

La décision du mois

Garantie à première demande et cautionnement – On n'insistera jamais assez sur la nécessité de rédiger avec le plus grand soin l'acte de garantie à première demande si l'on veut éviter que cette garantie ne soit requalifiée en cautionnement.

Rappelons que le cautionnement est l'acte par lequel une personne (la caution) s'oblige à payer la **dette d'autrui** en cas de défaillance de ce dernier. Dans la garantie à première demande, le garant s'oblige à payer, non pas la dette du débiteur défaillant mais une **dette qui lui est propre** et qui trouve sa seule cause dans l'octroi de la garantie à première demande.

Les conséquences sont considérables. Alors que la caution peut toujours se prévaloir des exceptions dont pourrait se prévaloir le débiteur cautionné (exemple : je ne paye pas car la livraison n'était pas conforme à la commande), le garant à première demande ne peut pas se prévaloir de ces exceptions : si la garantie a été valablement délivrée, le garant doit payer **du seul fait qu'il est actionné en paiement**.

Beaucoup d'actes sont malheureusement ambigus, en raison du lien qui est fait entre l'engagement du garant et la dette du débiteur défaillant.

Reprenant une solution désormais classique, il a ainsi été récemment jugé que l'engagement – pourtant libellé en termes très généraux – par lequel une banque s'obligeait à payer à première demande "toutes sommes dues par une société en cas de défaillance de celle-ci" était en réalité un cautionnement, et non une garantie à première demande. *Cass. com 16 juin 2004 – pourvoi numéro 01-15394.*

Finalement, il n'y a de véritable garantie à première demande que lorsque le garant s'engage "à payer la somme de tant, à première demande du bénéficiaire", sans qu'aucun lien soit fait dans le corps de l'engagement du garant avec la dette ou la défaillance du débiteur.

En bref

Preuve par écrit – La **preuve** de l'engagement pris par un **non-commerçant** doit en principe, sauf volonté contraire expresse ou implicite des parties, et sauf disposition spéciale plus contraignante, être rapportée **par écrit lorsque la valeur de cet engagement dépasse** un certain seuil fixé par décret. Ce seuil, qui est actuellement de 800 €, sera relevé à **1.500 € à compter du 1^{er} janvier 2005** en application des articles 56 et 59 du décret n° 2004-836 du 20 août 2004.

Lettre recommandée électronique – La traditionnelle lettre recommandée s'est mise à l'heure Internet, grâce à la création de la "lettre recommandée électronique" (ou "LRE") récemment lancée par la Poste sur son site www.laposte.fr.

La LRE présente **deux avantages majeurs** par rapport à la lettre recommandée "papier" :

1) La **date d'envoi de la LRE** est celle de son **dépôt sur le site de la Poste**. Or, contrairement à la lettre recommandée "papier", qui ne peut être expédiée qu'aux jours et heures d'ouverture des bureaux de poste, une LRE peut être envoyée de partout dans le Monde, à partir de n'importe quel ordinateur, 7 jours sur 7, 24 heures sur 24, 365 jours par an. La LRE pourra ainsi permettre aux expéditeurs négligents d'éviter *in extremis* un envoi hors délai.

2) Contrairement à la lettre "papier", qui peut éventuellement ne contenir qu'une simple feuille blanche, **la LRE fait foi de son contenu**. Le texte de la lettre et ses éventuelles pièces jointes sont transmis sous forme de fichiers sur le site de la Poste, qui les imprime et les met sous pli. Devenu un simple courrier, la LRE est ensuite acheminée comme un courrier normal. La Poste conserve pendant 3 ans la preuve électronique du dépôt, preuve à laquelle restent associés le ou les fichiers transmis, et donc la preuve du contenu matériel de l'envoi. Bien évidemment, les informations transmises sont cryptées et confidentielles.

Crédit gratuit – On rappellera qu'en application de l'article L. 311-6 du Code de la Consommation, tout vendeur qui propose un crédit gratuit à sa clientèle est contraint de consentir une réduction de prix au consommateur qui, déclinant l'offre de crédit gratuit, accepte de payer son achat au comptant. Les modalités de calcul de cet escompte pour paiement comptant sont déterminées par décret, actualisé chaque semestre par un avis publié au Journal Officiel.

Les nouvelles règles de la prospection commerciale à distance

Comme nous vous l'annoncions dans le numéro 11 de « *What's up* », la loi n°2004-496 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après « *la LCEN* »), entrée en vigueur le 22 juin dernier, vient de définir les conditions dans lesquelles une entreprise est autorisée à prospecter directement, par **courrier électronique**, des clients personnes physiques. A cette occasion, la loi clarifie et modifie également la réglementation applicable à la prospection directe par **télécopieur** et **automate d'appel**.

Selon l'article 22 de la LCEN, modifiant l'article L. 34-5 du Code des Postes et des Communications électroniques ⁽¹⁾ « *Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.* », la prospection étant elle-même définie comme étant « *l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services* ».

1. La LCEN étend donc désormais le système dit de « l'opt in » (interdiction de la prospection sans autorisation préalable de la personne prospectée), déjà applicable à la prospection par télécopie ou automate d'appel, **à la prospection par courrier électronique**.

Ce faisant, la LCEN précise que le **consentement** doit être **préalable** à la prospection, ce qui jusqu'alors ne ressortait qu'implicitement des textes. La LCEN définit par ailleurs le « consentement » comme étant une « *manifestation de volonté libre, spécifique et informée* » de la part de la personne prospectée, ce qui constitue également une nouveauté par rapport au texte antérieur.

En revanche, la prospection par d'autres modes de communication, jugés moins dérangeants (appel téléphonique sans automate d'appel, prospection par voie postale, etc), reste soumise au système de « *l'opt-out* » (prospection autorisée tant que la personne n'a pas manifesté son opposition).

2. Toutefois, la LCEN prévoit une dérogation importante à l'interdiction de la prospection directe par courrier électronique sans consentement préalable de la personne prospectée : cette prospection est possible si l'entreprise a recueilli les coordonnées du destinataire directement auprès de lui à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, et à la condition, d'une part, que la prospection porte sur des produits ou services analogues à ceux déjà fournis, d'autre part, que l'entreprise offre au destinataire, expressément et sans 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* ».

3. Les personnes protégées au titre du nouveau texte sont les seules **personnes physiques** ⁽²⁾. L'expression « *personnes physiques* » englobe toute personne physique, consommateur ou non, ainsi que, à notre sens, toute personne physique exerçant ses fonctions au sein d'une personne morale.

En revanche, le nouveau texte **exclut toutes les personnes morales** du champ d'application de l'interdiction, de sorte que pour ces dernières le système de « *l'opt out* » est applicable. Dans ce dernier cas, pour éviter que la prospection puisse être considérée comme étant adressée à une personne physique, il est recommandé de ne pas adresser le message à un destinataire identifié (ex : *Monsieur X, Responsable des achats*) mais bien de l'adresser à la société elle-même, en précisant, le cas échéant, le service concerné.

4. Enfin, dans tous les cas de prospection par automate d'appel, télécopieur ou courrier électronique, quel que soit le régime « opt in » ou « opt out » applicable, le message de prospection directe doit contenir les coordonnées auxquelles le destinataire peut demander, sans frais autres que ceux liés à la transmission de sa demande, à ne plus recevoir de sollicitations commerciales.

5. En cas de prospection effectuée en violation de l'article 34-5 précité, qu'elle intervienne hors consentement préalable de l'intéressée ou au mépris d'une opposition, l'amende encourue est, pour chaque communication, de 750 € (contravention de 4^e classe)⁽³⁾, sans préjudice des sanctions relatives au délit de traitement automatisé d'informations nominatives effectué malgré une opposition légitime⁽⁴⁾, et de la mise en jeu éventuelle de la responsabilité civile de l'entreprise.

Néanmoins, **à titre transitoire**, les entreprises qui prospectent actuellement des personnes physiques par l'un des modes de communication précités sans leur consentement préalable, disposent d'un **délai de 6 mois** à compter de la publication de la loi, pour **recueillir ce consentement**. Faute de le faire, ou si les personnes interrogées n'ont pas donné leur consentement exprès dans ce délai, elles seront présumées avoir refusé l'utilisation de leurs données, de sorte que toute prospection ultérieure auprès d'elles deviendra illicite.

(1) Ancien article L. 33-4-1 du Code des Postes et Télécommunications, abrogé par la loi du 9 juillet 2004 n° 2004-669

(2) Expression nouvelle qui lève les anciennes contradictions textuelles puisque le Code de la Consommation (art. L 121-20-5) se réfère à la notion plus étroite de « consommateur » et le Code des Postes et Télécommunications (article L 33-4-1) à celle plus large de « abonné ou utilisateur d'un réseau de télécommunications ».

(3) Article R 10-1 du Code des Postes et des Communications électroniques. Toutefois, s'agissant du non-respect d'une opposition, seule l'opposition résultant d'une inscription sur une liste d'opposition est visée.

(4) Article 226-18-1 du Code Pénal (5 ans d'emprisonnement et 300.000 € d'amende) (codification issue de la loi 2004-801 du 6 août 2004.