

N° 434

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011

Enregistré à la Présidence du Sénat le 13 avril 2011

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi de MM. Jacques MÉZARD, Yvon COLLIN et les membres du groupe du Rassemblement démocratique et social européen visant à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique,

Par M. François PILLET,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Jacques Hiest, *président* ; M. Nicolas Alfonsi, Mme Nicole Borvo Cohen-Seat, MM. Patrice Gélard, Jean-René Lecerf, Jean-Claude Peyronnet, Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Troendle, M. Yves Détraigne, *vice-présidents* ; MM. Laurent Béteille, Christian Cointat, Charles Gautier, Jacques Mahéas, *secrétaires* ; MM. Jean-Paul Amoudry, Alain Anziani, Mmes Éliane Assassi, Nicole Bonnefoy, Alima Boumediene-Thiery, MM. François-Noël Buffet, Gérard Collomb, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Mme Anne-Marie Escoffier, MM. Louis-Constant Fleming, Gaston Flosse, Christophe-André Frassa, Bernard Frimat, René Garrec, Jean-Claude Gaudin, Mme Jacqueline Gourault, Mlle Sophie Joissains, Mme Virginie Klès, MM. Antoine Lefèvre, Dominique de Legge, Mme Josiane Mathon-Poinat, MM. Jacques Mézard, Jean-Pierre Michel, François Pillet, Hugues Portelli, André Reichardt, Bernard Saugéy, Simon Sutour, Richard Tuheiaiva, Alex Türk, Jean-Pierre Vial, Jean-Paul Virapoullé, Richard Yung, François Zocchetto.

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 354 et 435 (2010-2011)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS.....	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL.....	7
I. LE DÉMARCHAGE : UNE PRATIQUE INTRUSIVE INSUFFISAMMENT ENCADRÉE ?	7
A. LA PROTECTION LÉGISLATIVE DES DONNÉES PERSONNELLES.....	7
1. <i>Le droit général d'opposition en matière de démarchage</i>	8
2. <i>Le principe du consentement exprès pour certaines techniques de prospection directe</i>	9
3. <i>Les droits des abonnés concernant les annuaires</i>	9
B. LA PROFESSIONNALISATION DE LA LISTE ORANGE : LE PROJET PACITEL	9
II. L'OBJET DE LA PROPOSITION DE LOI : LE PRINCIPE DE L'ACCORD EXPRÈS DU DÉMARCHÉ	10
III. LA POSITION DE LA COMMISSION DES LOIS : RESSERRER LE DISPOSITIF SUR L'INTENTION AFFICHÉE PAR LES AUTEURS DE LA PROPOSITION DE LOI	12
EXAMEN DES ARTICLES	15
• <i>Article premier</i> (art. 34-4-1 [nouveau] du code des postes et des communications électroniques ; art. L. 121-83 du code de la consommation) Principe du consentement de l'abonné téléphonique à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de prospection	15
• <i>Article 2</i> (art. 38-1 [nouveau] de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978) Condition d'utilisation des coordonnées téléphoniques en matière de prospection commerciale directe	17
• <i>Article 3</i> (art. 39-3-2 [nouveau] du code des postes et des communications électroniques) Sanctions pénales	17
• <i>Article 4 (nouveau)</i> Dispositif transitoire pour les contrats en cours	18
EXAMEN EN COMMISSION	21
ANNEXE LISTE DES PERSONNES ENTENDUES.....	27
TABLEAU COMPARATIF	29

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

La commission des lois, réunie le mercredi 13 avril 2011, sous la présidence de **M. Jean-Jacques Hyest**, président, a examiné le rapport de M. François Pillet et établi son texte sur la proposition de loi n° 354 (2010-2011) présentée par MM. Jacques Mézard, Yvon Collin et les membres du groupe du Rassemblement démocratique et social européen visant à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique.

Sur la proposition de son rapporteur, la commission des lois a réécrit les trois articles de la proposition de loi en retenant le principe de l' « *opt-in* » promu par celle-ci :

- l'**article 1^{er}** crée un nouvel article dans le code des postes et des communications électroniques pour prescrire le **principe du recueil du consentement exprès** de l'abonné à un service téléphonique au public, fixe ou mobile, pour l'utilisation de ses données à caractère personnel à des fins de démarchage, que l'utilisateur soit l'opérateur lui-même ou un tiers.

Parallèlement, le nouveau droit de l'abonné devrait figurer sur le contrat d'abonnement téléphonique au titre des informations obligatoires fixées par l'article L. 121-83 du code de la consommation ;

- l'**article 2** est supprimé par voie de conséquence de l'adoption de l'article 1^{er} ;

- l'**article 3** sanctionne d'une **peine d'amende** de 45.000 € le non-respect du consentement préalable de l'abonné à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de démarchage ;

- un nouvel **article 4** applique le nouveau principe aux **abonnements téléphoniques en cours** en prévoyant le recueil de l'accord de l'abonné à l'utilisation de ses données personnelles pour démarchage dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi selon des modalités fixées par voie réglementaire.

La commission des lois a adopté la proposition de loi **ainsi rédigée**.

Mesdames, Messieurs,

Qui n'a jamais été importuné ou ne s'est senti agressé par l'appel téléphonique intempestif d'un démarcheur, ressenti comme une intrusion dans la vie privée ?

Ces immixtions dans notre quotidien se sont diversifiées et multipliées à la faveur de l'évolution des technologies, des pratiques commerciales et de consommation et de la création de nouveaux modes de communications.

Dans le même temps, le législateur est intervenu régulièrement pour encadrer ces nouvelles pratiques et protéger les personnes physiques.

La proposition de loi déposée par nos collègues Jacques Mézard, Yvon Collin et les membres du groupe du rassemblement démocratique et social européen, s'inscrit dans cette voie en ciblant le démarchage téléphonique : elle vise à renforcer la protection des usagers en imposant leur accord préalable à l'utilisation de leur ligne téléphonique à des fins de prospection. Ce faisant, elle inverse le principe aujourd'hui communément appliqué.

I. LE DÉMARCHAGE : UNE PRATIQUE INTRUSIVE INSUFFISAMMENT ENCADRÉE ?

Le développement des traitements numérisés a conduit à rechercher les voies et moyens de protéger la vie privée des personnes physiques.

Un droit spécifique à la protection des données personnelles s'est construit progressivement tant au plan européen qu'au niveau national.

Parallèlement, ont été mises en place des pratiques destinées à permettre au client de « *sanctuariser* » certains pans de son intimité.

A. LA PROTECTION LÉGISLATIVE DES DONNÉES PERSONNELLES

Dès 1978, le Parlement a souhaité réguler les excès du développement du recours à l'informatique en instituant une autorité indépendante chargée

notamment d'autoriser les traitements des données et de garantir le droit d'accès et de rectification de chacun aux informations le concernant : la CNIL (commission nationale de l'informatique et des libertés).

Un régime de protection des données personnelles a été progressivement construit :

- au niveau communautaire, la directive 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, prévoit notamment le droit de la personne de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement des données la concernant envisagé par le responsable du traitement à des fins de prospection et celui d'être informée préalablement à leur première communication à des tiers -ou utilisation par eux- afin de pouvoir s'y opposer ;

- la directive a été transposée en droit interne par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 qui a modifié à cette fin la loi fondatrice du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

1. Le droit général d'opposition en matière de démarchage

Pour ce qui concerne le démarchage, un ensemble de règles s'est mis en place sur la base, sauf pour des cas limités, du principe général du droit d'opposition de la personne.

Il s'agit tout d'abord de la protection apportée par l'article 38, alinéa 2, de la loi du 6 janvier 1978 : elle réside dans le droit de toute personne physique de s'opposer, sans frais (comme l'impose la directive européenne de 1995) à l'utilisation des données la concernant à des fins de prospection, notamment commerciale (ou télémarketing). Ce droit est opposable tant au responsable actuel du traitement qu'à celui d'un traitement ultérieur.

Ce droit d'opposition dit « *opt-out* » s'applique notamment à la réception des appels téléphoniques dans le cadre d'opérations de démarchage effectuées par une personne. Son efficacité est, cependant, liée à la connaissance qu'en ont les intéressés.

A cet égard, dans son avis du 18 mai 2010 sur la protection des données personnelles des consommateurs, le conseil national de la consommation (CNC) observe qu'« *il importe que ces dispositions puissent être appliquées, et que leur mise en œuvre soit simple et rapide, grâce à une bonne compréhension entre tous les acteurs. En effet, en 2010, l'efficacité de la protection des données et de la vie privée est devenue autant une condition du développement de la liberté individuelle qu'un facteur important de la confiance des consommateurs.* ».

2. Le principe du consentement exprès pour certaines techniques de prospection directe

En revanche, toute personne physique doit manifester son consentement en matière de démarchage réalisé au moyen d'un automate d'appels, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique.

Ce principe est posé par l'article L. 34-5 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) qui interdit la prospection directe réalisé par l'intermédiaire de ces trois moyens sans le consentement préalable exprès de la personne à l'utilisation de ses coordonnées à cette fin.

L'article L. 34-5 définit la prospection directe comme « *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* ».

3. Les droits des abonnés concernant les annuaires

Si toute personne « *ayant souscrit un abonnement au service téléphonique au public a le droit de figurer gratuitement* » dans l'annuaire, elle dispose aussi de celui de ne pas y être mentionnée ou d'y être inscrite sous condition.

L'article R. 10 du CPCE prévoit, en effet, la faculté pour tout abonné d'obtenir gratuitement de l'opérateur :

- soit d'être absent des listes d'abonnés publiées ou susceptibles d'être consultées par les services de renseignements (il s'agit de la « liste rouge ») ;

- soit d'y figurer avec l'interdiction d'utiliser ses données personnelles dans des opérations de prospection directe soit par voie postale, soit par voie de communications électroniques (dite « liste orange »).

La constitution des annuaires téléphoniques obéit donc à la technique du « *opt-out* » puisque les abonnés doivent effectuer une démarche pour protéger leurs données personnelles.

Ces divers outils mériteraient certainement d'être mieux connus des usagers des services téléphoniques.

B. LA PROFESSIONNALISATION DE LA LISTE ORANGE : LE PROJET PACITEL

Au moment où la commission des lois est saisie de la présente proposition de loi, le Gouvernement met en place un dispositif qui entend répondre aux mêmes préoccupations : PACITEL.

Ce projet résulte des travaux d'un groupe de travail mis en place par M. Hervé Novelli, alors ministre chargé de la consommation, composé des principales fédérations professionnelles du secteur de la prospection et de la vente par téléphone : l'association française de la relation client (AFRC), la fédération de la vente directe (FVD), la fédération de la vente à distance et du e-commerce (FEVAD) et la fédération française des télécommunications (FFT).

Ces organismes se sont déclarés soucieux « *de développer une politique commerciale responsable* ».

Le dispositif retenu -notons-le- ne s'appliquera qu'à leurs membres qui représentent, d'après les informations transmises à votre rapporteur, 90 % du secteur.

Il s'agit d'une liste d'opposition recensant, à leur demande, les consommateurs qui refusent d'être démarchés par ces entreprises : leurs coordonnées ne devraient pas, en conséquence, figurer sur leurs fichiers constitués aux fins de démarchage commercial par téléphone.

PACITEL obéit donc, comme la liste orange, au principe du « *opt-out* ».

Le projet comporte une réserve puisque le droit d'opposition sera inopérant pour les clients des entreprises à qui ils auront communiqué leurs coordonnées téléphoniques.

Soulignons que les professionnels qui, en élaborant ce dispositif, ont pris en compte les excès présents du démarchage téléphonique et peut-être leurs prolongements à terme pour le secteur, se sont également engagés à recommander à leurs adhérents d'éviter les appels téléphoniques trop matinaux ou trop tardifs -les plus agressifs- en privilégiant les plages horaires 8 h-20 h30 du lundi au vendredi et 9 h-18 h le samedi...

Le secteur du démarchage commercial

La profession revendique près de 260.000 salariés répartis dans 3.500 centres de contact sur le territoire national (*données Association française de la relation clients - AFRC*).

Ce sont les seules données que votre rapporteur a pu recueillir sans qu'il lui soit indiqué la méthode utilisée pour parvenir à ces effectifs, ni qu'il dispose des éléments permettant de les vérifier.

II. L'OBJET DE LA PROPOSITION DE LOI : LE PRINCIPE DE L'ACCORD EXPRÈS DU DÉMARCHÉ

Les auteurs de la proposition de loi, nos collègues Jacques Mézard et Yvon Collin, entendent répondre à « *des pratiques commerciales de plus en plus agressives* » qui tiennent notamment à la répétition des appels et à leur survenance à tout moment de la journée. Force est de constater les protestations grandissantes de consommateurs exaspérés, démarchés sans avoir transmis

effectivement leurs coordonnées. Les associations de consommateurs Consommation Logement et Cadre de Vie (CLCV) et UFC Que choisir s'en sont d'ailleurs fait l'écho auprès de votre rapporteur.

Sur ce constat, la proposition de loi vise à renforcer les droits du consommateur *« qui devrait pouvoir ne plus être importuné chez lui, contre son gré, et ne plus être assailli d'offres et d'informations commerciales diverses qu'il n'a pas sollicitées »*¹

Pour ce faire, elle choisit de renverser la logique du principe général qui fonde la protection des données personnelles en passant du *« opt-out »* au *« opt-in »*.

1. Modifiant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, elle propose tout d'abord une réécriture de son article 38 pour y inscrire le principe général du consentement exprès du consommateur à l'utilisation de ses données personnelles dans le cadre d'opérations de prospection commerciale (**article premier**).

L'accord écrit doit être recueilli par le responsable du traitement comme par celui d'un traitement ultérieur.

2. L'**article 2** de la proposition de loi crée un nouvel article 38-1 dans la loi du 6 janvier 1978 pour régler le cas des mentions figurant dans les annuaires téléphoniques auxquels il étend également le principe du *« opt-in »* : il conditionne les opérations de prospection commerciale directe à l'accord préalable et écrit de l'abonné pour l'utilisation de ses coordonnées.

Le consentement doit être expressément adressé à l'opérateur de communications qu'il s'agisse des abonnements en cours ou de ceux qui seront souscrits après l'entrée en vigueur de la présente proposition de loi.

3. L'**article 3** adapte à la nouvelle rédaction de l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 -proposée par l'article premier de la proposition de loi- l'article 226-18-1 du code pénal qui fixe les sanctions applicables aux violations du droit d'opposition de la personne au traitement de ses données personnelles à des fins de prospection commerciale.

Sans modifier le quantum des peines -5 ans de prison et 300.000 euros d'amende- l'article 3 inverse l'infraction désormais constituée par le non-respect de l'accord obligatoire, préalable et écrit, à l'utilisation de ses données personnelles pour des opérations de démarchage commercial.

Précisons que, dans une note transmise à votre rapporteur, l'AFRC voit dans le dispositif proposé par la proposition de loi un *« alourdissement des procédures (qui) induit des coûts de gestion supplémentaires et stopperait radicalement le développement commercial d'entreprises »*. Elle en déduit une *« destruction-massive d'emplois en France »*, une *« destruction du chiffre d'affaires pour les entreprises »* et une *« destruction du revenu fiscal pour*

¹ Cf. exposé des motifs de la proposition de loi n° 354 (2010-2011).

l'Etat et les collectivités ». Elle privilégie, en conséquence, la mise en place de la liste PACITEL.

En revanche, la CNIL se déclare favorable à un renforcement de la protection de la vie privée des citoyens.

III. LA POSITION DE LA COMMISSION DES LOIS : RESSERRER LE DISPOSITIF SUR L'INTENTION AFFICHÉE PAR LES AUTEURS DE LA PROPOSITION DE LOI

Votre rapporteur a souhaité adapter le dispositif proposé à l'objet poursuivi par les auteurs de la proposition de loi.

Notre collègue Jacques Mézard lui a exposé sa volonté de réguler résolument les appels téléphoniques intrusifs à des fins de prospection directe par l'application du principe du « *opt-in* ».

Tenant compte de l'encadrement existant et de l'objectif poursuivi, votre rapporteur a proposé à la commission des lois de retenir un système protecteur à la source. C'est pourquoi a été retenue une nouvelle règle pesant sur les opérateurs téléphoniques désormais soumis à la règle du consentement exprès.

Les trois articles de la proposition de loi ont été réécrits en ce sens, en s'inscrivant principalement dans le code des postes et des communications électroniques :

- l'**article 1^{er}** crée un nouvel article dans le CPCE ; il prescrit le **principe du recueil du consentement exprès** de l'abonné à un service téléphonique au public, fixe ou mobile, pour l'utilisation de ses données à caractère personnel à des fins de démarchage que l'utilisateur soit l'opérateur lui-même ou un tiers.

Précisons que serait visée toute prospection directe qui peut émaner d'instituts de sondages notamment intervenant pour le compte d'entreprises commerciales.

Parallèlement, le nouveau droit de l'abonné devrait figurer sur le contrat d'abonnement téléphonique au titre des informations obligatoires fixées par l'article L. 121-83 du code de la consommation.

Le dispositif retenu par votre commission présente l'avantage de ne pas modifier la rédaction de l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 : il préserve donc la faculté, pour la personne concernée, de manifester son refus à tout moment, au traitement de ses données, même après y avoir consenti ;

- l'**article 2** est supprimé par voie de conséquence de l'adoption de l'article 1^{er} ;

- l'**article 3** sanctionne d'une **peine d'amende** de 45.000 € le non-respect du consentement préalable de l'abonné à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de démarchage ;

- un nouvel **article 4** applique le nouveau principe aux **abonnements téléphoniques en cours** : il prévoit des dispositions exceptionnelles destinées à recueillir l'accord de l'abonné à l'utilisation de ses données personnelles pour démarchage dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi.

Il confie au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les moyens les plus appropriés au recueil du consentement.

Afin de ne pas bloquer indéfiniment la pratique du démarchage par l'inaction de l'abonné, l'accord de celui-ci serait considéré comme acquis à défaut de réponse dans un délai de deux mois.

La violation, par les opérateurs, de l'obligation fixée par le législateur serait punie de la peine prévue à l'article 2.

Votre rapporteur ne prétend pas régler ainsi définitivement la question du démarchage téléphonique agressif mais il considère que cette pratique devrait être normalisée et régulée par l'application des nouvelles dispositions.

Ces propositions constituent une avancée juridique en retenant le principe de l'« *opt-in* » pour alimenter la source normale du démarchage téléphonique : les listes d'abonnés. Elles impliquent activement les personnes concernées puisque celles-ci devront consentir à l'utilisation de leurs coordonnées téléphoniques. Ce système est donc plus protecteur que celui de l'« *opt-out* », lequel est encore aggravé par l'absence fréquente d'information claire et d'une procédure simple pour faire valoir ses droits.

Rappelons à cet égard la préoccupation exprimée par nos collègues Yves Détraigne et Anne-Marie Escoffier dans leur rapport d'information sur « La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information » : « *Encore faut-il que chacun ait pleinement conscience des implications en termes de respect de la vie privée que sous-tend l'utilisation des nouvelles technologies : de ce point de vue, la question de l'éducation des individus à la maîtrise de leurs propres données constitue aux yeux de vos rapporteurs la condition sine qua non de l'effectivité du droit au respect à la vie privée.* »¹

Les opposants à l'introduction de l'accord de l'abonné ont fait valoir à votre rapporteur les outils déjà existants : droit d'opposition, liste orange, dispositif PACITEL.

Convenons, cependant, que si l'utilité de ces divers instruments n'est pas contestable, ils ne résolvent pas la question essentielle du consentement à

¹ Cf rapport d'information n° 441 (2008-2009). <http://intranet.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-441-notice.html>

ces diverses pratiques qui entament la vie privée de chacun, et doivent requérir, dans tous les cas, une démarche volontaire du consommateur.

Par ailleurs, le texte adopté par votre commission des lois responsabilise les opérateurs et prive les démarcheurs indéliçats des données recueillies en dépit du désaccord de l'abonné mais grâce à sa négligence. Ceux-ci, désormais, devront vérifier auprès de l'opérateur téléphonique que le consommateur a exprimé son accord à l'utilisation de ses coordonnées.

*

* *

Sous le bénéfice de l'ensemble de ces observations, la commission des lois soumet à la délibération du Sénat le texte qu'elle a établi.

EXAMEN DES ARTICLES

Article premier

(art. 34-4-1 [nouveau] du code des postes et des communications électroniques ; art. L. 121-83 du code de la consommation)

Principe du consentement de l'abonné téléphonique à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de prospection

L'article premier de la proposition de loi propose une nouvelle rédaction de l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, pour inverser le principe de protection des personnes physiques, restreint aux seules fins de prospection.

Aujourd'hui, cet **article 38** prescrit le droit pour toute personne physique de s'opposer, pour des motifs légitimes, au traitement de ses données personnelles, sauf s'il est prévu par la loi ou si le droit d'opposition a été expressément écarté par l'acte autorisant le traitement.

Il prévoit aussi le droit d'opposition de la personne, sans frais, à l'utilisation des données la concernant dans le cadre d'un démarchage, notamment commercial, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur. Il reprend donc la norme fixée par l'article 14 de la directive européenne du 24 octobre 1995.

• De l'« opt-out » à l'« opt-in »

L'article premier de la proposition de loi inverse le principe retenu par l'article 38 mais en ne retenant curieusement que le seul dispositif concernant la prospection (*cf.* alinéa 2).

Il impose donc au responsable du traitement, ou aux suivants, de recueillir l'accord exprès par écrit de la personne à l'utilisation de ses données à des fins de prospection, en pointant expressément le cas du démarchage commercial.

Notons qu'en tout état de cause, à défaut d'accord écrit, l'article premier interdit l'utilisation des données personnelles à des fins commerciales.

La rédaction de l'article premier supprime, toutefois, le premier alinéa de l'article 38 qui institue le droit, pour la personne, de s'opposer à tout moment au traitement de ses données personnelles. Ce faisant, cette disposition offre à celle qui y a consenti un droit de repentir en lui permettant

ultérieurement de s'y opposer, lequel disparaît par l'effet de la rédaction de l'article premier de la proposition de loi.

- **Affirmer le principe du consentement actif de l'abonné**

Votre rapporteur adhère à la démarche poursuivie par l'auteur de la proposition de loi : il convient, en effet, de renforcer la protection de la personne sans se contenter de lui accorder un simple droit d'opposition, lequel ne constitue souvent qu'une protection illusoire : en effet, soit par défaut d'information, soit faute d'enclencher la procédure, l'inaction prime ouvrant la porte au démarchage téléphonique ; cette technique de vente constitue pourtant une intrusion violente dans la vie privée.

C'est pourquoi la commission des lois a décidé de retenir le principe d'un accord manifeste.

Cependant, sur la proposition de son rapporteur, elle a choisi une autre voie que celle de l'auteur de la proposition qui lui apparaît trop large et pour cette raison moins aisément praticable et acceptable par toutes les parties.

Aussi, elle a resserré le dispositif proposé sur l'intention poursuivie par notre collègue Jacques Mézard qui l'a manifestée précisément auprès de votre rapporteur : lutter contre les nuisances vocales, les plus gênantes, constituées par ces appels téléphoniques qui, le plus souvent, surviennent à des moments spécialement inopportuns : le soir, à l'issue d'une longue journée de travail ou le samedi matin, à l'aube d'un repos bien mérité !

La commission propose un système simple, basé sur le fait générateur de la pratique contestée : l'ouverture d'une ligne téléphonique.

C'est pourquoi le texte adopté pour l'article premier impose à l'opérateur téléphonique de recueillir le **consentement exprès de l'abonné**, personne physique, pour **l'utilisation** par lui-même ou par un tiers, de ses **données personnelles** à des fins de **prospection directe**.

Ce consentement serait recueilli lors de la souscription du contrat d'abonnement téléphonique, fixe ou mobile.

Ce principe serait inséré dans la division du code des postes et des communications électroniques consacrée à la « *protection de la vie privée des utilisateurs des réseaux et services de communications électroniques* » (cf. article L. 34-1 et suivants) dans un nouvel article L. 34-4-1.

Parallèlement, il serait conforté par son intégration dans le code de la consommation : sur proposition de son rapporteur, votre commission des lois a prévu de l'insérer au rang des informations qui doivent obligatoirement figurer sur un contrat de services de communications électroniques aux termes de l'article L. 121-83 dudit code.

Cette mention faciliterait l'information due au consommateur.

Précisons que suivant son rapporteur, votre commission a souhaité appliquer la protection nouvelle à toute forme de prospection directe, telles celles pratiquées dans le cadre de sondages pour des entreprises.

Votre rapporteur rappelle à ceux qui s'effrayent de ce passage de l'« opt-out » à l'« opt-in » que ce principe ne constitue pas une novation puisqu'il a été notamment retenu pour autoriser le démarchage par automate d'appel, télécopieur ou courrier électronique (*cf.* article L. 34-5 du code des postes et des communications électroniques).

La commission des lois a adopté l'**article premier ainsi rédigé.**

Article 2

(art. 38-1 [nouveau] de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978)

Condition d'utilisation des coordonnées téléphoniques en matière de prospection commerciale directe

L'article 2 de la proposition de loi crée un nouvel article 38-1 dans la loi du 6 janvier 1978 consacré aux coordonnées téléphoniques figurant dans les annuaires.

Il interdit l'utilisation, dans des opérations de prospection commerciale directe, des données personnelles figurant dans les listes d'abonnés ou d'utilisateurs de communications électroniques ou téléphoniques sans l'accord préalable et écrit de la personne physique intéressée.

L'article 2 encadre précisément le mode et le champ du recueil du consentement : celui-ci doit être expressément adressé à l'opérateur de communications. Sont concernés non seulement les nouveaux abonnés mais également les abonnements en cours.

Cette disposition ayant été reprise, sous une autre forme, aux articles premier et 4 (*cf infra*), votre commission, sur la proposition de son rapporteur, a **supprimé l'article 2.**

Article 3

(art. 39-3-2 [nouveau] du code des postes et des communications électroniques)

Sanctions pénales

L'article 3 procède par coordination au « renversement » de l'infraction réprimée par l'article 226-18-1 du code pénal.

Rappelons que celui-ci punit de 5 ans de prison et de 300.000 € d'amende le traitement de données personnelles concernant une personne physique, malgré le refus de celle-ci, pour des opérations de démarchage, commercial notamment, d'une part, ou lorsque son opposition répond à des motifs légitimes, d'autre part.

Suivant l'article premier, l'article 3 conserve les mêmes peines mais les applique à la violation du principe de l'accord préalable et écrit à l'utilisation des données personnelles dans le cadre d'un traitement à visée de prospection commerciale.

- **Retenir une sanction proportionnée et dissuasive**

Sur la proposition de son rapporteur, la commission des lois a retenu le principe d'une pénalisation des infractions au principe de l'accord exprès à l'utilisation de ses données personnelles dans le cadre d'un démarchage.

Elle a souhaité, pour ce faire, retenir une sanction suffisamment dissuasive mais proportionnée à la nature du comportement répréhensible au regard de l'échelle des peines du code pénal.

C'est pourquoi elle a décidé de punir ces infractions d'une amende délictuelle d'un montant de 45.000 euros.

Cette disposition répressive sera insérée au titre des sanctions pénales fixées par le code des postes et des communications électroniques pour réprimer les comportements contraires aux dispositions de son livre II consacré aux communications électroniques.

La commission des lois a adopté l'**article 3 ainsi rédigé.**

Article 4 (nouveau)

Dispositif transitoire pour les contrats en cours

Sur la proposition de son rapporteur, votre commission a adopté un nouvel article 4 destiné à permettre la mise en œuvre du principe fixé par l'article premier pour les abonnements déjà souscrits.

- **Régler le sort des abonnements en cours**

Suivant la préoccupation de notre collègue Jacques Mézard de protéger l'ensemble des abonnés actuels et futurs, la commission des lois, à l'initiative de son rapporteur, a prévu d'étendre l'application du principe posé à l'article premier à l'immense masse des contrats téléphoniques en cours.

A cette fin, elle a prévu un dispositif spécifique souple et non codifié, destiné à recueillir l'accord de l'abonné :

- obligation, pour l'opérateur téléphonique, de recueillir le consentement de ses clients dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi ;

- remise au pouvoir réglementaire du soin de déterminer les modalités de mise en œuvre de cette prescription.

Il apparaît opportun, en effet, de retenir cette souplesse qui permettra de choisir le moyen le plus approprié techniquement : prochaine facture, message vocal au début d'un appel, ... ;

- principe d'un consentement tacite de l'abonné s'il ne répond pas, dans un délai de deux mois, à la demande de l'opérateur.

Cette commodité permet de concilier les intérêts opposés des deux parties : le client aura été sollicité et donc sera en mesure de se prononcer en connaissance de cause ; en revanche, son inaction ne bloquera pas indéfiniment l'activité du secteur professionnel ;

- la violation, par l'opérateur téléphonique, de son obligation vis-à-vis de son client, est sanctionnée par une amende de 45.000 €.

Le montant de cette peine qui s'appliquera à chaque infraction -pour chaque client- et donc autant de fois qu'elle aura été commise, apparaît suffisamment dissuasif pour permettre l'application de cette nouvelle protection des abonnés.

La commission des lois a adopté **l'article 4 (nouveau) ainsi rédigé.**

*

* *

Votre commission a adopté la proposition de loi ainsi rédigée.

EXAMEN EN COMMISSION

MERCREDI 13 AVRIL 2011

M. François Pillet, rapporteur. – La proposition de loi déposée par MM. Jacques Mézard, Yvon Collin et les membres du groupe du RDSE vise à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique. Peu d'entre vous pourraient dire qu'ils n'ont jamais été agressés ainsi.

Doit-on conserver l'*opt-out* ou retenir l'*opt-in* ? Pour répondre à cette question, il convient d'abord de vérifier quelle protection assure la législation en vigueur. Outre l'intervention de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, cette protection résulte de la directive du 24 octobre 1995 transposée le 6 août 2004, qui prévoit le droit de la personne de s'opposer gratuitement au traitement de données la concernant.

Peut-on ériger en principe général le droit d'opposition de la personne à l'utilisation de ces données ? A l'heure actuelle, la personne qui a pris connaissance de son droit, est tenue d'accomplir une action positive pour se protéger. Peut-on être engagé par son silence ? C'est une question de nature juridique... Dans un avis du 18 mai 2010, le Conseil national de la consommation a souhaité une mise en œuvre simple et rapide, grâce à une compréhension par tous les acteurs car « l'efficacité de la protection des données et de la vie privée est devenue autant une condition du développement de la liberté individuelle qu'un facteur important de la confiance des consommateurs ».

Ce faisant, bouleverserions-nous les principes juridiques ? Non, puisque la proposition de loi a des précédents : l'article L-34-5 du Code des postes et des communications électroniques interdit 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. C'est bien la technique de l'*opt-in*.

M. Jean-Pierre Sueur. – Ne peut-on utiliser une expression française ?

M. François Pillet, rapporteur. – Tout abonné au service public de téléphone a le droit de figurer gratuitement dans l'annuaire, mais il peut choisir de ne pas y figurer (liste rouge) ou d'interdire l'utilisation de ses données personnelles (liste orange). Cependant, je ne suis pas sûr que tous les membres de la commission le sachent, à plus forte raison, tous nos compatriotes...

Le projet Pacitel du gouvernement revient à admettre la proposition de certains professionnels s'engageant à ne plus démarcher les consommateurs qui s'y sont inscrits. Cette proposition du groupe de travail qu'avait mis en place Hervé Novelli, ne rassemble pas toutes les sociétés de démarchage, de sorte que cette amélioration n'est toujours pas satisfaisante. D'une manière significative, les professionnels du démarchage ont pris en compte les excès constatés en s'engageant à ne plus appeler tôt le matin ou tard le soir (20 h 30 en semaine, 18 heures le samedi).

Les professionnels du démarchage par téléphone emploieraient 260 000 personnes mais je ne sais pas comment ce chiffre est calculé et je ne suis pas sûr que tous les salariés soient en France.

Je vous recommanderai d'accepter la logique de la proposition et d'inverser le principe général en passant de l'*opt-out* à l'*opt-in*. Les amendements que je vous soumettrai tout à l'heure respectent, je le crois, l'esprit des dispositions initiales.

M. Jacques Mézard. – Les pratiques des centres d'appel ont provoqué des réactions de nos concitoyens. Nous avons eu des remontées, y compris d'associations de consommateurs. Pacitel ne changera pas grand-chose parce qu'il faudra, pour en profiter, être inscrit sur une liste et répondre à des critères. Ne mettons pas trop d'espoir dans ce projet. Il faut un dispositif législatif.

M. Jean-Paul Amoudry. – D'accord sur le principe, je crains que l'article premier, qui oblige la société à recueillir un accord exprès écrit, ne soit bien complexe. Je songe notamment aux données transmises aux banques. Cela ne mérite-t-il pas d'être précisé ?

M. Jean-Pierre Sueur. – Cette proposition, dont je partage la philosophie, suscite trois questions. La première résulte du rapprochement du titre, relatif au « démarchage téléphonique » et de l'article 2, visant les « communications électroniques ou téléphoniques » : l'Internet est-il compris dans le champ de la loi ?

Deuxièmement, les sondages, sur lesquels M. Portelli et moi avons travaillé, sont-ils concernés par ce texte ? Nous avons proscrit les gratifications des personnes sondées qui existent aujourd'hui, mais, comme nous apprenons toujours plus sur ce sujet, nous découvrons que neuf personnes sur dix ne répondent pas aux sondages par téléphone : il sera bien difficile aux instituts de réunir les quotas et autres échantillons.

Troisièmement, une nouvelle pratique se développe à l'occasion des élections : il paraît que le *phoning* est décisif aux États-Unis. L'article 1^{er}, traitant de prospection « notamment commerciale », ne s'applique-t-il pas dans ce cas ?

M. Pierre-Yves Collombat. – Si je souscris à l'objectif, je rappelle que les banques et sociétés financières collectent nécessairement des données personnelles, qu'elles sont même parfois tenues de déclarer à Tracfin. Il me semble que les sondages ne relèvent pas de la proposition de loi, non plus que la prospection politique.

M. Jean-Jacques Hyest, président. – Le rapporteur a anticipé des réponses par ses amendements.

Mme Nicole Borvo Cohen-Seat. – On ne peut empêcher des militants de téléphoner...

M. Richard Yung. – La liste orange, dont je découvre l'existence, ne constitue-t-elle pas une meilleure solution ? Mettre le citoyen lambda au courant serait peut-être plus efficace que de légiférer. Nous devons penser aux 260 000 emplois de ce secteur, qui ne sont pas tous à l'étranger. A-t-on mesuré l'impact de la disposition ?

M. François Pillet, rapporteur. – Je me suis interrogé sur la rédaction de l'article 1^{er}, mais les auteurs m'ont expliqué que le titre marquait l'objectif, et que la rédaction pouvait être légèrement différente, ce qui sera l'objet d'un premier amendement, resserrant l'objet sur la fourniture de service téléphonique.

M. Jean-Pierre Sueur. – Il ne s'agit donc pas d'Internet.

M. François Pillet, rapporteur. – Internet, c'est moins intrusif, aussi les organisations de consommateurs nous ont-elles dit qu'il n'y a guère de difficulté pour Internet : c'est la pollution par le téléphone qui constitue la plus grande nuisance. Les sondages commerciaux réalisés par des sociétés commerciales ne sont pas exclus...

M. Jean-Pierre Sueur. – Cela rend très difficiles les sondages.

M. François Pillet, rapporteur. – La question des élections est plus délicate car il peut arriver que le *phoning* soit confié à une entreprise ; à mon sens, il faudrait alors que ce soit compris dans le champ d'application de la loi. L'article L. 34-5 exclut seulement le démarchage électronique. Le paquet électoral, que nous venons de voter, interdit le *phoning* le jour du vote.

M. Charles Gautier. – C'est incontrôlable.

M. Alain Anziani. – Nous avons appliqué le droit commun des campagnes électorales : le *phoning* est interdit à partir du vendredi à minuit.

M. André Reichardt. – On parle de protection du consommateur, mais le chef d'entreprise est aussi une personne physique : le texte interdirait-il de les démarcher ?

M. François Pillet, rapporteur. – Sur sa ligne privée, mais pas sur celle de l'entreprise.

M. André Reichardt. – Un entrepreneur en EURL est une personne physique.

M. Jean-Jacques Hyest. – Mais une EURL n'est pas une personne physique.

M. François Pillet, rapporteur. – Pourquoi le contrat entre la société et un abonné profiterait-il à un tiers ? La solution que je propose permet d'exclure l'utilisation des données personnelles à des fins commerciales si l'abonné n'y a pas consenti.

M. Jean-Pierre Sueur. – Ne serait-il pas utile de limiter le dispositif à la prospection commerciale ? Je crains aussi que la combinaison des amendements n° 1 rectifié et 3 rende bien difficiles les sondages par téléphone : il faut faire attention à maintenir un équilibre.

EXAMEN DES AMENDEMENTS

Article 1er

M. François Pillet, rapporteur. – J'ai déjà présenté l'amendement n° COM-1 rectifié, qui respecte l'objectif d'un consentement exprès de l'abonné à l'utilisation des données à caractère personnel à des fins de prospection directe : les

contrats nouveaux devront le prévoir. Je précise que la loi emploie déjà à l'article L. 34-5 l'expression « prospection directe » qu'il définit.

M. Jacques Mézard. – Tout à fait d'accord.

L'amendement n° 1 rectifié est adopté et devient l'article 1^{er}.

Article 2

L'amendement de cohérence n° COM-4 est adopté ; en conséquence l'article 2 est supprimé.

Article 3

M. François Pillet, rapporteur. – L'amendement n° COM-2 réduit les pénalités proposées par la proposition de loi. Je précise qu'elles s'appliqueront pour chaque infraction : 45 000 euros l'appel ; quand il y a une centaine d'appels, cela fait beaucoup... En outre une peine de prison est inapplicable à une société.

L'amendement n° COM-2, adopté, devient l'article 3.

Article additionnel après l'article 3

M. François Pillet, rapporteur. – L'amendement n° COM-3 traite des contrats en cours. Dans un délai d'une année, l'opérateur recueillera le consentement de l'abonné ; afin d'éviter un blocage, son consentement sera réputé acquis si l'abonné n'a pas répondu dans les deux mois. L'information pourra être assurée sur les factures ou par un *jingle*, un indicatif au début des appels pour démarchage.

M. Jean-Jacques Hyest, président. – Des messages importants sont parfois mêlés à des publicités : désormais, la préfecture annonce les inondations par un message dont nous devons accuser réception.

M. Alain Anziani. – A-t-on prévu tous les cas ? Que se passe-t-il quand la personne change d'avis ?

M. François Pillet, rapporteur. – Elle peut toujours revenir sur sa décision, mais il lui faut alors accomplir une démarche.

M. Alain Anziani. – Cela ne figure pas dans le texte.

M. François Pillet, rapporteur. – Parce que la loi prévoit déjà ce droit.

L'amendement n° COM-3, adopté, devient un article additionnel 4.

L'ensemble de la proposition de loi est adopté.

Le sort des amendements examinés par la commission est retracé dans le tableau suivant :

Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
Article 1^{er} Principe du consentement de l'abonné téléphonique à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de prospection			
M. PILLET, rapporteur	1	Recueil du consentement lors de la conclusion d'un contrat d'abonnement téléphonique	Adopté

Article 2 Condition d'utilisation des coordonnées téléphoniques en matière de prospection commerciale directe			
M. PILLET, rapporteur	4	Suppression de conséquence	Adopté
Article 3 Sanctions pénales			
M. PILLET, rapporteur	2	Fixation d'une peine d'amende	Adopté
Article additionnel après Article 3			
M. PILLET, rapporteur	3	Dispositif transitoire pour les contrats en cours	Adopté

ANNEXE

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

M. Jacques Mézard, sénateur, auteur de la proposition de loi

Secrétariat d'Etat auprès de la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services, des professions libérales et de la consommation

- **M. Philippe Gravier**, directeur de cabinet
- **Melle Laurence Durand-Mille**, assistante du chef de cabinet en charge des relations avec le Parlement
- **M. Thomas Maurisse**, conseiller technique
- **M. Philippe Guillermin**, chef de bureau

Consommation Logement et Cadre de Vie (CLCV)

- **Mme Sandrine Perrois**, juriste
- **Mme Isabelle Le Diberder**, chargée de mission

UFC Que Choisir

- **M. Nicolas Godfroy**, directeur juridique
- **Mme Laetitia Lemaire**, chargée de mission aux relations institutionnelles

Contributions écrites

- Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)
- Association française des centres de relation Client (AFRC)

TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte de la proposition de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;">Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés</p> <p><i>Art. 38.</i> — Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.</p> <p>Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur.</p> <p>Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement.</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;">Proposition de loi visant à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique</p> <p style="text-align: center;">Article 1^{er}</p> <p>L'article 38 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est ainsi rédigé :</p> <p>« Art. 38. — Concernant le traitement des données à des fins de prospection, notamment commerciale, la personne doit donner expressément son accord par écrit au responsable du traitement ou à celui d'un traitement ultérieur, pour que ses données puissent faire l'objet dudit traitement. À défaut d'accord écrit, ses données personnelles ne pourront en aucun cas être utilisées à des fins commerciales. »</p> <p style="text-align: center;">Article 2</p> <p>Après l'article 38 de la même loi, il est inséré un article 38-1 ainsi rédigé :</p> <p>« Art. 38-1. — Les données à caractère personnel issues des listes d'abonnés ou d'utilisateurs de communications électroniques ou téléphoniques ne peuvent être utilisées dans des opérations de prospection commerciale di-</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;">Proposition de loi visant à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique</p> <p style="text-align: center;">Article 1^{er}</p> <p><u>I. — Après l'article L. 34-5 du code des postes et des communications électroniques, il est inséré un article L. 34-5-1 ainsi rédigé :</u></p> <p><u>« Art. L. 34-5-1. — Lors de la conclusion d'un contrat de fourniture de service téléphonique au public, l'opérateur de communications électroniques doit recueillir le consentement exprès de l'abonné, personne physique, pour l'utilisation par voie téléphonique, par lui-même ou par un tiers, de ses données à caractère personnel à des fins de prospection directe ».</u></p> <p><u>II. — Après le septième alinéa de l'article L. 121-83 du code de la consommation, il est inséré un g ainsi rédigé :</u></p> <p><u>« g) Le consentement ou le refus du consommateur à l'utilisation de ses données à caractère personnel à des fins de prospection directe. »</u></p> <p style="text-align: center;">Article 2</p> <p style="text-align: center;">Supprimé.</p>

Texte en vigueur	Texte de la proposition de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
Code pénal	<p>recte sans l'accord préalable et écrit de la personne physique auxquelles ces données à caractère personnel se rapportent.</p> <p>« Cet accord doit être expressément adressé à l'opérateur de communications visées à l'alinéa précédent pour les abonnements effectués postérieurement à la loi n° du visant à renforcer les droits du consommateur en matière de démarchage téléphonique et pour les abonnements en cours. »</p> <p>Article 3</p> <p>L'article 226-18-1 du code pénal est ainsi rédigé :</p> <p>« Art. 226-18-1. — Le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique sans que cette dernière n'ait donné son accord préalable et écrit pour que ses données soient utilisées, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection commerciale, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. »</p>	<p>Article 3</p> <p><u>Après l'article L. 39-3-1 du code des postes et des communications électroniques, il est inséré un article L. 39-3-2 ainsi rédigé :</u></p> <p><u>« Art. L. 39-3-2. — Les infractions à l'article L. 34-5-1 sont punies d'une amende de 45 000 € . »</u></p> <p>Article 4 (nouveau)</p> <p><u>I. — Pour les contrats en cours, l'opérateur de communications électroniques recueille le consentement de l'abonné, personne physique, dans le délai d'un an à compter de la publication de la présente loi selon des modalités fixées par voie réglementaire.</u></p> <p><u>À défaut de réponse de l'abonné dans le délai de deux mois à compter de la demande de l'opérateur, son consentement est réputé acquis.</u></p> <p><u>II. — Le non-respect de cette obligation est puni de la peine d'amende prévue à l'article L. 39-3-2 du code des postes et des communications électroniques.</u></p>