

N Direct marketing A2
MH/EDJ/AS
889-2022

Brussel, 15 december 2022

ADVIES

OVER

**EEN VOORONTWERP VAN WET TOT WIJZIGING VAN DE BEPALINGEN
BETREFFENDE DE ONGEWENSTE COMMUNICATIES IN HET WETBOEK VAN
ECONOMISCH RECHT EN HET ONTWERP VAN KONINKLIJK BESLUIT
BETREFFENDE DE CENTRALE NUMMERDATABANK IN HET KADER VAN
TELEFONISCHE DIRECT MARKETING**

(goedgekeurd door het bureau op 13 oktober 2022,
bekrachtigd door de algemene vergadering van de Hoge Raad op 15 december 2022)

Op 13 september 2022 heeft de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO van mevrouw Eva De Bleeker, Staatssecretaris voor Consumentenbescherming, een adviesvraag ontvangen over een voorontwerp van wet tot wijziging van de bepalingen betreffende de ongewenste communicaties in het Wetboek van economisch recht en het ontwerp van koninklijk besluit betreffende de centrale nummerdatabank in het kader van telefonische direct marketing.

Na raadpleging van de commissie Marktpraktijken en de interprofessionele organisaties heeft het bureau van de Hoge Raad op 13 oktober 2022 onderstaand advies uitgebracht, dat werd bekrachtigd door de algemene vergadering van de Hoge Raad op 15 december 2022.

CONTEXT

Artikel VI.112 van het Wetboek van economisch recht verplicht personen die aan telefonische direct marketing doen om voorafgaandelijk na te gaan of een bepaald telefoonnummer al dan niet is opgenomen in de lijst van abonnees die hun recht op verzet hebben uitgeoefend. Telecomoperatoren worden volgens het huidig systeem verplicht elk individueel een lijst aan te leggen van de abonnees die te kennen hebben gegeven zich te verzetten tegen het gebruik van hun telefoonnummer voor redenen van direct marketing. De operator kan evenwel de uitvoering van deze verplichting delegeren aan een instelling zonder winstgevend doel, wat in de praktijk is gebeurd door de vzw “Do Not Call me” te erkennen.

Door de wet van 26 november 2021 tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (wet elektronische communicatie) moeten telecomoperatoren een centrale nummerdatabank in België oprichten. Gezien deze verplichting zou het doelmatiger zijn indien de operatoren de telefoonnummers van de abonnees die hun recht op verzet willen uitoefenen eveneens gecentraliseerd zouden kunnen bijhouden in een centrale nummerdatabank. De terbeschikkingstelling van de centrale databank voor direct marketing aan de personen die aan telefonische direct marketing wensen te doen zal georganiseerd worden door een andere vereniging zonder winstgevend doel. Er zal m.a.w. een nieuw systeem ingevoerd worden waarbij één vzw zal worden belast met het creëren van de lijst van oproepnummers en een andere vzw met het ter beschikking stellen van deze lijst aan personen die aan direct marketing wensen te doen.

Deze twee vzw’s moeten door de Koning worden erkend overeenkomstig de erkenningscriteria voorzien in het ontwerp van koninklijk besluit betreffende de centrale nummerdatabank in het kader van telefonische direct marketing.

Daarnaast worden ook nog andere aanpassingen voorzien ter verduidelijking van de regelgeving of om in overeenstemming te brengen met het Europees recht.

Zo vallen de communicaties per post voortaan volledig onder de algemene verordening gegevensbescherming (AVG)¹. Voor de telefonisch direct marketing kan het opt-out-systeem behouden blijven op grond van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie². De regelgeving in het Wetboek Economisch Recht over direct marketing is voortaan dus enkel nog van toepassing voor de telefonische direct marketing.

¹ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG

² Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (hierna richtlijn privacy en elektronische communicatie).

Tenslotte wordt verduidelijkt dat het recht op verzet wordt uitgeoefend via een nationaal geografisch nummer tegen het basistarief.

STANDPUNTEN

De Hoge Raad wenst er vooreerst op de wijzen dat er nog een regelgevingsimpactanalyse (RIA) dient te gebeuren waardoor voorafgaandelijk de potentiële gevolgen en administratieve lasten van deze regelgeving op de economie en in het bijzonder op de kmo's geëvalueerd kan worden.³

De Hoge Raad benadrukt dat zelfstandigen zowel verkopers als consumenten kunnen zijn. Vanuit het oogpunt van de zelfstandige die commercieel wordt "benaderd" merkt de Hoge Raad op dat een zelfstandige niet altijd voldoende gewapend en beter op de hoogte zouden moeten zijn van hun rechten en mogelijkheden om hun nummer en andere contactgegevens op de "Do Not Call me" lijst te zetten. Het is dan ook volgens de Hoge Raad belangrijk om ervoor te zorgen dat deze lijsten worden nageleefd, aangezien inbreuken in de praktijk niet ongewoon zijn.

Daarnaast wenst hij volgende opmerkingen over het voorontwerp van wet mee te delen.

1. De opname van het verzet van de abonnee in de databank.

In het ontwerp wordt in de centrale nummerdatabank elk verzet van de abonnee onverwijld geregistreerd. De datum van registratie wordt bijgehouden en aan de personen die aan telefonische direct marketing wensen te doen overgemaakt. (art. 3, 3^o, 1^{ste} lid voorontwerp van wet, §3 nieuw in artikel VI. 111 WER).

In de huidige regeling wordt in artikel VI.111 van het WER een termijn van vijf werkdagen toegekend voor het registreren van het verzet van de abonnee.

De memorie van toelichting licht dit toe als volgt:

'Deze registratie moet voortaan onverwijld gebeuren : gezien de abonnee rechtstreeks zijn recht op verzet zal uitoefenen bij de centrale nummerdatabank via een daartoe voorzien oproepnummer is er geen enkele reden meer om een termijn van vijf werkdagen te behouden.

Waar de wet voorheen bepaalde dat de datum van registratie werd meegedeeld aan de abonnee, zal dit voortaan niet meer nodig zijn daar de abonnee, ter gelegenheid van de oproep voor de registratie van zijn verzet, onmiddellijk bevestiging krijgt van de registratie van zijn nummer in de centrale nummerdatabank. De datum van deze registratie wordt bovendien overgemaakt aan de personen die aan telefonische direct marketing wensen te doen.

Aangezien telefoonmarketeers verplicht zijn de lijst te raadplegen alvorens een campagne te starten, zullen zij voortaan tijdig, d.w.z. binnen 24 uur na de registratie van een telefoonnummer waarvoor de abonnee zijn recht op verzet heeft uitgeoefend, op de hoogte zijn en moeten zij rekening houden met de datum van registratie.'

³ Hoofdstuk 2 van titel 2 van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging

De Hoge Raad wijst erop dat de tekst die nu voorligt voorziet dat de gebruiker van de Do Not Call me lijst zijn bellijst moet updaten met een lijst die maximaal 24u voor de campagne geregistreerd is.

Kmo's ontvangen echter in de praktijk een Do Not Call me lijst die ze zelf nog moeten ontdebellen met hun bellijst, waardoor de periode van 24u overschreden wordt. Wanneer zij bovendien beroep doen op een extern call center dan loopt de tijd nog verder uit. Het is aldus operationeel onhaalbaar om binnen de 24u na ontvangst van de lijst de volledige bewerkingen uit te voeren. Grotere bedrijven beschikken soms over software waardoor deze 24u haalbaar zou kunnen zijn, maar de Hoge Raad merkt op dat kmo's hier meestal niet over beschikken.

De Hoge Raad vraagt om de periode van vijf werkdagen zoals vandaag het geval is te behouden en niet te reduceren tot 24u.

2. Waarom twee verschillende vzw's

De lijst van abonnees die hun recht op verzet hebben uitgeoefend zal gecentraliseerd bijgehouden worden in een centrale nummerdatabank bij een vereniging zonder winstgevend oogmerk (nl. vzw CNDB). De terbeschikkingstelling van deze centrale databank voor direct marketing aan de personen die aan telefonische direct marketing wensen te doen zal echter georganiseerd worden via een andere vereniging zonder winstgevend doel. Er zal m.a.w. een nieuw systeem ingevoerd worden waarbij één vzw zal worden belast met het creëren van de lijst van oproepnummers en een andere vzw met het ter beschikking stellen van deze lijst aan personen die aan direct marketing wensen te doen. (art. 3, 2^o, 1^{ste} paragraaf en art. 5 voorontwerp van wet; paragraaf 2 art. VI.111 en art. VI.114 nieuw WER)

De Hoge Raad stelt zich de vraag waarom er twee vzw's ingevoerd moeten worden. Hij is voorstander dat het beheer en de terbeschikkingstelling louter kan verlopen via de vzw die de centrale nummerdatabank beheert. De vzw die de data ter beschikking stelt aan personen die aan direct marketing wensen te doen lijkt geen meerwaarde te hebben maar zal enkel extra kosten teweegbrengen.

De Hoge Raad stelt zich de vraag of het ter beschikking stellen van een bestand aan en/of de consultatie van de centrale databank voor direct marketing wel de kostprijs rechtvaardigt ten aanzien van ondernemingen die niet als hoofddoel telemarketing hebben. De Hoge Raad is in iedere geval van mening dat de bewoording in het ontwerp (dat de kosten niet hoger mogen liggen dan nodig) te weinig garanties biedt aan alle gebruikers.

De Hoge Raad heeft kennis genomen van een audit over de werking van de vzw "Do Not Call me". Hij vraagt om de resultaten van de audit af te wachten alvorens verdere stappen te ondernemen.

3. Direct marketing per post

De richtlijn privacy en elektronische communicatie verplicht de lidstaten om een systeem met uitdrukkelijke voorafgaande toestemming (opt-in) toe te passen op ongewenste communicatie die wordt uitgevoerd door middel van automatische oproepapparaten, faxen en e-mails (waaronder sms-berichten). De richtlijn geeft de lidstaten daarentegen de keuze om een opt-in systeem of opt-out systeem te implementeren voor andere tools betreffende direct marketing, zoals telefonische oproepen. Deze richtlijn gaat er immers vanuit dat bepaalde vormen van direct marketing zoals persoonlijke telefonische oproepen, die duur zijn voor het bedrijf maar geen financiële kosten inhouden voor de abonnee, de implementatie rechtvaardigen van een systeem waarbij de abonnees kunnen melden dat ze dergelijke oproepen niet meer willen ontvangen.

In het huidige Wetboek Economisch Recht worden 4 vormen van direct marketing opgesomd:

- Direct marketing door middel van geautomatiseerde oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst en het gebruik van faxen (artikel VI.110, §1) – opt-in
- Direct marketing door middel van telefonische oproep (artikel VI.110, §2) – opt-out
- Direct marketing per post (artikel VI.110, §2) – opt-out
- Direct marketing door middel van elektronische post (inclusief sms) (artikel XII.13 WER) – opt-in

Zoals de Memorie aangeeft, moet de richtlijn privacy en elektronische communicatie gezien worden als *lex specialis* ten opzichte van de algemene verordening gegevensbescherming (AVG).

In het voorliggende voorontwerp van wet, wordt artikel VI.110 §2 beperkt tot direct marketing per telefoon. Dat betekent concreet dat de specifieke wettelijke basis op grond waarvan direct marketing per post toegelaten is door middel van een opt-out- systeem verdwijnt. Direct marketing per post zal dus niet langer een specifieke wettelijke basis hebben, en bijgevolg terugvallen op de regels uit de algemene verordening gegevensbescherming.

De Hoge Raad merkt op dat deze regels op zijn minst dubbelzinnig zijn als het aankomt op de vraag of direct marketing per post is toegelaten op basis van een opt-out-systeem, dan wel of er specifieke voorafgaande toestemming vereist is.

De algemene verordening gegevensbescherming erkent direct marketing als een grondslag van ‘gerechtvaardigd belang’ om gegevens te verwerken. Tegelijk is het duidelijk dat de ondernemer die dit gerechtvaardigd belang wenst in te roepen, moet kunnen aantonen dat een afweging werd gemaakt tussen zijn of haar gerechtvaardigd belang om aan direct marketing te doen, en de rechten en vrijheden van de bestemmeling. Een duidelijke wettelijke bepaling die toelaat om direct marketing per post te organiseren door middel van een opt-out-systeem, is dan ook noodzakelijk om dit te kunnen opnemen in die belangenafweging.

De Hoge Raad is van mening dat zonder dergelijke wettelijke basis de kans groter (te groot) is dat een onderneming vanaf nu ook voor direct marketing per post de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de bestemmeling zal nodig hebben, wat absoluut moet vermeden worden.

4. Klachten

De Hoge Raad is voorstander van het bijhouden en publiceren van een overzicht van klachten, inspecties en boetes i.v.m. de Do Not Call me lijst.

BESLUIT

De Hoge Raad heeft enkele bemerkingen over het voorontwerp van wet en het bijhorende koninklijk besluit. Zo stelt hij volgende aanpassingen voor.

- Hij vraagt om de huidige regeling van vijf werkdagen te behouden voor het registreren van het verzet van de abonnee.
- Hij stelt zich de vraag waarom er 2 vzw's ingevoerd moeten worden. De Hoge Raad stelt voor om slechts één vzw te hanteren voor het beheer en de terbeschikkingstelling van de lijst.

- De specifieke wettelijke basis op grond waarvan direct marketing per post toegelaten is door middel van een opt-out- systeem verdwijnt waardoor de regels uit de algemene verordening gegevensbescherming gelden. De Hoge Raad vraagt ter vermijding van interpretatieproblemen om een duidelijke wettelijke bepaling in te voeren die toelaat om direct marketing per post te organiseren door middel van een opt-out-systeem.
- Hij is voorstander van het bijhouden en publiceren van een overzicht van klachten, inspecties en boetes i.v.m. de Do Not Call me lijst.
