

L'actualité du démarchage bancaire et financier depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003



PHILIPPE ARESTAN

Responsable "Regulatory"

Service juridique de la direction des marchés de capitaux
Calyon CIB, groupe Crédit Agricole

La stabilité de notre droit positif n'est décidément plus une idée à la mode ... Alors que le nouveau régime du démarchage bancaire et financier devait constituer un ensemble cohérent et stable, gage d'une meilleure lisibilité des textes applicables et d'une plus grande sécurité des acteurs, la nécessité de faire évoluer les textes qui l'organisent s'est rapidement fait sentir. Les aménagements qui en résultent sont nombreux et d'une portée parfois non négligeable ; pour autant, leur nécessité est incontestable tant il est vrai qu'ils visent à gommer certaines imperfections du dispositif, ou à l'adapter aux évolutions de son environnement.

Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier a été mis en place par la loi de sécurité financière (LSF) du 1^{er} août 2003. Depuis cette date, le nouveau régime fait l'objet des articles L. 341-1 et suivants du Code monétaire et financier, réunis dans le chapitre I^{er} "Démarchage bancaire ou financier" du titre IV relatif au démarchage et au colportage du livre III qui traite des services.

La LSF, publiée au Journal Officiel du 2 août 2003, ne prévoyant aucun délai d'entrée en vigueur, ses dispositions s'appliquent depuis le 4 août 2003 au matin¹. Cette entrée en vigueur immédiate de la loi s'entendait toutefois sous réserve des dispositions qui renvoyaient à des textes d'application. Or, les articles de loi relatifs au démarchage ne contenaient pas moins de six renvois à des textes réglementaires. Dans la mesure où ces dispositions de la loi n'étaient pas applicables sans leurs textes d'application, elles ne sont entrées en vigueur qu'une fois ces textes réglementaires publiés, c'est-à-dire le 30 septembre 2004 au matin. À cette date, les seules dispositions qui n'étaient toujours pas applicables concernaient les modalités de déclarations au fichier des démarcheurs. Ces modalités n'ont été connues qu'une fois le document conjoint du CECEI, de

l'AMF et du CEA publié en janvier 2005. En définitive, l'ensemble du dispositif démarchage prévu par la loi de sécurité financière est opérationnel depuis le 1^{er} avril 2005, date à laquelle le public peut librement consulter le fichier à partir soit du nom du démarcheur, soit du numéro d'enregistrement figurant sur la carte de démarchage présentée par le démarcheur.

Pour autant, l'entrée en vigueur du nouveau régime du démarchage bancaire et financier n'a pas totalement stabilisé la matière. En effet, à plusieurs reprises au cours des deux années et demi qui nous séparent de la publication de la LSF, de nouveaux textes sont venus compléter ou modifier les dispositions du Code monétaire et financier relatives au démarchage bancaire et financier.

Afin de faire un point aussi clair et exhaustif que possible de la situation au 28 février 2006, nous dirons, dans un premier temps, quelques mots des dispositions réglementaires qui sont venus mettre en œuvre certains articles du Code monétaire et financier issus de la LSF (I), pour ensuite nous pencher sur les dispositions nouvelles, de nature législative ou réglementaire, qui ont modifié certains articles du Code monétaire et financier depuis l'entrée en vigueur de cette loi (II).

1. En vertu de l'article 1^{er} du C. civ., les textes législatifs et réglementaires entrent en application un jour franc après leur publication au JO.

I. La mise en œuvre réglementaire des dispositions issues de la loi de sécurité financière

Depuis l'entrée en vigueur de la LSF, certaines dispositions prévues aux articles L. 431-1 et suivant du Code monétaire et financier ont été complétées par des dispositions réglementaires.

Il en a été ainsi des six renvois prévus par la loi :

- les seuils relatifs aux personnes morales auxquelles les règles du démarchage ne s'appliquent pas (art. L. 341-2, 1^o, c. mon. fin.) ;
- les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétences professionnelles des démarcheurs personnes physiques (art. L. 341-4, IV, c. mon. fin.) ;
- le niveau de l'assurance responsabilité civile professionnelle des démarcheurs mandatés (art. L. 341-5, 2^e al., c. mon. fin.) ;
- les modalités de tenue du fichier des démarcheurs (art. L. 341-7 c. mon. fin.) ;
- les mentions figurant sur la carte de démarchage (art. L. 341-8, 1^{er} al., c. mon. fin.) ;
- les mentions figurant sur le formulaire de rétractation (art. L. 341-16, I, 2^e al., c. mon. fin.) ;

Les dispositions prises en application de ces six renvois législatifs ont fait l'objet de trois textes réglementaires :

- le décret n^o 2004-1018 du 28 septembre 2004 "relatif au fichier des personnes habilitées à exercer une activité de démarchage bancaire ou financier"² (ci-après le "décret fichier") ;
- le décret n^o 2004-1019 du 28 septembre 2004 "relatif au démarchage bancaire ou financier"³ (ci-après le "décret général") ;
- l'arrêté du 28 septembre 2004 "relatif à la carte de démarchage prévue à l'article L. 341-8 du Code monétaire et financier"⁴ (ci-après "l'arrêté carte").

Dans le cadre du travail permanent de codification du droit français, le décret n^o 2005-1007 du 2 août 2005 "relatif à la partie réglementaire du Code monétaire et financier"⁵ a abrogé les décrets n^o 2004-1018 et n^o 2004-1019 (à l'exception, pour ce dernier, de son article 86), et en a repris le contenu dans les articles D. 341-1 à D. 341-15 du Code monétaire et financier. Lorsque, dans la suite du texte, nous nous référerons aux articles des décrets, nous précisons entre parenthèses les références des articles correspondants du Code monétaire et financier.

1. Les seuils relatifs aux personnes morales auxquelles les règles du démarchage ne s'appliquent pas

L'article L. 341-2 du Code monétaire et financier prévoit que le régime du démarchage ne s'applique pas aux

"personnes morales dont le total de bilan, le chiffre d'affaires, le montant des actifs gérés, les recettes ou les effectifs sont supérieurs à un seuil fixé par décret".

Le décret général⁷ a fixé ces seuils à :

- 5 millions d'euros pour le total de bilan ;
- 5 millions d'euros pour le chiffre d'affaires ou à défaut pour le montant des recettes ;
- 5 millions d'euros pour le montant des actifs gérés ;
- 50 personnes pour les effectifs annuels moyens.

Ces seuils positionnent ces sociétés de façon intermédiaire entre les micro-entreprises et les petites entreprises au sens de la recommandation⁸ de la Commission européenne. Cette recommandation définit en effet une petite entreprise comme ayant un effectif compris entre 10 et 50 personnes, un chiffre d'affaires ou un total de bilan compris entre 2 et 10 millions d'euros.

Le décret précise que ces seuils ne sont pas cumulatifs. Ils sont en outre appréciés au vu des derniers comptes consolidés ou à défaut des comptes sociaux, tels que publiés et, le cas échéant, certifiés par les commissaires aux comptes.

2. Les conditions d'âge, d'honorabilité et de compétences professionnelles des démarcheurs personnes physiques

L'article L. 341-4, IV, du Code monétaire et financier prévoit que les personnes physiques mandataires et celles ayant le pouvoir de gérer ou d'administrer les personnes morales mandatées, de même que les salariés ou employés des entreprises habilitées et des personnes morales mandatées, doivent remplir des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence fixées par décret.

Le décret général⁹ fixe comme suit le niveau des trois conditions de la capacité civile du démarcheur personne physique ou du dirigeant de personne morale mandatée :

a - L'âge du démarcheur

Le démarcheur doit avoir la majorité légale.

b - La compétence du démarcheur

Le démarcheur doit justifier préalablement à son entrée en fonction :

- soit du baccalauréat, d'un diplôme équivalent ou d'une formation professionnelle adaptée à la réalisation des opérations mentionnées aux 1^o à 5^o de l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier¹⁰.

Il appartient aux établissements ayant recours au démarchage bancaire et financier d'apprécier si leurs démarcheurs, à défaut d'être titulaires du baccalauréat ou d'un diplôme équivalent, disposent d'une formation professionnelle adaptée à leur mission. Le décret général ne précisant pas la forme que doit prendre cette formation, toute latitude est laissée aux établissements employeurs :

8. Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, publiée au JOCE du 20 mai 2003, p. L 124/36 FR et s., annexe, art. 2.

9. D. n^o 2004-1019, art. 2 (art. D. 341-2, CMF).

10. Opérations sur instruments financiers, opération de banque ou connexe, service d'investissement ou connexe, opération sur biens divers, prestation de conseil en investissement.

2. JO du 29 septembre 2004.

3. JO du 29 septembre 2004.

4. JO du 29 septembre 2004.

5. JO du 25 août 2005.

6. L'art. 8 du D. 2004-1019 est aujourd'hui sans objet puisqu'il prévoyait que "l'enregistrement des démarcheurs [...] intervient au plus tard le [31 mars 2005]".

7. D. n^o 2004-1019, art. 1^{er} (art. D. 341-1, CMF).

ils peuvent soit dispenser eux-mêmes une formation spécifique, soit recourir pour ce faire aux services d'un organisme extérieur ;

– soit, à défaut de disposer d'un de ces diplômes ou niveaux de formation, d'une expérience professionnelle d'une durée minimale de deux ans dans des fonctions liées à la réalisation d'opérations relevant des catégories énumérées aux 1° à 5° de l'article L. 341-1¹¹. Cette expérience doit avoir été acquise au cours des cinq années précédant la désignation des intéressés en qualité de démarcheur ou de dirigeants des personnes morales mandatées.

Ce critère de formation professionnelle appelle deux remarques :

– l'expérience professionnelle doit avoir porté sur la réalisation d'opérations des catégories 1° à 5° de l'article L. 341-1¹² : cela signifie-t-il que cette expérience s'apprécie globalement pour les cinq catégories au regard d'une activité de démarchage actuelle portant indistinctement sur une ou plusieurs de ces cinq catégories ; ou, au contraire, que le démarcheur ne peut se livrer au démarchage au titre d'une des cinq catégories (par exemple la catégorie 1°) que s'il peut justifier de deux années d'expérience dans cette catégorie particulière ? À défaut que le texte du décret soit plus précis, il semble que les deux années d'expérience professionnelle doivent être appréciées globalement, sans distinguer entre les cinq catégories de l'article L. 341-1 ;

– l'expérience professionnelle de deux ans au cours des cinq dernières années renvoie à la possibilité de prendre en compte les carrières fractionnées dans lesquelles les deux années d'expérience résultent du cumul de différentes périodes discontinues.

c - L'honorabilité du démarcheur

Le démarcheur ne doit faire l'objet :

– ni d'une interdiction d'exercer à titre temporaire ou définitif une activité ou un service, en application des dispositions de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier¹³ ou au titre d'une sanction prononcée avant le 24 novembre 2003 par la COB, le CMF ou le Conseil de discipline de la gestion financière ;

– ni de l'une des sanctions prévues aux 4 et 5 de l'article L. 613-21 du Code monétaire et financier¹⁴ ou aux 3° à 5° de l'article L. 310-18 du Code des assurances¹⁵.

d - La vérification de la capacité du démarcheur

L'article L. 341-6, 5° alinéa, du Code monétaire et financier prévoit que les attributs de la capacité civile et pénale du démarcheur (âge, honorabilité, compétence, absence de condamnation) doivent être vérifiés préalablement à la demande d'enregistrement dans le fichier "sur la base des informations que [celui-ci] fourni[t]"¹⁶.

Le décret général dispose qu'"une déclaration sur l'honneur est produite à cet effet par le démarcheur personne physique ou par le dirigeant d'une personne morale mandatée"¹⁷.

Cependant, cette disposition du décret général (comme l'ensemble de son article 2) est prise en application de l'article du IV de l'article L. 341-4, c'est-à-dire au titre des conditions de la capacité civile (âge, honorabilité, compétence) du démarcheur. La capacité pénale est prévue par l'article L. 341-9 du Code monétaire et financier qui ne renvoie pas à un décret pour son application. On peut donc se demander si la déclaration sur l'honneur peut être utilisée pour obtenir du démarcheur la confirmation qu'il n'a pas fait l'objet de l'une des condamnations visées aux I et II de l'article L. 341-9. Si tel n'était pas le cas, cela signifierait que la déclaration sur l'honneur ne peut pas être utilisée là où elle aurait sa plus grande utilité.

Si, au contraire, la déclaration sur l'honneur pouvait être utilisée pour attester de l'absence de condamnation pénale, cela résoudrait la difficulté liée à la vérification initiale de l'absence de condamnation. On peut toutefois se demander dans quelle mesure le remplacement de la vérification effectuée jusqu'à présent par les parquets, par une déclaration sur l'honneur est une véritable avancée en terme de protection des personnes démarchées. On imagine en effet sans peine qu'un démarcheur mal intentionné qui voudrait cacher à son employeur ou à son mandant une condamnation dont il a fait l'objet aura peu de scrupules à s'auto-déclarer honorable en remplissant la déclaration sur l'honneur. En d'autres termes, la déclaration sur l'honneur reviendrait dans cette hypothèse à demander à éventuel escroc d'attester de son honorabilité !

Il convient en outre de relever que l'article 2 du décret général, à son deuxième alinéa relatif à la déclaration sur l'honneur, ne prévoit pas que le démarcheur qui a établi cette déclaration soit tenu de l'actualiser lorsque, après l'avoir établie, ce démarcheur fait l'objet d'une interdiction d'exercer ou d'une condamnation pénale.

3. Le niveau de l'assurance responsabilité civile professionnelle des démarcheurs mandatés

Le deuxième alinéa de l'article L. 341-5 du Code monétaire et financier dispose que "*le niveau minimal des garanties qui doivent être apportées par l'assurance de responsabilité civile professionnelle est fixé par décret en fonction des conditions dans lesquelles l'activité est exercée, notamment de l'existence d'un seul ou de plusieurs mandats, et des produits et services faisant l'objet du démarchage*".

Le décret général fixe ainsi les niveaux minimaux de garantie du contrat d'assurance du risque de responsabilité civile professionnelle du démarcheur (*voir tableau ci-contre*).

Il convient de noter que, contrairement aux termes de la loi, le décret ne différencie pas le niveau des garanties selon que le démarcheur est titulaire d'un seul mandat ou de plusieurs. Il semble donc que ces niveaux de garanties s'entendent quel que soit le nombre de mandats du démarcheur.

pension du dirigeant, et le 5 la démission d'office du dirigeant.

15. Cet article porte sur la procédure de sanction et sur les sanctions disciplinaires de la Commission de contrôle des assurances : le 3° de cet article vise l'interdiction d'exercer, le 4° la suspension temporaire d'un dirigeant, et le 5° le retrait total ou partiel d'agrément.

16. Art. L. 341-6 CMF, 5° al.

17. D. n° 2004-1019, art. 2 (art. D. 341-2, CMF), in fine.

11. *Idem*.

12. *Idem*.

13. Cet article porte sur la procédure de sanction et sur les sanctions disciplinaires de l'AMF.

14. Cet article porte sur la procédure de sanction et sur les sanctions disciplinaires de la Commission bancaire : le 4 de cet article vise la sus-

Qualité du démarcheur	Nature des opérations	Montant de l'assurance
Personne physique	opérations mentionnées au 2 ^o ¹⁸ de l'article L. 341-1	75 000 euros par sinistre ou 75 000 euros par année
	opérations mentionnées aux ¹⁹ 3 ^o ²⁰ , 4 ^o ²¹ et 5 ^o ²² de l'article L. 341-1	150 000 euros par sinistre ou 150 000 euros par année
Personne morale	opérations mentionnées au 2 ^o ²³ de l'article L. 341-1	150 000 euros par sinistre ou 300 000 euros par année
	opérations mentionnées aux ¹ ^o ²⁴ , 3 ^o ²⁵ , 4 ^o ²⁶ et 5 ^o ²⁷ de l'article L. 341-1	300 000 euros par sinistre ou 600 000 euros par année

4. Les modalités de tenue du fichier des démarcheurs

L'article L. 341-7 du Code monétaire et financier précise que le fichier des démarcheurs, librement consultable par le public, est tenu conjointement par les trois autorités concernées (AMF, CECEI et CEA), selon des modalités qui seront fixées par décret, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Cette dernière ayant rendu un avis favorable²⁸, les modalités de tenue du fichier sont décrites dans le décret fichier.

a - La tenue conjointe du fichier par la Banque de France

Ce décret prévoit que *"le fichier des démarcheurs est tenu par la Banque de France, pour le compte des autorités mentionnées au 1^{er} alinéa"*²⁹, c'est-à-dire l'AMF, le CECEI et le CEA. Les modalités de gestion du fichier et les relations entre la Banque de France et les autorités concernées sont fixées dans le cadre d'une convention.

Cette convention prévoit notamment les modalités selon lesquelles les informations inscrites dans le fichier peuvent être communiquées directement à la Banque de France. Elle peut prévoir l'attribution du numéro d'enregistrement directement par la Banque de France³⁰. Cette convention fixe également les conditions financières auxquelles la Banque de France réalise les prestations de mise en place et de fonctionnement du fichier³¹.

En pratique, la Banque de France a signé une convention avec chacune des trois autorités.

b - Les établissements habilités à alimenter le fichier

Les informations³² relatives aux démarcheurs sont communiquées à la Banque de France par les établissements qui missionnent les démarcheurs concernés. Le décret fichier³³ précise que seules les personnes mentionnées aux 1^o et 3^o de l'article L. 341-3 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire les établissements financiers³⁴ et les CIF³⁵, peuvent déclarer à la Banque de France les informations relatives aux démarcheurs. Selon ce même décret³⁶, les déclarations faites par ces personnes concernent tant leurs propres salariés que les personnes morales que ces personnes ont mandatées, mais aussi les personnes physiques (salariés ou mandataires) relevant de ces personnes morales mandatées. Cette dernière disposition paraît aller au-delà de la loi³⁷ dans la mesure où cette dernière prévoit que chaque niveau de la cascade de mandats déclare les démarcheurs qui dépendent de lui. Ainsi le premier niveau (établissements habilités par nature en vertu de l'article L. 341-3 du Code monétaire et financier) déclare ses salariés et ses mandataires, personnes physiques ou morales. Le second niveau (celui des personnes morales mandatées) déclare les personnes physiques (salariés ou mandataires) qui dépendent de lui.

C'est la raison pour laquelle la Fédération bancaire française a estimé opportun de contester la légalité du décret fichier. Ce recours vient d'aboutir à un arrêt du Conseil d'État³⁸ annulant l'article 2 de ce décret ainsi que l'article D. 341-10 du Code monétaire et financier (qui est la reprise de l'article 2 du décret suite à la codification de

18. Opération de banque ou connexe.

19. Opération sur instruments financiers.

20. Service d'investissement ou connexe.

21. Opération sur biens divers.

22. Prestation de conseil en investissement.

23. Opération de banque ou connexe.

24. Opération sur instruments financiers.

25. Service d'investissement ou connexe.

26. Opération sur biens divers.

27. Prestation de conseil en investissement.

28. Sous réserve de la déclaration par la Banque de France le moment venu des éléments constitutifs et du fonctionnement effectif du fichier.

29. Art. 3 (art. D. 341-11, CMF), 1^{er} al.

30. Art. 3 (art. D. 341-11, CMF), 2^e al.

31. Art. 3 (art. D. 341-11, CMF), 3^e al.

32. À l'exception du numéro d'enregistrement du démarcheur qui est délivré par la Banque de France.

33. Art. 2 (art. D. 341-11, CMF), 1^{er} al.

34. Mentionnés au 1^o de l'article L. 341-3.

35. Mentionnés au 3^o de l'article L. 341-3.

36. Art. 2 (art. D. 341-11, CMF), 2^e al.

37. Art. L. 341-10 CMF, 1^{er} al.

38. Séance du 2 novembre 2005 - Lecture du 16 janvier 2006.

ce texte dans la partie réglementaire du Code). La Haute juridiction estime en effet "qu'il incombe aux personnes morales mandatées de communiquer elles-mêmes les informations requises pour la tenue du fichier des personnes habilitées prévu par l'article L. 341-7 du même Code [...] Dès lors, en mettant cette obligation à la charge des personnes morales habilitées à consentir un mandat à ces personnes morales, l'article 2 du décret du 28 septembre 2004 a méconnu les prescriptions de la loi".

c - La détermination de l'autorité au titre de laquelle la déclaration au fichier est faite

Le décret général³⁹ précise que La Poste, la Caisse des dépôts et consignations et les sociétés de capital-risque font enregistrer auprès du CECEI les personnes salariées, employées ou mandataires qui exercent pour leur compte une activité de démarchage. Les sociétés de capital-risque qui ont recours à des démarcheurs produisent une copie de la lettre d'option adressée au service des impôts conformément à l'article 171 AR de l'annexe II du Code général des impôts.

Par conséquent, le fichier des démarcheurs étant tenu par la Banque de France, pour le compte des trois autorités, la Banque de France reçoit :

– pour le compte de l'AMF, les déclarations relatives aux salariés et mandataires :

- des établissements de crédits et des entreprises d'investissement, lorsque ces derniers exercent à titre principal une activité de gestion pour compte de tiers,

- des CIF s'ils se livrent au démarchage bancaire et financier⁴⁰.

Les personnes soumises au contrôle de l'AMF doivent acquitter annuellement une contribution⁴¹, aucune contribution n'étant toutefois mise à la charge des démarcheurs eux-mêmes ;

– pour le compte du CECEI, les déclarations des établissements de crédits et des entreprises d'investissement, lorsqu'ils exercent à titre principal une activité autre que la gestion pour compte de tiers ;

Les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier⁴² et les sociétés de capital-risque ne relevant d'aucune de ces trois autorités, et l'article L. 341-6 ne se prononçant pas sur la ou les autorités auxquelles leurs déclarations doivent être transmises, le décret général⁴³ remédie à cette lacune en prévoyant que La Poste, la Caisse des dépôts et consignations ainsi que les sociétés de capital-risque font enregistrer leurs démarcheurs auprès du CECEI ;

– pour le compte du CEA, les déclarations des compagnies d'assurance.

Lorsque la personne morale mandatée ne fait pas partie des personnes habilitées par nature à se livrer au démarchage, elle fait enregistrer ses démarcheurs personnes physiques auprès de l'autorité dont relève la personne morale qui l'a mandatée.

Le décret fichier⁴⁴ précise également que les établissements ou entreprises agréées dans un autre État membre de la Communauté européenne et habilités à intervenir sur le territoire français adressent leurs déclarations à l'autorité ayant reçu de l'autorité du pays d'origine des établissements ou entreprises concernés la déclaration d'intervention en France. En d'autres termes, un PSI originaire d'un autre État membre de la CEE et habilité à intervenir en France en LPS effectue sa déclaration directement auprès de l'autorité française compétente.

Cela signifie en pratique que cet établissement, qui par hypothèse n'est pas implanté en France, doit être informé des obligations qui lui incombent, par l'autorité française compétente. Des modalités d'information spécifiques devraient donc logiquement être organisées par les autorités concernées.

Pour se résumer, les établissements habilités alimentent le fichier sous couvert des autorités suivantes (voir tableau ci-contre).

d - Les personnes enregistrées dans le fichier en qualité de démarcheurs

Doivent être déclarés dans le fichier les démarcheurs personnes physiques comme les démarcheurs personnes morales. Le décret ne prévoit pas que les établissements habilités par l'article L. 341-3 doivent se déclarer eux-mêmes au fichier comme démarcheurs. Cela se comprend dans la mesure où, à la différence des salariés et des mandataires, leur compétence à effectuer une activité de démarchage bancaire et financier ne résulte pas d'une déclaration au fichier mais est de droit en vertu de l'article L. 341-3.

Ne sont pas non plus soumis à l'enregistrement dans le fichier les salariés ou employés des établissements financiers qui ne se livrent à aucun démarchage impliquant un déplacement physique du démarcheur au domicile ou sur le lieu de travail des personnes démarchées, ou dans des lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments ou services financiers⁴⁵. Tel est notamment le cas, lorsqu'ils se livrent à des actes de démarchage, des salariés travaillant sur des plates-formes téléphoniques ou participant à l'envoi de mailings. Toutefois, les établissements financiers employeurs doivent à tout moment être en mesure de justifier, à la demande des personnes démarchées, de la qualité de salarié ou d'employé des personnes qui se livrent pour leur compte à un acte de démarchage.

A contrario, les salariés des CIF et les salariés des personnes morales mandatées doivent être déclarés dans le fichier, même lorsqu'ils ne font que du démarchage épistolaire (*mass-mailing*) ou téléphonique (*call centers*).

e - La consultation du fichier par le public

À l'exception des dates et lieux de naissance des démarcheurs, les informations contenues dans le fichier sont mises à la disposition du public. Cela signifie que le public peut y avoir accès en consultant le fichier. C'est

39. D. n° 2004-1019 (art. D. 341-4, CMF), art. 4.

40. Cette déclaration du CIF en tant que démarcheur s'ajoute alors à la déclaration en tant que CIF faite par l'association agréée auprès de laquelle le CIF s'est déclaré : sur ce dernier point, voir infra.

41. Voir le décret n° 2003-1290 du 26 déc. 2003, JO du 30 déc. 2003, p. 22417.

42. Le 1^{er} al. de cet article vise le Trésor Public, la Banque de France, les services financiers de La Poste, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations.

43. Art. 4 (art. D. 341-4, CMF), 1^{er} al.

44. D. n° 2004-1018, art. 2 (art. D. 341-10, CMF), 1^{er} al. in fine.

45. Art. L. 341-6, 2^e al.

Nature d'établissement financier	Autorité de référence
Établissements de crédit	CECEI
La Poste, CDC	CECEI
Sociétés de capital-risque	CECEI
Entreprises d'investissement : - autres que sociétés de gestion de portefeuille - sociétés de gestion de portefeuille	CECEI AMF
CIF	AMF
Entreprises d'assurance	CEA
Établissements agréés dans un autre État membre de la CE et intervenant en France en LE ou en LPS	Autorité qui a reçu le passeport

d'ailleurs ce que prévoit explicitement le décret lorsqu'il dispose⁴⁶ que *"ce fichier permet notamment aux personnes démarchées [...] de s'assurer de l'habilitation, en qualité de démarcheurs, des personnes qui les sollicitent"*. Encore faut-il s'entendre sur la façon dont ce fichier est consultable par le public.

La réponse à cette question, comme à de nombreuses autres, relève des fonctionnalités du fichier, déterminées par la Banque de France en tant que maître d'ouvrage commun aux trois autorités compétentes. C'est pourquoi le décret renvoie à une convention la fixation des modalités de gestion du fichier et les relations entre la Banque de France et les autorités concernées. Cette convention, signée par la Banque de France avec chacune des trois autorités, prévoit notamment les modalités selon lesquelles les informations contenues dans le fichier sont communiquées directement à la Banque de France. Elle prévoit également l'attribution du numéro d'enregistrement directement par la Banque de France. Cette convention fixe également les conditions financières auxquelles la Banque de France réalise les prestations de mise en place et de fonctionnement du fichier.

f - La déclaration du renouvellement du mandat ou de la cessation d'activité du démarcheur

Le 5^e alinéa de l'article L. 341-6 prévoit que lorsque les personnes enregistrées ne remplissent plus les conditions d'enregistrement, les personnes morales qui les ont fait enregistrer doivent en informer l'autorité concernée.

Le décret relatif au fichier des démarcheurs⁴⁷ précise que le renouvellement du mandat doit être déclaré au plus tard cinq jours avant la date d'expiration de ce mandat. Cela signifie que le contrat de mandat doit être renouvelé au plus tard cinq jours avant son terme. Le défaut de déclaration au fichier, dans les délais impartis, du renouvellement d'un mandat de démarcheur a pour effet la suppression automatique du fichier des informations relatives

au mandat concerné, à l'issue du délai validité de l'enregistrement dans le fichier⁴⁸. En outre, la suppression des informations relatives à l'ensemble des mandats dont est titulaire un même démarcheur entraîne la radiation automatique du démarcheur du fichier. En cas de cessation de l'activité de démarchage, pour quelque motif que ce soit, la personne qui a déclaré le démarcheur dans le fichier doit, dès cette cessation d'activité, demander au fichier de procéder à la radiation de ce démarcheur dans le fichier.

Les informations supprimées du fichier des démarcheurs, ou qui ont été modifiées en raison de changements affectant les conditions d'exercice de l'activité de démarchage, sont conservées pendant une durée de dix ans. Selon le rapporteur de la commission des finances du Sénat, cette durée de conservation *"correspond à la prescription décennale de droit commun pour les actions en responsabilité"*.

g - L'attribution d'un numéro personnel à chaque démarcheur enregistré dans le fichier

L'enregistrement d'un démarcheur dans le fichier emporte attribution à ce démarcheur d'un numéro personnel. Le quatrième alinéa de l'article L. 341-6 du Code monétaire et financier prévoit en effet que *"l'autorité saisie aux fins d'enregistrement [...] attribue à chaque démarcheur un numéro d'enregistrement [qui] doit obligatoirement être communiqué par le démarcheur à toute personne démarchée et doit figurer sur tous les documents émanant des démarcheurs"*.

Lorsque le démarcheur, personne physique ou personne morale, exerce son activité pour le compte de plusieurs employeurs ou mandants, le décret général⁴⁹ indique qu'un seul numéro d'enregistrement est attribué au démarcheur. Ce numéro unique est une bonne chose en ce qu'il constitue un élément de simplicité et un gage de lisibilité pour le consommateur.

46. D. n° 2004-1018, art. 1^{er} (art. D. 341-9, CMF), 2^e al.
47. D. n° 2004-1018, art. 5 (art. D. 341-13, CMF).

48. Deux ans.
49. D. n° 2004-1019, art. 5 (art. D. 341-5, CMF).

h - La protection du démarcheur en vertu de la loi informatique et liberté

Dans un souci de protection de la vie privée du démarcheur, ses date et lieu de naissance ne sont pas portés à la connaissance du public lors d'une interrogation du fichier.

En application du troisième alinéa de l'article 38 de la loi informatique et libertés, les démarcheurs inscrits dans le fichier ne bénéficient pas du droit de s'opposer à ce que les données les concernant fassent l'objet d'un traitement. Cela s'explique par le fait que ce droit est écarté lorsque le traitement résulte d'une obligation légale, ce qui est le cas en l'espèce⁵⁰.

En revanche, les droits d'accès et de rectification prévus respectivement aux articles 39 et 40 de cette loi s'exercent auprès de la Banque de France et des personnes ayant désigné ou mandaté les démarcheurs⁵¹.

5. Les mentions figurant sur la carte de démarchage

L'article L. 431-8 du Code monétaire et financier précise que le modèle de carte sera fixé par arrêté ministériel. Tel est l'objet de l'arrêté du 28 septembre 2004 "*relatif à la carte de démarchage prévue à l'article L. 341-8 du Code monétaire et financier*".

a. Les obligations prévues par l'arrêté ministériel

– La carte est revêtue de la signature de son titulaire et de celle d'un représentant qualifié de la personne morale pour le compte de laquelle le démarcheur agit⁵²

On peut se demander quel est l'intérêt de faire figurer la signature d'un représentant qualifié de la personne morale dans la mesure où la personne démarchée n'aura aucun moyen d'en vérifier l'exactitude. Il convient toutefois de relever qu'il s'agit de la signature d'un (et non du) représentant, ce qui permet d'éviter d'avoir à faire signer la carte par le représentant légal de la personne morale. En revanche, une griffe commerciale ne paraît pas pouvoir être utilisée à la place de la signature.

– La carte porte la photographie du démarcheur⁵³.

– La carte comporte en outre les informations suivantes⁵⁴ :

- la dénomination et l'adresse du siège social de la personne morale pour le compte de laquelle le démarcheur agit. Dans le cas où cette personne morale est elle-même mandatée, la dénomination et l'adresse du mandant doivent également figurer sur la carte de démarchage ;
- le nom, les prénoms et l'adresse professionnelle du démarcheur titulaire de la carte ;

- le numéro d'enregistrement du démarcheur. Ce numéro est attribué depuis la mise en place, au printemps 2005, du fichier des démarcheurs prévue par le décret "fichier" ;

- la nature des opérations et services tels que définis à l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier⁵⁵, pour lesquelles le démarcheur a été désigné ou mandaté.

La rédaction souple de cet alinéa semble permettre de prévoir sur la carte une mention qui se limite à énoncer la ou les catégories d'opérations que le démarcheur est habilité à proposer, parmi les cinq visées à l'article L. 341-1 : opérations sur instruments financiers, opérations de banque ou connexe, services d'investissement ou connexe, opérations sur biens divers, prestations de conseils en investissement.

En outre, lorsque la carte est délivrée par une personne morale multimandatée, la bonne information de la personne démarchée devrait consister à préciser les catégories d'opérations, non pas globalement pour l'ensemble des mandants, mais en les détaillant mandant par mandant.

– La date de fin de validité de la carte

Pour un démarcheur mandataire⁵⁶, cette date pourra être légèrement différente de la date d'expiration de la déclaration de démarchage dans le fichier, dans la mesure où la carte sera en pratique établie au mieux le lendemain de la déclaration du démarcheur dans le fichier⁵⁷.

On aurait, par ailleurs, pu imaginer que la carte de démarchage délivrée à un salarié d'un établissement habilité, comme la carte de négociateur ou comme la carte d'analyste financier, reste valable (et ne nécessite donc pas d'être renouvelée) tant que le salarié qui en est titulaire exerce l'activité de démarcheur. L'employeur délivre en effet la carte sous sa responsabilité et doit gérer les retraits en fonction des dates de cessation de fonctions de leurs titulaires.

– Toutes autres mentions sont prohibées⁵⁸

Toutefois, dans le souci de rendre cette carte plus facilement accessible et compréhensible par le grand public, le bon sens paraît autoriser l'ajout sur cette carte de deux informations complémentaires : un intitulé (par exemple : "carte de démarchage" ou "carte de démarcheur") ainsi que le logo de l'employeur du démarcheur salarié ;

– La validité de la carte de démarchage est limitée⁵⁹
Cette limite est fixée à :

- deux ans, lorsque le démarcheur est un mandataire ;
- trois ans, lorsque le démarcheur est salarié ou employé par une personne morale entrant dans l'une des catégories mentionnées au 1° de l'article L. 341-3 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire par un établissement financier habilité par nature à se livrer au démarchage bancaire et financier.

50. D. n° 2004-1018, art. 6 (art. D. 341-14, CMF).

51. D. n° 2004-1018, art. 7 (art. D. 341-15, CMF).

52. Arr. 28 sept., art. 1^{er}, 1^{er} al.

53. Arr. 28 sept., art. 1^{er}, 2^e al.

54. Arr. 28 sept., art. 2, 1^{er} al.

55. Opération sur instruments financiers, opération de banque ou connexe, service d'investissement ou connexe, opération sur biens divers,

prestation de conseil en investissement.

56. Ou pour un démarcheur salarié, lorsque cette zone a été renseignée dans le fichier, ce qui n'est pas obligatoire pour un salarié.

57. Les déclarations dans le fichier sont traitées dans la nuit et le numéro d'enregistrement est restitué le lendemain.

58. Arr. 28 sept., art. 2, 2^e al.

59. Arr. 28 sept., art. 3, 1^{er} al.

La durée de validité de la carte, limitée à deux ans lorsque le démarcheur est mandataire, résulte de la limitation à deux ans de la durée du mandat de démarchage par la loi. En revanche, la durée de validité de trois ans pour les salariés d'établissements financiers ne résulte d'aucune disposition légale, mais de la volonté du gouvernement de faire coïncider la durée de validité de la carte avec la durée moyenne d'exercice de la fonction de démarcheur. C'est probablement la raison pour laquelle le fichier des démarcheurs ne rend pas obligatoire la saisie de cette zone pour les salariés. Si cette zone n'est pas renseignée dans le fichier, l'employeur du démarcheur n'a pas à actualiser sa déclaration à ce titre ; la carte doit toutefois être renouvelée à l'expiration de sa durée de validité de trois ans.

– La carte est renouvelable⁶⁰

b - Les limites de l'arrêté ministériel

Au vu du nombre élevé d'informations devant figurer sur la carte de démarchage, on peut se demander si certaines d'entre elles n'auraient pas pu être omises dans la mesure où elles sont pour la plupart déjà accessibles aux personnes démarchées : d'une part, dans le fichier des démarcheurs tenu par la Banque de France ; d'autre part, sur les documents remis par le démarcheur.

D'aucuns pourraient par ailleurs s'étonner de ce que l'arrêté ne contient aucune disposition concernant le format des cartes de démarchage. Les employeurs ou mandants des démarcheurs personnes physiques ont donc toute latitude pour établir leurs cartes selon leur meilleure convenance (nature du support, format, couleur, taille des caractères...).

En outre, l'arrêté ne prévoit aucune disposition relative à la perte ou au vol de la carte. La seule certitude porte sur le fait que le fichier des démarcheurs ne gère que des démarcheurs et des numéros de démarcheurs, pas des cartes. Aucune fonctionnalité du fichier ne permet par conséquent de mettre une carte en opposition. Que faire alors en cas de perte de la carte par son titulaire, ou en cas de vol de cette carte ? Il conviendra bien sûr, pour que le démarcheur puisse continuer à exercer son activité, que l'établissement pour le compte duquel le démarchage est effectué (employeur ou mandant) délivre une nouvelle carte à son démarcheur. Mais cela ne règle pas la question de la carte perdue ou volée, qui va continuer à exister et éventuellement à pouvoir être utilisée par un escroc. C'est la raison pour laquelle un auteur⁶¹ envisage la nécessité pour l'établissement qui a délivré la carte perdue ou volée de radier le démarcheur concerné dans le fichier Banque de France, afin que soit annulé dans le fichier le numéro d'enregistrement figurant sur la carte perdue ou volée, puis, une fois cela fait, que ce démarcheur fasse l'objet d'une nouvelle déclaration dans le fichier afin qu'un nouveau numéro d'enregistrement lui soit attribué par la Banque de France. Mais cela ne peut fonctionner que lorsque le démarcheur est déclaré par un seul établisse-

ment. S'il est déclaré par plusieurs (hypothèse du démarchage multicarte), les établissements autres que celui qui demande la délivrance d'un nouveau numéro ignoreront la perte de la carte et la demande d'attribution d'un nouveau numéro concernant ce démarcheur commun. Ces établissements ne seront donc pas en mesure de réclamer à ce démarcheur les cartes établies sous le numéro annulé, ni d'établir de nouvelles cartes sous le nouveau numéro. La seule solution pour que le dispositif proposé fonctionne serait que la Banque de France assure la coordination entre l'établissement qui demande la nouvelle immatriculation du démarcheur et les autres établissements qui ont délivré des cartes au même démarcheur, en portant à la connaissance de ces derniers l'annulation du numéro initialement attribué et la délivrance d'un nouveau numéro d'enregistrement, ainsi que la nécessité de détruire les cartes établies sous l'ancien numéro et d'en établir de nouvelles portant le nouveau numéro.

Une dernière limite de l'arrêté ministériel tient à la possible illégalité d'une précision qui ajoute à la loi. Comme deux auteurs⁶² l'ont en effet relevé, l'arrêté restreint la faculté de délivrer des cartes de démarchage aux seules personnes morales pour le compte desquelles les démarcheurs agissent⁶³. Cette restriction est susceptible de poser problème en pratique aux mandataires personnes physiques exerçant leur activité en entreprise individuelle et employant des salariés. Alors que l'article L. 341-8 du Code monétaire et financier prévoit que "*la carte de démarchage est délivrée par la personne pour le compte de laquelle [le démarcheur] agit*", l'article 3 de l'arrêté ne permet la délivrance de la carte que par les seules personnes morales. Qui plus est les fonctionnalités du fichier des démarcheurs ne permettent l'enregistrement des démarcheurs⁶⁴ (enregistrement qui est un préalable à la délivrance de la carte) que par les seuls établissements identifiés comme relevant d'une des trois autorités compétentes, ce qui n'est pas le cas d'une personne physique mandatée. La restriction apportée par l'arrêté à la nature de la personne pouvant délivrer la carte est donc potentiellement illégale. Toutefois, aucun recours pour excès de pouvoir n'ayant été exercé contre cette disposition de l'arrêté dans les deux mois de sa publication au Journal officiel, le seul recours aujourd'hui possible reste l'exception d'illégalité qui pourrait être soulevée par un justiciable, notamment dans le cadre d'un procès qui lui serait intenté devant une juridiction judiciaire.

6. Les mentions figurant sur le formulaire de rétractation

Afin de faciliter l'exercice du droit de rétractation par la personne démarchée, le contrat doit comporter un formulaire, dont les mentions ainsi que les conditions d'utilisation seront fixées par décret. Le décret général⁶⁵ précise que ce formulaire est réalisé selon le modèle ci-après, qui lui est annexé :

60. Arr. 28 sept., art. 3, 2° al.

61. "Le dispositif réglementaire relatif au démarchage bancaire et financier", P. Bouteiller, Lamy Droit du financement, Bulletin d'actualité n° 157, novembre 2004, spéc. p. 3.

62. "Ineptie réglementaire et démarchage financier", A. Gauvain et G.

Noël, Recueil Dalloz, 2005, n° 37, p. 2586.

63. Arr. 28 septembre, art. 3.

64. Voir supra, section 3.

65. D. n° 2004-1019, art. 9 (art. D. 341-8, CMF).

FORMULAIRE RELATIF AU DÉLAI DE RÉTRACTATION PRÉVU
PAR L'ARTICLE L. 341-16 DU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Formulaire à renvoyer au plus tard 14 jours à compter de la conclusion du contrat par lettre recommandée avec avis de réception (1) à (identité de l'organisme avec lequel le contrat a été conclu).

Adresse

Désignation du contrat (2)

Cette rétractation n'est valable que si elle est adressée avant l'expiration du délai de 14 jours prévu à l'article L. 341-16 du Code monétaire et financier, lisiblement et parfaitement remplie.

Je, soussigné,

Déclare renoncer au contrat de

(description du produit ou service proposé par voie de démarchage et pour lequel le client a signé le contrat)

que j'avais conclu le avec

(nom de l'organisme ayant commercialisé le produit ou service).

Date :

*Signature du client
et du cocontractant
(si nécessaire)*

(1) Mention facultative.

(2) Opération devant entrer dans l'une des catégories mentionnées à l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier, sous réserve des interdictions prévues à l'article L. 341-10 et des exceptions prévues au III de l'article L. 341-16.

Un amendement déposé au nom de la commission des finances du Sénat, en deuxième lecture du projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition⁶⁶, a remplacé le paragraphe I de l'article L. 341-16 par une nouvelle rédaction. Or, cette nouvelle rédaction du I n'a pas conservé le deuxième alinéa de ce paragraphe qui était relatif au formulaire de rétractation. Si la rédaction de cette disposition reste en l'état en deuxième lecture à l'Assemblée nationale, l'existence de ce formulaire n'aura plus de fondement légal.

66. Voir note n° 71.

67. Directive n° 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 "concernant la commercialisation à distance de service financiers auprès des consommateurs" : elle a pour objet de fixer les règles applicables aux contrats conclus à distance entre un professionnel et un consommateur et portant sur un service financier. Elle est le complément, appliqué aux services financiers, de la directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997 "concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance", qui a été transposée par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 et qui fait l'objet de la section 2 du chapitre I^{er} du titre II du livre I^{er} du Code de la consommation.

68. Ord. n° 2005-648 du 6 juin 2005 "relative à la commercialisation à

II. Les principales modifications apportées au régime du démarchage bancaire et financier depuis la loi de sécurité financière

Ces modifications résultent principalement de la transposition en France de la directive sur la vente à distance de services financiers⁶⁷ par l'ordonnance relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁶⁸ et par le décret d'application⁶⁹ de cette ordonnance. D'autres modifications éparses proviennent de différents autres textes tels que la loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement⁷⁰, l'ordonnance n° 2005-429 du 6 mai 2005 codifiant la partie législative du Code monétaire et

distance de services financiers auprès des consommateurs", JO du 7/6/05.

69. Décret n° 2005-1450 du 25 novembre 2005 "relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs", JO 26 nov. 2005.

70. Loi n° 2004-804 du 9 août 2004, JO du 11 août 2004.

71. Ce projet de loi n° 508 transpose la directive européenne 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative aux offres publiques d'acquisition. Il a fait l'objet d'une première lecture au Sénat le 20 octobre 2005 et d'une première lecture à l'Assemblée nationale le 15 décembre 2005. Le projet de loi devrait être définitivement voté au cours de la session de printemps dans la mesure où la directive doit être transposée avant le 20 mai 2006.

financier, ou encore le projet de loi sur les offres publiques d'acquisition⁷¹.

Les modifications résultant de ces textes sont présentées dans l'ordre des articles du Code monétaire et financier relatifs au démarchage bancaire et financier.

1. L'intitulé du titre IV du livre III du Code monétaire et financier

Depuis la LSF, l'intitulé du titre IV du livre III a été modifié par l'ordonnance⁷². Désormais, le nouvel intitulé du titre IV est "Démarchage, colportage et fourniture à distance de services financiers" pour prendre en compte l'insertion dans ce titre IV du chapitre III relatif à la "fourniture à distance de services financiers à un consommateur".

2. Le champ d'application territorial du démarchage bancaire et financier

Le champ d'application territorial du régime du démarchage bancaire et financier a été précisé. Ainsi, les nouvelles dispositions relatives au démarchage sont applicables en métropole, dans les départements d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon⁷³, ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, à Wallis et Futuna et dans la collectivité départementale de Mayotte⁷⁴. En outre, l'arrêté du 28 septembre 2004 relatif à la carte de démarchage prévue à l'article L. 341-8 du Code monétaire et financier a été étendu à Mayotte, à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et aux îles Wallis et Futuna⁷⁵.

3. L'exclusion de certains contrats de financement du régime du démarchage bancaire et financier

L'article L. 341-2, 7° du Code monétaire et financier dispose que les règles du démarchage bancaire et financier ne s'appliquent pas aux "démarches effectuées, pour le compte d'un établissement de crédit, en vue de proposer un contrat de financement [...] de ventes à tempérament aux personnes, physiques ou morales, autres que celles visées au 1°, à la condition que le nom de l'établissement prêteur et le coût du crédit soient mentionnés, sous peine de nullité".

Au printemps 2004, lors de débats relatifs au projet de loi pour le soutien à la consommation et à l'investissement, un amendement a été présenté afin de compléter le 7° de cet article. La modification proposée prévoyait d'ajouter le membre de phrase "ou de location" après les mots "vente à tempérament". Repoussé par la commission des finances de l'Assemblée nationale lors de sa séance du 24 juin 2004, cet amendement a été à nouveau présenté en séance le même jour. À cette occasion, le rapporteur de la commission des finances a indiqué que la commission

avait repoussé cet amendement pour des raisons strictement formelles, estimant qu'il n'entre pas dans le champ du texte. Le rapporteur a toutefois ajouté que l'amendement ne pose aucun problème de fond puisqu'il vise à réparer un oubli concernant le démarchage bancaire. Le représentant du gouvernement s'étant ensuite déclaré favorable à cet amendement, il a été adopté. Le rapporteur de la commission des finances du Sénat a ensuite confirmé dans son rapport que, si l'article de loi résultant de cet amendement précise un dispositif qui, dans l'esprit du législateur, excluait déjà ce type d'opérations, cette précision demeurerait néanmoins nécessaire pour lever toute ambiguïté et prévenir une lecture trop stricte de la loi en cas de litige. Aucun autre amendement n'ayant, dans la suite des débats parlementaires relatifs à ce projet de loi, remis en cause cette nouvelle disposition, elle est devenue le texte définitif de cette loi (art. 4). Par la modification du 7° de l'article L. 341-2 qui en a donc résulté, la location simple de longue durée s'est trouvée ajoutée à la liste des activités auxquelles ne s'appliquent pas les dispositions relatives au démarchage bancaire et financier.

Sur le fond, l'exclusion de la location simple du périmètre du régime du démarchage bancaire et financier se justifie, selon le rapporteur de la commission des finances du Sénat⁷⁶, par le fait que "la location simple s'applique aux biens professionnels et constitue un moyen fréquent de financement des entreprises, particulièrement des PME, qui peut être proposé concomitamment aux contrats de financement par crédit-bail. Elle constitue une opération connexe aux opérations de banque, visée au 6° de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, lorsqu'elle est proposée par des établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail. La location simple est assimilable à un financement affecté, et il n'y a donc pas lieu de la soumettre à un régime différent de celui des opérations de crédit-bail que sont les locations-ventes ou locations avec option d'achat, considérées comme des opérations de banque⁷⁷ et déjà exclues du régime du démarchage".

4. L'absence de condamnation pénale du démarcheur

L'ordonnance de codification de la partie législative du Code monétaire et financier⁷⁸ a remplacé l'article L. 341-9 de ce Code, tel qu'il était issu de la loi de sécurité financière : désormais, dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 341-9 prévoit simplement que "les personnes exerçant l'activité de démarchage bancaire et financier sont soumises aux incapacités énoncées à l'article L. 500-1". Ainsi, depuis cette modification, la liste des condamnations qui étaient visées par cet article L. 341-9 est renvoyée à l'article L. 500-1 du même Code. Ce nouvel article L. 500-1 est quant à lui inséré dans le Code monétaire et financier par l'article 1^{er} de l'ordonnance 2005-429. À quelques différences près, les dispositions de cet article

72. Ordonnance n° 2005-648, art. 5, 1°.

73. Depuis la LSF.

74. Pour ces quatre dernières collectivités, il s'agit d'une extension par l'ordonnance du 19 août 2004, art. 10, I.

75. Par arrêté du 3 août 2005, JO du 18/08/2005, p. 13275.

76. "La loi de sécurité financière : un an après", Ph. Marini, Les rapports du Sénat, n° 431, 2003-2004.

77. Aux termes de l'article L. 311-2 du Code de la consommation : "Pour l'application du présent chapitre, la location-vente et la location avec option d'achat, ainsi que les ventes ou prestations de services dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné, sont assimilées à des opérations de crédit".

78. Ordonnance n° 2005-429 du 6 mai 2005, JO du 7 mai 2005, art. 7, I.

L. 500-1 sont globalement identiques à celles qui étaient prévues par l'ancien article L. 341-9. Ainsi :

– Selon le I de l'article L. 500-1, nul ne peut, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, exercer la profession de démarcheur bancaire et financier s'il a fait l'objet depuis moins de dix ans d'une condamnation définitive mentionnée au II.

– Le II de l'article 500-1 liste les condamnations pénales (qui ne sont pas uniquement de nature financière)⁷⁹.

– Le III du même article prévoit que l'incapacité prévue au I s'applique également à toute personne ayant fait l'objet d'une faillite personnelle ou une autre mesure définitive d'interdiction dans les conditions prévues par le livre VI du Code de commerce⁸⁰.

– Le IV du même article prévoit que la juridiction prononçant la décision qui entraîne cette incapacité peut en réduire la durée. Cette disposition est nouvelle par rapport à la rédaction antérieure de l'article L. 341-9 du Code monétaire et financier.

– Le V du même article dispose que le démarcheur frappé par une condamnation à l'une des peines prévues aux II et III doit cesser son activité dans le délai d'un mois à compter de la date à compter de laquelle la décision de justice est devenue définitive. L'ordonnance ajoute à la rédaction antérieure que ce délai peut être réduit ou supprimé par la juridiction qui a rendu sa décision.

– Le VI envisage les cas de condamnation par une juridiction étrangère : ainsi, lorsqu'une telle condamnation est passée en force de chose jugée pour une infraction constituante, selon la loi française, un des crimes ou délits mentionnés au II, le tribunal correctionnel du domicile du condamné prononce l'interdiction d'exercice de l'activité de démarchage.

– Le VII enfin ajoute une nouvelle disposition, à savoir que le fait pour un démarcheur de ne pas être frappé d'une incapacité prévue au présent article ne préjuge pas de l'appréciation, par l'autorité compétente, du respect des conditions nécessaires à l'agrément ou à l'autorisation d'exercice.

5. Les obligations déontologiques préalables à l'acte de démarchage : la connaissance du prospect

Le premier alinéa de l'article L. 341-11 du Code monétaire et financier dispose que : *"avant de formuler une offre de produits, instruments financiers ou services, les démarcheurs s'enquêtent de la situation financière de la personne démarchée, de son expérience et de ses objectifs en matière de placement ou de financement"*.

79. Ces incriminations visent notamment le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, les délits punis des peines prévues pour l'escroquerie ou l'abus de confiance, le recel, le blanchiment, la corruption active et passive, le trafic d'influence, la soustraction et le détournement de biens, la falsification de titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique et la falsification des marques de l'autorité, la participation à une association de malfaiteurs, le trafic de stupéfiants, le proxénétisme et les infractions assimilées, les infractions relatives aux conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, les infractions relatives à la législation sur les sociétés commerciales, la banqueroute, la pratique de prêts usuraires, les infractions relatives à la législation et à la réglementation de relations financières avec l'étranger, la fraude fiscale, les infractions relatives aux chèques et cartes de paie-

La rédaction de la première phrase du premier alinéa de cet article a été modifiée par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 *"relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs"*⁸¹. Les mots *"avant de formuler une offre de produits, d'instruments financiers ou services"* sont désormais remplacés par *"avant de formuler une offre portant sur des instruments financiers, un service d'investissement ou un service connexe"*.

Cette nouvelle rédaction plus précise que la précédente, à travers une énumération limitative des trois catégories d'opérations visées, réduit, par rapport à la rédaction antérieure de la phrase, la portée de l'obligation de conseil qui y est prévue.

6. Les obligations déontologiques relatives à l'acte de démarchage : l'information précontractuelle de la personne démarchée

L'articulation entre démarchage et vente à distance de services financiers nécessitait d'être clarifiée. En effet, le démarchage peut être soit physique (au domicile, sur le lieu de travail...), soit intervenir à distance (courrier, téléphone, Internet...) : lorsque l'acte de démarchage a lieu à distance, il constitue pour le vendeur un moyen parmi d'autres de commercialiser ses produits ou services. Le démarchage s'insère alors pour le vendeur dans une action plus large de commercialisation à distance de ses produits ou services. La question est alors de savoir comment s'articulent entre elles les dispositions relatives au démarchage bancaire et financier, d'une part, et, d'autre part, celles relatives à la vente à distance.

Pour tenter de répondre, trois situations doivent être distinguées :

– soit le démarchage est physique : il n'y a dans ce cas par d'interférence entre démarchage et vente à distance. Les règles du démarchage trouvent à s'appliquer, à l'exclusion des règles de la vente à distance ;

– soit la vente à distance n'est pas précédée d'un acte de démarchage (par exemple, le client se connecte volontairement sur un site transactionnel et souscrit un produit) : les règles de la vente à distance s'appliquent, à l'exclusion de celles du démarchage ;

– soit la vente à distance est précédée d'un acte de démarchage : les règles du démarchage et celles de la vente à distance pourraient trouver à s'appliquer de façon cumulative. Dans ce cas de figure, des dispositions de coordination des deux régimes sont prévues, plus particulièrement en matière d'information précontractuelle de la personne démarchée.

ment, l'abus de faiblesse, la falsification, la tromperie et les délits connexes, le délit d'initié, l'entrave au bon fonctionnement régulier d'un marché financier, les infractions relatives aux placements collectifs, à l'appel public à l'épargne, aux marchés réglementés, aux négociations sur instruments financiers, aux entreprises de marché et chambre de compensation, au secteur bancaire, aux prestataires de services d'investissement, au change manuel et au blanchiment de capitaux, la destitution des fonctions d'officier public ou ministériel.

80. Le titre VI du Code de commerce est relatif aux "institutions en matières bancaire et financière". Il traite notamment, à son titre I, du CECEI et de la Commission bancaire, à son titre II, de l'AMF et, à son titre IV, des dispositions pénales.

81. Ordonnance n° 2005-648, art. 5, 3°.

L'ordonnance n° 2005-648 et son décret d'application sont venus clarifier l'articulation entre vente distance et démarchage, et compléter les informations que le démarcheur est tenu de communiquer à la personne démarchée.

Par ailleurs, lors des débats parlementaires portant sur le projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition (OPA)⁸², le Sénat a adopté en première lecture, à l'initiative de sa commission des finances, un amendement devenu, une fois voté, l'article 24 (nouveau) de la "petite loi". L'Assemblée nationale a ensuite adopté en première lecture un amendement, présenté comme rédactionnel, proposé par sa commission des finances pour clarifier la rédaction du nouvel article 24 du projet de loi. Au terme de la première lecture, la rédaction de cet article se limitait, pour l'essentiel et sous réserve de quelques modifications prévues à ses paragraphes III à VII, à ratifier⁸³ l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. Mais à l'instant de la mise sous presse du présent article, un nouvel amendement⁸⁴ à l'article 24 du projet de loi OPA, visant à améliorer l'articulation entre les régimes du démarchage et de la vente à distance, a été déposé en deuxième lecture au nom de la commission des finances du Sénat. Ce nouvel amendement se propose de modifier plusieurs articles du Code monétaire et financier relatifs au démarchage bancaire ou financier, afin d'aligner certaines de ses modalités sur le régime de la vente à distance de services financiers⁸⁵.

Selon le rapporteur de la commission des finances du Sénat, ce renforcement de la mise en cohérence des deux régimes est apparu nécessaire au législateur pour éviter de créer des distorsions de concurrence au détriment des établissements financiers français. La présence de deux régimes distincts, celui du démarchage étant plus strict par certains aspects, pouvait en effet être considérée comme fictive, dès lors que la commercialisation à distance de services financiers offre une accessibilité immédiate, ne connaît pas les frontières territoriales du droit et est soumise à un développement rapide, notamment par le biais de l'Internet et de la banque multicanal.

Cet amendement ayant reçu l'appui du gouvernement a été voté conforme par le Sénat et ne sera probablement pas remis en cause lors de la deuxième lecture à l'Assemblée nationale. La nouvelle rédaction de l'article 24 du projet de loi qui en a résulté devrait par conséquent être conservée dans la version définitive de la loi OPA.

a - L'intervention d'une ordonnance et d'un décret d'application

L'article L. 341-12 du Code monétaire et financier, relatif à l'information précontractuelle de la personne démarchée, prévoit que le démarcheur doit communiquer un certain nombre d'informations à la personne démarchée. Cet article a été complété par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005.

Dans sa rédaction issue de la LSF, la première phrase de l'article L. 341-12 précisait que cette communication devait se faire par écrit ; mais en ne précisant pas, donc en ne restreignant pas, la nature du support de cet écrit, tout support pouvait être utilisé : lettre, document d'information, carte professionnelle, message électronique... Il convenait toutefois de noter que la communication d'informations au client devait se faire par écrit quelle que soit la forme du démarchage, qu'il soit physique, épistolaire ou même téléphonique. La question se posait alors de savoir comment en pratique transmettre par écrit, et au moment même de l'acte de démarchage, des informations à une personne qui n'est démarchée que par téléphone.

Cette question semble ne plus se poser depuis que l'article L. 341-12 a été modifié par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005. En effet, dans sa nouvelle rédaction, cet article ne prévoit plus que l'information doive se faire par écrit mais "*en temps utile, avant que [la personne démarchée] ne soit liée par un contrat*"⁸⁶. Cette nouvelle rédaction a pour objet d'aligner les dispositions concernant l'information précontractuelle dans le cadre du démarchage sur celles concernant cette même information dans le cadre de la vente à distance de services financiers (article L. 121-20-10 du Code de la consommation). Cet alignement était en effet nécessaire puisque le dispositif du Code monétaire et financier est applicable lorsque la commercialisation à distance est précédée d'un démarchage. Les différences qui subsistent entre l'article L. 121-20-10 et l'article L. 341-12 proviennent de ce que ce deuxième article comporte des dispositions relatives à l'identité du démarcheur.

Enfin, l'amendement déposé au nom de la commission des finances du Sénat, en deuxième lecture du projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition, est venu simplifier la rédaction de l'article L. 343-2 créé par l'ordonnance du 6 juin 2005. Cette simplification de la rédaction de cet article se justifie par l'alignement opéré par ailleurs entre l'article L. 341-16 et l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation. Dans sa nouvelle rédaction issue de cet amendement, l'article L. 343-2 prévoit désormais que "*lorsque la fourniture à distance de services financiers à un consommateur est précédée d'un démarchage [bancaire ou financier], l'article L. 341-12 s'applique à la place de l'article L. 121-20-10 du Code de la consommation et les références qui sont faites à ce dernier article sont remplacées par des références faites à l'article L. 341-12*".

Les informations précontractuelles spécifiques au démarchage devant être transmises au prospect portent sur différents aspects, mais la liste législative n'est plus limitative et, comme indiqué ci-dessus, l'ordonnance donne sur ce point compétence au pouvoir réglementaire. L'ordonnance donne également compétence au pouvoir réglementaire pour les modalités particulières applicables en cas de communication par téléphonie vocale.

Un décret d'application a donc été pris par le ministre, notamment sur ces deux aspects⁸⁷. Il est entré en

82. Ce projet de loi n° 508 transpose la directive européenne 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative aux offres publiques d'acquisition. Il a fait l'objet d'une première lecture au Sénat le 20 octobre 2005, d'une première lecture à l'Assemblée nationale le 15 décembre 2005, et d'une deuxième lecture au Sénat le 21 février 2006. A ce jour la date de la deuxième lecture à l'Assemblée nationale n'est pas fixée ; toutefois, le projet de loi devrait être définitivement voté au cours de la session de printemps dans la mesure où la directive

doit être transposée avant le 20 mai 2006.

83. Art. 24, § 1 du projet de loi OPA.

84. Ce nouvel amendement insère les paragraphes VII bis à VII quater à l'article 24 du projet de loi.

85. Pour mémoire, ce dernier régime a été introduit dans le Code de la consommation par l'ordonnance n° 2005-648, et dupliqué dans le Code monétaire et financier.

86. Art. L. 341-12, 1^{er} al.

vigueur le 1^{er} décembre 2005⁸⁸, concomitamment à l'ordonnance 2005-648 qui a modifié l'article L. 341-12 du CMF.

Par son article 5⁸⁹, ce décret aligne l'intitulé du titre IV du livre III de la partie réglementaire du Code monétaire et financier sur l'intitulé du même titre dans la partie législative, en remplaçant cet intitulé par "Titre IV - Démarchage, colportage et fourniture à distance de services financiers". Ce même article du décret⁹⁰ complète la partie réglementaire du CMF d'un article R. 341-16 précisant la liste des informations que le démarcheur doit communiquer à la personne démarchée, en application de l'article L. 341-12 du même Code.

b - Le contenu de l'information

En vertu de l'ordonnance et de son décret d'application, les informations que le démarcheur doit communiquer à la personne démarchée sont les suivantes :

1° les coordonnées professionnelles du démarcheur⁹¹

Le démarcheur doit communiquer à la personne démarchée les informations relatives à *"l'identité, l'activité principale, l'adresse géographique à laquelle le fournisseur de services financiers est établi, ainsi que toute autre adresse nécessaire au suivi des relations entre la personne démarchée et le fournisseur. Le démarcheur communique également à la personne démarchée son identité ainsi que celle de ses adresses devant être prise en compte pour ses relations avec lui"*.

"Lorsque le fournisseur est inscrit au registre du commerce et des sociétés [le démarcheur] communique à la personne démarchée le numéro d'immatriculation [du fournisseur]. De plus, les personnes soumises à agrément communiquent à la personne démarchée, selon les cas, les coordonnées des autorités chargées de leur contrôle" : Comité établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Autorité des marchés financiers, Comité des entreprises d'assurance.

2° le service financier⁹²

Dans sa rédaction issue de la LSF, l'article L. 341-12 précisait que le démarcheur devait communiquer à la personne démarchée *"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"*.

Depuis l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005, cet alinéa prévoit que les conditions de l'offre financière portent *"notamment [sur] le prix total effectivement dû par la personne démarchée ou, lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué, [sur] la base de calcul du prix, permettant à la personne démarchée de vérifier ce dernier"*.

Le décret d'application prévoit que *"le démarcheur informe la personne démarchée du prix total dû, y compris l'ensemble des commissions, charges et dépenses y afférentes et toutes les taxes acquittées par lui. Le démarcheur informe*

également la personne démarchée de l'existence de toute autre taxe ou frais qui ne sont pas acquittés ou facturés par lui".

"Le démarcheur informe la personne démarchée de toute limitation de la durée pendant laquelle les informations fournies sont valables, des modes de paiement et d'exécution et enfin, s'il y a lieu, de l'existence de tout coût supplémentaire spécifique pour la personne démarchée afférente à l'utilisation de la technique de communication à distance."

3° le contrat à distance

Les informations relatives au contrat à distance portent sur la loi qui lui est applicable, l'existence ou l'absence du droit de rétractation, la possibilité de résilier le contrat par anticipation, et la langue utilisée.

– la loi applicable

L'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 a ajouté à la liste provenant de la LSF l'information de la personne démarchée quant à la loi applicable aux relations précontractuelles ainsi qu'au contrat, et quant à l'existence de toute clause concernant le choix d'une juridiction.

La même ordonnance donne enfin quelques précisions complémentaires :

– les informations communiquées par le fournisseur à la personne démarchée sur les obligations contractuelles sont conformes à la loi applicable au contrat en cas de conclusion de celui-ci ;

– ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée.

– le droit de rétractation

En vertu de la LSF, le démarcheur devait communiquer à la personne démarchée *"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"*.

Depuis l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005, cet alinéa vise le *"droit de rétractation prévu, selon les cas, à l'article L. 121-20-15 du Code de la consommation ou à l'article L. 341-6 du Code monétaire et financier"*. L'article L. 341-16 du CMF traite du délai de rétractation en matière de démarchage bancaire et financier. En revanche, le visa de l'article L. 121-20-15 du Code de la consommation est erroné⁹³ : c'est l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation qui traite du droit de rétractation dans le domaine de la vente à distance.

Désormais, deux délais de rétractation peuvent donc trouver à s'appliquer, selon les cas : le délai de rétractation du démarchage, ou le délai de rétractation prévu en matière de vente à distance de services financiers. La situation est simple lorsqu'il n'y a que démarchage – sans vente à distance consécutive – (c'est le délai de rétractation du démarchage qui trouve à s'appliquer), ou lorsqu'il n'y a que vente à distance – sans qu'elle ait été précédée d'un acte de

87. Décret n° 2005-1450 du 25 novembre 2005 "relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs", JO 26 nov. 2005.

88. D. n° 2005-1450, art. 6, in fine.

89. D. n° 2005-1450, art. 5, 1°.

90. D. n° 2005-1450, art. 5, 2°.

91. Art. R. 341-16 CMF, 1°.

92. Art. R. 341-16 CMF, 2°.

93. Il s'agit du numéro de l'article dans le projet d'ordonnance.

démarchage – (c'est alors le délai de rétractation de la vente à distance qui doit être retenu). Mais que se passe-t-il lorsque l'acte de démarchage aboutit à une vente à distance : lequel des deux délais doit-il prévaloir sur l'autre ? Cette question n'est pas indifférente dans la mesure où, à la différence du délai de rétractation du démarchage, le délai de rétractation de la vente à distance ne s'applique notamment pas "aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation"⁹⁴. Le nouvel article L. 343-2 du Code monétaire et financier, provenant de l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005, prévoit que lorsque la fourniture à distance de services financiers à un consommateur est précédée d'un acte de démarchage bancaire ou financier, les règles du démarchage s'appliquent en sus des règles de la vente à distance, à l'exception de l'article L. 341-16. En d'autres termes, c'est le droit de rétractation de la vente à distance qui s'applique en lieu et place du droit de rétractation du démarchage. Dit encore autrement, lorsqu'il y a démarchage sans vente à distance, la personne démarchée ne peut pas renoncer à son droit de rétractation, alors que lorsque le démarchage est suivi d'une vente à distance la personne démarchée peut demander à exécuter intégralement le contrat avant l'expiration du droit de rétractation, auquel cas la personne démarchée renonce à exercer ce droit. Il serait donc souhaitable, sur le plan de l'exercice du droit de rétractation par la personne démarchée, de mettre en cohérence le régime du démarchage bancaire et financier et le régime de la vente à distance, en accordant la même faculté de renoncer au délai de rétractation à la personne démarchée qui conclut le contrat autrement qu'à distance. Cette harmonisation des deux régimes pourrait passer par l'insertion dans l'article L. 341-16, III, d'un 3° ainsi rédigé⁹⁵ : "aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse de la personne démarchée avant que cette dernière n'exerce son droit de rétractation"⁹⁶.

La communication à la personne démarchée des informations relatives au droit de rétractation n'est pas exclusive de la délivrance à cette même personne d'informations rendues nécessaires par les réglementations spécifiques à tel ou tel produit ou service bancaire ou financier pouvant être proposé au moyen du démarchage.

Le décret⁹⁷ d'application de l'ordonnance donne également un certain nombre de précisions relatives au droit de rétractation : "le démarcheur [doit informer] la personne démarchée de l'existence du droit de rétractation mentionné à l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation, de sa durée, des conséquences pécuniaires éventuelles de sa mise en œuvre, ainsi que de l'adresse à laquelle la personne démarchée doit notifier sa décision de se rétracter. En cas d'absence d'un tel droit, le démarcheur en informe la personne démarchée ainsi que des conséquences de cette absence".

"Pour les contrats pour lesquels s'applique le délai de rétractation mentionné au même article L. 121-20-12, le démarcheur informe la personne démarchée du fait que,

sauf accord exprès de celle-ci, le contrat ne peut commencer à être exécuté qu'à l'expiration du délai de rétractation.

Pour ces contrats de crédit à la consommation prévus au chapitre Ier du titre Ier du livre III du Code de la consommation, le démarcheur informe la personne démarchée du fait que, même avec son accord, le contrat ne peut commencer à être exécuté durant les sept premiers jours, sauf s'agissant des contrats de crédit affecté, qui ne peuvent commencer à être exécutés durant les trois premiers jours."

– la résiliation⁹⁸

Le décret prévoit que "le démarcheur informe la personne démarchée des droits contractuels que peuvent avoir les parties de résilier le contrat, sans omettre les éventuelles pénalités imposées par le contrat dans ce cas".

Le décret prévoit également que "lorsque le contrat est à exécution successive, le démarcheur porte à la connaissance de la personne démarchée sa durée minimale".

– la langue utilisée⁹⁹

Le décret prévoit que "la personne démarchée est informée de la langue ou des langues qui seront utilisées entre les parties durant la relation précontractuelle, ainsi que de la langue ou des langues dans lesquelles le contrat sera rédigé. La langue utilisée durant la relation contractuelle est choisie en accord avec la personne démarchée".

4° les recours¹⁰⁰

Le décret prévoit que "le démarcheur informe la personne démarchée de l'existence ou de l'absence de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours accessibles et, si de telles procédures existent, de leurs modalités d'exercice. La personne démarchée est également informée de l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation, tels que les mécanismes d'indemnisation des déposants, des investisseurs et des cautions, respectivement mentionnés aux articles L. 312-4, L. 313-50 et L. 322-1 et suivants du Code monétaire et financier".

5° la communication par téléphonie vocale¹⁰¹

L'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 dispose que son décret d'application fixera les modalités particulières applicables en cas de communication par téléphonie vocale.

En vertu de ce décret, "en cas de communication par téléphonie vocale, l'identité du démarcheur et le caractère commercial de l'appel dont le démarcheur a pris l'initiative sont indiqués sans équivoque au début de toute conversation avec la personne démarchée".

"Sous réserve de l'accord formel de la personne démarchée, seules les informations ci-après doivent être fournies :

- l'identité du démarcheur et le lien de cette personne avec le fournisseur,
- une description des principales caractéristiques du service financier,
- le prix total dû par la personne démarchée au fournisseur pour le service financier, qui comprend toutes les taxes acquittées par le démarcheur ou, lorsqu'un prix exact

94. Art. L. 121-20-12, II, 2° C. conso. résultant de l'ordonnance 2005-648.

95. Reprise de l'art. L. 121-20-12, II, 2° C. conso.

96. Voir infra, p. 26.

97. Art. R. 341-16 CMF, 3°.

98. Art. R. 341-16 CMF, 3°.

99. Art. R. 341-16 CMF, 3°.

100. Art. R. 341-16 CMF, 4°.

101. Art. R. 341-16 CMF, 5°.

ne peut être indiqué, la base de calcul du prix permettant à la personne démarchée de vérifier ce dernier,

- l'indication de l'existence éventuelle d'autres taxes ou frais qui ne sont pas acquittés par le démarcheur ou facturés par lui,

- l'existence ou l'absence du droit de rétractation mentionné à l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation et, si ce droit existe, sa durée et les modalités de son exercice, y compris des informations sur le montant que la personne démarchée peut être tenue de payer en vertu de l'article L. 121-20-13 du même Code."

"Le fournisseur informe le consommateur sur, d'une part, le fait que d'autres informations peuvent être fournies sur demande et, d'autre part, la nature de ces informations."

7. Les obligations déontologiques relatives à l'acte de démarchage : l'interdiction faite au démarcheur de recevoir des fonds ou des valeurs de la personne démarchée

Aux termes de l'article L. 341-15 du Code monétaire et financier, "il est interdit à tout démarcheur de recevoir des personnes démarchées des espèces, des effets de commerce, des valeurs ou chèques au porteur ou à son nom ou tout paiement par un autre moyen".

Un amendement déposé au nom de la commission des finances du Sénat, en deuxième lecture du projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition, a complété l'article L. 341-15 par les mots "sous réserve des modalités d'exercice du droit de rétractation prévues au II de l'article L. 341-16". Selon le rapporteur de la Commission, ce membre de phrase complémentaire vise à mettre l'article L. 341-15 en cohérence avec les modifications de l'article L. 341-16 résultant du même amendement.

8. Les obligations déontologiques postérieures : délais de réflexion ou de rétractation

Le I de l'article L. 341-16, dans sa rédaction issue de la LSF, dispose que "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. Ce délai de rétractation court à compter de la date de réception par la personne démarchée du contrat signé par les deux parties".

Afin d'harmoniser les modalités d'exercice du droit de rétractation en matière de démarchage bancaire et financier avec le nouveau régime de la vente à distance de services financiers¹⁰², un amendement déposé au nom de la commission des finances du Sénat, en deuxième lecture du projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition, a remplacé le paragraphe I de l'article L. 341-16 du Code monétaire et financier. La nouvelle rédaction de ce paragraphe prévoit désormais que "la personne démarchée dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités".

Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir soit à compter du jour où le

contrat est conclu, soit à compter du jour où la personne démarchée reçoit les conditions contractuelles et les informations, si cette dernière date est postérieure à [la date de conclusion du contrat]".

Le II du même article ajoute que "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".

Dans son même amendement, la commission des finances du Sénat a remplacé ces dispositions. Désormais, "lorsque la personne démarchée exerce son droit de rétractation, elle ne peut être tenue qu'au paiement du prix correspondant à l'utilisation du produit ou du service financier effectivement fourni entre la date de conclusion du contrat et celle de l'exercice du droit de rétractation, à l'exclusion de toute pénalité". En outre, "le démarcheur ne peut exiger de la personne démarchée le paiement du produit ou du service mentionné au premier alinéa que s'il peut prouver que la personne démarchée a été informée du montant dû, conformément au 5° de l'article L. 341-12. Toutefois, il ne peut exiger ce paiement s'il a commencé à exécuter le contrat avant l'expiration du délai de rétractation sans demande préalable de la personne démarchée". Par ailleurs, "le démarcheur est tenu de rembourser à la personne démarchée dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours toutes les sommes qu'il a perçues de celle-ci en application du contrat, à l'exception du montant [correspondant à l'utilisation du produit ou du service]. Ce délai commence à courir le jour où le démarcheur reçoit notification par la personne démarchée de sa volonté de se rétracter". Symétriquement, "la personne démarchée restitue au démarcheur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours toute somme ou tout bien qu'elle a reçu de ce dernier. Ce délai commence à courir à compter du jour où la personne démarchée notifie au démarcheur sa volonté de se rétracter".

Le III du même article L. 341-16, dans sa rédaction issue de la LSF, prévoit que le délai de rétractation ne s'applique pas dans les deux situations prévues. Une troisième hypothèse a été ajoutée par l'amendement déposé au nom de la commission des finances du Sénat, en deuxième lecture du projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition. Il s'agit des contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse de la personne démarchée avant que cette dernière n'exerce son droit de rétractation.

Comme pour les autres modifications provenant du même amendement, cet ajout résulte de la volonté du législateur de mettre en cohérence le régime du démarchage bancaire et financier avec celui de la vente à distance de services financiers qui prévoyait déjà cette faculté. Au-delà de l'harmonisation des deux régimes, cet aménagement du texte permet d'apporter une réponse à des difficultés pratiques de mise en œuvre du délai de rétractation dans certaines situations particulières. En effet, le délai de rétractation pouvait tout d'abord poser problème lorsque, dans un même acte de démarchage, étaient présentées à la personne démarchée la souscription de titres (pour laquelle s'applique le délai de réflexion de 48 heures) et l'ouverture du compte titres sur lequel les titres souscrits devaient être inscrits (ouverture pour laquelle s'applique le délai de rétractation de 14 jours).

102. Art. L. 121-20-12 et L. 121-20-13, C. conso.

Les titres étant achetés immédiatement par le prestataire (puisque un délai de rétractation ne suspend pas l'exécution), la question se posait de savoir ce qu'il advenait des titres achetés si le client ne donnait pas suite à son intention d'ouvrir le compte titres (le délai de réflexion suspendant en revanche l'exécution de l'obligation).

La seule faculté pour l'intermédiaire était de revendre les titres, mais en supportant alors un risque de marché tenant à l'évolution du cours des titres entre leur achat et leur vente. Une autre difficulté, à laquelle l'amendement apporte également une réponse, résultait du fait qu'un délai de rétractation est incompatible avec certaines opérations bancaires comportant un engagement irrévocable de la banque, pris sur instruction de la personne démarchée, au profit d'un tiers qui a seul pouvoir de lui en donner mainlevée. Tel est par exemple le cas des crédits par signature (garanties à première demande, cautionnements, crédits documentaires...) qui sont le plus souvent mis en place dans les plus brefs délais, dès l'émission de la lettre d'ordre par le demandeur. Dans ces situations, il était difficilement concevable que la banque émette ce type d'engagement sous la condition résolutoire de l'exercice par la personne démarchée de son droit de rétractation. Les tiers bénéficiaires auraient en effet difficilement pu accepter un engagement de la banque pris sous cette condition. Comme nous le voyons, au-delà de l'harmonisation des régimes du démarchage et de la vente à distance, l'ajout de cette nouvelle exception à la mise en œuvre du droit de rétractation apporte une réponse satisfaisante à certaines difficultés pratiques qui pouvaient se poser depuis l'entrée en vigueur de la LSF.

Le V de l'article L. 341-16 indique que *"les délais [...] qui expireraient normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant"*.

L'amendement déposé au nom de la commission des finances du Sénat, en deuxième lecture du projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition, a supprimé cette règle de computation des délais. En substitution, l'amendement indique que les quatorze jours du délai de rétractation s'entendent comme des jours calendaires, le délai étant expiré lorsque ces quatorze jours sont révolus.

9. La sanction du démarchage bancaire et financier

L'article L. 353-1 punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait de ne pas respecter un certain nombre d'obligations prévues en matière de démarchage bancaire et financier. Dans sa rédaction issue de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2005, l'alinéa 2^o de l'article L. 353-1 visait *"le fait, pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire ou financier définie à l'article L. 341-1, de ne pas communiquer à la personne démarchée les informations et documents men-*

tionnés à l'article L. 341-12 [informations concomitantes à l'acte de démarchage] et à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 341-6 [informations que les salariés, employés ou mandataires doivent donner aux personnes morales pour le compte desquelles ils se livrent à l'activité de démarchage]".

Le nouvel article 24 du projet de loi OPA¹⁰³ modifie, à son paragraphe VIII, une disposition de l'article L. 353-1 du Code monétaire et financier relatif au démarchage bancaire et financier : à l'alinéa 2^o de l'article L. 353-1, les mots *"définie à l'article L. 341-1"* sont remplacés par l'expression *"dans les conditions définies au septième alinéa de l'article L. 341-1"*. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article L. 353-1, 2^o¹⁰⁴, deviendrait la suivante : *"le fait, pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire ou financier dans les conditions définies au septième alinéa de l'article L. 341-1, de ne pas communiquer à la personne démarchée les informations et documents mentionnés à l'article L. 341-12 et à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 341-6"*.

Ce texte peut être aujourd'hui considéré comme définitif dans la mesure où il n'a pas été modifié lors de la deuxième lecture au Sénat. À compter de la publication de la loi OPA, les sanctions de l'article L. 353-1 se trouveront donc limitées aux seules hypothèses de démarchage par déplacement physique au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans des lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers. Les sanctions délictuelles de l'article L. 353-1 seront alors circonscrites aux seuls défauts de communication des informations et documents requis par l'article L. 341-12 en cas de démarchage physique, donc à l'exclusion du démarchage à distance. À compter du vote de la loi OPA, le démarchage à distance ne sera donc plus soumis aux sanctions du démarchage bancaire et financier, qui sont de nature délictuelle, mais à celles de nature en principe contraventionnelle, donc moins lourdes, qui résulteront du dispositif réglementaire¹⁰⁵ relatif à la vente à distance.

Le décret¹⁰⁶ d'application de l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 remplace l'intitulé du chapitre III du titre V du livre III de la partie réglementaire du Code monétaire et financier par *"Chapitre III - Infractions relatives au démarchage et à la fourniture à distance de services financiers"*. Ce même article du décret¹⁰⁷ complète la partie réglementaire du CMF d'un article R. 353-1.

En vertu de cet article, *"est puni de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le fait pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire et financier telle que définie à l'article L. 341-1, à l'exception des cas mentionnés au septième alinéa de cet article, de ne pas communiquer à la personne démarchée les informations mentionnées aux 1^o, 2^o, 3^o et 5^o de l'article R. 341-16 et celles mentionnées au 7^o de l'article L. 341-12, ou de les lui communiquer sans faire apparaître de manière claire le caractère commercial de sa démarche"*. ■

103. Voir supra.

104. Si cette rédaction est conservée dans la suite des débats parlementaires relatifs au projet de loi OPA.

105. Ces dispositions réglementaires feront l'objet d'un deuxième décret en Conseil d'Etat pris en application de l'ordonnance 2005-648 et

qui devrait être également adopté courant novembre 2005 pour une entrée en vigueur au 1^{er} décembre 2005.

106. D. n° 2005-1450, art. 5, 3^o.

107. D. n° 2005-1450, art. 5, 4^o.