



CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

Droit de la consommation et des pratiques commerciales

MÉMOIRE 2021

**La protection de l'investisseur consommateur dans
le cadre des opérations de crowdfunding**

LOISON Natassia

Sous la direction de
Monsieur PROROK Johan



faculté
de droit



CERGY PARIS

UNIVERSITÉ

REMERCIEMENTS

J'adresse mes sincères remerciements :

A Monsieur Johan Prorok, Maître de conférence à l'Université CY Paris Cergy Université,
Pour avoir accepté d'être mon référent dans le cadre de ce mémoire.

A Madame Carole Aubert de Vincelles, Professeure à l'Université CY Paris Cergy Université,
Pour avoir mené à bien la création du Master 2 Droit de la consommation et des pratiques commerciales et nous avoir fait au mieux pour nous permettre de suivre un enseignement de qualité malgré un contexte sanitaire complexe.

A Madame Marielle COHEN-BRANCHE et Monsieur François DENIS DU PEAGE,
Pour m'avoir si bien accueillie au sein du service Médiation de l'Autorité des Marchés Financiers et pour m'avoir tant appris au cours de mon stage.

A ma famille,
Pour leur soutien et leur confiance.

A Malika,
Pour son soutien indéfectible.

LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
AMF	Autorité des marchés financiers
CGU	Conditions générales d'utilisation
CIP	Conseiller en investissements participatifs
CMF	Code monétaire et financier
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
PSFP	Prestataire de services de financement participatif
PSI	Prestataire de services d'investissement
UE	Union européenne

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	1
LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
TITRE 1 : LA PROTECTION DES INVESTISSEURS PAR L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING	11
CHAPITRE 1 : L'ALLÈGEMENT DU RÉGIME APPLICABLE AUX PLATEFORMES DE CROWDFUNDING EN DROIT FINANCIER NE REMETTANT PAS EN CAUSE LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR	11
SECTION 1 : LA CRÉATION DE STATUTS SPÉCIFIQUES AUX PLATEFORMES DE CROWDFUNDING POUR LIBÉRALISER TOUT EN SÉCURISANT LE RECOURS AU CROWDFUNDING	12
SECTION 2 : UNE DIVERSITÉ D'OBLIGATIONS PESANT SUR LES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING PERMETTANT LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR	22
CHAPITRE 2 : L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING MIS EN PLACE PAR LE DROIT FINANCIER COMPLÉTÉ PAR LE DROIT DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES	33
SECTION 1 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR RÉSULTANT DES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LE DROIT DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES	33
SECTION 2 : LA MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING PAR L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR	41
TITRE 2 : UNE PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR GARANTIE PAR L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION	49
SECTION 1 : LA QUALIFICATION DES CONTRATS CONCLUS DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE CROWDFUNDING	49
SECTION 2 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR PAR LE RECOURS AUX MÉCANISMES DE DÉFENSE DU DROIT DE LA CONSOMMATION	60
CHAPITRE 2 : L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION MISE EN PLACE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION	70
SECTION 1 : L'EFFECTIVITÉ GARANTIE PAR LA MISE EN PLACE DE MÉCANISMES PERMETTANT DE LUTTER CONTRE L'INERTIE DU CONSOMMATEUR	71
SECTION 2 : L'EFFECTIVITÉ GARANTIE PAR DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SPÉCIFIQUES	80
CONCLUSION	89
BIBLIOGRAPHIE	90
INDEX	92
TABLE DES MATIÈRES	93

INTRODUCTION

1. “J’ai appris à vivre... comment être dans le monde et faire partie du monde, et pas seulement rester à l’écart et regarder”. Cette phrase prononcée par Audrey Hepburn, il y a quelque temps déjà, transcrit un sentiment, de plus en plus actuel, partagé par une grande partie de la population. Une population qui ne veut plus rester à l’écart et regarder, une population qui souhaite s’impliquer.

2. Parallèlement à cette volonté il a pu être constaté une certaine méfiance, voire même, pour certains, une défiance, à l’égard de la finance traditionnelle¹ suite à la crise bancaire et financière de 2008².

3. De plus le crowdfunding représentait pour certaines jeunes entreprises ou start-ups une, voire l’unique, façon d’obtenir un financement afin de développer leur projet.

4. Ces divers éléments ont entraîné la nécessité de mettre en place un nouveau mode de financement, un financement dans le cadre duquel les intermédiaires seraient réduits de sorte que l’épargnant serait dans “une posture de financeur direct”³. La création d’un tel mode de financement n’a été rendue possible que par l’existence et l’essor d’Internet depuis les années 2000. C’est ainsi que le crowdfunding mettant en avant la possibilité de solliciter une multitude de personnes, toute personne disposant d’Internet, a vu le jour.

¹ Anne-Valérie LE FUR, “Propos introductifs”, Le cadre juridique du crowdfunding, société de la législation comparée, 2015, p.7

² Philippe DIDIER et Nathalie MARTINAL-BRAZ, “Certitudes et incertitudes en matière de crowdfunding”, Recueil Dalloz, 2016, p.267

³ Alban MARTINAT, “C comme... - Crowdfunding”, Juris associations, 2015, n°521, p.50

5. Le crowdfunding est un mode de financement de projets par une collecte de fonds auprès d'un large public. Ce nouveau mode de financement se caractérise par l'existence de plateformes chargées de mettre en relation les porteurs de projet et les investisseurs.

Le terme crowdfunding recoupe, en réalité, divers mécanismes⁴. Une classification des opérations de crowdfunding peut être effectuée, ce qui permet de distinguer trois types de plateformes de financement participatif.

Le premier type de plateforme est celui où le porteur de projet finance son projet par le biais de dons octroyés avec ou sans contrepartie. Ici on parle de crowdgiving.

Le deuxième est celui où il est fait recours à des prêts à titre gratuit ou à titre onéreux et est désigné par le terme crowdlending.

Enfin le troisième et dernier type de plateforme permet aux investisseurs de souscrire des titres, il s'agit du crowdequity.

Peu importe l'opération menée, la plateforme est toujours chargée de mettre en relation les porteurs de projet avec des investisseurs.

6. Est un investisseur toute personne qui investit une part de son capital disponible dans le but d'obtenir une plus-value. Le sujet de ce mémoire se cantonne à la protection des investisseurs, il ne sera donc étudié que la protection des investisseurs et donc des personnes cherchant à obtenir un retour sur l'investissement. Ainsi le crowdgiving ne sera pas développé au-delà des points apportés en introduction, de même pour le crowdlending à titre gratuit.

Les investisseurs font l'objet d'une catégorisation par le CMF et c'est cette dernière qui permet de déterminer le degré d'information à fournir à l'investisseur et donc le niveau de protection dont il bénéficie. La classification distingue trois types d'investisseurs, les investisseurs qualifiés de client de détail, ceux de clients professionnels et enfin les contreparties éligibles, les clients de détail étant les mieux protégés.

⁴ *Ibid*, n°1

7. Une spécificité du crowdfunding est de faire appel à la foule, c'est-à-dire que le porteur de projet va s'adresser à une diversité de personnes. Une diversité qui sera composée en grande partie de "personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole"⁵, c'est-à-dire de consommateur. Cette définition du consommateur a fait son entrée dans le Code de la consommation par la loi du 17 mars 2014 transposant la directive du 25 octobre 2011 qui définit le consommateur comme "toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale". Une seule modification a été effectuée par la loi du 17 mars 2014, par cette dernière le législateur a rajouté aux activités déjà listées par la directive celle agricole. La définition ainsi posée du consommateur retient une conception purement objective de la notion de consommateur.

8. Se pose alors la question de savoir s'il est possible que l'investisseur soit aussi considéré comme un consommateur. L'investisseur par nature prend un risque, le risque, soit de ne pas toucher la plus-value escomptée, soit de perdre une partie ou la totalité du montant investi, voire parfois plus. Est-ce que le caractère risqué ou le fait d'avoir déjà effectué le même type d'investissement rend impossible la qualification de consommateur ? À défaut d'exclusion d'une qualification cumulative de l'investisseur et du consommateur par le législateur européen ou français, il faut se cantonner à appliquer la définition du consommateur, issue du droit européen, énoncée à l'article liminaire du Code de la consommation. Cette dernière, comme il a été précisé précédemment, est une définition objective. Ainsi comme l'a confirmé la CJUE, l'existence de "risques importants en termes de pertes financières est, en tant que telle, sans pertinence pour la qualification ... en tant que "consommateur" ", de même le comportement actif de la personne physique est sans incidence sur la qualification ⁶.

Dans son arrêt, la CJUE était amenée à déterminer s'il était possible de qualifier un client de détail de consommateur. Pour répondre à cette question la CJUE soulève que les deux qualifications diffèrent quant à leur portée mais aussi quant aux objectifs poursuivis. Ainsi les deux qualifications "ne se recouvrent pas parfaitement" et "la qualité de client de détail ...

⁵ Article liminaire du Code de la consommation

⁶ CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-208/18, *Petruchová*

d'une personne est, en tant que telle, en principe sans incidence aux fins de la qualification de celle-ci en tant que "consommateur" ”.

En considérant que la qualification de client de détail est sans conséquence sur la qualification de consommateur on peut considérer plus largement que la qualification d'investisseur est sans conséquence sur la qualification de consommateur. Il est ainsi possible d'avoir des investisseurs consommateurs.

9. Pourquoi se poser la question de la qualification cumulative de différents statuts ? La question est en réalité d'une importance cruciale en droit. La qualification retenue permet de déterminer les dispositions et le ou les régimes applicables aux opérations de crowdfunding. Effectivement s'il était impossible de cumuler les qualités d'investisseur et de consommateur cela impliquerait que dans le cadre d'une opération d'investissement l'application du droit de la consommation serait exclue. Les dispositions de protection du consommateur qui auraient eu vocation à jouer dans le cadre des contrats conclus pour l'opération ne s'appliqueraient pas. Ainsi les dispositions relatives aux clauses abusives, pratiques commerciales trompeuses ou encore les obligations d'informations, droit de rétractation ou règles de compétence du juge ou de loi applicable ne pourraient être invoquées par l'investisseur le destituant d'une protection accrue.

10. Depuis le décret du 16 septembre 2014 relatif au financement participatif⁷ et l'ordonnance du 30 mai 2014⁸, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014, les opérations de crowdfunding font l'objet d'une réglementation spécifique au sein du CMF. Le choix du législateur français de mettre en place une réglementation spécifique aux opérations de crowdfunding illustre sa volonté d'inciter le recours à ce mode de financement. Cette volonté se traduit par la création d'exceptions à la réglementation financière, les opérations de crowdequity ne constituant pas une offre au public, mais aussi au monopole bancaire. Le second objectif du législateur est d'assurer une certaine protection des investisseurs et donc de sécuriser les opérations réalisées dans le cadre du crowdfunding. Afin de les sécuriser, le législateur français a fait le choix d'encadrer spécifiquement les plateformes mettant en relation les porteurs de projet et les investisseurs en créant de nouveaux statuts obligatoires. Ces nouveaux statuts permettent de recourir plus aisément au crowdfunding tout en encadrant un minimum les opérations, ce qui apparaît souhaitable. Sans cette nouvelle réglementation,

⁷ Décret n°2014-1053 du 16 septembre 2014 relatif au financement participatif

⁸ Ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif

le crowdfunding représenterait trop de contraintes pour être mis en œuvre. Cependant, comme l'a bien compris le législateur français il ne faut pas non plus tomber dans l'excès en souhaitant trop encourager ce mode de financement au risque de le condamner à une mort, peut être lente, mais certaine. C'est pourquoi il faut assurer un minimum la protection de l'investisseur, à défaut ce dernier risque de perdre confiance et se détourner de ce mode de financement.

11. Cependant ce choix ne coulait pas forcément de source. Sur la scène internationale, on remarque que chaque législateur n'adopte pas la même attitude face à la naissance du crowdfunding. Trois types de réactions peuvent être constatés.

La première consistant à l'impossibilité pure et simple de recourir à une des formes de ce mode de financement. Souvent la forme qui ne sera pas pratiquée sera le crowdequity, la législation du pays ne permettant pas d'acquérir les titres d'une société directement par le biais du crowdfunding.

La seconde étant l'absence de réaction, c'est-à-dire que le législateur fera le choix de ne pas mettre en place de régime spécifique aux opérations de crowdfunding. Cette absence de législation spécifique ayant de nombreuses conséquences du fait de l'assimilation par la plupart des législations du crowdequity à une offre au public. L'offre au public devant la plupart du temps être accompagnée de nombreuses informations, en France ces dernières étant regroupées dans un document nommé "prospectus". Cette obligation représente pour les start-ups et jeunes entreprises une contrainte de temps ou d'argent souvent trop importante⁹. Dans de nombreux pays il est possible de ne pas fournir ce document mais dans ce cas l'offre ne pourra être effectuée qu'auprès d'investisseurs avertis ou dont le nombre est limité¹⁰, ce qui ne correspond pas au crowdfunding qui est, rappelons-le, un financement par la foule. De même, les pays, comme la France, qui connaissent l'existence d'un monopole bancaire voyaient ce dernier heurté par le crowdlending dans le cadre duquel les investisseurs "remplacent" les banques et octroient des prêts aux porteurs de projet.

⁹ G. PYBURN, crowdfunding in Asia-PACIFIC : Legal And Regulatory Ambiguities Without An Analogous Us Jobs Act Exemption

¹⁰ Bénédicte FRANCOIS, "le financement participatif par souscription de titres : étude en droit comparé", le cadre juridique du crowdfunding, collection trans europe experts, 2015, p.173

12. En faisant ce choix, le législateur français a précédé le Parlement européen et le conseil de l'UE qui ont vu assez rapidement, avec la Commission européenne, les intérêts que pouvait avoir le crowdfunding et les obstacles à son développement. La Commission européenne dès 2013 s'est interrogée quant à la valeur ajoutée d'une action de l'UE pour le financement participatif et a à ce titre lancé une consultation. En 2014 la Commission européenne a rendu une communication intitulée "Libérer le potentiel du financement participatif dans l'Union européenne". Dans cette communication la Commission met en exergue l'évolution et l'impact potentiel qu'a le crowdfunding en Europe dès 2012. Elle relève que le montant total recueilli en Europe par le biais du financement participatif était de 735 millions d'euros en 2011, même si ce chiffre était faible en comparaison des prêts bancaires de détail à des établissements non financiers, cela permet de financer environ un demi-million de projets européens par an. Le crowdfunding permettrait aux PME de trouver des financements mais aussi de développer l'entrepreneuriat. Il semble donc souhaitable de l'encourager et pour ce faire il faudrait permettre aux plateformes de crowdfunding d'exercer leur activité au sein de l'UE de façon plus libre en mettant en place une sorte de passeport européen comme il existe pour les PSI. Ainsi une plateforme bénéficiant de la possibilité d'exercer une activité de crowdfunding au regard de la législation d'un Etat membre devrait pouvoir exercer cette même activité au sein de tous les Etats membres de l'UE.

Le législateur de l'UE a fait le choix de créer la catégorie de PSFP, cette qualité est octroyée par le biais d'un agrément fournis par l'autorité compétente de l'Etat membre, une fois l'agrément obtenu la plateforme bénéficie d'un passeport européen. L'AEMF est informée de chaque PSFP agréé et l'inscrit dans le registre des PSFP qui est accessible au public sur son site internet¹¹.

Cet encadrement européen du crowdfunding est mis en place par le règlement (UE) 2020/1503 du 7 octobre 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif qui entrera en vigueur le 10 novembre 2021 et la directive (UE) 2020/1504 du 7 octobre 2020, modifiant la directive 2014/64/UE concernant les marchés d'instruments financiers.

¹¹ Article 14 du règlement (UE) 2020/1503 du 7 octobre 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs

13. L'objet de ce mémoire est d'articuler les différentes réglementations applicables, qu'elles soient spécifiques au crowdfunding ou non, afin de déterminer si la protection de l'investisseur est suffisante quand ce dernier a la qualité de consommateur.

Il n'est pas question de s'interroger sur l'absence de risque pour l'investisseur consommateur, le risque étant inhérent aux investissements, mais d'approfondir la question de sa protection afin de déterminer si ce dernier est à même d'effectuer un investissement réfléchi, en connaissance des risques et en étant sûr de la réalité des informations fournies. Le crowdfunding est certes un outil de financement intéressant mais il est aussi un outil pouvant être particulièrement risqué, il existe un fort risque de dilution du capital ainsi qu'un taux de défaillance des sociétés à moyen terme élevé.

14. **Problématique.** En incitant le recours au crowdfunding le législateur français a rendu l'accès aux intermédiaires plus aisé et a allégé les obligations reposant sur les porteurs de projet. Il s'agit donc de déterminer en quoi, malgré cette volonté d'encourager le recours au crowdfunding, les investisseurs consommateurs bénéficient tout de même d'une protection suffisante.

15. **Annonce de plan.** La volonté du législateur d'encourager le recours au crowdfunding n'a pas entaché la protection de l'investisseur consommateur. Ce dernier bénéficie, au titre de sa double casquette d'investisseur et de consommateur, de l'application du droit de la consommation (Titre 2) en plus de la protection déjà mise en place par l'encadrement des plateformes de crowdfunding (Titre 1).

TITRE 1 : LA PROTECTION DES INVESTISSEURS PAR L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING

16. Le législateur français a fait le choix, par l'ordonnance du 30 mai 2014, de mettre en place une réglementation spécifique au crowdfunding et plus précisément une réglementation applicable aux plateformes de crowdfunding afin de rendre ce mode de financement plus attractif et plus aisé à mettre en œuvre. Cependant le législateur n'a pas pour autant fait fi de la protection des investisseurs (chapitre 1) qui est d'autant plus assurée que les plateformes de crowdfunding doivent aussi respecter la réglementation issue des lois relatives au numérique (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'ALLÈGEMENT DU RÉGIME APPLICABLE AUX PLATEFORMES DE CROWDFUNDING EN DROIT FINANCIER NE REMETTANT PAS EN CAUSE LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR

17. Avant l'ordonnance du 30 mai 2014 le crowdfunding ne connaissait pas d'encadrement spécifique. Ainsi les diverses opérations réalisées dans le cadre de ce mode de financement devaient respecter certaines réglementations, telles que la réglementation applicable en matière d'offre au public, avec la publication du prospectus, quand il était question du crowdequity. Le législateur français a encadré les opérations réalisées en créant de nouveaux statuts moins contraignants que ceux déjà existant en droit financier et qui permettent une libéralisation du recours au crowdfunding tout en sécurisant l'opération pour les investisseurs (section 1). La protection de ces derniers est renforcée par le régime assorti aux statuts des plateformes de crowdfunding (section 2).

SECTION 1 : LA CRÉATION DE STATUTS SPÉCIFIQUES AUX PLATEFORMES DE CROWDFUNDING POUR LIBÉRALISER TOUT EN SÉCURISANT LE RECOURS AU CROWDFUNDING

18. L'ordonnance du 30 mai 2014 met en place divers statuts, ces derniers permettent de prendre en compte les différents types de crowdfunding et surtout d'être un gage de sûreté pour les investisseurs. Le législateur a fait le choix de créer différents statuts en fonction de l'opération réalisée, ainsi les plateformes de crowdequity (paragraphe 1) et les plateformes de crowdlending (paragraphe 2) ne sont pas soumises au même statut.

PARAGRAPHE 1 : L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES EXERCANT UNE ACTIVITÉ DE CROWDEQUITY

19. L'ordonnance ouvre plusieurs options aux plateformes de crowdequity pour exercer leurs activités, elles peuvent soit recourir au statut de PSI qui est assez contraignant (A), soit à un statut moins exigeant, celui de CIP, créé spécialement pour le crowdfunding (B).

A. Le recours au statut préexistant de PSI

20. L'ordonnance du 30 mai 2014 consacre le recours au statut de PSI pour les plateformes de crowdequity (2) qui était déjà celui qui permettait aux plateformes de crowdequity de respecter la législation financière avant 2014 (1).

1. Le recours au statut de PSI avant l'ordonnance du 30 mai 2014

21. Les plateformes de crowdequity vont être amenées à réceptionner et transmettre des ordres d'achats de titres financiers (service de réception transmission d'ordres pour le compte de tiers), à trouver une contrepartie à l'ordre reçu afin de l'exécuter (exécution d'ordres pour le compte de tiers), à "chercher des souscripteurs ou des acquéreurs pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers ... sans lui garantir un montant de souscription ou d'acquisition"¹² (le placement non garanti) ou encore à fournir des

¹² Art. D.321-1, 7° du CMF

“recommandations personnalisées à un tiers ... concernant une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers”¹³ (conseil en investissement). Tous ces services sont des services d’investissements¹⁴. Avant l’ordonnance du 30 mai 2014 afin d’exercer de tels services il fallait revêtir un certain statut. Les plateformes de crowdequity devaient se conformer au droit financier qui réserve l’exercice de ces services à certains professionnels, dont font partie les PSI, ou être habilitée en tant qu’agent lié. Les “PSI sont les entreprises d’investissement, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les établissements de crédit ayant reçu un agrément pour fournir des services d’investissement”¹⁵. Quant aux agents liés, ces derniers ne peuvent agir qu’en vertu d’un mandat exclusif d’un PSI¹⁶. Ainsi afin d’exercer son activité la plateforme de crowdequity devait obtenir un agrément de la part de l’ACPR ou être mandaté par un PSI.

Au lendemain de l’ordonnance du 30 mai 2014 cette possibilité est restée ouverte aux plateformes de crowdequity.

2. La continuité instaurée par l’ordonnance du 30 mai 2014

22. L’ordonnance introduit un nouvel article L.533-22-3 du CMF qui instaure des dispositions spécifiques pour les PSI qui réalisent des offres de titres financiers au moyen d’un site internet, ainsi les plateformes de crowdequity peuvent recourir à ce statut dans le cadre de l’exercice de leurs activités.

Le recours au statut de PSI par une plateforme permet de garantir au public qu’elle présente “des garanties financières et des garanties de professionnalisme”¹⁷. Effectivement avant d’agréer un professionnel en tant que PSI l’ACPR va étudier divers éléments. L’ACPR va ainsi effectuer une évaluation de la solvabilité, en vérifiant le montant du capital initial libéré ainsi que l’existence de moyens financiers adaptés et suffisants, puis confirmer que le siège social et la direction effective du PSI soit en France, qu’il existe bien un programme d’activité et de surcroît constater l’adhésion à un mécanisme de garantie des titres...¹⁸. Ce sont ces éléments qui permettent d’assurer à l’investisseur le sérieux du professionnel.

¹³ Art D.321-1, 5° du CMF

¹⁴ Art. L.321-1 du CMF

¹⁵ Art. L.531-1 du CMF

¹⁶ Art. L.545-2 du CMF

¹⁷ *Ibid*, n°2

¹⁸ Art. L.532-2 du CMF

L'agrément est en quelque sorte un gage de la qualité du travail effectué par le PSI ou tout du moins la garantie que ce dernier ne va pas frauder sous peine d'être par la suite sanctionné.

L'agrément de l'ACPR n'est donné que pour certains services d'investissement identifiés, ainsi le PSI ne peut exercer que les services pour lesquels il a été agréé, ce qui ici aussi va dans le sens de la protection de l'investisseur.

23. Ces nombreux éléments qui vont dans un sens de protection de l'investisseur et qui permettent de réduire le nombre de professionnels pouvant effectuer des services d'investissement constituent dans le cadre du crowdfunding des inconvénients majeurs pour les plateformes qui ne souhaitaient pas forcément endosser ce statut. La procédure de l'agrément étant lourde, et les plateformes se lançant dans l'activité de crowdfunding n'ayant tout simplement pas les fonds nécessaires pour remplir les conditions afin de se voir délivrer l'agrément par l'ACPR.

Ainsi le choix du législateur de créer de nouveaux statuts, plus accessibles à la plateforme de crowdequity, est apparu intéressant, voire vital, pour voir prospérer le crowdfunding.

B. La création du nouveau statut de CIP

24. L'ordonnance du 30 mai 2014 ouvre la possibilité aux plateformes de crowdequity de recourir à un nouveau statut, celui de CIP. Ce statut étant plus facile d'accès, il faut vérifier que la protection de l'investisseur n'a pas été totalement sacrifiée au profit de l'incitation au recours au crowdfunding (1) et aussi déterminer si le statut créé est celui qui convient le mieux au crowdequity (2).

1. L'accessibilité au nouveau statut de CIP ne remettant pas en cause la protection de l'investisseur

25. L'accessibilité au statut de CIP se traduit par l'absence d'agrément pour bénéficier du statut. Le CIP est une personne morale qui exerce "à titre de profession habituelle une activité de conseil en investissement ... portant sur des offres de titres de capital et de titres de créance ..."19. Ainsi une plateforme de crowdequity peut devenir un CIP sans avoir à être

¹⁹ Art. L.547-1 du CMF

agrée par une quelconque autorité, il n’y a donc pas d’exigence de fonds propres à remplir afin d’exercer le service de conseil en investissement.

26. Cependant cette ouverture d’accès est contrebalancée par l’encadrement des plateformes et par des plafonnements et restrictions pour les offres d’investissement afin d’assurer une protection de l’investisseur²⁰.

27. Ainsi pour obtenir le statut de CIP il faut être inscrit au registre national des intermédiaires financiers géré par l’ORIAS ce qui permet d’identifier et de recenser plus facilement tous les CIP. De plus, les CIP doivent adhérer à une association qui a elle-même été agréée par l’AMF²¹. L’association va vérifier le programme d’activité, le niveau de compétence professionnelle des personnes physiques gérant ou administrant le CIP ainsi que l’adéquation des compétences aux activités projetées et la capacité à respecter les règles de bonnes conduites et d’organisation. Si le CIP veut exercer une activité d’inscription de titres financiers dans un compte-titres l’association doit aussi vérifier qu’au moins un dirigeant du CIP possède l’expérience adéquate, que les moyens humains et matériels sont suffisants et adaptés et enfin que les personnes physiques inscrivant les titres financiers disposent d’un niveau de compétence professionnelle adapté²². À défaut d’adhésion à une association l’AMF vérifie elle-même que le CIP dispose d’un programme d’activité et s’assure des compétences professionnelles des personnes physiques comme l’aurait fait l’association.

Parallèlement à son adhésion le CIP est tenu et doit pouvoir apporter la preuve “à tout moment de l’existence d’un contrat d’assurance le couvrant contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle”²³.

Au vu de ces divers éléments, l’absence de condition relative à un agrément de l’ACPR n’entache pas en réalité la protection de l’investisseur. Il est vrai que le CIP n’a pas à avoir de fonds propre d’un montant donné mais la réalité du projet et des compétences des personnes agissant en son nom sont vérifiées, et en cas de manquement à ses obligations professionnelles l’assurance souscrite par le CIP aura vocation à jouer et permettre la réparation de l’investisseur.

²⁰ Sophie SABATHIER, “Le nouvel investisseur en financement participatif”, RD bancaire et fin n°4, 2016, étude 21

²¹ Art L.547-4 du CMF

²² Art 325-49 du règlement général de l’AMF

²³ Art L.547-5 du CMF

28. Ce dernier est d'autant plus protégé que le CIP ne peut pas exercer son activité sur tous les titres, les titres complexes, qui sont plus risqués, sont exclus²⁴.

De plus le montant total de l'émission de titres réalisée dans le cadre du crowdfunding ne peut être supérieur à 8 millions d'euros²⁵ ce qui permet d'éviter une émission trop importante représentant un risque plus élevé pour les investisseurs.

Ainsi, le législateur français a su favoriser le recours au crowdequity tout en assurant la protection des investisseurs mais il convient quand même de s'intéresser à l'opportunité de la création du statut de CIP.

2. L'opportunité de la création du statut de CIP

29. L'opportunité du choix du législateur peut être remise en question pour plusieurs points.

Il convient déjà de se demander l'intérêt de limiter l'accès au statut de CIP aux seules personnes morales²⁶ alors qu'à contrario le statut de CIF, qui a servi de modèle, est ouvert aux personnes physiques aussi.

De plus quel est l'intérêt de créer le statut de CIP alors que celui de CIF existait déjà ? On peut y voir un intérêt du fait que le statut de CIF est accessible lui aussi sans agrément mais qu'il ouvre plus de possibilités pour celui y recourant que le statut de CIP. Il est possible d'y voir la volonté du législateur d'encadrer le plus possible les plateformes de crowdequity qui ont vocation à s'adresser à la foule et donc de restreindre le champ d'activité de la plateforme en échange d'un statut dont l'accès est facilité. Une question reste entière, les plateformes disposent-elles d'une option entre ces deux statuts ? Dans l'ordonnance le législateur a pris la peine de faire référence aux PSI, ce qu'il n'a pas fait avec le statut de CIF, ce qui pourrait traduire une volonté d'exclusion du recours à ce statut par les plateformes de crowdequity.

Il faut aussi préciser que le statut de CIP ne permet d'obtenir le passeport européen contrairement au statut de PSI, vu qu'il n'y a pas d'agrément, les CIP ne pourront donc pas étendre leurs activités sur la scène européenne sans effort.

Enfin, le statut de CIP implique le fait que les plateformes de crowdequity ont vocation à donner "un conseil personnalisé aux internautes". Est-ce bien la vocation des plateformes de

²⁴ Art. L.547-1 et D.547-1 du CMF

²⁵ Art. D.411-2 du CMF

²⁶ Art. L.547-3 du CMF

crowdequity ? Surtout que cette activité de conseil a de fortes implications sur les obligations que devra remplir la plateforme²⁷.

30. La volonté du législateur étant d'encourager le crowdfunding en général il faut aussi s'intéresser à la question de la protection de l'investisseur dans le cadre du crowdlending, les plateformes mettant en relation les porteurs de projet et les investisseurs afin de conclure un prêt avec intérêt bénéficiant elles aussi d'un nouveau statut.

PARAGRAPHE 2 : LES PLATEFORMES EXERCANT UNE ACTIVITE DE CROWDLENDING

31. Une des spécificités du crowdlending est que les investisseurs vont consentir un prêt au porteur de projet ce qui devrait normalement se heurter au monopole bancaire qui protège l'épargne publique et donc indirectement l'épargne des individus personnes physiques. Afin de contourner le problème le législateur a créé une exception pour les opérations de crowdlending (A) et a créé un nouveau statut celui d'IFP pour les plateformes de crowdlending qui permet d'assurer le maintien de la protection de l'investisseur (B).

A. Le monopole bancaire, visant en partie à protéger l'épargne publique, remis en cause

32. Par l'ordonnance du 30 mai 2014 le législateur instaure une nouvelle exception au monopole bancaire (2) qui assure la sûreté de l'épargne publique (1).

1. Le monopole bancaire gage de sûreté de l'épargne publique

33. Depuis 1984 il existe au profit des établissements de crédit un monopole bancaire²⁸. L'article L.511-5 du CMF "interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel". De même, seuls les établissements de crédit peuvent "recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public". C'est ce qui est appelé le monopole bancaire.

²⁷ V. *infra*, pt 56 et s.

²⁸ Loi n°84-46 du janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit

Ce dernier est une exception à la liberté du commerce et de l'industrie et est justifié par deux éléments dont la protection de l'épargne publique²⁹.

Ainsi le monopole bancaire permet de s'assurer que les opérations de banques, telles que le crédit ou encore la réception de fonds remboursables du public³⁰, soient effectuées par des "partenaires aux qualités adéquates, à la compétence et aux moyens techniques et financières contrôlés"³¹. Ce qui permet au final de protéger les personnes déposant leurs ressources financières au sein de ces établissements.

34. Avec l'arrivée du crowdlending s'est posée la question du respect de ce monopole par les plateformes et les investisseurs qui recouraient à la modalité du prêt pour financer les projets. Ici ce qui nous intéresse particulièrement est l'objectif du monopole bancaire, plus particulièrement celui de la protection de l'épargne publique et donc déterminer si l'activité d'une plateforme de crowdlending rentre en conflit avec la protection de l'épargne publique. Les fonds reçus par la plateforme de la part du public sont affectés à un projet, ainsi la plateforme ne va pas en disposer pour son propre compte ou être en charge de les restituer, il ne s'agit donc pas de fonds remboursables du public³². Cette opération ne rentre d'ailleurs pas en conflit avec le monopole bancaire³³. Cependant il existe un risque de non remboursement pour l'investisseur, de plus l'investisseur perd la disponibilité des fonds prêtés pendant la période du prêt et il y a donc un risque de ne plus pouvoir faire face à ses charges courantes qu'il faut prendre en compte. Il est donc apparu souhaitable d'encadrer ce mode de financement.

De plus, certaines opérations n'étaient pas possibles du fait du monopole bancaire, le législateur a instauré de nombreuses exceptions au monopole bancaire dont une nouvelle par l'ordonnance du 30 mai 2014 au profit du crowdfunding.

²⁹ Anne-Catherine MULLER, "le financement participatif sous forme de prêt au regard du monopole et du démarchage bancaires", le cadre juridique du crowdfunding, collection trans europe experts, 2015, p.198

³⁰ L.311-1 du CMF

³¹ *Ibid*, n°29

³² L.312-2 du CMF

³³ CA Paris, 25 fév. 1999

2. La nouvelle exception au monopole bancaire apportée par l'ordonnance du 30 mai 2014

35. Le fait de mettre à disposition d'une autre personne des fonds à titre onéreux est selon l'article L.313-1 du CMF une opération de crédit, or ces dernières ne peuvent être réalisées que par un établissement de crédit ou une société de financement du fait du monopole bancaire. Ainsi avant l'ordonnance du 30 mai 2014 les plateformes de crowdlending ne pouvaient que recourir au financement par le biais de prêts onéreux que si elles étaient agréées en tant qu'établissement de crédit, soit revêtir le statut d'intermédiaire en opérations de banque et services de paiement. Le financement par prêt sans intérêt lui était possible car ce dernier ne rentre pas dans la définition de l'opération de crédit visée par l'article L.511-5 du CMF.

36. L'ordonnance crée une nouvelle exception au monopole bancaire et permet ainsi aux personnes physiques, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales (des consommateurs) de consentir des prêts dans le cadre du financement participatif suite à la mise en relation effectuée par un IFP, au moyen d'un site internet³⁴.

La plateforme de crowdlending va donc devoir revêtir le statut d'IFP afin d'exercer son activité. L'IFP va mettre en relation les porteurs de projet et les investisseurs par le biais d'un site internet.

Ce statut d'IFP est ouvert aux plateformes qui ont déjà la qualité de CIP si elle n'est pas déjà un agent prestataire de services de paiement³⁵. A contrario, il ne semble pas possible pour une plateforme ayant le statut d'IFP de revêtir par la suite le statut de CIP, ce qui ressemble plus à un oubli du législateur qu'un réel choix.

Le statut d'IFP permet de prendre en compte le fait que le législateur a instauré une nouvelle exception au monopole bancaire et ainsi s'assurer que l'investisseur soit protégé au regard des risques pris.

³⁴ Art. L.511-6, 7° du CMF

³⁵ Art. L.547-1, II du CMF

B. Le statut d'IFP permettant de contrebalancer et d'assurer la protection de l'investisseur

36. Comme déjà développée pour le nouveau statut de CIP il convient de déterminer en quoi le nouveau statut d'IFP mis en place par l'ordonnance du 30 mai 2014 n'entache pas la protection de l'investisseur (1) et de s'intéresser à l'opportunité de la création de ce statut (2).

1. La protection de l'investisseur par la mise en place du statut d'IFP

37. Comme pour les CIP les IFP sont soumis à l'obligation de s'enregistrer au registre tenu par l'ORIAS. L'immatriculation à l'ORIAS est subordonnée à diverses conditions, moins nombreuses que celles devant être remplies par les CIP. À ce titre pour s'inscrire au registre l'IFP doit remplir la condition d'honorabilité³⁶, de capacité professionnelle³⁷ et d'assurance de responsabilité civile professionnelle³⁸. Ces conditions permettent de protéger les investisseurs qui recourent aux services de l'IFP tant en qu'à de litige opposant l'investisseur et la plateforme dont la responsabilité est engagée, qu'au stade de la mise en relation entre les porteurs de projet et les investisseurs.

Contrairement au CIP les IFP n'ont pas à adhérer à une association agréée par l'AMF.

38. À côté de l'encadrement de la plateforme dans le cadre de l'accès à son statut les opérations que les IFP peuvent proposer sont limitées. Les prêts avec intérêts consentis par les consommateurs dans les opérations de crowdfunding peuvent l'être au profit de professionnels, c'est-à-dire de "personnes morales ou physiques qui agissent à des fins professionnels", ou au profit de "personnes physiques souhaitant financer une formation initiale ou continue"³⁹. Les consommateurs prêteurs ne peuvent consentir qu'un seul prêt par projet, le taux applicable est réglementé, il est de nature fixe et ne peut dépasser le taux mentionné à l'article L.314-6 du Code de la consommation⁴⁰. Le crédit en question ne peut pas excéder 2 000 par prêteur et ne peut pas dépasser la durée de 7 ans⁴¹. Pour tous les prêts

³⁶ Art. L.548-4 et R.548-2 du CMF

³⁷ Art. L.548-4 et R.548-3 du CMF

³⁸ Art. L548-5, I du CMF

³⁹ Art. L.548-1 du CMF

⁴⁰ Art. L.511-6, 7° du CMF

⁴¹ Art. D.548-1 du CMF

octroyés dans le cadre du crowdfunding le montant emprunté par projet ne peut pas dépasser les 1 millions d'euros.

Ces diverses limitations permettent de prévenir le risque que comportent les opérations de prêts pour les prêteurs qui sont d'autant plus vulnérables quand ils sont des consommateurs. Ainsi même en cas de défaut de l'emprunteur la somme perdue ne pourra dépasser 2 000 euros par prêteur et l'impossibilité d'accéder aux fonds investis par le prêt sera limitée à une durée de 7 ans.

Ici la protection de l'investisseur consommateur est maintenue par l'encadrement du statut d'IFP mais aussi par le biais de l'encadrement des opérations pouvant être réalisées par son biais. Il faut quand même se demander si le statut ainsi créé est opportun.

2. L'opportunité de la création du statut d'IFP

39. Première interrogation qu'il apparaît important de soulever, comme développé plus haut, afin de recourir au statut d'IFP aucune condition d'adhésion à une association agréée par l'AMF n'existe. Pourquoi le législateur français a fait le choix de créer une telle différence entre les deux statuts d'IFP et de CIP. Une explication possible est que le statut d'IFP permet une exception au monopole bancaire, ce dernier relève de l'ACPR, or l'association à laquelle adhèrent les CIP relève de l'AMF. Malgré cela il apparaît regrettable de ne pas avoir soumis les IFP à cette condition qui assure une certaine protection des investisseurs. Effectivement les adhérents ont l'obligation de respecter le code de bonne conduite émis par l'association et qui a été approuvé par l'AMF ce qui représente un réel gage de sûreté pour les investisseurs quant aux activités de l'adhérent.

40. La seconde interrogation est celle relative à l'option du législateur de créer et mettre en place divers statuts selon l'opération de crowdfunding recherchée. Cette interrogation est d'autant plus renforcée que le législateur de l'UE a opté pour une solution différente et a ainsi mis en place un seul et même statut, à savoir celui de PSFP. Ce qui permet d'avoir un régime unitaire et au prestataire de bénéficier du passeport européen une fois agréé par l'autorité compétente⁴².

Le nouveau régime mis en place par le législateur européen a vocation à supplanter les régimes nationaux existants ce qui risque d'entraîner un temps d'adaptation et quelques

⁴² Art. 3 et 12 du Règlement (UE) 220/1503 du 7 octobre 2020

difficultés de lisibilité du droit applicable en France du fait des différences entre les deux régimes⁴³.

La création de ces divers statuts s'accompagne automatiquement de la mise en place de nouveaux régimes qui visent notamment à assurer la protection des investisseurs.

SECTION 2 : UNE DIVERSITÉ D'OBLIGATIONS PESANT SUR LES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING PERMETTANT LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR

41. La protection des investisseurs est garantie à la fois par l'encadrement de la promotion (paragraphe 1) et par l'encadrement des activités des plateformes de crowdfunding avec l'instauration de règles de bonne conduite (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'ENCADREMENT DE LA PROMOTION EFFECTUÉE PAR LES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING

42. L'encadrement de la promotion est un point essentiel de la protection des investisseurs du fait du rôle de l'investisseur, qui a la majorité du temps un rôle passif et est donc potentiellement dans une position de faiblesse.

Afin de cerner la protection des investisseurs au niveau des activités de promotion des plateformes de crowdfunding il convient de distinguer les opérations de démarchage (A) de celles de publicité (B).

A. Le démarchage

43. Les activités de démarchage en matière financière font l'objet d'une réglementation spécifique au sein du CMF (1) qui est inspirée du droit de la consommation, et qui contient certaines dispositions qui s'appliqueront spécifiquement aux plateformes de crowdfunding (2).

⁴³ Caroline KLEINER et Emeric PREVOST, Chronique de droit financier international, RD bancaire et fin, n°2, mars 2021, pt 4

1. La réglementation du démarchage en droit financier

44. Le CMF distingue deux cas de démarchage, celui constitué par une prise de contact non sollicitée, et celui constitué par le déplacement physique du démarcheur⁴⁴.

Concernant la première forme, il y a démarchage et application du régime correspondant à partir du moment où la prise de contact n'a pas été effectuée suite à l'initiative du démarché et que la prise de contact est effectuée avec une personne déterminée afin d'obtenir son consentement pour une opération sur instrument financier, une opération de banque ou une opération connexe⁴⁵.

Concernant la seconde forme, le démarcheur doit se rendre au domicile de la personne démarchée, sur son lieu de travail ou dans un lieu non destiné à la commercialisation de produits, instruments et services financiers, dans le même but que la première forme de démarchage bancaire ou financier.

Dans certains cas, la réglementation, applicable une fois la qualification de démarchage bancaire ou financier retenue, ne s'applique pas. C'est le cas par exemple pour les prises de contacts avec des investisseurs qualifiés.

45. Le fait que l'activité soit qualifiée de démarchage bancaire ou financier a un impact, le démarcheur doit dans le cadre de cette activité respecter certaines règles permettant de protéger le démarché qui est dans une position passive, ce dernier n'a effectivement pas cherché à être contacté par le démarcheur. Ainsi le démarcheur va devoir respecter deux grandes obligations. Il va devoir dans un premier temps s'informer sur la situation financière, l'expérience et les objectifs en matière de placement ou de financement du démarché⁴⁶. Puis dans un second temps il va devoir apporter, en temps utile, au démarché les informations qui ont été jugées nécessaires par le législateur⁴⁷. Ces deux obligations permettent d'encadrer les propositions d'opérations afin que ces dernières correspondent au profil financier du démarché et que ce dernier soit à même de prendre une décision éclairée.

À côté de ces deux obligations, le démarché est aussi protégé par l'existence d'un délai de rétractation de 14 jours, sans avoir à motiver sa décision⁴⁸. Ce délai ne s'appliquera pas dans

⁴⁴ Art. L.341-1 du CMF

⁴⁵ Démarchage bancaire ou financier, Fiches d'orientation, Dalloz, août 2020

⁴⁶ Art. L.341-11 du CMF

⁴⁷ Art. L.341-12 du CMF

⁴⁸ Art. L.341-16 du CMF

certains cas comme pour les activités de réception-transmission et d'exécution d'ordres pour le compte de tiers.

Le non-respect de ces règles pouvant entraîner l'annulation des actes conclus suite au démarchage, ainsi que le prononcé de sanctions pénales. Le démarché pourra aussi engager la responsabilité civile du démarcheur.

L'encadrement du démarchage bancaire et financier dans le CMF contient certaines règles spécifiques à certaines activités ou professionnels, sont concernées par ces règles les plateformes de crowdfunding.

2. L'application de la réglementation du démarchage bancaire et financier au crowdfunding

46. Ainsi il convient ici de distinguer les plateformes de crowdequity de celles de crowdlending. En effet les IFP, les plateformes de crowdlending, ne sont pas autorisées à exercer une activité de démarchage, cela résulte de la lecture à contrario de l'article L.341-3 du CMF qui énonce les personnes habilitées à procéder au démarchage.

Le fait de bannir purement et simplement la possibilité de démarcher pour les IFP indique de la part du législateur une volonté extrêmement forte de protéger les investisseurs qui consentent des prêts aux porteurs de projet.

47. A contrario les CIP eux sont admis à exercer une telle activité. Cependant leur exercice de ladite activité est, en plus d'être encadré par les règles qui ont déjà été énoncées et qui permettent d'assurer la protection de l'investisseur démarché, limité. Effectivement les titres n'ayant pas fait l'objet d'un prospectus visé par l'AMF et les bons de caisse, comprenant les minibons, ne peuvent pas faire l'objet d'un démarchage⁴⁹. De plus, les CIP ne sont autorisés à effectuer un démarchage que pour promouvoir leur prestation de conseil en investissement⁵⁰.

La distinction effectuée en la matière entre les IFP et les CIP peut s'expliquer au regard de la nature de l'activité exercée par les deux prestataires, la liste des personnes habilitées à

⁴⁹ Art. L.341-10 du CMF

⁵⁰ ACPR et AMF, "S'informer sur le nouveau cadre applicable au financement participatif", 30 septembre 2014 (mis à jour le 26 août 2016 et le 09 mai 2017), pt 22

procéder au démarchage étant limitées aux personnes présentant des garanties suffisantes, ce qui s'explique par le danger que représente les activités de démarchages pour les démarchés.

À côté du démarchage, un autre moyen pour les plateformes de crowdfunding pour attirer les investisseurs est le recours à la publicité.

B. La publicité

48. Le règlement (UE) 2020/1503 prévoit en son article 27 une réglementation spécifique aux communications commerciales effectuées par les PSFP (2) qu'il convient de comparer avec les exigences de la législation française (1)

1. La réglementation française des communications commerciales des plateformes de crowdfunding

49. Étant précisé qu'ici seule la réglementation mise en place par le CMF et le règlement général de l'AMF sera abordée. Concernant la réglementation ou le contrôle des publicités mis en place par le Code de la consommation, il convient de se reporter aux points 168 et suivants de ce mémoire.

Les plateformes de crowdfunding sont autorisées à promouvoir leurs activités par le biais de la publicité institutionnelle, c'est-à-dire une publicité qui est destinée à promouvoir l'image de la plateforme ou son organisation. Cependant elles ne peuvent pas promouvoir une opération en particulier qui n'a pas fait l'objet d'un prospectus⁵¹.

50. Que ce soit les CIP ou les IFP, la publicité effectuée par les deux prestataires est encadrée.

Celle effectuée par les CIP est réglementée aussi bien par le CMF que par le règlement général de l'AMF.

Ainsi leurs communications commerciales doivent présenter un caractère exact, clair et non trompeur⁵², être clairement identifiable en tant que communication à caractère promotionnel⁵³, contenir certaines informations permettant d'identifier le CIP ainsi que

⁵¹ *Ibid*, n°50

⁵² Art. L.547-9, 11° du CMF et 325-51 du règlement général de l'AMF

⁵³ Art. L.547-9, 11° du CMF

d'indiquer de façon visible les risques inhérents aux investissements que le CIP peut proposer dont les risques de perte totale ou partielle du capital ou encore le risque d'illiquidité⁵⁴. Certaines de ces exigences ne sont pas sans rappeler celles exigées par le Code de la consommation.

51. De la même manière, les communications à caractère promotionnel des IFP sont encadrées, mais cette fois-ci que par le CMF. Les IFP, dont la publicité contient des taux d'intérêts ou des informations chiffrées liées à l'opération de financement, doivent mentionner ces informations de façon claire, précise et visible⁵⁵.

La réglementation ainsi mise en place est nettement moins précise que celle mise en place pour la publicité réalisée par les CIP. Il aurait été plus souhaitable d'adopter sur cette question un encadrement commun aux CIP et IFP. À défaut, il apparaît que les investisseurs sujet de la publicité seront plus protégés dans le cadre de la publicité effectuée par un CIP que par un IFP. Ici on verra que la qualité de consommateur de l'investisseur permettra de résorber cette distinction et cette différence dans la protection⁵⁶.

Cette distinction effectuée du fait de l'existence de deux prestataires distincts n'existe pas, assez logiquement, dans la réglementation européenne.

2. La comparaison des réglementations françaises et européennes en la matière

52. Contrairement au législateur français, le législateur européen a mis en place une réglementation unique, cela s'explique par l'existence d'un prestataire unique, ce qui permet d'avoir une protection homogène des investisseurs, peu importe l'activité objet de la communication publicitaire.

53. Tout comme la réglementation française, celle européenne retient la possibilité pour les PSFP de réaliser des communications publicitaires mais ces dernières ne doivent pas concerner des projets ou des offres individuels de financement participatif planifiés ou en cours avant la clôture de la collecte des fonds du projet en question⁵⁷. Il est précisé dans le règlement européen que cette interdiction ne s'applique que quand la référence aux dits

⁵⁴ Art. 325-51 du règlement général de l'AMF

⁵⁵ Art. L.548-6 ali. 5 du CMF

⁵⁶ V. *infra*, pt. 168 et s.

⁵⁷ Art. 27, 2° du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

projets ou offres individuels est effectuée de manière disproportionnée. Ainsi la publicité institutionnelle est autorisée et peut comprendre des exemples de projets ou offres individuels mais il ne faut pas que cela soit jugé disproportionné. L'enjeu sera donc de déterminer la limite entre ce qui est ou non jugé disproportionné.

54. En plus de l'encadrement de ce que la communication publicitaire du PSFP peut contenir le règlement impose au PSFP d'identifier clairement la communication publicitaire comme telle⁵⁸, que les informations contenues soient correctes, claires et non trompeuses⁵⁹, que la langue où elles ont vocation à être diffusés soit la langue officielle de l'Etat en question ou une langue acceptée par les autorités compétentes de l'Etat⁶⁰ et que la communication respecte la réglementation, en matière de communication commerciale, applicable dans l'Etat de diffusion⁶¹, les Etats ne peuvent en revanche mettre en place un système d'approbation préalable de la communication⁶².

Le législateur européen assure ainsi aux personnes sujets de la communication commerciale un minimum de protection, visant à permettre la compréhension de la nature de la communication, de la véracité des éléments invoqués et de leur compréhension par leurs lecteurs. Cette protection minimum pourra être renforcée par le droit national de l'Etat au sein duquel les communications sont adressées.

55. Qu'il soit question du législateur français ou européen on remarque une volonté de protéger l'investisseur qui ici a pris la forme de la réglementation des publicités commerciales. Cette volonté qui parfois n'est pas menée jusqu'à son terme, se poursuit et existe en dehors des communications commerciales.

⁵⁸ Art. 27, 1° du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

⁵⁹ Art. 27, 2° du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

⁶⁰ Art. 27, 3° du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

⁶¹ Art. 27, 4° du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

⁶² Art. 27, 5° du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

PARAGRAPHE 2 : LES OBLIGATIONS DE BONNES CONDUITES ASSURANT LA PROTECTION DES INVESTISSEURS

56. Les plateformes de crowdfunding, peu importe le statut qu'elles revêtent, se voient imposer le respect d'obligations de bonnes conduites qui permettent en partie d'assurer la protection des investisseurs, une partie de ces obligations sont communes à toutes les plateformes (A) tandis que d'autres sont spécifiques au statut que revêt la plateforme de crowdfunding (B).

A. Le socle d'obligations commun à toutes les plateformes de crowdfunding

57. Très généralement la protection des investisseurs passe par une obligation d'information de la part des prestataires (1) ainsi que par une obligation de mise en garde (2).

1. La protection de l'investisseur classiquement assurée par une obligation de s'informer

58. Que ce soit pour les plateformes de crowdequity, ayant le statut de CIP, ou les plateformes de crowdlending, ayant le statut d'IFP, les plateformes ont l'obligation de s'informer de la situation de leurs clients ou des clients potentiels.

Cependant cette obligation ne prend pas exactement la même forme pour les IFP que pour les CIP.

Les CIP, dans le cadre de leur activité de conseil, vont avoir l'obligation de se procurer auprès de leurs clients ou leurs clients potentiels diverses informations afin de s'assurer que les offres proposées soient adéquates. Ainsi le CIP va s'enquérir des connaissances et de l'expérience en matière d'investissement, de la situation financière, des objectifs d'investissement, de la capacité à subir des pertes et enfin de la tolérance au risque des clients ou clients potentiels⁶³. Cette obligation du CIP n'est pas sans rappeler celle du PSI.

Quant aux IFP l'objectif poursuivi est le même, à savoir permettre aux investisseurs de déterminer si les offres correspondent à leur situation particulière, cependant la forme diffère totalement, les IFP ne sont pas tenus de s'enquérir des informations énoncées précédemment mais ils sont tenus de mettre en place un outil à la disposition de leurs clients ou des clients potentiels qui permet d'évaluer le montant du prêt envisageable compte tenu des revenus,

⁶³ Art. L547-9, 6° du CMF

charges et des divers éléments pertinents permettant d'apprécier la viabilité économique du projet pour le client ou client potentiel⁶⁴. Cette distinction entre les CIP et les IFP peut s'expliquer par le fait que textuellement les IFP n'ont pas d'activité de conseil même si cela peut être remis en cause pour diverses raisons, notamment la sélection opérée par les IFP des projets mis sur leur site.

59. Il est intéressant de noter que si les offres proposées ne sont pas adaptées dans le cadre du crowdequity, ou qu'elles ne sont pas viables économiquement pour le client ou le client potentiel, le législateur n'a pas prévu les conséquences, ainsi actuellement il existe un flou sur les obligations des CIP ou des IFP. Il est possible de se demander si ces derniers ont une obligation d'abstention ou si au contraire ils n'ont que l'obligation de prévenir du caractère inadapté ou d'indiquer l'absence de viabilité du projet.

Le législateur européen prévoit un mécanisme similaire dans le règlement (UE) 2020/1503 avec le recueil des mêmes informations, et la simulation de la capacité à supporter des pertes⁶⁵. Cependant il faut noter quelques différences. La première étant due à l'existence d'un seul et même statut, celui de PSFP, ce qui a pour conséquence que le mécanisme est exposé dans un seul et même article, décomposé afin de prendre en compte les spécificités du crowdequity et du crowdlending. La seconde, qui nous intéresse déjà plus, est que le législateur européen ne prévoit cette obligation que pour les investisseurs potentiels non avertis. L'investisseur non averti quant à lui va bénéficier d'un réexamen de sa situation, tous les deux ans pour vérifier si les services proposés sont toujours adaptés à sa situation financière et tous les ans pour la simulation de leur capacité à supporter les pertes. En droit français aucune distinction n'est effectuée entre les investisseurs avertis ou non avertis, tous sont protégés de la même façon. La raison à cela peut être le fait que les activités de crowdfunding visent un large public et comme énoncé précédemment les investisseurs potentiels ont souvent la qualité de consommateur, de ce fait ils sont plus vulnérables par nature. La dernière distinction est que le règlement prévoit les conséquences du défaut d'information suite à l'interrogation de l'investisseur, ou investisseur potentiel ou en cas d'inadaptation des services. Effectivement en aucun cas cela n'empêche l'investisseur non averti de souscrire à l'opération, à condition bien sûr que le PSFP fournisse un avertissement mentionnant les risques afférents. En droit français rien n'est prévu ce qui paraît dommageable. La législation européenne apparaît plus complète sur ce point et permet

⁶⁴ Art. L.548-6, 6° du CMF

⁶⁵ Art. 21 du règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

d'avoir une meilleure compréhension des cas permettant d'engager la responsabilité de la plateforme.

2. La protection de l'investisseur classiquement assurée par une obligation d'information accompagnée d'une obligation de mise en garde

60. Assez succinctement, que se soit les CIP ou les IFP une obligation d'information a été mise à leur charge. Certaines informations à fournir dans ce cadre sont similaires. Ainsi les CIP et les IFP sont tenus d'informer les clients de leur rémunération⁶⁶, pour les CIP cette information s'accompagne du descriptif des prestations rendues aux porteurs de projet ainsi que des liens entretenus avec ces derniers.

De plus, ils sont tous deux tenus de mettre en garde leurs clients ou leurs potentiels clients des risques que représente l'investissement.

Pour les CIP, vu qu'il s'agit du crowdequity, il faudra, notamment, mettre en garde sur les risques de perte en capital, de défaillance du porteur de projet⁶⁷.

Pour les IFP, vu qu'il s'agit du crowdequity, il faudra mettre en garde sur les risques inhérents au financement participatif avec la publication des "taux de défaillance enregistrés sur les projets en cours et les projets financés depuis plus de douze mois"⁶⁸.

61. Dans le cadre de la réglementation mise en place au niveau européen, là encore la mise en place d'un statut unique pour la plateforme, rend plus lisible les obligations auxquelles elle est soumise. Ainsi la réglementation européenne prévoit la mise en place d'une fiche d'informations clés sur l'investissement au sein de laquelle les informations permettant l'identification du porteur de projet ainsi que les caractéristiques principales de l'investissement y figureront⁶⁹.

A côté de ces obligations communes le législateur français a mis à la charge des CIP et IFP d'autres obligations qui permettent de protéger l'investisseur et qui sont spécifiques à chaque statut.

⁶⁶ Art. L.547-9, 7° et L.548-6, 7° du CMF

⁶⁷ Art. L.547-9, 5° du CMF

⁶⁸ Art. L.548-6, 5° du CMF

⁶⁹ Art. 23 et Annexe 1 du règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

B. Des obligations spécifiques en fonction du statut de la plateforme

62. En plus des obligations qui sont aussi bien à la charge des CIP que des IFP chaque statut se voit assorti d'obligations spécifiques, c'est aussi bien vrai pour les CIP (1) que pour les IFP (2).

1. Les obligations spécifiques au statut de CIP permettant la protection des investisseurs

63. Les CIP ont principalement deux obligations spécifiques qui permettent de garantir la protection des investisseurs.

La première est de servir au mieux les intérêts des clients ainsi le CIP doit exercer ses activités “avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts” de ses clients⁷⁰. Le fait de devoir agir au mieux dans l'intérêt de la clientèle pourrait être vu comme s'accompagnant logiquement d'une obligation d'abstention de proposer la souscription à une offre quand cette dernière n'est pas en adéquation avec le profil de l'investisseur⁷¹. Cependant il est possible que l'obligation d'agir au mieux dans l'intérêt de la clientèle ne s'accompagne pas d'une telle obligation, d'autant plus que le règlement (UE) 2020/1503 met à la charge des PSFP d'agir au mieux des intérêts de leurs clients⁷² tout en bannissant une quelconque obligation d'abstention⁷³.

Cette obligation se prolonge, assez logiquement avec une obligation de gestion des conflits d'intérêts⁷⁴. Effectivement il faut pouvoir détecter ainsi que gérer les situations de conflit d'intérêts, tel que le risque pour les clients qu'un CIP les conseille au profit d'un porteur de projet qui offre au CIP certains avantages⁷⁵, pour garantir un agissement dans l'intérêt des clients.

64. Ici on peut s'interroger sur le choix du législateur de ne mettre ces obligations qu'à la charge des CIP. La différence de nature des activités exercées par les deux prestataires justifie-t-elle le fait que les IFP n'aient pas à supporter ces obligations. Les IFP sont

⁷⁰ Art. L.547-9, 1° et 2° du CMF

⁷¹ Régis VABRES, “Les statuts et obligations des plate-formes de crowdfunding equity”, Le cadre juridique du crowdfunding, collection trans europe experts, 2015, p.164-168

⁷² Art. 3, 2° du règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

⁷³ V. *supra*, pt 59

⁷⁴ Art. 325-58 du règlement général de l'AMF

⁷⁵ Iris M. BARSAN, “La régulation des plateformes de financement participatif”, Droit et patrimoine n°274, 1er nov. 2017

seulement tenus de “se comporter d’une manière honnête, équitable, transparente et professionnelle en tenant compte des droits et des intérêts de leurs clients”. Seule la prise en compte des intérêts est nécessaire ce qui est nettement moins protecteur pour les investisseurs que la recherche d’un service le plus proche des intérêts des investisseurs. De même l’absence de condition de loyauté dans l’exercice des activités d’IFP contrairement à ce qui est imposé aux CIP semble quelque peu étrange. Sans parler de l’absence d’obligation de mettre en place les moyens nécessaires à la prévention de gestion de conflit d’intérêt alors qu’on voit mal en quoi les IFP ne seraient pas susceptibles d’avoir à gérer une telle situation.

Les CIP ne sont pas les seuls à se voir imposer des obligations spécifiques qui permettent de protéger les investisseurs.

2. Les obligations spécifiques au statut d’IFP permettant la protection des investisseurs

65. Les IFP ont eux aussi des obligations de bonne conduite spécifiques à respecter et qui permettent la protection de l’investisseur par le biais de son information. Ces obligations se comprennent aisément du fait du rôle qu’ont les IFP.

Ces derniers étant chargés de sélectionner des projets de financement sous forme de prêts, ils vont devoir assez logiquement informer les investisseurs des projets sélectionnés ainsi que des conditions de sélection⁷⁶.

66. A côté de cette première obligation spécifique les IFP doivent aussi publier un rapport annuel⁷⁷ contenant divers informations telles que le nombre et le montant total des projets reçus et retenus dans l’année, le nombre de projets effectivement financés et surtout le taux de défaillance enregistré. Ces informations permettent de donner aux investisseurs “une vision réelle des risques qu’ils encourent”⁷⁸.

Cette obligation illustre totalement le point d’honneur qu’a le législateur quant à l’exercice des activités de l’IFP de façon transparente. Malheureusement le CIP n’est pas soumis à une telle obligation. Encore une fois un petit regret, en faveur de la mise en place d’un statut unitaire avec un régime commun permettant une protection plus uniforme et une approche plus aisée de la réglementation, peut être exprimé.

⁷⁶ Art. R.548-5 du CMF

⁷⁷ Art. R.548-4, II du CMF

⁷⁸ *Ibid*, n°75

Ainsi on peut voir que la protection de l'investisseur mis en place par l'ordonnance du 30 mai 2014 est effectuée par le biais de l'encadrement de la plateforme. Le nouveau régime mis en place permet bien, malgré les quelques interrogations soulevées, de protéger l'investisseur tout en incitant le recours au crowdfunding. D'autant plus que cette protection a vocation à être complétée par le droit des plateformes numériques qui réglementent les activités des plateformes numériques.

CHAPITRE 2 : L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING MIS EN PLACE PAR LE DROIT FINANCIER COMPLÉTÉ PAR LE DROIT DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES

67. Le droit des plateformes numériques impose diverses obligations à ces dernières ce qui accroît la protection de l'investisseur (section 1), d'autant plus que l'investisseur pourra engager la responsabilité de la plateforme de crowdfunding (section 2).

SECTION 1 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR RÉSULTANT DES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LE DROIT DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES

68. Les obligations imposées aux plateformes diffèrent selon la qualification des activités menées par la plateforme (paragraphe 1) mais aussi de la qualification de la plateforme, elle-même, d'opérateur de plateforme en ligne (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA PROTECTION RÉSULTANT DE LA QUALIFICATION DE L'ACTIVITÉ DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING

69. Les activités menées par les plateformes de crowdfunding peuvent être qualifiées d'activité de commerce électronique (A) ce qui engendre l'application d'une diversité de dispositions protégeant le consommateur investisseur (B).

A. La qualification des activités des plateformes de crowdfunding de commerce électronique

70. Afin de déterminer si les plateformes de crowdfunding exercent une activité de commerce électronique (2) il convient d'explicitier cette notion (1).

1. L'activité de commerce électronique

71. L'activité de commerce électronique peut être caractérisée dans divers cas, en effet l'article 14 de la LCEN donne une définition principale de l'activité de commerce électronique : "le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services". Par l'alinéa 2 de l'article le législateur étend l'activité de commerce électronique à certains "services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont rémunérés par ceux qui les reçoivent".

72. Ainsi l'article 14 de la LCEN permet de comprendre dans les activités de commerce électronique les activités qui sont économiques, et donc qui visent la recherche d'une contrepartie pour la fourniture de biens ou de services, mais aussi certains services qui eux n'ont pas à avoir de contrepartie directe octroyée par les utilisateurs afin d'entraîner la qualification d'activité de commerce électronique. Ici la plateforme se rémunérera d'une autre façon, par exemple par le biais de publicités⁷⁹.

C'est cette double définition de l'activité de commerce électronique qui permet d'englober pleinement les activités des plateformes de crowdfunding.

⁷⁹ Geoffray BRUNAUX, "L'application du droit de la consommation au crowdfunding", Le cadre juridique du crowdfunding, collection trans europe experts, 2015, p.77

2. L'activité des plateformes de crowdfunding

73. La définition posée au premier alinéa de l'article 14 de la LCEN ne permet pas de prendre en compte toutes les activités des plateformes de crowdfunding. Les conditions relatives à l'exercice à distance de service ou de fourniture de biens⁸⁰ et par voie électronique ne sont pas complexes à remplir du fait que les activités des plateformes de crowdfunding dépendent de leur site web ce qui répond à ces conditions. Cependant la condition relative à l'activité économique n'est pas toujours remplie, de plus il est parfois complexe de déterminer vraiment qui offre la contrepartie à la plateforme et l'application de cette condition peut conduire à une diversité de qualification de l'activité de la plateforme de crowdfunding en fonction de la relation en cause. Effectivement dans certains cas les plateformes de crowdfunding se rémunèrent par le biais du paiement du porteur de projet, dans ce cas la plateforme exercera bien une activité de commerce électronique mais cette qualification ne sera vraie que pour la relation entre la plateforme et le porteur de projet.

74. Dans les cas où il serait complexe de remplir la condition relative à la contrepartie, il convient de se référer à l'alinéa 2 de l'article 14 de la LCEN afin de qualifier l'activité de la plateforme de commerce électronique. De par cette seconde définition, les plateformes de crowdfunding se verront appliquer le régime associé à ces activités de commerce électronique. Ainsi les investisseurs aussi bien que les porteurs de projet pourront bénéficier de la protection mise en place pour les activités de commerce électronique ce qui renforce la protection de l'investisseur.

La qualification ainsi retenue entraîne très logiquement l'application de dispositions particulières. Ces dernières contiennent des moyens de protection des investisseurs consommateurs qu'il convient d'étudier.

B. L'application d'une multitude de dispositions protectrices résultant de la qualification d'activité de commerce électronique

75. Les plateformes effectuant des activités de commerce électronique doivent à la fois respecter un régime protecteur spécifique aux activités de commerce électronique (1) ainsi que des dispositions protectrices applicables du fait de la nature électronique du contrat (2).

⁸⁰ V. *infra* pt 131 et s.

1. Le régime protecteur spécifique au commerce électronique

76. Le régime spécifique applicable suite à la qualification d'une activité de commerce électronique est déterminé aux articles 19 et suivants de la LCEN.

L'article 19 de la LCEN mise sur l'information des personnes qui sont visées par la fourniture de biens ou la prestation de services proposée par le professionnel pour mettre en place une protection de ces dernières et en particulier une protection de leur consentement.

A ce titre diverses informations doivent être fournies, le premier volet d'informations à transmettre est relatif à l'identification du professionnel, le second aux moyens de contact du professionnel et d'autres informations plus spécifiques en cas de professionnel soumis à des régimes d'autorisation ou membres d'une profession réglementée.

De surcroît, si le professionnel veut effectuer de la publicité accessible par un service de communication au public en ligne doit respecter certaines règles.

77. Comme vu précédemment la publicité effectuée par les CIP ou IFP est réglementée, mais cette réglementation n'est pas exclusive de toute autre réglementation, ainsi une autre réglementation est susceptible de s'appliquer en complément. Ainsi, si la publicité est réalisée via la plateforme son caractère promotionnel devra être identifiable et l'identité de la personne pour laquelle elle est effectuée doit être clairement indiquée. Ici l'intérêt dans le cadre de la protection de l'investisseur est à nuancer du fait de la protection déjà mise en place par le CMF et le règlement général de l'AMF.

A côté de ces dispositions qui permettent de protéger l'investisseur, d'autres sont applicables du simple fait que le contrat soit conclu de façon électronique.

2. L'application de dispositions protectrices des investisseurs du fait de la nature électronique du contrat

78. La nature électronique implique principalement deux choses.

La première est qu'un contrat électronique doit répondre à certaines exigences du Code civil, énoncées aux articles 1125 et suivants du Code civil.

En effet les offres d'un professionnel effectuées par la voie électronique doivent contenir diverses informations, à savoir les différentes étapes permettant la conclusion du contrat par

la voie électronique, les moyens techniques qui permettent au destinataire de l'offre d'identifier les erreurs commises lors de la saisine des données pour les corriger avant la conclusion, les langues proposées pour la conclusion du contrat, les modalités d'archivages ainsi que le moyen d'accéder à l'archive et "les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles" le professionnel s'est soumis⁸¹.

Une autre disposition assure la protection de l'investisseur, c'est celle prévue à l'article 1127-2 du Code civil, en vertu duquel pour être valablement conclu le destinataire de l'offre doit pouvoir vérifier le détail de la commande et le prix total ainsi que corriger les éventuelles erreurs avant de pouvoir accepter de façon définitive. Ce mécanisme est celui connu sous le nom de double-clic et est essentiel pour permettre à l'investisseur de mesurer "la réelle portée de son engagement"⁸².

79. De surcroît, la nature électronique du contrat implique automatiquement que ce dernier n'est pas conclu avec la présence physique simultanée des deux cocontractants. Ainsi se posera inévitablement la question de l'application des dispositions spécifiques aux contrats conclus à distance et qui font l'objet d'une protection supplémentaire en faveur des consommateurs.

Cette question ne sera cependant étudiée qu'ultérieurement⁸³.

PARAGRAPHE 2 : LA PROTECTION RÉSULTANT DE LA QUALIFICATION DE LA PLATEFORME D'OPÉRATION DE PLATEFORME EN LIGNE

80. La qualification d'opérateur de plateforme en ligne (A) est très intéressante du fait de l'existence d'obligations particulières qui permettent une protection plus forte des utilisateurs des opérateurs de plateforme en ligne, notamment des utilisateurs consommateurs, et donc in fine des utilisateurs qui nous intéressent, les investisseurs consommateurs (B).

⁸¹ Art. 1127-1 du Code civil

⁸² Geoffray BRUNAUX, "L'application du droit de la consommation au crowdfunding", Le cadre juridique du crowdfunding, collection trans europe experts, 2015, p.78

⁸³ V. *infra*, pt 137 et s.

A. La qualification d'opérateur de plateforme en ligne

81. La qualification d'opérateur de plateforme en ligne comprend une multitude de réalités (1) il convient donc de déterminer laquelle de ces réalités correspond aux plateformes de crowdfunding (2) de façon à identifier les obligations exactes découlant de la qualification.

1. Les opérateurs de plateforme en ligne recoupant une diversité de cas

82. L'opérateur de plateforme en ligne est une personne physique ou morale qui va proposer, "à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne" qui peut soit consister en du classement ou référencement, soit en de la mise en relation en vue de la vente d'un bien ou de la fourniture d'un service⁸⁴. Ainsi sont déjà distinguées les plateformes qui visent à fournir un service de référencement et celles visant à mettre en relation le vendeur et l'acquéreur potentiel ou le bénéficiaire potentiel du service.

83. Cette distinction n'est pas la seule, effectivement au sein des plateformes de mise en relation il faut distinguer les plateformes qui mettent en relation un professionnel et un consommateur de celles qui mettent en relation des consommateurs entre eux. Les premières étant désignées par le terme de marketplace alors que les secondes sont nommées plateformes de consommation collaborative⁸⁵.

84. Pourquoi s'intéresser aux différents types d'opérateurs de plateforme en ligne ? Tout simplement car selon la qualification exacte de l'opérateur de plateforme en ligne les obligations pesant sur ladite plateforme ne seront pas les mêmes. C'est pourquoi afin de déterminer les obligations des plateformes de crowdfunding il faut les qualifier précisément.

⁸⁴ Art. L.111-7 du Code de la consommation

⁸⁵ Art. D.111-8 du Code de la consommation

2. La qualification d'opérateurs de plateforme en ligne des plateformes de crowdfunding

85. Que ce soit dans le cadre du crowdequity ou du crowdlending il est question ici de déterminer de quelle façon la qualité de consommateur influe sur la protection de l'investisseur. Il ne paraît donc intéressant que de prendre en compte les plateformes de crowdfunding où le porteur de projet est un professionnel et l'investisseur ou investisseur potentiel est un consommateur. Les plateformes de crowdfunding permettent On considérera ici qu'il est seulement question de marketplace. Il faut noter que ces catégories de marketplace et de plateforme de consommation collaborative vont être remplacées par une seule et même catégorie, à savoir celle de place de marché⁸⁶.

86. Le nouveau statut de PSFP mis en place par le législateur européen avec le règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs ne change en rien cette qualification de place de marché de la plateforme du prestataire. En effet l'idée sera toujours pour le PSFP comme il l'est actuellement pour les CIP ou IFP de mettre en relation des porteurs de projet et des investisseurs. Cela ressort de la définition même du PSFP, ce dernier est une personne morale qui va fournir des services de financement participatif⁸⁷, or les services de financement participatif sont définis comme "la mise en relation d'intérêt d'investisseurs et de porteurs de projets en matière de financement d'entrepreneurs, faisant appel à une plate-forme de financement participatif et consistant en... " l'octroie de prêt (menée à bien par l'actuel IFP) ou "le placement sans engagement ferme de valeurs mobilières ou d'instruments ... émis par des porteurs de projets..."⁸⁸.

La qualification d'opérateur de plateforme en ligne et plus précisément de marketplace entraîne à l'égard de la plateforme l'existence d'obligations à respecter.

⁸⁶ Art. 3, 1), b) de la Directive (UE) 2019/2161 du 27 nov. 2019

⁸⁷ Art. 2, 1), e) du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

⁸⁸ Art. 2, 1), a) du Règlement (UE) 2020/1503 du 7 oct. 2020

B. Les obligations des opérateurs de plateformes en ligne protégeant les investisseurs consommateurs

87. Les opérateurs de plateformes en ligne sont assujettis à la fois à des obligations d'informations (1) et plus largement à un devoir de loyauté (2) ce qui garantit aux investisseurs une certaine sécurité.

1. Les obligations d'informations des opérateurs de plateformes en ligne

88. Il y a plusieurs volets d'obligations qui pèsent sur les opérateurs de plateforme en ligne à distinguer.

Le premier est commun à tous les opérateurs de plateforme en ligne, il permet aux utilisateurs consommateurs de déterminer ce que recouvre le service d'intermédiation qui leur est proposé, c'est par ce biais que le consentement du consommateur est protégé. Ainsi les opérateurs de plateforme en ligne vont devoir délivrer aux consommateurs les CGU du service d'intermédiation. Informer les consommateurs de l'existence d'une relation contractuelle, lien capitalistique ou d'une rémunération qui vont influencer sur les propositions ou le classement, dans le cadre du crowdfunding, des projets des porteurs de projet. Ils vont aussi devoir préciser la qualité du porteur de projet ainsi que des droits et obligations de chacune des parties en matière civile et fiscale. Toutes ces informations doivent évidemment être délivrée de façon loyale, claire et transparente⁸⁹.

89. A côté de ces obligations d'information "générales" les marketplace sont tenues de délivrer des informations supplémentaires accessibles sur le site internet sans avoir à s'identifier. Il est ainsi, en partie, indiqué les modalités de paiement ainsi que le mode de gestion qui peut être opéré par un tiers, les modalités de règlement des litiges ainsi que les assurances et garanties que l'opérateur de plateforme propose.

À côté de ces obligations d'information, les opérateurs de plateformes en ligne, peu importe leur qualification, ont un devoir de loyauté.

⁸⁹ Art. L.111-7, II du Code de la consommation,

2. Le devoir de loyauté des opérateurs de plateformes en ligne

90. Le devoir de loyauté peut en réalité être compris comme les obligations d'information des plateformes et en la matière de celles des plateformes de crowdfunding. Ce devoir comprend en plus l'obligation pour la plateforme de permettre aux professionnels de remplir leurs obligations propres. A ce titre les plateformes de crowdfunding vont devoir prévoir un espace au profit du professionnel pour qu'ils puissent communiquer les informations préalable à la vente du bien ou à la fourniture de service. Ce devoir permet de s'assurer que les informations soient bien transmises aux consommateurs qui pourront prendre pleine conscience de l'engagement qu'il est susceptible de prendre.

91. Il faut noter qu'en cas de non respect de ces différentes obligations la plateforme peut voir soit sa responsabilité engagée, soit se faire sanctionner par une amende administrative d'un montant maximum de 75.000 euros pour une personne physique et 375.000 euros pour une personne morale, ce qui peut être dissuasif pour les plateformes.

Après avoir vu que les obligations pesant sur les plateformes de crowdfunding en application du droit des plateformes numériques protégeaient les consommateurs investisseurs, il faut déterminer de quelle façon la responsabilité de la plateforme de crowdfunding peut être mise en œuvre pour son contenu.

SECTION 2 : LA MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING PAR L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR

92. La plateforme de crowdfunding peut voir sa responsabilité engagée dans différents cas. Premièrement sa responsabilité peut être engagée par un utilisateur, dont l'investisseur consommateur, quand elle n'a pas respecté ses obligations contractuelles par le biais de l'article L.221-15 du Code de la consommation. Mais sa responsabilité peut aussi être engagée du fait du contenu qui est disponible sur le site, cette deuxième hypothèse soulève plus de questions, en effet la mise en œuvre de la responsabilité va différer selon le rôle actif ou passif de la plateforme (paragraphe 1) or il est possible de remettre en cause la passivité des plateformes de crowdfunding (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : UN RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DIFFÉRENT SELON LE RÔLE ACTIF OU PASSIF DE LA PLATEFORME

93. Selon la qualification de la plateforme, d'éditeur ou d'hébergeur, sa responsabilité ne pourra pas être engagée dans les mêmes conditions (A), il faut donc identifier et expliciter le critère de distinction entre les deux qualifications (B).

A. La distinction des régimes applicables à l'éditeur et l'hébergeur :

94. Le rôle de l'éditeur diffère de celui de l'hébergeur, ce qui explique la différence entre les régimes de responsabilité (1), et c'est cette différence qui entraîne une volonté de la part des plateformes de se voir reconnaître le statut d'hébergeur (2).

1. La clarification des statuts d'éditeur et d'hébergeur

95. L'article 6 de la LCEN met en place un régime de responsabilité favorable pour les hébergeurs, c'est-à-dire les "personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images et de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services".

Ainsi il convient de distinguer ces hébergeurs des éditeurs qui ne se voient pas appliquer le même régime de responsabilité.

96. Au regard de la définition de l'hébergeur donnée, ce dernier se cantonne au rôle d'intermédiaire, c'est-à-dire qu'il est censé être neutre à l'égard du contenu et qu'il n'a aucune obligation de surveillance du contenu⁹⁰, ce qui explique pourquoi le législateur a fait le choix de cantonner sa responsabilité. Ainsi cette dernière est limitée et ne peut être recherchée que dans certains cas précis, nécessitant une inaction de la part de l'hébergeur.

⁹⁰ Alexandra BENSAMOUN et Julie GROFFE, Création numérique, Répertoire IP/IT et Communication, 2013, pt. 187

La responsabilité de l'hébergeur ne peut donc être recherchée que s'il a connaissance du caractère illicite du contenu hébergé ou que l'hébergeur en a été informé et qu'il n'a pas réagi promptement afin de rendre l'accès au contenu impossible.

A contrario le régime de responsabilité de l'éditeur est plus sévère. En effet, ce dernier est responsable du contenu publié sur son site.

2. Des intérêts antinomiques des plateformes et des utilisateurs

97. Cette différence de responsabilité explique la raison pour laquelle la plupart des plateformes souhaitent se voir reconnaître le statut d'hébergeur et non celui d'éditeur.

Pour les utilisateurs de ces plateformes l'inverse s'applique. Le statut d'éditeur est beaucoup plus protecteur pour l'utilisateur, que celui d'hébergeur, qui se verra plus protégé en cas de contenu illicite. Il s'agit là de tout l'enjeu de la qualification, en vertu de laquelle la plateforme devra ou non surveiller le contenu qui y figure. Cette question est d'autant plus déterminante qu'à l'heure d'internet il est possible que l'auteur du contenu illicite disparaisse après avoir agi illégalement.

98. On identifie bien ici en quoi la qualification sera déterminante pour la protection des utilisateurs et en matière de crowdfunding des investisseurs. En matière financière le législateur a fait le choix d'encadrer en priorité les plateformes de crowdfunding dans leurs activités, il s'agit donc de déterminer si l'encadrement et ainsi la protection mise en place est renforcée par le statut que recouvre les plateformes au sens de la LCEN et donc par le régime de responsabilité pouvant être mis en oeuvre au profit des investisseurs.

Au regard des intérêts divergents il est compréhensible que la qualification d'éditeur ou d'hébergeur est suscitée beaucoup de questions et que les juges ont été amenés à se prononcer sur la question.

B. Le critère de distinction retenue et précisé par les juges :

99. Afin de distinguer les éditeurs des hébergeurs, les juges ont recours au critère dit de la neutralité technique (2), ainsi le critère substantiel de l'objet de l'activité n'a pas été retenu (1).

1. Le critère de la neutralité technique ou le critère substantiel de l'objet de l'activité

100. Afin de qualifier les plateformes d'hébergeur ou d'éditeur deux critères peuvent être appréciés, un a été retenu par la jurisprudence et l'autre a été invoqué par certains auteurs.

101. Le premier critère est celui de la neutralité technique. En vertu de ce dernier, afin de distinguer les hébergeurs des éditeurs, il convient de déterminer si la plateforme a un rôle actif ou passif. Si elle a un rôle passif alors il sera considéré qu'elle est neutre par rapport au contenu qui existe et est stocké sur elle-même et se verra ainsi reconnaître le statut d'hébergeur. A contrario si son rôle est jugé actif l'inverse sera vrai et la plateforme sera qualifiée d'éditeur.

Le critère de la neutralité technique laisse une place importante aux juges qui devront déterminer le statut des plateformes, effectivement les juges devront déterminer les éléments qui pourront être regardés comme constituant un rôle actif ou passif, à charge pour eux de dégager une sorte de grille de lecture permettant de clarifier la qualification d'hébergeur ou d'éditeur.

102. Le second critère, celui de l'objet de l'activité, a été développé par des auteurs et consiste à déterminer si la plateforme "choisit la nature des contenus" qu'elle "va stocker"⁹¹ et "organise leur présentation afin de bâtir sa renommée"⁹².

Afin de clarifier la qualification à retenir entre éditeur et hébergeur, les juges ont été amenés à se prononcer à plusieurs reprises.

2. La consécration du critère de la neutralité technique par la jurisprudence

103. Les juges ont rendu divers arrêts dans le cadre desquels ils devaient déterminer si la plateforme en cause était un hébergeur ou un éditeur. À travers ces arrêts on remarque que le critère retenu en jurisprudence afin de déterminer le statut des plateformes est celui de la neutralité technique. Quand la question du statut de la plateforme va être soulevée, les juges vont donc chercher à déterminer si la plateforme a un rôle actif ou passif.

⁹¹ Philippe DIDIER et Nathalie MARTIAL-BRAZ, "Certitudes et incertitudes en matière de *crowdfunding*", Recueil Dalloz, 2016, p.267, pt. 12

⁹² V.L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAIDARA, Droit des activités numériques, Précis Dalloz, 2014, pt. 1285

Pour ce faire, les juges vont regarder les services proposés par la plateforme. Ainsi Ebay s'est vu reconnaître un rôle actif pour son système d'enchères dans le cadre duquel Ebay assiste les parties si les enchères sont remportées, et dans le cas inverse propose d'autres enchères similaires⁹³. Inversement en 2015 Le Bon Coin s'est vu reconnaître le statut d'hébergeur, les juges considérant qu'à l'époque les mesures de filtrage mises en place n'étaient pas suffisantes pour en déduire un rôle actif⁹⁴.

104. Une fois explicité l'analyse effectuée par les juges afin de déterminer le statut d'hébergeur ou d'éditeur, il faut maintenant transposer l'analyse aux plateformes de crowdfunding afin de déterminer si la protection mise en place en matière financière et celle existant par les obligations des plateformes de crowdfunding du fait de la qualification de leurs activités est renforcée par le régime de leur responsabilité relatif au contenu qu'elles contiennent.

PARAGRAPHE 2 : LA PASSIVITÉ DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING POUVANT ÊTRE REMIS EN CAUSE

105. Afin de déterminer si les plateformes de crowdfunding ont un rôle passif ou actif il faut déterminer les services qui sont proposés par les plateformes de crowdfunding que les services proposés le soient par les plateformes recourant aux statuts mis en place par le droit français (A) ou le statut mis en place par le législateur européen et qui aura bientôt vocation à s'appliquer (B).

A. Le rôle des CIP et des IFP

106. Les CIP et IFP n'ont pas exactement le même rôle du fait de la distinction effectuée par le CMF. Il convient donc de déterminer si le rôle d'un CIP peut être considéré comme actif (1) indépendamment du rôle d'un IFP (2).

⁹³ Cass. com., 3 mai 2012, n°11-10.508

⁹⁴ TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 4 déc. 2015

1. Le rôle des CIP

107. Rappelons que le statut de CIP est le statut utilisé par les plateformes de crowdequity, ces dernières sont à ce titre chargées de fournir des conseils. C'est pour cela que les CIP doivent au préalable recueillir auprès des investisseurs diverses informations et déterminer quel projet d'investissement leur conseiller, le projet devant répondre aux besoins du client, à son aversion aux risques, à sa situation financière... Comme évoqué au xx la question de savoir s'il existe à la charge des CIP une obligation d'abstention du fait de l'absence d'information ou de l'obtention d'information insuffisante reste ouverte, même s'il apparaît qu'un tel devoir de mise en garde ne soit pas mis en place.

108. Au regard des éléments donnés, il convient de s'interroger sur la remise en cause du rôle passif des CIP. En effet, si ces derniers sont censés fournir un conseil c'est que le contenu des offres proposées aux investisseurs va différer selon le profil d'investisseur auquel les offres sont faites. L'activité censée découler du statut même de CIP comprend de la part des plateformes de crowdequity d'effectuer un "tri" en fonction de l'investisseur qui se connecte. Se sont les plateformes de crowdequity qui déterminent quel projet qui existe dans leur banque de données est susceptible de correspondre au profil de l'investisseur connecté. Ainsi on voit mal ici comment il est possible de considérer qu'une plateforme de crowdequity ayant le statut de CIP puisse être considérée comme ayant un rôle passif. Après avoir vu en quoi le rôle passif des CIP peut être remis en cause, il convient de déterminer si cela est vrai aussi pour les IFP.

2. Le rôle des IFP

109. Les IFP sont chargés de mettre en relation des porteurs de projet et des investisseurs, l'investissement étant effectué sous forme de prêts. La mise en relation effectuée par une plateforme par définition n'a pas comme conséquence un rôle actif de la part de ladite plateforme. Cependant les IFP ont à la charge certaines obligations qui font douter d'un rôle simplement passif de la plateforme de crowdlending.

110. Il est vrai qu'à la différence des CIP les IFP ne sont pas tenus de s'informer sur le profil des investisseurs mais seulement de mettre en place un outil permettant aux investisseurs eux-mêmes de s'assurer de la viabilité du projet d'investissement au regard de leur situation. Cependant les IFP ont l'obligation d'informer le public des conditions de sélection des projets et des porteurs de projet⁹⁵. Cette obligation soulève une question principale. En imposant cette obligation le législateur a-t-il insinué que les IFP devaient effectuer obligatoirement une sélection des projets et ainsi ne proposer par le biais de la plateforme des projets jugés suffisamment fiables et menées par des gens n'ayant pas fait l'objet de condamnation par exemple. Le législateur a ici peut être mis en place une "obligation de vigilance dans la sélection des projets"⁹⁶. Il est donc possible de remettre en cause le rôle passif des IFP.

La question au cœur de l'actualité est de déterminer si oui ou non un rôle actif pourrait être reconnu, comme cela est le cas pour les CIP et IFP, à l'encontre des PSFP qui vont bientôt remplacer les statuts français.

B. Le rôle des PSFP

111. Afin de répondre à cette question (2) il faut déterminer quelles sont les activités des PSFP (2).

1. Les activités des PSFP

112. Les PSFP sont des prestataires qui fournissent des services de financement participatif, ils vont donc à ce titre mettre en relation des porteurs de projets et des investisseurs. Ils ont à leur charge certaines obligations, une partie d'entre elles ne sont pas sans rappeler les obligations à la charge des IFP et des CIP. Effectivement les PSFP ont l'obligation d'interroger les investisseurs potentiels afin de déterminer leur objectif, leur situation financière, leur compréhension des risques avant de rendre l'accès aux offres contenues sur la plateforme pleinement accessibles.

⁹⁵ Art. L.548-6, 2° du CMF

⁹⁶ Philippe DIDIER et Nathalie MARTIAL-BRAZ, "Certitudes et incertitudes en matière de *crowdfunding*", Recueil Dalloz 2016, p.267, §5

2. Le rôle passif des PSFP

113. C'est au regard de cette obligation que peut se poser la question du rôle actif ou passif des PSFP.

Il est vrai que les PSFP récoltent un certain nombre d'informations auprès des investisseurs potentiels cependant le législateur européen n'a pas prévu dans le règlement une quelconque obligation de conseil entre les offres du site, ou une quelconque obligation de filtrage des offres.

Au final l'obligation du PSFP a pour seule conséquence que si les projets présentés sur le site de la plateforme semblent ne pas correspondre au profil de l'investisseur le PSFP devra informer l'investisseur non averti que les services proposés sur la plateforme de crowdfunding risquent d'être inadaptés à son profil en précisant les risques encourus. Il n'existe aucune distinction de contenu de part cette obligation, les PSFP devraient donc être considérés comme ayant un rôle passif.

114. Il résulte des différents développements ci-dessus que la protection de l'investisseur dans le cadre des opérations de crowdfunding résulte en particulier de l'encadrement des plateformes. Cependant comme développé dans l'introduction la qualité d'investisseur n'exclut pas la qualité de consommateur. Ainsi il convient de s'intéresser aux dispositions du Code de la consommation qui pourraient avoir vocation à s'appliquer et qui permettrait une protection plus accrue des investisseurs ayant la qualité de consommateur.

TITRE 2 : UNE PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR GARANTIE PAR L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION

115. Comme énoncé dans l'introduction la qualité d'investisseur n'est pas exclusive. Ainsi un investisseur peut très bien revêtir la qualité de consommateur, ce qui va lui permettre de bénéficier d'une protection plus accrue du fait de l'applicabilité de certaines dispositions du droit de la consommation (chapitre 1) mais aussi du fait des règles de droit français qui permettent de garantir l'effectivité de la protection mise en place par le droit de la consommation en faveur du consommateur (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'APPLICABILITÉ DE CERTAINES DISPOSITIONS DU DROIT DE LA CONSOMMATION

116. La protection de l'investisseur consommateur par le droit de la consommation va dépendre de la qualification des contrats conclus dans le cadre des opérations de crowdfunding (section 1) mais aussi de la possibilité ou non de recourir aux mécanismes protecteurs du droit de la consommation (section 2).

SECTION 1 : LA QUALIFICATION DES CONTRATS CONCLUS DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE CROWDFUNDING

117. Pour déterminer si l'investisseur consommateur va bénéficier d'une protection supplémentaire au stade de la formation des contrats qu'il est amené à conclure lors d'une opération de crowdfunding il faut qualifier les différents contrats, savoir s'il s'agit d'un contrat de vente ou de prestation de services (Paragraphe 1), ou si le contrat peut être qualifié de contrat conclu à distance (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA QUALIFICATION DE CONTRAT DE VENTE OU DE PRESTATION DE SERVICE

118. Avant de s'intéresser au régime protecteur en matière de contrats de vente et de prestation de service (B) il convient de rappeler les définitions des contrats de vente et de prestation de service (A).

A. Une qualification soulevant certaines difficultés

119. Les définitions de contrat de vente et de prestation de services (1) n'englobent pas de façon évidente les contrats passés dans le cadre des opérations de crowdfunding (2).

1. Les définitions de contrat de vente et de prestation de services

120. Les notions de contrats de vente et de service n'ont, au départ, été définies que par le législateur européen, le législateur français a en effet tardé à inscrire une définition de ces contrats.

En droit européen on trouve une définition de ces deux types de contrats à l'article 2 de la directive 2011/83/UE⁹⁷. Ainsi 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*". Quant au contrat de service "*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*". La définition retenue du contrat de service en droit européen laisse percevoir la volonté du législateur européen d'en faire une catégorie résiduelle, afin de permettre l'application la plus large possible du régime associé au contrat de service pour mettre en place un champ de protection des consommateurs le plus large possible.

⁹⁷ Directive 2011/83/UE du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs

121. Le législateur français quant à lui a défini les notions de contrat de vente et de contrat de prestation de service à l'occasion de la transposition de la directive "médiation", du fait du champ d'application de la médiation de la consommation qui dépend principalement de ces deux notions⁹⁸.

La définition retenue par le législateur diffère de celle européenne, que ce soit pour le contrat de vente ou le contrat de prestation de service, appelé en droit européen contrat de service.

Ainsi en droit français le contrat de vente est défini comme "*tout contrat au sens de l'article 1382 du code civil, ainsi que tout contrat ayant à la fois pour objet la vente d'un bien et la fourniture d'un service, conclu entre un professionnel et un consommateur*"⁹⁹ et le contrat de prestation de services comme "*tout contrat ayant pour objet la fourniture d'un service par le professionnel en contrepartie duquel le consommateur s'engage à payer le prix*"¹⁰⁰.

122. Quelques différences sont à noter entre les définitions françaises et européennes. Cependant à chaque fois il est question d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur et surtout de l'existence d'une contrepartie dénommée "prix" dans chacune des définitions. La caractérisation de certaines de ces conditions peut être discutée pour les contrats conclus dans le cadre du crowdfunding, notamment celle relative à l'existence de la contrepartie visée par lesdites définitions.

2. La qualification en matière de crowdfunding

123. Intéressons nous d'abord aux contrats conclus entre la plateforme et les investisseurs consommateurs.

Il faut dans un premier temps noter que les plateformes vont revêtir soit de CIP ou de PSI, soit d'IFP, tous ces statuts ne peuvent être octroyés qu'à des personnes morales qui vont agir à des fins entrant dans le cadre leur activités professionnelles. Ainsi les consommateurs investisseurs sont face à des professionnels. Les contrats conclus entre eux vont donc être des contrats conclus entre un consommateur et un professionnel.

Dans la majorité des cas, les plateformes de crowdfunding ne sont pas rémunérées directement par l'investisseur consommateur¹⁰¹.

⁹⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, L. USUNIER, Les contrats de consommation - règles communes, LGDJ, 2e édition, pt 56

⁹⁹ Art. L.611-1, 3° du Code de la consommation

¹⁰⁰ Art. L.611-1, 4° du Code de la consommation

¹⁰¹ V. supra, pt 71 et s.

Les statuts de chacune des plateformes, que ce soit des plateformes de crowdequity ou de crowdlending, ont vocation à permettre à la plateforme d'exercer soit un service d'intermédiation de conseil¹⁰², soit un service d'intermédiation¹⁰³.

La dernière condition est celle relative au paiement du prix. Les plateformes de crowdfunding peuvent être rémunérées directement par le porteur de projet ou se rémunérer en retenant une partie de la somme versée par l'investisseur consommateur au porteur de projet. Dans ces deux cas, il est complexe de dire que l'investisseur consommateur verse à la plateforme un prix en échange du service rendu. A partir de là il peut être complexe de caractériser l'existence d'un contrat de service ou même de vente, les deux ayant comme condition commune le paiement par le consommateur du prix. Une hésitation est permise à ce stade, le paiement du prix pourrait très bien être un paiement indirect par le biais de ressources financières dégagées par la publicité contenue sur le site de la plateforme de crowdfunding ou encore par le traitement des données personnelles recueillies lors de la visite du site de la plateforme par les investisseurs consommateurs¹⁰⁴. Cette conception de la contrepartie permettant de retenir la qualification de contrat de vente ou de prestation de services semble opportune, notamment au regard du nombre de contrats conclus actuellement sans aucune "contrepartie directe" mais par une contrepartie prenant la forme d'un paiement indirect. Si une telle conception de la contrepartie exigée n'est pas retenue cela porterait une forte atteinte à la protection des consommateurs mise en place et souhaitée par le législateur européen comme français.

Il convient de préciser qu'actuellement la question n'est pas tranchée, la commission européenne pour l'instant interprète la notion de prix de façon restrictive¹⁰⁵, alors que parallèlement la commission des clauses abusives entend plus largement cette notion en admettant que les données des utilisateurs qui ont été obtenues constituent le prix¹⁰⁶.

¹⁰² C. LAVARDE, "le financement participatif : l'oublié de la loi Hamon", Le cadre juridique du crowdfunding, collection trans europe experts, 2015, p 95

¹⁰³ C. LAVARDE, "le financement participatif : l'oublié de la loi Hamon", Le cadre juridique du crowdfunding, collection trans europe experts, 2015, p 92

¹⁰⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, L. USUNIER, Les contrats de consommation - règles communes, LGDJ, 2e édition, pt 565 et s.

¹⁰⁵ Commission européenne, DG Justice, *Document d'orientation de la DG Justice concernant la directive 2011/83/UE*, juin 2014, p.72

¹⁰⁶ Commission des clauses abusives, Recomm. n°14-02, Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux, n°14

124. Second cas, les contrats conclus entre les porteurs de projet et les investisseurs consommateurs. Ici on retiendra par hypothèse les seuls contrats conclus par des porteurs de projet pouvant être qualifiés de professionnels, c'est-à-dire qui agissent à des fins entrant dans le cadre de leurs activités professionnelles.

Il faut ici distinguer les porteurs de projet recourant au financement par crédits de ceux qui recourent à la vente de leurs titres de société.

La distinction est importante car dans le cadre du crowdlending il faut bien comprendre que le porteur de projet ne fournit aucun service à l'investisseur consommateur, et c'est même l'inverse, l'investisseur consommateur consent au porteur de projet un prêt. Or les définitions du contrat de prestation de services ou du contrat de service contiennent une caractéristique commune, à savoir que c'est au professionnel de fournir le service au consommateur. Ainsi le contrat conclu entre le porteur de projet et l'investisseur consommateur dans le cadre du crowdlending ne peut pas être qualifié de contrat de prestation de services.

A contrario le contrat conclu entre le porteur de projet et l'investisseur consommateur dans le cadre du crowdequity, qui consiste pour l'investisseur consommateur à acheter des titres de la société, correspond bien aux définitions de contrat de vente. Ainsi le régime protecteur mis en place pourra s'appliquer.

Il convient donc de déterminer les règles applicables aux contrats de vente ou de prestation de services permettant d'assurer la protection de l'investisseur consommateur.

B. La protection des investisseurs consommateurs résultant de l'application du régime des contrats de vente ou de prestation de service

125. Les professionnels concluant des contrats de vente ou de prestation de service avec des consommateurs doivent fournir un certain nombre d'informations avant la conclusion dudit contrat (1) s'ils ne respectent pas cette obligation ils se verront sanctionner (2).

1. Les obligations précontractuelles d'information

126. Une fois la qualification de contrat de vente ou de prestation de service retenue le professionnel est tenu de fournir certaines informations au consommateur avant la conclusion d'un contrat. Ainsi le professionnel doit s'identifier, décrire les caractéristiques essentielles

du bien ou du service, informer le consommateur de la possibilité de recourir à un médiateur de la consommation ainsi que préciser le prix du service ou du bien¹⁰⁷.

127. Ces différentes informations sont assez similaires de celles imposées par le CMF aux CIP ou IFP cependant elles ne concernent pas seulement la plateforme de crowdfunding mais ont aussi vocation à s'appliquer aux porteurs de projet professionnels, dans la limite des contrats conclus avec eux ayant la qualification de contrat de vente ou de prestation de service¹⁰⁸.

Même si certaines informations se recoupent avec celles prévues par le CMF il peut être intéressant de recourir au Code de la consommation du fait des sanctions qui sont prévues en cas de non-respect à l'obligation précontractuelle d'information.

2. Les sanctions du manquement à l'obligation précontractuelle d'information

128. Le fait pour un professionnel de ne pas respecter l'obligation précontractuelle d'information peut être sanctionné de plusieurs manières. Celle prévue expressément par le Code de la consommation prend la forme d'une sanction administrative et vise à dissuader les professionnels. Ainsi si le professionnel est une personne physique il encourt une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3.000 euros et s'il s'agit d'une personne morale le montant maximum est de 15.000 euros.

129. À côté de cette sanction il est toujours possible d'engager la responsabilité du professionnel, et plus particulièrement la responsabilité sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil. Le manquement à l'obligation d'information constituant un fait générateur, et à charge ensuite de prouver l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité. Si un contrat a été conclu entre le consommateur et le professionnel défaillant, il faudra alors vérifier si le consentement du consommateur a été vicié, auquel cas le contrat conclu sera nul et le consommateur pourra obtenir des dommages et intérêts.

La protection de l'investisseur consommateur assurée par l'application des dispositions relatives aux contrats de vente et de prestation de service ne sont pas les seules qui peuvent être appliquées en matière de crowdfunding.

¹⁰⁷ Art. L.111-1 et R.111-1 du Code de la consommation

¹⁰⁸ Voir *supra*, pt 123 et 124

PARAGRAPHE 2 : LA QUALIFICATION DE CONTRAT CONCLUS À DISTANCE PORTANT SUR DES SERVICES FINANCIERS

130. Avant d'étudier les dispositions applicables aux contrats conclus à distance (B) il convient de déterminer précisément le champ d'application des différents régimes susceptibles de s'appliquer en la matière (A).

A. Le champ d'application du régime protecteur des contrats conclus à distance

131. Afin de déterminer si le régime des contrats conclus à distance est applicable, il faut préciser la définition du contrat conclu à distance (1) mais aussi s'interroger sur la notion de service financier (2), ces derniers étant exclus du régime des contrats conclus à distance.

1. La définition de contrat conclu à distance

132. Afin de qualifier un contrat de contrat conclu à distance il faut réunir divers éléments.

Il faut ainsi vérifier que le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur, que ces derniers ne soient pas présents physiquement de façon simultanée au moment de la conclusion. Ces deux premières conditions sont aisément appréhendables. Deux autres conditions nécessitent une approche un peu plus détaillée.

En effet, le contrat conclu à distance est un contrat conclu dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service. Cette condition implique nécessairement qu'il soit question d'un contrat de vente ou de prestation de service, dont la caractérisation soulève certaines difficultés déjà évoquées¹⁰⁹ mais aussi de s'interroger sur ce qu'entend le législateur français par l'expression "système organisé" à distance. Puis enfin que le professionnel ait recours de façon exclusive à une ou plusieurs techniques de communication à distance.

133. L'exigence d'un système organisé à distance émane du droit européen qui cherche à limiter l'application du régime des contrats conclus à distance aux "professionnels dont le processus de commercialisation repose largement sur la vente ou la fourniture de prestations

¹⁰⁹ V. *infra*, pt 120 et s.

de services à distance”¹¹⁰. De ce fait, le professionnel doit avoir intégré dans sa politique commerciale l’outil à distance. Or que ce soit les porteurs de projets, qui ont exclusivement recours aux plateformes de crowdfunding, ou les plateformes de crowdfunding elles-mêmes, il ne fait aucun doute que l’outil à distance est pleinement intégré dans la politique commerciale du professionnel.

Quant au recours exclusif d’une ou de plusieurs techniques de communication à distance, cette condition permet de prolonger la condition relative à l’absence de présence physique simultanée lors de la conclusion du contrat. Ainsi pour que le contrat soit qualifié de contrat conclu à distance il ne faut pas qu’une présence physique simultanée trop importante à un autre moment que celui de la conclusion du contrat existe. Ici aussi le fait de recourir à une plateforme de crowdfunding implique qu’il n’y aura en réalité pas de rencontre réelle entre les différents protagonistes, ou alors ces dernières seront rares. La condition ne semble pas poser de problème.

134. A condition de considérer que la contrepartie permettant la qualification en contrat de vente ou de prestation de service puisse être une contrepartie prenant la forme d’un paiement indirect alors la qualification de contrat à distance pourra être retenue pour les contrats conclus entre les plateformes de crowdfunding et les investisseurs ainsi que pour les contrats conclus entre les porteurs de projet et les investisseurs dans le cadre du crowdequity.

135. Il faut cependant émettre ici une réserve quant à l’application du régime des contrats conclus à distance pour la totalité des contrats énoncés. Effectivement l’article L.221-2 du Code de la consommation prévoit divers exclusions, c’est-à-dire des cas qui ne pourront se voir appliquer le régime des contrats conclus à distance car il ne rentre pas dans le champ d’application du régime. Une de ces exclusions est le contrat portant sur les services financiers¹¹¹.

2. La qualification de services financiers

136. Afin de déterminer le régime applicable il faut donc déterminer ce que revêt la notion de services financiers.

¹¹⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, L. USUNIER, Les contrats de consommation - règles communes, LGDJ, 2e édition, p 529

¹¹¹ Art. L.221-2, 4° du CMF

Logiquement on pourrait s'attendre à trouver une définition précise de ce qu'est un service financier au sein du CMF mais malheureusement ce n'est pas le cas. Au sein du CMF il n'est fait référence qu'aux services d'investissement.

Afin de trouver une définition de la notion il faut donc se pencher sur d'autres dispositions légales. Il s'avère que le Chapitre II du Titre II du Livre II du Code de la consommation s'intitule "Dispositions particulières aux contrats conclus à distance portant sur des services financiers" et que le premier article dudit chapitre précise le champ d'application du chapitre. Afin de déterminer le champ d'application, la notion de services financiers est définie. En vertu de l'article L.222-1 du Code de la consommation les services financiers sont ceux "mentionnés aux livres Ier à III et au titre V du livre V du code monétaire et financier".

137. Sont donc compris dans cette définition de services financiers les services d'investissement, dont le conseil en investissement, qui figurent au livre III du CMF. Par contre l'activité de l'IFP si ce dernier ne fait que de la mise en relation ne sera pas exclu du champ d'application du régime des contrats à distance. Ainsi les contrats conclus par un IFP avec un investisseur vont se voir appliquer le régime des contrats conclus à distance et celui conclu entre le CIP et un investisseur va se voir appliquer le régime des contrats conclus à distance portant sur des services financiers.

De même le contrat conclu entre le porteur de projet et l'investisseur par le biais d'une plateforme de crowdequity va se voir appliquer le régime des contrats conclus à distance portant sur des services financiers, car ici il y aura une émission de titres financiers.

B. Le régime protecteur de l'investisseur en matière de contrat à distance

138. Que ce soit dans le régime des contrats conclus à distance ou celui spécifique aux services financiers, les obligations du professionnel sont renforcées (1) et il existe un délai de rétractation (2).

1. Les obligations renforcées du professionnel

139. Que le régime applicable soit celui du contrat conclu à distance soit celui spécifique aux services financiers, les obligations d'information sont renforcées afin de prendre en compte la nature du contrat.

Afin de prendre en compte la spécificité du contrat, le professionnel doit transmettre des informations supplémentaires au consommateur avant la conclusion du contrat. À savoir l'existence du délai de rétractation quand ce dernier existe¹¹² ainsi que les délais et modalités dans lesquels il va s'exercer quand le régime des contrats conclus à distance s'applique¹¹³.

140. En plus des informations précontractuelles supplémentaires à fournir, le professionnel doit s'adapter à la distance qui existe dans le cadre de l'opération.

Dans le cadre du régime des contrats conclus à distance, une spécificité existe, quand le contrat est conclu par la voie électronique alors le professionnel rappelle au consommateur les différentes informations avant la conclusion dudit contrat¹¹⁴.

Le régime spécifique aux services financiers va encore plus loin, le professionnel doit envoyer par écrit ou mettre à la disposition sur un support durable les différentes informations avant tout engagement¹¹⁵.

Le fait de renforcer les obligations à la charge du professionnel, notamment celles d'information permet de s'assurer que le consommateur prend conscience du contenu du contrat qu'il passe malgré la distance lors de la conclusion. Un moyen curatif à l'absence de compréhension ou tout du moins à la prise de conscience de l'inadaptation du contrat conclu à la situation ou à la volonté du consommateur existe, il s'agit de la rétractation.

2. L'existence d'un délai de rétractation

141. Que ce soit le régime des contrats conclus à distance ou celui spécifique aux services financiers, il existe un droit de rétractation au profit du consommateur.

Il est à noter que le droit de rétractation est exclu dans certains cas par le régime spécifique aux services financiers. Le droit de rétractation n'est pas applicable à la fourniture d'instruments financiers, dont font partie les titres financiers, les contrats financiers ou encore la réception transmission d'ordres¹¹⁶. Cette exclusion a pour conséquence que l'investisseur consommateur ne pourra pas exercer un droit de rétractation quand il est question d'un contrat conclu avec un porteur de projet dans le cadre d'une opération de crowdequity. En

¹¹² Art. L.221-5, 2° et L. 222-5, 3° du Code de la consommation

¹¹³ Art. L.221-5, 2° du Code de la consommation

¹¹⁴ Art. L.221-14 du Code de la consommation

¹¹⁵ Art. L.222-6 du Code de la consommation

¹¹⁶ Art. L.222-9, 1° du Code de la consommation

revanche le contrat souscrit par le consommateur auprès d'un CIP rentre dans le champ d'application du droit de rétractation.

142. Dans les deux régimes ce délai est fixé à 14 jours et l'exercice de ce droit n'a pas besoin d'être motivé. Dans le cadre du régime des contrats conclus à distance seul les coûts direct de renvoi du bien sont à la charge du consommateur¹¹⁷. Ce délai court à partir de la conclusion du contrat pour les deux régimes¹¹⁸ car pour l'application aux contrats conclus par les IFP il s'agit d'un contrat de prestation de service. Afin d'éviter toute difficulté résultant de la résolution du contrat après la rétractation du consommateur il est prévu que de façon express ou implicite par les dispositions du Code de la consommation que le contrat conclu entre le consommateur et le professionnel ne recevra pas d'exécution avant la fin du délai de rétractation sauf demande ou accord du consommateur¹¹⁹.

143. Sur le nouveau régime mis en place par l'ordonnance du 30 mai 2014 certains auteurs ont pu soulever un soucis de compatibilité entre les dispositions ci-dessus exposées et l'article L.548-6 du CMF qui prévoit que les IFP informent les prêteurs de l'existence ou non d'un droit de rétractation dans le cadre du prêt conclu avec le porteur de projet. Or le contrat de prêt conclu entre l'investisseur consommateur et le porteur de projet ne peut être qualifié de prestation de service¹²⁰ et ne rentre donc pas, à ce titre, dans le champ d'application du régime des contrats conclus à distance¹²¹.

Le fait de voir son contrat qualifié de contrat conclu à distance permet à l'investisseur consommateur de voir sa protection renforcée, la qualité de consommateur ouvre en plus l'accès à des mécanismes de défenses spécifiques au droit de la consommation.

¹¹⁷ Art. L.221-23 du Code de la consommation

¹¹⁸ Art. L.221-18 et L.222-7 du Code de la consommation

¹¹⁹ Art. L. 221-25 et L.222-13 du Code de la consommation

¹²⁰ V. *supra*, pt 124

¹²¹ V. *supra*, pt 132 et s.

SECTION 2 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR PAR LE RECOURS AUX MÉCANISMES DE DÉFENSE DU DROIT DE LA CONSOMMATION

144. L'investisseur ayant la qualité de consommateur va pouvoir bénéficier de divers mécanismes protecteurs du droit de la consommation à ce titre il convient de déterminer si l'investisseur consommateur peut invoquer le mécanisme des clauses abusives (paragraphe 1) ainsi que le mécanisme des pratiques commerciales déloyales (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR PAR LE RECOURS AU MÉCANISME DES CLAUSES ABUSIVES

145. Afin de comprendre si le recours au mécanisme des clauses abusives permet la protection des investisseurs consommateur dans le cadre des opérations de crowdfunding (B) il convient de préciser le régime exact de ce mécanisme (A).

A. Le régime des clauses abusives

146. Avant de voir les sanctions des clauses abusives qui ont été pensées et mises en place afin de garantir la protection du consommateur (2) il faut s'intéresser au fonctionnement du mécanisme des clauses abusives (1).

1. Le mécanisme des clauses abusives

147. Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs il existe un rapport inégalitaire, l'un ayant des connaissances et des ressources plus importantes que l'autre. Pour prendre en compte cette inégalité au sein du rapport contractuel le législateur a mis en place une réglementation spécifique pour les contrats de consommation, c'est-à-dire les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

Afin de mettre en oeuvre le mécanisme des clauses abusives il faut vérifier que la disposition contestée, a pour objet ou effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, en plus d'être contenue dans un contrat de consommation¹²².

Les enjeux sont donc de déterminer ce que revêt la notion de déséquilibre significatif, savoir à quel moment le contrôle, de l'existence ou non de ce déséquilibre significatif, doit être fait et les éléments qui sont susceptibles d'être pris en compte dans l'appréciation de l'équilibre entre les droits et obligations des parties. L'alinéa 2 de l'article L.212-1 du Code de la consommation vient préciser que l'appréciation de l'équilibre doit être effectuée en se référant au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle comprend les éléments du contrats mais aussi les circonstances qui entourent la conclusion et les clauses d'autres contrats qui sont juridiquement liés de par la conclusion ou de par l'exécution.

Deux éléments sont cependant exclus de l'appréciation, il s'agit de la définition de l'objet principal du contrat et de l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, sauf si les clauses relatives à ces points ne sont pas rédigées de façon claire et compréhensible.

148. On peut remarquer que le champ d'application du régime des clauses abusives est assez large, ce qui démontre la volonté du législateur de mettre en place un réel moyen de lutter contre le déséquilibre existant dans ce rapport de force (professionnel - consommateur). C'est en poussant au bout cette logique et cette volonté, ainsi qu'en prenant conscience que certaines clauses créent fondamentalement un tel déséquilibre, que la preuve du déséquilibre significatif entre les droits et obligations a été facilité pour le consommateur dans certains cas. Pour ce faire, le législateur a eu recours aux présomptions, ces dernières permettent de présumer du caractère abusif de certaines clauses. Il faut distinguer deux cas, le premier est celui des présomptions irréfragables et le second celui des présomptions réfragables. Les deux types de présomptions sont utilisées dans le cadre des clauses abusives, ainsi certaines clauses, celles de la liste noire, sont présumées irréfragablement abusives¹²³ et ne peuvent de ce fait être renversées alors que d'autres, celles de la liste grise, font l'objet d'une présomption simple¹²⁴, ce qui permet aux professionnels d'apporter la preuve contraire.

¹²² Art. L.212-1 du Code de la consommation

¹²³ Art. R.212-1 du Code de la consommation

¹²⁴ Art. R.212-2 du Code de la consommation

L'idée du régime des clauses abusives étant de prendre en compte l'existence du déséquilibre dans les contrats de consommation, il faut s'assurer que les sanctions prévues par le législateur soient à même de remplir l'objectif.

2. Les sanctions des clauses abusives permettant de protéger les intérêts du consommateur

149. Comme il a été précisé les sanctions mises en place vont déterminer si le régime des clauses abusives permet de neutraliser l'existence d'un déséquilibre au sein du contrat. Il faut donc avoir une sanction qui ne porte pas atteinte à l'intérêt du consommateur. Étant précisé que l'intérêt du consommateur n'est pas ici d'obtenir la nullité du contrat, c'est même l'inverse, le consommateur a signé le contrat car il voulait bénéficier de la contrepartie offerte par le professionnel. Il faut donc que la sanction, ou tout du moins la sanction principale, permette de garantir au consommateur que le contrat conclu avec le professionnel ne soit pas nul et que seule la clause litigieuse, qui entraîne l'existence d'un déséquilibre significatif, soit atteinte par ladite sanction.

La sanction qui permet cela est celle du réputé non écrit, c'est d'ailleurs cette sanction qui est prévue dans le cadre du mécanisme des clauses abusives¹²⁵. Ainsi seule la clause litigieuse est atteinte. Evidemment le reste du contrat ne reste applicable que si la clause réputée non écrite n'entache pas la validité du reste du contrat.

150. A côté de cette première sanction une autre existe.

Pour les manquements, des professionnels, les plus graves, c'est-à-dire l'insertion dans les contrats de clause figurant dans la liste noire du Code de la consommation et qui sont donc présumées abusives de manière irréfutable, une amende administrative peut être prononcée. L'amende administrative ne peut pas dépasser les 3.000 euros pour une personne physique et les 15.000 euros pour une personne morale.

Cette sanction vise à dissuader les professionnels de recourir à certaines clauses qui sont par nature abusives et donc à les bannir de tout contrat notamment des contrats auxquels les consommateurs n'ont qu'à adhérer, et n'ont pas la possibilité d'en modifier le contenu.

¹²⁵ Art. L.241-1 du Code de la consommation

151. Ce qui est d'autant plus intéressant dans le régime des clauses abusives, c'est que le législateur a mis en place l'obligation, à la charge du juge, de relever d'office les clauses abusives qui figurent dans les contrats de consommation.

Cette obligation du relevé d'office permet incontestablement une meilleure protection du consommateur qui n'est pas forcément au fait de l'existence même du régime ou alors de ce qu'il est susceptible d'englober.

Combinée à la sanction du réputée non écrite, le mécanisme des clauses abusives semble être un des principaux rempart du droit de la consommation en faveur du consommateur contre des professionnels susceptibles de profiter de leur position de force au sein de la relation contractuelle nouée.

Au vu de l'intérêt du régime des clauses abusives, il est tout à fait normal, voire obligatoire, d'étudier si ce régime est susceptible d'avoir un impact dans le cadre du crowdfunding et plus spécifiquement s'il peut être invoqué comme mécanisme de protection par l'investisseur consommateur.

B. L'intérêt du recours au mécanisme des clauses abusives dans le cadre du crowdfunding

152. La réponse à la question de savoir si l'application du mécanisme des clauses abusives dans les opérations de crowdfunding pourrait avoir de l'intérêt est tout simplement oui. Cette affirmation est d'autant plus vraie que le mécanisme en question est aussi bien un bon rempart contre les plateformes tentant de se dégager de toute responsabilité(1), que contre les plateformes ayant des CGU quelque peu discutables sur certains points (2).

1. La tentation des plateformes de se dégager de toute responsabilité

153. Les plateformes de crowdfunding peuvent être tentée d'exclure leur responsabilité dans divers cas, en effet il est possible de voir apparaître des clauses prévoyant que l'utilisateur "accepte de faire son affaire personnelle et de dégager la plate-forme de toute responsabilité, perte, réclamation, litige, dommage ou dépense, y compris les frais de justice et de défense, revendiqués par un tiers ou par un autre utilisateur du fait de son espace personnel ou de sa page personnelle"¹²⁶. De même, il est possible de lire sur de telles

¹²⁶ Kevin MAGNIER-MERRAN, "La "plate-formologie" ou l'art de se dégager de l'essentiel - Aspects contractuels du crowdfunding", AJ contrat 2017, p.421, n°5

plateformes de crowdequity qu'en "aucun cas la plateforme ne pourra être tenue responsable d'un placement inapproprié"¹²⁷. Ces diverses clauses assez protectrices des plateformes de crowdfunding peuvent-elles être mise en cause par le mécanisme des clauses abusives ?

154. A condition que l'investisseur utilisant la plateforme de crowdfunding soit bien un consommateur le mécanisme des clauses abusives a vocation à s'appliquer. L'article R.212-1, 6° du Code de la consommation prévoit qu'est présumée abusive et ce de manière irréfragable la clause qui supprime ou réduit « le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». Or les clauses précitées qui se retrouvent sur certains sites de crowdfunding prévoient une exclusion de la responsabilité de la plateforme et donc par extension l'impossibilité pour l'utilisateur d'obtenir une quelconque réparation de son préjudice. Pour savoir si la clause est une clause abusive au titre de l'article R.212-1, 6° du Code de la consommation il faut déterminer si l'exclusion de responsabilité de la plateforme concerne une obligation de la plateforme. Comme précisé auparavant les CIP ont l'obligation de conseiller leur client et de mettre en garde leur client des risques, les IFP sont eux aussi chargés de mettre en garde les prêteurs sur les risques liés au financement participatif. Le fait pour les plateformes de prévoir qu'elles ne pourront voir engager leur responsabilité en cas de placement inapproprié est beaucoup trop large et méconnaît de ce fait l'obligation d'information des risques de l'investissement. L'investisseur consommateur pourra donc invoquer le caractère abusif d'une telle clause.

En plus des clauses qui excluent la responsabilité de la plateforme d'autres clauses contenues dans les CGU sont susceptibles d'être qualifiées de clauses abusives.

2. Le recours au mécanisme pour priver d'effet certaines clauses des conditions générales d'utilisation des plateformes de crowdfunding

155. Il est possible de retrouver diverses clauses dans les CGU qui sont susceptibles d'être qualifiées de clauses abusives. En effet, il a pu être vu une clause au sein de laquelle il est prévu que si une disposition des CGU était déclarée nulle ou inopposable au regard d'une disposition législative ou réglementaire, les autres dispositions des CGU seraient toujours applicables. Ce genre de clause est considérée comme ne réservant "pas l'hypothèse de la

¹²⁷ Kevin MAGNIER-MERRAN, "La "plate-formologie" ou l'art de se dégager de l'essentiel - Aspects contractuels du crowdfunding", AJ contrat 2017, p.421, n°11

nullité d'une clause essentielle du contrat ou de l'interdépendance des stipulations contractuelles, qui est de nature à entraîner l'annulation de tout ou partie du contrat, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur¹²⁸. Cette clause est donc une clause abusive et sera réputée non écrite.

156. Parfois il peut même être prévu que la disposition nulle ou inopposable soit réécrite afin de modifier ce qui posait problème tout en conservant l'esprit, l'objet et les effets de la clause. Or ce type de clause autorise le professionnel à substituer unilatéralement une stipulation à celle qui est nulle ou inopposable, ce qui va créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur¹²⁹. Une fois de plus ce type de clause sera déclarée abusive et réputée non écrite.

157. Enfin il est assez facile d'avoir des CGU qui font références à des documents dénommés, tel que la référence à une charte ou à la politique d'utilisation. Or ce genre de clause est expressément visée par la liste noire des pratiques présumées irréfragablement abusives¹³⁰.

Il apparaît que le mécanisme des clauses abusives permet à l'investisseur consommateur de se protéger contre un professionnel qui tenterait de mettre en place un rapport de force trop important en défaveur de l'investisseur. Cette protection est d'autant plus assurée par le mécanisme des clauses abusives que le contrat conclu par l'investisseur consommateur n'est pas entaché du fait de l'existence d'une clause abusive sauf dans certains cas.

Ce mécanisme favorable au consommateur n'est pas le seul du droit de la consommation.

PARAGRAPHE 2 : LE MÉCANISME DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

158. Afin de comprendre si le recours au mécanisme des pratiques commerciales déloyales permet la protection des investisseurs consommateur dans le cadre des opérations de crowdfunding (B) il convient de préciser le régime exact de ce mécanisme (A).

¹²⁸ Recommandation n°14-02 de la commission des clauses abusives, pt 41

¹²⁹ Recommandation n°14-02 de la commission des clauses abusives, pt 42

¹³⁰ Art. R.212-1, 1° du Code de la consommation

A. Le régime des pratiques commerciales déloyales

159. Pour expliciter le mécanisme, il faut à la fois s'intéresser aux sanctions du mécanisme (2), qui permettront de garantir l'efficacité du mécanisme, et au régime de pratiques commerciales déloyales (1).

1. Le mécanisme des pratiques commerciales déloyales

160. Afin de mettre en œuvre le mécanisme des pratiques commerciales déloyales il faut vérifier qu'il existe bien une pratique commerciale exercée par un professionnel à destination d'un consommateur ou d'un non-professionnel et que cette pratique soit déloyale.

Il convient donc d'abord de définir ce qu'il est entendu par l'expression "pratique commerciale". Cette expression n'est pas définie en droit français cependant comme le mécanisme est d'origine européenne il est possible de se référer au texte européen adéquat afin de définir l'expression. Ainsi une pratique commerciale est "toute action ou omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs"¹³¹.

161. En plus de définir la notion de pratique commerciale il faut apporter quelques précisions quant à la notion de pratiques déloyales, en effet un schéma analytique des pratiques afin de déterminer leur caractère déloyal ou non est à respecter. Il convient dans un premier temps d'analyser la pratique litigieuse afin de déterminer si elle correspond à une des pratiques de la liste des pratiques présumées déloyales¹³². Si elle n'y figure pas alors il convient de déterminer s'il ne s'agit pas d'une pratique trompeuse par omission ou par action¹³³, ou d'une pratique agressive¹³⁴. Si elle correspond à une des pratiques énoncées aux articles concernés alors il conviendra de vérifier si elle a bien altéré ou était susceptible d'altérer le comportement du consommateur¹³⁵, c'est-à-dire que la pratique à influencer ou est

¹³¹ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, art 2, d)

¹³² Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, Annexe I

¹³³ Art. L.121-2 et s. du Code de la consommation

¹³⁴ Art. L.121-6 et s. du Code de la consommation

¹³⁵ Cass. com., 29 nov. 2011, n°10-27402

susceptible d'influencer la décision commerciale du consommateur. Enfin si la pratique n'est toujours pas qualifiable de déloyale à la fin de cette seconde étape il faut regarder si elle est ou non contraire à la diligence professionnelle, si elle l'est il faudra toujours s'assurer que le comportement du consommateur a été altéré ou était susceptible de l'être.

162. Le mécanisme ainsi mis en œuvre fonctionne comme une pyramide, du plus précis au plus large, et permet de prendre en compte de nombreuses pratiques de professionnel à destination des consommateurs. Pourquoi un tel mécanisme a été mis en place ? Une fois n'est pas coutume, le consommateur est considéré comme la partie faible qui est susceptible de conclure un contrat très déséquilibré. Le but par le biais des pratiques commerciales déloyales est de s'assurer de la bonne foi du professionnel dans la conclusion des différents contrats mais aussi de vérifier que le professionnel n'attire pas les consommateurs de façon déloyale.

Le fait que le mécanisme ait vocation à s'appliquer largement ne suffit pas à protéger le consommateur il faut aussi que des sanctions adéquates soient mises en place.

2. Des sanctions dissuasives pour les professionnels

163. Plusieurs sanctions peuvent être appliquées quand une pratique est qualifiée de pratique commerciale déloyale.

Le premier type de sanction est la sanction pénale. Cette dernière n'est possible que pour les pratiques commerciales trompeuses ou agressives, le professionnel adoptant une de ces pratiques pourra être condamné à deux ans d'emprisonnement et au paiement d'une amende de 300 000 euros, 10% du chiffre d'affaire annuel ou le montant correspondant à 50% des dépenses engagées par le professionnel dans le cadre de ladite pratique¹³⁶.

La sanction pénale vise non pas à réparer le consommateur mais à dissuader les professionnels de commettre de telles pratiques commerciales, ce qui vise in fine à assurer la protection des consommateurs.

164. À côté de la sanction pénale, il existe assez classiquement des sanctions civiles. En effet, si la pratique commerciale du professionnel est qualifiée d'agressive alors le contrat sera considéré comme nul. Cela s'explique par le fait que le caractère agressif de la pratique

¹³⁶ Art. L132-2 et L.132-11 du Code de la consommation

va par nature entacher le consentement du consommateur. Le consommateur, toujours en étant sur le terrain civil, pourra demander la nullité du contrat pour vice de consentement le cas échéant, ou encore engager la responsabilité du professionnel afin de voir son dommage réparé. On le voit les sanctions civiles permettent de protéger directement le consommateur.

Le mécanisme des pratiques commerciales déloyales est un mécanisme qui permet de protéger les consommateurs tout en dissuadant les professionnels d'adopter des comportements néfastes pour le consommateur. Ce mécanisme est à ce titre très intéressant, il faut donc voir s'il a vocation à jouer dans le cadre des opérations de crowdfunding.

B. L'intérêt de l'application des pratiques commerciales déloyales en matière de crowdfunding

165. La commission européenne a eu l'occasion de préciser que les consommateurs dans le cadre du crowdfunding sont protégés contre les pratiques trompeuses et agressives par la directive sur les pratiques commerciales déloyales¹³⁷. Ce régime protecteur est d'ailleurs très intéressant du fait de l'existence en crowdfunding d'un label auquel les plateformes peuvent avoir recours (1) mais aussi par l'encadrement de la publicité qu'elles seront amenées à effectuer (2).

1. Un intérêt frappant du fait de l'existence d'un label

166. Dans le cadre des opérations de financement participatif les plateformes de crowdfunding sont susceptibles d'obtenir et d'user du label suivant : "plate-forme de financement participatif régulée par les autorités françaises". Ce label permet aux investisseurs en général, y compris les investisseurs consommateurs, d'identifier plus aisément les plateformes de crowdfunding qui respectent la législation financière, en la matière. Pour bénéficier du label les plateformes de crowdfunding doivent respecter le règlement d'usage approuvé par le ministre des Finances et des comptes publics et le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique. Le règlement d'usage précise que seules les plateformes immatriculées comme CIP ou IFP à l'ORIAS, ainsi que les PSI agréés par

¹³⁷ Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Libérer le potentiel du financement participatif dans l'Union européenne, 27 mars 2014, COM (2014) 172 final

l'ACPR pour fournir des services de conseil en investissement, sont autorisés à user du label. Les CIP, IFP et PSI ont l'interdiction d'utiliser le label lors de la procédure d'instruction de leur dossier à l'immatriculation de l'ORIAS ou de leur demande d'agrément à l'ACPR¹³⁸.

167. L'article L.121-4, 2° du Code de la consommation s'intéresse spécifiquement à l'usage d'un label, en effet la pratique commerciale qui a pour objet "d'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire" est réputée trompeuse.

De ce fait si une plateforme de financement participatif utilise le label « plate-forme de financement participatif régulée par les autorités françaises » sans avoir été immatriculées au registre de l'ORIAS ou agréée comme PSI par l'ACPR l'investisseur consommateur pourra invoquer l'article L.121-4, 2° du Code de la consommation. La plateforme pourra se voir condamner au paiement de la sanction pénale et l'investisseur consommateur pourra obtenir la nullité de son contrat avec la plateforme si la pratique commerciale déloyale à condition que la manœuvre est viciée le consentement de l'investisseur consommateur.

De même, l'investisseur consommateur pourra agir sur ce fondement contre les plateformes qui ont commis des manquements au règlement d'usage précité et qui ne se sont pas mises en conformité dans un délai de trente jours après la réception de la notification de l'État français de leurs manquements. En effet après le délai de trente jours écoulé l'autorisation de l'usage du label est résiliée de plein droit.

Le label permet d'indiquer aux investisseurs consommateurs que la plateforme, sur laquelle ils se trouvent, a la qualité nécessaire et est apte à exercer les activités de CIP, IFP ou PSI. Le mécanisme des pratiques commerciales déloyales assure un moyen de défense contre un professionnel peu scrupuleux qui pourrait tenter d'attirer des investisseurs consommateurs en recourant au label.

Ce mécanisme permet aussi à l'investisseur consommateur d'avoir un moyen de défense contre certaines publicités que seraient susceptibles d'émettre les plateformes de crowdfunding.

¹³⁸ Art. 4, 1 du Règlement d'usage de la marque collective plate-forme de financement participatif régulée par les autorités françaises

2. Un intérêt plus subsidiaire du fait de la possibilité de recourir à la publicité

168. Depuis la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 qui est venue mettre en place le régime des pratiques commerciales déloyales, la publicité effectuée par le professionnel rentre dans la définition de la pratique commerciale. Cela a pour conséquence que la publicité opérée par la plateforme de crowdfunding, dans les limites imposées par le droit financier, ne peut présenter de caractère trompeur. La liste des pratiques commerciales présumées trompeuses pourra avoir vocation à jouer, de même la clause générale de la déloyauté pourra être invoquée par le prospect d'une plateforme de crowdfunding. Pour se faire le prospect devra apporter la preuve du caractère trompeur, la pratique pouvant aussi bien consister en une omission, typiquement ce serait l'hypothèse de l'absence d'indication de la rémunération de la plateforme qui devrait être acquittée par l'investisseur consommateur.

De même, les pratiques commerciales déloyales peuvent servir de fondement à une action intentée contre une plateforme de crowdfunding ayant réalisé une publicité vantant les résultats des derniers projets financés et qui aurait soit gonflé ses résultats, soit totalement inventé ces derniers afin d'attirer de nouveaux investisseurs.

Il ressort de ce chapitre que l'application du droit de la consommation permet à l'investisseur consommateur de voir sa protection amplifiée et de voir ses moyens d'actions, en cas de litige, augmentés. Cependant l'existence de ces dispositions légales n'est intéressante que si elles peuvent être invoquées par le consommateur et qu'elles le sont.

CHAPITRE 2 : L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION MISE EN PLACE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION

169. Pour que la protection instaurée par le droit de la consommation soit effective il faut que des moyens de lutte contre l'inertie des consommateurs existent (section 1) mais aussi que ce dernier, quand il agit, puisse le faire et que son action puisse être fondée sur les dispositions protectrices de droit français (section 2).

SECTION 1 : L'EFFECTIVITÉ GARANTIE PAR LA MISE EN PLACE DE MÉCANISMES PERMETTANT DE LUTTER CONTRE L'INERTIE DU CONSOMMATEUR

170. Afin de lutter contre l'inertie du consommateur il faut soit permettre au consommateur de ne pas aller devant un juge tout en s'assurant que le coût financier de la procédure ne soit pas trop élevé (paragraphe 1), soit lui permettre d'agir devant une juridiction en étant représenté (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'ACTION DU CONSOMMATEUR ENCOURAGÉE PAR LE MÉCANISME DE LA MÉDIATION DE LA CONSOMMATION

171. Comme précisé précédemment, le consommateur n'agit pas toujours en justice pour voir son préjudice réparé. La médiation de la consommation du fait des avantages (A) et des garanties (B) qu'elle présente au profit du consommateur permet de lutter contre l'inertie du consommateur.

A. Un mécanisme présentant des avantages au profit du consommateur

172. Le mécanisme présente divers avantages pour le consommateur, il lui permet de rechercher une solution amiable avec le professionnel (2) en ne souffrant pas d'une procédure lourde voire exténuante (1).

1. Une mise en oeuvre aisée du mécanisme de la médiation de la consommation

173. Avant de développer la mise en œuvre, il convient de préciser que la médiation de la consommation ne peut être sollicitée que par un consommateur ayant conclu un contrat de consommation pour la vente d'un bien ou d'une prestation de service. ainsi sont exclus du champ d'application les litiges ayant pour source un contrat qui ne peut être qualifié de contrat de vente ou de prestation de service¹³⁹.

¹³⁹ V. *supra*, pt 118 et s.

174. La mise en œuvre du mécanisme de la consommation est facilitée par rapport à une quelconque action en justice devant les tribunaux.

Il est vrai que comme tout régime ou procédure il existe certaines conditions à remplir afin de bénéficier du service d'un médiateur de la consommation. Avant de faire appel à la médiation de la consommation le consommateur doit avoir tenté de résoudre son litige directement auprès du professionnel par une réclamation écrite, sa demande ne doit pas être manifestement infondée ou abusive, le litige ne doit pas déjà avoir été examiné ou en cours d'examen par un tribunal ou autre médiateur, le litige doit rentrer dans le champ de compétence du médiateur saisi et enfin la saisine du médiateur ne doit pas intervenir dans un délai supérieur à un an à compter de la réclamation écrite¹⁴⁰.

Ces diverses conditions permettant de statuer sur la recevabilité d'un dossier en médiation ne sont pas insurmontables.

175. De plus, l'accessibilité à un médiateur de la consommation est facilitée pour les consommateurs, en effet le professionnel a l'obligation d'informer le consommateur de la possibilité de recourir à un médiateur¹⁴¹. Le professionnel est même tenu de garantir le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation, soit il mettra en place son propre dispositif, soit il proposera aux consommateurs un médiateur de la consommation existant¹⁴². Ainsi le consommateur est forcément informé du dispositif.

En plus de cela le recours à un médiateur de la consommation s'avère gratuit pour les consommateurs, ce qui est un argument non négligeable. En effet, la majorité du temps les consommateurs n'agissent pas en justice car les faits de procédure à engager sont plus élevés que le montant du préjudice et de la réparation que le consommateur pourrait obtenir.

On voit bien que l'action du consommateur est facilitée par le biais de la médiation de la consommation qui vise la recherche d'une solution amiable.

¹⁴⁰ Art. L.612-2 du Code de la consommation

¹⁴¹ Art. L.111-1, 6° du code de la consommation

¹⁴² Art. L.612-1 du Code de la consommation

2. La recherche d'une solution amiable

176. La fonction du médiateur vise à rechercher une solution amiable au litige opposant le professionnel au consommateur. Pour effectuer sa mission le médiateur va engager aussi bien avec le professionnel qu'avec le consommateur une discussion. Une fois les différents éléments portés à sa connaissance ce dernier va être à même d'identifier si les fondements invoqués par les parties sont ou non recevables. Une spécificité du médiateur est qu'il statue en droit mais qu'il statue aussi en équité. C'est-à-dire que le médiateur va pouvoir prendre en compte le contexte du litige porté à sa connaissance pour rendre son avis. Le fait de statuer en équité représente un réel avantage pour le consommateur, il est possible qu'au vu de sa situation personnelle le médiateur cherche à obtenir un geste de la part d'un professionnel n'ayant commis aucune faute.

177. La procédure enclenchée devant le médiateur n'est pas une procédure obligatoire, ainsi le consommateur comme le professionnel ne sont pas tenu d'y prendre part, peuvent décider d'y mettre et ne sont pas non plus tenu par l'avis rendu par le médiateur¹⁴³. Le consommateur qui se voit rendre un avis défavorable aura, alors toujours la possibilité d'intenter une action en justice devant les juridictions compétentes¹⁴⁴. Il est important de noter que la prescription est interrompue durant la procédure de médiation¹⁴⁵, le consommateur ne verra pas son droit d'agir en justice impacté par la procédure.

La procédure de médiation de la consommation présente donc peu d'inconvénients et de nombreux avantages pour le consommateur, d'autant plus que le mécanisme se voit encadré d'une telle façon que le consommateur peut être rassuré.

B. Un mécanisme assorti de garantie rassurant le consommateur

178. Les activités des médiateurs de la consommation doivent répondre à certaines obligations (2) et des dispositions spécifiques aux conflits d'intérêts existent dans le Code de la consommation afin d'éviter toute partialité de la part d'un médiateur (1).

¹⁴³ Art. R.612-4, 1° du Code de la consommation

¹⁴⁴ Art. R.612-4, 2° du Code de la consommation

¹⁴⁵ Art. 2238 du Code civil

1. La garantie résultant du contrôle de l'exercice des missions du médiateur

179. La première chose à noter, qui va favoriser le recours au mécanisme de la consommation, c'est que le médiateur de la consommation se voit imposer légalement l'obligation d'accomplir "sa mission avec diligence et compétence, en toute indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable"¹⁴⁶. Le médiateur de la consommation doit ainsi "posséder des aptitudes dans le domaine de la médiation" et disposer de "bonnes connaissances juridiques"¹⁴⁷, cette obligation permet de s'assurer que le médiateur sera à même de traiter les litiges qui lui seront soumis au regard du droit.

180. Le second point qui rentre principalement en compte dans les garanties apportées aux consommateurs quant à la qualité du travail des médiateurs de la consommation c'est qu'il existe une commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation. Cette commission a plusieurs missions, une d'entre elles vise expressément l'évaluation des activités du médiateur de la consommation et le contrôle de leur régularité¹⁴⁸.

Le législateur cherche ici à assurer le sérieux du service proposé par les médiateurs de la consommation, ils ont été créés afin de protéger le consommateur il faut donc mettre en place les dispositifs nécessaires afin de garantir un travail de qualité. Cela n'est possible que si le médiateur de la consommation n'est pas dans une situation de conflit d'intérêt.

2. La garantie résultant d'une réglementation exigeante afin d'éviter tout conflit d'intérêt

181. Le médiateur dans l'exercice de ses fonctions doit remplir plusieurs obligations ou conditions qui pour certaines permettent de s'assurer que ledit médiateur ne rendra pas constamment un avis favorable aux professionnels. La première obligation qui permet d'éviter toute partialité du médiateur est celle relative à sa rémunération. En effet la rémunération des médiateurs de la consommation ne peut en aucun cas dépendre des résultats du médiateur¹⁴⁹. Ainsi si le nombre d'avis défavorables aux professionnels sont supérieurs

¹⁴⁶ Art. L.613-1 alinéa 1 du Code de la consommation

¹⁴⁷ Art. L.613-1, 1° du Code de la consommation

¹⁴⁸ Art. L.615-1 du Code de la consommation

¹⁴⁹ Art. L.613-1, 3° du Code de la consommation

cela ne peut engendrer une baisse de rémunération pour le médiateur. Si jamais la rémunération du médiateur est allouée exclusivement par le professionnel, d'autres conditions encadrent l'exercice des fonctions du médiateur¹⁵⁰, toujours dans l'idée de garantir aux consommateurs que son litige sera abordé de façon impartiale.

182. À côté des dispositions relatives à la rémunération du médiateur de la consommation, une autre obligation permet de s'assurer de l'impartialité du médiateur. Le médiateur de la consommation ne doit pas être en situation de conflit d'intérêt. Par nature un conflit d'intérêt à vocation à remettre en cause l'impartialité du médiateur et c'est pourquoi, que tout est fait pour éviter que le médiateur de la consommation se retrouve dans une telle situation. Si jamais le médiateur est en situation de conflit d'intérêt, il a l'obligation de le signaler.

De par les différents éléments développés, on voit bien les intérêts qu'a la médiation de la consommation pour le consommateur investisseur, en cas de litige né dans le cadre d'une opération de crowdfunding. Ce mécanisme n'est pas le seul qui permet de lutter contre les raisons de l'inertie du consommateur. En effet, il existe des associations qui sont autorisées à agir auprès des juridictions compétentes afin de défendre les intérêts du consommateur investisseur.

PARAGRAPHE 2 : L'ACTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR ENCOURAGÉE PAR LA POSSIBILITÉ DE FAIRE APPEL À DES ASSOCIATIONS

183. Le fait d'ouvrir la possibilité à des associations d'agir à la place des investisseurs consommateurs pour la défense de leur intérêt individuel permet de garantir l'application des droits reconnus aux investisseurs consommateurs et de s'assurer par la même occasion du suivi de la réglementation par les professionnels.

Du fait de la double qualité de l'investisseur consommateur, les associations de défense des investisseurs (A), comme les associations de consommateurs (B), pourraient avoir vocation à défendre les intérêts individuels de l'investisseur consommateur.

¹⁵⁰ Art. L.613-2 du Code de la consommation

A. L'action en justice des associations de défense des investisseurs

184. La qualité première de l'investisseur consommateur est celle d'investisseur. A ce titre, avant de se poser une quelconque compatibilité entre l'action d'une association d'investisseurs et d'une association de consommateur (2), il convient de voir de quelle façon une association d'investisseurs peut défendre l'intérêt individuel de l'investisseur (1).

1. La recevabilité de l'action en justice d'une association de défense des investisseurs en représentation de l'intérêt individuel

185. Pour être recevable à agir en défense de l'intérêt individuel d'un investisseur, l'association d'investisseurs doit remplir plusieurs conditions. Ainsi l'association pour agir doit avoir été régulièrement déclarée, avoir comme objet statutaire la défense des investisseurs en titres financiers ou en produits financiers¹⁵¹. Ainsi en matière de crowdfunding les associations d'investisseurs auront surtout vocation à agir dans le cadre d'un litige opposant un porteur de projet aux investisseurs ayant investi dans ledit projet.

186. En plus de ces conditions, l'association doit soit être une association agréée, soit répondre aux critères de détention de droits de vote définis par l'article L.22-10-44 du Code de commerce, sous réserve d'avoir communiqué leurs statuts à l'AMF¹⁵². Si l'association est une association agréée elle doit en plus de répondre aux conditions relatives à l'agrément, à savoir que ses dirigeants doivent être majeurs, doivent justifier de leur capacité à diriger ladite association, ne pas être concerné par certaines mesures prises en cas de mauvaise gestion d'une activité, doit exister depuis 6 mois, avoir au moins 200 membres cotisants. À partir du moment où l'association remplit les conditions, l'association est recevable à agir au nom d'investisseurs pour obtenir réparation de leur préjudice. Il faut noter qu'une telle action n'est ouverte qu'à la condition que les investisseurs victimes aient subi des préjudices individuels qui résultent tous d'une même personne et qu'ils aient une origine commune. De plus l'action ne pourra être intentée que si l'association a été mandatée par au moins deux des investisseurs concernés¹⁵³.

¹⁵¹ Art. L.452-1 du CMF

¹⁵² *Ibid*, n°151

¹⁵³ Art. L.452-2 du CMF

Dans le cadre du crowdfunding, il n'est pas rare de voir que les investisseurs sont aussi des consommateurs, de ce fait il faut obligatoirement s'interroger sur la possible intervention d'une association de consommateurs.

2. La compatibilité avec l'action d'autres associations, notamment celles de consommateurs

187. Cette question de compatibilité entre l'action des deux types d'association ne se pose que si les deux associations seraient susceptibles d'agir en défense de l'intérêt collectif ou individuel des investisseurs consommateurs.

Il s'avère que la question n'a pas attendu l'émergence du crowdfunding pour être posée à la Cour de cassation. En effet il s'est avéré que c'est dans le cadre d'une autre situation que la question s'est posée devant la Cour de cassation en 2017¹⁵⁴. Cette affaire ne concerne en réalité pas une action en défense d'intérêt individuel d'investisseur consommateur mais concerne une intervention volontaire à l'instance d'une association de consommateurs. Même si les faits ne sont pas similaires à l'approche des actions d'associations de ce mémoire, la réponse, à un moyen invoqué par le demandeur initiale s'opposant à l'intervention volontaire de l'association de consommateurs, a vocation à s'appliquer plus largement à toutes les actions des associations d'investisseurs et de consommateurs.

188. Il a été soulevé devant la haute juridiction que : “les dispositions des articles L.421-1 et L.421-7 du Code de la consommation sont inapplicables aux actions indemnitaires relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs ou de certaines catégories d'entre eux, lesquelles relèvent des seuls articles L.452-1 et suivants du CMF”. Ce à quoi la Cour de cassation a répondu en substance que l'article L.421-7 du Code de la consommation permettait bien à une association de consommateurs d'intervenir volontairement devant les juridictions civiles quand la demande initiale vise à obtenir la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs et que ce préjudice a pour origine des faits qui ne sont pas susceptibles de constituer une infraction pénale. Ainsi la réponse de la Cour de cassation ne laisse planer aucun doute, les actions exercées par les deux types d'associations sont bien compatibles.

¹⁵⁴ Com. 18 oct. 2017, n°16-10.271

Il convient donc de s'intéresser aux actions des associations de consommateurs et plus spécifiquement à l'action de groupe.

B. L'action de groupe des associations de consommateur

189. Pour s'intéresser aux préjudices susceptibles d'être indemnisés par une action de groupe (2) il faut bien comprendre l'action de groupe et les conditions à remplir pour la mettre en œuvre (1).

1. Les conditions de l'action de groupe

190. Afin d'intenter une action de groupe il faut rentrer dans le champ d'application de l'action¹⁵⁵. Ainsi cette action ne peut être intentée que si la demande porte sur un préjudice subi par une pluralité de consommateurs et dont l'origine est commune. Ce préjudice doit en plus résulter d'un manquement du professionnel à ses obligations légales, ces dernières ne sont pas limitées, c'est-à-dire que les obligations légales peuvent aussi bien avoir pour source le Code de la consommation qu'un autre Code, ce qui dans le cadre du financement participatif est intéressant et avantageux pour l'investisseur consommateur. Une condition qui est plus restrictive et qui va exclure un cas de litige qui pourrait naître dans le cadre des opérations de crowdfunding est la condition relative à la naissance du préjudice. Ce dernier doit être né à l'occasion d'une vente de bien, de la fourniture d'un service ou d'une location d'immeuble. Dans les cas qui rentrent dans le champ d'application de l'action de groupe, l'association sera recevable à agir, à condition d'être agréée pour, et pourra demander réparation du préjudice patrimonial résultant de dommages matériels. Il faut noter que cette action ne permet que de demander des dommages et intérêts, l'action permettra de réparer le préjudice de l'investisseur consommateur.

191. L'action de groupe est une arme qui se veut redoutable car en effet pour l'intenter il n'est pas nécessaire d'avoir déjà identifié de nombreux consommateurs, le juge va s'appuyer sur un échantillon de consommateur représentatif et fixer le groupe de consommateur susceptible d'être réparés, ainsi que prévoir les critères de rattachement au groupe et déterminer les préjudices susceptibles d'être réparés. Après cette phase une phase de publicité

¹⁵⁵ Art. L.623-1 du Code de la consommation

permettant d'identifier les consommateurs susceptibles d'être rattachés va être mise en œuvre, et va in fine déboucher sur l'indemnisation des consommateurs.

Afin de voir si les intérêts que représente cette action sont susceptibles de bénéficier aux investisseurs consommateurs il faut déterminer si les contrats conclus rentrent dans le champ d'application du mécanisme.

2. L'application aux préjudices pouvant naître lors des opérations de crowdfunding

192. Ainsi il faut distinguer les différents contrats conclus lors d'une opération de crowdfunding.

En premier lieu, l'investisseur consommateur va contracter avec la plateforme de crowdfunding. Qu'il soit question d'une plateforme de crowdequity ou de crowdlending la plateforme fournit, en partie, un service d'intermédiation. Le contrat conclu entre une plateforme de crowdfunding et l'investisseur consommateur est donc un contrat de prestation de service

En second lieu, les contrats conclus entre les porteurs de projet et l'investisseur consommateur ne sont pas qualifiés de la même façon selon qu'il est question de crowdequity ou de crowdlending. Ainsi, si le contrat est conclu dans le cadre d'une opération de crowdlending il a déjà été expliqué la raison pour laquelle la qualification de contrat de prestation de service ne pouvait pas être retenue. Alors que le contrat conclu dans le cadre du crowdequity peut être qualifié de contrat de vente.¹⁵⁶

193. Le préjudice subi par les investisseurs consommateurs dans le cadre d'une opération de crowdfunding pourra faire l'objet d'une action de groupe quand il aura pour origine un non respect de la plateforme de crowdfunding de ses obligations, ou le non respect du porteur de projet mais seulement dans les opérations de crowdequity.

On voit bien que les associations de consommateurs, comme d'investisseurs, sont susceptibles d'agir si les opérations de crowdfunding causent un préjudice aux investisseurs consommateurs, ce qui permet d'assurer le recours aux dispositions protectrices du consommateur. Cependant il faut aussi permettre à l'investisseur consommateur d'agir lui-même quand il le souhaite.

¹⁵⁶ V. supra, pt 120 et s.

SECTION 2 : L'EFFECTIVITÉ GARANTIE PAR DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SPÉCIFIQUES

194. Le droit international privé prévoit des dispositions spécifiques aux litiges auxquels figure un consommateur ce qui permet d'assurer l'effectivité du droit qui lui est applicable et donc par la suite sa protection. Cela est d'autant plus vrai quand son cocontractant n'est pas domicilié ou établi en France, ici les questions évoquées trouveront un grand intérêt notamment après la mise en place du statut de PSFP. Les règles de droit protègent le consommateur que ce soit au stade de la détermination de la loi applicable (paragraphe 1) ou au stade de la question du juge compétent (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : La protection du consommateur par les règles de droit international privé déterminant la loi applicable au litige

195. Avant de s'intéresser à la question de la réglementation spécifique aux contrats de consommation quant à la loi applicable (B) il convient de déterminer le champ d'application de la réglementation spécifique aux opérations de crowdfunding (A).

A. Le champ d'application de la réglementation financière en matière de crowdfunding

196. La réglementation financière relative à l'encadrement des plateformes de crowdfunding s'apprête sous peu à être modifiée par le droit européen, ainsi en plus de s'interroger sur l'application territoriale du droit français (1), il faut s'intéresser à celle du droit européen (2).

1. L'application territoriale du droit français

197. L'article L.547-3 du CMF définit les CIP comme étant "des personnes morales établies en France". Ce faisant le législateur français a prévu, "par une règle de conflit de lois unilatérale"¹⁵⁷, le champ d'application spatial de la réglementation française en la matière. La réglementation française s'applique donc aux CIP qui sont établis en France. Concernant les IFP, l'article les concernant ne pose pas de condition relative à l'établissement de l'IFP en France. Cependant, tout comme les CIP, les IFP ont l'obligation d'être immatriculés au registre de l'ORIAS or pour ce faire il faut nécessairement être établi en France¹⁵⁸. La réglementation française mise en place par l'ordonnance du 30 mai 2014 est donc d'application territoriale.

198. À partir de là, il faut s'interroger sur deux points. Le premier étant l'existence d'un investisseur étranger et le second les conséquences que pourrait avoir des porteurs de projet étranger quant à l'applicabilité de la réglementation française en matière de crowdfunding. En effet l'ordonnance n'interdit à aucun moment qu'un porteur de projet étranger, ou qu'un investisseur étranger, ait recours à une plateforme de crowdfunding établie en France. Ainsi à condition de respecter les limites déjà énoncées¹⁵⁹ il ne devrait y avoir aucun obstacle. De plus, la plateforme de crowdfunding sollicitée par un porteur de projet, ou un investisseur, étranger devra toujours respecter la réglementation française du fait de son lieu d'établissement en France.

La réglementation française mise en place par l'ordonnance du 30 mai 2014 va sous peu être modifiée du fait de l'entrée en vigueur, prochaine, du règlement (UE) 2020/1503 du 7 octobre 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs.

¹⁵⁷ M.-C. de LAMBERTYE-AUTRAND, C.KLEINER, L.USUNIER, "L'activité transfrontalière des plateformes de financement participatif", *Le cadre juridique du crowdfunding, société de la législation comparée*, 2015, pt 4.

¹⁵⁸ V. *supra*, pt 37 et s.

¹⁵⁹ V. *supra*, pt 28 et 37 et s.

2. L'application territoriale du droit européen

199. Très succinctement, l'article 3 du règlement (UE) 2020/1503 du 7 octobre 2020, précise que "les services de financement participatif ne sont fournis que par des personnes morales qui sont établies dans l'Union... ". Très logiquement, comme cela a été développé dans le point précédent, cet article instaure donc une règle de conflit de loi unilatérale selon laquelle la réglementation européenne doit être respectée par tous les prestataires qui souhaitent exercer des services de financement au sein de l'UE, ces derniers sont d'ailleurs obligés de demander un agrément auprès de l'autorité compétente de l'Etat membre au sein duquel ils sont établis.

200. De même l'externalité du porteur de projet ou de l'investisseur ne remet pas en cause l'obligation pour le PSFP de respecter la réglementation européenne en matière de crowdfunding.

201. Ainsi la protection qu'assure le droit financier en la matière de crowdfunding a vocation à s'appliquer à partir du moment où une plateforme de crowdfunding souhaite exercer ses activités en France. Cependant il est quand même possible qu'un élément d'extranéité rentre en compte, ce dernier serait susceptible de s'interroger quant à la loi applicable. Notamment, pour déterminer si les dispositions protectrices du Code de la consommation seraient applicables dans le cadre d'un contrat conclu entre le consommateur et un porteur de projet étranger ou avec une plateforme européenne, établie dans un Etat membre qui a une réglementation moins favorable aux consommateurs, encore que ce cas se raréfie.

B. Les règles spécifiques aux contrats conclus entre un consommateur et un professionnel en matière de loi applicable

202. Du fait de la qualité de consommateur d'investisseur il est possible que dans certains cas la règle spécifique quant à la loi applicable ait vocation à jouer (1). De même, la question du choix de loi applicable peut être influencée par la qualité de consommateur (2).

1. La loi applicable en matière de contrat de consommation

203. À condition de rentrer dans le champ d'application du règlement Rome I¹⁶⁰, c'est-à-dire d'être dans le cadre d'un litige civil ou commercial, que le juge saisi soit celui d'un Etat membre de l'UE, et que la date de conclusion du contrat soit postérieure au 17 décembre 2009, le règlement prévoit une règle spécifique pour les contrats de consommation. En effet l'article 6 dudit règlement prévoit qu'en présence d'un contrat de consommation, c'est-à-dire d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, et d'une activité exercée dans le pays de résidence habituelle du consommateur ou tout du moins dirigée vers cet État¹⁶¹, la loi applicable au contrat est celle de la résidence habituelle du consommateur. Ce dernier se voit ainsi assurer la protection garantie par la législation de son pays, la législation qu'il est censé la mieux connaître et dont l'application lui semble prévisible.

204. Cependant il est à noter que l'article 6, 4. d) du règlement Rome I exclut du champ d'application de l'article 6 "les droits et obligations qui constituent des instruments financiers". Ainsi l'investisseur consommateur ayant conclu un contrat avec un porteur de projet dans le cadre d'une opération de crowdfunding¹⁶² ne pourra pas bénéficier de l'application de l'article 6 du règlement Rome I. En revanche, la fourniture de services financiers n'est pas concernée par cette exclusion¹⁶³. De ce fait, les contrats conclus entre les plateformes de crowdfunding et les investisseurs consommateurs, à condition de remplir les conditions nécessaires, se verront appliquer la loi de la résidence habituelle du consommateur.

Une fois la question de la loi applicable résolue se pose la question de savoir s'il est possible pour les parties de choisir la loi applicable au contrat.

¹⁶⁰ Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

¹⁶¹ V. *infra*, pt 210

¹⁶² V. *supra*, pt 141

¹⁶³ M.-C. de LAMBERTYE-AUTRAND, C.KLEINER, L.USUNIER, "L'activité transfrontalière des plateformes de financement participatif", Le cadre juridique du crowdfunding, société de la législation comparée, 2015, pt 30.

2. La question du choix de loi en matière de contrat de consommation

205. L'hypothèse d'un choix de loi n'est pas inintéressante, il est possible qu'au sein des CGU de la plateforme, ou dans les conditions contractuelles du professionnel il soit prévu qu'une certaine loi, différente de celle du lieu de résidence habituelle du consommateur, soit applicable au contrat conclu. L'article 6, 2. du règlement Rome 1 prévoit la possibilité pour les cocontractants de choisir la loi applicable au contrat. Il est précisé que ce choix ne peut en aucun cas "priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix".

Ainsi le juge saisi d'un contrat de consommation au sein duquel figure un choix de loi devra appliquer cette dite loi tout en comparant le niveau de protection de la loi choisie avec celui de la loi applicable sans choix de loi.

206. Il est à rappeler qu'en cas de choix de loi, il est nécessaire pour le professionnel d'indiquer au consommateur qu'il bénéficie, malgré ce choix de loi, des dispositions de l'État de sa résidence habituelle qui lui assurent une protection plus importante¹⁶⁴.

Le fait que soit reconnue la qualification de contrat de consommation garantie au consommateur, à condition notamment d'avoir un professionnel qui réalise son activité dans l'Etat de résidence du consommateur ou du moins la dirige vers cet État, l'application du droit qu'il connaît et qui peut être plus protecteur.

La protection du consommateur passe aussi par la possibilité pour ce dernier de saisir un juge siège non loin du domicile du consommateur.

PARAGRAPHE 2 : La protection de l'investisseur consommateur du fait du juge compétent pour statuer

207. La protection de l'investisseur consommateur sur le terrain du juge compétent est aussi bien assurée par le droit international privé (A) que par le droit interne (B).

¹⁶⁴ CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-191/15

A. La compétence du juge au regard du droit international privé

208. Afin de déterminer si l'investisseur consommateur bénéficie d'une protection, c'est-à-dire qu'il peut saisir un juge non loin de son domicile, même si des éléments d'externalité existent il faut étudier les règles de compétence du droit international privé en cas de saisine par un consommateur (1) mais aussi s'interroger sur la validité d'une clause attributive de juridiction (2).

1. Le juge compétent en cas de saisine par un consommateur

209. Le règlement Bruxelles 1 bis¹⁶⁵ vise à identifier le juge compétent pour statuer sur les litiges civils et commerciaux, pour les actions intentées après le 10 janvier 2015, à condition que le défendeur soit domicilié dans l'UE. Il existe dans le cadre des contrats de consommation une extension du champ d'application, en effet le règlement est applicable à partir du moment où le professionnel dispose d'une succursale dans l'UE ou que le consommateur soit domicilié dans l'UE.

210. L'article 18 du règlement offre une option au consommateur demandeur entre les juridictions de l'Etat membre où il est domicilié ou les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le professionnel.

Ainsi l'investisseur consommateur pourra saisir les juridictions de son domicile, ce qui lui facilite l'accès à la justice et donc l'exercice d'une action contre le professionnel.

Il faut cependant faire attention cette option n'est ouverte que si le professionnel exerce son activité dans l'Etat du domicile du consommateur ou tout du moins qu'il dirige son activité vers cet État. Est entendu par là non pas le simple accès aux services du professionnel mais bien le fait que le professionnel cherchait à cibler l'État où est domicilié le consommateur¹⁶⁶.

L'action de l'investisseur consommateur sera donc facilitée du fait de la possibilité de saisir les juridictions de son État de domiciliation. En effet, à l'inverse, il paraît très probable que de nombreux investisseurs consommateurs n'intenteraient pas d'action en justice contre le

¹⁶⁵ Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

¹⁶⁶ CJUE, 7 déc. 2010, aff. C-585/08 et C-144/09

professionnel. Ce qui amène à se poser la question de savoir si le professionnel peut prévoir une clause attributive de juridiction.

2. La question des clauses attributives de juridictions dans un contrat de consommation

211. L'article 19 du règlement prévoit la possibilité de voir appliquer de telles clauses mais dans un nombre de cas très limités.

Ainsi une telle clause n'est valable que dans trois cas. La clause sera valable si elle est postérieure à la naissance du différend, si elle augmente au profit du consommateur le nombre d'option ou enfin si le contrat de consommation initialement conclu était un contrat interne et que la clause désigne comme juridictions compétentes celles de l'Etat membre où le professionnel comme le consommateur étaient domiciliés au moment de la conclusion.

212. On voit bien ici la volonté du législateur européen de ne pas être impacté par son lieu de domicile pour la saisine du juge. Imaginons que le porteur de projet soit domicilié en Chine par exemple et que l'investisseur consommateur soit lui domicilié en France. On voit mal le consommateur agir contre le porteur de projet s'il devait saisir une juridiction chinoise.

La même logique existe en droit interne, il faut permettre au demandeur consommateur d'agir devant une juridiction proche de son domicile.

B. La compétence du juge au regard du droit interne

213. Avant d'étudier la compétence territoriale (2), qui nous intéresse tout particulièrement car les règles en place permettent de lutter contre l'inertie du consommateur, il convient d'aborder rapidement la compétence matérielle des juridictions françaises (1).

1. La compétence matérielle en cas de saisine par un consommateur

214. La spécificité ici est que dans le cadre d'un contrat de consommation, une des parties est un professionnel et l'autre un consommateur, ainsi le contrat conclu est qualifié de mixte. Or une spécificité existe quand une demande en justice est effectuée dans le cadre d'une relation contractuelle mixte. En effet selon le demandeur le tribunal compétent pour connaître du litige ne sera pas le même.

Si le professionnel est demandeur il n'aura d'autre choix que d'intenter son action devant le tribunal judiciaire.

En revanche si le consommateur est demandeur il aura une option, il pourra soit intenter son action devant le tribunal judiciaire, soit devant le tribunal de commerce. Il s'avère que dans la majorité du temps les consommateurs vont saisir le tribunal judiciaire et non pas celui de commerce.

215. Il faut noter que les litiges de consommation sont souvent des litiges où les montants des demandes sont assez faibles. Il est vrai que dans le cadre d'opération de crowdfunding les montants peuvent être plus élevés mais il est fort probable que le montant de la demande en justice n'excède pas la somme de 5.000 euros. Dans ce cas les parties devront obligatoirement tenter avant toute procédure judiciaire un règlement amiable, qui représente pour le consommateur investisseur des avantages non négligeables qui sont semblables à ceux de la médiation de la consommation¹⁶⁷.

L'investisseur consommateur est d'autant plus protégé qu'il est incité à agir en justice du fait de la localité de la juridiction qu'il peut saisir.

2. La compétence territoriale en cas de saisine par un consommateur

216. En principe l'article 44 du Code de procédure civile prévoit que le demandeur doit saisir la juridiction territorialement compétente au regard du lieu où demeure le défendeur, ce qui peut s'avérer être un inconvénient et un frein à toute action du consommateur investisseur.

Cependant cette règle connaît de nombreuses exceptions, notamment en matière contractuelle, l'article 46 du même Code ouvre une option au profit du demandeur, qui peut aussi saisir la juridiction territorialement compétente au regard du lieu d'exécution de prestation de service ou du lieu de livraison effective de la chose.

217. Une disposition, qui n'est pas dans le Code de procédure civile, nous intéresse tout particulièrement, c'est l'article R.631-3 du Code de la consommation. Cet article offre, au consommateur demandeur une option. Ce dernier peut soit se référer aux règles issues du

¹⁶⁷ V. *supra*, pt 171 et s.

Code de procédure civile qui viennent d'être énoncées, soit saisir la juridiction du lieu où il demeurerait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable. Cette disposition permet la majorité du temps aux consommateurs de ne pas avoir à se déplacer trop loin pour faire entendre leurs droits, ce qui encourage les actions contre les professionnels.

Au regard de cela on comprend aisément le fait qu'une clause attributive de juridiction ne soit valable que quand elle est conclue entre deux professionnels et qu'elle est spécifiée de façon très apparente¹⁶⁸. En effet une telle clause serait néfaste pour le consommateur qui risquerait de renoncer à toute action.

¹⁶⁸ Art. 48 du Code de procédure civile

CONCLUSION

217. Au cours des divers développements effectués dans le cadre de ce mémoire il est possible de constater qu'en effet il existe bien une volonté des législateurs français ainsi qu'europpéen d'encourager le recours au crowdfunding. Cependant cette volonté est aussi assortie d'une autre volonté, qui n'est pas nouvelle, à savoir la protection de l'investisseur. Cette seconde volonté est d'autant plus forte que dans un grand nombre de cas l'investisseur aura aussi la qualité de consommateur. Ainsi le législateur français en premier, suivi par le législateur européen, ont choisi d'encadrer de protéger l'investisseur en encadrant l'activité exercée par la plateforme de crowdfunding. La protection ainsi assurée et qui a été détaillée est dans un premier temps complétée par des dispositions du droit des plateformes numériques puis dans un second par des dispositions qui ont potentiellement vocation à s'appliquer du fait de la qualité de consommateur de l'investisseur. La spécificité des opérations en cours a pu soulever quelques difficultés de qualification ou de champ d'application des dispositions relatives aux consommateurs. Cependant il est à noter qu'un certain nombre ont vocation à s'appliquer à la majorité des contrats qui peuvent être conclus dans le cadre des opérations de crowdfunding. Ainsi le consommateur investisseur est relativement assez bien protégé dans les opérations de crowdfunding.

218. Un inconvénient cependant, est que la protection mise en place résulte d'une multitude de dispositions, issues de divers régimes. Ce qui peut conduire à un manque de clarté quant aux dispositions que l'investisseur consommateur peut invoquer. Il serait souhaitable d'établir des guides afin de préciser exactement dans quels cas quelles dispositions ont vocation à s'appliquer.

Ce risque d'illisibilité va peut-être se voir légèrement diminué par l'entrée en vigueur du règlement (UE) 2020/1503 du 7 octobre 2020, le 10 novembre 2021. En effet le règlement instaure un statut unique pour les plateformes de crowdfunding ce qui permet une approche plus aisée de la réglementation et peut une meilleure compréhension des obligations des plateformes de crowdfunding du fait de leur statut de PSFP.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

V.L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAIDARA, Droit des activités numériques, Précis Dalloz, 2014

Sous la direction d'Anne-Valérie LE FUR, Le cadre juridique du crowdfunding, société de la législation comparée, 2015

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

Ouvrages spéciaux

ACPR et AMF, S'informer sur le nouveau cadre applicable au financement participatif, 30 septembre 2014 (mis à jour le 26 août 2016 et le 09 mai 2017)

Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Libérer le potentiel du financement participatif dans l'Union européenne, 27 mars 2014, COM (2014) 172 final

Commission des clauses abusives, Recomm. n°14-02, Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux, n°14

Commission européenne, DG Justice, *Document d'orientation de la DG Justice concernant la directive 2011/83/UE*, juin 2014, p.72

Articles

Iris M. BARSAN, "La régulation des plateformes de financement participatif", Droit et patrimoine n°274, 1er nov. 2017

Alexandra BENSAMOUN et Julie GROFFE, Création numérique, Répertoire IP/IT et Communication, 2013

Philippe DIDIER et Nathalie MARTINAL-BRAZ, "Certitudes et incertitudes en matière de crowdfunding", Recueil Dalloz, 2016

Caroline KLEINER et Emeric PREVOST, Chronique de droit financier international, RD bancaire et fin, n°2, mars 2021

Kevin MAGNIER-MERRAN, "La "plate-formologie" ou l'art de se dégager de l'essentiel - Aspects contractuels du crowdfunding", AJ contrat 2017, p.421, n°5

Alban MARTINAT, “C comme... - Crowdfunding”, Juris associations, 2015, n°521

Sophie SABATHIER, “Le nouvel investisseur en financement participatif”, RD bancaire et fin n°4, 2016, étude 21

INDEX

A

Association en défense des consommateurs, 190 et s.
Association en défense des investisseurs, 185 et s.

C

CIP, 24 et s.,
Clause abusive, 146 et s.
Commerce électronique, 70 et s.
Compétence du juge, 208 et s.
Contrat conclu à distance, 131 et s.
Contrat de prestations de services, 120 et s.
Contrat de vente, 120 et s.
Contrat électronique, 78 et s.

D

Démarchage, 43 et s.
Double clic, 78
Droit de rétractation, 141 et s.

I

IFP, 36 et s.

L

Loi applicable, 202 et s.
- clause de choix de loi, 205 et s.

M

Médiation de la consommation, 172 et s.
Monopole bancaire, 33 et s.

O

Obligation d'abstention, 63
Obligations de bonne conduite, 56 et s.
Obligation de mise en garde, 60 et s.
Obligation de s'informer, 58 et s.
Opérateur de plateforme en ligne, 81 et s.

P

Pratiques commerciales déloyales, 160 et s.
PSI, 20 et s.
Publicité, 48 et s.

R

Responsabilité des plateformes, 92 et s.
- qualification d'éditeur ou d'hébergeur, 95 et s.
- critère de la neutralité technique, 100 et s.

S

Services financiers, 136 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	1
LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
TITRE 1 : LA PROTECTION DES INVESTISSEURS PAR L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING	11
CHAPITRE 1 : L'ALLÈGEMENT DU RÉGIME APPLICABLE AUX PLATEFORMES DE CROWDFUNDING EN DROIT FINANCIER NE REMETTANT PAS EN CAUSE LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR	11
SECTION 1 : LA CRÉATION DE STATUTS SPÉCIFIQUES AUX PLATEFORMES DE CROWDFUNDING POUR LIBÉRALISER TOUT EN SÉCURISANT LE RECOURS AU CROWDFUNDING	12
PARAGRAPHE 1 : L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES EXERÇANT UNE ACTIVITÉ DE CROWDEQUITY	12
A. Le recours au statut préexistant de PSI	12
1. Le recours au statut de PSI avant l'ordonnance du 30 mai 2014	12
2. La continuité instaurée par l'ordonnance du 30 mai 2014	13
B. La création du nouveau statut de CIP	14
1. L'accessibilité au nouveau statut de CIP ne remettant pas en cause la protection de l'investisseur	14
2. L'opportunité de la création du statut de CIP	16
PARAGRAPHE 2 : LES PLATEFORMES EXERCANT UNE ACTIVITE DE CROWDLENDING	17
A. Le monopole bancaire, visant en partie à protéger l'épargne publique, remis en cause	17
1. Le monopole bancaire gage de sûreté de l'épargne publique	17
2. La nouvelle exception au monopole bancaire apportée par l'ordonnance du 30 mai 2014	19
B. Le statut d'IFP permettant de contrebalancer et d'assurer la protection de l'investisseur	20
1. La protection de l'investisseur par la mise en place du statut d'IFP	20
2. L'opportunité de la création du statut d'IFP	21
SECTION 2 : UNE DIVERSITÉ D'OBLIGATIONS PESANT SUR LES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING PERMETTANT LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR	22

PARAGRAPHE 1 : L'ENCADREMENT DE LA PROMOTION EFFECTUÉE PAR LES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING	22
A. Le démarchage	22
1. La réglementation du démarchage en droit financier	23
2. L'application de la réglementation du démarchage bancaire et financier au crowdfunding	24
B. La publicité	25
1. La réglementation française des communications commerciales des plateformes de crowdfunding	25
2. La comparaison des réglementations françaises et européennes en la matière	26
PARAGRAPHE 2 : LES OBLIGATIONS DE BONNES CONDUITES ASSURANT LA PROTECTION DES INVESTISSEURS	28
A. Le socle d'obligations commun à toutes les plateformes de crowdfunding	28
1. La protection de l'investisseur classiquement assurée par une obligation de s'informer	28
2. La protection de l'investisseur classiquement assurée par une obligation d'information accompagnée d'une obligation de mise en garde	30
B. Des obligations spécifiques en fonction du statut de la plateforme	31
1. Les obligations spécifiques au statut de CIP permettant la protection des investisseurs	31
2. Les obligations spécifiques au statut d'IFP permettant la protection des investisseurs	32
CHAPITRE 2 : L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING MIS EN PLACE PAR LE DROIT FINANCIER COMPLÉTÉ PAR LE DROIT DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES	33
SECTION 1 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR RÉSULTANT DES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LE DROIT DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES	33
PARAGRAPHE 1 : LA PROTECTION RÉSULTANT DE LA QUALIFICATION DE L'ACTIVITÉ DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING	33
A. La qualification des activités des plateformes de crowdfunding de commerce électronique	34
1. L'activité de commerce électronique	34
2. L'activité des plateformes de crowdfunding	35
B. L'application d'une multitude de dispositions protectrices résultant de la qualification d'activité de commerce électronique	35
1. Le régime protecteur spécifique au commerce électronique	36
2. L'application de dispositions protectrices des investisseurs du fait de la nature électronique du contrat	36
PARAGRAPHE 2 : LA PROTECTION RÉSULTANT DE LA QUALIFICATION DE LA PLATEFORME D'OPÉRATION DE PLATEFORME EN LIGNE	37
A. La qualification d'opérateur de plateforme en ligne	38

1. Les opérateurs de plateforme en ligne recoupant une diversité de cas	38
2. La qualification d'opérateurs de plateforme en ligne des plateformes de crowdfunding	39
B. Les obligations des opérateurs de plateformes en ligne protégeant les investisseurs consommateurs	40
1. Les obligations d'informations des opérateurs de plateformes en ligne	40
2. Le devoir de loyauté des opérateurs de plateformes en ligne	41

SECTION 2 : LA MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING PAR L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR	41
---	-----------

PARAGRAPHE 1 : UN RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DIFFÉRENT SELON LE RÔLE ACTIF OU PASSIF DE LA PLATEFORME	42
A. La distinction des régimes applicables à l'éditeur et l'hébergeur	42
1. La clarification des statuts d'éditeur et d'hébergeur	42
2. Des intérêts antinomiques des plateformes et des utilisateurs	43
B. Le critère de distinction retenue et précisé par les juges	43
1. Le critère de la neutralité technique ou le critère substantiel de l'objet de l'activité	44
2. La consécration du critère de la neutralité technique par la jurisprudence	44

PARAGRAPHE 2 : LA PASSIVITÉ DES PLATEFORMES DE CROWDFUNDING POUVANT ÊTRE REMIS EN CAUSE	45
A. Le rôle des CIP et des IFP	45
1. Le rôle des CIP	46
2. Le rôle des IFP	46
B. Le rôle des PSFP	47
1. Les activités des PSFP	47
2. Le rôle passif des PSFP	48

TITRE 2 : UNE PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR GARANTIE PAR L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION	48
---	-----------

CHAPITRE 1 : L'APPLICABILITÉ DE CERTAINES DISPOSITIONS DU DROIT DE LA CONSOMMATION

SECTION 1 : LA QUALIFICATION DES CONTRATS CONCLUS DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE CROWDFUNDING	49
---	-----------

PARAGRAPHE 1 : LA QUALIFICATION DE CONTRAT DE VENTE OU DE PRESTATION DE SERVICE	50
A. Une qualification soulevant certaines difficultés	50
1. Les définitions de contrat de vente et de prestation de services	50
2. La qualification en matière de crowdfunding	51

B. La protection des investisseurs consommateurs résultant de l'application du régime des contrats de vente ou de prestation de service	53
1. Les obligations précontractuelles d'information	53
2. Les sanctions du manquement à l'obligation précontractuelle d'information	54
PARAGRAPHE 2 : LA QUALIFICATION DE CONTRAT CONCLUS À DISTANCE PORTANT SUR DES SERVICES FINANCIERS	55
A. Le champ d'application du régime protecteur des contrats conclus à distance	55
1. La définition de contrat conclu à distance	55
2. La qualification de services financiers	56
B. Le régime protecteur de l'investisseur en matière de contrat à distance	57
1. Les obligations renforcées du professionnel	57
2. L'existence d'un délai de rétractation	58
SECTION 2 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR PAR LE RECOURS AUX MÉCANISMES DE DÉFENSE DU DROIT DE LA CONSOMMATION	60
PARAGRAPHE 1 : LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR PAR LE RECOURS AU MÉCANISME DES CLAUSES ABUSIVES	60
A. Le régime des clauses abusives	60
1. Le mécanisme des clauses abusives	60
2. Les sanctions des clauses abusives permettant de protéger les intérêts du consommateur	62
B. L'intérêt du recours au mécanisme des clauses abusives dans le cadre du crowdfunding	63
1. La tentation des plateformes de se dégager de toute responsabilité	63
2. Le recours au mécanisme pour priver d'effet certaines clauses des conditions générales d'utilisation des plateformes de crowdfunding	64
PARAGRAPHE 2 : LE MÉCANISME DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES	65
A. Le régime des pratiques commerciales déloyales	66
1. Le mécanisme des pratiques commerciales déloyales	66
2. Des sanctions dissuasives pour les professionnels	67
B. L'intérêt de l'application des pratiques commerciales déloyales en matière de crowdfunding	68
1. Un intérêt frappant du fait de l'existence d'un label	68
2. Un intérêt plus subsidiaire du fait de la possibilité de recourir à la publicité	70
CHAPITRE 2 : L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION MISE EN PLACE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION	70

SECTION 1 : L'EFFECTIVITÉ GARANTIE PAR LA MISE EN PLACE DE MÉCANISMES PERMETTANT DE LUTTER CONTRE L'INERTIE DU CONSOMMATEUR	71
---	----

PARAGRAPHE 1 : L'ACTION DU CONSOMMATEUR ENCOURAGÉE PAR LE MÉCANISME DE LA MÉDIATION DE LA CONSOMMATION	71
A. Un mécanisme présentant des avantages au profit du consommateur	71
1. Une mise en oeuvre aisée du mécanisme de la médiation de la consommation	71
2. La recherche d'une solution amiable	73
B. Un mécanisme assorti de garantie rassurant le consommateur	73
1. La garantie résultant du contrôle de l'exercice des missions du médiateur	74
2. La garantie résultant d'une réglementation exigeante afin d'éviter tout conflit d'intérêt	74

PARAGRAPHE 2 : L'ACTION DE L'INVESTISSEUR CONSOMMATEUR ENCOURAGÉE PAR LA POSSIBILITÉ DE FAIRE APPEL À DES ASSOCIATIONS	75
A. L'action en justice des associations de défense des investisseurs	76
1. La recevabilité de l'action en justice d'une association de défense des investisseurs en représentation de l'intérêt individuel	76
2. La compatibilité avec l'action d'autres associations, notamment celles de consommateurs	77
B. L'action de groupe des associations de consommateur	78
1. Les conditions de l'action de groupe	78
2. L'application aux préjudices pouvant naître lors des opérations de crowdfunding	79

SECTION 2 : L'EFFECTIVITÉ GARANTIE PAR DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SPÉCIFIQUES	80
--	----

PARAGRAPHE 1 : La protection du consommateur par les règles de droit international privé déterminant la loi applicable au litige	80
A. Le champ d'application de la réglementation financière en matière de crowdfunding	80
1. L'application territoriale du droit français	81
2. L'application territoriale du droit européen	82
B. Les règles spécifiques aux contrats conclus entre un consommateur et un professionnel en matière de loi applicable	82
1. La loi applicable en matière de contrat de consommation	83
2. La question du choix de loi en matière de contrat de consommation	84

PARAGRAPHE 2 : La protection de l'investisseur consommateur du fait du juge compétent pour statuer	84
A. La compétence du juge au regard du droit international privé	85
1. Le juge compétent en cas de saisine par un consommateur	85
2. La question des clauses attributives de juridictions dans un contrat de consommation	86

B. La compétence du juge au regard du droit interne	86
1. La compétence matérielle en cas de saisine par un consommateur	86
2. La compétence territoriale en cas de saisine par un consommateur	87
CONCLUSION	89
BIBLIOGRAPHIE	90
INDEX	92
TABLE DES MATIÈRES	93