

UNIVERSITE PARIS - I PANTHEON SORBONNE



DESS Droit de l'internet - Administration - Entreprises

Mémoire en vue de l'obtention du DESS
session de septembre 2003

**LA FOURNITURE DE SERVICES ET DE PRODUITS
FINANCIERS A L'HEURE D'INTERNET ET LE
CONSOMMATEUR : ASPECTS JURIDIQUES**

Présenté et soutenu par : Mademoiselle Anne VAUTHIER

Président du Jury : Georges Chatillon, Directeur du DESS
Directeur du mémoire: Maître Thibault VERBIEST

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	3
CHAPITRE I - LA SOLLICITATION DU PUBLIC : LA PUBLICITE ET LE DEMARCHAGE FINANCIER EN LIGNE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR	8
SECTION 1 - LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU REGARD DE LA PUBLICITE EN MATIERE FINANCIERE.....	9
SOUS-SECTION 1 - LE PRINCIPE DE L'APPLICATION DES REGLES DE DROIT COMMUN A LA PUBLICITE DES PRODUITS ET DES SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET	10
SOUS-SECTION 2 - L'APPLICATION DES TEXTES SPECIFIQUES A LA MATIERE FINANCIERE	21
SOUS-SECTION 3 - LES DISPOSITIONS PARTICULIERES APPLICABLES A LA PUBLICITE DE PRODUITS ET SERVICES FINANCIERS EN LIGNE PRISES PAR LE CMF ET LA COB	25
SECTION 2 - LES REGLES RELATIVES AU DEMARCHAGE EN MATIERE FINANCIERE SUR INTERNET	29
SOUS-SECTION 1 : HETEROGENEITE ET OBSOLESCENCE DES TEXTES SUR LE DEMARCHAGE (SITUATION AVANT L'ADOPTION DE LA LOI SUR LA SECURITE FINANCIERE).....	30
SOUS-SECTION 2 : UNE REFORME NECESSAIRE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DE L'INVESTISSEUR.....	32
CHAPITRE II - INTERNET OUTIL DE REALISATION DU CONTRAT PORTANT SUR UN SERVICE OU UN PRODUIT FINANCIER.....	37
SECTION 1 - LES ASPECTS PRECONTRACTUELS	38
SOUS-SECTION 1 - L'OBLIGATION D'INFORMATION PREALABLE DE L'INTERMEDIAIRE EN LIGNE.....	39
SOUS-SECTION 2 - L'IDENTIFICATION DES PARTIES	49
SECTION 2 - LA FORMATION DU CONTRAT PORTANT SUR DES SERVICES ET PRODUITS FINANCIERS A DISTANCE	64
SOUS-SECTION 1 - L'EXISTENCE D'UNE CONVENTION ENTRE LES PARTIES.....	65
SOUS-SECTION 2 - LA FORMATION DU CONTRAT A DISTANCE PORTANT SUR LA FOURNITURE D'UN PRODUIT OU D'UN SERVICE FINANCIER	68
SOUS-SECTION 3 - LA POSSIBILITE DE RETRACTATION DU CONSOMMATEUR APRES LA CONCLUSION DU CONTRAT.....	70
CHAPITRE III - L'EXECUTION DU CONTRAT VIA INTERNET.....	72
SECTION 1 - LES OBLIGATIONS DES INTERMEDIAIRES FINANCIERS A L'EGARD DES CONSOMMATEURS : L'EXECUTION D'ORDRES DE BOURSE	73
SOUS-SECTION 1 - CONTROLE ET SECURITE DES SYSTEMES INFORMATIQUES UTILISES POUR LA RECEPTION TRANSMISSION ET L'EXECUTION DES ORDRES DE BOURSE	74
SOUS-SECTION 2 - L'INFORMATION DU CONSOMMATEUR DANS LE CADRE DE L'ENREGISTREMENT, LA CONSERVATION ET L'EXECUTION DES ORDRES DE BOURSE....	76
SECTION 2 - LE PAIEMENT EN LIGNE DE PRODUITS ET DE SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET	78
SOUS-SECTION 1 - LE PAIEMENT PAR CARTE ET LES MOYENS DE RECOURS EVENTUELS DU CONSOMMATEUR	79
SOUS-SECTION 2 - LE PAIEMENT DES TRANSACTIONS FINANCIERES SUR INTERNET	82

SECTION 3 - LA COMPETENCE ET LA LOI APPLICABLE LORS DE L'EXECUTION DES CONTRATS PORTANT SUR LES SERVICES ET PRODUITS FINANCIERS A DISTANCE.....	84
SOUS-SECTION 1 - LA JURIDICTION COMPETENTE.....	85
SOUS-SECTION 2 - LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT CONCLU AVEC LE CONSOMMATEUR	88
SOUS-SECTION 3 - LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR - L'HARMONISATION DES REGLES D'INTERET GENERAL PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION ET LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES	95
CONCLUSION.....	95
TABLE DES MATIERES.....	96
BIBLIOGRAPHIE.....	99
ANNEXES.....	103

INTRODUCTION

Le réseau Internet connaît depuis quelques années une expansion rapide. Ainsi aujourd'hui la matière financière n'échappe pas à ce phénomène, les intermédiaires financiers étant de plus en plus nombreux à développer leurs offres sur Internet.

Le nombre de transactions financières a ainsi considérablement progressé depuis quelques années. D'après l'association « brokers on line »¹ qui regroupe 20 courtiers en ligne, le second trimestre 2003 a totalisé 1 898 526 ordres exécutés contre 1 582 531, gagnant ainsi 20% par rapport au 1er trimestre 2003 et plus de 27% par rapport au second trimestre 2002. La moyenne quotidienne s'établit à 30 138 ordres (contre 33 146 en mai 2003 et 23 791 en juin 2002).

Tous les produits et services financiers profitent des nombreux avantages d'Internet. Ces derniers largement dématérialisés se prêtent aisément à une présentation ou à une offre sur le réseau.

Par ailleurs, l'utilisation d'internet, de par son mode de diffusion, permet d'offrir « *plus de produits disponibles, plus d'information, plus de concurrence et donc à terme des investisseurs en nombre rapidement croissant tout à la fois plus expérimentés et plus exigeants, ainsi que des professionnels plus compétitifs, développant des produits standardisés et dématérialisés leur permettant de réaliser des économies d'échelle ou des stratégies de niches, en conséquence des tarifs de transaction plus faibles* »².

Une chose est assurée : Internet n'est pas une zone de non droit comme l'a rappelé le Conseil d'Etat³. Le plus souvent, les règles de droit applicables à la plupart des situations rencontrées sur Internet ne diffèrent pas de celles applicables à des situations analogues existantes en dehors d'Internet.

Toutefois la généralisation de cette commercialisation ne va pas sans poser un certain nombre de problèmes et de risques pour le consommateur qui s'expliquent essentiellement par la dimension mondiale de ce réseau, sa gestion décentralisée et la multiplicité de ses acteurs.

L'utilisation de ce réseau favorise ainsi l'offre d'intermédiaires financiers parfois peu scrupuleux et pose des problèmes de sécurité des transactions.

Par ailleurs, l'application des textes est rendue difficile du fait de la fugacité des contenus et de la dimension internationale d'internet.

Aussi de nombreuses réflexions sur les conditions dans lesquelles le développement d'Internet doit être encadré ont été menées par les autorités en charge de la tutelle des activités financières comme la Commission des opérations de bourse, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, le Comité de la réglementation bancaire et financière, la Commission bancaire ou le Conseil des marchés financiers, et par les instances communautaires et internationales comme l'OICV. Des textes spécifiques ont d'ailleurs déjà été publiés sur le sujet.

¹ <http://www.brokers-on-line.org>

² Entretiens annuels de 1998 - Les marchés financiers à l'heure d'Internet - En ligne sur le site Internet de la COB, http://www.cob.fr/Styles/Default/documents/general/1929_1.pdf

³ « Internet et les réseaux numériques », 2 juillet 1998, sur le site internet <http://www.internet.gouv.fr>

Pour déterminer de quelle manière le droit appréhende cette nouvelle technique de communication à distance pour la commercialisation des services financiers, seront envisagés successivement, dans un souci de clarté et de cohérence, et tout en ayant en vu la protection du consommateur, en premier lieu les aspects précontractuels de la fourniture de produits et services financiers, et les questions que soulève le recours à Internet en tant qu'outil de sollicitation du client (chapitre 1), en deuxième lieu les interrogations qui concernent l'utilisation d'Internet en tant qu'outil permettant la conclusion (chapitre 2) et en dernier lieu l'exécution d'un contrat avec le client (chapitre 3).

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est indispensable de définir un certain nombre de notions, définitions qui seront reprises dans le lexique joint en annexe 5.

Internet⁴

Internet peut être défini comme un ensemble de réseaux de toutes tailles interconnectés entre eux grâce à un protocole IP. Le point de départ d'Internet fut ARPANet, c'est à dire un réseau de quatre ordinateurs que relient des scientifiques du ministère de la défense américaine en 1969. Dans les années qui suivirent, de plus en plus d'universités et d'instituts de recherche se sont joints à eux. Internet permet grâce à l'utilisation du protocole unique TCP/IP l'échange de courriers (email), de fichiers (ftp), ou d'informations (via les forums de discussion) par exemple .

Un protocole fixe les formats de messages et règles selon lesquelles deux ordinateurs échangeront des données. Les protocoles décrivent également les détails de bas niveau sur la façon dont deux machines communiquent ou des échanges de haut niveau entre deux programmes

Le protocole TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) est un ensemble de protocoles standard de l'industrie permettant la communication dans un environnement hétérogène. Protocole de la couche Transport, il fournit un protocole de gestion de réseau d'entreprise routable ainsi que l'accès à Internet. Il comporte également des protocoles de la couche Session. Pour être en mesure d'échanger des paquets entre différents ordinateurs, TCP/IP exige de spécifier les trois valeurs suivantes : une adresse IP, un masque de sous-réseau et une passerelle (routeur) par défaut.

Le consommateur internaute

Le consommateur est la personne qui accède à Internet aux fins de consultation, de correspondances privées (courrier électronique par exemple) ou de transactions commerciales.

Le terme "consommateur" fait l'objet de diverses définitions, ainsi dans :

- la convention de Bruxelles de 1968 (modifié par le règlement communautaire du 22 décembre 2000) ;
- la Convention de Rome de 1980 ;
- la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs;
- la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Le consommateur est généralement défini comme la personne qui conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle.

En droit français la notion de consommateur a donné lieu à une jurisprudence fluctuante. Si la directive du 5 avril 1993 penche pour une définition restrictive du consommateur (art.2,b) la loi française vise non seulement le consommateur mais aussi le "non professionnel". La Cour de Cassation a adopté une définition extensive du consommateur en considérant qu'une personne morale pouvait bénéficier de la protection dès lors qu'il était relativement au contenu du contrat " *dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur*" (Cass. 1re civ., 28 avril 1987 , D. 1988.1 n. Delecbeque). Elle a ensuite adopté une vision plus restrictive en délimitant le domaine de protection aux contrats n'ayant pas un rapport direct avec son activité professionnelle.

⁵Le consommateur, l'investisseur, l'épargnant, le donneur d'ordres au contrat de vente à distance de produits et services financiers, ou le client, seront considérés dans ce mémoire

⁴ Définitions issues du dictionnaire de l'informatique et de l'internet, <http://www.dicofr.com/>.

comme toute personne qui rentre en relation ou conclut un contrat avec un intermédiaire n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnel.

Courtier en ligne

Le courtier en ligne est d'une façon générale tout intermédiaire, tout prestataire, quel que soit son statut, qui fournit aux investisseurs un service de réception-transmission d'ordres sur instruments financiers en ligne, c'est à dire via internet. Il peut également, dans un souci d'offrir à ses clients un service plus complet, proposer la fourniture du service connexe de tenue de compte conservation, sous réserve d'être habilité à cet effet.

⁵ (Cass. 1re civ. 24 nov. 1993, D. 1994 som. com.p. 236 , obs Paisant, Defrénois, 1994 p. 818 obs. D. Mazeaud , Cass. 1re civ. 21 fév. 1995, JCP 1995.II.22502, n. Paisant).

CHAPITRE I - LA SOLLICITATION DU PUBLIC : LA PUBLICITE ET LE DEMARCHAGE FINANCIER EN LIGNE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Internet est un moyen très efficace de prospection du client.

Cette utilisation d'internet soulève quelques difficultés au regard des règles strictes en matière d'offre au public de produits et services financiers.

Aussi conviendra t-il d'étudier, d'une part les règles permettant de protéger le client de la publicité financière (section 1) et, d'autre part, du démarchage financier (section 2).

SECTION 1 - LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU REGARD DE LA PUBLICITE EN MATIERE FINANCIERE

La « cyber-publicité » fait désormais partie du quotidien de l'internaute. Le plus souvent, elle apparaît sous la forme de bandeaux publicitaires animés, parfois même personnalisés, et porte fréquemment un lien hypertexte qui mènera instantanément l'internaute, soit sur le site du prestataire, soit directement à la page précise où le produit lui est proposé.

Elle est encadrée par les textes existants en matière de publicité, mais, certaines clarifications et adaptations sont nécessaires au vu de ce nouveau support qu'est internet et des particularités que présentent les produits et services financiers, et ce afin de garantir au consommateur une protection adéquate.

SOUS-SECTION 1 - LE PRINCIPE DE L'APPLICATION DES REGLES DE DROIT COMMUN A LA PUBLICITE DES PRODUITS ET DES SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET

Les messages à caractère commerciaux présents sur le réseau internet peuvent être analysés comme de la publicité, au même titre que toute annonce commerciale transmise par un support médiatique plus traditionnel.

§1 - LA PUBLICITE EN LIGNE

La publicité est définie de façon très large par la directive relative à la publicité trompeuse dans son article 2§1 comme « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens et services y compris les biens immeubles, les droits et obligations* ». ⁶

Pour la plupart des auteurs, la publicité en ligne est couverte par cette définition. (lamy)

La jurisprudence tend également à reconnaître le caractère publicitaires des nombreux messages figurant sur des sites. Un arrêt de la cour d'appel de Rennes a ainsi retenu qu'un site internet était susceptible de constituer un support publicitaire, « le critère essentiel de publicité résid(ant) dans le fait qu'il puisse véhiculer un message publicitaire quelle que soit la forme » (CA Rennes 30 mars 2000, communication commerce électronique, juin 2000, n°66).

Par conséquent le droit de la publicité et toutes les règles de protection du consommateur qui en découlent ont vocation à s'appliquer à la publicité en ligne.

Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique⁷ vient le confirmer. Dans un chapitre consacré à la publicité par voie électronique, l'article 10 vise directement l'article L.121-1 du Code de la consommation afin d'ajouter aux obligations concernant la présentation extérieure de la publicité (le message devant se présenter comme publicitaire et l'annonceur devant pouvoir être identifié) les obligations relatives à la loyauté du contenu envers le consommateur.

Les techniques permettant l'accès à une publicité sur internet sont variées. Ainsi peut on relever le « spamming » (envoi massif de courriers électroniques), les bannières⁸, les interstitiels⁹ ou les liens hypertextes¹⁰.

⁶ Directive n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984.

⁷ Tel qu'adopté en première lecture au Sénat le 25 juin 2003.

⁸ Les bandeaux (ou bannières) sont en réalité des liens hypermédia pointant sur le site de l'annonceur

⁹ L'interstitiel est une sorte de « flash » publicitaire entre le moment où l'internaute a demandé une page et celui où celle-ci va s'afficher.

Les bandeaux et les interstitiels sont en principe soumis à la réglementation applicable à toute publicité et notamment à la loi Sapin du 29 janvier 1993, qui régit l'achat d'espace publicitaire dès lors que l'achat passe par un intermédiaire. Une circulaire d'application de ce texte, en date du 19 septembre 1994, précise en

La directive sur le commerce électronique¹¹ utilise le concept de « *communication commerciale* » qu'elle définit en son article 2 comme « *toute forme de communication destinée à promouvoir **directement ou indirectement** des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée* ».

Le renvoi explicite à la promotion directe ou indirecte vise à empêcher les cas de détournement de l'interdiction de faire de la communication commerciale pour certains produits ou services.

Cette définition permet de qualifier de communication commerciale des liens hypertextes qui, s'ils ne font pas la publicité directe d'un produit financier par exemple, ont du moins pour effet de promouvoir ces derniers fût-ce indirectement.

Selon le même article, « *ne constituent toutefois pas en tant que telles des communications commerciales* :

- *les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,*
- *les communications relatives aux biens, services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière* ».

Ainsi selon Monsieur Didier GOBERT dans son article « La publicité sur Internet – le droit en (r)évolution »¹², ne constitueraient pas une communication commerciale : le seul fait de détenir un site, de donner une information qui ne serait pas assimilable à de la promotion en tant que telle - bien qu'il soit souvent difficile de distinguer le caractère informationnel du caractère publicitaire d'un message - le lien hypertexte vers un site web de communication commerciale lorsqu'il est créé sans lien financier ou autre contrepartie, ou la mention d'un

effet, que la notion d'espace publicitaire « peut évoluer avec les techniques (multimédia, média électroniques) ».

Le lien hypertexte se définit comme « un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot affiché à l'écran, en cliquant simplement sur ce mot » (Petit Robert). Il peut se présenter sous la forme d'un lien simple (renvoyant sur une page d'accueil) ou profond (renvoyant sur une page secondaire), utilisant ou non la technique du framing (insertion dans l'un des cadres du site d'origine une page d'un autre site, de telle sorte que les informations semblent provenir uniquement du site d'origine) ou de l'insertion (d'un seul élément d'un autre site, par exemple une image). A noter qu'il existe aussi des hyperliens « invisibles » de plus en plus fréquents sur le web qui entraînent l'utilisateur à son insu vers un grand nombre de sites ayant des liens commerciaux ou non entre eux. Ce type de lien est visé dans la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 sous l'expression « transfert automatique d'appel ». La société DoubleClick qui assure la gestion des bandeaux publicitaires de nombreux sites commerciaux est à l'origine de cette pratique. Le visiteur est rarement conscient qu'en se connectant sur une page donnée, il active des liens qui vont lier cette page avec les serveurs de DoubleClick, lesquels pourront lui transmettre des publicités ciblées en fonction de son profil. Jusqu'à présent, ces pratiques n'étaient réglementées que pour la téléphonie. Désormais, les sites de publicité en ligne seront également visés par la directive.

¹¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 (également sur le site internet Europa : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/ecommerce/) en annexe 1.

¹² Article disponible sur le site Internet des facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur (FUNDP) à l'adresse suivante : <http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/publicite.pdf>.

logo par exemple lorsqu'elle est faite sans liens financiers ou autre contrepartie provenant de la personne propriétaire du logo.

Cependant, cette définition reste plus large que celle de la publicité au sens de la directive car elle englobe, outre la promotion de biens ou de services, la promotion de l'image d'une société, d'une organisation ou d'un professionnel.

§2 - LES REGLES DE DROIT COMMUN APPLICABLES

Parmi ces nombreux textes, il convient d'en relever plus spécifiquement cinq qui visent à protéger avant tout le consommateur.

A/ LES OBLIGATIONS ISSUES DES TEXTES COMMUNAUTAIRES

Il faut tout d'abord envisager les textes communautaires s'appliquant directement aux moyens de communication à distance et qui sont, pour partie, en cours de transposition dans notre droit national.

1) La directive sur le commerce électronique : les obligations d'identification du prestataire en matière de communication commerciale

La directive sur le commerce électronique est une directive cadre horizontale. Elle s'applique en effet à tous les services de la société de l'information offerts par des prestataires établis sur le territoire de l'Union Européenne, fournis à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services¹³. Elle englobe donc les services financiers fournis en ligne¹⁴.

Pour ce qui est des services financiers, elle vient compléter plusieurs directives sectorielles comme la directive sur les services d'investissement, la directive sur les OPCVM et la directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs¹⁵.

¹³ Les services de la société de l'information sont définis comme « tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données à la demande individuelle d'un destinataire de service » Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, JOCE, L 204, 21 juillet 1998, p. 37, modifiée par la directive 98/48/CE.

La directive 98/48/CE précise : « on entend par :- les termes « **à distance** » : un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes, - « **par voie électronique** » : un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques, - « **à la demande individuelle d'un destinataire de services** » : un service fourni par transmission de données sur demande individuelle

Pour les problèmes soulevés par l'interprétation de cette définition, voir l'article « L'impact de la directive commerce électronique sur la réglementation des services financiers », Laetitia Rolin Jacquemyns et Michel Van Huffel.

¹⁴ L'annexe I de la directive établit en effet une nomenclature qui vise la grande majorité des services financiers.

¹⁵ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE L271, 9 octobre 2002, (sur le site Europa http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/index.htm et en annexe 2).

Il faut noter qu'en cas de conflit entre ces textes, les dispositions de ces directives plus protectrices pour les consommateurs primeront sur celles de la directive sur le commerce électronique (art 1^{er} et 3 ainsi que le considérant 11).

L'article 6 a) de la directive soumet la communication commerciale sous toutes ses formes (bannière, intersticiel...) à une obligation d'identification ayant pour but d'informer le destinataire de la véritable nature du message : « *la communication commerciale doit être identifiable en tant que telle* ».

Par ailleurs toute publicité doit respecter le principe de transparence. Ainsi, l'article 6 prévoit-il que la communication commerciale doit au moins contenir les informations suivantes :

- une identification claire de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite ;
- une identification claire, et comme telles, des offres promotionnelles (rabais, primes, cadeaux...), lorsqu'elles sont autorisées dans l'Etat membre où le prestataire est établi, ainsi que les conditions pour en bénéficier qui doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ;
- une identification claire, et comme tels, des concours ou jeux promotionnels, lorsqu'ils sont autorisés dans l'Etat membre.

Un lien hypertexte permettant à l'internaute d'avoir accès à ces informations suffit pour satisfaire à cette obligation de transparence.

L'article 6 précise par ailleurs que ces obligations existent indépendamment « des autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire ». Elles doivent donc coexister avec les obligations consacrées notamment par la directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative.

Se conformant à la directive sur le commerce électronique, le nouvel article 43-15 de la loi n°86-1067 de la loi sur la liberté de communication, issu du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, impose une obligation d'absence d'ambiguïté dans la démarche publicitaire en posant deux conditions : le message doit se présenter comme publicitaire, et l'annonceur doit pouvoir être identifié.

2) Le consentement préalable du consommateur dans le cas de communications commerciales non sollicitées

Les textes communautaires sur ce sujet manquent de cohérence d'ensemble.

a - Les textes communautaires

En ce qui concerne les techniques de communication à distance, comme le courrier électronique, exception faite des systèmes automatisés d'appels et des télécopieurs, la directive sur le commerce électronique, consacre, dans son article 2 le système de l'« opt out ». Ce système permet au destinataire qui a reçu un courrier électronique non-sollicité de s'opposer par la suite à l'envoi de nouveaux messages de l'expéditeur. Ces derniers devront consulter régulièrement les registres « opt out » dans lesquelles les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire.

La directive sur la commercialisation à distance des services financiers envisage quant à elle le système de l'« opt in », les communications électroniques non sollicitées relatives à des services financiers étant interdites sans le consentement préalable du consommateur concerné.

Il faut également mentionner la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dont l'article 13 prévoit, en ce qui concerne les communications non sollicitées, que « *L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courriers électroniques à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable* ».

b - Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁶ et le choix du système de l'« opt in »

Ce texte vise toutes les activités de commerce électronique définies à l'article 6 comme les activités par lesquelles «I-(...) une personne, agissant à titre professionnel, propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.

Elles s'exercent librement sur le territoire national à l'exclusion des domaines suivants :
1° *Les jeux d'argent, y compris sous forme de paris et de loteries, légalement autorisés ;*
2° *Les activités de représentation et d'assistance en justice ;*
3° *Les activités exercées par les notaires en application des dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat.*
II. - En outre, lorsqu'elle est exercée par des personnes établies dans un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France, l'activité définie à l'article 6 est soumise au respect :

1° *Des dispositions relatives au libre établissement et à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté européenne dans le domaine de l'assurance, prévues aux articles L.361-1 à L.364-1 du Code des assurances ;*
2° *Des dispositions relatives à la publicité et au démarchage des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, prévues à l'article L. 214-12¹⁷ du Code monétaire et financier ;*
3° *Des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles et à la concentration économique, prévues aux titres II et III du livre IV du Code de commerce ;*
4° *Des dispositions relatives à l'interdiction ou à l'autorisation de la publicité non sollicitée envoyée par courrier électronique ;*
5° *Des dispositions du Code général des impôts ;*
6° *Des droits protégés par le Code de la propriété intellectuelle ».*

*Le projet de loi transpose l'article 13 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 et précise que le consentement doit être préalable, ce qui interdit non seulement les envois répétés mais aussi le premier envoi non sollicité : « **Est interdite la prospection directe, notamment la publicité, au moyen de courriers électroniques utilisant,***

¹⁶ Tel qu'adopté en première lecture au Sénat le 25 juin 2003, <http://www.senat.fr>.

¹⁷ « L'Autorité des marchés financiers définit les conditions dans lesquelles les organismes de placement collectif en valeurs mobilières doivent informer leurs souscripteurs et peuvent faire l'objet de publicité, en particulier audiovisuelle, ou de démarchage » texte de l'article L.214-12 du Code monétaire et financier après l'adoption de la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003. »

sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique ou morale non inscrite au registre du commerce et des sociétés qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir de tels courriers électroniques » (*article 12*).

Une dérogation à cette règle est toutefois définie dans le même article :

« Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 précitée, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent.».

Ce choix s'explique par la prolifération des envois de prospection directe dit aussi « spams » qui entraînent une saturation des boîtes aux lettres électroniques.

Les deux paragraphes de l'article 7 du projet introduisent ce dispositif respectivement dans le Code des postes et télécommunications et dans le Code de la consommation. Comme l'explique Monsieur le député

DIONIS DU SEJOUR dans le rapport parlementaire n°612¹⁸ « cette présentation dédoublée, plutôt qu'un simple renvoi dans le Code de la consommation a été retenue pour des raisons pédagogiques, le Code de la consommation devant contenir en clair toutes les dispositions qui le constituent, car il est conçu comme un instrument au service de la défense des droits des consommateurs ».

B/ L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DU CODE DE LA CONSOMMATION EN MATIERE DE PUBLICITE TROMPEUSE ET DE PUBLICITE COMPARATIVE

Le Code de la consommation qui, dans son article L.121-1, interdit toute publicité comportant, sous quelle que forme que se soit, des allégations, indications, présentations fausses ou de nature à induire en erreur¹⁹. La sanction maximale pour une personne physique est un emprisonnement de deux ans et / ou une amende de 37 500 euros (art L.213-1 du Code de la consommation). L'article L.121-8 précise que le montant de l'amende peut être porté à 50 % des dépenses totales de publicité constituant le délit.

Une personne morale pourra, quant à elle, se voir notamment, interdire à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales (2° de l'article 131-39 du Code pénal) ou de faire appel public à l'épargne (5° de l'article 131-39 du Code pénal)²⁰.

L'article L.121-8 du Code de la consommation encadre quant à lui la publicité comparative. Ainsi, si l'utilisation d'un lien permet la comparaison de deux prestations (par exemple, en

¹⁸ Rapport n°612 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire enregistré à l'Assemblée nationale le 12 février 2003 – 1^{ère} lecture - <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0612.asp>

¹⁹ Certains messages publicitaires (essentiellement par voie de presse) de courtiers en ligne ont pu induire en erreur des clients néophytes : ainsi des messages ayant pour contenu l'enrichissement grâce aux courtiers en ligne (*Ex aujourd'hui vous n'êtes plus à l'abri de devenir riche. Préparez vous à devenir riche*) ou prônant l'accès aux marchés en temps réel, ce qui est quasiment impossible (La COB recommande « lorsqu'un prestataire de service sur Internet propose la consultation de cours de bourse, (...), afin de garantir l'égalité d'information et de traitement des investisseurs, d'indiquer l'existence d'un éventuel décalage de temps entre les cours proposés à la consultation et les cours effectifs de cotation et de préciser l'ampleur de ce décalage », Recommandation n°2000-02 relative à la diffusion d'informations financières sur les forums de discussion et les sites Internet dédiés à l'information ou au conseil financier).

²⁰ Sur les sanctions prévues voir l'article 131-39 du Code pénal.

ayant recours à la technique du « framing » ou des liens profonds), il conviendra de respecter les dispositions contraignantes des articles L.121-8 et suivants du Code.

C) LE NOUVEAU CODE PENAL

Le nouveau Code pénal sanctionne en son article L.227-23 le délit de diffusion d'images publicitaires pédophiles ou à caractère pornographique aux fins de diffusion d'un produit.

D) LA LOI EVIN ET LA LOI TOUBON

La loi Evin n° 91-32 du 10 janvier 1991 régit la publicité en faveur du tabac et de l'alcool. Ainsi, l'article 2 énonce que toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac ou des produits du tabac de même que toute distribution gratuite sont interdites.

La loi n° 94-665 du 4 août 1994 dite loi « Toubon » est relative à l'usage de la langue française et a pour objectif d'imposer l'emploi du français, sans exclure la présence d'autres langues, dans un certain nombre de circonstances où son usage est nécessaire pour protéger le citoyen.

1) L'usage réglementé de la langue française par la loi Toubon et son application à la publicité en ligne

a - Un exemple en matière financière : la loi Toubon et les exigences européennes

Dans le domaine financier, un arrêt intéressant du Conseil d'Etat, l'arrêt Géniteau du 20 décembre 2000 a annulé un arrêté homologuant des règlements de la Commission des opérations de bourse, lesquels autorisaient des émetteurs étrangers d'instruments financiers à établir leur prospectus dans une langue usuelle en matière financière (l'anglais) à conditions que celui-ci soit accompagné d'un résumé en français.

La directive 80/390/CEE du Conseil des communautés européennes du 17 mars 1980²¹ disposait pour sa part que les notes d'opération

²¹ Directive portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs.

boursière doivent être publiées dans la langue officielle de l'Etat membre, ou dans une autre langue à condition que dans l'Etat membre concerné, cette autre langue soit usuelle en matière financière et acceptée par les autres Etats membres. La Commission des opérations de bourse avait donc permis aux émetteurs d'établir, dans certaines hypothèses un prospectus dans une langue usuelle en matière financière à condition qu'il soit accompagné d'un résumé en français²².

Le requérant Monsieur Géniteau faisait quant à lui valoir qu'en homologuant ces dispositions, l'arrêté attaqué avait méconnu la loi Toubon et plus particulièrement son article 2 qui dispose que « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire ».

Le Conseil d'Etat a considéré « que le prospectus présentant une offre d'émission ou un produit financier sur un marché soumis à la loi française doit être rédigé en langue française... ».

Privilégiant la protection de l'épargnant, il a jugé incompatible avec la loi Toubon les dispositions concernées des règlements 98-01 et 98-08 avec la loi Toubon, son article 2 étant applicable aux produits financiers.

²² **Règlement COB n° 98-01**, relatif à l'information à diffuser lors de l'admission aux négociations sur un marché réglementé d'instruments financiers ou de l'émission de tels instruments pour lesquels l'admission aux négociations sur un marché réglementé est demandée, le **règlement n° 98-07**, relatif à l'obligation d'information du public, qui soumet les émetteurs faisant appel public à l'épargne à l'obligation de procéder à l'information du public dans des conditions qu'il fixe, le **règlement n° 98-08**, relatif à l'offre au public d'instruments financiers, qui étend notamment la procédure de visa d'une note d'information aux cessions dans le public d'instruments financiers admis ou non aux négociations sur un marché réglementé, le **règlement n° 98-09**, qui précise les modalités et les conditions dans lesquelles une personne morale peut cesser de faire appel public à l'épargne, et le **règlement n° 98-10**, relatif à la perte du statut d'émetteur faisant appel public à l'épargne.

Réagissant à cette décision du Conseil d'Etat, et à l'instigation du Ministère de l'économie et des finances, la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier rétablit, en son article 14, la situation antérieure dans l'optique de la préparation du marché unique européen, et ce en prévoyant la possibilité pour les émetteurs d'établir leurs prospectus dans une langue usuelle en matière financière. Le texte précise que si cette langue n'est pas le français, le prospectus doit être assorti d'un résumé en français, établies dans des conditions prévues par un règlement de la Commission²³.

b – L'application de la loi Toubon à la publicité en ligne

Une réponse ministérielle²⁴ va dans le sens de l'application de cette loi à toute forme de publicité. Elle indique que « les publicités commerciales répondant à l'obligation d'emploi de la langue française en vertu de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 le sont indépendamment du support utilisé pour assurer leur diffusion ».

Par ailleurs, elle précise plus loin que « la transmission d'un message électronique auprès de destinataires ciblés, dès lors qu'elle est effectuée en masse (spamming), ne relève pas de la correspondance privée, mais est assimilable à une opération de publipostage à vocation commerciale. A ce titre, un tel message devrait être rédigé en français dès lors que les destinataires visés sont français »²⁵.

Enfin, la loi Toubon insiste sur le particularisme de ce moyen de communication qui touche tous les consommateurs au-delà des frontières, et qui est par là même difficile à encadrer et précise que la

²³ Règlement n°2002-03 portant modification des règlements n° 95-01, 98-01 et 98-08.

²⁴ Question du député De Chazeaux du 23 mars 1998 - Réponse publiée au JOAN le 22 juin 1998, p. 3394.

²⁵ Dans ce sens également les auteurs du *Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2003*, n°2608 et s.

France a engagé des négociations communautaires et internationales sur la question.

E) LA RECOMMANDATION DU BUREAU DE VERIFICATION DE LA PUBLICITE SUR LA PUBLICITE SUR INTERNET OU L'AUTODISCIPLINE²⁶

Le BVP, bureau de vérification de la publicité, association, loi de 1901, créée en 1935, est l'organisme d'autodiscipline de la publicité en France. Il a pour but de « *mener une action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine dans l'intérêt des professionnels de la publicité, des consommateurs et du public* ». Il est ainsi chargé de déterminer un certain nombre de règles comportementales (déontologiques) applicables notamment aux annonceurs, de nature à rationaliser et à organiser la publicité sur différents supports.

Sa recommandation sur la publicité sur internet de 1998 met l'accent sur les nécessités d'identification de l'annonceur, émetteur du message, identification qui doit être claire et précise.

La publicité doit être identifiable en tant que telle, loyale, véridique, honnête, décente.

Le texte insiste également sur la nécessité de respecter des sensibilités diverses d'un public mondial ainsi que la vie privée des internautes.

Il renvoie en outre au Code international de pratiques loyales en matière de publicité et aux lignes directrices révisées en matière de publicité et de marketing sur internet de la Chambre de Commerce Internationale.

Ainsi comme le rappelle la Commission des opérations de bourse dans un communiqué du 7 octobre 1999, le site internet est un support de diffusion qui s'ajoutent aux supports traditionnels. Les règles financières sont les mêmes qu'elles soient réalisées par le biais de l'Internet ou par un autre canal de transmission. L'OICV, dans son rapport « securities activity on the Internet²⁷ » énonce que les lois et règlements relatifs à l'agrément des intermédiaires, à l'appel public à l'épargne de même que les autres règles sur l'offre d'instruments financiers et la publicité s'appliquent, comme pour tout autre mode de communication, aux opérations réalisées par le biais d'internet. Quel que soit le support utilisé, les objectifs des régulateurs demeurent la protection des investisseurs et l'assurance d'un bon fonctionnement du marché.

²⁶ Disponible sur son site Internet http://www.bvp.org/documents/deonto/internet/mn_internet.htm.

²⁷ OICV « securities activity on the Internet », septembre 1998, p.32 sur le site internet <http://www.iosco.org>

SOUS-SECTION 2 - L'APPLICATION DES TEXTES SPECIFIQUES A LA MATIERE FINANCIERE

La publicité de certains produits et opérations financières est encadrée par un certain nombre de textes spécifiques dans l'optique d'une meilleure protection de l'investisseur.

§1 - LA PUBLICITE SUR INTERNET ET L'APPEL PUBLIC A L'EPARGNE

Aux termes de l'article L. 411-1-2 du Code monétaire et financier, « *l'appel public à l'épargne est constitué (...) par l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours soit à la publicité²⁸, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement* », des dérogations étant toutefois prévues lorsque cette émission ou cession s'effectue auprès d'investisseurs qualifiés ou dans un cercle restreint d'investisseurs.

Les procédés de publicité mis en œuvre pour faire connaître l'émission ou la cession d'instruments financiers sont diversifiés. Ils peuvent prendre la forme d'annonces dans la presse, de communiqués diffusés à la radio ou à la télévision ou de prospectus adressés par la poste par exemple. Sous l'empire de l'ancien article 72 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, la jurisprudence avait considéré que la diffusion de brochures vantant le mode d'investissement proposé, la parution d'annonces dans des journaux économiques ou dans des revues d'association diverses constituaient des modes de publicité laissant présumer un appel public à l'épargne.

Ces analyses peuvent être adaptées à l'utilisation d'un réseau internet. Comme nous l'avons vu plus haut et au travers notamment de l'arrêt de la cour d'appel de Rennes²⁹, un site internet peut être considéré comme un support publicitaire. L'utilisation de ce support peut ainsi être assimilée au souhait d'atteindre un large public.

Le fait de proposer au public d'acquérir des actions au moyen d'un site internet semble caractéristique d'une émission ayant recours à la publicité, la société se servant de ce support réunissant alors tous les éléments constitutifs de l'appel public à l'épargne, et soumise à ce titre à un certain nombre de conditions³⁰.

Une telle approche n'est cependant pas sans conséquence car les titres offerts au public, du fait du caractère transnational du réseau, seront accessibles à des investisseurs dans de nombreux pays. Le cumul des différentes législations nationales étant peu réaliste, certains critères de délimitation de l'appel public à l'épargne ont été proposés comme la nationalité de l'émetteur ou son intention.

²⁸ Le critère de la publicité mentionné dans l'article du Code monétaire et financier doit obligatoirement concerner une émission ou une cession d'instruments financiers. Ainsi la publicité institutionnelle, dès lors qu'elle se limite à la présentation de la société est libre si « elle ne contient aucune indication ou mention concernant le placement ou la souscription de titres ni d'allusions propres à suggérer l'éventualité d'une prochaine opération de placement de titres » Bull COB, n°249, 1991, p.5.

²⁹ Voir sous-section 1 §1.

³⁰ Avis en ce sens de la Commission nationale des Commissaires aux comptes (Bull CNCC, n°115, septembre 1999, p.1511).

L'objectif de la Commission des opérations de bourse est d'encadrer l'appel public à l'épargne quelle que soit la forme sous laquelle elle est présentée.
Un certain nombre de textes spécifiques seront donc applicables.

§2 - LES PRODUITS FINANCIERS SOUMIS A DES REGLES PARTICULIERES EN MATIERE DE PUBLICITE

A/ LES PLANS D'EPARGNE EN VALEURS MOBILIERES

Les publicités faites en vue de la souscription de ces plans sont soumises au contrôle de la Commission des opérations de bourse. Cette dernière peut alors demander la communication préalable des publicités émises, la modification de la présentation ou la teneur et, à défaut, en exiger le retrait immédiat (loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance et instruction de mai 1972 concernant les documents d'information relatifs aux plans d'épargne en valeurs mobilières proposés au public par démarchage).

B/ LES OPCVM

S'agissant des OPCVM, la Commission peut également exiger la communication de tous les documents établis ou diffusés par un OPCVM ainsi que la modification à tout moment de leur présentation et de leur contenu (règlement COB n° 89-02 relatif aux OPCVM, art. 33).

De manière générale, la publicité concernant des OPCVM ou des compartiments doit être cohérente avec l'investissement proposé et indiquer le cas échéant, les caractéristiques moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés (règlement COB n° 89-02, art. 33).

Par ailleurs, des dispositions spécifiques s'appliquent à certaines catégories d'OPCVM, compte tenu des risques que peuvent contenir les produits financiers émis par ces derniers.

Ainsi, les fonds communs d'interventions sur les marchés à terme (FCIMT) ne peuvent faire l'objet d'aucune présentation par voie de publicité en vue d'inciter à la souscription des parts (article L.214-42 du Code monétaire et financier).

Les fonds communs de placement à risque (FCPR) quant à eux, lorsqu'ils font l'objet de publicité, sont soumis à des contraintes particulières, notamment en matière prudentielle (loi n° 88-1201 du 23 déc. 1988, décret n° 89-623 du 6 septembre 1989) et en matière d'information du public (**Bull. mensuel COB n° 325, juin 1998**).

C/ LES SOCIETES CIVILES DE PLACEMENT IMMOBILIER (SCPI)

Ces sociétés peuvent recourir à la publicité mais cette dernière doit contenir un certain nombre de mentions (règlement COB n°94-05 relatif aux SCPI régi par la loi n°70-1300 du 31 décembre 1970 modifiée, article 35) telles que le numéro du Bulletin des annonces légales, la note d'information en cours de validité visée par la Commission ainsi que la date, le numéro de visa et les lieux où elle est mise gratuitement à la disposition du public.

D/ LES MARCHES ETRANGERS RECONNUS OU LES MARCHES REGLEMENTES DE L'ESPACE ECONOMIQUE EUROPEEN³¹

Toute publicité ou tout message diffusé concernant un de ces marchés doit contenir la mention indiquant qu'il a fait l'objet d'une reconnaissance par le ministre de l'économie et des finances ou qu'il figure sur la liste des marchés réglementés de l'EEE publiée au Journal officiel des Communautés européennes. Si cette diffusion est le fait d'un intermédiaire financier, elle doit en outre identifier la personne qui sollicite le public et l'autorité étrangère qui lui a délivré l'agrément ou l'a habilité à exercer une activité financière et, le cas échéant, indiquer la durée minimum des placements conseillés et la législation applicable en cas de contestation et les tribunaux compétents (règlement COB n° 99-04, art. 4).

§3 - LES OPERATIONS FINANCIERES SOUMISES A DES REGLES PARTICULIERES EN MATIERE DE PUBLICITE

La publicité d'opérations sur les marchés financiers, et plus précisément sur l'admission aux négociations sur un marché réglementé d'instruments financiers ou l'émission d'instruments financiers, mais aussi les offres au public d'instruments financiers (règlements COB n° 98-01 article 11 et n° 98-08 article 13³²) diffusée au moyen d'internet seront soumises à la réglementation existante obligeant les prestataires de services d'investissement à mentionner l'existence d'un prospectus simplifié et à indiquer les moyens de se le procurer.

La publicité à l'occasion d'autres opérations est également réglementée.

La publicité concernant les services de gestion de portefeuille pour le compte de tiers (règlement COB n°96-03, article 24) est sous le contrôle de la COB, qui, d'une part peut en exiger la communication préalablement à sa publication, distribution, remise ou diffusion, et d'autre part peut en faire modifier la présentation ou la teneur. La publicité doit être cohérente avec le service proposé et mentionner le cas échéant les dispositions moins favorables et les risques inhérents aux opérations, qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés.

Des règles spécifiques existent pour la publicité faite en vue de conseiller ou d'offrir des prêts, de recueillir sous forme de dépôt ou autrement des fonds du public, de conseiller la souscription de plans d'épargne prévoyant l'acquisition de parts de SCPI, ou de proposer tout autre placement de fonds (loi n° 66-1010 du 28 déc.1966, art. 10 ainsi que le décret n° 68-259 du 15 mars 1968).

³¹ L' Espace économique européen (EEE) résulte de l'accord passé en 1993 entre les douze Etats membres de l'Union européenne d'alors et l'Association européenne de libre échange (AELE). Actuellement, il regroupe dix-huit pays. Voir glossaire en annexe 5.

³² **Règlement COB n° 98-01** relatif à l'information à diffuser lors de l'admission aux négociations sur un marché réglementé d'instruments financiers et lors de l'émission d'instruments financiers dont l'admission aux négociations sur un marché réglementé est demandé, et **règlement n°98-08** modifié relatif à l'offre au public d'instruments financiers.

Ainsi la publicité, qui ne doit pas par ailleurs être trompeuse, doit faire apparaître le taux effectif global des prêts ou des emprunts ainsi que les charges qui s'y trouvent comprises.

La Commission des opérations de bourse dispose également de la possibilité d'intervenir sous forme de communiqués pour mettre en garde les investisseurs sur une publicité pouvant les induire en erreur et ne mettant pas en évidence tous les risques encourus³³.

La Commission exerce ainsi un contrôle vigilant sur les publicités de plus en plus nombreuses exercées par l'intermédiaire des médias de tous types afin de promouvoir le placement des produits proposés par les établissements financiers.

Une réponse parlementaire, exprimée lors de la séance au Sénat du 26 octobre 1999, sur le contrôle par la Commission des opérations de bourse de la publicité des produits financiers, rappelle ses missions. La Commission doit ainsi protéger l'épargne investie dans les instruments financiers ou dans d'autre forme d'épargne investie dans des placements, bien informer les investisseurs et assurer le bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Elle vise plus particulièrement la publicité radiophonique et audiovisuelle mais peut s'appliquer à toute publicité (« *média de tout type* ») et insiste sur la nécessaire protection de l'épargnant souvent confrontée à une publicité « *brève et réductrice* ». De fait la présentation est souvent « *tronquée, (...) [et] ne met pas en évidence tous les risques encourus par les souscripteurs (...) Prenons l'exemple d'une récente émission qui vantait un placement garantissant une rentabilité de 23 % sur trois ans, soit 7,25 % par an, même si l'indice CAC 40 ne devait enregistrer aucune progression pendant cette période. Voilà qui semblait ne présenter aucun risque et être plus qu'avantageux par rapport à certains autres placements tel que le livret A et les OAT, monsieur le secrétaire d'Etat ! Mais l'examen de la notice d'émission soumise à la COB et visée par elle a fait apparaître l'éventualité d'une réduction en cas de baisse du CAC 40, réduction allant jusqu'à une rentabilité nulle si le CAC 40 baissait de 23 %. Pis, s'il se produisait un effondrement de la bourse se traduisant par une chute de l'indice supérieure à 23 %, les souscripteurs supporteraient une perte égale au pourcentage de baisse de l'indice au-delà du seuil précité.*

Dans de telles circonstances, il est bien évident que le contrôle de la COB doit être très strict et s'effectuer non seulement sur tous les documents publiés, mais aussi sur les projets de spot audiovisuel pour vérifier leur conformité avec les documents qui ont été soumis à la commission ».

³³ Pour exemple communiqué relatif à une mise en garde des épargnants sur une publicité publiée dans la presse économique – 28 octobre 1999, Bulletin mensuel COB Octobre 1999 – Performance d'un compartiment d'une SICAV, sa présentation s'éloignant des préconisations de la Commission et de l'AFG/ASFFI relatives à la sincérité de la présentation des performances.

SOUS-SECTION 3 - LES DISPOSITIONS PARTICULIERES APPLICABLES A LA PUBLICITE DE PRODUITS ET SERVICES FINANCIERS EN LIGNE PRISES PAR LE CMF ET LA COB

La directive sur la commercialisation à distance des services financiers, comme nous l'avons vu auparavant, n'a envisagé la publicité que sous l'angle des communications commerciales non sollicitées.

Au plan national, la COB et le conseil des marchés financiers ont pris certaines dispositions pour certains types de produits ou certaines activités nécessitant une surveillance particulière, inspirées des textes nationaux et communautaires envisagés dans les sections précédentes (ces dispositions visant notamment l'identification de l'émetteur du message, et la nécessité d'une information claire, précise et transparente) :

- la recommandation n° 99-02 de juillet 1999, pour la COB, relative à la promotion ou la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat via internet ;
- et pour le CMF, la décision n° 99-07 de septembre 1999 relative aux prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant une réception des ordres *via* internet.

Mais la portée de ces deux textes ne se limite cependant pas à la problématique de l'offre de produits ou de services financiers par internet. La décision CMF n° 99-07 contient ainsi seulement deux dispositions, les articles 2 et 3, qui ont vocation à s'appliquer à la phase précontractuelle de la relation avec un client. La recommandation COB n° 99-02³⁴ est, quant à elle, d'avantage centrée sur cette problématique, et vise principalement soit la promotion des produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat, soit les éléments qui doivent être réunis préalablement à l'offre de tels produits ou services.

Par ailleurs, ces textes trouvent à s'appliquer également au démarchage que nous verrons en deuxième partie.

A/ LA RECOMMANDATION N° 99-02 DE LA COB

La Commission rappelle dans cette recommandation, que les dispositions régissant habituellement la promotion et la commercialisation dans ce domaine demeurent applicables, et ce, y compris dans les cas où la communication est réalisée au moyen du réseau internet.

1) Identification de l'auteur du message et informations accompagnant l'offre

La Commission préconise l'information la plus complète possible afin que l'investisseur puisse prendre sa décision en toute connaissance de cause. Ainsi, lorsque l'offre de produits de placement collectif ou de services de gestion vise les résidents français, ceux-ci doivent

³⁴ A noter que ce texte ne constitue qu'un ensemble de recommandations sans force obligatoire. Son non respect est à lui seul insusceptible de fonder une procédure de sanction administrative ou disciplinaire.

être informés de l'identité de l'opérateur qui s'adresse à eux (Recommandation COB n° 99-02, recommandation. n°2).

Pour les produits de placement collectif, et étant rappelé que l'information « *librement consultable par les résidents français ne doit porter que sur des produits de placement collectif dont le régime n'interdit pas le démarchage ou la publicité en France* », il est nécessaire de mentionner :

- l'identité du produit, en particulier sa forme juridique, et la date d'agrément, de visa ou d'autorisation de commercialisation délivré par la Commission des opérations de bourse ;
- la classification, l'orientation de gestion (politique d'investissement et restrictions spécifiques d'investissement), la nature des risques encourus et l'horizon de placement (ces éléments peuvent être complétés par des indications sur le type d'investisseur « cible ») ;
- l'ensemble des frais supportés par l'investisseur ou par l'OPCVM lui-même, frais de gestion, de souscription et de rachat ;
- les modalités de souscription et de rachat (notamment les modalités relatives au préavis ou au montant minimum à investir) ;
- toute réserve de commercialisation, avertissement ou mise en garde, qu'elle résulte de la réglementation ou émane de la Commission ou de l'initiative du gestionnaire.

Pour les services de gestion sous mandat, l'information doit comporter « *les éléments nécessaires pour (...) permettre [aux investisseurs] de déterminer les conditions dans lesquelles s'inscrirait la gestion de leurs avoirs* ».

Par ailleurs, pour les produits de placement collectif soumis au contrôle de la Commission et les produits ayant fait l'objet en France d'une autorisation de commercialisation, il doit être indiqué « *les références des documents d'information obligatoires relatifs au produit et les moyens de se les procurer sans frais* » (Recommandation COB n° 99-02, recommandation n° 8).

La commission recommande également lorsque le produit est présenté au public français, d'utiliser la langue française pour donner des informations claires et mises à jour.

Elle souhaite le respect des principes énoncés dans les codes de déontologie élaborés par les associations professionnelles.

2) Pays visés

La Commission rappelle « *que le territoire visé par une offre sur Internet de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat s'apprécie en fonction de plusieurs critères, non exclusifs les uns des autres, indiquant l'intention de la société. L'application de ces différents critères peut conduire les autorités compétentes d'un pays donné à estimer qu'il s'agit d'une offre de produits ou de services visant leurs résidents. Ainsi, le contenu de l'information disponible, la langue, le plan ou l'arborescence du site, les liens établis à l'initiative de la société entre son site et d'autres sites ou les conditions d'acceptation des ordres en provenance des résidents des pays considérés peuvent permettre d'appréhender le public visé* » (recommandation COB n° 99-02, préambule).

Compte tenu de ces critères, tout intermédiaire financier est naturellement tenu « *de veiller à ce que son offre respecte les règles en vigueur dans les territoires visés* » et de s'enquérir « *des réglementations spécifiques à chaque territoire* ». En outre, et « *afin que les résidents des pays où il est possible de consulter le site ne soient pas induits en erreur, la société est invitée à préciser le champ géographique de son offre par un avertissement* » (recommandation COB n° 99-02, recommandation n° 1)³⁵.

B) LA DECISION N° 99-07 DE SEPTEMBRE 1999 DU CMF

1) Champ d'application

L'article 2 de la décision CMF n° 99-07 vise le prestataire « *émetteur d'un message proposant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant la réception des ordres via Internet* » et s'applique, au vu du caractère très général des termes « *émetteur d'un message* », à tous les types de messages émis, constitutifs d'une publicité ou d'une action de démarchage, dès lors que ce message amène à proposer « *un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant la réception des ordres via Internet* ». Par ailleurs, comme l'observe l'AFEI³⁶, ne peuvent être visées par cette décision les sociétés de gestion de portefeuille qui fourniraient également un service de réception et transmission d'ordres, leur activité étant placée sous la tutelle de la Commission des opérations de bourse.

2) Identification de l'auteur du message

L'article 2 de la décision du CMF impose au prestataire de clairement s'identifier dans ce message et de mentionner son statut ainsi que les services d'investissement qu'il est habilité à fournir. Enfin, s'il n'est pas teneur de compte-conservateur d'instruments financiers ni teneur de compte espèces, il doit aussi « *clairement faire apparaître l'identité des prestataires assumant ces fonctions* ». Par ailleurs, s'il s'agit d'un transmetteur d'ordres agissant en qualité de mandataire d'un prestataire de services d'investissement et n'ayant pas lui-même le statut de prestataire de services d'investissement, il doit « *mentionner l'identité de son mandant* ».

3) Pays visés

Le CMF tout comme la COB indique que lorsque « *son offre s'adresse de façon manifeste aux résidents d'un pays étranger, le prestataire habilité veille à ce que cette offre soit compatible avec la réglementation du pays concerné* » (décision générale du CMF n° 99-07, art. 3).

Rappel

³⁵ Sur le règlement des litiges voir le 3^{ème} chapitre.

³⁶ « La Fourniture de services et de produits financiers à l'épreuve d'Internet », Association Française des Entreprises d'Investissement, 2000.

Les obligations en matière de publicité de produits ou services financiers sur Internet et pour une meilleure protection du consommateur:

- *un message qui se présente comme publicitaire*
- *dans le cas de communications commerciales non sollicitées, consentement préalable du destinataire, sauf dérogation prévue : disposition du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique ;*
- *le respect d'un principe de loyauté et de transparence : un message clair et non équivoque, une identification claire de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite ;*
- *un respect des obligations imposées par la réglementation de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers pour un certain nombre de produits et d'opérations financières.*

Autre moyen de solliciter le public, le démarchage financier est une technique très fréquente chez les intermédiaires financiers.

SECTION 2 - LES REGLES RELATIVES AU DEMARCHAGE EN MATIERE FINANCIERE SUR INTERNET

Les méthodes utilisées par les démarcheurs financiers, parfois abusives pour l'épargnant, ont conduit le législateur à intervenir pour encadrer cette activité. Mais au vu de l'hétérogénéité et de l'obsolescence de ces textes, une réforme était nécessaire pour renforcer la protection de l'épargnant.

SOUS-SECTION 1 : HETEROGENEITE ET OBSOLESCENCE DES TEXTES SUR LE DEMARCHAGE (SITUATION AVANT L'ADOPTION DE LA LOI SUR LA SECURITE FINANCIERE)

Les règles relatives à l'activité de démarchage se sont succédées les unes aux autres sans créer d'ensemble véritablement cohérent.

Le cadre juridique du démarchage financier a été par ailleurs très vite dépassé avec l'arrivée des nouvelles technologies, laquelle a mis en relief la complexité du régime existant.

Cette complexité résultait de la coexistence d'une série de textes spécifiques, les uns relatifs au démarchage financier, les autres destinés à la protection du consommateur, les derniers relatifs à la présentation des opérations d'assurance ou à certains placements. L'existence de ces lois spécifiques a conduit à la mise en place de réglementations différentes et peu cohérentes entre elles, selon les produits financiers objets du démarchage.

Les conditions dans lesquelles peut être exercée une activité de démarchage étaient prévues par quatre textes différents :

- la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme qui encadre le démarchage en vue d'opérations sur marchés à terme et sur des marchés ou des produits étrangers ;
- la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité qui encadre les opérations de « démarchage bancaire»;
- la loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance qui encadre le démarchage en vue d'opérations sur valeurs mobilières ;
- la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne dont certaines dispositions ont pour objet d'encadrer le démarchage en vue de certains placements : souscription de rentes viagères ou acquisition de droits sur des biens mobiliers ou immobiliers lorsque les acquéreurs n'en assurent pas eux-mêmes la gestion ou lorsque le contrat offre une faculté de reprise ou d'échange et la valorisation du capital investi.

Ces textes ont été regroupés et codifiés par la suite aux articles L.341-1 à L.353-7 du Code monétaire et financier.

Le principe posé, sous l'empire de ces textes, est que le démarchage est autorisé sous certaines conditions, certaines pratiques étant en revanche interdites.

§1- LE DEMARCHAGE FINANCIER, UNE SOLLICITATION ACTIVE ET PERSONNALISEE

Une première définition était donnée à l'article L.342-2 du Code monétaire et financier au terme duquel « est *une activité de démarchage le fait de se rendre habituellement au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur leur lieu de travail, ou dans les lieux publics, en vue de conseiller la souscription, l'achat, l'échange ou la vente de valeurs mobilières ou une participation à des opérations sur ces valeurs. Sont également considérées comme activités de démarchage les offres de services faites ou les conseils donnés, de façon habituelle, ou sur les lieux de travail, par l'envoi de lettres ou circulaires ou par communications téléphoniques* ».

Le démarchage se caractérise ainsi par une sollicitation active, car c'est le démarcheur qui prend l'initiative de contacter le démarché, et personnalisée car il s'agit d'une approche directe et sous forme individualisée vers le client.

Une deuxième définition de l'activité de démarchage applicable aux opérations sur les marchés à terme est donnée à l'article L.343-2 du Code monétaire et financier. La référence à la notion « tout moyen de communication » nous amène à considérer que cette réglementation s'applique au démarchage via internet. Le démarchage y est défini comme « *le fait de se rendre habituellement, soit au domicile ou à la résidence des personnes, soit sur leur lieu de travail, soit dans les lieux réservés au public et non réservés à de telles fins, en vue de conseiller une participation à des opérations sur ce marché ou de recueillir des ordres à cet effet, quel que soit le lieu où les ordres d'opérations ou le contrat liant le donneur d'ordres à celui qui les a recueillis ou exécutés ont été passés ou conclus. Sont également considérés comme des actes de démarchage, les offres de services faites ou les conseils donnés, de façon habituelle, en vue des mêmes fins, par l'envoi de tout document d'information ou de publicité ou par tout moyen de communication* ».

La Commission des opérations de bourse³⁷ au nom de la protection de l'investisseur, a eu très tôt une conception extensive de la notion de démarchage. Elle se rapporte non seulement aux actes effectués au domicile, dans des lieux publics ou sur le lieu de travail d'une personne mais aussi à toute visite, appel téléphonique et circulaires³⁸.

On peut donc penser que les sollicitations par internet, lorsqu'elles sont qualifiées comme telles, se voient appliquées cette réglementation³⁹.

Par ailleurs les autorités de tutelle, la COB et le CMF, ont adoptées deux textes spécifiques à internet pour certains types de produits ou opérations que nous avons étudiés plus haut mais qui trouvent aussi à s'appliquer au démarchage⁴⁰, bien que la frontière entre la publicité et le démarchage sur internet soit parfois difficile à établir.

³⁷ Instruction du 3 mai 1983 pour la mise en œuvre de la loi n°83-1 du 3 janvier 1983 sur les placements de produits divers.

³⁸ Bulletin mensuel COB, 1979 n°117 et n°119, juillet, n°222, février 1989

³⁹ Voir en ce sens l'article de Thierry Grasnier « La publicité et le démarchage des produits financiers sur Internet » sur le site <http://www.droit21.com>, avril 2001

⁴⁰ La recommandation COB n° 99-02 de juillet 1999 et la décision du CMF n°99-07 de septembre 1999

§2- PUBLICITE OU DEMARCHAGE SUR INTERNET : QUALIFICATION PARFOIS DIFFICILE A ETABLIR

Des actes publicitaires peuvent parfois être requalifiés de démarchage financier.

Dans un certain nombre de situations, la requalification pourra se faire aisément.

L'AFEI à ce sujet, dans son rapport sur « *la fourniture de produits et de services financiers à l'heure d'internet* »⁴¹, relève que peuvent être considérés comme des actes de démarchage, les messages publicitaires qui, outre l'incitation à l'achat d'un produit ou d'un service particulier, comportent des éléments qui peuvent amener, soit à l'achat direct de ce produit ou service, soit à l'établissement d'une relation directe entre le démarché et le démarcheur. Elle renvoie alors à la technique du coupon réponse figurant sur un encart publicitaire à caractère général, et rappelle que sur ce sujet, la Commission des opérations de bourse a eu l'occasion d'indiquer que « *l'utilisation de la technique du coupon réponse par les annonceurs, si elle trouve sa légitimité dans le besoin de limiter aux seules personnes intéressées le développement d'une campagne d'informations sur le produit proposé, peut se transformer en acte de démarchage dès lors qu'au-delà de cet objectif, elle tend à provoquer la remise de fonds ou la souscription d'engagements* ».

Deux situations ont été distinguées par la Commission des opérations de bourse dans ses entretiens annuels sur la question marchés financiers à l'heure d'internet⁴².

Tout d'abord, il existe des sites qualifiés de « passifs » ne contenant que des informations sans toutefois permettre de passer à un autre site établissant une communication avec l'offreur. Ils pourraient dans ce cas ne pas entrer dans le champ d'application des textes relatifs au démarchage, mais éventuellement dans celui de la réglementation de la publicité.

En revanche, d'autres sites se caractérisent par des méthodes de sollicitation active comme le « spamming » ou l'expédition de messages à des internautes connectés qui n'ont pas cherché à contacter le site concerné, cette technique étant appelé « push média ». Dans ce cas, la loi visant le démarchage serait applicable mais nécessiterait une mise à jour et des adaptations aux nouvelles technologies.

Cependant, il existe des situations incertaines comme le relève l'AFEI dans son rapport sur « *la fourniture de produits et de services financiers à l'heure d'internet* »⁴³ : ainsi pour exemple le positionnement sur un site cible d'un bandeau publicitaire doté d'un lien hypertexte qui mènera l'internaute directement sur le site de l'annonceur où pourront être acquis des produits ou des services financiers, et qui au premier abord pourrait être qualifié de publicité (bandeau publicitaire, lien hypertexte). L'AFEI se demande alors si ce lien hypertexte ne pourrait pas constituer un coupon-réponse virtuel au sens de l'analyse qu'en a faite la commission des opérations de bourse. Et elle montre toute la difficulté de qualification qui peut alors se poser : « *le lien hypertexte est une technique presque consubstantielle de la publicité sur Internet, et l'internaute qui décide de cliquer sur le lien s'attend justement à ce que celui-ci lui permette d'accéder directement aux services ou produits objets de la publicité. Ne faut-il alors pas prendre en compte l'évolution des comportements que suscite Internet ? La question est donc de déterminer si le souci qui a pu conduire la commission des*

⁴¹ Rapport de l'Association Française des Entreprises d'Investissement d'octobre 2000.

⁴² Entretiens annuels de 1998 - Les marchés financiers à l'heure d'Internet - En ligne sur le site Internet de la COB, http://www.cob.fr/Styles/Default/documents/general/1929_1.pdf.

⁴³ Rapport AFEI p.95 précédemment cité.

opérations de bourse à prendre position en faveur d'une assimilation de la technique du coupon-réponse à une forme de démarchage est encore présent dans la technique du bandeau publicitaire accompagné d'un lien hypertexte ... ? Surtout qu'ici, encore plus qu'avec le coupon réponse, il manque le caractère personnalisé de la sollicitation ».

Les professeurs Thierry BONNEAU et François DRUMMOND dans leur ouvrage sur le droit des marchés financiers⁴⁴ relèvent que les sites ne constituent pas en eux mêmes des actes de démarchage, qu'ils aient ou non des liens hypertextes car la nécessité de cliquer sur une icône pour aller sur le site exclut la qualification de démarchage.

Ainsi, les textes actuels en matière de démarchage ne paraissent-ils pas entièrement adaptés pour saisir l'ensemble des situations qui peuvent se présenter sur internet. Pour exemple, il a été proposé de modifier le Code monétaire et financier afin d'en permettre l'application « à la publicité faite pour un produit ou un service financier dans le cadre d'un forum de discussion (newsgroup ou chat) dont l'objet n'est pas l'offre de produits financiers ». Selon Thierry BONNEAU et François DRUMMOND le comportement actif de l'internaute qui se connecte au forum ne paraît pas conciliable avec la qualification de démarchage. Toutefois, dans la mesure où cet internaute n'a pas consenti à la réception du message, on peut considérer qu'il est démarché.

§3- PERSONNES HABILITEES A DEMARCHER : UNE PROFESSION HETEROGENE

Deux textes différents trouvent à s'appliquer. L'article L.342-3 du Code monétaire et financier énonce que ne peuvent recourir au démarchage en vue d'opérations sur les valeurs mobilières (le terme actuel étant « instruments financiers ») seulement les établissements de crédits, les prestataires de service d'investissement et les entreprises d'assurance.

L'article L.342-2 du Code monétaire et financier prévoit que ne peuvent recourir au démarchage que les prestataires de service d'investissement, les personnes physiques ou morales habilitées par le conseil des marchés financiers à fournir des services à l'exécution pour le compte de tiers ou à la négociation pour compte propre, ainsi que les personnes morales dont les membres ou associés sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes et engagements de celles-ci, à condition que ces membres ou associés soient habilités à par le Conseil des marchés financiers à l'exécution pour le compte de tiers ou à la négociation pour le compte propre.

Les démarcheurs de produits financiers ont ainsi, soit un statut spécial leur permettant d'accomplir des actes de démarchage, soit une habilitation du Conseil des marchés financiers.

Toute personne physique, employée par les personnes morales habilitées, qui se livre à une activité de démarchage doit détenir une carte d'emploi délivrée par le CMF (articles L.342-3 et 343-2 du Code monétaire et financier). Il ne devra et ne pourra la porter qu'en cas de déplacement physique (article L.342-8, exclusion de l'offre faite par téléphone et donc par internet).

§3- OPERATIONS DE DEMARCHAGE INTERDITES

Dans un souci de protection de l'épargnant, certaines opérations sont interdites.

⁴⁴ Droit des marchés financiers, Thierry Bonneau et François Drummond, Ed. Economica, février 2002

L'article L.342-1 du Code monétaire et financier interdit le colportage des valeurs mobilières. Il s'agit du fait de se rendre « *au domicile ou à la résidence des personnes ou sur les lieux de travail ou dans les lieux publics pour offrir ou acquérir des valeurs mobilières avec livraison immédiate des titres et paiement immédiat total ou partiel sous quelque forme que ce soit* ». La sollicitation diffère du démarchage en ce qu'il y a remise immédiate des titres contre paiement total ou partiel de ces derniers.

D'autres pratiques codifiées d'une part à l'article L.342-5 du Code monétaire et financier, et d'autre part à l'article L.423-1 sont également interdites, compte tenu des risques qu'elle présente pour l'épargnant. Dans le premier cas, sont formellement prohibés « *les actes de démarchage* :

- *En vue de participations à des groupements de personnes ayant pour objet des opérations fondées sur les différences de cours de valeurs mobilières,*
- *En vue d'opérations à terme dans les bourses françaises ou étrangères de valeurs autres que les opérations à terme accompagnées d'instructions écrites en vue de lever ou de livrer des titres à la prochaine liquidation,*
- *En vue d'opérations sur des valeurs mobilières étrangères ou sur des parts des fonds communs de placements étrangers lorsque leur émission ou leur vente en France est soumise à une autorisation préalable et que celle-ci, n'a pas été accordée,*
- *En vue de la souscription de valeurs mobilières émises par des sociétés françaises n'ayant pas établi deux bilans en deux ans au moins d'existence sauf lorsque les opérations sont garanties par l'Etat ou qu'elles sont conduites par des sociétés d'investissement à capital variable,*
- *En vue des valeurs déjà émises par des sociétés non admises sur un marché réglementé d'instruments financiers, sauf pour des opérations sur des valeurs des sociétés d'investissement à capital variable ».*

Dans le second cas, c'est la question du démarchage des investisseurs résidant en France pour des opérations effectuées sur des marchés étrangers qui a été envisagée. Le public ne peut être démarché « *sous quelque forme que ce soit et par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, en vue d'opérations sur un marché étranger de valeurs mobilières, de contrats à terme négociables ou de tous produits financiers* ». Seuls les marchés reconnus échappent à cette interdiction⁴⁵.

La complexité de ce dispositif tient au fait, d'une part, de l'existence de textes épars instituant des régimes différents, et d'autre part, de la non-prise en compte des évolutions technologiques lesquelles ont profondément modifié les méthodes d'intervention des démarcheurs. Il semblerait qu'une réforme soit nécessaire pour assurer une meilleure protection des investisseurs.

SOUS-SECTION 2 : UNE REFORME NECESSAIRE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DE L'INVESTISSEUR

⁴⁵ Décret n° 90-948 du 25 octobre 1990 portant application de l'article 18 de la loi du 28 mars 1885, modifiée par la loi du 31 décembre 1987 relative au marché à terme.

M. Emmanuel RODOCANACHI⁴⁶ décrivait, en novembre 2000, dans un rapport sur le démarchage financier remis à M. Laurent FABIUS, alors ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie, le dispositif juridique encadrant actuellement l'activité de démarchage comme « *touffu, peu cohérent et largement obsolète* ».

Il concluait à son caractère « *manifestement inadapté* » et proposait une réforme d'ampleur, dont les principes étaient repris dans un projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, déposé sur le bureau du Sénat le 31 mai 2001, projet abandonné depuis, mais dont les dispositions ont été pour partie remises à l'honneur dans les articles 50 et suivants de la loi sur la sécurité financière.

La réforme crée un régime unique reposant sur une définition également unifiée. Celle-ci inclut, sauf exceptions, et à condition que le but soit de fournir des produits ou services bancaires et financiers, « *toute prise de contact non sollicitée par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée* » ainsi que « *quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche, le fait de se rendre au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans des lieux on destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers.*

La loi étend ainsi le champ de la protection des règles :

- à toute prise de contact non sollicitée, quel que soit le moyen utilisé (par exemple le spamming sur internet) ;
- dès le premier acte de démarchage, dans la mesure où est abandonné le critère de l'habitude ;
- au démarchage ayant pour but la fourniture ou la conclusion de toute opération sur instruments financiers (et non pas seulement sur les valeurs mobilières) de tout service d'investissement ou connexe (ce qui est nouveau) ainsi que de toute opération de banque ou connexe (et non pas seulement les offres de prêts ou la réception des dépôts) ;
- aux sollicitations que la réforme organise en une profession réglementée soumise également aux règles du démarchage.

La volonté de bien encadrer cette activité se traduit dans le texte par l'indication des personnes étant habilitées à se livrer à l'activité de démarchage, c'est à dire les établissements de crédit, les établissements de l'article L.518 du Code monétaire et financier (le Trésor et les services financiers de La Poste), les sociétés de capital risque, les entreprises proposant des dispositifs d'épargne salariale, et enfin les conseillers en investissements financiers pour les prestations de conseil en investissements, innovation de la réforme.

Ces personnes morales doivent enregistrer leurs démarcheurs auprès de l'autorité compétente (Autorité des marchés financiers, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, ou comité des entreprises d'assurance).

Les conseillers en investissement financier (CIF) se livrant au démarchage sont soumis également à l'enregistrement.

⁴⁶ Mission Rodocanachi sur le démarchage financier. Rapport au gouvernement rédigé par M. Emmanuel Rodocanachi, M. François de Mazières et Mlle Laure Becqué, remis en juillet 2000

Le texte prend en compte le caractère très spéculatif de certains produits et, par conséquent, leur caractère risqué et dangereux. Ainsi, afin de protéger les investisseurs, le législateur a choisi d'interdire le démarchage de ces produits.

Autre nouveauté importante pour le consommateur, la réforme améliore l'obligation d'information des démarcheurs, laquelle ne consistera plus essentiellement en la remise d'un document d'information. Elle comprendra également une obligation de s'informer sur le démarché (sur ses capacités financières et son degré de connaissance en la matière) et d'informer celui-ci sur l'identité des acteurs en présence, sur l'offre contractuelle, sur un droit de rétractation fixé pour la majorité des cas à 14 jours, sans aucune pénalité et sans être obligé d'indiquer les motifs de sa décisions⁴⁷, et un délai de réflexion de deux jours. Enfin elle prévoit des sanctions disciplinaires et pénales plus homogènes pour les démarcheurs⁴⁸.

Comme en matière d'information, le dispositif relatif à la faculté de rétractation des personnes démarchées est compatible avec la directive communautaire 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à services financiers.

La loi sur la sécurité financière effectue une mise en conformité avec les règles communautaires qui se révélait nécessaire dans la mesure où le démarchage, s'il est effectué par télécommunication, apparaît bien comme un moyen de commercialisation des produits et services financiers.

Outre son utilisation par le prestataire à des fins de recherche du client, internet peut aussi permettre de conclure et exécuter des contrats .

⁴⁷ Avant ce texte, les possibilités de rétractation dépendaient des produits en cause.

⁴⁸ « Art. L. 341-12. - Lors des actes de démarchage bancaire ou financier, doivent être communiqués par écrit, à la personne démarchée, quel que soit le support de cet écrit :

1° Le nom, l'adresse professionnelle et, le cas échéant, le numéro d'enregistrement de la personne physique procédant au démarchage ;

2° Le nom et l'adresse de la ou des personnes morales pour le compte de laquelle ou desquelles le démarchage est effectué ;

3° Le numéro d'enregistrement de la personne morale mandatée en application du I de l'article L. 341-4 si le démarchage est effectué pour le compte d'une telle personne ;

4° Les documents d'information particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés requis par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur ou, en l'absence de tels documents, une note d'information sur chacun des produits, instruments financiers et services proposés, élaborée sous la responsabilité de la personne ou de l'établissement qui a recours au démarchage et indiquant, s'il y a lieu, les risques particuliers que peuvent comporter les produits proposés ;

5° Les conditions de l'offre contractuelle, notamment financières, et les modalités selon lesquelles sera conclu le contrat, en particulier le lieu et la date de signature de celui-ci ;

6° L'information relative à l'existence ou à l'absence du droit de rétractation prévu à l'article L. 341-16, ainsi que ses modalités d'exercice. Ces dispositions sont applicables sans préjudice de l'application des obligations législatives et réglementaires spécifiques à chaque produit, instrument financier ou service proposé ».

CHAPITRE II - INTERNET OUTIL DE REALISATION DU CONTRAT PORTANT SUR UN SERVICE OU UN PRODUIT FINANCIER

Internet est un outil qui présente de nombreux atouts tant pour l'intermédiaire financier que pour l'épargnant : accessibilité et utilisation aisée, faible coût, rapidité de diffusions et de mises à jour des informations financières en ligne, richesse des contenus, multiplicité des produits disponibles...

Néanmoins, le caractère dématérialisé de la relation facilite les risques de fraude ou de « tromperie » de l'épargnant, lequel ne mesure pas toujours les conséquences de ces décisions.

Ainsi verrons nous en premier lieu qu'une information claire doit être donnée au préalable par l'intermédiaire sur ses produits et services et qu'il doit, tout comme le consommateur, être clairement identifié (section 1). En second lieu, nous étudierons les règles de formation du contrat, et plus particulièrement du contrat à distance (section 2).

SECTION 1 - LES ASPECTS PRECONTRACTUELS

La protection de l'investisseur suppose le respect des règles existantes ainsi que des règles de conduite des opérateurs.

Principalement, elles visent à s'assurer que les consommateurs ont été bien informés et ont manifesté clairement leur consentement.

SOUS-SECTION 1 - L'OBLIGATION D'INFORMATION PREALABLE DE L'INTERMEDIAIRE EN LIGNE

La fourniture de produits ou de services financiers ne peut se faire qu'en présence d'un prestataire agréé, lequel doit donner une information adéquate sur ses produits et services à l'investisseur.

Cette information, nécessaire à la protection du consommateur, souvent néophyte en matière financière, revêt la forme d'une obligation générale d'information, de conseil et de renseignement. Il est important de préciser que cette dernière s'impose tant lors de la formation du contrat que durant toute son exécution. Consacrée par la jurisprudence, elle a été réaffirmée par les textes (voir l'article L.111-1 du Code de la consommation) et les autorités de tutelle pour la fourniture de produits et services financiers en général, et renforcée pour les produits et services financiers délivrés par internet.

Les autorités de tutelle ont ainsi prévu des adaptations de la réglementation au cas de l'Internet, et les directives communautaires consacrent et renforcent les obligations des prestataires.

Au plan international, l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) a recommandé que les intermédiaires financiers, même lorsqu'ils proposent leurs services en ligne, continuent à se procurer des informations suffisantes sur leurs clients (questionnaires en ligne par exemple) et à les conseiller de manière appropriée⁴⁹.

Il faut cependant rappeler que la démarche ne doit pas être à sens unique. L'investisseur doit aussi s'informer de son côté et lire attentivement la documentation remise, comme le souligne la COB sur son site internet sous la rubrique « conseils pratiques avant d'investir et pour suivre vos investissements »⁵⁰.

Nous envisagerons tout d'abord le cadre général de l'obligation d'information du prestataire, qui se réalise essentiellement dans le contenu des conventions signées par les deux parties, et distinguerons dans un deuxième temps ce qu'il est convenu d'appeler une obligation de conseil et de renseignement⁵¹, laquelle est une des facettes de l'obligation d'information.

Nous verrons enfin que cette obligation est réaffirmée par les directives communautaires, et plus spécifiquement par la directive sur la commercialisation à distance des services financiers dont nous étudierons le contenu.

⁴⁹ OICV « Securities Activity on the Internet », septembre 1998, p.32 sur le site internet <http://www.iosco.org>.

⁵⁰ http://www.cob.fr/Styles/Default/affiche_page.asp?urldoc=conseils_pratiques.htm.

⁵¹ Voir dans ce sens le rapport de l'AFEI « Fourniture de produits et de services financiers à l'épreuve d'Internet » p.113.

§1 - L'OBLIGATION D'INFORMATION DU PRESTATAIRE : LES CONVENTIONS EN MATIERE FINANCIERE

La plupart des informations se trouvent dans deux conventions écrites signées par les parties et prévues aux articles 2-4-12 et 2-4-13 du Règlement général du Conseil des marchés financiers : la convention de services pour l'activité de réception et de transmission d'ordre pour le compte de tiers ou de compensation, et la convention de compte qui concerne l'ouverture de compte.

A/ LES MENTIONS CONTENUES DANS LES CONVENTIONS REDIGEES ENTRE LES PARTIES

Un certain nombre de mentions sont ainsi nécessaires pour une meilleure protection de l'épargnant (Décision n° 98-28 du Conseil des marchés financiers relative aux clauses obligatoires devant figurer dans la convention de service et d'ouverture de compte entre un prestataire et son client).

Pour ce qui est du mandat de gestion de portefeuille, la Commission des opérations de bourse a également prévu des clauses obligatoires à insérer dans les conventions et ce au travers du règlement n° 96-02 sur les prestataires de services d'investissement effectuant une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers .

Les conditions générales de la convention d'ouverture de compte doivent indiquer l'identité de l'investisseur, les services d'investissement et services assimilés, les catégories d'instruments financiers sur lesquels portent les services du prestataire, la durée de validité de la convention, la tarification des services, les obligations de confidentialité, la qualité de non ducroire du prestataire⁵². Elles doivent, par ailleurs, préciser les modalités de réception et de transmission des ordres et les modalités de communication des informations relatives aux opérations envisagées.

Plus particulièrement dans le cadre de l'exécution d'ordres pour le compte de tiers ou de réception et transmissions d'ordres, les informations relatives à la réalisation de la prestation ou de l'exécution de l'ordre sont importantes. Ainsi l'information prévue doit permettre au donneur d'ordre de connaître au moins le ou les instruments concernés, le marché sur lequel a lieu l'opération, la date et le prix d'exécution des ordres, le montant de l'opération (décision n°98-28 du Conseil des marchés financiers).

Les entreprises d'investissement, y compris lorsqu'elles agissent dans le cadre d'un mandat de gestion de portefeuille, doivent informer les investisseurs des risques de l'opération (règlement COB n° 96-03, et notamment les articles 19 et 20). Lorsque les opérations portent sur des instruments financiers à terme, négociables sur un marché réglementé, l'information doit contenir la note d'information et les fiches techniques prévues par la Commission (Règlement COB n° 97-02 relatif à l'établissement d'une note d'information concernant les marchés réglementés d'instruments financiers à terme).

⁵² Les prestataires de services d'investissement agréés pour la réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers ou pour l'exécution d'ordres pour le compte de tiers sont responsables, à l'égard de leurs donneurs d'ordre, de la livraison et du paiement de ce qu'ils vendent ou achètent : ils sont « ducroires ».

La communication de ces documents doit être préalable à la négociation (article 3-3-7 du règlement général du CMF).

B/ LES CONVENTIONS PORTANT SUR LA FOURNITURE DE PRODUITS ET SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET

Le dispositif précédent s'applique à ces conventions.

1) Application de la réglementation générale en vigueur

Ces conventions, établies entre un intermédiaire et son investisseur, et fixant les conditions de fourniture par internet d'un service d'investissement ou d'un service assimilé, doivent contenir l'ensemble des mentions prévues à titre minimal par la réglementation en vigueur vue dans le A).

La COB le rappelle dans sa recommandation n° 99-02 relative à la promotion ou la vente de produits de placement collectif via internet : *«la gestion sous mandat donne lieu à l'établissement préalable d'une convention écrite, dont le contenu minimal est défini par les lois et règlements. Cette convention écrite est signée par les deux parties. Cette convention comporte les objectifs de la gestion, les catégories d'instruments financiers que peut comporter le portefeuille, les marchés sur lesquels peut intervenir le mandataire, le mode de rémunération du mandataire et, le cas échéant, les modalités des opérations à effet de levier »* (recommandation n° 99-02, rec.10, al. 4).

Quant au CMF, les dispositions de sa décision n° 98-28 sont suffisamment générales pour être appliquées à de telles conventions.

Le Conseil des marchés financiers prévoit cependant des obligations particulières.

2) Obligations spécifiques posées par le Conseil des marchés financiers

En plus de la reprise du contenu minimal défini par sa décision n° 98-28, le CMF impose aux intermédiaires qui reçoivent des ordres par internet des obligations d'information supplémentaires (Décision générale du CMF n° 99-07 sur les prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant une réception via Internet, art. 6).

Tout d'abord, deux clauses spécifiques doivent être insérées dans la convention de service qui les lie au client.

L'une est relative à la responsabilité du prestataire de services d'investissement concernant la bonne exécution de l'ordre après confirmation dudit ordre par le donneur d'ordre (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 12). L'autre doit décrire *« les équipements alternatifs mis à la disposition du client en cas d'interruption prolongée du service »* (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 13).

Ensuite, les intermédiaires sont tenus de fournir certaines informations supplémentaires. Ils doivent tout d'abord informer « *clairement le client qu'aucune opération ne peut être initiée tant qu'il n'a pas reçu* » les documents permettant d'établir son identité lorsque cela est nécessaire, la convention de preuve propre à l'utilisation d'internet dûment signée par le client, les fonds ou instruments financiers sur le compte du client quand il est le teneur de compte (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 12). Ils doivent ensuite, « *en cas de dysfonctionnement du système de réception d'ordres* », faire leurs « *meilleurs efforts pour informer les utilisateurs de la nature et de la durée prévisible du dysfonctionnement* » (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 13).

Enfin, les intermédiaires doivent préciser « *de manière expresse les modes de preuve propres à la réception d'ordres via Internet* » (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 5).

La COB quant à elle énonce sur ce sujet que l'intermédiaire « *prend toutes les dispositions nécessaires pour que l'engagement du souscripteur (...) puisse être prouvé de manière tangible* » (Recommandation COB n° 99-02, rec. n° 10).

Il est à noter que la COB et le CMF rappellent tous les deux qu'internet, pour la délivrance de toutes ces informations, ne peut se substituer aux autres outils d'information que s'il a été expressément accepté par le client.

La COB indique ainsi que « *sous réserve de la demande expresse du porteur de parts, de l'actionnaire ou du mandant, le recours à Internet ne saurait exonérer la société de la nécessité de l'informer par l'intermédiaire des autres supports habituellement utilisés ; il en est notamment ainsi pour ce qui concerne les documents périodiques ou les informations relatives à un changement dans la vie d'un produit de placement collectif nécessitant une information particulière des [souscripteurs]* » (Recommandation COB n° 99-02, rec.n° 11).

Le CMF prévoit de son côté que, si l'intermédiaire « *peut proposer au client, dans la convention de service et d'ouverture de compte, le choix entre la demande d'envoi par courrier et la demande d'envoi via Internet, d'une part des avis d'opéré, d'autre part des relevés de portefeuille* », le choix d'une transmission de ces documents par internet suppose que « *ce mode de transmission exclusif [ait] été prévu dans la convention de service et d'ouverture de compte* » (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 8).

§2 - L'OBLIGATION DE CONSEIL ET DE RENSEIGNEMENT FACE A UN CLIENT INTERNAUTE NON PROFESSIONNEL

L'obligation de conseiller et de renseigner le client internaute non professionnel fait partie du devoir d'information du prestataire, qui doit lui fournir une information d'autant plus détaillée et complète que le client se révélera peu compétent.

A) La teneur de l'obligation

Cette obligation a été renforcée par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières. Ainsi, l'article L.533-4 du Code monétaire et financier, qui reprend les termes de l'article 58 de la loi, prévoit que les prestataires de service d'investissement sont tenus de « *s'enquérir de la situation financière de leur clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés* ». Cet article ajoute : « *les règles énoncées au présent article doivent être appliquées en tenant compte de*

la compétence professionnelle, en matière de services d'investissement, de la personne à laquelle le service d'investissement est rendu ».

L'article 3-3-5 du règlement général du CMF précise en outre que le prestataire doit informer son client sur « *les caractéristiques des instruments financiers dont la négociation est envisagée, des opérations susceptibles d'être traitées et des risques particuliers qu'elles peuvent comporter* ».

Cette obligation s'impose aussi sur internet comme le rappellent la COB et le CMF. Préalablement à toute opération, la société doit s'enquérir de la situation financière du client et de ses objectifs (recommandation COB n°99-02, rec.9, décision CMF n°99-07, article 12 et 13).

En matière de produits de placement collectif et de services de gestion sous mandat, la COB précise que la société doit s'assurer que le contenu et la présentation du site permettent de fournir le conseil adéquat. Si le site ne permet pas d'assurer ce devoir de conseil, la société doit indiquer clairement au client les autres moyens disponibles pour en bénéficier avant la souscription ou la signature du mandat.

Le CMF indique quant à lui que le prestataire habilité s'assure que les informations devant être fournies avant la délivrance du premier ordre via internet peuvent l'être « *sous une forme consultable à l'écran ou par téléchargement* » (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 7). De même il doit s'assurer « *que le client reçoit l'information prévue à l'article 3-3-7 du Règlement général, relative à une opération sur instruments financiers qui ne s'inscrit pas par sa nature, par les instruments concernés ou par les montants en cause dans le cadre des opérations que ledit client traite habituellement, avant qu'il ne passe l'ordre correspondant via Internet* » (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 9).

Le prestataire devra là encore se renseigner, notamment sur les objectifs de l'opération en cause. Afin d'observer cette obligation, certains prestataires de services ont imaginé d'insérer dans leurs conventions une clause du type « *wavier* » par laquelle le client confirme avoir reçu toute l'information nécessaire lui permettant d'effectuer des choix éclairés, en toute connaissance de cause, pour tout type de transaction portant sur tout type d'instrument financier.

Ce type de clause ne permet pas aux prestataires de services de se décharger de leur obligation d'information envers leur clientèle, sur la multitude de produits et sur les risques qu'ils encourent. Le devoir de conseil demeure.

Pour éviter qu'un client non averti puisse passer des ordres inhabituels sans bénéficier de l'information requise, un mécanisme d'alerte informatique préétabli avec le client devrait être mis en place par les prestataires de services afin d'observer les prescriptions de l'article 3-3-7 du Règlement.

L'alerte serait déclenchée dans le cas où le client passerait des ordres inhabituels et n'aurait pas été en possession d'une information suffisante, que lui donnerait alors le prestataire.

B) LA NOTE D'INFORMATION SUR LES MARCHES A TERME

S'agissant d'opérations sur instruments financiers à terme négociés sur un marché réglementé, les documents d'information (dont la note d'information) peuvent être transmis par internet, le règlement COB n° 97-02 n'indiquant pas les modalités de remise de ces documents. Les prestataires ne peuvent recevoir ni ordre ni fonds du client n'intervenant « *pas sur le marché à titre de profession habituelle* » avant l'expiration d'un délai de 7 jours suivant la délivrance par lettre recommandée avec avis de réception de la note d'information et avant la remise d'une attestation manuscrite.

Cependant le CMF est venu apporter des précisions pour l'application de ce principe à la fourniture de services sur internet. Ainsi le délai de 7 jours prévu par le règlement n°97-02 court sur Internet « *à partir de la date à laquelle où lesdits clients ont consulté à l'écran ou téléchargé les notices. Cette date de consultation est enregistrée par le prestataire habilité* » (Décision générale du CMF n° 99-07, art. 7). Comme le souligne l'AFEI dans son rapport⁵³, ces indications n'exonèrent pas l'intermédiaire financier de l'obligation de recueillir l'attestation, signée du donneur d'ordres, dans l'attente de la généralisation de l'utilisation de la signature électronique .

Ces obligations ont été renforcées et précisées par les textes communautaires lorsque le contrat de fourniture de produits et de services financiers est conclu à distance.

§3 - DES OBLIGATIONS A L'EGARD DE L'INVESTISSEUR REAFFIRMEES PAR LES TEXTES COMMUNAUTAIRES

Les activités financières en ligne se situent à la croisée de deux plans communautaires : l'un porté sur l'instauration d'un marché commun pour les services financiers, et l'autre visant l'optimisation des nouveaux moyens de communication caractérisant la société dite de l'information.

A ce titre, deux textes européens ont une incidence directe en ce qui concerne la problématique de l'offre de produits et de services financier par Internet.

A/ LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE ET LES OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES DANS LE CAS D'UN CONTRAT ELECTRONIQUE

Cette directive oblige les Etats membres à supprimer toutes interdictions ou restrictions concernant l'utilisation des contrats électroniques, à l'exception de certains contrats particuliers comme les contrats notariés par exemple.

Elle fixe un certain nombre d'obligations d'information préalable à la charge des intermédiaires financiers dans le cas où le contrat avec le client serait passé par voie électronique.

⁵³ « La fourniture de produits et de services financiers à l'heure d'internet : quel environnement juridique pour les prestataires de services d'investissement ? » Rapport d'un groupe de travail constitué par le Comité juridique de l'AFEI – octobre 2000.

Ces informations, qui doivent être données de manière claire et précise, sont pour l'essentiel reprises par le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique dans l'article 14 de la dernière version modifiant l'article 1369-1 du Code civil :

*« Art. 1369-1. – Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services **transmet les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.** Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.*

Un décret précise les modalités de transmission des conditions contractuelles au destinataire de l'offre en cas d'impossibilité technique de satisfaire à l'obligation de conservation et de reproduction mentionnée au premier alinéa. Dans les cas d'impossibilité technique, cette obligation ne s'applique pas aux services dont le montant est inférieur à un seuil fixé par arrêté ministériel.

L'offre énonce en outre :

1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;

4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

*« Art. 1369-3. - Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont **conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.***

Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-2 et des 1° à 5° de l'article 1369-1 dans les conventions conclues entre professionnels ».

B/ LA DIRECTIVE SUR LA COMMERCIALISATION A DISTANCE DES SERVICES FINANCIERS AUPRES DES CONSOMMATEURS

Avant de voir en quoi cette directive renforce les obligations des intermédiaires dans le cadre de contrats conclus à distance (ce qui inclut les contrats passés par voie électronique), et portant sur la fourniture de services et produits financiers, il est utile d'en rappeler son champ d'application.

1) Le plan d'action pour les services financiers⁵⁴

La directive sur la commercialisation à distance des services financiers, adoptée par le conseil des ministres européens le 26 juin 2002, est le résultat de négociations qui ont duré cinq ans.

⁵⁴ Pour plus d'information sur les différentes mesures adoptées par la Commission dans le cadre de ce plan, voir sur le site Internet de la Commission européenne, sous « services financiers » http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/actionplan/index.htm.

Une proposition de directive avait en effet été présentée le 14 octobre 1998, puis elle avait été modifiée en 1999, avant de faire l'objet d'une position commune arrêtée par le Conseil le 19 décembre 2001, et d'être adoptée par le Parlement en seconde lecture le 14 mai 2002, sous réserve de quelques modifications.

Cette directive doit être insérée dans un cadre d'action plus global, le plan d'action pour les services financiers, dont l'achèvement est prévu d'ici 2005. Son but est la réalisation d'un marché européen pleinement intégré des services financiers.

La mise en œuvre de ce plan passe soit par l'amélioration, soit par la création d'un arsenal juridique. Pour ce faire, trois domaines d'actions prioritaires ont été rappelés, notamment dans la communication « commerce électronique et services financiers »⁵⁵, présentée le 7 février 2001 : assurer la cohérence du cadre législatif pour les services financiers (avec la directive « commerce électronique »), renforcer la confiance des consommateurs dans les systèmes de recours et de paiement sur Internet, ainsi que la coopération prudentielle.

La directive, s'inscrivant dans ce plan, et venant parachever la construction du cadre juridique européen de la vente à distance, doit être transposée pour le 9 octobre 2004.

Elle était très attendue dans la mesure où la directive n°97/7 du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, et transposée dans le droit national français par l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001⁵⁶, ne s'appliquait pas aux services financiers.

2) Champ d'application : le contrat portant sur des services financiers et conclu à distance

La directive s'applique aux contrats passés entre un consommateur⁵⁷ et un fournisseur⁵⁸ portant sur des services financiers de détail (« tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements » art.2b), négociées à distance (par exemple, par téléphone, télécopie oui), c'est-à-dire par tout moyen utile sans qu'il y ait présence physique et simultanée des parties au contrat.

Les dispositions de la directive ne s'appliqueront que lors de la première opération d'une série d'opérations successives, ou lors de la première opération d'une série d'opérations distinctes

⁵⁵ Communication sur le site de la Commission Européenne, non publiée au JOCE : <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/132044.htm>. Cette communication a pour objectif de clarifier l'articulation entre la directive sur le commerce électronique et les autres volets de la législation sur les services financiers pour faciliter la libre prestation de service tout en renforçant la confiance des consommateurs.

⁵⁶ De fait, les règles protectrices du Code de la consommation (droit de rétractation, mentions obligatoires dans l'offre contractuelle...) ne s'appliquent pas aux contrats à distance portant sur des services financiers (article L.121-1 et suivants).

⁵⁷ L'article 2 (d) définit la notion de *consommateur*. Cette définition est semblable à celle de la directive 97/7/CE, ainsi, notamment, qu'à celle de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives. Une précision a cependant été apportée, visant à circonscrire le champ d'application *ratione loci* de la directive: celle-ci ne s'appliquera que lorsque le consommateur a sa résidence sur le territoire de l'UE.

⁵⁸ L'article 2 (c) définit la notion de *fournisseur*. Au sens de cette directive, est fournisseur de services financiers toute personne physique ou morale, en sa qualité commerciale ou professionnelle, qui soit fournit elle-même des services financiers soit agit en qualité d'intermédiaire dans la fourniture du service financier proprement dit au consommateur, ou pour la conclusion du contrat entre ces parties.

faisant l'objet d'une exécution échelonnée, et ceci indépendamment du fait que ces opérations fassent l'objet d'un seul contrat ou de plusieurs contrats successifs distincts selon le droit national (considérant 16 et article 1^{er}, 2).

Ainsi, par exemple, la convention d'ouverture de compte à distance constitue un contrat pour lequel les règles de la présente directive doivent être respectées. Toutefois, les opérations ultérieurement réalisées par le consommateur comme la passation d'un ordre de bourse constituent des opérations d'exécution de ce contrat, lesquelles ne sont pas soumises au respect des règles de la directive.

Seules les opérations de commercialisation à distance à destination des consommateurs sont visées. Le terme de commercialisation ne recouvrirait que la phase précontractuelle et le consentement (qui doit être éclairé, d'où la possibilité de rétractation), et exclurait alors l'exécution et la résiliation du contrat⁵⁹.

L'objectif d'harmonisation des législations des Etats membres est loin d'être rempli. L'ensemble des établissements de crédit français était favorable à une harmonisation maximale. Ce principe ayant été toutefois fortement contesté par certains Etats lors des débats, c'est un texte de compromis qui a été adopté : il autorise les Etats membres à maintenir dans leur législation un certain nombre de disparités « dans l'attente d'une plus grande harmonisation ».

La liberté des Etats reste donc grande. De fait, la question de la loi applicable⁶⁰ n'est pas tranchée. Ce seront donc pour l'instant les règles classiques de droit international privé qui s'appliqueront.

3) Les obligations précontractuelles définies par la directive

L'utilisation des techniques de communication à distance ne doit pas conduire à restreindre l'information fournie au client.

a - Les principales informations que doit communiquer le fournisseur

Concernant le fournisseur, il s'agira de son identité et de ses coordonnées.

Quant au service financier proposé, doivent être communiquées des informations relatives à ses principales caractéristiques, au prix total dû par le consommateur ou à la base de calcul du prix, aux éventuels risques particuliers qu'il peut comporter, aux limitations de durée des informations données, aux modes de paiement et d'exécution (art. 3, paragraphe 1, point 2).

Relativement au contrat à distance, les informations doivent porter sur l'existence ou l'absence du droit de rétractation, sur sa durée et ses modalités d'exercice, sur la durée minimale du contrat à distance, sur ses modalités de résiliation, sur la législation qui lui est applicable ou ses langues contractuelles.

⁵⁹ Commentaires sur la directive dans la revue de Droit Bancaire et Financier de novembre/décembre 2002, p.337.

⁶⁰ Voir le troisième chapitre.

Sur les recours, les informations doivent concernER l'existence ou l'absence de procédures extrajudiciaires et l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation.

Ces informations « *dont le but commercial doit apparaître sans équivoque* », doivent être fournies « *de manière claire et compréhensible* ».

b - Un droit de réflexion

Ces informations ainsi que les conditions contractuelles doivent être communiquées au consommateur, par écrit ou sur un support durable. Les conditions contractuelles doivent demeurer valides pendant une durée de 14 jours.

Par support durable, il faut entendre aux termes de l'article 2, f) « *tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées* ».

A cet égard, le considérant 20 de la directive cite à titre d'exemple, les disquettes informatiques, les DVD ou le disque dur de l'ordinateur sur lequel un courrier électronique est stocké.

Pendant cette période de réflexion, le consommateur est ainsi en mesure d'examiner les droits et les obligations auxquels il est susceptible de souscrire, et peut aisément comparer les différentes propositions commerciales qui lui sont faites. Toutefois, il pourra conclure le contrat avant l'expiration du délai légal ou convenu.

Il faut souligner que puisque cette directive est générale, elle laisse subsister les directives spéciales (ainsi par exemple les obligations spécifiques prévues par la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)).

Le consommateur avant de contracter devra s'assurer de l'identité de l'intermédiaire en vérifiant essentiellement s'il a bien été agréé auprès des autorités compétentes. L'intermédiaire fera de même avec son client.

SOUS-SECTION 2 - L'IDENTIFICATION DES PARTIES

Il s'agit tout d'abord de rappeler les règles permettant d'identifier un prestataire de services d'investissement sur internet (§1). Puis nous verrons quels sont les moyens d'authentifier le client sur ce même réseau (§2).

§1 - L'AGREMENT DU PRESTATAIRE DE SERVICE D'INVESTISSEMENT, GARANTIE DE SECURITE JURIDIQUE POUR LE CONSOMMATEUR

Ces dernières années ont connu une explosion de l'offre sur internet de produits et de services financiers sur internet, proposés non seulement par les intermédiaires traditionnels qui ont intégré cette technologie dans leur stratégie, mais aussi par le développement de sociétés spécialisées dépourvues d'une activité bancaire originelle.

Les risques de fraude sont favorisés par le réseau internet car il est très facile, à partir d'un seul poste d'ordinateur, de solliciter de nombreuses personnes de manière quasi simultanée. De plus son caractère international ne facilite pas la cessation des actions illicites et la condamnation de leurs auteurs.

Il faut ainsi rappeler que c'est l'observation de tels comportements frauduleux qui a conduit la Commission des opérations de bourse à recommander « *aux investisseurs de demeurer vigilants avant de s'engager financièrement avec des sociétés fournissant des services financiers quelconques sur Internet et, en particulier, de s'assurer que les offres émanent de professionnels agréés pour l'exercice du métier concerné*⁶¹ ».

La distribution de produits et de services est en effet une activité réservée à des prestataires spécifiquement agréés à cet effet, qu'elle soit réalisée par l'internet ou non.

Des sanctions pénales, que l'on peut organiser en trois catégories, sont prévues en cas de non respect de ce dispositif. La première concerne toute personne qui fournit des services financiers sans y avoir été autorisée⁶². La deuxième concerne toute personne qui sollicite sans autorisation des investisseurs en vue de proposer des services ou produits financiers. Le troisième et dernière concerne toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement qui utilise une dénomination, une raison sociale, une publicité ou, d'une façon générale, des expressions laissant croire qu'elle est agréée, selon le cas, en tant qu'établissement de crédit ou

⁶¹ Cf. Communiqué COB en date du 11 février 2000 (disponible sur le site www.cob.fr).

⁶² articles L.131-38 et L131-39 du nouveau Code pénal.

entreprise d'investissement, ou créant une confusion en cette matière⁶³.

⁶³ Pour les établissements de crédits : articles L.511-8 et L.571-3 du Code monétaire et financier.
Pour les entreprises d'investissement : articles L.531-11 et L.573-2 du Code monétaire et financier.

A/ LES CONDITIONS D'ACCES AUX ACTIVITES FINANCIERES SUR INTERNET

Il faut rappeler préalablement que les opérations de banque et de services d'investissements effectuées sur internet sont couverts par les réglementations générales et sectorielles déjà existantes et applicables à toutes ces activités.

Ainsi, seuls les intervenants, ayant pour profession habituelle et principale de fournir des services d'investissement, et agréés à cet effet, peuvent exercer un service en ligne de placement.

Cet agrément nécessite l'intervention du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), à l'exception des services de gestion de portefeuille relevant quant à eux de la compétence de la COB.

Nous verrons rapidement les conditions de cet agrément par le CECEI (A) puis envisagerons les solutions proposées face aux risques de fraude sur internet (B).

1) Les modalités de l'agrément du CECEI dans le cadre d'une offre de plus en plus transfrontalière

a - La délivrance de l'agrément

L'exigence d'un agrément est justifié par la nécessité, pour les autorités de contrôle du secteur financier, d'encadrer les intervenants aux différents stades d'exercice de leurs activités, et ce afin de garantir un niveau minimum de qualité et de fiabilité des services et une sécurité générale du secteur.

La demande d'agrément, formulée sur papier libre, est accompagnée d'un dossier-type établi conjointement par la COB, le CECEI et le CMF (Décret n° 96-880 du 8 octobre 1996, art. 1). Ce dossier comprend, entre autre, les informations à fournir pour l'application des procédures d'agrément et d'approbation de programme d'activité⁶⁴ visées aux articles L. 532-1 à L. 532-9 du Code monétaire et financier.

⁶⁴ Pour l'activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, la société doit remettre un programme d'activité pour chacun des services qu'elle entend fournir. Le dossier est communiqué à la COB par le CECEI. Le programme d'activité est présenté conformément au dossier type. Le CMF est consulté pour les services d'investissement figurant au programme d'activité et relevant de sa compétence (Règlement COB n° 96-02, art.9). L'approbation du programme d'activité est délivrée par la COB après avis du comité consultatif de la gestion financière dans un délai maximal de trois mois.

Voir notamment pour plus d'information le contenu de l'instruction d'application du 17 décembre 1996 du règlement COB n° 96-02.

Dès réception de la demande d'agrément, le CECEI vérifie qu'elle est conforme au modèle visé à l'article 1er du décret n° 96-880 du 8 octobre 1996 relatif à l'accès à l'activité de prestataire de services d'investissement, et procède à son instruction.

Le CECEI notifie sa décision au requérant et en informe simultanément l'autorité ayant approuvé le programme d'activité (CMF ou COB).

Les autorités doivent ainsi veiller au respect par les prestataires d'un certain nombre de conditions portant sur le montant de leurs ressources et la solidité de leur actionnariat, sur l'honorabilité et l'expérience de leurs dirigeants, ainsi que sur les moyens techniques de leur organisation (faisabilité technique du projet, précisions sur la sécurité informatique...).

Cependant, la procédure variera selon que l'établissement demandeur a son siège social en France, ou dans un autre pays de l'Union européenne ou de l'Espace Unique Européen, ou hors de l'Espace Economique Européen.

b - Une procédure différente selon le siège de l'Etat membre

Le cas des entreprises ayant leur siège social en France qui exercent leur activité sur internet ne pose pas de réelle difficulté : leur activité est soumise à l'agrément du CECEI dans des conditions énoncées plus haut. Pour les autres entreprises, des procédures spécifiques sont prévues.

• **Les intervenants ayant leur siège social dans un pays membre de l'Union européenne ou de l'Espace Economique Européen**

Les prestataires déjà agréés dans n'importe quel pays de l'Union européenne bénéficieront, sur le fondement du Traité de Rome, de la deuxième directive de coordination bancaire 89/646 du 15 décembre 1989 (article 19) et de la directive 93/22/CEE du 10 mai 1993 sur les services d'investissement (article 18) qui prévoient la reconnaissance mutuelle des agréments, d'une liberté d'établissement et d'une liberté de prestation de services en France, et ainsi n'auront pas ainsi à solliciter un nouvel agrément auprès des autorités de tutelle française.

Si une entreprise souhaite installer une succursale sur le territoire d'un Etat membre, elle devra procéder à une notification, contenant un ensemble d'informations et un programme d'activité, aux autorités compétentes de l'Etat membre d'origine, qui communiqueront alors ces informations au pays membre d'accueil. Cette notification n'est en fait qu'une simple déclaration d'intention. Elle a seulement pour but d'informer les autorités de contrôle et n'est pas à ce titre un outil efficace de protection du consommateur. La succursale pourra démarrer ses activités deux mois après la réception des informations par l'Etat membre d'accueil.

En ce qui concerne la libre prestation de services, de la même manière, les entreprises qui voudront pour la première fois exercer leurs activités sur le territoire d'un autre Etat membre, le notifient aux autorités compétentes de l'Etat d'origine en leur remettant un programme d'activité. Le service débutera à partir de la communication de ce programme à l'Etat d'accueil.

Les entreprises d'investissement bénéficient ainsi d'un passeport européen dans la mesure où elles ne peuvent se voir imposer par l'Etat d'accueil de conditions supplémentaires à l'exercice de leur activité.

La notion de libre prestation de services⁶⁵ a fait l'objet d'une analyse particulière de la part de la Commission Bancaire et de la Banque de France dans leur livre blanc « internet , quelles conséquences prudentielles » datant de décembre 2000.

Si le prestataire n'a pas installé un établissement ou une succursale dans le pays du client, ou un site internet (existence d'un serveur), la délivrance de services financiers ou bancaires peut elle s'apparenter à une libre prestation de services ?

Ces autorités, dans leur livre blanc, reprennent tout d'abord la position de la Commission européenne. Cette dernière énonce d'abord qu'il faut déterminer le lieu où est fournie la prestation caractéristique pour laquelle le paiement est dû. Elle applique son raisonnement à la fourniture de services financiers sur internet. Elle semble considérer que la prestation sur internet reste localisée sur l'ordinateur du prestataire, et n'intervient pas sur le territoire du client : « *la fourniture de services bancaires à distance, par le biais d'internet, ne devrait pas, selon la Commission, nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client* ». ⁶⁶ Elle ajoute alors « *être consciente du fait que cette solution nécessitera une analyse au cas par cas, qui peut s'avérer difficile* ».

Pour la Commission bancaire et la Banque de France, la difficulté juridique est de savoir si le prestataire a eu l'intention d'exercer son activité sur le territoire de l'autre Etat membre.

Afin de caractériser cette intention, il est proposé, qu'à défaut de manifestation expresse de volonté par le prestataire lui même, les autorités d'agrément et de contrôle utilisent un faisceau d'indices.

Ainsi il y aura libre prestation de services et donc obligation de notification aux autorités compétentes, si un grand nombre de ces indices donnés dans le livre blanc (page 42) sont réunis (liste non limitative) :

- « - *la conclusion d'opérations bancaires ou financières peut être réalisée à distance sur le site du prestataire par un client non résident, sans que celui-ci soit obligé d'établir au préalable en agence une première relation contractuelle comme l'ouverture de son compte ;*
- *le prestataire propose des services via un correspondant dans le pays du client ;*
- *le site est présent dans la langue du pays du client ;*
- *le site du prestataire est accessible via des portails localisés dans le pays du client ;*
- *le site du prestataire est référencé dans les moteurs de recherche du pays du client ;*
- *le prestataire a recours à des bandeaux publicitaires associés à un lien hypertexte sur des sites du pays du client ;*

⁶⁵ Cette liberté s'applique à tous les pays de l'Union européenne.

A noter que la cour de justice a déclaré directement applicable la libre prestation de service. Les particuliers ou entreprises peuvent invoquer directement devant les juridictions nationales l'application de ce principe qui implique l'élimination de toute discrimination en raison de la nationalité : CJCE 3 décembre 1974 aff.33/74 Van Binsbergen.

⁶⁶ Communication interprétative 97/C 209/04 de la Commission relative à la libre prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, JOCE, no C 209/6, 10/07/1997, pp. 10 et s.

- *le prestataire a recours à des envois de mailings auprès de clients résidant dans d'autres Etats membres ;*
- *le prestataire se fait connaître sur les forums de discussion spécialisés en matière bancaire et financière dans le pays du client;*
- *le prestataire tend à introduire un doute quant à sa localisation géographique précise en utilisant un nom de domaine permettant de penser qu'il est installé dans le pays du client d'un autre Etat membre ».*

La position de la Commission européenne a été beaucoup critiquée.

La Commission bancaire et financière belge a ainsi exprimé ses réticences dans la circulaire qu'elle a adopté concernant les services financiers et internet. : *« En cas de prestation de services transfrontaliers au sein de l'EEE, l'établissement doit tout d'abord se plier aux obligations de notification que lui impose son statut légal. Concernant l'obligation de notification, la CBF a, jusqu'à présent, adopté le point de vue suivant : il convient de considérer qu'une prestation de services est transfrontalière non seulement lorsque la prestation caractéristique du service (c'est à dire la prestation essentielle, pour laquelle le paiement est dû) a lieu sur le territoire d'un autre Etat membre, mais également lorsque l'entreprise sollicite des investisseurs dans cet autre Etat membre soit en se déplaçant, soit en recourant à des techniques de vente à distance ou à des procédés de publicité, autres que la publicité de notoriété. »*

- **Les intervenants ayant leur siège social dans un pays non membre de l'Espace Economique Européen**

Dans le cas où, l'intervenant, s'établit en France en créant une filiale ou une succursale et, propose des services financiers sur internet à destination de la clientèle française, il devra solliciter un agrément aux autorités françaises et se conformer aux dispositions législatives et réglementaires relatives à l'exercice d'activités bancaires et financières.

Par ailleurs le CECEI a considéré que *« certaines formes de présence entretenues de façon permanente par des établissements étrangers sur le territoire français pouvaient être assimilées à un exercice d'opérations bancaires et financières en France et par suite soumis à l'agrément des autorités de tutelle françaises, dès lors que les clients français étaient dispensés de s'adresser directement à l'opérateur étranger et qu'ils pouvaient conclure valablement en France ».*

La Banque de France et la Commission bancaire ont relevé les trois principales situations pouvant être considérées comme des formes de présence entretenues de façon permanente :

- l'ouverture d'un site internet présenté en français, offrant à partir d'un serveur situé en France, des produits et services financiers à la clientèle française,
- l'ouverture d'un site internet destiné à la simple information du public
- l'inscription sur un site portail français d'un lien hypertexte renvoyant vers le site d'un prestataire étranger.

Dans le premier cas, le prestataire devrait requérir l'ouverture d'une filiale ou d'une succursale agréée par les autorités de tutelles françaises, contrairement au site d'information

public qui remplirait alors la fonction habituelle d'un bureau de représentation et devra donc, conformément aux articles L.511-19 et L.532-14 du Code monétaire et financier, notifier sa demande d'ouverture au CECEI.

Quant au lien hypertexte sur un portail français vers le site d'un prestataire étranger, il relèverait d'avantage de la publicité et du démarchage que nous avons étudié en première partie.

Pour l'ensemble de ces situations et celles non envisagées ici, la banque de France et la Commission Bancaire proposent encore une fois le recours à un faisceau d'indices pour déterminer, si une offre de services ou l'exécution d'une activité financière, à destination de la clientèle française, nécessite l'agrément du prestataire originaire d'un pays tiers. Ce faisceau d'indices permettra d'apprécier le comportement actif ou passif de l'offre ou de la fourniture de produits ou de services.

Par ailleurs, l'OICV, dans son rapport « *Internet et les services financiers* » de septembre 1998, a émis des recommandations et propose des critères d'appréciation quant au partage des compétences entre les autorités pour les activités financières transfrontalières réalisées sur internet. Si l'offre de produits ou de services effectuée sur internet par un émetteur ou un prestataire de services financiers a lieu dans la juridiction du régulateur, ou, si les activités réalisées depuis l'étranger par l'émetteur ou le prestataire de services financiers ont un impact significatif sur les investisseurs ou les marchés situés dans la juridiction du régulateur, ce dernier peut s'estimer compétent et imposer à cet émetteur ou à ce prestataire le respect de ses règles, dont ces règles d'agrément⁶⁷.

Face aux risques de fraude (ex : contrefaçon d'un site déjà existant et agréé, spamming c'est à dire envoi de courriers électroniques à partir d'un fichiers d'adresses e-mail obtenus de manière illicite), et outre le fait que des sanctions pénales soient prévues, des moyens préalables existent pour permettre au consommateur de s'informer sur l'identité ou l'agrément du prestataire de service d'investissement.

B/ LA VERIFICATION DE L'IDENTITE ET DE L'AGREMENT DU PRESTATAIRE DE SERVICES D'INVESTISSEMENT PROPOSANT DES SERVICES ET DES PRODUITS FINANCIERS SUR INTERNET

1) L'intermédiaire financier éditeur d'un service de communication en ligne

Tout d'abord et de manière générale, conformément à l'article 43-10 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, modifiée par la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000, les personnes qui mettent en œuvre un site internet doivent tenir à la disposition du public :

« - s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social ;

⁶⁷ Parmi les critères qui permettent de déterminer la compétence des autorités de contrôle, figurent notamment le fait que l'information soit dirigée vers les résidents du ressort de l'autorité ou que le prestataire accepte des transactions émanant de ces résidents. Par contre si le prestataire précise clairement à qui s'adresse son offre ou qu'il prend toute mesure pour empêcher la fourniture de services à des résidents relevant de l'autorité de contrôle, celle-ci ne devrait pas se déclarer compétente.

- le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ;
- le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 43-8. (...) »

Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique renforce les obligations auxquelles sont assujetties les éditeurs de services de communication en ligne personnes morales :

« (...) S'il s'agit de personnes morales (**doivent être indiquées**) leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le **numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social** (...) » (article 2 du projet de loi créant un nouvel article 43-14 à la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986).

En cas de non respect de ces dispositions par la personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale, le même projet de loi prévoit une sanction d'un an d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

2) L'intermédiaire financier prestataire en ligne

L'article 9 du projet de loi sur l'économie numérique transpose le principe de transparence vis à vis des clients potentiels du commerce électronique, qui est prévu par l'article 5 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Il indique quelles sont les obligations et fixe les sanctions :

- « (...) 1° S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ;
- 2° L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ;
- 3° Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ;
- 4° Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du Code général des impôts, son numéro individuel d'identification ;
- 5° (nouveau) Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ;
- 6° (nouveau) Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite.

Les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de commerce ».

Des obligations particulières à la matière financière sont prévues dans l'article 2 de la décision du CMF n° 99-07 de septembre 1999⁶⁸ et la recommandation de la COB n° 99-02 de juillet 1999⁶⁹. Nous renverrons pour plus de détails à la première partie sur la publicité et le démarchage en ligne, et plus particulièrement à la section 3 sur les dispositions particulières à la publicité de produits et services financiers en ligne prises par le CMF et la COB.

Il faut également noter que la directive 2002/65/CE du 22 septembre 2002 sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs prévoit également, dans son article 2, des obligations d'identification du fournisseur qui reprennent celles des textes précédemment cités, et notamment, l'identité et l'adresse géographique du fournisseur ou de son représentant, éventuellement le numéro d'enregistrement au registre de commerce et des sociétés, et dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente.

Ces obligations d'identification ne suffisent pas à garantir une réelle protection du consommateur. Par exemple comment être sûr qu'il n'y a pas fraude de la part du prestataire, et que se passe-t-il lorsqu'il est étranger ? Quels sont les moyens de vérification alors mis à la disposition du consommateur ?

C/ LE CONSOMMATEUR FACE AUX RISQUES DE FRAUDE ACCRUS SUR INTERNET

Le consommateur peut vérifier si le prestataire est agréé ou non.

1) La vérification de l'agrément

Le CECEI tient ainsi une liste à jour des établissements de crédit et des entreprises d'investissement laquelle est publiée chaque année le 31 décembre au Journal Officiel conformément aux articles L.511-14 du Code monétaire et financier et 18 du décret n° 96-880 du 8 octobre 1996. Cette liste est modifiée trimestriellement et publiée au bulletin officiel du CECEI. Toutes ces informations sont en accès sur le site internet de la Banque de France.

Les autorités de tutelle sont les plus à même d'attester qu'une personne déterminée est ou non agréée pour fournir les services et produits financiers qu'elle propose à des investisseurs.

La Commission des opérations de bourse a ainsi rappelé⁷⁰ que les investisseurs sollicités par le canal d'internet qui souhaitent vérifier que l'offre qui leur est faite émane d'un professionnel agréé pour l'exercice du métier concerné « *peuvent utilement consulter* » les sites Internet de la Banque de France, de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et de ParisbourseSBF (Site internet d'Euronext).

Par ailleurs, la COB et le CMF peuvent attirer l'attention des consommateurs par le biais de communiqués sur leur site, indiquant que tel site n'est pas agréé ou en mentionnant les précautions à prendre en la matière.

Des améliorations peuvent être cependant apportées pour faciliter la démarche d'identification du prestataire par le consommateur.

⁶⁸ Relative aux prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant une réception des ordres via Internet.

⁶⁹ Relative à la promotion ou la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat via Internet.

⁷⁰ Cf. Communiqué COB en date du 11 février 2000.

2) Les améliorations à apporter : critiques et propositions de l'AFEI

Les informations sont disséminées sur les sites des différentes autorités selon leur domaine de compétence (CECEI, COB, et CMF⁷¹). Ainsi, l'investisseur peu averti pourra considérer, que le référencement, sur le site de l'une de ces autorités, vaut capacité générale à offrir des produits et services financiers sans rechercher à quel titre le prestataire figure ce site. Et l'investisseur averti devra, quant à lui, effectuer des recherches sur plusieurs sites.

Les listes existantes des personnes habilitées ne permettent pas de savoir si, un site Internet, sur lequel sont offerts des services et produits financiers, est bien un site mis en œuvre par une personne habilitée à cet effet. Ainsi que se passe-t-il si une personne crée un site Internet en lui donnant l'apparence d'un site appartenant à un intermédiaire financier connu ?

L'AFEI a fait quelques propositions pour améliorer l'accès à l'information⁷² :

- une base de données référençant les sites Internet (noms de domaine) des prestataires sur simple déclaration aux autorités de tutelle ;
- une prise en compte des prestataires étrangers qui pourraient eux aussi effectuer une déclaration dans cette base ;
- la création d'un label qui pourrait être apposé sur tout site d'un prestataire référencé par les autorités françaises et à partir duquel, par la voie d'un lien hypertexte, il serait possible d'accéder directement aux informations répertoriées par les autorités françaises. Le seul problème serait la sécurisation technique de ce label, afin d'en éviter les reproductions illicites.

§2 - L'IDENTIFICATION DU CLIENT

Conformément aux règles de droit commun relatives à la validité du contrat, l'identification du client est nécessaire.

Cette obligation est renforcée dans certaines situations pour les intermédiaires financiers qui doivent procéder à des vérifications de la personne avec laquelle ils contractent, sous peine d'encourir une sanction disciplinaire.

A/ LES REGLES DE DROIT COMMUN RELATIVES A L'IDENTIFICATION DU CLIENT

Un certain nombre de textes encadrent l'identification du client.

1) Le Code civil

⁷¹ La fusion de la COB et du CMF devrait résoudre une partie des difficultés avec un site Internet unique.

⁷² Rapport « La fourniture de produits et de services financiers sur Internet à l'épreuve d'Internet » octobre 2000.

La validité de tout contrat en droit français est soumise aux conditions posées à l'article 1108 du Code civil : le consentement non vicié de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain et une cause licite. Le contrat est nul si l'un de ces éléments fait défaut.

L'entreprise d'investissement devra ainsi vérifier si le consentement du client n'est pas vicié et s'il n'est pas juridiquement incapable, avant d'engager une relation contractuelle.

2) La loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment⁷³ des capitaux provenant du trafic des stupéfiants

Avant d'envisager immédiatement la réglementation établie par les autorités de tutelle sur le sujet, il ne faut pas oublier que les établissements de crédits et les prestataires d'investissement, aux termes de cette loi, sont tenus « *avant d'ouvrir un compte, de s'assurer de l'identité de leur cocontractant par la **présentation** de tout document écrit probant. Ils s'assurent dans les mêmes conditions de l'identité de leur client occasionnel qui leur demande de faire des opérations dont la nature et le montant sont fixés par [décret]. Ils se renseignent sur l'identité véritable des personnes au bénéfice desquelles un compte est ouvert ou une opération réalisée lorsqu'il leur apparaît que les personnes qui demandent l'ouverture du compte ou la réalisation de l'opération pourraient ne pas agir pour compte propre* » (article L.563-1 du Code monétaire et financier).

Cette intervention du prestataire est justifiée par les objectifs de la lutte contre le blanchiment de capitaux à savoir préserver la fiabilité du système financier et lutter contre la grande criminalité financière.

Ce texte prévaut sur tous les textes inférieurs dans la hiérarchie des normes, tels que les décisions du Conseil des marchés financiers.

Les organismes financiers doivent respecter ces dispositions sous peine de se voir infliger une sanction disciplinaire par la Commission Bancaire.

Au terme de cette loi et de son décret d'application n° 91-160 du 13 février 1991, l'ouverture d'un compte nécessite la présence physique de la personne qui doit remettre à l'établissement un document officiel comportant la photographie de cette dernière. Une exception est toutefois prévue pour les personnes morales pour lesquelles une « expédition » des documents demandés est prévue (*acte ou extrait de registre officiel constatant la dénomination, la forme juridique et le siège social, ainsi que les pouvoirs des personnes agissant au nom de la personne morale*).

Ce texte paraît donc rejeter l'utilisation de tous les moyens qu'ils soient électroniques ou non pour les personnes physiques.

Il faut noter, à ce sujet, que, la directive n°91-308 du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, transposée dans cette

⁷³ Le Code pénal français définit dans son article 324-1 comme le fait de « *faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect* ». Le même texte considère également que constitue un blanchiment « *le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* ».

loi, ne faisait pas de distinction selon qu'une relation d'affaires se réalisait au moyen d'un contact « face à face », ou par courrier, télécopie, e-mail et même internet.

La Commission européenne a adopté une directive⁷⁴ actualisant et élargissant le champ d'application de la directive du 10 juin 1991 et prenant en compte les évolutions technologiques. Son article 2 prévoit ainsi :

« Dans les trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente directive, la Commission soumet à un examen particulier, dans le cadre du rapport prévu à l'article 17 de la directive 91/308/CEE, les aspects concernant la mise en oeuvre de l'article 1er, point E, cinquième tiret, le traitement spécifique des avocats et des autres professions juridiques indépendantes, l'identification des clients dans le cas d'opérations à distance et les incidences éventuelles sur le commerce électronique ».

Dans une annexe à la proposition de directive présentée le 14 juillet 1999 (devenue la directive précédemment citée), la Commission proposait déjà que soient reconnues à terme les procédures d'identification à distance dont celle de la certification électronique, que nous verrons plus loin.

3) Le règlement général du Conseil des marchés financiers

L'article 3-3-2 du Règlement général du CMF, impose déjà cette vérification aux prestataires, mais elle se dédouble en la matière de l'obligation de se renseigner sur l'identité véritable des personnes au bénéfice desquelles une opération est réalisée, lorsqu'il leur apparaît que la personne qui demande la réalisation de l'opération pourrait ne pas agir pour son propre compte.

En effet, il prévoit que « *préalablement à la réalisation d'une opération sur instrument financier avec un nouveau client* », l'intermédiaire doit, d'une part, vérifier « *l'identité du client et, le cas échéant, de la personne pour le compte de laquelle il agit* », d'autre part, s'assurer « *que le client a la capacité juridique et la qualité requises pour effectuer cette opération* » (règlement général du CMF, art. 3-3-2 et 6-3-2). Cette vérification passe alors notamment par la production des pièces qui, traditionnellement, permettent d'attester de l'identité du client : passeport, carte d'identité, permis de conduire ...

La vérification de l'identité d'un client au travers de ces pièces est seulement envisageable par la voie d'une rencontre physique au cours de laquelle il est alors possible, d'une part, de contrôler la régularité de la pièce présentée et, d'autre part, de s'assurer qu'elle paraît bien s'attacher à la personne qui la produit. Cette procédure un peu lourde est une véritable contrainte pour les prestataires qui rendent leurs services en ligne.

Par conséquent, des aménagements ont été apportés par le CMF, avant l'adoption de la loi sur la signature électronique qu'il conviendra d'aborder rapidement.

B/ LES ADAPTATIONS NECESSAIRES

⁷⁴ Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001, JOCE Journal officiel L 344, 28.12.2001.

Afin de faciliter l'exercice du courtage en ligne, le CMF a assoupli sa position de principe. Par ailleurs la reconnaissance de la signature électronique par la Commission Européenne et par le législateur devrait permettre sa généralisation dans les années à venir.

1) Dispositions prévues par le CMF dans sa décision générale n°99-07⁷⁵

Il s'agit en l'occurrence pour l'intermédiaire financier « *qui souhaite établir une **relation d'affaires exclusivement au travers d'Internet avec un client nouveau*** » de recevoir du client « *une photocopie d'une pièce d'identité en cours de validité (passeport, carte d'identité, permis de conduire), un relevé d'identité bancaire ou un chèque annulé, un justificatif de domicile* ». L'intermédiaire doit ensuite confirmer « *au nouveau client qu'il a bien reçu les documents mentionnés ci-dessus, en lui adressant une lettre avec avis de réception. Par cet envoi, il établit la réalité du domicile qui lui a été communiqué* » (décision générale du CMF n°99-07, art.4).

Depuis l'adoption de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, et la parution récente des décrets d'application, l'identification du client grâce à la reconnaissance de la signature électronique est rendue possible.

Il faut souligner au préalable qu'avant cette loi, en France, la Commission des opérations de bourse s'était montrée favorable au développement de la cryptologie comme moyen de permettre l'identification des clients et la preuve des transactions⁷⁶.

L'OICV⁷⁷ au niveau international recommandait, quant à elle, aux autorités de régulation des Etats membres, de « *clarifier si, le cas échéant dans quelles circonstances, l'utilisation des nouvelles technologies d'identification est admise et quand les signatures manuscrites sont requises* ».

2) Le procédé informatique de signature électronique

Cette reconnaissance devrait favoriser le développement du commerce électronique des services financiers.

Il est désormais en effet possible de vérifier l'identité du client en ayant recours uniquement à des moyens électroniques. Encore faut-il d'une part que ces moyens garantissent de manière certaine la qualité de l'investisseur. En effet, le prestataire engagera sa responsabilité civile si une fraude a été rendue possible par la non identification d'un client, et sa responsabilité pénale en cas de blanchiment d'argent si le compte ouvert a servi à cet effet. D'autre part, les textes précédemment étudiés, et notamment ceux sur le blanchiment, devront être modifiés. Il faudra en effet substituer la signature électronique à l'obligation de présenter physiquement ou d'envoyer dans certains cas, par fax ou courrier, les documents officiels demandés avant l'ouverture d'un compte.

a) La signature électronique sécurisée

- Définition

⁷⁵ Portant prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant une réception via Internet.

⁷⁶ Voir les entretiens de la COB de 1998 sur « les marchés financiers à l'heure d'internet », document consultable sur le site Internet de la COB.

⁷⁷ Securities Activity on the Internet, rapport publié en 1998 et disponible sur le site <http://www.iosco.org>.

La loi sur la signature électronique donne une définition de la notion de signature, définition générale et fonctionnelle qui n'existait pas explicitement avant. Ainsi l'article 1316-4 nouveau du Code civil énonce dans son premier alinéa : « *la signature nécessaire à la perfection de l'acte identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de l'acte (...)* ».

Dans son deuxième alinéa, l'article 1316-4 s'intéresse plus explicitement à la signature électronique qui consiste « *en l'usage d'un **procédé fiable** d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ».

Dans quelles conditions des signatures électroniques peuvent-elles être présumées fiables ?

Le décret d'application n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique indique notamment que « *la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée* » (art. 2).

Une qualification de « *signature électronique sécurisée* » répond nécessairement à la prise en compte d'un certain nombre d'exigences, à savoir « *être propre au signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable* ».

Par la suite, toute signature électronique sécurisée sera établie grâce à un dispositif, également sécurisé, de création de signature électronique. Ainsi le matériel ou le logiciel utilisé devra garantir que les données de création de signature électronique ne peuvent être établies plus d'une fois, et assurera la confidentialité des données, mais aussi une protection contre toute falsification ou toute utilisation par des tiers. De plus, cette procédure ne devra entraîner aucune altération du contenu de l'acte à signer, ni poser aucun obstacle à la lecture de cet acte avant signature.

Le décret n° 2002-535 du 18 avril 2002⁷⁸ relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information a défini les conditions de certification des procédures sécurisées. Il a mis en œuvre une procédure particulière pour évaluer les procédés de création de signatures électroniques sécurisées.

Pour autant le dispositif législatif et réglementaire n'était pas encore, à la date de l'adoption de ce décret, apte à assurer la sécurité juridique des contrats numériques.

- **La certification électronique, garantie de l'identification du client**

En effet, pour qu'une signature électronique puisse bénéficier de la présomption de fiabilité, encore fallait-il que la « *vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* » (article 2 du décret du 30 mars 2001).

Les prestataires et les investisseurs sont enfin en mesure de passer des contrats signés électroniquement en toute confiance depuis le 8 juin 2002, date de publication de l'arrêté du

⁷⁸ Journal Officiel, n° 92 du 19 avril 2002, p. 6944.

31 mai relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation. En effet, cet arrêté a désigné le COFRAC pour accréditer les organismes (centres d'évaluation) qui procéderont à l'évaluation des tiers certificateurs afin de reconnaître leur qualification.

Ce système de certification repose en grande partie sur la cryptographie asymétrique, qui permet de sécuriser les messages envoyés par leur chiffrement.

Toute personne qui a recours à ce procédé reçoit deux clés générées, une clé publique (que l'on peut se procurer facilement, dans un annuaire par exemple) et une clé privée (secrète), de telle sorte qu'un message crypté par l'une ne pourra être déchiffré que par l'autre.

Néanmoins, le message ainsi crypté ne permet pas de garantir l'identité de l'expéditeur, c'est-à-dire du lien entre une personne physique et une clé publique.

C'est ici qu'intervient la certification électronique. Le certificat est en quelque sorte la carte d'identité de la clé publique, délivré par un organisme appelé *autorité de certification*.

L'autorité de certification vérifie l'identité de la personne pour laquelle elle émettra le certificat. Celui-ci contiendra un certain nombre d'informations comme : l'identité de la personne, sa clé publique, l'utilisation possible de la clé, la date de validité du certificat, l'identité de l'autorité de certification. L'ensemble de ces informations est signée électroniquement par cette autorité.

Cette étape de vérification et de délivrance du certificat peut être déléguée à une autorité d'enregistrement, qui peut être. Comme l'évoquent Monsieur Thibault VERBIEST et Madame Laetitia ROLIN JACQUEMYNS, dans leur article sur l'offre de services et produits financiers à distance ⁷⁹, un établissement financier pourrait ainsi devenir lui-même autorité d'enregistrement et vérifier ainsi l'identité des demandeurs de certificats à usage financier, et ce, en étant tout particulièrement attentif aux respects des règles légales en matière de blanchiment.

Ayant pris connaissance de toutes ces informations, le consommateur pourra décider de passer à la phase d'acceptation de l'offre, comportant elle-même plusieurs étapes.

⁷⁹ L'offre de services et de produits financiers sur internet, Laetitia Rolin Jacquemyns, Thibault Verbiest, <http://www.droit-technologie.org>, 17 Avril 2000.

SECTION 2 - LA FORMATION DU CONTRAT PORTANT SUR DES SERVICES ET PRODUITS FINANCIERS A DISTANCE

Ces contrats, préalables à toute opération ultérieure, sont soumis à l'exigence d'un écrit par le législateur et les autorités de tutelle, et ce dans un souci de protection du consommateur.

Nous nous demanderons dans un premier temps si ces contrats peuvent être passés sous une forme électronique, et étudierons les règles à respecter lorsqu'ils sont conclus à distance. Puis nous verrons qu'une fois le contrat formé, le consommateur a encore une possibilité de revenir sur son acceptation en utilisant son droit de rétractation, et ce en vertu de la législation communautaire.

SOUS-SECTION 1 - L'EXISTENCE D'UNE CONVENTION ENTRE LES PARTIES

Les conventions, dont le contenu a été analysé dans la première section, doivent être écrites.

§1 - UNE CONVENTION ECRITE

Cette obligation s'applique aux services d'investissement et services assimilés, mais aussi à la gestion de portefeuille pour compte de tiers (article L.533-10 du Code monétaire et financier), à la réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers, l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la compensation, la tenue de compte et la tenue de compte conservation (règlement général du CMF, art. 2-4-12, 2-4-13, 6-3-1).

Il faut noter toutefois certaines dérogations. Outre le fait que cette exigence n'ait pas été posée pour les services d'investissement que constituent la négociation pour compte propre, le placement et la prise ferme, le CMF a aussi déterminé qu'elle ne s'appliquait pas au cas particulier de la réception transmission d'ordre et de l'exécution d'ordres lorsque les activités en cause sont exercées « *pour le compte d'établissements de crédit, d'entreprises d'investissement, d'institutions visées à l'article 25 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, ou d'établissements non résidents ayant un statut comparable* » (règlement général du CMF, art. 2-4-12).

§2 - CES CONVENTIONS PEUVENT ELLES ETRE CONCLUES SOUS UNE FORME ELECTRONIQUE ?

La notion de convention « écrite » ne constituera plus un obstacle, avec le projet de loi sur l'économie numérique s'il est adopté en l'état, pour les courtiers en ligne qui souhaitent définir les conditions contractuelles qui les lient à leur client sous une forme électronique.

A/ LA QUESTION DE LA RECONNAISSANCE DE LA FORME ELECTRONIQUE COMME MODE DE FORMATION DU CONTRAT A DISTANCE

La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, et transposant la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999, a modifié le droit français de la preuve, en admettant tout d'abord l'écrit électronique au rang des preuves littérales : « *lorsque la preuve est littérale, elle résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tout autre signe ou symbole doté d'une signification intelligible quel que soit leur support et leurs modalités de transmission* » (art. 1316-1 du Code civil).

L'article 1316-3 du Code civil prévoit que l'écrit sur support électronique est admis comme preuve au même rang et à la même force probante que l'écrit sur papier. S'il existe un conflit entre papier et immatériel, la loi prévoit que le juge doit trancher et régler les conflits de preuve, en déterminant le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support (article 1316-2 Code civil). Le législateur affirme donc l'équivalence entre le papier et l'électronique.

L'art. 1317 du Code civil modifié énonce, encore, que « *les actes authentiques peuvent désormais être établis par voie électronique* ».

Pourtant, la loi du 13 mars 2000 semblerait ne concerner, pour certains auteurs⁸⁰, que les actes juridiques pour lesquels l'écrit est requis à titre de validité. Ainsi, seuls les contrats dont l'écrit est une condition de preuve (*ad probationem*) pourraient aujourd'hui être conclus sur internet.

Pour lever cette incertitude, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique insère, avec son article 14, un article 1369-1 qui prévoit que « *lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi, conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317* ». Certaines exceptions sont prévues, notamment en matière du droit de la famille et des successions ou encore en droit des sûretés.

B/ LES CONVENTIONS ELECTRONIQUES

Lorsque le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique sera définitivement adopté, il n'y aura plus lieu de considérer qu'un écrit doit être établi à titre de preuve ou à titre de validité du contrat. Dés lors toute convention pourra être rédigée et conclue sous forme électronique.

En attendant, il faut distinguer la situation du mandat de gestion de celle de la convention d'ouverture de compte ou de services.

Une grande partie de la doctrine considère que la présence d'un écrit pour le mandat est exigée à titre de nullité. Celui-ci ne pourrait donc revêtir la forme électronique⁸¹.

Pour ce qui concerne les autres conventions, il semble que l'écrit ne soit imposé qu'à titre de preuve. Les conséquences résultant de leur conclusion diffèrent de celles d'un mandat de gestion, où le risque pour le client est plus grand⁸².

Les textes n'apportent guère plus de précisions. Les prestataires pour le moment mettent seulement en ligne leurs convention, à charge pour les clients de les renvoyer dûment remplies par courrier avec les informations demandées.

Il faut attendre l'adoption du projet de loi qui vient également préciser les modalités de conservation et de conclusion du contrat électronique.

⁸⁰ « *De l'écrit électronique et des signatures qui s'attachent* » P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, JCP éd. E n° 31-34, 3 août 2000, p. 1273 et s.

D'autres auteurs estiment que la loi du 13 mars 2000 emporte aussi reconnaissance de l'écrit électronique pour les contrats formalistes *ad validitatem* (cf. F-G. Trébulle et A. Raynouard cités par P-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds précités).

⁸¹ En ce sens, cf « *Gestion de portefeuille* » J-J Essombé-Moussio, Dict. Joly Bourse, n° 211 et s., qui y voit une nullité relative.

Cf. aussi « *Sociétés de gestion de portefeuille* », M. Storck, Jsl. Banque et Crédit, Fasc. 2210, n° 57, qui indique qu'« il apparaît que l'obligation édictée ne se limite pas à l'établissement d'un acte écrit : doivent être insérées dans l'acte diverses mentions destinées à attirer l'attention du client sur l'importance des engagements pris et à assurer une protection supplémentaire du consentement donné. Le dispositif ainsi institué consistant en une formalité protectrice du client, partie faible dans ce contrat, doit être sanctionné par la nullité relative, mise en œuvre par la partie protégée, qui a la possibilité de renoncer à cette action par une confirmation de l'acte nul ».

⁸² Voir rapport de l'AFEI précédemment cité, p.105.

SOUS-SECTION 2 - LA FORMATION DU CONTRAT A DISTANCE PORTANT SUR LA FOURNITURE D'UN PRODUIT OU D'UN SERVICE FINANCIER

Si l'utilisation d'internet peut intervenir dans la formation du contrat, il faut déterminer à quel moment nous pourrions considérer, dans ce cas, que l'accord entre les parties est parfait.

Pour les contrats à distance, la doctrine civiliste a développé deux théories, l'une relative à l'émission, l'autre à la réception. Dans la première théorie, le contrat est formé lors de l'expédition du message d'acceptation de l'offre. Dans la seconde, le contrat est formé à la réception du message d'acceptation de l'offre.

Après les hésitations de la jurisprudence, un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1981⁸³ a finalement adopté la théorie de l'émission. Cette position est contraire à la convention de Vienne relative à la vente internationale des marchandises qui retient la théorie de la réception.

Les textes communautaires sont venus apporter des précisions sur les modalités de conclusion du contrat à distance.

§1 - LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE ET LE PROJET DE LOI SUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE

L'article 14 du projet de loi qui reprend les dispositions de la directive prévoit la manière dont s'effectuera le consentement au contrat :

- le client passe sa commande en cliquant sur les produits choisis ;
- il reçoit l'accusé de réception de l'auteur de l'offre (un récapitulatif de sa commande doit lui être présenté, ce qui lui permet de « *vérifier le détail de sa commande et son prix total* », et, le cas échéant, « *de corriger d'éventuelles erreurs* ») ;
- il clique à nouveau, pour exprimer son acceptation : le contrat est alors conclu.

Dés lors, l'accusé de réception renvoyé par l'auteur de l'offre, dès réception de la commande, n'a qu'un rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle.

L'article 1369-3 nouveau du Code civil issu du projet de loi vient préciser que les contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ne se voient pas appliquer les deux premiers alinéas de l'article 1369-2⁸⁴.

Enfin il faut relever que l'article 16 introduit un nouvel article L. 134-2 dans le Code de la consommation, qui met à la charge du contractant professionnel l'obligation de conserver

⁸³ Cass com, 7 janvier 1981, RTDciv 1981, 849, obs Chabas.

⁸⁴ Art. 1369-2 nouveau, deux premiers alinéas – « Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, confirme celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée ».

l'écrit qui constate le contrat pendant un certain délai, déterminé par décret, et en garantit l'accès à tout moment à son cocontractant si celui-ci en fait la demande, dès lors que le contrat conclu par voie électronique porte sur une somme supérieure ou égale à un certain montant, à fixer par ce même décret.

§2 - LA DIRECTIVE SUR LA COMMERCIALISATION DES SERVICES FINANCIERS A DISTANCE

La directive 2002/65/CE, tout comme la directive sur les contrats à distance, interdit la fourniture de services sans requête explicite et valable du consommateur.

Ce consentement préalable est également requis pour l'utilisation des systèmes de communication à distance automatisés sans intervention humaine, tels que les télécopies (fax). Pour les autres techniques de communication à distance, la directive laisse la faculté aux États membres de choisir entre un système qui prévoit le consentement préalable du consommateur et celui par lequel le consommateur est tenu d'exprimer préalablement son refus.

Cette directive prévoit par ailleurs une faculté de rétractation du consommateur pour les contrats à distance et portant sur des produits et services financiers.

SOUS-SECTION 3 - LA POSSIBILITE DE RETRACTATION DU CONSOMMATEUR APRES LA CONCLUSION DU CONTRAT

Cette possibilité est exclue par la directive sur les contrats à distance, transposée dans le Code de la consommation, pour les contrats portant sur des services financiers à distance.

La directive sur la commercialisation des services financiers à distance remédie à cette lacune en prévoyant un délai de rétractation de 14 jours, sans motif, ni pénalité (30 jours en assurance vie) à compter de la conclusion du contrat (article 6 paragraphe 1).

Le délai est plus long que celui prévu pour les autres contrats soit 7 jours.

La rétractation doit être notifiée avant la fin du délai sur un support papier ou sur un autre support durable.

La directive accorde quelques libertés aux Etats.

Ainsi une suspension d'exécution pendant ce même délai peut être prévue en matière de services d'investissement. Par contre, ce délai est exclu, pour un certain nombre de services dont le prix dépend de la fluctuation des marchés financiers et sur lesquels le fournisseur n'a aucune influence, et ce afin d'empêcher les manœuvres spéculatives (pour exemple parts dans les OPCVM, contrats à terme sur taux d'intérêt, ou contrats financiers à terme.

Par ailleurs et à condition d'en informer la Commission, les Etats peuvent supprimer ce droit de rétractation pour les contrats passés devant un officier ministériel.

Enfin si le consommateur exerce son droit de rétractation lorsqu'il a déjà consenti à une exécution bien que partielle du service, il peut être tenu d'indemniser le prestataire de service pour le service rendu. Si le service est entièrement presté avant l'exercice du droit de rétractation, ce dernier ne pourra plus être exercé et le consommateur sera tenu au paiement du service fourni. Le prix à payer (ou la base sur laquelle il sera calculé) devra être préalablement communiqué au consommateur.

Il faut noter que la loi récente sur la sécurité financière du 1er août 2003 renforce la protection des personnes démarchées (par tout moyen) en précisant les obligations d'information des intermédiaires et en leur accordant un délai de rétractation de 14 jours :

*« Art. L. 341-16. - I. - **La personne démarchée dispose, à compter de la conclusion du contrat, d'un délai de quatorze jours pour se rétracter, sans pénalité et sans être tenue d'indiquer les motifs de sa décision.***

Le contrat doit comporter un formulaire destiné à faciliter l'exercice de la faculté de rétractation. Les mentions devant figurer sur ce formulaire ainsi que les conditions d'exercice du droit de rétractation sont fixées par décret.

*II. - **Lorsque la personne démarchée exerce son droit de rétractation, elle ne peut être tenue au versement de frais ou de commissions de quelque nature que ce soit. Elle est toutefois tenue de payer le prix correspondant à l'utilisation du produit ou du service fourni entre la date de la conclusion du contrat et celle de l'exercice du droit de rétractation.***
L'exécution des contrats portant sur les services de conservation ou d'administration

d'instruments financiers et de gestion de portefeuille pour le compte de tiers est différée pendant la durée du droit de rétractation.

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

1° Aux services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1, ainsi qu'à la fourniture d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 ;

2° Lorsque des dispositions spécifiques à certains produits et services prévoient un délai de réflexion ou un délai de rétractation d'une durée différente, auquel cas ce sont ces délais qui s'appliquent en matière de démarchage.

Ces dispositions reprennent ainsi celles de la directive précédemment étudiée, mais ne s'applique qu'aux contrats conclus avec le démarcheur ».

CHAPITRE III - L'EXECUTION DU CONTRAT VIA INTERNET

Le recours aux moyens informatiques ne doit pas « pénaliser » le client. Il doit pouvoir effectuer des transactions en ligne, comme la passation de ces ordres de bourse ou de paiement, en toute confiance et en toute sécurité (section 1 et 2) et bénéficier des dispositions les plus protectrices en matière de compétence judiciaire et de loi applicable (section 3).

SECTION 1 - LES OBLIGATIONS DES INTERMEDIAIRES FINANCIERS A L'EGARD DES CONSOMMATEURS : L'EXECUTION D'ORDRES DE BOURSE

Le développement du réseau internet a fortement modifié les relations s'établissant entre les prestataires de services d'investissement et leurs clients, et a nécessité l'adaptation des règles existantes.

Ainsi, le Conseil des marchés financiers (CMF) a été amené à prendre en 1999 une décision n° 99-07 portant prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant une réception via internet.

Deux types d'obligation à leur charge peuvent ainsi être relevés : le contrôle et la sécurité des systèmes informatiques et l'information du consommateur dans le cadre de l'enregistrement, la conservation et l'exécution des ordres de bourse.

SOUS-SECTION 1 - CONTROLE ET SECURITE DES SYSTEMES INFORMATIQUES UTILISES POUR LA RECEPTION TRANSMISSION ET L'EXECUTION DES ORDRES DE BOURSE

L'article 14 de la Décision invite les prestataires de services via internet à assurer une adéquation des capacités techniques découlant de l'activité, et ce y compris les systèmes de secours, et les équipements alternatifs.

Ils doivent ainsi garantir l'adéquation des services proposés aux moyens mis en œuvre. Pour exemple, le temps d'affichage lorsque le client passe un ordre de bourse est très important. Un temps trop long pourra nuire à la bonne exécution et à la performance des ordres de bourse censés être passés en temps réel.

§1 - UN SYSTEME SUR ET PERFORMANT POUR LE DONNEUR D'ORDRE

A/ PERFORMANCE TECHNIQUE ET CONTROLE

Les prestataires doivent s'assurer qu'ils disposent en permanence d'une capacité suffisante de leur système informatisé de réception d'ordres.

Le CMF a rappelé la nécessité de mettre en œuvre une politique formelle de gestion capable de mesurer la capacité des systèmes exploités.

Ils devront procéder à des contrôles fréquents aux fins de s'assurer de la performance du système mais aussi de l'améliorer.

B) GESTION DE LA SECURITE INFORMATIQUE

Tout prestataire de services doit s'assurer en toute hypothèse de la sécurité de ses systèmes et veiller *« tout particulièrement à disposer d'un système assurant l'intégrité des données, l'authentification de leur origine et la protection des messages à caractère confidentiel »*.

L'ensemble des prestataires de services via internet utilisent, aux fins d'identification de leurs clients, un identifiant et un mot de passe leur donnant accès au site. Cependant, l'efficacité de ce procédé suppose :

- le changement obligatoire du mot de passe périodiquement pour tous les clients, sans laisser cet élément important de sécurité à la seule initiative du client ;
- à la suite de quelques tentatives infructueuses, le blocage de l'accès au compte.

La sécurité informatique est d'autant plus performante que l'ensemble des prestataires adopteront dans les plus brefs délais des niveaux de cryptage plus élevés de leurs pages internet. Le CMF a constaté une certaine disparité au niveau des formes de cryptage, entre 40 bits et 128 bits. Le projet de loi sur l'économie numérique prévoit pour tous les utilisateurs, une liberté complète d'utilisation des moyens de cryptographie . C'est une avancée importante dans la libéralisation de l'utilisation des outils de chiffrement, et par conséquent dans le

renforcement de la sécurité des échanges, puisque la limitation antérieure (128 bits pour la longueur des clés de chiffrement) est supprimée.

Enfin et ce conformément à l'article 13 de la Décision, les prestataires de services doivent avoir mis en place une procédure permettant d'aviser leurs clients des défaillances de leur système informatique.

En plus d'informer les clients de certains dysfonctionnements, les prestataires doivent disposer de moyens alternatifs (sites de secours) pour pallier à la défaillance ponctuelle des systèmes informatiques. Notamment, les sites de secours offerts se doivent d'être une réplique exacte des sites habituellement utilisés.

Si ce site de secours s'avérait alors lui aussi défaillant, le prestataire devra mentionner le temps de réparation envisagé.

§2 - UN SYSTEME PERMETTANT UN CONTROLE DES PROVISIONS ET COUVERTURES

Conformément à l'article 10 de la décision du CMF, l'ensemble des prestataires de services doivent posséder un système automatisé de contrôle des provisions et couvertures leur permettant de bloquer les ordres passés par les clients en cas d'insuffisance de fonds ou d'instruments financiers sur le compte de ces derniers.

Le défaut de vérification de la réalité de la couverture sur le compte du client par le prestataire est constitutif d'une faute pouvant entraîner des sanctions disciplinaires prévues aux articles L.622-15 du Code monétaire et financier.

Le donneur d'ordre devra être averti du blocage de son ordre.

La fourniture d'une couverture est un mécanisme de garantie destiné à protéger le marché et le prestataire d'investissement, et à limiter la spéculation. Si le donneur d'ordre, mis en demeure, n'a pas reconstitué dans un délai de un jour sa couverture, le prestataire procédera à la liquidation de ses positions.

SOUS-SECTION 2 - L'INFORMATION DU CONSOMMATEUR DANS LE CADRE DE L'ENREGISTREMENT, LA CONSERVATION ET L'EXECUTION DES ORDRES DE BOURSE

Cette information doit intervenir à tous les stades de la transaction.

§1- LE TRAITEMENT DE L'ORDRE DE BOURSE

Le client passe son ordre après s'être authentifié (code d'abonnement et code secret professionnel). Puis s'affiche à l'écran un message l'avertissant de la prise en compte de son ordre par le prestataire. Il doit alors cliquer une seconde fois pour valider son accord. Il ne pourra plus ainsi en contester son existence et son contenu..

Le prestataire de services financiers devra procéder à l'enregistrement de l'ordre dès sa réception .

Il est alors responsable de sa bonne exécution, comme cela est indiqué dans la convention de services conclue entre les parties (article 12 de la décision CMF).

§2 - ENREGISTREMENT ET CONSERVATION DES ORDRES

Le prestataire de services d'investissement a l'obligation de conserver et de tenir à la disposition des autorités de tutelle toutes les données relatives à la transaction pendant une durée de 6 mois pour un ordre reçu jusqu'à 5 ans pour un ordre exécuté⁸⁵.

Il faut noter à ce sujet que l'article 15 de la loi sur le blanchiment oblige les organismes financiers à conserver les documents relatifs aux opérations faites par ceux-ci pendant cinq ans à compter de leur exécution.

Il doit pouvoir à tout moment être en mesure, notamment lorsqu'il transmet un ordre à un autre prestataire habilité, « *de justifier que l'ordre transmis a été émis par le donneur d'ordre ; d'apporter la preuve du moment de la réception et du moment de la transmission de l'ordre.* »⁸⁶

Il ne faut pas oublier que les prestataires de services d'investissement doivent, lorsqu'ils envisagent d'effectuer des traitements automatisés d'informations nominatives (conservation des ordres de bourse par exemple), le déclarer à la CNIL, et ce conformément à la législation relative à l'informatique et aux libertés (loi n°68-17 du 6 janvier 1978).

Ils doivent par ailleurs informer les clients internautes sur tous les formulaires de collecte des informations, de la finalité du traitement, du caractère obligatoire ou facultatif des

⁸⁵ Voir entre autre la Décision n° 99-05 du Conseil des marchés financiers relative à la conservation des données afférentes aux transactions sur les instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé.

⁸⁶ Règlement général du CMF article 3-3-10.

informations collectées, de l'existence d'un droit d'accès et de rectification des données les concernant.

§3 - INFORMATION DU CONSOMMATEUR SUR L'EXECUTION DE SES ORDRES DE BOURSE

Le compte rendu de l'exécution de l'ordre de bourse doit être adressé au donneur d'ordre dans les délais fixés par la convention d'ouverture de compte.

Il se présentera en général sous la forme d'un relevé de compte ou d'un avis d'opéré.

L'article 8 de la décision du CMF précédemment citée, laisse au client, pour l'information des opérations réalisées sur son compte, une liberté de choix entre le mode traditionnel c'est à dire la voie postale, et le recours à internet. Ces deux options ne sont pas cumulatives.

La réception de cette information par le donneur d'ordre, sans contestation de sa part, laisse présumer de la bonne exécution des ordres par le prestataire.

SECTION 2 - LE PAIEMENT EN LIGNE DE PRODUITS ET DE SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET⁸⁷

Nous aborderons rapidement le paiement par carte sur internet car il reste encore le moyen le plus répandu, et envisagerons plus particulièrement les droits du consommateur. Puis nous verrons qu'aujourd'hui encore le paiement des transactions financières (notamment des ordres de bourse) se fait par le biais de systèmes en général fermés, et ce pour une meilleure sécurité.

⁸⁷ Pour une étude complète sur le sujet, voir le rapport présenté au comité d'orientation de la Mission pour l'Economie Numérique par le groupe de travail « les services financiers en ligne, les paiements et leur sécurité ».

SOUS-SECTION 1 - LE PAIEMENT PAR CARTE⁸⁸ ET LES MOYENS DE RECOURS EVENTUELS DU CONSOMMATEUR

Seront évoqués successivement les textes communautaires puis les textes nationaux qui encadrent ce moyen de paiement.

§1 - LES TEXTES COMMUNAUTAIRES

Le paiement de services ou de produits financiers est envisagé par l'article 8 bis de la directive sur la commercialisation à distance de services financiers qui reprend sur ce sujet la directive sur les contrats à distance:

« *Les Etats membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur :*

- *puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance ;*
- *dans le cas d'une telle utilisation frauduleuse, soit recredité des sommes versées en paiement, ou se les voit restituées ».*

Comme le notent Monsieur Thibault VERBIEST et Madame Laetitia ROLIN JACQUEMYNS, dans leur article « l'offre de services et de produits financiers sur internet », la directive ne prévoit pas tous les moyens de paiement comme celui de la monnaie électronique par exemple⁸⁹, et ne vise uniquement que les cas d'utilisation frauduleuse de la carte et non les incidents de paiement qui découleraient d'une négligence ou d'une mauvaise exécution notamment.

La recommandation européenne du 30 juillet 1997 « *concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique⁹⁰, en particulier la relation émetteur et*

⁸⁸ Selon le CMF, une carte de paiement est "toute carte émise par un établissement de crédit ou par une institution ou un service mentionné à l'article L. 518-1 et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds" ; une carte de retrait est quant à elle "toute carte émise par un établissement, une institution ou un service mentionné au premier tiret et permettant, à son titulaire, exclusivement de retirer des fonds."

⁸⁹ L'arrêté ministériel du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement n° 2002-13 du Comité de la réglementation bancaire et financière, par lequel le droit français s'aligne sur les directives européennes en matière de monnaie électronique, reprend, dans son article 1^{er}, donne une définition de la monnaie électronique :

« La monnaie électronique est composée d'unités de valeur, dites unités de monnaie électronique. Chacune constitue un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et accepté comme moyen de paiement, au sens de l'article L. 311-3 du Code monétaire et financier, par des tiers autres que l'émetteur. La monnaie électronique est émise contre la remise de fonds. Elle ne peut être émise pour une valeur supérieure à celle des fonds reçus en contrepartie ».

⁹⁰ La notion d'instrument de paiement électronique couvre à la fois les instruments de paiement d'accès à distance et les instruments de monnaie électronique.

Un instrument de paiement d'accès à distance est un instrument permettant à son détenteur d'avoir accès aux fonds détenus sur son compte auprès d'un établissement et qui permet, moyennant généralement la composition d'un code d'identification personnel et/ou la production de toute autre preuve d'identité similaire, la réalisation de paiements à un bénéficiaire (ex : carte de paiement).

Un instrument de monnaie électronique est un instrument de paiement rechargeable comme par exemple une carte prépayée. (voir « facture, monnaie et paiement électroniques d'Etienne Wéry – collection droit@litec)

titulaire » pose le principe selon lequel le titulaire sera exonéré de sa responsabilité si l'instrument de paiement a été utilisé sans présentation physique ou sans identification électronique.

La recommandation précise que la seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout autre élément d'identification similaire ne suffit pas pour engager la responsabilité du titulaire. Les émetteurs devront trouver d'autres moyens permettant une identification certaine du titulaire.

§2 - LES TEXTES NATIONAUX

La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne a apporté un certain nombre de modifications sur le sujet.

1) Rappel

Le principe de l'irrévocabilité du paiement, important pour garantir une certaine sécurité juridique, est posé par l'article L.132-2 alinéa premier du Code monétaire et financier. Il dispose que : « L'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable ».

Seuls trois cas entendus strictement, avant l'adoption de la loi, étaient possibles pour ouvrir un droit à l'opposition au paiement. L'alinéa 2 du même article en disposait ainsi : « Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte ou de vol de la carte, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire ».

2) La loi sur la sécurité quotidienne

La loi sur la sécurité quotidienne, laquelle a été influencée pour partie par la recommandation européenne, a introduit un nouveau partage des risques et des responsabilités.

L'article L.132-2 du Code monétaire et financier a été modifié dans son alinéa 2 : « *Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire* ». Le principe de l'irrévocabilité est maintenu. Toutefois il est tempéré par un nouveau cas : « *l'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation* ». Il faut entendre par là, outre l'utilisation du numéro à 16 chiffres de la carte, celle de la date de validité, des noms et prénoms du porteur habituel de la carte mais aussi du numéro à 7 chiffres se trouvant au dos de cette dernière.

Ensuite la loi distingue deux catégories de cas où la responsabilité du porteur sera ou non engagée. Le second cas nous intéressera plus particulièrement car il vise l'utilisation à distance de la carte.

En reprenant l'ensemble de la jurisprudence actuelle, la loi crée l'article L.132-3 qui reprend les cas de perte ou de vol de sa carte : « *Le titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-1 supporte la perte subie, en cas de perte ou de vol, avant la mise en opposition prévue à*

l'article L. 132-2, dans la limite d'un plafond qui ne peut dépasser 400 € ». Ce plafond de 400 € a été ramené à 150 € au 1er janvier 2003. Undimite subsiste en cas de négligence de la part du porteur et le plafond mentionné n'a pas vocation à être appliqué : « Toutefois, s'il a agi avec une négligence constituant une faute lourde ou si, après la perte ou le vol de ladite carte, il n'a pas effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte, le plafond prévu à la phrase précédente n'est pas applicable ». Enfin le législateur laisse une marge dans la liberté contractuelle et permet aux émetteurs de cartes de prévoir dans leur contrats un délai supérieur pour la mise en opposition de la carte qui ferai bénéficier aux porteurs, du droit au plafond ci-dessus expliqué.

Le second cas est l'utilisation frauduleuse de la carte ou de ses données. L'article L.132-4 du Code monétaire et financier définit tout d'abord le moment de l'exonération de responsabilité du porteur en précisant trois points: le paiement doit être « *effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte* ». Le mot « *à distance* » est très important, il signifie que l'on englobe les transactions réalisées sur le Net et off line comme celles réalisées par téléphone. La loi n'a pas prévu le cas d'exonération envisagé par la recommandation européenne qui est l'identification électronique..

La loi a fixé une durée minimale pour permettre aux porteurs de se retourner auprès de leur banque : « *le délai légal pendant lequel le titulaire d'une carte de paiement ou de retrait a la possibilité de déposer une réclamation est fixé à soixante-dix jours à compter de la date de l'opération contestée. Il peut être prolongé contractuellement, sans pouvoir dépasser cent vingt jours à compter de l'opération contestée* ».

§3 - PROTECTION ACCRUE DU CONSOMMATEUR DANS LE CAS DE CONTRAT A DISTANCE

Cette protection existe déjà pour les contrats à distance telle que prévue par la directive sur les contrats à distance transposée dans le Code de la consommation .

En cas d'exercice du droit de rétractation par le consommateur et de paiement anticipé (le plus souvent électronique) , il pourra obtenir le remboursement des sommes au plus tard dans les 30 jours à compter de la date d'exercice de ce droit (article L.121-20-1 du Code de la consommation). La directive sur les contrats à distance ne s'applique pas aux services financiers à distance.

Il faut attendre la transposition de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers qui reprend globalement ces dispositions (voir la partie sur le droit de rétractation).

SOUS-SECTION 2 – LE PAIEMENT DES TRANSACTIONS FINANCIERES SUR INTERNET

En ce qui concerne l'alimentation du compte, les transferts ne s'effectuent pas en général par l'intermédiaire du web, les systèmes de paiement n'étant pas jugés encore suffisamment sécuritaires et fiables pour servir de support à des transactions financières.

Ainsi pour exemple la charte de Selftrade prévoit dans son article 3-2 : « *Le Client adresse un dossier d'ouverture de compte composé de la demande d'ouverture de compte Selftrade remplie manuscritement ou pré-remplie sur le site Internet de Selftrade, d'un versement minimum de 1000 euros par dépôt de chèque ou virement de titres et, le cas échéant, du bordereau de transfert de titres* » et dans son article 4-2 « **Les comptes peuvent être alimentés par dépôt de chèque, virement bancaire ou virement de titres, en Euro** ».

Pour les transferts liés à la passation des ordres de bourse, et en général pour toutes les opérations, les systèmes de paiement sont électroniques mais se font en circuit privé. En effet les systèmes de paiement et de règlement livraison des titres doivent permettre le traitement des flux financiers transfrontaliers dans les conditions optimales de rapidité et de sécurité, de type target par exemple⁹¹.

Les transferts de fonds pourront se faire par exemple en ayant recours au système swift (*society for worldwide interbank financial telecommunication*) qui est un réseau de télétransmission interbancaire fermé.

Un des objectifs pour la Commission européenne, affirmé dans sa communication sur le commerce électronique et les services financiers du 7 février 2001, est de renforcer la confiance des consommateurs dans les paiements sur internet. Ainsi elle souhaite développer l'initiative *e-Europe* visant à améliorer la sécurité par l'utilisation de nouvelles techniques d'identification et d'authentification et à encourager la mise en place d'un cadre législatif garantissant un remboursement en cas de problème (transaction non autorisée, défaut de livraison ou fraude).

Outre les questions liées à la bonne exécution de la transaction financière sur internet ou son paiement, se pose avec une acuité particulière la question du droit qui lui est applicable.

⁹¹ TARGET : Trans-European Automated Real Time Gross Settlement Express Transfer (Système européen de transfert de gros montants à règlement brut en temps réel). Il s'agit d'un système de paiement composé d'un système RBTR (ou RGTS), c'est-à-dire d'un système de règlement brut en temps réel dans chacun des Etats membres, et du mécanisme de paiement de la Banque centrale européenne. Ils sont interconnectés afin d'assurer l'unicité du système. C'est dans ce cadre que sont mises en oeuvre les opérations de politique monétaire à l'initiative de la BCE: appels d'offre réguliers, réglage fin, opérations structurelles, facilités permanentes, réserves obligatoires...

Internet étant un réseau ouvert et mondial, les contrats et les transactions portant sur des services ou des produits financiers à distance pourront facilement se faire entre parties de nationalité différentes.

L'intervention de plusieurs ordres juridiques crée ainsi pour le prestataire une incertitude quant à la législation susceptible d'être invoquée par l'internaute - consommateur ou simplement contractant. Pour ce dernier, elle multiplie les difficultés administratives d'un recours et diminue les chances d'une exécution rapide et effective des décisions éventuellement rendues.

Le droit international privé existant a vocation à s'appliquer à ces situations mais des adaptations de ces textes s'avèrent nécessaires.

**SECTION 3 - LA COMPETENCE ET LA LOI APPLICABLE LORS DE
L'EXECUTION DES CONTRATS PORTANT SUR LES SERVICES
ET PRODUITS FINANCIERS A DISTANCE**

La question de la détermination de la juridiction compétente se pose avant celle relative à la loi applicable, le juge saisi devant se prononcer nécessairement sur sa propre compétence.

Seront traitées ici les situations qui sont les plus fréquentes sur internet, à savoir celles où les intervenants ne résident pas dans le même pays.

SOUS-SECTION 1 - LA JURIDICTION COMPETENTE

Face à la multiplication des échanges internationaux, les Etats ont été amenés à adopter des normes cohérentes.

§1 - LE PRINCIPE POSE PAR LE REGLEMENT COMMUNAUTAIRE DU CONSEIL DU 22 DECEMBRE 2000 (REPLACANT LA CONVENTION DE BRUXELLES DU 27 SEPTEMBRE 1968)⁹²

La Convention de Bruxelles prévoyait que le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant pouvait être attiré dans un autre Etat contractant « *en matière contractuelle devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.* » (article 5.1).

Le règlement communautaire reprend ces dispositions en ajoutant que :

- lorsqu'il s'agit d'une vente de marchandises, le lieu d'exécution sera celui où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées ;
- En ce qui concerne la fourniture de services, ce lieu sera celui où, en vertu du contrat, **les services ont été ou auraient dû être fournis.**

Dans le cas de la mauvaise exécution d'un ordre de bourse par le prestataire, sera compétent le juge du lieu où réside la personne pour le compte de laquelle l'ordre aura été exécuté.

Mais comme le soulignent Monsieur Thierry GRASNIER et Madame Corynne JAFFEUX dans leur ouvrage *Internet et transactions financières « la mise en œuvre (des règles de droit commun) (...) ne va pas sans difficulté. En effet la dématérialisation des titres et la chaîne d'intermédiaires que peuvent impliquer certaines transactions financières ajoutées à la rapidité des opérations que peut entraîner la circulation des informations sur le réseau peuvent rendre délicat l'identification de la prestation de service, son lieu d'exécution ou le lieu de livraison de la chose ».*

Le règlement prévoit cependant des dispositions spécifiques pour le consommateur et la possibilité de recours à une clause attributive de compétence.

⁹² Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entré en vigueur au 1er mars 2002 pour tous les Etats membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark qui a décidé de ne pas souscrire à cette réglementation).

§2 - UNE PROTECTION SPECIFIQUE POUR LES CONSOMMATEURS

Le consommateur est défini dans le règlement communautaire du 22 décembre 2000 comme la personne qui conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle.

L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie (le vendeur via un site Web, par exemple) ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, tandis que **l'action intentée par le consommateur contre l'autre partie peut être portée, à sa discrétion, soit devant les tribunaux de son domicile, soit devant ceux du domicile de l'autre partie**, et ce dans les hypothèses suivantes :

- lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ;
- lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liée au financement d'une vente de tels objets ;
- lorsque, **dans tous les autres cas**, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales et professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur à son domicile, ou qui, par tout moyen, **dirige ces activités vers cet Etat membre, ou vers plusieurs Etats**, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Dans ce dernier cas, il est permis de se demander si la seule accessibilité d'un site web dans le pays du consommateur suffit pour constituer une activité « dirigée » vers ce pays.

Le règlement comporte en annexe une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission qui, sur cet aspect particulier, va au-delà de la position initiale de la Commission :

« Le Conseil et la Commission rappellent à cet égard que pour que l'article 15 paragraphe 1 alinéa c) soit applicable, il ne suffit pas qu'une entreprise dirige ses activités vers l'Etat membre du domicile du consommateur ou vers plusieurs Etats dont cet Etat membre, il faut également qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités. Cette disposition concerne plusieurs méthodes de commercialisation, dont les contrats conclus à distance par l'intermédiaire d'Internet ».

Dans ce contexte, le Conseil et la Commission soulignent que le simple fait qu'un site internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site internet ne constitue pas un élément pertinent.

Il en ressort que la commercialisation via internet n'est pas la seule méthode couverte par l'article 15. Par exemple un site non interactif mais donnant les coordonnées nécessaires à la conclusion d'un contrat à distance, par fax, téléphone ou mail ouvrira la protection juridictionnelle de l'article 16, pour autant bien sûr qu'un contrat ait été effectivement conclu.

Initialement, la Commission avait introduit dans sa proposition de règlement un considérant 12 précisant que la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un Etat membre constitue une activité « dirigée vers » cet Etat membre. Ce considérant a été supprimé par le Conseil.

L'exposé des motifs précisait que le point c) de l'article 15 de la proposition s'appliquait au contrat de consommation conclu via un site interactif accessible dans l'Etat membre du domicile du consommateur⁹³.

§3 - LA PRESENCE D'UNE CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE DANS LE CONTRAT

Afin d'éviter que le régime de protection des consommateurs ne soit éludé par l'utilisation systématique de clauses attributives de juridictions dans les contrats, le règlement admet ces clauses mais dans des cas limités.

En droit français, en vertu de l'article 48 du nouveau Code de procédure civile, seules les clauses conclues entre des commerçants sont valables, à la condition qu'elles soient apparentes dans le contrat.

Le règlement communautaire pose le principe de la possibilité pour les parties de prévoir une telle clause mais avec des règles spécifiques et ce afin de protéger les consommateurs. Ainsi l'article 17 du règlement prévoit :

« Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :

- 1) postérieures à la naissance du différend, ou*
- 2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou*
- 3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ».*

Des conditions de forme sont aussi posées à l'article 23 :

« Conformément à l'article 7, cette clause doit être conclue:

- a) **par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou***
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou*
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. 2. **Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.** »*

Après avoir déterminé la juridiction compétente, la question de la loi applicable se posera avec d'autant d'importance que les solutions proposées par le droit international privé, et en l'occurrence par la Convention de Rome, sont d'une application difficile au commerce électronique. La plupart des investisseurs lésés n'auront pas nécessairement au vue de ces règles la volonté d'engager une procédure sans doute longue et coûteuse.

⁹³ Sur la notion de site dirigé vue par la COB, voir p.17 du mémoire, et par l'OICV p.43.

SOUS-SECTION 2 - LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT CONCLU AVEC LE CONSOMMATEUR

La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles apporte des réponses, mais sa révision semble aujourd'hui nécessaire, sa rédaction ne prenant pas en compte la nouvelle réalité créée par les transactions via internet.

Quant aux directives sur le commerce électronique⁹⁴ et sur la commercialisation à distance des services financiers, elles ne posent pas de règles additionnelles de droit international privé.

Tout au plus la directive sur le commerce électronique (en cours de transposition) intervient dans la détermination de la loi applicable et retient le principe de la loi du pays d'origine⁹⁵.

Il faut donc se référer pour l'essentiel aux règles de droit classique existantes.

§1 - LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR : LA CONVENTION DE ROME SUR LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

A/ DEFINITION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

Les obligations contractuelles de contrats conclus avec les consommateurs ne comprennent pas les questions de validité ou de formation du contrat, mais les questions liées à l'exécution du contrat, et plus précisément ses clauses (comme par exemple les garanties contractuelles). L'appréciation de l'information sur le prix ou le produit relèvera quant à elle de la loi du pays où le prestataire est établi.

B/ L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE ROME

Dans ce cas, la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles, concernant les contrats portant sur des produits ou services financiers conclus avec les consommateurs, résultera de l'application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et du principe de libre circulation des services en vertu de l'article 49 du Traité de Rome.

La Convention de Rome dans son article 3 consacre le principe fondamental de l'autonomie de la volonté, qui veut que la loi applicable est celle qui aura été désignée par les parties, sous réserve de la mise en œuvre par le juge des lois de police ou d'ordre public.

Dans le cas où les parties n'ont pas effectué de choix, la solution retenue sera l'application de la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits.

⁹⁴ L'article 1^{er} de la directive sur le commerce électronique prend soin de préciser que « la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions ».

⁹⁵ Sandrine Munoz dans son article « *la loi applicable au contrats on line au regard de la directive commerce électronique : la tentative d'une approche pragmatique* », Petites Affiches, 12 décembre 2000, p.18 et s. explique ainsi : « il doit être clair que l'article 3.1, c'est à dire le principe du pays d'origine ne constitue pas un principe de droit international privé pour deux raisons. La première étant que ce principe s'applique en l'absence de conflit et d'élément d'extranéité. La seconde, qu'il concerne aussi bien le droit public que le droit pénal ».

L'article 4 précise que cette loi sera celle de la résidence habituelle de l'une des parties ou celle de son administration centrale s'il s'agit d'une société ou plus généralement d'une personne morale.

Le texte ajoute également que si le contrat est conclu dans l'exercice d'une de l'activité professionnelle d'une partie, il faudra prendre en considération l'Etat de son principal établissement ou, si la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

Un élément supplémentaire est ajouté par la convention. Il permet de désigner celle des deux parties dont il faudra prendre en compte la résidence ou l'établissement : ce sera la partie qui doit fournir la prestation caractérisant l'opération.

Ainsi dans le cas d'une vente électronique, la loi applicable sera celle du pays du domicile du prestataire au moment de la conclusion du contrat.

Cependant ce principe doit être nuancé. L'article 5 de la Convention prévoit en effet que la mise en œuvre de cette règle ne saurait priver le consommateur de l'application des dispositions impératives (comme le Code de la consommation par exemple) de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle si :

- la conclusion du contrat a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
- le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande dans ce pays.

Sur le web, il est difficile de savoir si le contrat en ligne a été précédé d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité par voie électronique.

Monsieur Thierry GRASNIER et Madame CORYNNE JAFFEUX⁹⁶ distinguent deux cas. Dans le premier cas, si le consommateur est allé de lui même sur le site, le prestataire a alors eu une attitude passive, l'article 5 de la Convention ne s'applique pas. Par contre son application serait retenu dans le cas d'offres non sollicitées envoyées par courrier électronique. Mais comme le relèvent ces auteurs, tout comme Monsieur VERBIEST, la situation peut se révéler parfois plus complexe sur le réseau internet. Ainsi lorsqu'une bannière publicitaire renvoyant directement au site d'une société apparaît dès qu'un individu introduit un mot clé évocateur dans le moteur de recherche, il est difficile de savoir si cet individu a eu un comportement actif ou non.

Une adaptation du droit international privé au commerce électronique apparaît nécessaire.

Ainsi pour remédier à ces difficultés et uniformiser le droit international privé au sein des Etats membres, la Commission européenne propose de transformer la Convention de Rome en instrument communautaire (dit « Rome I ») et de saisir cette occasion pour la moderniser.

Elle a pour ce faire rédigé un livre vert sous la forme d'un questionnaire.

Un des inconvénients de la Convention de Rome est en effet qu'il n'y a pas, à ce jour, de juridiction qui en assure l'interprétation uniforme dans les différents Etats membres. Les entreprises de l'Union Européenne rencontrent donc souvent un problème de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires, d'un Etat membre à l'autre. Pour remédier à cet obstacle, la Commission

⁹⁶ dans leur ouvrage « Internet et transactions financières », voir bibliographie.

européenne propose de transformer la Convention de Rome en un texte communautaire (elle revêt encore en effet la forme d'un traité international), qui dépendrait de la Cour de justice des Communautés européennes.

La directive sur le commerce électronique pose le principe de l'application de la loi d'origine pour le prestataire. Mais elle ne remet pas en cause le droit international privé et ainsi les règles étudiées précédemment et concernant la protection des consommateurs. Il est cependant intéressant d'en comprendre le mécanisme.

§2 - LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE ET LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR

La clause de marché intérieur est le moteur de la directive sur le commerce électronique.

A/ L'APPLICATION DE LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR ET LE MECANISME DE LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES ETATS MEMBRES

La directive s'articule autour de la clause sur le marché intérieur selon laquelle :

« - 1. Chaque état membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet état membre relevant du domaine coordonné.

- 2. Les états membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre état membre. (...) » (article 3).

Les prestataires peuvent ainsi proposer leurs services dans toute l'Union sur la base des règles appliquées par leur pays d'origine. Ils doivent respecter ces règles.

La loi du pays d'origine, c'est à dire la loi du lieu où la prestation de service a son origine , en d'autre terme où le prestataire est établi⁹⁷, s'applique pour tout ce qui relève du domaine coordonné.

Pour exemple, dans le domaine coordonné prévu par la directive, le site d'une succursale implantée en Espagne par un établissement bancaire de droit français, qui offrirait des services de la société de l'information à partir de l'Espagne, sera soumis au droit allemand mais non au droit français, qui demeurera applicable cependant à la surveillance prudentielle du prestataire.

La communication de la Commission du 7 février 2001 rappelle ainsi qu'« *exiger d'un prestataire de services financiers qu'il se conforme à quinze régimes juridiques différents serait excessivement lourd. Si tel était néanmoins le cas, les prestataires de services financiers se verraient obligés de respecter les exigences propres à chaque Etat membre, ce*

⁹⁷ Selon l'article 2 de la directive, le prestataire établi est celui « *qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire* ».

qui découragerait les initiatives de commerce électronique couvrant l'ensemble de l'Union européenne. Les choix proposés à la clientèle en seraient limités et, plus gravement encore, les prestataires pourraient tendre à privilégier les marchés nationaux les plus importants, au détriment des Etats membres de plus petite taille ».

Le principe du pays d'origine présente ainsi un intérêt certain et il ne remet pas en cause les intérêts des consommateurs. En effet, il existe une exception importante relative aux obligations contractuelles de contrats conclus entre consommateurs.

La notion de domaine coordonné est définie dans l'article 2 alinéa h. Elle vise plus généralement les services de la société de l'information :

« le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent :

- *l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification ;*
- *l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire ».*

Toutefois, le domaine coordonné *« ne couvre pas les exigences telles que :*

- *les exigences applicables aux biens en tant que tels ;*
- *les exigences applicables à la livraison des biens;*
- *les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique ».*

Le domaine coordonné comprend donc le contenu du service fourni sur internet y compris en matière de contrat.

B/ LES DEROGATIONS A LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR

L'annexe de la Directive contient un certain nombre de dérogations à la clause de « marché intérieur ». Ces dérogations comprennent certaines dispositions des directives en matière d'assurances⁹⁸, la publicité des OPCVM⁹⁹, l'émission de monnaie électronique par des institutions qui ne bénéficient pas d'un passeport européen¹⁰⁰.

Il existe d'autres dérogations d'ordre général, qui sont particulièrement pertinentes en matière de services financiers. Elles concernent entre autre la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat et les obligations contractuelles contenues dans des contrats passés avec des consommateurs. Dans ce dernier cas, la convention de Rome s'applique.

Par ailleurs, les articles 3§4, §5 et §6 de la Directive permettent aux Etats membres de prendre des mesures, telles que des sanctions ou des injonctions, qui peuvent restreindre la fourniture de services en ligne en provenance d'autres Etats membres, et ce si le but poursuivi est la protection de l'ordre public, de la santé publique, de la sécurité publique ou la protection des consommateurs, pour autant que ces

⁹⁸ Article 30 et Titre IV de la Directive 92/49/CEE (Assurance vie), titre IV de la Directive 92/96/CEEC (Assurance vie), articles 7 et 8 de la Directive 88/357 CEE (Dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services) et article 4 de la Directive 90/619/CEE,(Assurance vie - Dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services).

⁹⁹ Article 44(2) de la Directive 85/611/CEE.

¹⁰⁰ Institutions pour lesquelles les Etats Membres ont eu recours à l'une des dérogations prévues à l'Article 8(1) de la Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements.

mesures visent spécifiquement un service qui représente un danger pour ces objectifs et que la mesure soit proportionnelle à ces objectifs. Ces mesures sont contrôlées par la Commission.

Suite à l'adoption de la directive sur le commerce électronique et durant les négociations de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers, les Etats ont exprimé le souhait, en attendant une convergence plus poussée dans certains domaines comme les règles de conduite pour les services d'investissement, et donc pendant une période transitoire, de pouvoir encore imposer, en dépit de la clause sur le marché intérieur, certaines de leurs règles aux services entrants fournis par voie électronique.

La commission européenne a rejeté cette demande. Selon elle les garanties offertes par les articles 3§4 §5 et §6 de la directive sur le commerce électronique étaient suffisantes. Elle a donc rédigé une communication destinée à fournir une assistance aux Etats Membres désireux de faire usage de ces mécanismes.

Selon cet article :

« 4. Les Etats membres peuvent prendre, à l'égard d'un **service donné de la société de l'information**, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies:

a) les mesures doivent être:

i) nécessaires pour une des raisons suivantes:

- **l'ordre public**, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,

- la protection de la santé publique,

- la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales,

- la protection des consommateurs, y compris des investisseurs;

ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs;

iii) proportionnelles à ces objectifs (...) »

Un certain nombre de notions exprimées dans cet article doivent être expliquées :

- **Service donné de la société de l'information** : selon la communication, par « service donnée », il faut entendre que la mesure doit être prise au cas par cas, selon le service financier proposé.

- **Protection de l'ordre public** : selon la Cour de justice des communautés européennes, « le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tous cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue une infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »¹⁰¹.

Il est peu probable, selon la Commission, que des services financiers portent atteinte à l'ordre public, hormis les cas d'activités criminelles ou de blanchiment d'argent.

- **Protection des consommateurs, y compris des investisseurs** : la directive sur le commerce électronique définit le consommateur comme "toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

¹⁰¹ Arrêt du 27 octobre 1977, *Bouchereau*, affaire 30/77, Rec. p. 1999.

La notion d'investisseur n'est pas définie mais le libellé de l'article 3§4 de la directive laisse à penser selon la commission que seuls les "investisseurs" entrant dans la définition du "consommateur" sont concernés.

- **Notion de risque « grave et sérieux »** : les mesures doivent être prises à l'encontre d'un service donné, qui, soit effectivement porte atteinte à l'un des objectifs énumérés, soit présente un risque sérieux et grave d'y porter atteinte (mesures répressives et préventives).

L'Etat membre qui prend ces mesures doit :

- demander à l'Etat membre d'établissement du prestataire de prendre des mesures que ce dernier n'en ait pas pris ou elles n'aient pas été suffisantes;
- notifier à la Commission et à l'Etat membre d'établissement du prestataire son intention de prendre de telles mesures.

La commission examine la conformité de ces mesures au vu des conditions de l'article 3§4 et de la jurisprudence de la cour de justice. La Cour a ainsi constamment jugé que :

« Les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »¹⁰².

C/ LA TRANSPOSITION DE LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR ET LE PROJET DE LOI SUR L'ECONOMIE NUMERIQUE

Le projet de loi reprend les dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

L'article 7 pose un principe général de liberté du commerce électronique, avant d'assortir ce principe d'exceptions visant les personnes établies en France et les personnes établies dans un autre Etat membre de l'Union européenne¹⁰³, et de préciser la loi applicable aux contrats conclus dans ce cadre.

L'article 7 bis nouveau du projet de loi énonce :

¹⁰² Arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard*, affaire C-55/94, Rec. p. I-4165.

¹⁰³ En outre, lorsqu'elle est exercée par des personnes établies dans un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France, l'activité définie à l'article 6 est soumise au respect :

1° Des dispositions relatives au libre établissement et à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté européenne dans le domaine de l'assurance, prévues aux articles L. 361-1 à L. 364-1 du Code des assurances ;

2° Des dispositions relatives à la publicité et au démarchage des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, prévues à l'article L. 214-12 du Code monétaire et financier ;

3° Des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles et à la concentration économique, prévues aux titres II et III du livre IV du Code de commerce ;

4° Des dispositions relatives à l'interdiction ou à l'autorisation de la publicité non sollicitée envoyée par courrier électronique,

5° Des dispositions du Code général des impôts ; 6° Des droits protégés par le Code de la propriété intellectuelle.

« L'activité définie à l'article 6 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie¹⁰⁴, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.

L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :

1° De priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les **dispositions applicables aux éléments du contrat**, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ;

2° De déroger aux règles de forme impératives prévues par la loi française pour les contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé sur le territoire national ;

3° De déroger aux règles déterminant la loi applicable aux contrats d'assurance pour les risques situés sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen et pour les engagements qui y sont pris, prévues aux articles L. 181-1 à L. 183-2 du Code des assurances ».

La solution classique est appliquée : ces contrats sont soumis aux lois de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi. Cette disposition satisfait également l'exigence du 1 de l'article 3 de la directive 2000/31/CE.

Ce principe ne peut avoir pour effet de remettre en cause la législation nationale de protection du consommateur. Le 1) de l'article 7 bis renvoie à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'annexe à l'article 3 de la directive précise explicitement que ce principe ne s'applique pas aux « obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs ».

A côté des ces dérogations générales, le projet de loi prévoit des exceptions au cas par cas. L'article 8 dispose qu'un décret en Conseil d'Etat définit les conditions dans lesquelles l'autorité administrative peut restreindre le libre exercice du commerce électronique, au vu des exigences de l'intérêt général, et en particulier du maintien de l'ordre public, de la protection des mineurs et de la protection des personnes physiques, consommateurs ou investisseurs.

Cette clause de sauvegarde, étudiée plus haut, est prévue par la directive 2000/31/CE au 4 de son article 3.

Le droit international privé est une source de complication et de fait d'insécurité dans la résolution des litiges contractuels entre les intermédiaires financiers et les consommateurs. Des améliorations ont été cependant apportées, comme nous avons pu le voir, ou sont en cours de réalisation notamment avec la révision programmée de la convention de Rome.

Plusieurs moyens de protection du consommateur existent cependant pour pallier en partie à ces difficultés : la technique de l'harmonisation maximale et les modes alternatifs de règlements des différends.

¹⁰⁴ Au sens de l'article 6 du projet de loi, « une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social. » Le caractère durable de l'installation n'est pas exigé par la directive sur le commerce électronique.

SOUS-SECTION 3 - LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR - L'HARMONISATION DES REGLES D'INTERET GENERAL PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION ET LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES

L'objectif de la Commission est de mettre en place un cadre politique qui permette aux consommateurs d'avoir accès aux services financiers en ligne proposés dans l'ensemble de l'Union tout en bénéficiant d'une protection intégrale. L'harmonisation des dispositions protectrices des consommateurs et le développement des modes alternatifs de règlement des litiges vont dans ce sens.

§1 - LA PROTECTION PAR L'HARMONISATION DES REGLES D'INTERET GENERAL

L'harmonisation peut avoir pour effet d'empêcher l'Etat membre de destination, c'est à dire du lieu de résidence du consommateur, d'invoquer des règles différentes de celles prévues par la directive – on parlera alors d'harmonisation « totale » – ou au contraire, en vertu d'une disposition spécifique, permettre aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des règles plus protectrices du consommateur que celles que fixent la directive – on parlera alors d'harmonisation minimale¹⁰⁵.

En matière de protection des consommateurs, la plupart des directives d'harmonisation ont des directives d'harmonisation minimale (comme la directive sur les clauses abusives ou la directive sur le crédit à la consommation) ce qui permet aux Etats membres d'être plus sévères.

La directive sur la commercialisation à distance des services financiers n'a pas prévu une harmonisation totale, comme il l'était envisagé initialement¹⁰⁶.

Le treizième considérant donne un aperçu des divergences entre la Commission européenne et les États qui ont défendu l'harmonisation minimale. La première proposition révèle la faveur de la Commission pour l'harmonisation totale, laquelle interdit aux États de « prévoir d'autres dispositions que celles établies pour les domaines qu'elle harmonise ». Il est seulement admis par exception que les États prennent des dispositions plus protectrices, dans les seules hypothèses où la lettre de la directive les y autorise (in fine, « sauf indication contraire expressément mentionnée par celle-ci »).

Mais au fil de la lecture de la directive, on peut trouver des hypothèses où « dans l'attente d'une plus grande harmonisation, les États membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions plus strictes ... » (art. 4 § 2., également art. 6 § 3). Par ailleurs l'emploi fréquent du conditionnel dans la rédaction des considérants confirme l'idée selon laquelle l'harmonisation est loin d'être totale.

De fait, cette possibilité laissée aux Etats entraîne évidemment des disparités entre les législations nationales ce qui alimente la source de conflits entre établissements et consommateurs lors d'opérations transfrontalières.

La question risque d'être transitoire (dans le même sens, A. Gourio, « Adoption de la directive sur la commercialisation à distance de services financiers », *Aperçu rapide*, JCP éd. E, 2002, 234) un réexamen de la directive étant prévu au printemps 2006. Les concessions en faveur de

¹⁰⁵ Sur la distinction entre « harmonisation minimale » et « harmonisation comportant une clause minimale », voy. M. Van Huffel, *op. cit.*, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1997/4, p. 262.

¹⁰⁶ L'article 4 de la directive énonce que dans « l'attente d'une plus grande harmonisation » les présentes dispositions s'appliquent sans préjudice pour les Etats membres d'appliquer des dispositions plus strictes en matière d'information ». Le considérant 12 affirme par ailleurs la nécessité d'une harmonisation.

l'harmonisation minimale pourraient alors être reconsidérées pour favoriser l'avancement de l'intégration du marché intérieur.

La multiplicité des ordres juridiques accroît les difficultés juridiques d'un recours et diminue les chances d'exécution rapide et effective des décisions le cas échéant rendues. De fait, la Commission européenne a décidé d'encourager la création d'un réseau d'organes extrajudiciaires de résolution des litiges.

§2 - LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES EN MATIERE FINANCIERE

L'établissement de modes alternatifs de résolution des litiges en matière de consommation fait l'objet de préoccupations européennes depuis une dizaine d'années, au travers d'un certain nombre de textes comme :

- le Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique (1993) ;
- la Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission « *plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges* (1996) » ;
- la Communication de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (1998) ;
- la Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (30 mars 1998) ;
- la Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation ;
- et plus récemment le Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002 COM(2002) 196 final.

La directive sur le commerce électronique entend quant à elle garantir de meilleurs moyens de recours par l'utilisation en ligne des mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends, y compris par moyens électroniques. Ainsi elle impose dans l'article 17 § 1 aux Etats membres de supprimer ou de modifier dans leurs législations les obstacles à cette utilisation.

La suite de l'article 17 prévoit que les Etats membres doivent encourager les organes de règlement extrajudiciaires en matière de litiges de consommation à appliquer les principes d'indépendance, de transparence, du contradictoire, de l'efficacité de la procédure, de la légalité de la décision de la liberté des parties et de représentation dans le respect du droit communautaire.

Pour les services financiers, le plan d'action pour les services financiers (COM 1999/232) a suggéré que la Commission étudie la possibilité de recourir aux infrastructures actuelles pour régler les litiges transfrontaliers, en reliant les organes nationaux compétents en un réseau européen ad hoc. Cette proposition se fonde sur la Recommandation n°98/257 de la Commission du 30.mars 1998 précédemment citée.

Suite à cette proposition, la Commission européenne a lancé le 1er février 2001 un réseau pour la résolution extrajudiciaire des litiges dans le secteur des services financiers, afin d'aider les entreprises et les consommateurs du marché intérieur à résoudre leurs différends de manière rapide et efficace, en évitant, si possible, une action en justice aussi longue que coûteuse.

Ce réseau, baptisé FIN-NET, vise notamment à faciliter la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, tant pour les services en ligne que hors ligne, dans le cas où le prestataire de services est établi dans un autre État membre que celui où réside le consommateur. Il regroupe plus de 35 organes nationaux, qui chapeautent spécifiquement certains services financiers (par exemple, les médiateurs des secteurs bancaire et assurantiel, le médiateur de la Commission des opérations de bourse) ou bien règlent les litiges de consommation en général (par exemple, les chambres de recours pour les consommateurs).

Les trois objectifs de ce réseau, rappelés sur le site internet de la Commission européenne, sont :

- de permettre aux consommateurs d'accéder aisément et en bonne connaissance de cause à un système de règlement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers: à cette fin, le réseau aide les consommateurs à déterminer le système le mieux indiqué pour recevoir leurs plaintes, en leur donnant toutes les informations nécessaires dans leur propre langue ;
- d'assurer un échange d'informations efficace entre les différents systèmes européens, de sorte que les recours transfrontaliers puissent être traités aussi rapidement, efficacement et professionnellement que possible ;
- de faire en sorte que les systèmes de règlement extrajudiciaire des litiges des États membres de l'Union européenne respectent un ensemble commun de principes minimaux.

CONCLUSION

Le cadre communautaire propre à renforcer la confiance et la protection des consommateurs dans l'utilisation d'internet, et ce dans la perspective d'un marché unifié des services financiers de détail d'ici 2005, se dessine progressivement dans le domaine financier.

Ainsi, l'adoption des directives communautaires sur le commerce électronique et la commercialisation à distance des services financiers, la mise en place de procédures extrajudiciaires de règlement des litiges, les dispositions pour la sécurité des paiements par internet et la coopération accrue entre les autorités de tutelle et entre les Etats membres et la Commission¹⁰⁷ vont dans ce sens.

Cependant, il reste encore des efforts à accomplir pour privilégier l'harmonisation des règles nationales relatives à la protection des consommateurs, et adapter au mieux les règles de compétence judiciaire et de loi applicable aux caractéristiques du réseau internet.

Soucieuse des intérêts des consommateurs, la Commission européenne a lancé récemment un appel d'offres pour recruter un panel d'experts chargé de favoriser la participation des utilisateurs à la définition de la politique européenne dans ce domaine.

Le forum FIN-USE sera composé de douze experts, qui adresseront des recommandations à la Commission sur sa politique concernant les services financiers (à distance ou non), en soulignant plus particulièrement les problèmes rencontrés par les utilisateurs (consommateurs, petites et moyennes entreprises).

La France, avec l'adoption de la loi sur la signature électronique, de la loi de sécurité financière pour la partie démarchage, et le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique actuellement en discussion, commence à adapter sa législation aux évolutions technologiques. Reste encore à renforcer la protection du consommateur en matière de services financiers à distance en transposant la récente directive sur la commercialisation à distance des services financiers de juin 2002.

¹⁰⁷ notamment par la procédure de notification préalable de tout projet de règles nationales visant spécifiquement les services de la société de l'information.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	3
CHAPITRE I - LA SOLLICITATION DU PUBLIC : LA PUBLICITE ET LE DEMARCHAGE FINANCIER EN LIGNE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR.....	8
SECTION 1 - LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU REGARD DE LA PUBLICITE EN MATIERE FINANCIERE.....	9
SOUS-SECTION 1 - LE PRINCIPE DE L'APPLICATION DES REGLES DE DROIT COMMUN A LA PUBLICITE DES PRODUITS ET DES SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET	10
§1 - LA PUBLICITE EN LIGNE.....	10
§2 - LES REGLES DE DROIT COMMUN APPLICABLES	12
A/ LES OBLIGATIONS ISSUES DES TEXTES COMMUNAUTAIRES	12
B/ L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DU CODE DE LA CONSOMMATION EN MATIERE DE PUBLICITE TROMPEUSE ET DE PUBLICITE COMPARATIVE	16
C/ LE NOUVEAU CODE PENAL.....	17
D/ LA LOI EVIN ET LA LOI TOUBON.....	17
E/ LA RECOMMANDATION DU BUREAU DE VERIFICATION DE LA PUBLICITE SUR LA PUBLICITE SUR INTERNET OU L'AUTODISCIPLINE	20
SOUS-SECTION 2 - L'APPLICATION DES TEXTES SPECIFIQUES A LA MATIERE FINANCIERE.....	21
§1 - LA PUBLICITE SUR INTERNET ET L'APPEL PUBLIC A L'EPARGNE.....	21
§2 - LES PRODUITS FINANCIERS SOUMIS A DES REGLES PARTICULIERES EN MATIERE DE PUBLICITE	22
A/ LES PLANS D'EPARGNE EN VALEURS MOBILIERES.....	19
B/ LES VALEURS MOBILIERES.....	19
C/ LES ORGANISMES DE PLACEMENT EN VALEURS MOBILIERES.....	20
D/ LES SOCIETES CIVILES DE PLACEMENT COLLECTIF.....	20
§3 - LES OPERATIONS FINANCIERES SOUMISES A DES REGLES PARTICULIERES EN MATIERE DE PUBLICITE	23
SOUS-SECTION 3 - LES DISPOSITIONS PARTICULIERES APPLICABLES A LA PUBLICITE DE PRODUITS ET SERVICES FINANCIERS EN LIGNE PRISES PAR LE CMF ET LA COB.	25
A/ LA RECOMMANDATION N° 99-02 DE LA COB	25
B/ LA DECISION N° 99-07 DE SEPTEMBRE 1999 DU CMF	27
Rappel	27
SECTION 2 - LES REGLES RELATIVES AU DEMARCHAGE EN MATIERE FINANCIERE SUR INTERNET	29
SOUS-SECTION 1 : HETEROGENEITE ET OBSOLESCENCE DES TEXTES SUR LE DEMARCHAGE (SITUATION AVANT L'ADOPTION DE LA LOI SUR LA SECURITE FINANCIERE)	30
§1- LE DEMARCHAGE FINANCIER, UNE SOLLICITATION ACTIVE ET PERSONNALISEE	30
§2- PUBLICITE OU DEMARCHAGE SUR INTERNET : QUALIFICATION PARFOIS DIFFICILE A ETABLIR	32
§3- PERSONNES HABILITEES A DEMARCHER : UNE PROFESSION HETEROGENE	33
SOUS SECTION 2 : UNE REFORME NECESSAIRE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DE L'INVESTISSEUR.....	32
CHAPITRE II - INTERNET OUTIL DE REALISATION DU CONTRAT PORTANT SUR UN SERVICE OU UN PRODUIT FINANCIER	37

SECTION 1 - LES ASPECTS PRECONTRACTUELS	38
SOUS-SECTION 1 - L'OBLIGATION D'INFORMATION PREALABLE DE L'INTERMEDIAIRE EN LIGNE	39
§1 - L'OBLIGATION D'INFORMATION DU PRESTATAIRE : LES CONVENTIONS EN MATIERE FINANCIERE	40
A/ LES MENTIONS CONTENUES DANS LES CONVENTIONS REDIGEEES ENTRE LES PARTIES	40
B/ LES CONVENTIONS PORTANT SUR LA FOURNITURE DE PRODUITS ET SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET	41
§2 - L'OBLIGATION DE CONSEIL ET DE RENSEIGNEMENT FACE A UN CLIENT INTERNAUTE NON PROFESSIONNEL	42
§3 - DES OBLIGATIONS A L'EGARD DE L'INVESTISSEUR REAFFIRMEES PAR LES TEXTES COMMUNAUTAIRES	44
A/ LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE ET LES OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES DANS LE CAS D'UN CONTRAT ELECTRONIQUE	44
B/ LA DIRECTIVE SUR LA COMMERCIALISATION A DISTANCE DES SERVICES FINANCIERS AUPRES DES CONSOMMATEURS	45
SOUS-SECTION 2 - L'IDENTIFICATION DES PARTIES	49
§1 - L'AGREMENT DU PRESTATAIRE DE SERVICE D'INVESTISSEMENT, GARANTIE DE SECURITE JURIDIQUE POUR LE CONSOMMATEUR	49
A/ LES CONDITIONS D'ACCES AUX ACTIVITES FINANCIERES SUR INTERNET	51
B/ LA VERIFICATION DE L'IDENTITE ET DE L'AGREMENT DU PRESTATAIRE DE SERVICES D'INVESTISSEMENT PROPOSANT DES SERVICES ET DES PRODUITS FINANCIERS SUR INTERNET	55
C/ LE CONSOMMATEUR FACE AUX RISQUES DE FRAUDE ACCRUS SUR INTERNET	57
§2 - L'IDENTIFICATION DU CLIENT	58
A/ LES REGLES DE DROIT COMMUN RELATIVES A L'IDENTIFICATION DU CLIENT	58
B/ LES ADAPTATIONS NECESSAIRES	60
SECTION 2 - LA FORMATION DU CONTRAT PORTANT SUR DES SERVICES ET PRODUITS FINANCIERS A DISTANCE	64
SOUS-SECTION 1 - L'EXISTENCE D'UNE CONVENTION ENTRE LES PARTIES	65
§1 - UNE CONVENTION ECRITE	65
§2 - CES CONVENTIONS PEUVENT ELLES ETRE CONCLUES SOUS UNE FORME ELECTRONIQUE ?	65
A/ LA QUESTION DE LA RECONNAISSANCE DE LA FORME ELECTRONIQUE COMME MODE DE FORMATION DU CONTRAT A DISTANCE	65
B/ LES CONVENTIONS ELECTRONIQUES	66
SOUS-SECTION 2 - LA FORMATION DU CONTRAT A DISTANCE PORTANT SUR LA FOURNITURE D'UN PRODUIT OU D'UN SERVICE FINANCIER	68
§1 - LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE ET LE PROJET DE LOI SUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE	68
§2 - LA DIRECTIVE SUR LA COMMERCIALISATION DES SERVICES FINANCIERS A DISTANCE	69
SOUS-SECTION 3 - LA POSSIBILITE DE RETRACTATION DU CONSOMMATEUR APRES LA CONCLUSION DU CONTRAT	70
CHAPITRE III - L'EXECUTION DU CONTRAT VIA INTERNET	72
SECTION 1 - LES OBLIGATIONS DES INTERMEDIAIRES FINANCIERS A L'EGARD DES CONSOMMATEURS : L'EXECUTION D'ORDRES DE BOURSE	73
SOUS-SECTION 1 - CONTROLE ET SECURITE DES SYSTEMES INFORMATIQUES UTILISES POUR LA RECEPTION TRANSMISSION ET L'EXECUTION DES ORDRES DE BOURSE	74
§1 - UN SYSTEME SUR ET PERFORMANT POUR LE DONNEUR D'ORDRE	74
A/ PERFORMANCE TECHNIQUE ET CONTROLE	74
B/ GESTION DE LA SECURITE INFORMATIQUE	70
§2 - UN SYSTEME PERMETTANT UN CONTROLE DES PROVISIONS ET COUVERTURES	75
SOUS-SECTION 2 - L'INFORMATION DU CONSOMMATEUR DANS LE CADRE DE L'ENREGISTREMENT, LA CONSERVATION ET L'EXECUTION DES ORDRES DE BOURSE	76
§1- LE TRAITEMENT DE L'ORDRE DE BOURSE	76

§2 - ENREGISTREMENT ET CONSERVATION DES ORDRES	76
§3 - INFORMATION DU CONSOMMATEUR SUR L'EXECUTION DE SES ORDRES DE BOURSE	77
SECTION 2 - LE PAIEMENT EN LIGNE DE PRODUITS ET DE SERVICES FINANCIERS SUR INTERNET	78
SOUS-SECTION 1 - LE PAIEMENT PAR CARTE ET LES MOYENS DE RECOURS EVENTUELS DU CONSOMMATEUR	79
§1 - LES TEXTES COMMUNAUTAIRES	79
§2 - LES TEXTES NATIONAUX.....	80
§3 - PROTECTION ACCRUE DU CONSOMMATEUR DANS LE CAS DE CONTRAT A DISTANCE	81
SOUS-SECTION 2 – LE PAIEMENT DES TRANSACTIONS FINANCIERES SUR INTERNET	82
SECTION 3 - LA COMPETENCE ET LA LOI APPLICABLE LORS DE L'EXECUTION DES CONTRATS PORTANT SUR LES SERVICES ET PRODUITS FINANCIERS A DISTANCE.....	84
SOUS-SECTION 1 - LA JURIDICTION COMPETENTE	85
§1 - LE PRINCIPE POSE PAR LE REGLEMENT COMMUNAUTAIRE DU CONSEIL DU 22 DECEMBRE 2000 (REPLAÇANT LA CONVENTION DE BRUXELLES DU 27 SEPTEMBRE 1968)	85
§2 - UNE PROTECTION SPECIFIQUE POUR LES CONSOMMATEURS.....	86
§3 - LA PRESENCE D'UNE CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE DANS LE CONTRAT.....	87
SOUS-SECTION 2 - LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT CONCLU AVEC LE CONSOMMATEUR	88
§1 - LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR : LA CONVENTION DE ROME SUR LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.....	88
A/ DEFINITION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES	88
B/ L' APPLICATION DE LA CONVENTION DE ROME	88
§2 - LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE ET LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR.....	90
A/ L' APPLICATION DE LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR ET LE MECANISME DE LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES ETATS MEMBRES	90
B/ LES DEROGATIONS A LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR	91
C/ LA TRANSPOSITION DE LA CLAUSE DE MARCHE INTERIEUR ET LE PROJET DE LOI SUR L'ECONOMIE NUMERIQUE.....	93
SOUS-SECTION 3 - LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR - L'HARMONISATION DES REGLES D'INTERET GENERAL PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION ET LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES.....	95
§1 - LA PROTECTION PAR L'HARMONISATION DES REGLES D'INTERET GENERAL ...	95
§2 - LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES EN MATIERE FINANCIERE	96
CONCLUSION.....	95
TABLE DES MATIERES.....	96
BIBLIOGRAPHIE.....	100
ANNEXES.....	104

ANNEXE 1 : Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

ANNEXE 2 : Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

ANNEXE 3 : Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et a la Banque Centrale Européenne l'application aux services financiers des articles 3§4 à 3§6 de la directive sur le commerce électronique, COM (2003) 259(01)

ANNEXE 4 : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen concernant le commerce électronique et les services financiers, 7 février 2001, COM (2001) 66

ANNEXE 5 : glossaire des termes juridiques et informatiques

ANNEXES

GLOSSAIRE DES TERMES JURIDIQUES ET

(Toutes ces définitions sont issues pour la partie financière du « lexique de la banque et des marchés financiers » de Blanche Soubi-Roubi et pour la partie nouvelles technologies du rapport sur « la fourniture de services et de produits financiers à l'épreuve d'Internet de l'Association française des entreprises d'investissement »)

AUTHENTIFICATION

Procédé qui vise à identifier les parties lors d'une transaction électronique ; les mots de passe, le code secret, la signature électronique, la reconnaissance vocale sont des moyens qui permettent d'authentifier les interlocuteurs.

BANNER ou BANNIERE

Bandeau publicitaire qui s'affiche en haut ou en bas de l'écran, permanent ou temporaire, clignotant ou évolutif dans son contenu. Ce bandeau apparaît lorsque l'internaute se connecte mais n'est pas recherché par lui.

COMPTE EN LIGNE

Compte ayant un code d'accès électronique permettant d'accéder à une plate-forme de transaction sur internet.

COURTIER EN LIGNE

Traduction de broker on line. On appelle ainsi d'une façon générale tout intermédiaire, quel que soit son statut, qui fournit aux investisseurs un service de réception-transmission d'ordres sur instruments financiers en ligne, c'est à dire via Internet. Le courtier en ligne peut également, dans un souci d'offrir à ses clients un service plus complet, proposer la fourniture du service connexe de tenue de compte conservation, sous réserve d'être habilité à cet effet.

COURRIER ELECTRONIQUE

Service permettant aux utilisateurs d'échanger entre eux des messages dans le réseau Internet. L'échange desdits messages est rendu possible par l'utilisation d'un protocole de transmission propre à Internet, le protocole Simple Mail Transfer Protocol (SMTP).

CRYPTOLOGIE(ou chiffrement)

Méthode de protection de la confidentialité des documents fondée sur l'utilisation d'algorithmes mathématiques qui, à l'aide de clés, ou mots de passe, encodent ou décodent les contenus desdits documents. En droit la cryptologie désigne tout matériel ou logiciel conçu ou modifié visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des

informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou l'opération inverse.

ENTREPRISE D'INVESTISSEMENT

Personne morale autre qu'un établissement de crédit dont la profession habituelle est de fournir des services d'investissement. Les entreprises d'investissement doivent faire approuver leur programme d'activité par le Conseil des marchés financiers ou bien par la Commission des opérations de bourse dans le cas où l'activité exercée est la gestion de portefeuille pour le compte de tiers ; elles doivent également recevoir l'agrément du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ou de la COB lorsque l'activité susvisée est exercée à titre principal (art.L532-9 du code monétaire et financier).

FONDS COMMUN DE PLACEMENT

Copropriété de valeurs mobilières, sans personnalité juridique constituée à l'initiative conjointe d'une société de gestion et d'un établissement dépositaire et appartenant à la catégorie des OPCVM. Son régime initialement prévu par la loi du 23 décembre 1988 figure désormais aux articles L.214-20 du code monétaire et financier. L'actif d'un FCP est divisé en parts qui sont émises et rachetées à leur valeur liquidative sur simple demande du porteur de parts. Les parts d'un FCP sont des valeurs mobilières et des instruments financiers.

Il existe différents types de FCP notamment en fonction de la composition de leur actif et de leurs règles d'investissement.

FONDS COMMUN DE PLACEMENT A RISQUES (FCPR)

Initialement créé par la loi du 3 janvier 1983 (maintenant codifiée), catégorie de fonds commun de placement dont les actifs doivent être constitués pour au moins 50 % de titres non admis à la négociation sur un marché réglementé français ou étranger. Il en existe trois types :

- les FCPR dits « ouverts au public » autorisés à faire l'objet de publicité et de démarchage et dotés de règles spécifiques pour protéger les investisseurs ;
- les FCPR dits « fermés » qui bénéficient d'une plus grande latitude d'intervention mais ne peuvent faire l'objet de publicité ni de démarchage ;
- et les FCPR bénéficiant d'une procédure allégée.

FONDS COMMUN DE PLACEMENT DANS L'INNOVATION (FCPI)

Aux termes de l'article L. 241-41 du Code monétaire et financier (anc. Article 22-1 L. 23 déc. 1988), type de fonds commun de placement à risques dont les actifs sont composés, pour 60 % au moins, de titres non admis à la négociation sur un marché réglementé, français ou étranger, et émis par des sociétés répondant à un certain nombre de caractéristiques fixées par le texte qui leur permet d'être qualifiées d'innovantes. Sont également admises dans les 60 % les avances en compte courant aux sociétés éligibles. Les souscripteurs d'un FCPI bénéficient d'avantages fiscaux.

FONDS COMMUN DE PLACEMENT D'ENTREPRISES (FCPE)

FCP constitué dans le cadre de l'épargne salariale (telle que modifiée par la loi du 19 février 2001) et destiné à recevoir des sommes versées par des salariés en vue de constituer et de gérer un portefeuille de titres. La loi distingue trois types de FCPE :

- les FCPE dits « diversifiés » dont l'actif peut être investi, au plus, à la hauteur d'un tiers dans les titres de l'entreprise ;
- les FCPE dits « d'actionnariats » dont l'actif est investi à hauteur de plus du tiers en titres de l'entreprise. Si une entreprise propose un fonds d'actionnariat, un fonds diversifié doit également être offert aux salariés ;
- les FCPE dits « solidaires » dont l'actif est investi partiellement (de 5 à 10 %) en économie solidaire, c'est-à-dire en titres d'entreprises non cotées, agréés par le ministre de l'Economie et des Finances qui : (i) soit emploient des salariés dont le tiers au moins bénéficie d'un « contrat-jeune » ou d'un contrat d'insertion ou présente un handicap grave ; (ii) soit sont constitués sous forme d'associations, de coopératives, de mutuelles, d'institutions de prévoyance ou de sociétés dont les dirigeants sont élus par les salariés, adhérents ou sociétaires, leur rémunération étant inférieure à un plafond annuel prévu par la loi. Les FCPE solidaires peuvent investir en économie solidaire soit en direct, soit via un FCPR lui-même investi en économie solidaire ou via une société de capital risque.

FONDS COMMUN D'INTERVENTION SUR LES MARCHES A TERME (FCIMT)

Fonds commun de placement dont la vocation est d'intervenir sur les marchés réglementés d'instruments financiers à terme. La loi et la réglementation de la COB soumettent cette catégorie de FCP à des règles spécifiques en matière de composition de leur actif, de gestion et d'information du public.

FORUMS (Newsgroups)

Mécanisme servant à la transmission de messages à la façon d'un babillard électronique. Les utilisateurs peuvent lire tous les messages rédigés par d'autres abonnés du forum et leur répondre soit collectivement, soit par le biais de leur boîte postale personnelle. Plusieurs expressions sont apparentées au newsgroup : groupe de discussion, babillard électronique, forum de discussion.

HYPERTEXTE

Organisation d'un document textuel informatisé et caractérisé par l'existence de liens dynamiques (hot links) entre ses différentes sections. Dans un navigateur Web, les liens

sont créés à l'aide de mots soulignés ou d'icônes sur lesquelles on clique à l'aide de la souris. Ils ont pour but de faciliter le cheminement du lecteur dans le document. En effet, deux lecteurs d'un même document ne consultent pas nécessairement le même contenu.

INSTRUMENTS FINANCIERS

D'après l'article L.211-1 du Code monétaire et financier, « **I.-Les instruments financiers comprennent :**

- 1.Les actions et autres titres donnant ou pouvant donner accès, directement ou indirectement, au capital ou aux droits de vote, transmissibles par inscription en compte ou tradition ;
- 2.Les titres de créance qui représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de créances qui les émet, transmissibles par inscription en compte ou tradition, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ;
- 3.Les parts ou actions d'organismes de placements collectifs ;
- 4.Les instruments financiers à terme ;
- 5.Et tous instruments financiers équivalents à ceux mentionnés aux précédents alinéas, émis sur le fondement de droits étrangers.

II.-Les instruments financiers à terme sont :

- 1.Les contrats financiers à terme sur tous effets, valeurs mobilières, indices ou devises, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces ;
- 2.Les contrats à terme sur taux d'intérêt ;
- 3.Les contrats d'échange ;
- 4.Les instruments financiers à terme sur toutes marchandises, soit lorsqu'ils font l'objet, en suite de négociation, d'un enregistrement par une chambre de compensation d'instruments financiers ou d'appels de couvertures périodiques, soit lorsqu'ils offrent la possibilité que les marchandises sous-jacentes ne soient pas livrées moyennant un règlement monétaire par le vendeur ;
- 5.Les contrats d'options d'achat ou de vente d'instruments financiers ;
- 6.Tous autres instruments de marché à terme.

III.-Les instruments financiers ne peuvent être émis que par l'Etat, une personne morale, un fonds commun de placement ou un fonds commun de créances. »

INTERNET

Collection de réseaux reliés entre eux et utilisant les protocole TCP/IP. Internet s'est développé à partir de l'ARPANet à la fin des années 60 et au début des années 70. Ensemble ouvert de réseaux d'ordinateurs reliés entre eux à l'échelle de la planète qui, à l'aide de logiciels basés sur le protocole TCP/IP, permet aux utilisateurs de communiquer entre eux et d'échanger de l'information.

MARCHE A TERME

D'une façon générale, par opposition à un marché au comptant, marché sur lequel le dénouement des opérations n'a pas lieu immédiatement, mais à une certaine échéance.

Divers marchés à terme sont ou ont été organisés pour la négociation de différents produits. Ainsi : le marché à règlement mensuel (RM) pour les valeurs mobilières, supprimé depuis le 22 septembre 2000, le MONEP pour certaines options négociables, le Matif pour les marchandises et les instruments financiers tels que les contrats à terme négociables ou les options négociables.

MARCHE REGLEMENTE

Terminologie issue du droit européen selon laquelle les marchés réglementés sont ceux qui sont déclarés comme tels par les autorités compétentes de chaque pays membre de l'Union européenne et qui ont fait l'objet d'une réglementation approuvée par une autorité publique ou par une autorité désignée par la loi.

En France, la reconnaissance de la qualité d'un marché réglementé d'instruments financiers est décidée par arrêté du ministre chargé de l'Economie sur proposition du Conseil des marchés financiers et après avis de la Commission des opérations de bourse. Sont ainsi reconnus comme marchés réglementés le premier marché, le second marché, le nouveau marché, le Matif et le Monep (article L.421-1 du Code monétaire et financier).

MOTEUR DE RECHERCHE

Outil d'indexation, par un référencement gratuit ou payant des sites au moyen de mots clés, ou métainformations, qui sont insérés par les propriétaires de site dans le code html d'une page.

OPCVM

Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières. Organisme chargé de gérer des valeurs mobilières pour le compte de clients. Les Sicav et FCP sont des OPCVM.

ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS

Organisation internationale dotée d'un comité technique et d'un comité technique qui rassemble les régulateurs de marchés boursiers mondiaux.

PRESTATAIRE DE SERVICE D'INVESTISSEMENT

Entreprise d'investissement ou établissement de crédit ayant reçu un agrément pour fournir des services d'investissement et possédant le monopole de la fourniture de tels services à titre de profession habituelle (Code de commerce, article L531-10 du code de commerce)

PROTOCOLE TCP/ IP

En tant que protocole de communication, standard de communication entre ordinateurs.

Le protocole TCP/IP est le protocole de communication qui régit la circulation des informations sur le réseau Internet.

SERVICE D'INVESTISSEMENT

Service financier fourni par les prestataires de services d'investissement au sens de la loi du 2 juillet 1996 (maintenant codifiée dans le code monétaire et financier). Les services d'investissement ne peuvent porter que sur des instruments financiers et comprennent : la réception et la transmission d'ordre pour le compte de tiers, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuille pour compte de tiers, la prise ferme et le placement.

Seules les personnes désignées par la loi et les prestataires de service d'investissement, peuvent fournir, à titre de profession habituelle, les services d'investissement.

SICAV

Société d'investissement à capital variable. La loi du 23 décembre 1988 (codifiée dans le code monétaire et financier) en a précisé le régime juridique. C'est une société anonyme dont l'objet est la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières.

Les actions de la SICAV sont émises et rachetées à tout moment à la demande des actionnaires et à leur valeur liquidative.

Par abus de langage, on parle souvent de SICAV alors qu'il s'agit d'actions de SICAV : l'épargnant n'achète pas des SICAV mais des actions de SICAV.

SPAMMING

Envoi automatique et systématique de messages électroniques destinés à démarcher des personnes pour leur proposer de passer un contrat.

TENEUR DE COMPTE

Celui qui tient un compte de titres. Il s'agit de l'émetteur pour les titres nominatifs, d'un intermédiaire financier habilité pour les titres au porteur. Chaque teneur de compte est affilié à Euroclear France, c'est-à-dire qu'il y possède lui-même un compte, ce qui permet la circulation des différentes valeurs mobilières par de simples virements de comptes à comptes.

TENEUR DE COMPTE-CONSERVATEUR

Intermédiaire financier, habilité par le Conseil des marchés financiers, assurant l'activité de tenue de compte-conservation.

TENUE DE COMPTE-CONSERVATION

Au sens de l'article 6-2-1 du règlement général du Conseil des marchés financiers, activité consistant, d'une part à inscrire en compte les instruments financiers au nom de leur titulaire, c'est-à-dire à reconnaître au titulaire ses droits sur lesdits instruments et, d'autre part à conserver les avoirs correspondants, selon les modalités propres à chaque instrument financier.

On parle de tenue de compte-conservation « globale » (« global custody ») lorsque des instruments financiers français et étrangers sont inscrits et conservés en compte dans les livres d'un teneur de compte-conservateur global ou de tenue de compte-sous-conservation (« subcustody ») lorsque les instruments financiers étrangers sont inscrits et conservés, pour le compte d'un teneur de compte-conservateur global, dans les livres d'un sous-conservateur affilié au dépositaire central du pays de l'émetteur des instruments financiers concernés.

TRANSACTION EN LIGNE

Ordre d'achat ou de vente sur instruments financiers réalisé directement par un client grâce à une plate-forme électronique de transaction.

WEB (world wide web)

La toile d'araignée mondiale englobe tous les serveurs hébergeant un site web.

Le serveur est un ordinateur dans lequel les fichiers sont stockés et consultables.