

Sur la définition de la prospection commerciale par voie téléphonique

Lire les conclusions de :

Maïwenn Sautier

Conclusions du rapporteur public

DÉCISION DE JUSTICE

TA Lyon – N° 2107613 – SAS EDF ENR – 29 mars 2022 – C+ [↗](#)

Jugement confirmé en appel : CAA Lyon, 10 novembre 2023, n° 22LY01667, C+

INDEX

Mots-clés

Protection des consommateurs, Démarchage téléphonique, Prospection commerciale téléphonique, L. 521-1 du code de la consommation

Rubriques

Aides publiques et économie

Résumé Conclusions du rapporteur public

Résumé

¹ Le tribunal administratif de Lyon a été saisi d'un recours de la société EDF ENR tendant à l'annulation de la décision du 3 mai 2021 par laquelle l'inspecteur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de la direction départementale de la protection des populations du Rhône lui a enjoint de cesser à compter du 1er octobre 2021, de prospector par voie téléphonique les consommateurs si cette sollicitation n'intervient pas dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours et ayant un rapport avec l'objet de ce contrat.

² Le tribunal administratif rappelle tout d'abord que les dispositions du 3ème alinéa de l'article L. 223-1 du code de la consommation, dans sa version issue de la loi n°2020-901 du 24 juillet 2020, interdisent toute prospection commerciale de consommateurs par des professionnels, par voie téléphonique, ayant pour objet la vente d'équipements ou la réalisation de travaux pour des logements en vue de la réalisation d'économies d'énergie ou de la production d'énergies renouvelables, à l'exception des sollicitations intervenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours.

³ Il précise ensuite que ces dispositions, qui visent à renforcer la protection des consommateurs, ont pour objet de lutter contre les pratiques de démarchage téléphonique intempestif, parfois agressif, intrusif et non consenti des consommateurs dans le domaine des travaux d'amélioration énergétique, eu égard aux aides publiques en jeu et aux risques élevés de fraude dans ce secteur et alors que ces pratiques sont de nature à entamer la confiance des consommateurs dans la politique publique menée dans ce domaine de la rénovation énergétique et à compromettre ainsi l'atteinte des objectifs nationaux d'économie d'énergie et de développement durable.

⁴ Il relève à cet égard que la pratique commerciale de la société EDF ENR consiste uniquement à contacter par téléphone des consommateurs lui ayant préalablement explicitement demandé de le faire, au terme d'un choix libre et éclairé, en faisant la démarche de lui communiquer volontairement leurs coordonnées téléphoniques par un formulaire internet dédié, à seule fin de répondre à leurs demandes d'information concernant un projet photovoltaïque et dans un court délai fixé à 48H. Dans ces conditions, cette société ne peut être regardée comme effectuant de la prospection commerciale téléphonique au sens et pour l'application des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 123-1 du code de la consommation.

⁵ En conséquence, le tribunal administratif juge que l'inspecteur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de la direction départementale de la protection des populations du Rhône n'a pu légalement lui adresser une injonction, du fait de cette pratique commerciale, de cesser de prospecter par voie téléphonique, les consommateurs si cette sollicitation n'intervient pas dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours et ayant un rapport avec l'objet de ce contrat.

⁶ *14-02-01-03, Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique, Réglementation des activités économiques, Réglementation de la protection et de l'information des consommateurs.*

Conclusions du rapporteur public

Maiwenn Sautier

rapporteure publique au tribunal administratif de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.8465](https://doi.org/10.35562/alyoda.8465)

¹ Cette affaire s'inscrit dans la problématique du droit de la consommation, qui recherche le juste équilibre entre protection du consommateur et maintien de l'activité économique. S'agissant plus précisément du démarchage téléphonique, rappelons que cette pratique commerciale est légale, sous réserve que les personnes aient été, au moment de la collecte de leur numéro de téléphone, informées de l'utilisation de leurs données à des fins de prospection et en mesure de s'opposer à cette utilisation de manière simple et gratuite. Il s'agit bien évidemment de concilier la tranquillité des particuliers et la protection de leurs données personnelles avec la capacité pour les professionnels de développer leur activité. Vous l'avez compris, le point de basculement est celui d'une pratique qui de respectueuse devient abusive.

² La loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux prévoit que « toute prospection commerciale de consommateurs par des professionnels, par voie téléphonique, ayant pour objet la vente d'équipements ou la réalisation de travaux pour des logements en vue de la réalisation d'économies d'énergie ou de la production d'énergies renouvelables est interdite, à l'exception des sollicitations intervenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours ». Cette nouvelle mesure, codifiée à l'article L. 223-1 alinéa 3 du code de la consommation, a été introduite spécifiquement pour tenir compte du fait que le secteur de la rénovation énergétique, où coexistent de nombreuses aides publiques, était particulièrement atteint par des abus généralisés et que la technicité des travaux liés à la rénovation ou à l'installation d'équipements liés aux énergies renouvelables était peu compatible avec le démarchage téléphonique.

³ Estimant, à la suite d'un contrôle ayant donné lieu à un échange contradictoire, que la pratique commerciale de la société EDF ENR constituait de la prospection commerciale par voie téléphonique prohibée par l'alinéa 3 de l'article L. 223-1 du code de la consommation, l'inspecteur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de la direction départementale de la protection des populations du Rhône lui a enjoint, par une décision du 3 mai 2021, de cesser cette pratique à compter du 1er octobre 2021, sous peine d'amendes administratives en cas d'inexécution de cette mesure. La société EDF ENR demande l'annulation de cette décision, ainsi que du rejet implicite de son recours hiérarchique par le ministre de l'économie, des finances et de la relance.

4 Vous vous prononcerez en tant que juge de l'excès de pouvoir dès lors qu'une mesure d'injonction de cesser tout agissement illicite prononcée par les agents habilités à cette fin, prévue par l'article L. 521-2 du code de la consommation, relève du Livre V du code de la consommation « Pouvoirs d'enquêtes et suites données aux contrôles » et chapitre II « Mesures consécutives aux contrôles » titre Ier « Mesures de police administratives », préalable au prononcé d'une sanction prévue, pour ce qui relève du démarchage téléphonique au titre II, à l'article L. 242-12 du même code.

5 La pratique commerciale reprochée à EDF ENR constitue-t-elle une prospection commerciale par voie téléphonique au sens de l'alinéa 3 de l'article L. 223-1 du code de la consommation ?

6 Il est constant que cette pratique s'inscrit directement dans une recherche de prospects, c'est-à-dire en marketing de clients potentiels, et utilise les coordonnées téléphoniques du consommateur. Mais la pratique commerciale mise en cause présente la particularité de ne pas se concrétiser par un simple appel téléphonique émanant du professionnel vers le consommateur mais par un process en deux étapes, floutant ainsi la grille de lecture actuellement binaire, entre la pratique de l'opt-out qui permet, actuellement pour les autres secteurs, une première sollicitation de l'entreprise vers le consommateur en l'absence d'opposition du client (celui-ci pouvant signifier son opposition par son inscription sur le fichier Bloctel d'opposition au démarchage téléphonique mentionné à l'alinéa 1 de l'article L. 223-1 du code de la consommation) et celle de l'opt-in qui permet à l'entreprise d'appeler le consommateur qui a préalablement consenti à lui remettre ses coordonnées. Ainsi que le résume le rapporteur public dans ses conclusions sous la décision du Conseil d'Etat n° 429571, société Cdiscount du 10 décembre 2020, « il n'y a potentiellement, entre l'opt-in et l'opt-out, que l'espace d'une case précochée ou non » même « si les conséquences économiques ne sont sans doute pas négligeables ».

7 Qu'en est-il exactement du process mis en place par EDF ENR ?

8 Première étape : EDF ENR met en ligne sur son site internet un formulaire intitulé « Remplissez le formulaire ci-dessous si vous souhaitez qu'un conseiller vous appelle pour échanger autour de votre projet photovoltaïque ». Ce formulaire permet aux consommateurs d'échanger par téléphone avec un téléconseiller au sujet de leur projet d'installation de panneaux solaires. A cette fin, les consommateurs communiquent leur numéro de téléphone à EDF ENR et, en cliquant sur « j'envoie ma demande », valident la demande d'être rappelés sous quarante-huit heures.

9 A ce stade, nous constatons qu'il n'y a pas au sens littéral du terme de « prospection commerciale » puisque la démarche n'émane pas du professionnel mais bien du consommateur : l'information

commerciale ne vient pas à tout consommateur de façon indifférenciée mais ne vise que les consommateurs suffisamment intéressés pour prendre l'initiative de leur inscription sur ce formulaire.

¹⁰ Seconde étape : le consommateur est alors rappelé dans les 48 heures par un téléconseiller d'EDF ENR, chargé de vérifier l'éligibilité de son projet à une des offres d'EDF ENR en matière de production d'électricité d'origine photovoltaïque (questions relatives notamment au domicile du consommateur, au raccordement au réseau électrique, au type de connexion à internet et à la toiture (surface et composition).

¹¹ Si à ce stade, EDF ENR redevient acteur du process, c'est avec l'accord du consommateur, pour être rappelé dans un délai déterminé, et non un appel subi pour avoir consenti à communiquer ses coordonnées. Cet échange téléphonique ne constitue pas le premier contact avec le consommateur qui est, nous l'avons vu, numérique, et la société requérante explique qu'il ne donne jamais lieu à une offre de conclusion d'un contrat mais, selon l'éligibilité et de l'intérêt du consommateur à poursuivre son projet photovoltaïque, à une possibilité d'une prise de rendez-vous, avec un conseiller EDF ENR, au domicile du consommateur pour une étude détaillée.

¹² Cette analyse du process nous laisse à penser qu'il ne peut être analysé stricto sensu comme du démarchage téléphonique interdit par l'alinéa 3 de l'article L. 223-1 du code de la consommation qui interdirait tant la pratique de l'opt-out que celle de l'opt-in.

¹³ Deux autres considérations nous convainquent.

¹⁴ La première est que permettre une telle pratique, contrairement à ce que soutient la défense, ne va pas à l'encontre de l'esprit du texte.

¹⁵ Il est vrai que l'interdiction de démarchage téléphonique prévue spécifiquement à l'alinéa 3 pour le secteur de l'énergie, doit s'appliquer strictement et qu'il n'est permis comme exception « que les sollicitations intervenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat en cours ». Mais nous l'avons vu, il n'y a pas en l'espèce de sollicitation directe par téléphone de la part d'EDF ENR qui conduirait, par cette interprétation, à ajouter une exception au texte. Demander à être rappelé pour être informé sur son projet photovoltaïque n'est pas consentir à toute prospection commerciale téléphonique. En l'espèce, lorsque le consommateur est rappelé, il sait par qui (EDF ENR), quand (dans les 48 heures) et pourquoi (son projet photovoltaïque). Il nous semble que le cadre particulier dans lequel est formulée la demande du consommateur permet, sur le principe, de s'assurer qu'il ne peut être regardé comme consentant à être démarché téléphoniquement (opt-in). Savoir si les données téléphoniques ainsi recueillies avec le consentement du

consommateur, qui est au demeurant renseigné sur le même formulaire sur sa possibilité de s'inscrire sur le fichier Bloctel conformément au règlement général sur la protection des données (RGPD), sont utilisées dans les limites de ce process et sans abus relève du contrôle des modalités de sa mise en œuvre. A cet égard, les réclamations de clients communiquées à EDF ENR par l'administration ne sauraient démontrer que ce process est, dans son principe comme dans ses modalités de mise en œuvre, abusif dès lors qu'elles concernent soit les modalités de signature du contrat, soit le remboursement de l'acompte versé à la signature du contrat, ou encore les modalités de signature d'un contrat signé suite à contact téléphonique entre janvier et mars 2020 soit antérieurement à l'entrée en vigueur du troisième alinéa de l'article L. 223-1 du code de la consommation.

16

La seconde considération est empreinte de bon sens et de réalisme économique : assimiler ce process à de la prospection téléphonique au sens de l'article L. 223-1 du code de la consommation aboutirait à interdire tout appel téléphonique du professionnel du secteur de la rénovation énergétique vers le consommateur avant la conclusion d'un contrat mais permettrait uniquement que le consommateur appelle directement, ce que au demeurant permet le process en cause puisque le consommateur peut choisir d'appeler directement le service de conseillers par le numéro gratuit indiqué sur le même formulaire en ligne. Or, qui n'a pas renoncé à sa démarche après un voire plusieurs appels infructueux ou ligne occupée ? EDF ENR expose précisément que son chiffre d'affaires est principalement constitué par l'acquisition de nouveaux clients qui n'est réalisable que par le biais d'un appel téléphonique préalablement et expressément sollicité par le consommateur en ligne.

17

Au regard de l'ensemble de ces éléments, nous vous proposons de juger que la société EDF ENR ne peut être regardée comme effectuant, au moyen de ce process, de la prospection commerciale par voie téléphonique au sens des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 123-1 du code de la consommation. Elle est par suite fondée à soutenir que le préfet du Rhône a inexactement qualifié les faits et méconnu ces dispositions en lui adressant, sur ce fondement, une injonction de cesser toute prospection commerciale téléphonique.

18

Si vous nous suivez, vous annulerez, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, la décision du 3 mai 2021, ainsi que par voie de conséquence la décision rejetant implicitement le recours gracieux de la société EDF ENR.

19

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de la décision du 3 mai 2021 enjoignant à EDF ENR de cesser cette pratique commerciale ainsi que la décision rejetant son recours gracieux.