quant au contrat de service, il se définit comme « *tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci* ».

Très précisément, le bien s'entend largement de « *tout objet mobilier corporel* », y sont ajoutés l'eau, le gaz, et l'électricité s'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée²⁰ et le service de « *toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération* »²¹. Les biens immeubles sont exclus. Il doit s'agir de bien meuble corporel ce qui écarte les biens incorporels. Par exemple, le contenu numérique sans support matériel n'est pas un bien mobilier corporel.

15. En droit français, selon les situations et la spécificité, le contrat de consommation conclu à la suite d'un démarchage téléphonique sera soit qualifié de contrat de vente, soit de contrat de service. L'objet de la sollicitation dans le démarchage téléphonique a principalement trait à la conclusion de contrats de service, notamment de contrats d'assurances, de télécommunications ou encore de fourniture d'énergie. Selon une étude du CNC²², 80% du chiffre d'affaires du secteur du démarchage téléphonique en tant qu'activité économique est concentré dans cinq secteurs que sont les banques/assurances, les communications électroniques, la distribution, l'énergie et les services. C'est d'abord dans le secteur des télécommunications, dans les années 2000, que les professionnels ont mesuré l'intérêt du démarchage téléphonique pour le recrutement de nouveaux abonnés et après l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie, les fournisseurs alternatifs se sont inscrits dans la continuité de cette tendance.

16. En visant très généralement tous les biens et services, le choix du législateur s'est tourné vers une protection accrue du consommateur et ce, en englobant la quasi totalité des contrats qu'il peut

¹⁹ Dir. 2011/83/UE, art. 2 §5.

²⁰ Dir. 2019/771/UE, art. 2 §5.

²¹ Dir. 2006/123/CE, art. 4 §1.

²² CNC, Groupe de travail « *Démarchage téléphonique* », Rapport, NOR : ECO1905435P, adopté le 22 février 2019, p.11.

être amené à conclure par cette méthode de vente. En effet, aujourd'hui, à peu de chose près, tous les biens et services se vendent par le biais du démarchage téléphonique. Si le champ d'application matériel de ce régime protecteur est aussi important, c'est de manière proportionnée aux désagréments pouvant être causés au consommateur. Quelles qu'elles soient, les problématiques sont diverses et variées et même si elles se retrouvent plus dans certains secteurs que d'autres, le consommateur n'en est pas moins lésé lorsqu'il se retrouve en communication avec le professionnel.

17. Au-delà du champ d'application matériel, il existe une véritable prise en compte de la personne du consommateur dans l'encadrement du démarchage téléphonique.

B. Le champ d'application personnel

18. Le deuxième alinéa de l'article L. 223-1 C.consom., 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 (...)* ».

19. L'objectif d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs se conjugue avec la prise en compte du déséquilibre par essence du contrat de consommation. Le droit de la consommation s'attache principalement à la qualité des parties, au détriment de la nature du contrat. À cet égard, l'article liminaire C.consom, introduit par la loi Hamon du 17 mars 2014, puis modifié par l'ordonnance du 14 mars 2016²³, définit le consommateur comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » et le professionnel comme « *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* ».

Ces notions font l'objet d'une constante définition par les directives européennes et la CJUE interprète ces directives en fonction de leur champ d'application. Toutes les directives adoptant la même conception, l'interprétation que la CJUE a pu donner à l'occasion d'un litige sur une directive vaudra également en cas de difficulté similaire dans le cadre d'un contrat à distance.

²³ Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

20. Le contentieux ne se concentre que peu sur la notion de professionnel pour laquelle il s'agit d'apprécier si le rapport contractuel litigieux s'inscrit dans le cadre des activités auxquelles une personne se livre à titre professionnel²⁴ et de rechercher la qualité des parties et à ce titre, la CJUE adopte une conception large du professionnel car le but est de rétablir l'asymétrie de compétences²⁵.

La Cour de cassation n'a eu d'autre choix que d'appliquer les définitions données par la CJUE. En effet, cette dernière opère une interprétation autonome : elle est compétente pour interpréter les notions abstraites du droit européen, qui s'imposent au juge national²⁶. Ce n'est cependant pas pour autant qu'il faut prendre en compte cette conception subjective. L'arrêt Maximilian Schrems²⁷ a pu signifier en ce sens que la conception retenue est une conception objective qui consiste à ne pas prendre en compte la compétence notamment technique du consommateur.

21. La réglementation relative au démarchage téléphonique ne déroge pas à ces acceptions. Ne pourront bénéficier de cette protection que les consommateurs, dans leur relation avec les professionnels, ce à quoi correspond parfaitement le schéma du démarchage téléphonique. Il est en effet peu probable qu'un consommateur soit démarché par un autre consommateur.

Toutefois, le professionnel peut se retrouver confronté à un prospecteur lui-même professionnel. Pour une illustration, il arrive très régulièrement que les TPE ou PME soient prospectées par téléphone par des opérateurs de télécommunications à des fins de souscription d'abonnement. Dans une telle hypothèse, le professionnel faisant l'objet du démarchage ne bénéficie pas du régime protecteur du code de la consommation.

Ce propos est à relativiser en ce sens que la liste d'opposition au démarchage téléphonique est mise à disposition des consommateurs mais également des professionnels à ceci près que ce service est payant pour ces derniers²⁸.

22. En définitive, un premier constat semble pouvoir être effectué. Le législateur semble accorder plus de sens à l'aspect personnel du champ d'application qu'à son aspect matériel, ce dernier apparaissant même indifférent au regard de sa largeur. Au champ d'application matériel

²⁴ CJUE, 17 mai 2018, aff. C-147/16, Karel de Grote - Hogeschool, pt n°55.

²⁵ CJUE 21 mars 2019, aff. C-590/17, Pouvin et Dijoux, pt n° 41.

²⁶ V. en ce sens Cass. Civ., 1ère, 5 juin 2019, n°16-12.519.

²⁷ CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, Schrems.

²⁸ Ministère de l'économie, des finances et de la relance, Comment respecter la réglementation contre le démarchage téléphonique non souhaité avec Bloctel ?, Bercy Infos, 2021.

large, le champ d'application personnel vient faire de la qualité des parties le véritable critère de détermination des limites dans lesquelles les règles de droit pourront s'appliquer.

Il est fondamental de faire état de la notion française de non-professionnel à ce titre car ce dernier pourra bénéficier de la protection issue des dispositions du code de la consommation. Il est défini comme « *Toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* »²⁹. Il peut s'agir par exemple d'une société à but lucratif ou d'un syndicat de copropriété³⁰.

23. Le champ d'application défini, le régime d'interdiction mis en place par l'article L. 223-1 C.consom., peut être étudié.

§2. Un régime d'interdiction limité

24. Si l'interdiction de prospecter peut sembler stricte (A), force est de constater qu'elle est limitée par le système de l'opt-out choisi par le législateur (B).

A. Une interdiction stricte

25. L'article L. 223-1 alinéa 2 C.consom., prévoit expressément 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* ». Le professionnel qui passerait outre cette interdiction s'exposera à des sanctions civiles mais également pénales que nous aurons l'occasion de traiter *infra*³¹.

L'inscription sur la liste d'opposition dite Bloctel protège le consommateur des appels intempestifs. Ce dernier ne peut être appelé pour des raisons commerciales, à défaut de quoi cela sera assorti de sanction. Il convient tout d'abord de préciser que cette interdiction ne s'applique pas à la prospection en matière de fourniture de journaux, périodiques et magazines³² mais également

²⁹ C. consom., art. liminaire.

³⁰ La notion en droit français n'existe pas en droit européen mais le droit français pouvait maintenir cette catégorie dans la recodification du code de la consommation en ce sens que la Dir. 2011/83/UE explique bien que rien n'interdit au législateur national d'étendre la protection à d'autres personnes que des consommateurs (ex. PME) dès lors que ces autres personnes ne sont pas qualifiées de consommateur, puisque cette notion est réservée à la personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale.

³¹ V. TITRE II, Chapitre 2.

³² C.Consom., art. L. 223-5.

aux associations à but non lucratif et aux instituts de sondage, ces activités ne concernant pas la vente de biens ou de services.

26. Initialement c'est le dispositif Pacitel qui est venu combattre le démarchage téléphonique intempestif. Les consommateurs, se plaignant d'appels répétitifs et intrusifs se voyaient proposer une solution qui leur permettait de faire cesser la prospection par voie téléphonique.

Les entreprises adhérentes au dispositif s'engageaient à ne pas utiliser les coordonnées des consommateurs figurant sur la liste Pacitel. Toujours est-il que les professionnels ne faisaient l'objet d'aucune obligation d'adhésion à ce dispositif et n'étaient ainsi contraints de s'y conformer. C'est l'une des raisons de l'insuccès auquel a été confronté le dispositif Pacitel, créant l'embarras des députés.

27. La loi Hamon du 17 mars 2014 a répondu à cet échec par la mise en place d'une réglementation plus stricte du démarchage téléphonique. Elle a ouvert la possibilité aux consommateurs qui le souhaitaient de s'inscrire sur la liste d'opposition Bloctel, gérée par l'entreprise Opposetel, afin de ne plus être démarchés. Néanmoins, cette fois, la liste était opposable à tous les professionnels.

Sous l'empire de la loi Hamon, le professionnel, lors de son processus de démarchage, se devait d'informer le consommateur de la possibilité d'inscription sur cette liste³³. Il devait annoncer au consommateur cette faculté au début de la conversation téléphonique. Notons ici que cette obligation suscitait une incertitude en ce sens qu'elle n'était qu'orale et donc difficile à contrôler. En pratique, il est trop souvent relevé que les professionnels omettent de préciser cette information, ceci leur permettant d'augmenter leur chance de souscription au contrat par le consommateur tout en réduisant sa protection.

La constatation des anomalies liées à la transgression de cette interdiction par un professionnel se fait par le biais de réclamations que la DGCCRF est chargée de traiter. Elle opère ainsi des contrôles du respect de l'interdiction et c'est dans cette mesure qu'elle a été amenée à constater la difficulté constante de faire respecter les obligations incombant au professionnel.

28. À la suite de la mise en place du dispositif Bloctel, les parlementaires, le gouvernement ainsi que les associations de consommateurs ont constaté qu'ils n'atteignaient pas les objectifs prévus

³³ C.consom., anc. art. L. 221-16.

puisque les consommateurs ne cessaient d'être appelés alors même qu'ils avaient procédé à une inscription sur la liste d'opposition. Une étude réalisée par *Opinionway* démontre l'inefficacité de la nouvelle liste mise en place par la loi Hamon et indique que les secteurs les plus signalés sont ceux de l'habitat et la rénovation, l'énergie, la banque, l'assurance et les mutuelles ainsi que la voyance³⁴.

29. Dès 2018, soit deux ans après la mise en place de Bloctel, les parlementaires ont proposé des lois pour améliorer l'efficacité du dispositif d'opposition. La réglementation a donc fait l'objet d'une évolution et c'est par la proposition de loi visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, adoptée par le Parlement le 15 juillet 2020 et promulguée le 24 juillet suivant que le dispositif a été renforcé notamment au regard des sanctions applicables, tout en maintenant le principe général selon lequel le consommateur ne peut être démarché s'il est inscrit sur une liste d'opposition, ici Bloctel. Le professionnel est strictement interdit de prendre contact avec le consommateur « *bloctélisté* » à des fins commerciales. En effet l'article est clair au regard des termes utilisés, à savoir « *Il est interdit* », et va même plus loin en précisant que cette interdiction vaut directement pour le professionnel concerné mais également pour le tiers qui agirait pour son compte. Aussi, les modalités du démarchage issues de l'article L. 221-16 C.consom., ont évoluées et désormais l'information sur la nature commerciale de l'appel doit être donnée de façon « *claire, précise et compréhensible* ». Surtout, une nouvelle obligation a été mise à la charge du professionnel, celle d'informer le consommateur de l'existence de la liste d'opposition et de la faculté de s'y inscrire gratuitement.

Par ailleurs, seuls sont concernés par la liste d'opposition les appels téléphoniques puisque la prospection commerciale automatisée (notamment les envois par courriel, SMS et MMS) est encadrée par l'article L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques. Cela laisse donc aux principaux concernés la possibilité de se tourner vers une autre méthode de prospection qui, cependant, ne leur laisse pas autant de flexibilité que le démarchage téléphonique. Il est en effet nécessaire pour le professionnel de recueillir le consentement préalable du consommateur pour avoir la possibilité de le prospector.

³⁴ CNC, Groupe de travail « *Démarchage téléphonique* », Rapport, NOR : ECOC1905435P, adopté le 22 février 2019, p.15.

30. Conscients des enjeux économiques du démarchage téléphonique, les députés ont tout fait pour que les particuliers bénéficient d'une solution viable contre ces démarchages incessants, tout en s'assurant que l'impact socioéconomique ne se fasse que peu ressentir.

Alors que trouver un équilibre entre la lutte contre les sollicitations téléphoniques indésirables et la prise en compte des enjeux économiques est primordial, cette nouvelle réglementation vient créer un réel frein à la possibilité pour les professionnels de prospérer économiquement parlant. Plusieurs hypothèses illustrent le caractère essentiel du démarchage pour la prospection de nouveaux clients et la fidélisation de la clientèle. Il s'agit notamment des petites entreprises, qui ne disposent pas de moyens suffisants pour entrer sur le marché de l'internet, le démarchage de certains consommateurs qui n'ont peu ou pas accès aux technologies numériques, les nouveaux entrants sur un marché, tel que le marché de l'énergie ou de la télécommunication et enfin, la concurrence de façon générale³⁵.

L'interdiction de démarcher par voie téléphonique aurait pour conséquence la fermeture de nombreux centres d'appel et entreprises, mais également une situation monopolistique des grands acteurs du commerce en ligne, au détriment des petites entreprises. En effet, le démarchage peut non seulement constituer une méthode multipliant le nombre de ventes mais également être l'activité principale d'une entreprise.

Prenons l'exemple d'un opérateur de téléphone. Le démarchage téléphonique qu'il réalise ou fait réaliser, dans le cadre de la proposition de nouvelles offres d'abonnement, lui permet naturellement d'augmenter son nombre d'abonnés, et par conséquent son nombre de ventes. Par ailleurs, parfois l'activité de démarchage est telle que ces grandes entreprises de télécommunications la confie à une entreprise sous-traitante qui sera chargée de prendre contact avec de nouveaux prospects mais également de fidéliser la clientèle de l'entreprise. Ces dernières auront comme objet social et activité principale le démarchage téléphonique.

31. L'impact négatif de l'encadrement trop stricte de la réglementation est plus que jamais d'actualité d'autant plus qu'aux enjeux économiques se greffent des enjeux sociaux. S'agissant des centres d'appels situés en France particulièrement, retenons simplement que le secteur favorise fortement l'employabilité notamment des jeunes et seniors mais aussi des personnes porteuses de handicap à travers leurs postes de télé-conseiller et superviseurs. Il y a une véritable nécessité de préserver ces emplois issus d'entreprises françaises et de centres d'appels basés en France.

³⁵ CNC Rapport, NOR : ECOC1905435P, Adopté le 22 février 2019, p.10.

32. Finalement, il est strictement interdit pour le professionnel de contacter téléphoniquement un consommateur pour la prospection de ses biens et services, mais ce, uniquement dans le cas où le consommateur est inscrit sur la liste d'opposition dite Bloctel.

33. Malgré le renforcement du dispositif de la liste d'opposition, la prise en compte des intérêts socioéconomiques a conduit le législateur à maintenir une certaine modalité de base du régime d'interdiction : la règle de l'opt-out.

B. Une interdiction limitée : le système dit de l'opt-out

34. Si le choix de l'opt-out interroge au regard du fait que le dispositif Bloctel est encore trop peu connu du grand public (1), il existe néanmoins d'autres manières de ne pas se faire prospecter (2).

1. Bloctel : Un dispositif peu connu du grand public

35. Aussi rigide que puisse paraître le régime d'interdiction, il n'en reste pas moins que les professionnels y sont soumis uniquement dans le cas où le consommateur s'est inscrit sur la liste d'opposition Bloctel. Cette condition vient délimiter l'encadrement du démarchage téléphonique et laisse aux professionnels une très large faculté de démarcher les consommateurs.

Tant que le consommateur n'a pas fait la démarche de s'inscrire sur Bloctel, il peut être contacté par le professionnel et ce, même si le démarchage revêt un caractère intrusif et surtout répétitif. Le droit positif est donc fondé sur le principe dit de l'opt-out en vertu duquel le consentement préalable du consommateur ne doit pas être recueilli, pour qu'il puisse être démarché téléphoniquement.

36. Comme nous avons pu le constater³⁶, la nouvelle réglementation impose au professionnel d'informer le consommateur au début de la conversation de l'existence de la liste d'opposition et de la faculté de s'y inscrire pour ne plus être démarché et ce, de manière « *claire, précise et compréhensible* », à l'instar de l'obligation qui lui est faite de faire connaître son identité et la nature commerciale de son appel. Comme pour la plupart des dispositions du droit de la consommation, le législateur s'est basé sur le mécanisme de l'information pour protéger le consommateur et c'est l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, la

³⁶ V. §27.

DGCCRF, qui vient sanctionner le manquement à cette obligation par une amende administrative assez importante³⁷.

Si le mécanisme de l'obligation d'information a su faire ses preuves depuis les prémices du droit de la consommation, il se trouve confronté à une difficulté dans le cadre du démarchage téléphonique. En effet il est difficile, pour ne pas dire impossible, de s'assurer du respect de l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur de la faculté de s'inscrire sur la liste d'opposition, en ce que cette information doit être donnée au cours de la conversation téléphonique, soit à l'oral. Sans écrit, le professionnel ne se voit que peu inquiété lorsqu'il manque à son obligation d'information. Dans les faits, il n'est que peu probable que le consommateur moyen ait connaissance de cette obligation. Ainsi il ne pourra de lui-même constater un manquement à cette obligation.

Malgré ces constatations, le principe de l'opt-out a été maintenu par la loi du 24 juillet 2020³⁸, et il ne favorise pas la connaissance par le consommateur de la liste d'opposition au démarchage téléphonique, Bloctel.

37. Le régime de l'opt-out n'est toutefois pas celui qui avait été adopté par le Sénat le 28 avril 2011³⁹ qui avait préféré le principe de l'opt-in à savoir le « *dispositif prescrivant le principe du recueil du consentement exprès de l'abonné téléphonique par l'opérateur en vue de l'utilisation de ses données personnelles à des fins de prospection directe par un tiers au contrat, sans aucune exception et sous peine d'une amende délictuelle de 45 000 euros* », avec un consentement tacite de l'abonné en cas de non réponse à la demande de l'opérateur dans un délai de deux mois.

Le principe de l'opt-in présente de trop gros risques liés au maintien de l'activité économique. Pour le collège des organisations professionnelles du CNC, trois risques majeurs sont à déplorer⁴⁰. Il s'agit tout d'abord de la disparition des TPE et PME pour lesquelles le démarchage téléphonique est la méthode de contact privilégiée avec leurs clients et prospects. En effet, il ne semble que peu probable qu'un consommateur, lorsque lui est demandé son consentement exprès, accepte de recevoir des appels commerciaux. Il est au contraire question d'y échapper. Ensuite, les plateformes

³⁷ C.consom., art. L. 242-12 : Amende dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale.

³⁸ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

³⁹ PILLET (F.), Rapport n° 434 sur la proposition de loi de MM. Jean-René LECERF et Michel HOUEL relative à la protection de l'identité, (2010-2011), 2011.

⁴⁰ CNC Rapport, NOR : ECOC1905435P, Adopté le 22 février 2019, p.24.

numériques auraient beaucoup plus de facilité matérielle à recueillir ces consentements, ce qui creuserait la concurrence avec les autres entreprises. Enfin, comme nous avons pu le citer *supra*, de nombreux emplois seraient menacés, le secteur du démarchage téléphonique pouvant être amené à disparaître complètement. Le collège des associations de défense des consommateurs campe néanmoins sur ses positions et soutient qu'il s'agit de la méthode de lutte la plus efficace contre les appels commerciaux indésirables⁴¹.

38. Pour évaluer la balance bénéfiques/risques⁴², doivent être mis en exergue les avantages et inconvénients que procurent l'opt-out et l'opt-in. Une étude de droit comparé a été menée dans le cadre des travaux menés par le CNC⁴³ notamment au regard de nos voisins européens l'Allemagne, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Portugal, la République tchèque et le Royaume-Uni, que le Sénat a mis en évidence⁴⁴. Sur ces sept pays, le Danemark, l'Allemagne ainsi que le Royaume-Uni ont choisi un système d'opt-in. L'étude ne présente pas de bilan analytique de l'efficacité des deux systèmes mais un tel bilan dans les années à venir serait intéressant afin de déceler les avantages et inconvénients des deux systèmes.

En France, l'incidence étant beaucoup trop importante, et les effets négatifs considérés supérieurs aux effets positifs, les importants risques liés au maintien de l'activité économique ont conduit les députés à maintenir le principe de l'opt-out. Le choix du législateur a tout de même été d'y adosser de nouvelles obligations légales renforçant l'efficacité du dispositif d'opposition.

39. Sous l'empire de la loi Hamon, le dispositif législatif permettait aux consommateurs de faire valoir leur opposition au démarchage téléphonique, en procédant à une inscription au service Bloctel. Les résultats trop peu convaincants en pratique et les démarchages non sollicités trop nombreux, la loi du 24 juillet 2020⁴⁵ est venue renforcer la protection des consommateurs sans remettre en cause le régime d'opposition expresse.

⁴¹ CNC Rapport, NOR : ECOC1905435P, Adopté le 22 février 2019, p.24.

⁴² Expression utilisée dans le domaine médical qui correspond à l' « *évaluation des effets bénéfiques thérapeutiques en comparaison aux risques liés à la sécurité d'emploi d'un médicament (mesurés pour un utilisateur donné ou estimés pour une population)* » selon le Ministère des solidarités et de la santé.

⁴³ Direction générale du Trésor, Démarchage téléphonique mis en oeuvre dans les États membres de l'Union européenne, octobre 2018.

⁴⁴ REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019.

⁴⁵ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

Si le choix du maintien de l'opt-out a été retenu, d'autres mesures sont venues renforcer l'efficacité de la lutte contre le harcèlement commercial dont sont victimes les consommateurs et notamment celle relative à l'obligation faite au professionnel qui a une activité de démarchage téléphonique de s'assurer auprès de l'organisme gestionnaire du service Bloctel de la conformité de leurs fichiers de prospection commerciale avec la liste d'opposition au démarchage téléphonique⁴⁶. Une fois par mois, s'ils exercent une activité de démarchage téléphonique à titre habituel et avant la campagne de démarchage dans les autres cas, les professionnels doivent donc s'assurer du respect de cette obligation⁴⁷.

À la différence de l'état du droit antérieur, la nouvelle loi permettra désormais à la DGCCRF d'intervenir en amont pour vérifier la bonne mise en conformité des fichiers de prospection. Les agents pourront diligenter un contrôle sans attendre une réclamation de la part d'un consommateur ou d'une association de défense de consommateurs, ce qui semble pouvoir palier notamment au manque de popularité du dispositif Bloctel.

40. À côté des dispositions du code de la consommation spécialement adoptées dans le cadre du démarchage téléphonique, il existe d'autres façons de s'opposer à la prospection commerciale.

2. Les alternatives au dispositif Bloctel : Le RGPD

41. Pour ne plus se faire prospector téléphoniquement, le consommateur peut notamment demander à se faire radier du fichier de prospection lorsque le professionnel entre en contact avec lui, conformément à la Loi informatique et libertés⁴⁸. Il lui est aussi possible de se mettre sur liste rouge, gratuitement via son opérateur téléphonique, pour sa ligne fixe. Le numéro de téléphone du consommateur n'apparaîtra plus dans l'annuaire et empêchera les professionnels de se le procurer. Une pratique innovante a également été mise en place par l'opérateur téléphonique Orange qui a créé l'application « *Orange Téléphone* ». Cette application permet de bloquer les appels indésirables sur le téléphone portable du consommateur mais surtout de classer les numéros de téléphone entrants par catégories « *malveillant, démarchage ou approuvé* » selon les avis des utilisateurs.

⁴⁶ LOISEAU (G.), Renforcement de la protection contre le démarchage téléphonique, Comm. Com élect. n° 10, Octobre 2020, comm. 71.

⁴⁷ C.consom., art. L. 221-16.

⁴⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 110.

42. Surtout, le numéro de téléphone constitue une donnée personnelle⁴⁹. À ce titre, le RGPD s'applique également à la pratique du démarchage téléphonique. Les fichiers de coordonnées téléphoniques de consommateurs doivent donc être traités de manière licite, conformément à l'article 6 du RGPD.

Pour que le traitement des données à caractère personnel soit licite, cet article impose de le fonder légalement c'est-à-dire de justifier de la raison pour laquelle la donnée personnelle est traitée par l'entreprise ou l'organisme en question. Pour ce faire, il existe plusieurs bases légales sur lesquelles les entreprises peuvent fonder légalement le traitement et le responsable de traitement se doit de choisir la bonne au risque que le traitement ne soit pas considéré comme licite en cas de contrôle par la CNIL. Elles sont non exhaustives et peuvent être les suivantes. Le traitement est nécessaire à l'exécution du contrat ou d'une mesure précontractuelle, le consentement du client a été collecté, le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes de l'entreprise ou l'organisme qui traite la donnée personnelle, ou encore le traitement est opéré car il est imposé en vertu d'une obligation légale.

Concernant le traitement des données téléphoniques, l'entreprise peut facilement fonder son traitement sur le consentement du consommateur car même s'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement du consommateur pour procéder à une prospection téléphonique, cela n'empêche pas le professionnel de le recueillir en amont, afin de maximiser ses chances d'être en conformité avec le RGPD⁵⁰. L'entreprise peut également fonder le traitement de données personnelles sur son intérêt légitime⁵¹. L'intérêt légitime de l'entreprise concerne en réalité tout type d'intérêts, même purement commerciaux mais ne peut servir de fondement que sous certaines conditions. À cet égard, la CNIL a apporté une précision quant aux trois conditions devant être réunies pour vérifier que l'intérêt légitime peut constituer la base légale d'un traitement. D'abord, l'intérêt doit bien évidemment être légitime. Ensuite l'intérêt légitime ne peut être retenu que si le traitement satisfait à la condition de nécessité. Enfin le traitement ne doit pas heurter les droits et intérêts des personnes dont les données

⁴⁹ Conseil d'État, réf., 5 sept. 2008, Sté Directannonces, req. n°319071.

⁵⁰ Base légale choisie par l'entreprise lorsque le traitement des données va être intrusif et que le client ne s'y attend pas vraiment, ainsi il faut obtenir son accord. Attention cependant, cette base légale est risquée en cas de contrôle (car le consentement doit être très clair, et l'information préalable très importante, claire et compréhensible).

⁵¹ RGPD, cons. n°47 (sans portée normative néanmoins) « *le traitement de données à caractère personnel à des fins de prospection peut être considéré comme étant réalisé pour répondre à un intérêt légitime* ».

sont traitées, compte tenu de leurs attentes raisonnables, sous réserve que le consommateur en soit informé et qu'il puisse s'y opposer⁵².

43. Comme la CNIL l'a rappelé⁵³, la prospection automatisée et la prospection réalisée au moyen d'une intervention humaine font l'objet d'un régime juridique différent. La première rassemble notamment les prospections par le biais de courriels, SMS ou fax et requiert le consentement préalable du consommateur, conformément à l'article L. 34-5 CPCE mais pas la seconde. Cela confirme la légitimité de la règle de l'opt-out en matière de démarchage téléphonique, le RGPD ne s'opposant pas au principe de l'opt-out dans le cadre du démarchage téléphonique en tant que tel.

44. Il reste grandement préférable pour le consommateur de recourir au mécanisme de la liste d'opposition, qui traite beaucoup plus spécifiquement du démarchage téléphonique mais surtout au regard de son efficacité, due à son encadrement et aux sanctions encourues par les professionnels en cas de manquement⁵⁴.

45. La loi du 24 juillet 2020⁵⁵ comporte plusieurs avancées et l'une de ses avancées principales, réclamée activement notamment par l'UFC - Que choisir face à l'insuffisance du dispositif, est celle de l'interdiction du démarchage dans le domaine de la rénovation énergétique, tant ce démarchage est agressif et affréteur d'arnaques.

Section 2. Une interdiction généralisée dans le secteur de la rénovation énergétique

46. À la différence de ce que le législateur a prévu pour les biens et services, la prospection dans le cadre de la rénovation énergétique et de la production d'énergies renouvelables est interdite, alors même que le consommateur ne serait pas inscrit sur la liste d'opposition Bloctel. Analysons cette nouvelle interdiction sectorielle (§1) avant d'en apprécier la licéité (§2).

⁵² CNIL, L'intérêt légitime : comment fonder un traitement sur cette base légale, 2 déc. 2019.

⁵³ REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019.

⁵⁴ V. TITRE II.

⁵⁵ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

§1. L'analyse de l'interdiction sectorielle

47. L'article L. 223-1 alinéa 2 C.consom., interdit de manière générale et absolue le démarchage téléphonique pour la rénovation énergétique. Afin de comprendre cette spécificité qui différencie le secteur de la rénovation énergétique à tous les autres secteurs, aussi nombreux soient-ils, il nous faut recontextualiser l'élaboration de la loi du 24 juillet 2020⁵⁶ (A) et apprécier de l'adaptation de l'interdiction au secteur de la rénovation énergétique (B).

A. Le contexte de la mise en place de l'interdiction sectorielle

48. Les quelques raisons qui ont motivé les parlementaires à réfléchir sur le sujet du secteur de la rénovation énergétique seront exposées (1) pour ensuite apprécier des conséquences dommageables que pourrait avoir le démarchage téléphonique dans ce secteur à l'égard des consommateurs, des professionnels et de la dépense publique non utilisée à bon escient (2).

1. Les motivations de l'interdiction sectorielle

49. Le député M. Christophe Naegelen a fait savoir dans son rapport⁵⁷ que le secteur de la rénovation énergétique est « *l'un des premiers secteurs pour les abus constatés en matière de démarchage téléphonique* ». Il représente en effet 30% des amendes administratives prononcées à la suite des contrôles effectués par la DGCCRF en 2019⁵⁸.

50. Ces débordements sont notamment la conséquence de la place qu'occupe aujourd'hui le droit de l'environnement en droit français. En effet, ce nouveau droit se développe, s'intensifie, se densifie et les libertés économiques sont de plus en plus encadrées d'un point de vue environnemental. À ce titre, le gouvernement a fait de la transition écologique un de ses piliers d'action dans le cadre de ses politiques publiques. C'est dans la réalisation de ces politiques, notamment celle de la réduction de la consommation d'énergie dans le cadre de la lutte contre le

⁵⁶ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

⁵⁷ NAEGELEN (C.), Rapport n°2616, sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2020.

⁵⁸ REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019.

réchauffement climatique, que les entreprises du secteur de la rénovation énergétique vont constituer un véritable levier.

51. Ces propos peuvent être illustrés par quelques chiffres assez représentatifs. Le secteur de la rénovation énergétique des bâtiments représente un chiffre d'affaires d'environ 31 milliards d'euros par an, et plus de 218 000 emplois. Un marché qui a augmenté de 79% entre 2006 et 2017⁵⁹. En outre, chaque année, plus d'un million de ménages engagent des travaux de rénovation énergétique, cela étant favorisé par l'attribution de nombreuses subventions de l'État (type MaPrimeRénov'⁶⁰, isolation à 1€, etc.) mais également par le gain d'économie espéré par ces modifications énergétiques⁶¹.

Encore faut-il que les travaux énergétiques réalisés par les entreprises, qui se développent de plus en plus dans le secteur, se déroulent dans les règles de l'art. En effet, conscientes de l'opportunité qui leur est faite de bénéficier des aides étatiques, les entreprises sont parfois, voire souvent amenées à être constituées précocement, sans le savoir-faire nécessaire, et ont une finalité lucrative parfois au détriment du consommateur. Les consommateurs peuvent rapidement devenir victimes dans une situation pour laquelle ils devraient pourtant n'y voir que des avantages : le rendement économique, le confort de vie amélioré et surtout leur contribution dans la transition énergétique en adoptant une consommation plus respectueuse de l'environnement. Les mauvaises pratiques ainsi que les pratiques frauduleuses se sont multipliées dans le secteur alors même que les entreprises, pour pouvoir intervenir et faire bénéficier les consommateurs des aides d'État, doivent détenir le label « *Reconnu Garant de l'Environnement* » dit RGE. Ce signe de qualité est délivré à la condition que l'entreprise, lors de la réalisation de ses travaux de rénovation énergétique, remplit certains critères qui permettent d'assurer au consommateur que les travaux soient réalisés convenablement.

La DGCCRF a par ailleurs diligenté une enquête en 2018 qui a permis de recenser d'innombrables pratiques commerciales déloyales et ce, dans plus de la moitié des établissements

⁵⁹ ADEME, La transition énergétique booste les marchés et l'emploi, Communiqué de presse du 9 juillet 2019.

⁶⁰ Ministère de l'économie, des finances et de la relance, MaPrimeRénov', 2021.

⁶¹ Ministère de l'économie, des finances et de la relance, Rénovation énergétique des logements, les professionnels et l'État se mobilisent pour renforcer la confiance des français, 2019.

contrôlés⁶². Parmi ces pratiques, l'on retrouve les fausses allégations sur la qualité des artisans ou les performances des travaux, mais également l'usurpation des signes distinctifs des services publics et du label RGE. La DGCCRF a pu constater que les plaintes des consommateurs touchent particulièrement les bénéficiaires des offres très incitatives que constituent notamment les offres dites à 1€ stimulées par les « *Coups de Pouce Chauffage et Isolation* »⁶³.

52. Les conséquences du démarchage téléphonique dans le secteur de la rénovation énergétique sont défavorables non seulement pour le consommateur, mais également pour le professionnel et la dépense publique.

2. Les conséquences d'un démarchage téléphonique abusif dans le secteur de la rénovation énergétique

53. Les multiples contrôles effectués par les organismes chargés de délivrer le label RGE⁶⁴, par l'ANAH du Ministère chargé de la Ville et du logement en 2019, mais également par le pôle national des certificats d'économie d'énergie au sein du ministère de la transition écologique et solidaire, ont révélé la bonne qualité des travaux réalisés par une grande majorité des entreprises⁶⁵. Cependant aussi faible soit-il, le taux d'anomalie reste préjudiciable aux consommateurs, aux professionnels oeuvrant de façon conforme à la réglementation et à la dépense publique.

Ces pratiques illégales peuvent dans un premier temps entrainer de dangereuses conséquences pour les consommateurs. Le principal moteur des professionnels de la rénovation énergétique est la signature du contrat par le consommateur et ce, le plus rapidement possible. Pour ce faire, ces derniers ont recours à des pratiques en totale contrariété avec les dispositions du code de la consommation. D'abord il a été constaté que les professionnels se livraient à des présentations

⁶² DGCCRF, Pratiques déloyales et trompeuses dans le secteur des énergies renouvelables et de la rénovation thermique, site web de la DGCCRF, 2019 (propos à nuancer, les entreprises contrôlées sont celles ayant en amont fait l'objet de plaintes de consommateurs et suivies en raison d'anomalies constatées lors de précédents contrôles).

⁶³ Ministère de l'économie, des finances et de la relance, Rénovation énergétique des logements, les professionnels et l'État se mobilisent pour renforcer la confiance des français, 2019.

⁶⁴ L'organisme *Qualibat* constitue l'un des principal organisme chargé de délivrer le label RGE.

⁶⁵ Ministère de l'économie, des finances et de la relance, « *Rénovation énergétique des logements, les professionnels et l'État se mobilisent pour renforcer la confiance des français* », 2019 « *par exemple, sur l'ensemble des Certificats d'économies d'énergie (CEE) délivrés, le Ministère de la transition écologique et solidaire évalue à 97% les travaux réalisés de manière satisfaisante et conforme, ne recensant qu'environ 2% de cas de non-qualité et moins de 1% de cas de fraudes (au sens de travaux non faits)* ».

douteuses voire trompeuses de leur société, en dissimulant leur objet commercial. Les sociétés ont recours à des dénominations qui laissent croire au consommateur qu'il a à faire à une institution publique. Pour ce faire, des termes tels qu'« *agence* », « *contrôle* » ou « *commission* »⁶⁶ sont utilisés mais également des lisérés bleu, blanc, rouge pour convoiter la confiance du destinataire de l'offre. Certaines entreprises moins scrupuleuses soulèvent le caractère obligatoire de l'intervention au risque d'une taxe écologique qui s'imposerait dans un futur proche aux propriétaires. Elles proposent la prise en charge des démarches administratives sans pour autant respecter leurs dires. Elles font croire aux consommateurs qu'ils bénéficient d'une offre privilégiée or, il n'en est rien. Elles ont également recours à une surévaluation des économies d'énergie et à l'omission des autres frais qui pourront rester à la charge au consommateur⁶⁷.

54. Le célèbre contentieux en la matière est celui relatif aux panneaux photovoltaïques. Généralement conclu dans le cadre d'un démarchage à domicile, le contrat de vente et d'installation de panneaux photovoltaïques doit, à peine de nullité, respecter d'une part, les mentions obligatoires prescrites à peine de nullité par les articles L. 121-23 et L. 121-24 C.consom., relatives au contrat conclu hors établissement. D'autre part, le professionnel doit également respecter les obligations d'information précontractuelles des articles L. 111-1 et L. 111-2 dudit code. Enfin les pratiques commerciales déloyales font l'objet de la même sanction. Pleinement d'actualité, ce contentieux a amené la jurisprudence à préciser son régime juridique au travers de nombreux arrêts. La Cour de cassation a rendu un de ses premiers arrêts en la matière le 27 février 2013⁶⁸ et les très nombreux arrêts qui ont suivis confirment sa jurisprudence constante en la matière. L'hypothèse est la suivante : après avoir été démarché téléphoniquement, un particulier propriétaire reçoit la visite d'un professionnel commercial qui usera de ses arguments pour convaincre le particulier de bénéficier d'une installation photovoltaïque qui non seulement lui permettra d'économiser de l'énergie mais en plus de percevoir des revenus tirés de la production d'électricité (avec obligation d'achat du fournisseur d'électricité), tout cela sans que le propriétaire n'ait à déverser aucune somme, puisqu'un contrat de crédit affecté sera souscrit le même jour et servira à financer l'opération. Très clairement, le commercial explique au particulier que les revenus de production permettront la prise

⁶⁶ DGCCRF, Pratiques déloyales et trompeuses dans le secteur des énergies renouvelables et de la rénovation thermique, site web de la DGCCRF, 2019.

⁶⁷ Ministère de l'économie, des finances et de la relance, Rénovation énergétique des logements, les professionnels et l'État se mobilisent pour renforcer la confiance des français, 2019.

⁶⁸ Cass. 1re civ., 27 fév. 2013, n° 12-15.972.

en charge des mensualités mais plus encore, de générer des bénéfiques. Ce n'est que deux ans après la signature du contrat, date à laquelle ils reçoivent la facture du fournisseur d'électricité, que les particuliers s'aperçoivent que les revenus de production sont très inférieurs aux montants évalués par le commercial et que l'installation va au contraire, leur causer des pertes importantes de plusieurs milliers d'euros⁶⁹. Les conséquences sont tout à fait déplorables notamment au regard du coût des travaux pouvant atteindre des sommes de plusieurs milliers d'euros et touchant le plus souvent des personnes ayant des revenus modestes ou des personnes fragiles et/ou âgées.

55. Dans un deuxième temps, les professionnels loyaux sont également lésés, par leurs concurrents. En effet, les consommateurs ne sont pas les seules victimes de ce fléau. Une perte de confiance des consommateurs s'est fait ressentir et ce, au détriment des professionnels de bonne foi, qui respectent la réglementation. La mise en exergue des fraudes et arnaques dans le secteur a conduit à un réfrènement du marché de la rénovation énergétique or, les politiques de transition écologique sont plus que jamais d'actualité et les aides d'État sont mises à la disposition du grand public pour que cette politique aux grands enjeux soit menée à son terme.

56. Dans un dernier temps, la dépense publique n'est malheureusement pas utilisée à bon escient. Si la proposition de loi de M. Christophe Naegelen déposée en 2018 n'avait pas du tout en tête l'interdiction pure et simple des appels téléphoniques en matière énergétique, suite à la navette parlementaire en automne 2019, trois ministres ont relevé le problème de la fraude en rénovation énergétique. Il s'agit des malfaçons mais également du phénomène par lequel l'entreprise ne se déplace pas, ne réalise pas les travaux et touche tout de même l'argent de l'État.

57. Le contexte particulier de l'élaboration de la loi a conduit le législateur à adapter l'interdiction de démarcher téléphoniquement au secteur de la rénovation énergétique.

B. L'adaptation de l'interdiction au secteur de la rénovation énergétique

58. Les fraudes à la rénovation énergétique peuvent prendre différentes formes. Même si elles ne relèvent pas toutes du démarchage téléphonique *stricto sensu*, il ne faut pas oublier que le

⁶⁹ BELKACEM (M.) et KEINAN (D.), « *Panorama de la jurisprudence en matière de contentieux photovoltaïque* », Village de la Justice, 2019.

démarcheur est très souvent le premier acteur dans le projet de rénovation⁷⁰. C'est lui qui prend contact avec le consommateur afin de fixer le rendez-vous et que signature de contrat et travaux s'ensuivent. La prospection commerciale par téléphone est donc l'un des principaux facteurs du développement des fraudes et notamment des fraudes à 1€.

59. Le gouvernement avait dans un premier temps renforcé le label RGE qui conditionne l'accès aux aides nationales à la rénovation énergétique notamment en multipliant les contrôles à l'issu desquels la suspension de la détention du label peut être envisagée. Aussi, si le choix a été celui du maintien de l'opt-out dans le cadre du démarchage téléphonique, le législateur s'est cependant assuré de leur protection en intervenant dans ce secteur en particulier, où le nombre de plaintes était le plus élevé, pour assurer l'efficacité du dispositif. Avec la rénovation énergétique, même si le consommateur n'est pas inscrit sur la liste Bloctel, interdiction est faite au professionnel de le prospector téléphoniquement. Une protection accrue du consommateur à la mesure des conséquences désastreuses auxquelles il peut être confronté lorsqu'il souscrit un contrat à la suite d'un appel commercial.

60. Encore une fois, le risque lié à la disparition des petites entreprises spécialisées dans la rénovation énergétique est présent et d'autant plus qu'il est strictement interdit pour le professionnel de contacter un consommateur téléphoniquement et à des fins commerciales, que ce dernier soit ou non inscrit sur Bloctel.

À cet égard, il conviendra de préciser le périmètre de l'interdiction et ainsi qu'a pu le faire remarquer le directeur juridique de la FVD, M. Pierre Weinstadt, plusieurs difficultés existent. En effet, l'appel dans l'unique but d'une prise de rendez-vous ne peut à première vue être qualifié de prospection commerciale et laisserait donc la liberté au professionnel de profiter de cette justification pour démarcher le consommateur. Aussi, l'esprit du texte de la loi semblant être celui de la lutte contre les abus relatifs aux aides publics d'État, notamment la vente à 1€⁷¹, on ne pourrait comprendre une telle généralisation de l'interdiction à tout professionnel exerçant son activité dans le secteur de la rénovation énergétique sans exception.

Néanmoins l'interdiction généralisée du démarchage téléphonique dans le secteur de la rénovation énergétique en plus d'assurer une protection renforcée du consommateur, permettra de préserver la

⁷⁰ Parmi les professionnels réalisant les travaux, les artisans et les établissements de crédit notamment.

⁷¹ WEINSTADT (P.) La nouvelle loi sur le démarchage téléphonique, AFRC MAG n°20, 2020.

confiance de ceux-ci dans les travaux de rénovation énergétique et permettra également d'affirmer la crédibilité de la filière.

61. Si le choix de légiférer de manière spécifique dans le secteur de la rénovation énergétique semble être tout à fait justifié, il n'en reste pas moins que des doutes viennent remettre en cause la licéité de cette interdiction sectorielle.

§2. La licéité de l'interdiction sectorielle

62. L'alinéa 3 de l'article L. 223-1 C.consom., a suscité de vives réactions à la suite de la publication de la loi. Les fédérations d'architectes agissant pour les intérêts de leurs artisans, mais également les grands centres d'appel ont exprimé leur mécontentement. Il s'avère que l'interdiction sectorielle pourrait bien être contraire à certains droits fondamentaux (A) mais également au droit de l'Union européenne (B).

A. La contrariété de l'interdiction sectorielle aux droits fondamentaux

63. L'interdiction sectorielle pourrait porter atteinte à la liberté d'entreprendre (1) ainsi qu'au principe d'égalité devant la loi (2).

1. La liberté d'entreprendre

64. L'interdiction absolue de démarcher téléphoniquement les consommateurs, en ce qu'elle ne vise qu'un seul secteur, pourrait bien être inconstitutionnelle tout d'abord au regard de la liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre n'est pas expressément visée par la DDHC mais découle toutefois de son article 4 selon lequel « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ». Le conseil constitutionnel a d'ailleurs pu jugé que « *La liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la*

liberté d'entreprendre »⁷². La liberté d'entreprendre a donc valeur constitutionnelle, au même titre que l'ensemble des libertés proclamées par la DDHC.

65. Comme les libertés voisines, elle n'est ni générale, ni absolue et « *il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; (...)* »⁷³. Des limitations peuvent donc être apportées à la liberté d'entreprendre mais dans de tels cas, cela ne doit pas se faire de manière disproportionnée. Le degré de protection de la liberté d'entreprendre, ainsi que l'intensité du contrôle de sa limitation par le Conseil constitutionnel a fait l'objet d'une jurisprudence qui a fluctué au cours des vingt dernières années⁷⁴.

Dans un premier temps la tendance était à une protection minimaliste du principe en vertu duquel les limitations à la liberté, apportées par le législateur, doivent être « *exigées par l'intérêt général* » et ne doivent pas avoir pour conséquence d'en « *dénaturer la portée* »⁷⁵.

Une dizaine d'années plus tard, le Conseil constitutionnel ne conditionnait plus l'atteinte à la liberté aux « *motifs d'intérêt général* » mais seulement aux « *atteintes excessives propres à en dénaturer la portée* »⁷⁶. Très rapidement cette nécessité de justifier une limitation de la liberté d'entreprendre par des exigences constitutionnelles ou par des motifs d'intérêt général a été réintroduite⁷⁷.

Finalement, aujourd'hui, toute limitation doit être justifiée par la mise en oeuvre d'un objectif de valeur constitutionnelle ou s'il s'agit pour le législateur de poursuivre un motif d'intérêt général. Comme le précise le Conseil constitutionnel, « *la censure n'est plus limitée au cas où la liberté d'entreprendre serait "dénaturée". Un certain contrôle de proportionnalité devient possible. La protection de la liberté d'entreprendre en sort donc sensiblement renforcée* »⁷⁸.

66. Très rarement à la base d'une déclaration de non-conformité à la Constitution, la liberté d'entreprendre a néanmoins donné lieu à dix annulations de dispositions législatives pour atteintes

⁷² Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

⁷³ Cons. const., 4 juil. 1989, n° 89-254 DC notamment.

⁷⁴ Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre, site web du Conseil constitutionnel, 2001.

⁷⁵ Cons. const., 4 juil. 1989, n° 89-254 DC.

⁷⁶ Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC.

⁷⁷ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC et 13 janv. 2000, n° 99-423 DC.

⁷⁸ Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre, site web du Conseil constitutionnel, 2001.

disproportionnées à ladite liberté depuis 2010⁷⁹. Conscient du risque auquel serait exposé la France si la liberté d'entreprendre n'était pas assez garantie, au regard notamment des investisseurs internationaux et des jeunes entrepreneurs, cette vague d'annulations reflète l'infléchissement de la jurisprudence actuelle du juge constitutionnel à l'égard de la liberté d'entreprendre pour mieux en assurer l'effectivité⁸⁰.

67. La loi du 24 juillet 2020⁸¹ interdit de manière absolue le démarchage téléphonique aux professionnels qui vendent des équipements ou réalisent des travaux pour des logements en vue de la réalisation d'économies d'énergie ou de la production d'énergies renouvelables. Or l'activité économique de démarchage téléphonique en tant que telle ne transgresse aucun principe constitutionnel. Pour justifier son interdiction, le législateur devra démontrer que cette dernière n'est pas disproportionnée au regard du but recherché. Nous l'avons vu, les abus de consommateurs par certains professionnels peu scrupuleux sont très largement constatés dans le secteur de la rénovation énergétique. Cependant une atteinte à la liberté d'entreprendre, d'ailleurs reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales⁸², ne saurait être justifiée par les abus constatés pour un certain groupe de sociétés au détriment de la majorité des entreprises qui elles, opèrent de façon tout à fait conforme à la loi. Un contrôle serait susceptible de révéler que l'interdiction générale est particulièrement disproportionnée eu égard de l'objectif poursuivi, compte tenu du renforcement de l'encadrement par la nouvelle loi, quel que soit le secteur dans lequel l'entreprise prospecte.

68. Le risque d'inconstitutionnalité de la loi est accentué par l'atteinte portée au principe d'égalité devant la loi.

⁷⁹ TERNEYRE (P.), La liberté d'entreprendre est-elle vraiment une liberté fondamentale ?, Mélanges Dominique Rousseau, Lextenso, 2020.

⁸⁰ TERNEYRE (P.), La liberté d'entreprendre est-elle vraiment une liberté fondamentale ?, Mélanges Dominique Rousseau, Lextenso, 2020.

⁸¹ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

⁸² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 16.

2. Le principe d'égalité devant la loi

69. Cette mesure présente surtout un risque de contrariété au principe constitutionnel d'égalité devant la loi selon lequel « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »⁸³.

70. Ce principe ne s'oppose ni à ce que le législateur « *règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁸⁴. Pour autant, tous les professionnels qui recourent au démarchage téléphonique en vue de conclure un contrat portant sur la vente d'un bien ou la fourniture d'un service, sont placés dans une situation identique : celle du vendeur ayant accès au même marché de consommateurs.

Le texte de l'Assemblée reviendrait non seulement à opérer des différences entre le secteur de la rénovation énergétique et les secteurs économiques, mais aussi à traiter différemment les professionnels du même secteur de la rénovation par la distinction entre les prospects et clients⁸⁵, que nous aurons l'occasion de traiter *infra*⁸⁶, alors même que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel déduisent du principe d'égalité deux obligations : l'interdiction de certaines discriminations et l'application uniforme de la règle de droit⁸⁷. Ainsi, cela pourrait s'illustrer par le secteur de l'énergie où seuls ceux proposant des travaux de rénovation énergétique ne pourraient faire de démarchage téléphonique. La question se poserait de la même manière pour les professionnels du bâtiment qui, en fonction des activités qu'ils proposent seront ou non autorisés à démarcher téléphoniquement.

⁸³ DDHC, art. 6.

⁸⁴ Considérant de principe du Conseil constitutionnel, v. par exemple Cons. constit., 20 mai 2015, n°2015-470 QPC, société SAUR SAS.

⁸⁵ Le troisième alinéa de l'article L. 223-1 C.consom., interdit le démarchage téléphonique auprès de prospects mais prévoit une exception l'autorisant auprès des clients qui ont un contrat en cours avec le professionnel.

⁸⁶ REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019.

⁸⁷ Cons. const., 12 juil. 1979, n° 79-107 DC.

Un contre argument avait pu être avancé afin de justifier l'atteinte portée au principe constitutionnel, à savoir que la rénovation énergétique est en partie subventionnée par des aides publiques. Cependant il faut revenir à la finalité de la loi sur la protection du consommateur par rapport au démarchage téléphonique, qui est celle de protéger le consommateur contre des appels abusifs et non désirés, quelle que soit l'entreprise qui prospecte. Cela est donc sans rapport avec le fait qu'en rénovation énergétique, l'État aide les entreprises.

71. Une entreprise du secteur de la rénovation énergétique pourrait donc tenter de faire invalider l'alinéa 3 par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité.

72. Attaquable sur le terrain de la non-conformité à la constitution, l'interdiction sectorielle semble également en contrariété avec le droit communautaire.

B. La contrariété de l'interdiction sectorielle au droit européen

73. L'article 5 de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 prohibe les pratiques commerciales déloyales. Deux conditions cumulatives sont nécessaires à la caractérisation d'une pratique commerciale déloyale : la pratique doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle et doit altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse.

En outre, la directive dresse une liste exhaustive de trente-et-une pratiques réputées déloyales en toutes circonstances dans son annexe I, transposée aux articles L. 121-4, L. 121-15, L. 121-7 et L. 121-12 C.consom., pour lesquelles il n'est pas nécessaire de vérifier les critères généraux de déloyauté. À ce titre, le point n°26 de l'annexe I répute agressive la pratique consistant à « *Se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone (...)* ». Ce texte a été transposé dans les mêmes termes à l'article L. 121-7 3° C.consom., la directive étant d'harmonisation maximale.

74. Le degré maximal de l'harmonisation a conduit la CJUE, anciennement CJCE, à intervenir, dans son arrêt fondateur en la matière du 23 avril 2009⁸⁸, sur la question des pratiques commerciales interdites indépendamment de la recherche des critères de déloyauté. Selon la CJUE, la directive étant d'« *harmonisation complète* » (pt. 52), seules les pratiques mentionnées dans

⁸⁸ CJCE, 23 avril 2009, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV.

l'annexe I peuvent être interdites sans faire l'objet d'une évaluation au regard des critères de déloyauté (pt. 56). Le degré maximal d'harmonisation a pour conséquence que seules les pratiques interdites de la liste peuvent être interdites automatiquement par les législations nationales. La pratique retranscrite au point n°26 de l'Annexe I n'est réputée agressive que lorsque les sollicitations sont répétées et non souhaitées et par ailleurs assortie de lourdes sanctions tant civiles⁸⁹ que pénales⁹⁰. Le démarchage se manifeste généralement indépendamment de la volonté du consommateur. Néanmoins il ne s'agit pas toujours de sollicitations répétées. Pour autant l'article L. 223-1 alinéa 3 C.consom., interdit automatiquement le démarchage téléphonique, sans même qu'il n'y ait besoin de caractériser ces deux conditions. Cela présumerait que tout appel pour la rénovation énergétique est agressif. Or, les sollicitations téléphoniques ne peuvent être interdites par avance sans contrevenir au droit européen de l'Union européenne et au principe de primauté de ce dernier.

75. L'alinéa 3 semble constituer une violation du droit européen et le juge français, à cet égard, pourrait réagir à la question en vertu du contrôle de conventionnalité. La CJUE pourrait également être amenée à juger de la conformité de cet article en cas de question préjudicielle.

76. Le renforcement du régime d'interdiction de prospecter était nécessaire face à l'inefficacité de l'encadrement antérieur du démarchage téléphonique. Pour autant, en intervenant dans le secteur spécifique dans lequel le démarchage téléphonique cause le plus de désagréments, le législateur a excessivement renforcé le régime d'interdiction, quitte à ce que les nouvelles dispositions ne soient pas en conformité avec la hiérarchie des normes.

77. Le nouveau régime d'interdiction de prospecter, aussi restrictif qu'il soit, est tempéré par la possibilité ouverte aux professionnels d'y déroger.

⁸⁹ C.consom., art. L. 132-10.

⁹⁰ C.consom., art. L. 132-11.

Chapitre 2. Une exception client commune

78. Le principe général est celui selon lequel il est possible pour le professionnel de démarcher téléphoniquement un consommateur sauf s'il est inscrit sur Bloctel ou s'il agit dans le cadre de la rénovation énergétique. Toutefois une exception a été mise en place par le législateur : il reste possible pour le professionnel d'appeler le consommateur s'il est client. On parle communément d'« *exception client* ». La loi du 24 juillet 2020⁹¹ a modifié le champ du périmètre de l'exception client pour le restreindre, en prévoyant que seules les « *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* » peuvent donner lieu à un démarchage téléphonique, l'idée étant que le consommateur était trop facilement appelé.

79. Aujourd'hui, pour pouvoir démarcher téléphoniquement dans de telles circonstances, il existe donc plusieurs conditions cumulatives. Il faut d'abord que cela se fasse dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours (section 1) mais également que l'appel, ou le produit ou service, ait 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* » (section 2).

Section 1. La détermination du client

80. Pour qu'il lui soit possible de bénéficier de l'exception client, le professionnel doit agir dans le cadre de l'exécution d'un contrat avec le consommateur (§1), contrat qui doit être en cours au moment de la prospection téléphonique (§2).

§1. L'exécution du contrat comme facteur de caractérisation du client

81. Le législateur a fait le choix de retenir une distinction entre le prospect et le client dans le cadre de l'exception à l'interdiction du démarchage téléphonique (A). Cela étant, commune aux deux alinéas de l'article L. 223-1 C.consom., l'enjeu de la mise en oeuvre de l'exception client est

⁹¹ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

différent selon que le professionnel agit dans le cadre de la vente de biens ou services, ou dans le cadre de la rénovation énergétique (B).

A. La distinction entre prospect et client

82. La prospection, dans le cadre du démarchage téléphonique, consiste en l'entrée en contact du professionnel avec des consommateurs qui ne sont pas encore clients de l'entreprise. Il s'agit pour le professionnel de trouver des particuliers⁹² demandeurs d'un produit ou service proposé par ce dernier. Les prospects sont des clients potentiels de l'entreprise. Ils peuvent en effet le devenir à la suite de ladite prospection. Le client, lui, a déjà une relation commerciale avec l'entreprise. Il a bénéficié de la fourniture d'un bien ou d'une prestation de service.

La relation du consommateur avec le professionnel constitue le critère de la qualification du contrat de consommation, qui sera par ailleurs soumis à un régime différent selon qu'il s'agisse d'un prospect ou d'un client⁹³. Dans le cadre des discussions sur le contexte de l'élaboration de la loi, le député Richard Ramos, avait pu rappeler cette distinction⁹⁴.

83. Avant la réforme, l'ancien article L. 223-1 C.consom., prévoyait 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 en cas de relations contractuelles préexistantes* ». Les parlementaires ont estimé que l'expression « *relations contractuelles préexistantes* » était source d'interprétations diverses. A ce titre, un rapport de M. Christophe Naegelen⁹⁵ souligne que « *pour certains, elle désigne un contrat en cours, préexistant à l'appel, pour d'autres elle renvoie également à un contrat passé, même échu au moment de l'appel.* ». Selon le député, cela conduit au recours abusif à la dérogation au droit d'opposition par les professionnels, « *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* »⁹⁶. Cette exception relative

⁹² Ou autres professionnels, mais dans ce cas cela n'entre pas dans la relation de consommation.

⁹³ C.consom., art. L. 223-1. al.2

⁹⁴ NAEGELEN (C.), Rapport n°1284 sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018.

⁹⁵ NAEGELEN (C.), Rapport n°1284 sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018.

⁹⁶ Le consommateur bénéficie toujours de son droit d'opposition au traitement de ses données à caractère personnel à des fins de prospection, dans les conditions prévues à l'article 21 du RGPD.

aux « *relations contractuelles préexistantes* » laissait la possibilité aux entreprises de démarcher leurs clients mais également leurs anciens clients, devenus prospects dont elles avaient obtenu les coordonnées téléphoniques par le biais de leur contrat passé.

Cette expression a été modifiée par la loi du 24 juillet 2020⁹⁷. Lors de l'élaboration de ladite loi, au départ, il était question d'interdire de manière générale et absolue la prospection commerciale par téléphone dans le secteur de la rénovation énergétique. Les fédérations d'architectes notamment, mécontentes de ces dispositions qu'elles ne trouvaient pas équilibrées au regard des petits artisans, les ont contestées. En effet, pour les « *petits professionnels* » tels que les artisans, commerçants et travailleurs indépendants, le démarchage téléphonique est essentiel à la poursuite de leurs activités. Souvent peu connus, et n'ayant les moyens de recourir à des campagnes de publicité aux prix exorbitants, l'appel téléphonique est le seul moyen qui leur est offert pour démarcher les consommateurs et espérer entrer en réelle concurrence avec leurs pairs.

Gain de cause a été obtenu, laissant aux professionnels la chance de ne pas se voir interdits de manière généralisée de prospecter dans le secteur de la rénovation énergétique. Mais afin de lutter contre les abus, une première distinction a été faite entre les artisans et les grands centres d'appels, ces derniers étant interdits d'appeler. Il avait été proposé, lors des débats parlementaires⁹⁸, « *la possibilité, pour de petites entreprises, artisans et commerçants, de continuer un démarchage téléphonique qui n'est, la plupart du temps, ni un acte agressif, ni une pression insupportable* ». Finalement de cette première distinction, une seconde entre prospect et client a été retenue. Cette dernière est le fruit de la réflexion et de l'opposition des grandes entreprises qui se voyaient devoir être privées totalement de démarcher téléphoniquement. Les ministres ont entendu ces arguments et en ont tenu compte.

84. En établissant cette distinction, il était question pour l'entreprise de pouvoir maintenir une relation avec ses clients et ce, par le biais du démarchage téléphonique. L'un des arguments avancé était celui selon lequel, souvent, il est indispensable pour le professionnel de maintenir un contact avec son client notamment dans le cadre de l'exercice de son devoir de conseil.

Ce sont néanmoins les petits professionnels qui ont vu leurs intérêts lésés. En effet la distinction avait pour but d'interdire le démarchage téléphonique auprès des prospects mais de l'autoriser auprès des clients. Comme nous avons pu le préciser *supra*, les artisans ont besoin de démarcher des

⁹⁷ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

⁹⁸ NAEGELEN (C.), Rapport n°2616, sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2020.

clients potentiels. Cela est nécessaire au développement de leur clientèle, et même parfois à la survie de leurs sociétés respectives. Prenons l'exemple d'un artisan spécialisé dans l'isolation thermique des habitations, qui propose la fourniture de son service auprès de consommateurs dans le cadre de la réalisation de travaux. Il n'est que peu envisageable qu'un consommateur se tourne vers une petite entreprise lorsqu'il souhaite bénéficier de la main d'oeuvre d'un professionnel pour la réalisation de ses travaux d'isolation. Sans doute aucun, le consommateur se tournera vers une entreprise leader dans le secteur qui dispose des moyens nécessaires pour financer des campagnes de publicité, notamment radiophoniques ou télévisées, non pas pour un tarif préférentiel, ou pour une meilleure qualité des travaux, mais par souci de popularité (outre le souci de confiance né des fraudes en la matière).

85. La distinction entre prospect et client révèle un autre enjeu. Pour les entreprises leaders dans leur secteur telles que dans la fourniture d'énergie ou la télécommunication, la possibilité qui leur est offerte de démarcher leurs clients pour de nouvelles offres creuse encore l'inégalité auprès des petits professionnels. D'abord, ces dernières disposent évidemment d'un portefeuille client bien plus réduit que celui des leaders sur le marché qui vont fidéliser leur clientèle. Mais aussi, une sorte de cloisonnement du marché peut être à constater puisque les clients de ces grandes entreprises sont privés des appels des concurrents. C'est cette distinction qui a cependant été retenue par la loi et qui va être déterminante de l'applicabilité de l'exception client.

86. L'interdiction a été consacrée avec une légère ouverture vers l'exception client et ce même dans le secteur de la rénovation énergétique. Si l'exception client est commune à ces deux hypothèses, les enjeux qui en découlent sont réellement différents en fonction du secteur dans lequel elle est mise en oeuvre.

B. La mise en oeuvre de l'exception client dans les deux hypothèses

87. Il n'est pas inutile de rappeler que, dans le cadre de la prospection de biens et services, il est interdit de démarcher téléphoniquement uniquement dans le cas où le consommateur est inscrit sur Bloctel. Dans le cadre de la rénovation énergétique néanmoins, il est interdit en amont de prendre contact avec le consommateur. L'exception client revêt dans cette dernière hypothèse la forme d'une dernière chance laissée aux professionnels du secteur de démarcher téléphoniquement.

88. Ainsi dans les deux hypothèses, la prospection n'est pas interdite de la même manière. Reprenons l'exemple précité⁹⁹. D'un côté, l'artisan spécialisé dans l'isolation thermique des habitations, qui propose la fourniture de son service auprès de consommateurs dans le cadre de la réalisation de travaux serait interdit de démarcher téléphoniquement des prospects. Alors que de l'autre côté, un artisan peintre, dont les moyens financiers sont les mêmes que celui opérant dans le secteur de la rénovation énergétique, peut appeler des prospects afin de leur proposer la fourniture de son service dans le cadre de la réalisation de travaux, tant qu'ils ne sont pas inscrits sur Bloctel. Dans le cadre de la vente de biens et services, les professionnels ont une faculté davantage étendue pour démarcher téléphoniquement un prospect par rapport à la rénovation énergétique dans laquelle, en toute hypothèse, cela est interdit.

89. Aujourd'hui la même exception client est appliquée pour deux situations complètement différentes. Cela vient remettre en cause le bienfondé de l'exception client pour la vente de biens et services.

En effet le consommateur fait l'objet d'une protection accrue pour le démarchage téléphonique dans le secteur de la rénovation énergétique en ce qu'il est purement et simplement interdit. La mise en place d'une exception client semble donc tout à fait nécessaire et importante dans ce secteur pour donner une dernière chance au professionnel de prospecter.

Pour la vente de biens et services néanmoins, le consommateur pourra être démarché non seulement tant qu'il ne sera pas inscrit sur Bloctel, mais également s'il est inscrit mais qu'il est client du professionnel. Or le consommateur qui s'est inscrit sur Bloctel l'a fait dans un but bien précis : ne plus être importuné par des appels téléphoniques commerciaux. Ce dispositif est encore peu connu, et lorsqu'un particulier est amené à s'inscrire sur ce site, c'est inévitablement dans le cas où il a fait l'objet de bon nombre d'appels intempestifs, au point de devoir se renseigner sur le moyen d'y mettre fin. Le choix fait de l'opt-out aurait dû être pris en compte pour la mise en place de l'exception client. En effet le consommateur se doit d'entreprendre une certaine démarche pour ne plus être appelé donc lorsqu'il s'inscrit, le consommateur moyen, se pense légitimement protégé contre tous les appels commerciaux¹⁰⁰. Il ne s'attend pas à être démarché, même dans le cadre de l'exécution de l'un de ses contrats avec un professionnel, qui lui proposerait d'autres produits ou

⁹⁹ V. §84.

¹⁰⁰ L'exception client est pour autant précisé sur le site, et ce, également par l'envoi d'un mail de la société après l'inscription mais comme dans le cadre de la conclusion d'un contrat de vente, il est rare que le consommateur prenne connaissance de l'ensemble des conditions générales.

services. Pour être définitivement débarrassé de ces appels intempestifs, le consommateur, en plus de s'inscrire sur la liste d'opposition, doit prendre contact, ou attendre d'être contacté, par tous les professionnels avec lesquels il a un contrat en cours d'exécution afin d'exercer son droit d'opposition¹⁰¹. L'exception client dans le cadre de la vente de biens et services pose toute la question de son intérêt car le consommateur sait où trouver le professionnel avec lequel il a un contrat, en cas de questions ou de nouveaux besoins. En outre, lié par un contrat, le consommateur pourrait témoigner de sa volonté de recevoir de la prospection commerciale telle que celle relative aux nouvelles offres proposées par l'entreprise, par le biais de SMS ou mail par exemple. S'il ne souhaite pas faire l'objet de prospection commerciale, sans doute n'aurait-il pas l'envie que son cocontractant bénéficie d'une exception à la prospection téléphonique lui permettant d'entrer à nouveau en contact avec lui.

90. La mise en place d'une exception client commune vient encore creuser l'inégalité qui règne entre le secteur de la rénovation énergétique et les autres secteurs. Ici encore, la prise en compte du fait que dans le secteur de la rénovation énergétique, beaucoup « *trop de personnes ont été lésées à travers des aides non éligibles, des contrats peu clairs ou des travaux mal réalisés* »¹⁰² est de mise. Dans ce secteur, en toute hypothèse, il est interdit de démarcher téléphoniquement un consommateur hormis dans le cas de l'exception client. Toutefois cette exception a beaucoup moins de chance de prospérer a priori en ce sens que les appels téléphoniques ne peuvent être émis qu'envers les consommateurs déjà clients de l'entreprise, et non à tous les consommateurs qui ne seraient pas « *bloctélisés* ». Ainsi, le professionnel ne peut développer sa clientèle et retrouve sa prospection cantonnée à un nombre restreint de consommateurs lorsque, dans tous les autres secteurs, la recherche de nouveaux clients par le biais du démarchage téléphonique reste ouverte.

91. À une éventuelle inégalité sectorielle quant à la mise en oeuvre de l'exception client, s'ajoute la restriction de concurrence dans le secteur de la rénovation énergétique. Quasiment la totalité des français a un contrat de fourniture d'énergie avec les deux entreprises que sont EDF et Engie, même si le marché de la fourniture d'énergie a été ouvert à la concurrence dans les années 2000. Clients dans le cadre de la fourniture d'énergie, les consommateurs pourraient, dans le cas où d'autres

¹⁰¹ RGPD, art. 21.

¹⁰² NAEGELEN (C.), Rapport n°2616, sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2020.

conditions sont remplies¹⁰³, être démarchés téléphoniquement dans le cadre de la rénovation énergétique (isolation, panneaux photovoltaïques etc). Cela entraîne une sorte de situation monopolistique des deux grands acteurs dans la réalisation de travaux énergétiques et vient donc restreindre la concurrence dans la branche dédiée à la réalisation de travaux de rénovation énergétique.

92. Finalement, c'est dans la relation commerciale qu'entretenaient déjà le professionnel et le consommateur qu'est mise en oeuvre la distinction entre prospect et client, indépendamment des secteurs concernés. Le choix du législateur a été celui de retenir l'aspect relatif à l'exécution du contrat. Qualifié de client, le consommateur pourra être démarché en toute hypothèse dans le cadre de l'exécution de l'un de ses contrats.

93. En toute circonstance l'existence d'un contrat est le maître mot de l'exception, mais son périmètre a été restreint. Il ne faut pas seulement que les sollicitations interviennent dans le cadre de l'exécution d'un contrat, mais également que ledit contrat soit en cours. Il a fallu préciser cette notion.

§2. La notion de contrat en cours au moment de la prospection téléphonique

94. Nous analyserons tout d'abord le contexte dans lequel la notion de contrat en cours a émergé (A) avant de tenter d'identifier les contrats visés par la notion (B).

A. L'émergence de la notion de contrat en cours

95. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2020¹⁰⁴, l'exception relative aux « *relations contractuelles préexistantes* », peu précise, était source d'interprétations diverses et ce, souvent en contrariété avec l'esprit de la loi, qui avait pour but de permettre aux professionnels de démarcher les consommateurs dans le cadre de leur contrat en cours. Il n'était certainement pas question de leur laisser la possibilité de proposer des produits ou services n'ayant aucun rapport avec le contrat en cours, et ce, des années après la relation contractuelle. Pourtant, les professionnels adoptaient une interprétation littérale du texte, ce qui leur ouvrait la possibilité de démarcher un consommateur

¹⁰³ C.consom. art. L. 223-1, al 2.

¹⁰⁴ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

dans le cadre d'une relation contractuelle, que le contrat soit en cours ou échu. En effet, littéralement, les relations préexistantes concerne « *tant des relations contractuelles qui préexistent, donc qui ont existé, que des relations qui existent encore. À cet égard, les contrats exécutés ou en cours d'exécution entreraient donc bien tous deux dans le champ de l'exception* »¹⁰⁵. La question de la difficulté d'interprétation de la notion de « *relations contractuelles préexistantes* » n'ayant jamais été soumise ni tranchée par une juridiction¹⁰⁶, la DGCCRF avait eu l'occasion de la préciser¹⁰⁷. Elle considérait comme des « relations contractuelles préexistantes » les contrats en cours, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée, qui n'ont pas fait l'objet de résiliation tels que les « *contrats de services à exécution successive ou étalé dans le temps comme les abonnements* », les « *contrats de service à durée indéterminée qui ne s'éteignent qu'en cas de résiliation* » et les « *contrats à durée déterminée en cours* ». Cette interprétation semblait en accord avec l'esprit initial de l'ancienne exception mais s'opposait à la lettre du texte en ce qu'elle venait restreindre son champ d'application.

96. La nouvelle rédaction de l'exception client par l'alinéa de l'article L. 223-1 C. consom., remplaçant les « *relations contractuelles préexistantes* » par la notion de « *contrat en cours* », est venue remédier à cette divergence d'interprétation. La notion reste toutefois vague et interroge sur le type de contrats visé par le texte, suite à cette évolution législative. La notion de contrat en cours n'est en effet pas prévue dans le chapitre « *Durée du contrat* » de la réforme en droit des contrats de 2016¹⁰⁸. On parle de contrat en cours en général dans le cadre de l'application de la loi dans le temps où l'on peut distinguer deux hypothèses principales selon lesquelles la loi ne peut s'appliquer aux effets passés du contrat mais peut s'appliquer aux effets en cours dudit contrat¹⁰⁹.

¹⁰⁵ REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019

¹⁰⁶ REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019

¹⁰⁷ Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, la foire aux questions des entreprises, site web de Bloctel, 2021.

¹⁰⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations.

¹⁰⁹ V. pour plus de détails, MALPEL-BOUYJOU (C.), *Conflits de loi dans le temps*, Rép. civ. Dalloz, 2016.

97. La nouvelle rédaction de l'exception vient cependant confirmer l'interprétation faite par l'administration¹¹⁰ qui dans ce cadre est conforme et à l'esprit et à la lettre de la loi. Parmi les contrats susceptibles d'être « *en cours* », deux types requièrent toute notre attention.

B. Les catégories de contrats en cours

98. Si la notion de contrat en cours n'est sujette à aucune difficulté d'interprétation pour les contrats à exécution successive (1), c'est néanmoins dans le cadre des contrats à exécution instantanée et plus précisément dans les contrats de vente, que la notion est difficile à apprivoiser, notamment au regard de la notion de garantie (2).

1. Les contrats à exécution successive

99. Le domaine où il est le plus aisé de qualifier un contrat en cours est celui concernant les contrats à exécution successive. Ce type de contrat est défini expressément à l'article 1111-1 al. 2 C.civ., comme celui « *dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps* ». L'illustration typique de ces contrats dans le cadre desquels les professionnels ont recours au démarchage téléphonique est celui des contrats d'abonnement téléphoniques ou de fourniture d'énergie. Lorsque le consommateur décide de souscrire un tel contrat, il conclut en réalité un contrat permanent.

100. Le contrat en cours est un contrat conclu, mais également prolongé ou renouvelé. Cet alinéa doit donc s'articuler avec les dispositions du code civil. Le cas de l'article 1215 C.civ., relatif au contrat tacitement reconduit nous intéresse particulièrement. Dans le cadre de la souscription d'un contrat d'abonnement de gaz ou d'électricité par exemple, la reconduction se fait tacitement à l'échéance du contrat et ce, pour la même durée que celle initialement prévue. L'hypothèse est la même dans le secteur de la télécommunication. Ces professionnels sont très avantagés du fait du type de contrats qu'ils sont amenés à conclure, par rapport à d'autres professionnels, opérant dans d'autres secteurs et selon des formes de contrat différentes, qui ne pourront quasiment jamais bénéficier de l'exception relative aux contrats en cours. Nul besoin de forcer le texte pour qu'un fournisseur d'énergie puisse deux, trois, voire quatre ans après la conclusion du contrat, démarcher

¹¹⁰ V. §96.

téléphoniquement son client pour la vente d'un thermostat par exemple. Une telle qualification extensive confère au professionnel cette prérogative, le contrat étant en cours et d'ailleurs, durant des dizaines d'années avec les mêmes fournisseurs professionnels¹¹¹.

101. La notion de contrat en cours pose cependant une difficulté particulière dans le cadre des contrats d'abonnement de gaz ou électricité. La difficulté tient à au point de départ à prendre en compte, à savoir la date de conclusion du contrat ou la date d'entrée en vigueur du contrat, sachant que pour le contrat d'énergie la date d'entrée en vigueur est généralement à J+30 de la conclusion du contrat. Pour apporter un élément de réponse, il nous faut partir du début.

Les articles 1113 et 1121 C.civ., prévoient respectivement que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* » et que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant* ». En outre les obligations naissent de l'acte juridique en vertu de l'article 1100 C.civ. Selon ledit code, le point de départ du contrat est ainsi celui de la date de souscription du contrat. De plus, au regard de l'article L. 221-18 C.consom.,¹¹² le contrat de fourniture de gaz ou d'électricité est un contrat à exécution successive qui, dans le cadre de sa conclusion suite à un démarchage téléphonique¹¹³, ouvre au consommateur un droit de rétractation de 14 jours qui court à compter de la conclusion du contrat¹¹⁴.

Néanmoins, la date d'exécution des prestations étant généralement à J+30 de la conclusion du contrat, le professionnel ne reçoit aucun paiement, aucune contrepartie du consommateur jusqu'à cette date. Les obligations du fournisseur (et du client) naissent au jour de la conclusion du contrat mais jusqu'à la date de mise en service, le contrat d'énergie ne reçoit aucune exécution de la part des deux parties. Ainsi le contrat ne semble pas répondre à la condition de l'alinéa 2 de l'article L. 223-1 C.consom., selon lequel les sollicitations doivent intervenir dans le cadre de « *l'exécution* » d'un contrat en cours, jusqu'à ce que la prestation principale du contrat commence à être exécutée.

¹¹¹ À noter que la recrudescence des démarchages de fournisseurs d'énergie a conduit beaucoup de consommateurs au changement de son fournisseur ces dernières années.

¹¹² C.consom., art. L. 221-4 « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ainsi que sur la fourniture de chauffage urbain.* »

¹¹³ Il s'agit donc d'un contrat à distance, en vertu de l'article L. 221-1 C.consom.

¹¹⁴ C.consom., art. L. 221-18.

102. Si le contrat à exécution successive, par définition, ne trouvera aucune difficulté à revêtir la qualification de « *contrat en cours* », il ne sera pas possible de faire la même remarque au regard des contrats à exécution instantanée.

2. Les contrats à exécution instantanée : la notion de garantie

103. Dans le cadre de l'exécution d'un contrat à exécution instantanée¹¹⁵, « *les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique* ». Lorsque le contrat est totalement exécuté, c'est-à-dire que les obligations sont exécutées, il ne s'agit a priori plus d'un contrat en cours. Plusieurs hypothèses de fin d'exécution de contrat ont été recensées par l'INC¹¹⁶. Il peut par exemple s'agir d'une résiliation par l'une ou l'autre des parties au contrat, de l'exécution totale du service et de la remise du prix dans le cadre d'un contrat de prestation. Prenons l'exemple d'un contrat de vente : Les obligations réciproques découlant de l'accord de la volonté sont la livraison et le paiement du produit ou service. Une fois que ces obligations sont exécutées, le contrat ne peut donc pas survivre. S'il n'est plus en cours, le professionnel ne pourra plus contacter le consommateur dès la fin de l'exécution, à la condition qu'il soit inscrit sur la liste d'opposition Bloctel.

104. Les garanties laisseraient cependant sous-entendre un maintien en vie du contrat, or la quasi totalité des ventes s'accompagne de diverses garanties. Il peut s'agir de garanties obligatoires comme la garantie décennale qui pèse sur le constructeur d'un ouvrage¹¹⁷ ou la garantie légale de conformité qui pèse sur le professionnel¹¹⁸ mais sans aller jusque-là, il existe des garanties contractuelles ou commerciales qui souvent s'étendent sur un, deux ou trois ans. La garantie commerciale¹¹⁹ est un « *engagement contractuel d'un professionnel à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement ou de la réparation d'un bien* », et cette garantie fait l'objet d'un contrat écrit. Il semble donc que le client dispose toujours d'un contrat en cours avec l'entreprise lui ayant vendu un produit ou un service puisque pèse sur le professionnel

¹¹⁵ C.civ., art. 1111-1, « *Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique.* »

¹¹⁶ CHERRAT (I.), Démarchage téléphonique : vous pouvez vous inscrire sur la liste d'opposition Bloctel, site web de l'INC, 2020.

¹¹⁷ C.civ., articles 1792 et 1792-4-1.

¹¹⁸ C.consom., articles L. 217- 7 à L. 217-14.

¹¹⁹ C.consom., art. L. 217-15.

des obligations liées à ce contrat tout au long de la durée de cette garantie. Ce n'est pourtant pas la position prise par la DGCCRF qui retient 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* »¹²⁰.

105. Si une telle hypothèse était retenue, le consommateur pourrait donc être démarché sur de très longues durées même s'il est inscrit sur Bloctel. Dans l'esprit du consommateur, une fois le contrat exécuté, il n'est plus lié au professionnel. Il sait pertinemment qu'en cas de problèmes quelconques avec le produit ou la réalisation de la prestation de service, il pourra faire jouer une garantie, qu'elle soit légale ou contractuelle puisque justement, la garantie contractuelle est le plus souvent nettement mise en valeur et constitue par ailleurs un argument de vente solide¹²¹. Ainsi la position de la DGCCRF semble la plus légitime face à la notion de garantie dans le cadre du maintien en vie du contrat.

106. En plus d'intervenir dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours, les sollicitations doivent également avoir un rapport avec l'objet de ce contrat

Section 2. Les biens et services concernés

107. Le législateur a choisi de restreindre l'exception client aux appels qui ont un rapport avec l'objet du contrat en cours (§1) mais a toutefois étendu la possibilité de caractériser ce rapport (§2).

§1. Le rapport avec l'objet du contrat

108. Le professionnel pourra bénéficier de l'exception client à la condition que les sollicitations téléphoniques aient un rapport (B) avec l'objet du contrat qui le lie au consommateur (A).

¹²⁰ Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, la foire aux questions des entreprises, site web de Bloctel, 2021.

¹²¹ Et ce, même s'il s'agit d'une garantie contractuelle de deux ans, alignée sur la garantie légale dont le consommateur pourrait en toute hypothèse bénéficier en vertu des articles L. 217-4 et s. C.consom.

A. La notion d'objet du contrat

109. Au début de l'article L. 223-1 C.consom., aucune qualification du contrat n'est donnée et surtout, il ne nous est pas précisé s'il s'agit d'un contrat de vente ou de service. La qualification vente/service n'apparaît qu'à la suite de l'article¹²². Le concept d'objet du contrat tel que rédigé est donc au sens le plus classique du terme, c'est-à-dire la notion d'objet en droit civil. L'objet du contrat se définit comme « *l'opération contractuelle que les parties ont réalisée, soit l'opération envisagée dans son ensemble et non plus dans l'un ou l'autre de ses éléments constitutifs* »¹²³. Il s'agit du contenu de l'engagement qui doit être possible, déterminé ou déterminable¹²⁴ et licite¹²⁵. Comme le souligne Madame Lucas-Puget, « *Le contrat n'est plus une convention engendrant une somme d'obligations, c'est une entreprise coulée dans un moule contractuel, ou une forme contractuelle instrumentalisée en vue d'un résultat* »¹²⁶. Pour analyser l'objet d'un contrat, il va ainsi falloir s'intéresser à sa « *finalité* », au « *but concret* » recherché par les parties¹²⁷. C'est en ce sens que la notion d'objet du contrat peut être source d'interprétations variables. Il s'agit donc pour le professionnel de se concentrer sur la définition de l'objet du contrat qu'il conclue avec le consommateur.

110. Prenons un exemple afin d'illustrer le propos. Dans le cadre d'un contrat portant sur la pose du double vitrage, l'objet du contrat serait la vente de double vitrage mais si l'on part du principe que cette vente est faite dans le contexte de l'amélioration de l'habitat (réduction des dépenses d'énergie, meilleurs effets sur l'environnement etc.) alors l'objet du contrat sera appréhendé autrement. Le professionnel serait presque soumis à un devoir de conseil de source prétorienne notamment à travers l'obligation précontractuelle d'information¹²⁸. En effet le professionnel doit dans un premier temps « *se renseigner sur les besoins de l'acheteur* » et dans un second temps

¹²² C.consom., article L. 223-1 al. 2.

¹²³ BAMDÉ (A.), La détermination de la prestation ou l'objet de l'obligation, In Droit des contrats, Droit des obligations, 2017.

¹²⁴ C.civ., art. 1163 al. 2.

¹²⁵ C.civ., art. 1162 al. 2.

¹²⁶ LUCAS-PUGET (A.-S.), Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005, n° 499, p. 279.

¹²⁷ LUCAS-PUGET (A.-S.), Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005, n° 499, p. 279.

¹²⁸ C.consom., art. 111-1 ou C.civ., art. 1112.

« l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue »¹²⁹. Le professionnel devra donc se concentrer sur la définition de l'objet de son contrat car cette dernière aura de grands enjeux pour ses prospections téléphoniques dans le cadre de l'exception client.

111. S'il ne définit pas précisément l'objet de son contrat, il prendra un risque en sollicitant son client. En effet il lui faudra établir un rapport entre la sollicitation et l'objet du contrat.

B. Le rapport avec l'objet du contrat

112. Pour assurer la protection du consommateur, l'exception client de l'article 9 de la loi du 24 juillet 2020¹³⁰ prévoit que les sollicitations doivent avoir un rapport avec l'objet du contrat en cours d'exécution. Cette condition a été écrite dans le but que l'appel du professionnel au consommateur ne puisse avoir aucun lien avec le premier contrat conclu.

113. Avant de parvenir à la rédaction de cette condition, il était question pour l'Assemblée nationale, en première lecture de la proposition de loi, de restreindre le démarchage aux sollicitations qui ont un rapport direct avec l'objet du contrat en cours. La notion de rapport direct avec l'objet du contrat en cours restreignait très fermement l'exception. Par exemple, le professionnel n'aurait pas pu prospecter son client pour des produits divers et variés qui n'ont pas de rapport immédiat avec l'objet du contrat en cours et ce, même si ces produits répondent aux besoins du consommateur au regard de la relation contractuelle qu'il entretient avec lui. Le portefeuille client ne pouvait donc être complètement exploité afin de valoriser les actifs de la société. La proposition de produits ou services analogues ou complémentaires constitue une grande partie de l'activité de prospection et permet justement aux entreprises de se développer¹³¹.

Néanmoins l'ouverture de cette possibilité aux professionnels pourrait être le facteur d'une distorsion de concurrence en ce que les entreprises ayant des activités très diversifiées auraient un avantage compétitif face à leurs concurrents ayant des activités moins diversifiées¹³². Par exemple

¹²⁹ Cass.Civ. 1^{re} 28 octobre 2010, n° 09-16.913.

¹³⁰ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

¹³¹ REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019.

¹³² CNC Rapport, NOR : ECOC1905435P, Adopté le 22 février 2019, p. 25.

la plupart des banques ont également une activité d'assurance, mais aussi, les fournisseurs d'énergie sont l'un des premiers acteurs dans la rénovation énergétique.

114. Pour autant, ce n'est qu'après que l'Assemblée nationale ait retenu l'expression « *rapport* », et non « *rapport direct* » avec l'objet du contrat tout en la précisant et l'interprétant largement comme suit « *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* »¹³³, que le Sénat a déclaré conforme cet article. Ainsi, si la notion de rapport direct avec l'objet du contrat en cours restreignait très fermement l'exception, en supprimant le caractère direct du rapport, la volonté parlementaire semble être celle de trouver un juste équilibre entre la protection du consommateur et le développement économique.

Au regard de l'interprétation des travaux parlementaires, le professionnel serait donc autorisé à prospecter ses clients même lorsque la prospection n'a pas de rapport direct avec l'objet du contrat en cours.

115. Il subsiste cependant une difficulté. L'alinéa 2 de l'article L. 223-1 C.consom., ne précise pas jusqu'où le professionnel peut aller dans le cadre du rapport avec l'objet de son contrat. L'administration doit nous éclairer sur ce point mais il reviendra surtout aux juges de se prononcer de façon casuistique afin d'éclairer le propos.

Prenons deux exemples. Le rapport entre la vente d'un thermostat et le contrat d'énergie pourrait être facilement admis certes, mais celui entre la vente de double vitrage et de laine de verre semble beaucoup plus difficile à établir de prime abord¹³⁴. S'il est soutenu qu'il n'y a pas de rapport entre la vente de vitres et la laine de verre, cela est peut-être justifié. Toutefois, on pourrait adopter une conclusion différente si l'on imagine qu'il existe un rapport lorsque l'objet du contrat est défini autrement que par la vente de vitres, par exemple le contexte de l'amélioration de l'habitat.

116. Tout l'enjeu se concentre bien sur la définition de l'objet du contrat par le professionnel, ce qui lui permettra de prospecter de façon plus ou moins large son client, tant qu'il est en mesure d'explicitier le rapport de la prospection avec l'objet du premier contrat.

¹³³ V. pour plus de précisions §119 et s.

¹³⁴ WEINSTADT (P.) La nouvelle loi sur le démarchage téléphonique, AFRC MAG n°20, 2020.

117. Malgré la condition relative au rapport avec l'objet du contrat qui vient une fois de plus restreindre l'exception client, le législateur a facilité la possibilité pour le professionnel de remplir cette condition.

§2. L'extension du périmètre de l'exception client

118. Nous l'avons vu, le professionnel pourra démarcher son client dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours si les sollicitations ont un rapport, direct ou non, avec l'objet du contrat. Mais il le pourra également si ces sollicitations visent des biens ou services « *afférents ou complémentaires à l'objet du contrat en cours (A) ou de nature à améliorer ses performances ou sa qualité (B)* ».

A. Les produits ou services afférents ou complémentaires à l'objet du contrat en cours

119. L'article L. 223-1 C.consom., prévoit que le professionnel peut contourner l'interdiction de démarcher s'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* ».

120. Dans la volonté de l'extension de ce qui était complètement fermé, l'Assemblée nationale a choisi, en deuxième lecture, d'adopter une rédaction beaucoup plus précise. Néanmoins les termes « *afférents ou complémentaires* » utilisés donnent encore lieu à une interprétation diverse. En effet, ce sont des termes qui ne sont pas habituellement utilisés en droit et qui restent assez vagues. Sans pour autant autoriser les sollicitations téléphoniques n'ayant aucun lien avec l'objet du contrat, l'exception client ne serait pas limitée *stricto sensu* à l'objet du contrat tel que défini lors de sa conclusion, mais permettrait une évolution de la relation contractuelle¹³⁵.

121. En l'absence d'explications exactes pour cet aspect de l'exception client, cette nouvelle formulation appelle à des éclaircissements.

¹³⁵ REICHARDT (A.), Rapport n°463 sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2019-2020, 2020.

Néanmoins, les définitions des mots « *afférent* » et « *complémentaire* » apparaissent très larges et peu pédagogiques. Le terme afférent se définit comme « *ce qui se rapporte à* », et le terme complémentaire comme « *qui apporte un complément* »¹³⁶. Aucun enseignement ne semble pouvoir être tiré de ces définitions.

En outre, la FAQ sur le site de Bloctel a été mise à jour pour tenir compte de la loi du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique¹³⁷. Or, à la question n°9 formulée comme suit « *9. Quelles sont les sollicitations concernées "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" ?* », la DGCCRF se contente de rappeler le texte de l'article L. 223-3 sans apporter de précisions.

Il faudra donc se placer du point de vue de l'objectif du législateur afin d'essayer d'éclaircir les notions. Les travaux parlementaires ont révélé la philosophie du texte, qui est celle d'étendre ce qui était complètement fermé. En passant de « *rapport direct* » à « *rapport* » et en ajoutant l'expression « *y compris* » nous comprenons que tout ce qui apparaît après la virgule a été écrit dans le but d'élargir les cas dans lesquels les professionnels, en relation contractuelle avec le destinataire de l'appel, peuvent le solliciter par téléphone. Aussi, « *D'après les travaux parlementaires, le terme "complémentaires" devrait permettre d'inclure les biens ou services en rapport indirect avec ceux qui ont été vendus lors du contrat initial* »¹³⁸.

122. Ces définitions très larges, associées à l'esprit du texte semblent ouvrir la porte à la proposition de produits ou services très variés dès lors qu'un quelconque « *rapport* » peut être trouvé avec le contrat en cours. Concrètement, une entreprise ne pourra plus prospecter téléphoniquement son ancien client, ni prospecter un client avec lequel elle a contrat en cours pour un produit ou un service qui n'a rien à voir avec l'offre souscrite. « *En revanche, elle pourra toujours l'appeler pour lui proposer de souscrire une option, une nouvelle offre, ou lui vendre un accessoire* »¹³⁹.

¹³⁶ P. Robert, Dictionnaire alphabétique et analytique de la langue française.

¹³⁷ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

¹³⁸ AUBRY (H.), POILLOT (E.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), Droit de la consommation, D. 2021, p. 594.

¹³⁹ QUE CHOISIR, Démarchage téléphonique - De nouvelles avancées, 2020.

B. L'amélioration des performances ou de la qualité

123. L'article L. 223-1 C.consom., prévoit que l'exception client s'applique 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* ».

124. Afin de clarifier les termes de cette exception et son application, nous prendrons pour exemple le contrat de fourniture d'énergie (gaz et électricité). Les qualités du contrat d'énergie peuvent être appréciées notamment par les technologies dites de « *Smart Grids* » par lesquelles les compteurs Linky pour l'électricité et Gazpar pour le gaz ont vu le jour. Il s'agit de compteurs communicants qui contribuent à l'amélioration de la qualité de l'alimentation en gaz et électricité en ce qu'ils permettent un calcul en temps réel de la consommation d'énergie et offrent une meilleure information aux professionnels comme aux consommateurs pour la réalisation d'économies¹⁴⁰. Les performances du contrat d'énergie peuvent elles avoir trait, dans le cadre de la fourniture de gaz, à la proposition d'une chaudière performante afin d'éviter que la chaleur soit produite à perte. Pour compléter cette action, la toiture, les murs et fenêtres ne doivent pas être des postes de pertes thermiques et dans le cadre de la prospection pour de la rénovation énergétique, l'exception client pourrait ici avoir vocation à s'appliquer.

125. Dans le cadre d'un contrat de vente de double-vitrage, en adoptant une définition large de l'objet du contrat, il ne serait pas incohérent de considérer que l'exception ouvre la possibilité au professionnel de contacter son client pour lui proposer un produit, tel que la laine de verre dans le cadre de travaux d'isolation, qui viendra améliorer la performance de l'objet du contrat qui est celui de l'amélioration de l'habitat, même si à première vue ces deux produits n'auraient pas de rapport entre eux. Une telle définition de l'objet du contrat permettrait ainsi au fournisseur d'énergie de démarcher son client dans le cadre de la rénovation énergétique notamment sur le fondement de la valorisation et la récupération d'énergie thermique qui se fait au travers de chaudières, thermostat mais également de panneaux photovoltaïques et d'isolation.

¹⁴⁰ Commission de régulation de l'énergie, Rapport sur la qualité de l'électricité, 2020.

126. En tout état de cause, l'objectif du législateur a été celui de modérer la restriction de l'exception client aux contrats en cours. Son intention est donc claire : il s'agit de permettre au professionnel de garder une relation avec son client afin de lui assurer le développement de son activité, tout en protégeant le consommateur qui serait certes démarcher téléphoniquement, mais souvent dans le cadre d'une relation de confiance bâtie avec son cocontractant depuis des années.

127. Conscient de l'inefficacité de la loi antérieure et pour s'assurer du respect des nouvelles dispositions qu'il a mises en place, le législateur a fait le choix de renforcer les sanctions applicables.

TITRE II. L'alourdissement des sanctions applicables

128. Les manquements aux dispositions de l'article L. 223-1 C.consom., sont réprimés par diverses sanctions étatiques (Chapitre 1) mais également par des sanctions déontologiques en cas de non-respect du code de bonnes pratiques qui déterminera les règles déontologiques applicables au démarchage téléphonique (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les sanctions du non respect des règles étatiques

129. Lorsque le démarchage téléphonique est opéré en manquement aux dispositions de l'article L. 223-1 C.consom., il est sanctionné en tant que tel (Section 1) mais des sanctions spécifiques supplémentaires ont vocation à s'appliquer lorsqu'il a abouti à la conclusion d'un contrat (Section 2).

Section 1. Les sanctions relatives à la violation de l'interdiction préalable

130. Le professionnel qui a manqué à ses obligations issues de l'article L. 223-1 C.consom., s'expose à des sanctions de nature différente. Des sanctions civiles et administratives peuvent être prononcées à son encontre (§1) mais également des sanctions pénales si les pratiques du professionnel sont déloyales (§2).

§1. Les sanctions civiles et administratives

131. Si les sanctions administratives n'ont eu de cesse de se développer ces dernières années (A), les sanctions civiles gardent toute leur importance et toute leur place dans le cadre du démarchage téléphonique (B).

A. L'impulsion des amendes administratives

132. La sanction administrative a été intensifiée par la loi du 24 juillet 2020¹⁴¹ de part le renforcement de son montant (1) mais également la publication de la décision (2).

¹⁴¹ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

1. Le renforcement du montant de l'amende administrative

133. Le mécanisme des sanctions administratives pour certains manquements au droit de la consommation avait été mis en place par l'ancien article L. 141-1-2 C.conso, en réponse à un manque d'effectivité du droit pénal de la consommation dans certaines matières. C'est en effet « *uniquement lorsqu'elles ont un caractère réellement frauduleux ou sont susceptibles de nuire à la santé ou à la sécurité du consommateur* » que les infractions aux dispositions de ce code font l'objet de condamnations, plus rares dans les autres hypothèses¹⁴². La sanction administrative a su faire ses preuves en droit de la consommation et ce dans plusieurs de ses textes¹⁴³. C'est la raison pour laquelle les nouveaux textes, à l'instar de la loi anti-gaspillage et d'économie circulaire n°2020-105 du 10 février 2020, prônent l'amende administrative pour sanctionner les manquements aux dispositions légales¹⁴⁴. Bien avant, en droit de la consommation, la loi Hamon a instauré des sanctions administratives, « *présentées comme une "alternative aux sanctions pénales et civiles en cas de non-respect de certaines dispositions du droit de la consommation"* »¹⁴⁵¹⁴⁶. Les agents administratifs ont ainsi été habilités, au même titre que le consommateur, à agir en cas de violation de la règle de droit. Sous l'empire de l'ancien article L. 242-16 C.consom., le choix du législateur s'était déjà porté sur l'amende administrative pour faire respecter les obligations imposées aux professionnels dans le cadre de l'encadrement du démarchage téléphonique. Le manquement à l'interdiction de démarcher était puni d'une amende administrative ne pouvant excéder 3000€ pour une personne physique et 15 000€ pour une personne morale.

134. L'autorité administrative est restée sur le devant de la scène avec la loi du 24 juillet 2020¹⁴⁷, soulageant le juge judiciaire, dans le cadre de la régulation du marché économique en droit de la consommation. Les agents de la DGCCRF disposent de pouvoirs qui ne cessent de croître au fur et à mesure que la réglementation consumériste évolue. C'est ainsi aux acteurs publics qu'est confié le

¹⁴² PIEDELIÈVRE (S.), La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, JCP E, 2014, 1176.

¹⁴³ BAZIN (E.), Un an de droit pénal de la consommation, Dr. pénal, n°5, mai 2021, Chron. 6.

¹⁴⁴ Les manquements aux obligations d'information précontractuelle de l'article L. 111-1 à L.111-3, à l'information sur la durée de disponibilité des pièces détachées L. 111-4 mais aussi l'absence de proposition de pièces de rechanges non neuves (issues de l'économie circulaire) ainsi que l'obligation de mentionner l'existence et la durée de la garantie légale de conformité L. 211-2 sont tous sanctionnés par une amende administrative.

¹⁴⁵ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, Exposé des motifs.

¹⁴⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p. 32.

¹⁴⁷ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

prononcé de l'amende administrative dans le cadre de l'encadrement du démarchage téléphonique¹⁴⁸, qui ne sera donc pas issue d'un jugement mais automatisée. Le choix de recours à ce mécanisme laisse place à un droit de la consommation « *tantôt négociable, tantôt délaissé faute de moyens offerts à l'autorité publique pour intervenir* »¹⁴⁹.

Mais constatant l'inefficacité de l'ancien régime d'interdiction du démarchage, le législateur a considéré qu'il fallait durcir les sanctions pour dissuader les professionnels de violer les dispositions de l'article L. 223-1 C.consom., et assurer le respect des droits du consommateur. Le fait que les consommateurs étaient toujours appelés après leur inscription sur Bloctel témoignait de l'insuffisance du dispositif au regard de ses sanctions, les professionnels n'encourant pas de grandes pertes lorsqu'ils faisaient l'objet d'un contrôle et d'une condamnation le cas échéant.

135. Pour doter la sanction d'un caractère dissuasif, le législateur n'a pas eu recours à la sanction pénale mais a considérablement renforcé la sanction administrative déjà en vigueur. Pour ce faire, le montant maximum de l'amende pouvant être prononcée est passé de 3000€ à 15 000€ pour les personnes physiques, mais surtout de 75 000€ à 375 000€ pour les personnes morales, soit les entreprises. Multipliés par 5, ces montants font courir aux entreprises un réel risque de perte désormais, si elles ne respectent pas leur obligation de s'inscrire sur Bloctel et celle de ne pas démarcher.

À titre d'exemple, à la suite d'une enquête de la DGCCRF, une amende de 366 930€ a été prononcée le 19 mars dernier à l'encontre de la SAS GROUPE BEAUMET ENERGIES pour non-respect de l'interdiction de démarchage téléphonique dans le secteur de la rénovation énergétique¹⁵⁰

136. En plus du renforcement du montant de la sanction administrative, les mesures de publicité de la décision ont également évoluées.

¹⁴⁸ C.consom. art. L. 242-16.

¹⁴⁹ BAZIN (E.), Un an de droit pénal de la consommation, Dr. pénal, n°5, mai 2021, Chron. 6.

¹⁵⁰ DGCCRF, Démarchage téléphonique dans le secteur de la rénovation énergétique : une enquête de la DGCCRF conduit à prononcer une amende record de 366 930 €, site web de la DGCCRF, 2021.

2. La publication de la décision

137. L'article L. 242-16 alinéa 2 C.consom., toujours dans cette optique d'assurer la protection des consommateurs et de dissuader les professionnels de violer les dispositions en cause, assortit la sanction prononcée par la DGCCRF d'une publication de sa décision aux frais du professionnel.

138. Auparavant, la seule modalité envisagée au regard de la publication de la décision était prévue par l'article L. 522-6 C.consom.¹⁵¹. En vertu de cet article, c'est à la DGCCRF que revenait le choix de procéder à la publication aux frais de la personne sanctionnée ou non. En fonction des faits de l'espèce, la DGCCRF pouvait par exemple considérer que compte tenu de l'amende prononcée, il n'était pas nécessaire que le professionnel règle lui-même les frais de la publication de la décision qui le condamne.

Désormais, il ne s'agit plus d'un choix. La publicité de la condamnation sera faite aux frais du professionnel et ce, de façon automatique. Le législateur entend bien durcir le dispositif en encadrant davantage la pratique du professionnel qui sera, de fait, quasiment contraint de ne pas le transgresser.

139. Néanmoins certaines exceptions à la publication sont prévues. L'autorité administrative pourra décider de « *reporter la publication d'une décision, de publier cette dernière sous une forme anonymisée ou de ne pas la publier* » dans le cas où la publication pourrait causer au professionnel un préjudice grave et disproportionné, ou si elle serait de nature à perturber gravement le déroulement d'un contrôle ou d'une enquête en cours. Ainsi, on aurait pu penser que la DGCCRF dispose d'une marge de manoeuvre considérable dans la décision de publication. Pour autant, elle ne pourra déroger à la publication de la condamnation que dans le cadre d'hypothèses très précises et restrictives.

140. Le renforcement des amendes administratives n'a cependant pas vocation à profiter aux victimes en terme d'indemnisation du préjudice, parfois plus qu'important, qu'elles subiraient. Bien que dissuasives, les sanctions administratives ont donc été complétées par des sanctions civiles.

¹⁵¹ Auquel renvoyait l'article L. 242-16 C.consom « *cette amende est prononcée dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre V* ».

B. La mise en place d'une responsabilité civile singulière

141. En tout état de cause, la responsabilité du professionnel ou du tiers agissant pour son compte, tel qu'un sous-traitant, peut être engagée par le consommateur sur le fondement de la faute. Encore faut-il que cette faute soit prouvée et ce, par celui qui l'invoquerait, en vertu du droit commun de la preuve¹⁵². Or, il est difficile pour le consommateur d'établir une telle preuve, au regard de la nature même du démarchage. L'appel ne laisse aucune trace écrite du côté du consommateur qui ne pourra par exemple se contenter de présenter le numéro du professionnel dans son historique d'appel prouvant qu'un échange téléphonique a eu lieu. Aussi, le consommateur ne dispose d'aucune information relative à une éventuelle violation de la loi par le professionnel qui n'aurait pas mis à jour ses fichiers Bloctel.

142. Le neuvième alinéa de l'article L. 223-1 C.consom., a néanmoins introduit une disposition répondant à ces complications. Il met en place un régime particulier de responsabilité du professionnel dont le champ d'application se cantonne aux dispositions prévues à l'article L. 223-1 C.consom. Il s'agit plus précisément d'une présomption de responsabilité à l'égard du professionnel qui tire « *profit de sollicitations commerciales de consommateurs réalisées par voie téléphonique* »¹⁵³. Il est en réalité question d'une présomption de faute consistant en la violation de l'article L. 223-1 C.consom.,¹⁵⁴ dès lors que le professionnel a tiré profit de cette prospection téléphonique.

Ce critère du profit tiré des sollicitations, aussi large que déterminant, permet d'engager la responsabilité de l'ensemble des professionnels qui interviennent dans la chaîne de distribution commerciale, et par conséquent de multiplier les chances du consommateur d'obtenir réparation. Cela est intéressant car dans certains secteurs, le nombre d'intermédiaires est tel qu'il peut conduire à ce qu'un professionnel qui n'est pas à l'origine de l'appel en tire néanmoins profit¹⁵⁵.

¹⁵² C.civ., art. 1353.

¹⁵³ C.consom., L. 223-1.

¹⁵⁴ SCHULTZ (P.), Le risque « *téléphonique* » : l'encadrement du démarchage téléphonique et la lutte contre les appels frauduleux par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020, CERDACCJAC, 2020.

¹⁵⁵ REICHARDT (A.), Rapport n°463 sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2019-2020, 2020.

143. Cette présomption a donc pour effet de renverser la charge de la preuve, qui pèse désormais sur le professionnel ayant recours au démarchage téléphonique. Véritable renforcement de la protection du consommateur, ce dernier devra toutefois établir que le professionnel a tiré profit de cette prospection téléphonique. Concrètement, il s'agit des hypothèses où un contrat a effectivement été conclu entre le démarcheur et le démarché à la suite de cette prospection¹⁵⁶.

144. La présomption de faute est simple. Il suffira en effet au professionnel de démontrer « *qu'il n'est pas à l'origine* » de la violation des dispositions de l'article. Toutefois, même si la présomption est réfragable, le professionnel ne pourra se dégager de sa responsabilité que dans le cas où il fera la démarche d'apporter une preuve qu'il n'a pas commis de faute. Le professionnel qui fait partie de la chaîne de distribution tirera forcément un profit de la prospection ayant abouti à la conclusion d'un contrat, c'est pourquoi cette porte de sortie est indispensable pour le professionnel de bonne foi, qui pourra donc s'exonérer par la preuve contraire. Cela permet d'assurer un équilibre entre le maintien d'une protection accrue du consommateur et celle du professionnel, qui mène ses campagnes de prospection dans les règles de l'art.

145. Outre les sanctions civiles et administratives, une sanction pénale, qui s'applique sur le fondement des pratiques commerciales déloyales, est envisageable dans le cadre du démarchage téléphonique.

§2. Les pratiques commerciales déloyales

146. Si le professionnel est à l'origine d'une pratique commerciale déloyale (A), il risque de se voir appliquer les lourdes sanctions qui y sont attachées, cumulables avec les sanctions spécifiques étudiées *supra*¹⁵⁷ (B).

¹⁵⁶ SCHULTZ (P.), Le risque « *téléphonique* » : l'encadrement du démarchage téléphonique et la lutte contre les appels frauduleux par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020, CERDACCJAC, 2020.

¹⁵⁷ V. §131 et s.

A. La caractérisation des pratiques commerciales déloyales

147. L'article L. 121-1 C.consom., interdit les pratiques commerciales déloyales. En vertu de la clause générale, 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 moyen à l'égard d'un bien ou d'un service, indépendamment de l'existence d'un préjudice.

Parmi les pratiques commerciales déloyales, figurent les pratiques commerciales trompeuses¹⁵⁸ et les pratiques commerciales agressives¹⁵⁹. Une pratique considérée agressive en toutes circonstances, dans la liste « *noire* » requiert notre attention. Il s'agit du point 3° de l'article L. 121-7 C.consom., selon lequel est réputé agressif le fait « *De se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance ;* ».

La directive étant d'harmonisation maximale, le démarchage téléphonique ne peut être interdit automatiquement que lorsqu'une pratique commerciale agressive est constituée. Or, si la sollicitation commerciale par téléphone n'est pas souhaitée, encore faut-il qu'elle soit répétée pour qu'elle puisse être considérée comme agressive. En pratique, les sollicitations commerciales téléphoniques sont souvent répétées. Les scénarios sont les suivants. Si le professionnel appelle un consommateur et que ce dernier répond, qu'il soit intéressé ou qu'il refuse de poursuivre la communication, le démarchage prend fin. En revanche, s'il ne répond pas, ou s'il raccroche au nez de l'interlocuteur sans apporter d'explications, le professionnel continue d'appeler le consommateur jusqu'à ce qu'il soit convaincu que ce dernier n'est pas intéressé par ses services. Ces appels peuvent être effectués plusieurs fois dans la même journée, dans la même semaine ou encore dans le même mois. La plupart des sollicitations non souhaitées sont ainsi répétées dans le temps et donc constitutives de pratiques commerciales agressives irréfragables.

148. Dans une telle situation, l'infraction est lourdement réprimée. La France, disposant du choix de la sanction pourvu qu'elle soit effective, proportionnée et dissuasive¹⁶⁰, a en effet choisi de recourir à la sanction pénale. L'article L. 132-11 C.consom., sanctionne les pratiques commerciales agressives par une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende pour les

¹⁵⁸ C.consom., art. L. 121-2 à L. 121-4.

¹⁵⁹ C.consom., art. L. 121-6 à L. 121-7.

¹⁶⁰ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005.

personnes physiques. Les personnes morales encourent elle, en vertu de l'article L. 132-12 une amende d'un montant pouvant atteindre 1 500 000€¹⁶¹. Le montant de l'amende peut également être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10% du chiffre d'affaires

149. Dès lors, la question se pose de la nécessité de la mise en place d'une amende administrative comme sanction aux manquements de l'article L. 223-1 C.consom., plus que sur celle de la présomption de responsabilité qui en tout état de cause facilite le consommateur dans la démarche qu'il pouvait déjà entreprendre sur le fondement du droit commun. Cette réflexion s'appuie notamment sur le cumul des sanctions pouvant être prononcées à l'égard du professionnel qui aurait manqué à ses obligations découlant de l'article L. 223-1 C.consom., tout en se livrant à une pratique commerciale agressive.

B. Le cumul des sanctions administratives et pénales

150. Dans le cadre des pratiques commerciales déloyales, la question du cumul entre les sanctions administratives et pénales avait pu être abordée. La DGCCRF a un rôle spécifique dans les sanctions de ces pratiques. Lorsque les agents constatent des manquements, ils disposent d'une palette de sanctions possibles, qu'il s'agisse des avertissements, des PV qu'ils peuvent ou non transmettre par la suite au procureur de la République pour que ce dernier juge de l'opportunité des poursuites mais également des injonctions de mise en conformité. Nous allons nous arrêter sur les injonctions. Il n'existe pas de sanctions administratives propres à la violation des règles sur les pratiques commerciales déloyales. C'est le non-respect de l'injonction qui est sanctionné et non le fait de ne pas avoir respecté la règle de la pratique commerciale.

151. Néanmoins dans l'hypothèse où le professionnel a recours à un démarchage téléphonique en contradiction avec l'article L. 223-1 C.consom., qui, en outre, constitue une pratique commerciale agressive, il encourt une sanction pénale issue des pratiques commerciales déloyales en plus de la sanction administrative propre au manquement aux obligations issues de l'article L. 223-1 C.consom., indépendamment de leur caractère déloyal.

Deux hypothèses se dégagent à cet égard. On peut d'un côté considérer que « *la sanction administrative est une sanction spéciale de cette pratique venant déroger à la sanction pénale*

¹⁶¹ C.pén., art. 131-28 « *Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.* »

générale, et dans ce cas aucun cumul n'est possible » ou bien partir d'une complémentarité des sanctions administrative et pénale, la sanction administrative venant renforcer la sanction pénale. Dans cette dernière hypothèse uniquement, il y aurait cumul¹⁶².

152. Ainsi la question du cumul entre la sanction administrative propre et la sanction pénale des pratiques agressives refait surface. À cet égard, il existe un principe de procédure pénale fondamental, le principe *non bis in idem* selon lequel nul ne peut être poursuivi et réprimé deux fois pour la même infraction. Toutefois comme a pu le relever Madame la Professeure Sabine Bernheim-Desvaux, « *cette règle ne reçoit pas application totale en cas de cumul entre sanctions pénales et administratives* »¹⁶³.

En effet le Conseil constitutionnel¹⁶⁴, comme la CJUE¹⁶⁵ mais également la CEDH¹⁶⁶, ont admis « *qu'un cumul entre des poursuites/sanctions pénales et des poursuites/sanctions administratives de nature pénale* » pourrait exister à la charge de la même personne pour les mêmes faits¹⁶⁷. Plus précisément, en droit de la consommation, le Conseil constitutionnel a jugé en 2014¹⁶⁸ que le principe ne trouvait pas à s'appliquer à la condition que « *le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ». L'ancien article L. 141-1-2 VI C.consom., prévoyait ce plafonnement en cas de cumul des amendes administrative et pénale mais a été supprimé par la loi du 6 août 2015¹⁶⁹.

¹⁶² SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAU (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p. 365.

¹⁶³ BERNHEIM-DESVAUX (S.), Cumul des sanctions administratives et pénales : quid du principe non bis in idem ?, Contrats, conc. consom. n° 8-9, Août 2019, comm. 147.

¹⁶⁴ Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC ; Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453-454 QPC et 2015-562 QPC ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-445 QPC et 2016-446 QPC.

¹⁶⁵ CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, Menci. ; CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, Garlsson Real Estate. ; CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16, Di Puma.

¹⁶⁶ CEDH, 15 novembre 2016, n° 24130/11 et 29758/11, A et B c/ Norvège.

¹⁶⁷ CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, Menci. ; CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, Garlsson Real Estate. ; CJUE, 20 mars 2018, aff. C-596/16, Di Puma.

¹⁶⁸ Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.

¹⁶⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 210.

La question de la potentielle inconstitutionnalité de la suppression de l'ancien article a été soulevée en raison de l'atteinte portée à l'article 8 DDHC¹⁷⁰ et aux articles 5 et 7 DDHC¹⁷¹. Cependant le Conseil constitutionnel s'est abstenu d'apporter une réponse à la question, en raison du fait qu'en l'espèce, il n'y avait pas de cumul de poursuites administratives et pénales à proprement parler¹⁷².

153. Le cumul des sanctions reste possible en l'état actuel du droit. Lorsqu'une amende administrative, dont le montant maximum ne pourra dépasser 375 000€ pour l'entreprise, sera prononcée par la DGCCRF à l'égard d'un professionnel, une action pour pratique commerciale agressive pourra également être engagée pour les mêmes faits. Dans le cas où cette dernière action aboutit à une amende pénale, il sera tout à fait possible, peu importe son montant et en toute légalité, de cumuler les deux amendes et ce, même si leur montant globale dépasse le montant le plus élevé de l'une des amendes.

154. Aux sanctions relatives à la violation de l'interdiction, s'ajoutent des sanctions applicables au démarchage téléphonique réalisé en violation des dispositions légales qui a abouti à la conclusion d'un contrat.

Section 2. Les sanctions relatives à la violation ayant abouti à la conclusion d'un contrat

155. L'article L. 223-1 C.consom., frappe de nullité le contrat conclu avec un consommateur à la suite d'un démarchage téléphonique réalisé en violation des dispositions dudit article (§1). Ces sanctions viennent se cumuler aux éventuelles sanctions administratives et pénales qui auront pu être prononcées (§2).

¹⁷⁰ Dont découlent les principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines.

¹⁷¹ Consacrant le principe de légalité des délits et des peines.

¹⁷² Cons. const., 14 juin 2019, n° 2019-790 QPC, Sté ENR Grenelle Habitat.

§1. La nullité du contrat comme sanction civile

156. Dans l'hypothèse où un contrat à été conclu en violation des dispositions de la réglementation du démarchage téléphonique, une action en nullité pourra être intentée (B). Il s'agit d'une nullité spécifique (A).

A. Une nullité spécifique

157. La nullité du contrat conclu à la suite du démarchage téléphonique, avant la loi et aujourd'hui également, peut être prononcée sur le fondement du droit commun. Pour ce faire, le consommateur devra prouver que le manquement du professionnel aux obligations découlant de l'article L. 223-1 C.consom., a vicié son consentement au sens des articles 1130 et suivants C.civ., ou toute autre cause de nullité du droit commun.

158. Afin de faciliter l'action en nullité, notamment dans le cas où le consommateur devrait démontrer l'existence d'un dol, et ainsi l'intention de tromper, le législateur a fait le choix de la mise en place d'une nullité spécifique dans les cas où le professionnel manquerait aux dispositions de l'article L. 223-1 C.consom., à savoir notamment s'il démarché un consommateur inscrit sur Bloctel, ou bien s'il démarché un consommateur dans le cadre de la rénovation énergétique (dans les deux cas, en dehors de l'exception client). L'alinéa 10 prévoit ainsi que tout contrat conclu à la suite de tels manquements « *est nul* ». Il s'agit d'une nullité spécifique. L'anéantissement rétroactif du contrat ne suppose pas la preuve d'un quelconque vice de consentement. La volonté du législateur a donc été celle de sanctionner de manière renforcée les manquements à l'article L. 223-1 C.consom. Par la création de cette nullité spécifique, il souligne la prépondérance des règles qu'il a mises en place à cet article dans le cadre du démarchage téléphonique. La nullité est en effet une sanction forte répondant à la nécessité que les conditions de validité d'un contrat soient remplies. Le législateur fait de ces dispositions des conditions essentielles à la conclusion d'un contrat entre le professionnel et le consommateur, à la suite de la sollicitation téléphonique.

159. Ce risque sérieux d'annulation du contrat est un réel moyen de dissuader le professionnel de se livrer à des sollicitations abusives et de le contraindre à mettre à jour sa liste de prospection au

service Bloctel¹⁷³. D'abord ce sont les contrats conclus auprès de prospects « *bloctélisés* » qui encourent la nullité. Ensuite, ce sont les contrats conclus dans le domaine de la rénovation énergétique à la suite d'une sollicitation téléphonique. Nul doute, comme l'a rappelé M. le Professeur Schultz¹⁷⁴, que la sanction présente une « *réelle utilité dans ce domaine eu égard du contentieux généré par ce type d'activité et de l'importance des sommes en jeu* »¹⁷⁵. Enfin les consommateurs qui ne sont pas inscrits sur Bloctel, mais qui ont été contactés par téléphone par un professionnel et ce, en contrariété avec les normes déontologiques¹⁷⁶, pourront également demander la nullité du contrat conclu à la suite du démarchage.

160. Cette nullité spécifique fait l'objet de modalités d'exercice particulières.

B. Les modalités d'exercice de l'action en nullité

161. Il est intéressant d'analyser les pouvoirs du juge en la matière (1) ainsi que les titulaires de cette action en nullité (2).

1. Les pouvoirs du juge

163. La formule employée par le dixième alinéa de l'article L. 223-1 C.consom., interroge quant à l'intervention du juge dans le prononcé de la nullité. En effet, il est prévu qu'« *est nul* » tout contrat conclu à la suite d'un démarchage téléphonique en violation du cadre légal de l'article. Dès lors, il s'agit d'établir si le juge pourra être en mesure d'apprécier si les conditions de validité du démarchage ont été réunies. Alors qu'en vertu du premier alinéa de l'article 1178 C.civil « *la nullité doit être prononcée par le juge* », la disposition suivante, l'article 1179 dudit code, vient tout de suite prévoir une exception selon laquelle les parties peuvent constater la nullité « *d'un commun accord* ».

¹⁷³ SCHULTZ (P.), Le risque « téléphonique » : l'encadrement du démarchage téléphonique et la lutte contre les appels frauduleux par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020, CERDACCJAC, 2020.

¹⁷⁴ SCHULTZ (P.), Le risque « téléphonique » : l'encadrement du démarchage téléphonique et la lutte contre les appels frauduleux par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020, CERDACCJAC, 2020.

¹⁷⁵ BERNHEIM-DESVAUX (S.), Les effets de la nullité du contrat de crédit affecté à l'équipement de panneaux photovoltaïques, Contrats, conc. consom., 2019, comm. 34.

¹⁷⁶ V. TITRE II, Chapitre 2.

164. Dans le cadre de la sanction civile des pratiques commerciales agressives, l'article L. 132-10 C.consom., prévoit que lorsqu'une pratique commerciale agressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est « nul et de nul effet », ce qui laisse penser qu'est écarté le recours au juge, au même titre que dans la sanction du réputé non écrit. Le consommateur pourrait ainsi « *considérer son contrat nul à partir du moment où sont établies les conditions* »¹⁷⁷.

On ne retrouve pas la même formulation à l'alinéa 10 qui emploie uniquement l'expression « *est nul* ». Cela suppose le recours au juge, qui sera en mesure d'apprécier les conditions dans lesquelles a été conclu le contrat. Il pourra notamment établir que les sollicitations ont un « *rapport avec l'objet du contrat en cours* » ou encore que les produits proposés au consommateur sont « *afférents ou complémentaires* » à l'objet du contrat en cours.

165. Le point essentiel de la disposition est qu'il n'y a pas d'automatisme de la sanction. La nullité n'est pas automatique et au regard des lacunes dans la précision des termes de l'article L. 223-1 C.consom., cela semble être une solution adéquate. Dans le silence du texte, la jurisprudence devra répondre à cette question.

166. Pour intenter l'action devant le juge, encore faut-il avoir la qualité pour agir.

2. Les titulaires de l'action en nullité

167. La nature de la nullité du contrat conclu à la suite d'un démarchage téléphonique n'a pas été précisée. Textuellement on ne peut donc savoir s'il s'agit d'une nullité relative ou absolue. La distinction se fait en fonction de l'intérêt protégé, la nullité absolue assurant la sauvegarde de l'intérêt général et la nullité relative celle de l'intérêt privé. La qualification de la nature de la nullité aurait permis d'établir les personnes ayant qualité pour l'invoquer. Plus précisément, il s'agirait d'établir si le consommateur lésé est le seul à pouvoir intenter l'action en nullité, ou si toute personne qui y trouverait un intérêt pourrait le faire, et on peut songer ici aux associations de consommateurs notamment.

168. Lorsque la nullité est relative, elle vient sanctionner une règle qui a uniquement pour but de protéger un intérêt privé. Néanmoins, dans ce cas, en vertu du nouvel article 1182 C.civ., la nullité

¹⁷⁷ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p. 372.

relative peut être couverte par la confirmation. La confirmation est « *l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce* ». L'article précise que « *l'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation* ». C'est donc un fait positif d'une personne par lequel celle-ci valide un acte qui serait entaché de nullité. En adoptant un tel comportement, la personne accepte donc de faire disparaître les vices d'une obligation, et renonce ainsi à l'action en nullité qui lui est ouverte.

L'hypothèse d'une confirmation pourrait tout à fait être celle par laquelle le consommateur aurait eu connaissance du manquement à une obligation de l'article L. 223-1 C.consom., par exemple s'il est inscrit sur Bloctel et se fait démarcher par un professionnel avec lequel il n'a pas de contrat en cours, et qu'il a l'intention de réparer le vice. Dans le cadre du contentieux relatif aux panneaux photovoltaïques nous avons pu cependant remarquer que les juges sont très attentifs à l'interprétation des deux conditions par lesquelles le cocontractant peut confirmer l'acte nul, en caractérisant la confirmation de l'acte uniquement dans le cas de la « *conclusion, par ses derniers, de véritables actes qui créent des obligations réciproques* »¹⁷⁸ et non sur l'attitude adoptée par les consommateurs, qui laisserait supposer que ce dernier a eu l'intention de confirmer l'acte¹⁷⁹.

169. En tout état de cause, la nature de la nullité n'a pas été précisée mais le rapporteur, M. André Reichardt a considéré à cet égard que cela n'était pas nécessaire en ce sens qu'il s'agissait de toutes les façons, d'une nullité relative et que le préciser risque de « *générer des a contrario avec les nombreuses autres occurrences de nullités de plein droit prévues par le code de la consommation qui ont pour objet de protéger le consommateur mais ne mentionnent pas expressément leur caractère relatif* »¹⁸⁰.

170. Si la sanction de la nullité du contrat conclu en violation des dispositions de l'article L. 223-1 C.consom., ne semble pas être des plus dures, tel n'est pas le cas lorsqu'elle se cumule aux sanctions administratives et pénales.

¹⁷⁸ Cass. Ire civ., 26 févr. 2020, n°18-19.316.

¹⁷⁹ V. pour ce contentieux (CA Paris, 15 janv. 2014) CA Colmar, 10 fév. 2020, n°17/06103 ; CA Paris, 13 juin 2019, n°16/04490, CA Paris, 20 juin 2019, n°16/15283.

¹⁸⁰ REICHARDT (A.), Rapport n°463 sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux 2019-2020, 2020.

§2. Une sanction civile sévère

171. Si la sanction civile est une avancée plutôt positive (A), elle reste assez sévère lorsqu'elle est cumulée aux sanctions administratives et pénales (B).

A. Une sanction civile attendue en droit de la consommation

172. Il a souvent été reproché au code de la consommation de ne pas comporter de sanction civile¹⁸¹. Par exemple, dans le cadre de l'obligation précontractuelle d'information du droit de la consommation, aucune sanction civile n'est prévue. Ainsi, pour obtenir la nullité du contrat, il faut opérer un renvoi au code civil¹⁸². La tendance est à la dépenalisation du droit de la consommation¹⁸³ mais il est également question de « *civiliser* » le droit de la consommation. C'est d'ailleurs dans cette lignée que le choix s'est porté vers la sanction civile de la nullité pour les contrats conclus à la suite d'une pratique commerciale agressive, le législateur s'inscrivant dans la « *volonté traditionnelle de sanctionner plus durement les pratiques agressives que les autres* »¹⁸⁴.

173. Pour le contrat conclu à la suite d'un démarchage téléphonique abusif, la sanction civile semble la plus justifiée en théorie. Avoir fait ce choix au profit du consommateur est donc une bonne chose. En effet, si l'on part du principe où le consommateur a été démarché de façon excessive et qu'il ne voulait initialement pas du contrat qui le lie au professionnel, mais qu'à force de démarchage, il a signé ce contrat, alors la sanction civile relative à la nullité est la plus adaptée.

174. Il s'agit néanmoins d'une sanction qui vient se greffer aux sanctions administratives et pénales déjà jugées assez lourdes.

¹⁸¹ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p.370.

¹⁸² C.civ., art. 1130 et s. et C.civ., art. 1112.

¹⁸³ V. en ce sens VALETTE-ERCOLE (V.), La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation, Dr. pén. 2014, étude 13.

¹⁸⁴ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018., p.361.

B. Une sanction civile cumulable aux sanctions administrative et pénale

175. La protection du consommateur est le moteur de l'évolution législative en droit de la consommation. En ouvrant une voie civile spécifique de recours à la partie la plus faible du contrat, le législateur vient certes renforcer cette protection, au détriment néanmoins des professionnels.

Nous pourrions prendre l'exemple d'un contrat ayant pour objet la vente de double vitrage ou la réalisation de travaux de combles d'une valeur de 15 000€, dans le cadre duquel le professionnel aurait manqué à une des dispositions de l'article L. 223-1 C.consom en ne respectant pas la plage horaire durant laquelle il est autorisé à démarcher téléphoniquement les consommateurs. À défaut de la publication du décret encadrant les horaires et jours d'appels à ce jour, supposons que l'entreprise a appelé son client à 9:30 alors qu'elle serait autorisée à appeler qu'à compter de 10:00. Le juge serait tout à fait en mesure de prononcer la nullité du contrat au regard de l'agissement du professionnel. Pour avoir manqué à son obligation de respecter les horaires de démarchage¹⁸⁵, le professionnel peut voir son contrat principal annulé, cela entraînant des conséquences assez compliquées à l'instar du retrait de la laine de verre dans les combles, ou de la reprise des fenêtres posées, en plus de la restitution par le professionnel de l'intégralité de la somme qu'il a reçue au consommateur¹⁸⁶.

176. Rappelons que le professionnel s'expose d'abord à une amende administrative pouvant aller jusqu'à 375 000€, en plus de l'éventuelle sanction pénale des pratiques commerciales déloyales. Si la sanction civile est la plus appropriée, elle est finalement dure lorsqu'elle s'ajoute aux précédentes.

177. Le renforcement des sanctions a pour vocation de dissuader le professionnel de ne pas respecter ses obligations issues de l'article L. 223-1 C.consom. Toutes les formes de sanctions ont ainsi été envisagées par le législateur. Alors même qu'il était déjà sévèrement sanctionné sous l'empire de la législation précédente, le professionnel se retrouve de nouveau confronté à l'encadrement excessif du démarchage téléphonique.

¹⁸⁵ V. §182.

¹⁸⁶ C.civ., art. 1178 al. 3.

178. Dans le prolongement de l'encadrement rigoureux du démarchage téléphonique, le législateur a fait le choix de recourir à des règles déontologiques, que le professionnel sera contraint de respecter s'il ne veut pas encourir encore une fois des sanctions.

Chapitre 2. Les sanctions du non respect des règles déontologiques

179. L'article L. 223-1 C.consom., impose aux professionnels, opérant dans le secteur de la prospection commerciale par voie téléphonique, le respect d'un code de bonnes pratiques, sous peine de sanctions (Section 1) qui, à lui seul, pourrait répondre aux lacunes de l'encadrement du démarchage téléphonique antérieur à la loi du 24 juillet 2020¹⁸⁷ (Section 2).

Section 1. Les sanctions relatives aux agissements contraires au code de bonnes pratiques

180. Le code de bonnes pratiques est par nature un instrument de droit souple dont la force contraignante est discutée (§1). Pour autant, au travers du nouvel article L. 223-1 C.consom., les manquements aux dispositions étatiques et aux dispositions déontologiques issues du code de bonnes pratiques sont sanctionnés de manière indifférente par la même disposition légale (§2).

§1. Un code de bonnes pratiques à mi-chemin entre « *soft law* » et « *hard law* »

181. Si les codes de conduite sont « *emblématiques de la soft law* »¹⁸⁸ (A), en matière de démarchage téléphonique, le législateur a tenu à intégrer le code de bonnes pratiques au sein même du texte de l'article L. 223-1 C.consom., (B) ce qui est à l'origine de difficultés d'interprétation. En effet, en l'état actuel des choses le code de bonnes pratiques se situe à la lisière entre « *droit mou* » et « *droit dur* ».

A. Le recours au « *droit mou* » par un code de bonnes pratiques

182. L'article L. 223-1 C.consom., prévoit que « *Le professionnel mentionné au quatrième alinéa respecte un code de bonnes pratiques qui détermine les règles déontologiques applicables au démarchage téléphonique. Ce code de bonnes pratiques, rendu public, est élaboré par les professionnels opérant dans le secteur de la prospection commerciale par voie téléphonique (...)* ».

¹⁸⁷ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

¹⁸⁸ DEUMIER (P.), Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme, in Boy L., Racine J.-B., Siirainen F. (dir.), Droit économique et droits de l'homme, Larcier, 2009, p. 674.

En imposant l'élaboration d'un code de bonnes conduites, le législateur a entendu donner l'occasion au droit souple d'intervenir dans la régulation du démarchage téléphonique. Source de droit en plein développement, elle permet de marquer « *la jonction entre le droit et la réalité sociale* »¹⁸⁹. Les entreprises exerçant dans le secteur du démarchage téléphonique seraient donc plus qualifiées que les institutions étatiques pour définir les pratiques auxquelles elles devraient recourir afin de garantir au consommateur le bon déroulement du démarchage téléphonique et lui assurer sa protection et sa tranquillité.

Par ailleurs il n'en est pas de même concernant les jours et horaires. À ce sujet, M. François Ruffin avait pu considérer que peu importe les règles, le professionnel appellerait aux horaires auxquels les chances que les consommateurs soient chez eux sont les meilleures¹⁹⁰. C'est la raison pour laquelle le soin de définir les jours et horaires auxquels peuvent avoir lieu les sollicitations commerciales téléphoniques ne pouvait être laissé aux professionnels opérant eux-mêmes ces démarchages téléphoniques. Finalement il a été retenu que les jours et horaires, ainsi que la fréquence auxquels la prospection commerciale téléphonique peut avoir lieu seront précisés par décret¹⁹¹.

183. Si passer par le droit souple permet la détermination de règles par des personnes techniquement plus qualifiées, encore faut-il que les dispositions élaborées soient respectées. Or le droit souple est plutôt gage de volontariat, les professionnels ayant par exemple recours à la certification de la qualité de leurs services afin d'inspirer confiance aux clients, tout en maximisant leurs chiffres d'affaires¹⁹². Il existe une norme certifiant la qualité de mise en oeuvre du démarchage téléphonique. Il s'agit de la norme européenne NF EN 15838 « *Centre de contacts clients* », créée en 2009¹⁹³ qui a vocation à améliorer la qualité du déroulement du démarchage téléphonique. Cette norme aurait donc pu remplacer le code de bonnes pratiques. Néanmoins elle reste payante et d'application volontaire¹⁹⁴. Surtout, elle n'est assortie d'aucune sanction. Le recours à une

¹⁸⁹ THIBIERGE (C.), Sources du droit, sources de droit : une cartographie, in Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 540.

¹⁹⁰ Assemblée nationale, XV^e législature, compte rendu, session ordinaire 2018-2019, 2019.

¹⁹¹ C.consom., art. L. 223-1 al. 7 « *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 en application du deuxième alinéa du présent article.* »

¹⁹² Normes, certification... Qu'est-ce que l'Afnor apporte aux entreprises ?, Ouest-France, 28 mai 2017.

¹⁹³ Norme européenne qui remplace la NF 345 : NF Service « *Centre de relation client* ».

¹⁹⁴ Assemblée nationale, XV^e législature, compte rendu, session ordinaire 2018-2019, 2019.

normalisation n'est donc pas infaillible. Le SP2C, membre du groupe de travail « *démarchage téléphonique* »¹⁹⁵, qui avait eu l'occasion de présenter le code de bonnes conduites qu'il applique à ses adhérents, a même relevé « *qu'il est encore plus difficile de faire respecter ces bonnes pratiques que des dispositions législatives comme celles relatives à Bloctel* ».

Madame C. Thibierge a créé la distinction entre la source du droit, « *source de règles générales, abstraites, impersonnelles, obligatoires et sanctionnées par l'autorité publique* » et la source de droit¹⁹⁶, qui se définit *a contrario*, en retenant une conception large du terme « *droit* »¹⁹⁷. Chaque norme qui n'est pas générale, abstraite, impersonnelle, obligatoire ou sanctionnée par l'autorité publique entrerait donc dans la catégorie de la source de droit. Le droit qui entre dans cette catégorie « *n'émane pas d'une autorité habilitée à dire le droit ou qui n'engendre pas de règles obligatoires* »¹⁹⁸. Le code de bonnes pratiques est sans aucun doute une source de droit et n'a donc pas vocation à revêtir ce caractère obligatoire et contraignant.

184. Toute la problématique issue des codes de bonnes conduites est relative au caractère non obligatoire qu'ils revêtent. Pour autant, les États y sont fortement attachés. Par exemple, le RGPD fait l'objet d'une section complète « *Codes de conduite et certification* »¹⁹⁹. Aussi, par les propositions de « *DSA* »²⁰⁰ et « *DMA* »²⁰¹ qu'elle a présentées le 15 décembre 2020, la Commission européenne entend imposer aux plus grands opérateurs de plateforme numérique, tels que les GAFA, d'élaborer des codes de conduite et collaborer avec les États à cet effet. Ces opérateurs privés vont donc contribuer à l'élaboration d'une règle de droit contraignante.

185. Aujourd'hui l'État semble reconnaître qu'il n'est pas le plus compétent dans certaines matières. C'est pour cela que même si le code de bonnes conduites est le reflet d'un droit souple, il est primordial que les règles qu'il définit prennent tout leur sens en étant respectées. Pour ce faire, il

¹⁹⁵ CNC, Groupe de travail « *Démarchage téléphonique* », Rapport, NOR : ECOC1905435P, Adopté le 22 février 2019.

¹⁹⁶ THIBIERGE (C.), Sources du droit, sources de droit : une cartographie, in Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 532.

¹⁹⁷ LAROUER (M.), Les codes de conduite, sources du droit, Volume 176, Dalloz, 2018, p. 234 § 154.

¹⁹⁸ LAROUER (M.), Les codes de conduite, sources du droit, Volume 176, Dalloz, 2018, p. 234 § 154.

¹⁹⁹ RGPD, articles 40 et s.

²⁰⁰ Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM/2020/825.

²⁰¹ Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM/2020/842.

est préférable qu'elles revêtent une valeur contraignante. Toutefois, comme M. le Professeur Jean-Denis Pellier l'a précisé²⁰², cela ne semble pas être la position adoptée par droit européen. Dans son arrêt du 19 septembre 2018²⁰³, la CJUE a en effet jugé que « *L'article 11 de la directive 2005/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui ne confère pas un caractère juridiquement contraignant à un code de conduite tel que ceux mentionnés à l'article 10 de cette directive.* »

186. Il y a un réel besoin de consolider cette « *soft law* » et le code de bonnes conduites que voudrait faire émerger la loi du 24 juillet 2020²⁰⁴, dans un souci d'efficacité, se devait d'être doté d'un caractère contraignant.

B. Un code de bonnes conduites consolidé par le droit dur

187. L'article L. 223-1 C.consom., impose l'élaboration d'un code de bonnes conduites sans pour autant en définir les modalités. Le contenu précis du code de bonnes conduites ne faisant pas partie de la loi²⁰⁵, les règles déontologiques qu'il détermine ne peuvent basculer du côté du « *droit dur* » certes. Pour autant il nous faut préciser que le fait que son existence²⁰⁶ ainsi que son encadrement²⁰⁷ par les sanctions soient prévus dans le code de la consommation confère naturellement une valeur contraignante audit code.

Il n'en reste pas moins que la sécurité juridique du consommateur s'en trouve affectée en ce sens que le code de la consommation n'opèrera pas de renvoi vers ces normes déontologiques une fois qu'elles seront établies. En effet, s'il a été précisé par la loi que ce code devra être « *rendu public* » ouvrant ainsi la possibilité à tous les professionnels de le consulter pour s'y conformer mais également la possibilité pour le consommateur d'y avoir accès, sans surprise, le consommateur moyen, déjà exaspéré par la situation et les démarches qu'il se doit d'entreprendre, se contentera sûrement de consulter les articles de loi relatifs à l'encadrement du démarchage téléphonique, sans aller jusque consulter des normes déontologiques. La loi ne mentionnant pas clairement les

²⁰² PELLIER (J-D.), Une loi de plus sur le démarchage téléphonique !, JCP E, n° 38, 2020, act. 615.

²⁰³ CJUE, 19 sept. 2018, aff. C-109/17.

²⁰⁴ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

²⁰⁵ Assemblée nationale, XV^e législature, compte rendu, session ordinaire 2018-2019, 2019.

²⁰⁶ C.consom., art. L. 223-1.

²⁰⁷ C.consom., art. L. 242-16.

modalités du déroulement d'un démarchage téléphonique conforme, d'une part le consommateur devra s'intéresser au code de bonnes pratiques et, d'autre part, il devra également rechercher précisément la disposition qui pourrait l'intéresser dans le cadre de sa situation, alors même qu'il n'est pas sûr que le professionnel est tenu au respect d'une obligation dans ladite situation. La protection des consommateurs ne pourra donc être pleinement assurée en ce sens que, si ces derniers savent que les professionnels doivent se conformer à un code de bonnes pratiques, encore faut-il qu'ils en connaissent la teneur afin de pouvoir mettre en oeuvre les diverses sanctions applicables.

188. Le manquement à l'obligation de respecter les normes déontologiques, loin d'être des dispositions légales, est cependant sanctionné de la même manière que le manquement aux obligations légales de l'article L. 223-1 C.consom.

§2. L'application indifférente des sanctions

189. Les manquements aux dispositions de l'article L. 223-1 C.consom., sont indifféremment sanctionnés, de manière expresse, par l'article L. 242-16 C.consom. Ainsi, le non-respect du code de bonnes pratiques par le professionnel l'expose à cette sanction (A), alors même qu'il ne s'agit que d'un instrument élaboré par les professionnels du secteur concerné (B).

A. L'applicabilité des sanctions légales

190. Le législateur oblige le professionnel à respecter un code de bonnes pratiques déterminant les « *règles déontologiques applicables au démarchage téléphonique* »²⁰⁸, sous peine de sanction.

Cette obligation déontologique a toute sa place dans l'article L. 223-1 C.consom., en ce sens que le consommateur, s'il n'a pas manifesté sa volonté de ne pas être démarché (par son inscription sur Bloctel notamment), n'accepte pas pour autant d'être démarché, peu importe la manière, les horaires ou le nombre de fois²⁰⁹.

Mentionner dans le même article l'interdiction de prospector les consommateurs et le respect d'un code de bonnes pratiques par ce même professionnel, témoigne du choix de légiférer de

²⁰⁸ C.consom., art. L. 223-1 al. 8.

²⁰⁹ Assemblée nationale, XV^e législature, compte rendu, session ordinaire 2018-2019, 2019.

manière plus que rigoureuse. Non seulement le législateur pose les conditions l'autorisant à démarcher par téléphone, mais surtout, il intervient indirectement dans la détermination des circonstances dans lesquelles devra se dérouler ce démarchage. En effet c'est lui qui oblige au respect d'un code de bonnes pratiques.

191. L'obligation de respecter le code de bonnes conduites faisant partie intégrante de l'article L. 223-1 C.consom., dès lors que le professionnel ne le respecte pas, il s'expose à une sanction sévère qui est la même que celle qu'il encourt s'il ne respecte pas l'interdiction de prospecter²¹⁰ ou s'il ne met pas à jour son fichier Bloctel²¹¹, en vertu de l'article L. 242-16 C.consom.

Le professionnel qui ne respectera pas le Code de bonnes conduites encourt ainsi une sanction administrative, cette dernière se matérialisant notamment par une amende dont le montant peut atteindre jusqu'à 375 000€ pour les entreprises, une sanction civile : le prononcé de la nullité du contrat conclu avec le consommateur mais également une sanction pénale si une pratique commerciale agressive est caractérisée.

192. Cela attire notre attention sur la proportionnalité des sanctions en ce sens qu'elles s'appliquent de la même manière en cas de manquement à des règles qui sont élaborées par des professionnels.

B. L'assise juridique des normes déontologiques

193. Le texte précise que le code de bonnes pratiques sera élaboré par les professionnels du secteur de la prospection commerciale par voie téléphonique. Lors de l'adoption en première lecture par l'Assemblée nationale de la proposition de loi, le 6 décembre 2018, il était simplement fait mention d'une charte de bonnes pratiques, sans que soient désignés les auteurs de l'élaboration de ladite charte.

Lors de la modification du texte en première lecture par le Sénat, le 21 février 2019, ce dernier a procédé à la réécriture de l'alinéa en remplaçant le respect de la charte, par le respect de « *normes déontologiques fixées par décret, pris après consultation du Conseil national de la*

²¹⁰ C.consom., art. L. 223-1 al. 2 et 3.

²¹¹ C.consom., art. L. 223-1 al. 4 à 6.

consommation »²¹². À cet égard M. Christophe Naegelen soutenait que le CNC réunissant représentants des entreprises et représentants des associations de consommateurs, il n'était pas fait entièrement et « *aveuglement* » confiance aux entreprises²¹³. En effet, professionnels et consommateurs participeraient à l'élaboration de ces normes.

194. Néanmoins, cette condition n'a pas été retenue par l'Assemblée nationale²¹⁴ qui a proposé que les règles déontologiques applicables au démarchage téléphonique soient déterminées par un code de bonnes pratiques, sans pour autant désigner l'autorité en charge de l'élaboration de ces règles. Le Sénat a pris le relai en imposant que ce code de bonnes pratiques soit « *élaboré par les professionnels opérant dans le secteur de la prospection commerciale par voie téléphonique* » et c'est ce qui a été retenu par la loi du 24 juillet 2020²¹⁵ qui prévoit expressément que « *Ce code de bonnes pratiques, rendu public, est élaboré par les professionnels opérant dans le secteur de la prospection commerciale par voie téléphonique* »²¹⁶. Les professionnels sont donc les seuls à élaborer ce code de bonnes pratiques, qu'ils devront eux-mêmes respecter, et ce, sous peine de la même sanction applicable en cas de manquement aux autres dispositions de l'article qui, elles, sont purement légales.

195. Dès lors, la sanction administrative est certes dissuasive au regard de son montant élevé, mais disproportionnée en ce sens qu'il s'agit de manquements à des normes qui restent déontologiques. La même critique peut être adressée à la sanction contractuelle. En plus d'être difficile quant aux restitutions que cela pourrait potentiellement entraîner, elle sera également difficile à mettre en oeuvre si le consommateur ne connaît pas le contenu du code de bonnes pratiques.

196. Si les sanctions relatives aux agissements contraires aux normes déontologiques issues du code de bonnes pratiques, peuvent être sujettes à controverse, ledit code pourrait néanmoins être la

²¹² SÉNAT, n°70, Proposition de loi visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, modifications par le sénat - première lecture, Session ordinaire de 2018-2019, 2019.

²¹³ Assemblée nationale, XV^e législature, compte rendu, session ordinaire 2018-2019, 2019.

²¹⁴ Assemblée nationale, Texte adopté n°394, session ordinaire de 2019-2020, 2020.

²¹⁵ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

²¹⁶ C.consom., art. L. 223-1 al. 8.

seule nouveauté qu'il aurait fallu apporter à l'encadrement du démarchage téléphonique par la loi du 24 juillet 2020²¹⁷.

Section 2. L'efficience du code de bonnes pratiques

197. Le renforcement du régime d'opposition au démarchage téléphonique interroge sur la nécessité de sa mise en place au regard de la préexistence des sanctions applicables (§1) mais également de la création d'un code de bonnes pratiques, censé encadrer tous les aspects de la prospection téléphonique (§2).

§1. Les sanctions préexistantes applicables au démarchage téléphonique

198. Sous l'empire du régime antérieur, le démarchage téléphonique était déjà sanctionné par le droit de la consommation (A) ainsi que le droit des données personnelles (B).

A. Les sanctions du démarchage téléphonique par le code de la consommation

199. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2020, il était déjà possible de sanctionner le professionnel auteur d'un démarchage téléphonique opéré en contrariété avec les dispositions de l'ancien article L. 223-1 C.consom. Le professionnel qui s'était rendu coupable de la violation de l'interdiction de prospector les clients « *bloctélisés* » encourait une amende administrative, en vertu de l'ancien article L. 242-16. La nouvelle loi n'a fait qu'augmenter considérablement le montant de ces amendes²¹⁸. Surtout, il était et il est toujours possible de sanctionner, tant civilement que pénalement, les sollicitations non souhaitées et répétées sur le terrain des pratiques agressives²¹⁹.

La finalité de l'encadrement du démarchage téléphonique est celle de la tranquillité du consommateur. Le consommateur ne doit plus être dérangé ni harcelé par téléphone, chez lui. Or, en droit de la consommation, il y avait déjà tout ce qu'il faut pour punir les professionnels qui dérangent les consommateurs chez eux par des appels intempestifs.

²¹⁷ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

²¹⁸ V. §135.

²¹⁹ V. §149.

200. La sanction civile, spécifique au démarchage téléphonique opéré en contradiction avec l'article L. 223-1 C.consom.,²²⁰ reste quant à elle une nouveauté intéressante et importante en ce sens qu'elle trouvera à s'appliquer s'il y a des excès qui ont eu pour conséquence la conclusion d'un contrat qui n'aurait dû se faire. Sans doute aurait-elle été suffisante au regard des sanctions préexistantes, néanmoins « *l'art de légiférer en vrac* »²²¹ a conduit à la multiplication de sanctions mais surtout à de la « *surenchère législative* »²²².

201. Le droit de la consommation n'est pas un cas isolé de notre réflexion. En effet, le RGPD vient confirmer la suffisance des sanctions préexistantes dans le cadre du démarchage téléphonique.

B. Les sanctions du démarchage téléphoniques par le RGPD

202. Sans revenir sur le fond de la réglementation, comme nous avons pu le constater précédemment, le RGPD s'applique à la pratique du démarchage téléphonique et les professionnels opérant dans ce secteur doivent s'y conformer²²³. Le RGPD est un droit que l'on peut qualifier de draconien. En cas de non-respect des dispositions qui en découlent, les amendes qu'encourent les professionnels peuvent représenter des millions d'euros.

203. Pour une illustration, récemment, le 21 novembre 2019, la CNIL a prononcé une sanction à l'égard de la société FUTURA INTERNATIONALE, spécialisée dans l'isolation thermique des domiciles de particuliers et notamment dans les opérations dites « *isolations à 1€* »²²⁴ en raison de cinq manquements au RGPD. Un des manquements concerne le non-respect au droit d'opposition. En l'espèce, des consommateurs étaient régulièrement démarchés par la société, alors qu'ils lui indiquaient ne plus vouloir être appelés en exerçant leur droit d'opposition. C'est une amende d'une valeur de 500 000€ que la CNIL a prononcé à l'encontre de la société²²⁵. La décision a été rendu publique et la CNIL a justifié cette publicité par l'« *attention particulière* » qu'elle porte au respect

²²⁰ V. §159.

²²¹ PELLIER (J-D.), Une loi de plus sur le démarchage téléphonique !, JCP E, n° 38, 2020, act. 615.

²²² WEINSTADT (P.) La nouvelle loi sur le démarchage téléphonique, AFRC MAG n°20, 2020.

²²³ V. §62.

²²⁴ Délibération de la formation restreinte n°SAN-2019-010 du 21 novembre 2019 concernant la société FUTURA INTERNATIONALE.

²²⁵ C'est la CNIL qui prononce les sanctions pécuniaires aux dispositions du RGPD (et non la DGCCRF qui, elle, prononce les amendes administratives dans le cadre du manquement au code de la consommation).

des droits des personnes, « *notamment dans le contexte des pratiques de démarchage téléphonique qui sont une préoccupation du quotidien pour les personnes* »²²⁶.

204. Le droit des données personnelles remplissait donc déjà cette fonction dissuasive que le code de la consommation a voulu accorder à la sanction administrative de l'article L. 242-16 C.consom., et ce, même dans le secteur de la rénovation énergétique qui fait l'objet d'un traitement spécial.

205. Finalement au vu des sanctions préexistantes encadrant le démarchage téléphonique et de l'introduction d'une sanction civile qui lui est spécifique, de la place qu'occupe le droit des données personnelles dans le domaine, et de l'obligation faite aux professionnels de mettre en place un code de bonnes conduites, on peut penser qu'il n'était pas forcément nécessaire d'aller plus loin que l'élaboration d'un code de bonnes pratiques lors de la confection de la loi du 24 juillet 2020²²⁷.
Jugeons-en.

§2. L'autosuffisance du code de bonnes pratiques

206. Le code de bonnes pratiques serait amplement suffisant en ce sens que les règles déontologiques qu'il déterminera auront vocation à s'adapter à l'ensemble des secteurs qui ont recours au démarchage téléphonique (A) mais surtout, au regard du fait que le démarchage téléphonique reste en grande partie une affaire de bonnes pratiques (B).

A. Des règles déontologiques à vocation générale

207. Conformément à l'article L. 223-1 C.consom., le code de bonnes pratiques devra être respecté par tous les professionnels qui font du démarchage téléphonique leur mode de prospection commerciale, sans exception. Le champ d'application de ces normes déontologiques est donc extrêmement large, en ce sens qu'il s'étend à tous les secteurs économiques dans lesquels le professionnel est susceptible d'exercer son activité de démarchage téléphonique. Concrètement, qu'il s'agisse du secteur des télécommunications, de celui de la rénovation énergétique ou de celui

²²⁶ CNIL, FUTURA INTERNATIONALE : sanction de 500 000 euros pour démarchage téléphonique illégal, 26 nov. 2019

²²⁷ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

de l'assurance, le prospecteur devra se conformer aux exigences du code de bonnes pratiques, élaboré selon le huitième alinéa de l'article L. 223-1 C.consom.

208. Pour autant, il est des secteurs jugés sensibles, au même titre que celui de la rénovation énergétique, dans lesquels des règles spécifiques sont venues compléter les règles élaborées dans le cadre du code de bonnes pratiques de l'article L. 223-1 C.consom. La loi du 8 avril 2021 relative à la réforme du courtage de l'assurance et du courtage en opérations de banque et en services²²⁸ en est le parfait exemple. Cette loi a ajouté l'article L. 513-3.-I au code de l'assurance, lequel prévoit que les courtiers doivent adhérer à une « *association professionnelle agréée chargée du suivi de l'activité et de l'accompagnement de ses membres* ». Il poursuit « *Cette association professionnelle représentative offre à ses membres un service de médiation, vérifie les conditions d'accès et d'exercice de leur activité ainsi que leur respect des exigences professionnelles et organisationnelles et offre un service d'accompagnement et d'observation de l'activité et des pratiques professionnelles* ».

Ce système d'adhésion obligatoire est intéressant en ce qu'il répond aux besoins spécifiques de ce secteur d'activité et surtout à certaines lacunes du régime applicable aux courtiers. Les courtiers d'assurance sont encadrés par le droit européen²²⁹ mais les conditions d'exercice qui leur sont imposées sont encore trop peu contrôlées²³⁰. Ce système préventif permettra ainsi aux associations de vérifier que les conditions d'exercice de l'activité de courtier sont remplies, ce qui est essentiel dans ce secteur où la plupart des acteurs sont des TPE²³¹.

209. L'adaptation des règles en fonction du secteur d'activité semble justifiée, mais elle peut être sujette à controverse au regard, une nouvelle fois, du principe d'égalité devant la loi. Si le but de la réglementation est la fin des appels intrusifs et ce, dans tous les secteurs dans lesquels opère le commercial, sans doute serait-il plus rigoureux d'adapter ces règles générales aux situations spécifiques de chaque secteur. Néanmoins la loi du 24 juillet 2020 a une portée générale, à tel point

²²⁸ Loi n°2021-402 du 8 avril 2021 relative à la réforme du courtage de l'assurance et du courtage en opérations de banque et en services de paiement.

²²⁹ Dir. 2016/97/UE du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

²³⁰ Sénat, compte rendu intégral, Séance du mardi 16 février 2021, Session ordinaire de 2020-2021, session ordinaire de 2020-2021, « *L'ACPR réalise 70 contrôles par an, alors que 24 470 courtiers et 32 557 intermédiaires en opérations de banque et services de paiement sont immatriculés à l'Orias* ».

²³¹ Sénat, compte rendu intégral, Séance du mardi 16 février 2021, Session ordinaire de 2020-2021, session ordinaire de 2020-2021.

qu'il serait encore plus judicieux de tenir compte des spécificités de chaque secteur dans l'élaboration des règles déontologiques générales, même si cela a pour conséquence qu'elles soient plus restrictives.

210. Le Code de bonnes pratiques a vocation à s'appliquer le plus largement possible et cela est indispensable car peu importe les secteurs, le démarchage téléphonique doit être réalisé conformément à de bonnes pratiques.

B. Le démarchage téléphonique : une affaire de bonnes pratiques

211. Les effets négatifs du démarchage téléphonique sont issus des mauvaises pratiques dont sont auteurs les professionnels agissant de mauvaise foi. Le démarchage téléphonique reste tout de même « *l'occasion de faire de bonnes affaires et de bénéficier de promotions commerciales* »²³². Pour ce faire, c'est avant tout les conditions dans lesquelles le démarchage téléphonique se réalise qui concentrent tout l'intérêt du sujet, peu important les secteurs dans lesquels ils exercent leur activité, et les produits ou services qu'ils proposent au consommateur. Le but est le démarchage courtois, réalisé dans de bonnes conditions, en tout état de cause. Il s'agit en réalité de travailler sur une manière convenable et respectueuse de réaliser la prospection téléphonique.

212. La finalité de l'encadrement du démarchage tient concrètement au respect de la volonté du consommateur, notamment lorsqu'il signifie ne pas vouloir être dérangé par des appels commerciaux, mais surtout au respect de la réglementation.

À cet égard, la distinction entre prospection de biens et services et rénovation énergétique semble dépourvue d'intérêt. Certes les conséquences d'un démarchage téléphonique abusif varient selon le secteur économique dans lequel il intervient et en général, lorsque des abus ont été constatés dans certains secteurs, c'est lorsque le contexte les a favorisés. Dans le cadre de la rénovation énergétique par exemple, les aides d'État ont multiplié les cas de fraude. Néanmoins, d'autres secteurs, comme celui de l'automobile, pourront également faire l'objet d'aides étatiques à l'avenir, et ce, d'autant plus au regard de la crise sanitaire actuelle qui a fortement impacté l'économie du pays. Or, le vœu du législateur n'est certainement pas celui de légiférer spécifiquement dans chaque secteur dans lequel il constaterait des manquements graves et répétés.

²³² Assemblée nationale, XV^e législature, compte rendu, session ordinaire 2018-2019.

213. L'ambition étant le bon déroulement du démarchage téléphonique, la diffusion de bonnes pratiques et de mêmes règles déontologiques qui s'appliquent à tous et de la même façon, semblait être la solution nécessaire et suffisante à la régulation de ce secteur.

CONCLUSION FINALE

214. Après l'inefficacité de la loi Hamon dans l'encadrement du démarchage téléphonique, les enjeux grandissants de cette pratique ont justifié l'intervention du législateur par la loi du 24 juillet 2020²³³.

215. Pris d'intérêt par la protection des consommateurs, il s'est efforcé de restreindre l'activité de démarchage téléphonique afin de réduire drastiquement les risques auxquels ils sont exposés. Manque de clarté des dispositions, non-conformité à la hiérarchie des normes... le législateur s'est affranchi de rigueur, laissant les professionnels pour dommages collatéraux. En effet, à l'heure où la relance de l'économie du pays est au cœur de toutes les discussions, la plupart des professionnels du secteur du démarchage téléphonique ne peuvent y contribuer, principalement les professionnels de la rénovation énergétique.

216. Le renforcement des sanctions a laissé transparaître, de manière claire, l'intransigeance du législateur en la matière.

217. Pour autant, il n'est pas sûr que la protection des intérêts du consommateur puisse fonder un encadrement aussi excessif, notamment au regard du choix du législateur de recourir à un code de bonnes pratiques. Cet instrument semble même être, à lui seul, la pièce manquante à la législation précédente. Le temps aurait pu être laissé aux professionnels d'élaborer ce code et d'en apprécier les effets, au risque de devoir légiférer de nouveau sur la question, cette fois avec tous les éléments en main.

218. Ce n'est toutefois pas le choix qui a été retenu par le législateur, qui a pour objectif la réduction drastique du recours au démarchage téléphonique par les professionnels. L'encadrement excessif du secteur du démarchage téléphonique laissera la chance à cet objectif de se réaliser, avant que la loi ne soit remise en cause.

²³³ Loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020.

BIBLIOGRAPHIE

• **Ouvrages généraux**

- DEUMIER (P.), Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme, in Boy L., Racine J.B., Siiriainen F. (dir.), Droit économique et droits de l'homme, Bruxelles, Larcier.
- GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), Lexique des termes juridiques, Dalloz, 28e éd., 2020-2021.
- LAROUER (M.), Les codes de conduite, sources du droit, Volume 176, Dalloz, 2018.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAU (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018.
- TERNEYRE (P.), La liberté d'entreprendre est-elle vraiment une liberté fondamentale ?, Mélanges Dominique Rousseau, Lextenso, 2020.
- THIBIERGE (C.), Sources du droit, sources de droit : une cartographie , in Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz, 2006.

• **Thèses et ouvrages spéciaux**

- ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, compte rendu, session ordinaire 2018-2019, 2019.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, Texte adopté n°394, session ordinaire de 2019-2020, 2020.
- CNC, Groupe de travail « *Démarchage téléphonique* », Rapport, NOR : ECOC1905435P, Adopté le 22 février 2019.
- GOETSCHY (H.), question écrite n° 06712, publiée dans le JO Sénat du 26/10/1989.
- LUCAS-PUGET (A.-S.), Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005, n° 499.
- MAZEAUD (V.), La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n°48, juin 2015.
- NAEGELEN (C.), Rapport n°2616 sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2020.
- NAEGELEN (C.), Rapport n°1284 sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018.
- PILLET (F.), Rapport n° 434 sur la proposition de loi de MM. Jean-René LECERF et Michel HOUEL relative à la protection de l'identité, (2010-2011), 2011.

- REICHARDT (A.), Rapport n°310 sur la proposition de loi, Adoptée par l'assemblée nationale, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2018-2019, 2019.
- REICHARDT (A.), Rapport n°463 sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux, 2019-2020, 2020.
- SÉNAT, compte rendu intégral, Séance du mardi 16 février 2021, Session ordinaire de 2020-2021.

- **Articles**

- ADEME, La transition énergétique booste les marchés et l'emploi, Communiqué de presse du 9 juillet 2019.
- BAMDÉ (A.), La détermination de la prestation ou l'objet de l'obligation, In Droit des contrats, Droit des obligations, 2017.
- BAZIN (E.), Un an de droit pénal de la consommation, Dr. pénal, n°5, mai 2021, Chron. 6.
- BERNHEIM-DESVAUX (S.), Cumul des sanctions administratives et pénales : quid du principe non bis in idem ?, Contrats, conc. consom. n° 8-9, 2019, comm. 147.
- CNIL, L'intérêt légitime : comment fonder un traitement sur cette base légale, 2 déc. 2019.
- LOISEAU (G.), Renforcement de la protection contre le démarchage téléphonique, Comm. Com électr. n° 10, Octobre 2020, comm. 71.
- MALPEL-BOUYJOU (C.), Conflits de loi dans le temps, Rép. civ. Dalloz, 2016.
- Normes, certification... Qu'est-ce que l'Afnor apporte aux entreprises ?, Ouest-France, 2017.
- PELLIER (J-D.), Une loi de plus sur le démarchage téléphonique !, JCP E, n° 38, 2020, act. 615.
- PIEDELIÈVRE (S.), La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, JCP E, 2014, 1176
- QUE CHOISIR, Démarchage téléphonique - De nouvelles avancées, 2020.
- QUE CHOISIR, Enquête démarchage téléphonique, Une pétition contre le harcèlement !, 2017.
- RAYMOND (G.), Démarchage, JCI. Commercial, fasc.922, 2013.
- RUBETTI (M.) Dans l'enfer du démarchage téléphonique, Le Figaro, 2019.
- SCHULTZ (P.), Le risque « *téléphonique* » : l'encadrement du démarchage téléphonique et la lutte contre les appels frauduleux par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020, CERDACCJAC, 2020.

- VALETTE-ERCOLE (V.), La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation, Dr. pén. 2014, étude 13.
- WEINSTADT (P.) La nouvelle loi sur le démarchage téléphonique, AFRC MAG n°20, 2020.

- **Sitographie**

- BELKACEM (M.) et KEINAN (D.), Panorama de la jurisprudence en matière de contentieux photovoltaïque, Village de la Justice, 2019.
- CHERRAT (I.), Démarchage téléphonique : vous pouvez vous inscrire sur la liste d'opposition Bloctel, site web de l'INC, 2020.
- CNIL, FUTURA INTERNATIONALE : sanction de 500 000 euros pour démarchage téléphonique illégal, 26 nov. 2019.
- Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre, site web du Conseil constitutionnel, 2001.
- DGCCRF, Pratiques déloyales et trompeuses dans le secteur des énergies renouvelables et de la rénovation thermique, site web de la DGCCRF, 2019.
- DGCCRF, Démarchage téléphonique dans le secteur de la rénovation énergétique : une enquête de la DGCCRF conduit à prononcer une amende record de 366 930 €, site web de la DGCCRF, 2021.
- Ministère de l'économie, des finances et de la relance, Rénovation énergétique des logements, les professionnels et l'État se mobilisent pour renforcer la confiance des français, 2019.
- Ministère de l'économie, des finances et de la relance, Comment respecter la réglementation contre le démarchage téléphonique non souhaité avec Bloctel ?, Bercy Infos, 2021.
- Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, La foire aux questions des entreprises, site web de Bloctel, 2021.
- Ministère de l'économie, des finances et de la relance, MaPrimeRénov', 2021.

INDEX

A

Assurance (loi n° 2021-402 du 8 avril 2021) :
208.

Agressive (pratique commerciale) : 148-150.

B

Bloctel : 25, 27-29, 35, 38-59, 60, 121.

C

Conformité (Directive 2005/29/CE) : 73-78.

Conformité (Constitution) : 63-73.

Consommateur : 19.

Contrat :

- Contrat de bien : 14, 15.
- Contrat de service : 14, 15.
- Contrat en cours : 95.
- Contrat à exécution successive : 99 - 101.
- Contrat à exécution instantanée : 103.
- Objet du contrat : 109-116.

P

Pacitel : 26.

Photovoltaïque (contentieux) : 54.

Produits (Afférents ou complémentaires) :
119-181.

Professionnel : 20.

Prospect (Distinction avec la notion de client) : 82.

R

RGE : 51, 53, 59.

RGPD : 42, 184, 202-203.

S**Sanctions :**

Administrative : 133-140, 151-154.

Civile : 142-145, 158-160.

Pénale (Pratique commerciale agressive) :
151-154.

Code de bonnes pratiques : 190-191.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	3
TITRE I. La restriction à l'activité de démarchage téléphonique	9
Chapitre 1. Un régime d'interdiction de prospector	9
Section 1. Une interdiction conditionnée pour les biens et services	9
§1. Le champ d'application de la réglementation relative au démarchage téléphonique	9
A. Le champ d'application matériel	9
B. Le champ d'application personnel	11
§2. Un régime d'interdiction limité	13
A. Une interdiction stricte	13
B. Une interdiction limitée : le système dit de l'opt-out	17
1. Bloctel : Un dispositif peu connu du grand public	17
2. Les alternatives au dispositif Bloctel : Le RGPD	20
Section 2. Une interdiction généralisée dans le secteur de la rénovation énergétique	22
§1. L'analyse de l'interdiction sectorielle	23
A. Le contexte de la mise en place de l'interdiction sectorielle	23
1. Les motivations de l'interdiction sectorielle	23
2. Les conséquences d'un démarchage téléphonique abusif dans le secteur de la rénovation énergétique	25
B. L'adaptation de l'interdiction au secteur de la rénovation énergétique	27
§2. La licéité de l'interdiction sectorielle	29
A. La contrariété de l'interdiction sectorielle aux droits fondamentaux	29
1. La liberté d'entreprendre	29
2. Le principe d'égalité devant la loi	32
B. La contrariété de l'interdiction sectorielle au droit européen	33
Chapitre 2. Une exception client commune	35

Section 1. La détermination du client	35
§1. L'exécution du contrat comme facteur de caractérisation du client	35
A. La distinction entre prospect et client	36
B. La mise en oeuvre de l'exception client dans les deux hypothèses	38
§2. La notion de contrat en cours au moment de la prospection téléphonique	41
A. L'émergence de la notion de contrat en cours	41
B. Les catégories de contrats en cours	43
1. Les contrats à exécution successive	43
2. Les contrats à exécution instantanée : la notion de garantie	45
Section 2. Les biens et services concernés	46
§1. Le rapport avec l'objet du contrat	46
A. La notion d'objet du contrat	47
B. Le rapport avec l'objet du contrat	48
§2. L'extension du périmètre de l'exception client	50
A. Les produits ou services afférents ou complémentaires à l'objet du contrat en cours	50
B. L'amélioration des performances ou de la qualité	52
TITRE II. L'alourdissement des sanctions applicables	54
Chapitre 1. Les sanctions du non respect des règles étatiques	54
Section 1. Les sanctions relatives à la violation de l'interdiction préalable	54
§1. Les sanctions civiles et administratives	54
A. L'impulsion des amendes administratives	54
1. Le renforcement du montant de l'amende administrative	55
2. La publication de la décision	57
B. La mise en place d'une responsabilité civile singulière	58
§2. Les pratiques commerciales déloyales	59
A. La caractérisation des pratiques commerciales déloyales	60
B. Le cumul des sanctions administratives et pénales	61

Section 2. Les sanctions relatives à la violation ayant abouti à la conclusion d'un contrat	63
§1. La nullité du contrat comme sanction civile	64
A. Une nullité spécifique	64
B. Les modalités d'exercice de l'action en nullité	65
1. Les pouvoirs du juge	65
2. Les titulaires de l'action en nullité	66
§2. Une sanction civile sévère	68
A. Une sanction civile attendue en droit de la consommation	68
B. Une sanction civile cumulable aux sanctions administrative et pénale	69
Chapitre 2. Les sanctions du non respect des règles déontologiques	71
Section 1. Les sanctions relatives aux agissements contraires au code de bonnes pratiques	71
§1. Un code de bonnes pratiques à mi-chemin entre « soft law » et « hard law »	71
A. Le recours au « droit mou » par un code de bonnes pratiques	71
B. Un code de bonnes conduites consolidé par le droit dur	74
§2. L'application indifférente des sanctions	75
A. L'applicabilité des sanctions légales	75
B. L'assise juridique des normes déontologiques	76
Section 2. L'efficacité du code de bonnes pratiques	78
§1. Les sanctions préexistantes applicables au démarchage téléphonique	78
A. Les sanctions du démarchage téléphonique par le code de la consommation	78
B. Les sanctions du démarchage téléphoniques par le RGPD	79
§2. L'autosuffisance du code de bonnes pratiques	80
A. Des règles déontologiques à vocation générale	80
B. Le démarchage téléphonique : une affaire de bonnes pratiques	82
CONCLUSION FINALE	84
BIBLIOGRAPHIE	85
INDEX	88

