



ZIENSWIJZE CONSULTATIE WIJZIGING ARTIKEL 11.7 TW

CAIW, VodafoneZiggo, T-Mobile/Tele2 en KPN (hierna: "Partijen") danken het ministerie van Economische Zaken en Klimaat voor de gelegenheid een zienswijze te geven op het voorontwerp tot wijziging van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: het voorontwerp).

1. SAMENVATTING VOORSTEL

Het voorontwerp strekt tot wijziging van het systeem voor telemarketing voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden door middel van de introductie van een *opt-in systeem*. Op grond van het huidige artikel 11.7 Tw geldt voor telemarketing met menselijke tussenkomst een opt-out systeem. Er geldt op dit moment één uitzondering op het opt-out-systeem voor telemarketing. Indien de verzender in het kader van de verkoop van zijn product of dienst elektronische contactgegevens heeft verkregen van een abonnee, mag hij deze contactgegevens gebruiken voor telemarketing met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten – zelfs als de desbetreffende abonnee zich heeft ingeschreven in het Bel-me-niet-register (BMNR).

Met het voorontwerp wordt beoogd telemarketing gericht op natuurlijke personen alleen toe te staan wanneer hier expliciet toestemming voor is gegeven (*opt-in systeem*). Afgaande op de tekst van het voorontwerp gaat het ook om "andere dan in het eerste lid bedoelde middelen" en is de strekking dus breder dan telemarketing. Het BMNR komt met de invoering van de wet te vervallen. Nieuwe klanten kunnen telefonisch uitsluitend nog worden geworven als de natuurlijke persoon tevoren toestemming heeft gegeven. Voor bestaande klanten blijft gelden dat deze ongevraagd kunnen worden benaderd voor eigen gelijksoortige producten of diensten, mits bij de verkrijging van de contactgegevens de mogelijkheid tot verzet is geboden en deze mogelijkheid ook bij elke communicatie wordt geboden. Nieuw is dat het gebruik van nummerblokkering niet meer is toegestaan en dat in het achtste en negende lid kapstokbepalingen zijn opgenomen voor het stellen van nadere regels voor het gebruik van contactgegevens, het recht van verzet en de termijn die kan worden gesteld voor direct marketing op basis van een klantrelatie. Opdrachtgevers en opdrachtnemers van telemarketing hebben aangegeven dit door middel van zelfregulering vorm te willen geven.

Onder meer uit het Kantar onderzoek blijkt dat veel consumenten bepaalde vormen of wijzen van telemarketing als ongewenst beschouwen en dat klachten of meldingen bij Consuwijzer serieus moeten worden genomen. Om die reden wordt nu een regeling voorgesteld op grond waarvan natuurlijke personen louter gebeld kunnen worden voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden indien (i) eerst toestemming is gegeven, danwel (ii) er een klantrelatie bestaat. De regelgeving voor telemarketing geldt voor alle bedrijven of instellingen die telefonisch consumenten of bestaande klanten benaderen voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden en heeft dus een bredere strekking dan de telecomsector waarin Partijen actief zijn.

2. OPT-IN SYSTEEM

Het Kantar onderzoek laat zien dat slechts weinig consumenten telemarketing op prijs stellen en dat het Bel-me-niet-register (BMNR) in de praktijk niet afdoende effectief is. Partijen hebben ervoor begrip dat voor het opt-in systeem wordt gekozen. Deze keuze sluit aan bij artikel 16(1) van het ontwerp voor een ePrivacyverordening (hierna: de ontwerpverordening) waarover thans op Europees niveau wordt gesproken. Artikel 16(4) van de ontwerpverordening laat overigens onverlet dat lidstaten nog steeds kunnen kiezen voor een opt-out systeem net zoals thans op grond van Artikel 13 ePrivacyrichtlijn het geval is.

Partijen hebben enige bedenkingen bij de timing van het wetsvoorstel en vragen zich af waarom ervoor wordt gekozen op de verordening vooruit te lopen.

- De ontwerpverordening is thans nog in onderhandeling in het Europees Parlement. Niet valt uit te sluiten dat artikel 16 in het onderhandelingsproces wordt gewijzigd. Inwerkingtreding van de verordening kan worden verwacht in 2022 (24 maanden na vaststelling). De verordening heeft te zijner tijd rechtstreekse werking in Nederland. Het tijdstip van inwerkingtreding van het gewijzigde 11.7 Tw na de parlementaire behandeling kan min of meer samenvallen met het moment van inwerkingtreding van de verordening. Dit heeft tot gevolg dat het gewijzigde artikel 11.7 Tw mogelijk rond de voorziene datum van inwerkingtreding alsnog in lijn met de ePrivacyverordening moet worden gebracht en dus weer moet worden gewijzigd of mogelijk zelfs moet worden ingetrokken. Dit achten Partijen onwenselijk.
- Anders dan in het voorontwerp wordt in de ontwerpverordening rekening gehouden met een implementatietermijn van 24 maanden. Een ruime implementatietermijn is wenselijk om de benodigde bedrijfsprocessen, klantprocessen en systemen aan te passen. Daarmee wordt de ruimte gecreëerd de klantenbase in lijn te brengen met de nieuwe opt-in regelgeving.
- De voortijdige aanpassing van artikel 11.7 Tw in relatie tot de ontwerpverordening kan leiden tot additionele en onnodige implementatiekosten voor marktpartijen voor zover artikel 11.7 en artikel 16 van de verordening onderling afwijken.

<p>Partijen bevelen aan dat het voorontwerp tot wijziging van artikel 11.7 Tw wordt aangehouden tot na de vaststelling van de ePrivacyverordening. Voor zover artikel 11.7 Tw in de aanloop van de inwerkingtreding van de ePrivacyverordening alsnog wordt gewijzigd dient een vergelijkbare implementatietermijn van 24 maanden te worden ingevoegd. Daarmee wordt de mogelijkheid gecreëerd de klantenbase in lijn te brengen met de nieuwe opt-in regelgeving. Additionele en onnodige implementatiekosten voor het bedrijfsleven moeten zo veel als mogelijk worden voorkomen.</p>

3. REIKWIJDTE BEGRIPPEN

3.1 Klant en eindgebruiker

In het voorontwerp wordt gesproken over "eindgebruiker" en "klant". Dit roept vragen op over de reikwijdte van beide begrippen, de verhouding tot de ePrivacyrichtlijn en de ontwerpverordening. Net als in de huidige artikelen 11.5 en 11.7 derde lid 3 Tw wordt in het vierde lid van het voorontwerp voor de wijziging van artikel 11.7 Tw uitgegaan van het begrip "klant". De Tw kent naast de begrippen "abonnee" en "eindgebruiker" echter geen definitie van het begrip "klant". Het begrip "klant" in relatie tot de begrippen "abonnee" en "eindgebruiker" wordt in de ontwerp-MvT niet toegelicht. Ook in het voorontwerp voor de implementatie van de Telecomcode wordt niet uitgegaan van "klant" en blijven de begrippen "abonnee" en "eindgebruiker" ongewijzigd. Daarmee is de juridische reikwijdte van het begrip "klant" in artikel 11.7 Tw onduidelijk.

Partijen bevelen aan dat "klant" in lijn met artikel 13 vijfde lid ePrivacyrichtlijn wordt vervangen door "abonnees die natuurlijke personen zijn". Dit is tevens min of meer in lijn met artikel 16 van de ontwerpverordening die spreekt van: "end-users who are natural persons".

3.2 Andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen

In artikel 11.7 tweede lid wordt het eerste lid van overeenkomstige toepassing verklaard op "andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden". Het is op grond van het wetsvoorstel niet duidelijk wat de reikwijdte hiervan is. Het is weliswaar primair de bedoeling om telemarketing aan een opt-in eis te onderwerpen, maar de gekozen bewoordingen suggereren dat ook voor andere middelen waarvoor nu geen opt-in geldt, voortaan een opt-in eis zal gelden. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan sociale mediaberichten, pop-ups of zelfs gewone post. De huidige tekst van artikel 16 (1) van de ontwerpverordening spreekt in dit verband van "electronic communications services" als bedoeld in artikel 2 (4) van de Telecomcode en omvat internet access services, interpersonal communications services, machine-to-machine services en broadcasting. De bredere strekking van het wetsvoorstel noopt ertoe de ontwerp-MvT aanzienlijk uit te breiden met een omschrijving van wat onder "andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen" wordt verstaan, de verhouding met overige regelgeving en de daaruit voortvloeiende gevolgen. De verhouding met de implementatiewet van de Telecomcode lijkt in het voorontwerp nog onvoldoende aandacht te hebben gekregen.

Partijen bevelen aan dat "andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen" in artikel 11.7 tweede lid wordt vervangen door "telemarketing", althans dat in het wetsvoorstel wordt verduidelijkt voor welke vormen van direct marketing een opt-in eis zal gelden en voor welke niet.

4. REIKWIJDTE KLANTRELATIE UITZONDERING

4.1 Bestaande klanten en verhouding met de AVG

Partijen verwelkomen de mogelijkheid genoemd in het vierde lid dat een verzender die kan aantonen dat hij gebruik maakt van elektronische gegevens die hij heeft verkregen van zijn klanten in het kader van de verkoop van een product of dienst mag gebruiken voor ongevraagde telemarketing. Volgens het negende lid van artikel 11.7 van het voorontwerp kan bij algemene maatregel van bestuur een termijn worden gesteld die aanvangt "op het moment van verzamelen van de contactgegevens" gedurende welke deze mogen worden gebruikt voor direct marketing. Per soort en middel ongevraagde communicatie kan bovendien onderscheid in de termijn worden gemaakt.

Partijen steunen het uitgangspunt van het voorontwerp dat voor zover de verzender gebruik maakt van contactgegevens die hij heeft verkregen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst, deze gegevens op dit moment voor onbepaalde tijd gebruikt kunnen worden om eigen gelijksoortige producten of diensten aan te bieden. Aldus staat conform onderdeel 4.2 van de ontwerp-MvT buiten twijfel dat (voormalige) klanten nog steeds voor onbepaalde tijd benaderd kunnen worden met een nieuw aanbod voor een soortgelijk product of dienst, in beginsel totdat de (voormalige) klant gebruik heeft gemaakt van zijn recht op verzet dat hem in elke boodschap moet worden aangeboden of de klant de gegeven toestemming intrekt.

Dit is ook het uitgangspunt van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Conform overweging 47 AVG kan de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing worden beschouwd als uitgevoerd met het oog op een gerechtvaardigd belang. Expliciete toestemming is niet nodig. Wel heeft de betrokkene op grond van artikel 21 AVG te allen tijde het recht bezwaar te maken tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens voor directmarketingdoeleinden en moet hem dat actief worden aangeboden. Op basis van de AVG kunnen persoonsgegevens dus voor directmarketingdoeleinden worden gebruikt, totdat de betrokkene heeft aangegeven daartegen bezwaar te hebben.

Artikel 10 van de ontwerp-MvT bevat de volgende passage: *Door de periode dat de klantrelatie een basis kan zijn voor telemarketing in te perken kunnen (voormalige) klanten minder lang nadat de overeenkomst wordt gesloten een nieuw aanbod worden gedaan door de verkoper.*

Deze passage kan beter worden geschrapt. Daarmee sluit de MvT beter aan op artikel 7.2b tweede en derde lid van het voorontwerp voor de implementatie van de Telecomcode. Op grond daarvan moet de aanbieder de eindgebruiker (lees: abonnee die een natuurlijke persoon is) tegen het einde van de overeenkomst resp. ten minste een keer per jaar advies geven over de voordeligste tarieven met betrekking tot zijn diensten (lees: diensten die door de aanbieder worden geleverd). Het geven van advies over de voordeligste tarieven kan op een lijn worden gesteld met het doen van een nieuw aanbod aan een bestaande klant.

Artikel 10 van de ontwerp-MvT bevat de volgende passage: *Door de periode dat de klantrelatie een basis kan zijn voor telemarketing in te perken kunnen (voormalige) klanten minder lang nadat de overeenkomst wordt gesloten een nieuw aanbod worden gedaan door de verkoper.*

Deze passage staat op gespannen voet met artikel 7.2b tweede en derde lid van het voorontwerp voor de implementatie van de Telecomcode. Partijen bevelen aan dat deze passage wordt geschrapt.

4.2 Eigen gelijksoortige producten of diensten

In het vierde lid wordt een uitzondering gemaakt voor het gebruik van elektronische contactgegevens van klanten voor ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden ten behoeve van *eigen gelijksoortige producten of diensten*. In de ontwerp-MvT worden als voorbeelden van gelijksoortige producten of diensten genoemd: een energiecontract en het aanbieden van een thermostaat, een krant en het aanbieden van een andere krant. Niet gelijksoortige producten of diensten zijn volgens de ontwerp-MvT een krant en het aanbieden van een puzzelboekje, of een autoverzekering en het aanbieden van een levensverzekering. Deze voorbeelden lijken nogal arbitrair te zijn gekozen. De genoemde voorbeelden zijn zonder meer vatbaar voor discussie en trekken een grens die ongerechtvaardigd beperkend is. Zij creëren eerder onzekerheid dan duidelijkheid en dragen ieder geval niet bij aan een heldere afbakening van "eigen gelijksoortige producten of diensten".

Om onzekerheid en ongerechtvaardigde beperkingen van "eigen gelijksoortige producten of diensten" in het kader van de klantrelatie-uitzondering in het vierde lid te voorkomen bevelen Partijen aan dat de voorbeelden in de MvT worden geschrapt. De interpretatie kan beter aan de praktijk en in voorkomend geval aan de ACM als toezichthouder worden overgelaten.

4.3 Mogelijkheid tot het stellen van een termijn

In het voorontwerp wordt toegevoegd de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (AMvB) een termijn te stellen aan de tijd dat de klantrelatie als basis kan dienen voor telemarketinggesprekken. Bij het vaststellen van een generieke termijn ontstaat de vraag wat het relevante moment is waarop de contactgegevens worden verzameld, te meer als de verzameling van contactgegevens tot stand is gekomen op basis van deelverzamelingen van gegevens en in feite hiervoor geen eenduidig moment kan worden bepaald. Daarnaast kan de situatie ontstaan dat de termijn voor het benaderen van klanten door middel van telemarketing korter is dan de looptijd van de overeenkomst. Dit zal niet de bedoeling van het voorontwerp zijn. Beter is het om te bepalen dat de termijn aanvangt bij het einde van de overeenkomst. Dit betreft een eenduidig moment. Partijen steunen dat de termijn kan worden bepaald door middel van zelfregulering.

Afdoende geregeld is dat bedrijven klanten kunnen benaderen in het kader van de uitvoering van de overeenkomst. Het voorontwerp beoogt daarin geen wijzigingen aan te brengen. Voor nieuwe klanten bestaat reeds thans de mogelijkheid dat bedrijven toestemming vragen voor benadering voor telemarketingdoeleinden gedurende de looptijd van de overeenkomst inclusief een termijn waarin de klant na afloop van de overeenkomst mag worden benaderd. De termijn start dan op het moment dat de toestemming van de klant is verkregen. In lijn met artikel 7(3) AVG geldt dat de klant zijn toestemming te allen tijde kan intrekken. De mogelijkheid van het stellen van een maximumtermijn door middel van zelfregulering of een algemene maatregel van bestuur laat onverlet dat bedrijven toestemming kunnen vragen voor een kortere of ruimere termijn, zolang de gegeven toestemming voldoet aan de vereisten van de AVG en steeds het recht van verzet wordt geboden.

Partijen bevelen aan dat in het negende lid voor de aanvang van de bedoelde termijn wordt uitgegaan van "het moment van beëindiging van de overeenkomst" in plaats van "het moment van verzamelen van de contactgegevens".

5. RUIME IMPLEMENTATIETERMIJN 24 MAANDEN

Voor zover het voorontwerp niet wordt aangehouden dringen partijen in aansluiting op de ontwerpverordening aan op een implementatietermijn van 24 maanden zodat er voldoende tijd is om de bedrijfsprocessen, klantprocessen en systemen aan te passen. Aangezien de BMNR komt te vervallen zal ieder bedrijf moeten registreren welke klanten toestemming hebben gegeven dan wel het recht van verzet hebben uitgeoefend. Met het BMNR werden deze gegevens centraal geadministreerd.

Den Haag, 15 augustus 2019

Feyo Sickinghe

feyo.sickinghe@twobirds.com

06-46726180