



Avis n° 42/2014 du 30 avril 2014

Objet : projet d'arrêté royal fixant les critères d'agrément de l'association ou l'organisation visée à l'article 100/4 de la loi du 6 avril 2010 *relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur* (CO-A-2014-029)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après la "LVP"), en particulier l'article 29 ;

Vu la demande d'avis du Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Économie, des Consommateurs et de la Mer du Nord, reçue le 12/03/2014 ;

Vu le rapport du Président, Monsieur Willem Debeuckelaere ;

Émet, le 30 avril 2014, l'avis suivant :

I. CONTEXTE

1. L'article 2 de la Directive 2009/136/CE¹ a modifié l'article 13 de la Directive 2002/58/CE² afin de protéger les abonnés qui sont des personnes physiques³ contre des communications non sollicitées. Le point 3 de l'article 13 de cette Directive dispose ce qui suit :

"3. Les États membres prennent les mesures appropriées pour assurer que les communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, dans les cas autres que ceux visés aux paragraphes 1 et 2, ne soient pas autorisées, soit sans le consentement des abonnés ou des utilisateurs concernés, soit à l'égard des abonnés ou des utilisateurs qui ne souhaitent pas recevoir ces communications, le choix entre ces deux solutions étant régi par la législation nationale, sachant que les deux solutions doivent être gratuites pour l'abonné ou l'utilisateur."

2. Dans la pratique, il s'agit surtout de gérer les appels téléphoniques non sollicités à des fins de prospection directe (ce qu'on appelle le "cold calling")⁴, dans la mesure où la personne concernée n'est pas cliente.

¹ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, L 337/11, JO du 18 décembre 2009.

² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), L 201/37, JO du 31 juillet 2002.

³ Le point 5 de l'article 13 prévoit ce qui suit : "Les paragraphes 1 et 3 s'appliquent aux abonnés qui sont des personnes physiques. Les États membres veillent également, dans le cadre du droit communautaire et des législations nationales applicables, à ce que les intérêts légitimes des abonnés autres que les personnes physiques soient suffisamment protégés en ce qui concerne les communications non sollicitées."

⁴ En cas d'utilisation d'autres moyens que les automates d'appel, les télécopies et les courriers électroniques.

3. La loi du 10 juillet 2012 *portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (citée comme loi Télécom)*⁵ a instauré toute une série de règles⁶ dans la loi du 6 avril 2010 *relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur* (LPMC). Le législateur a opté pour la création d'un fichier "opt-out" ou fichier d'opposition plutôt que pour l'exigence du consentement.

4. L'article 100/4 de la loi du 6 avril 2010 constitue la base d'exécution légale du présent projet d'arrêté royal. Cet article est rédigé comme suit :

"Art. 100/4. § 1^{er}. Le Roi peut, après avis de la Commission de la protection de la vie privée, prendre des mesures pour :

1^o déterminer le contenu, la forme et le fonctionnement du fichier visé à l'article 100/1, § 2 ;

2^o déterminer les conditions et les modalités d'accès à ces fichiers des personnes qui veulent faire des appels téléphoniques pour des raisons de marketing direct, y compris l'identification de ces personnes ;

3^o maintenir les modalités de communication de l'abonné, visée à l'article 100/1, § 1^{er}, aussi simples que possible."

5. La Commission est dès lors consultée pour ces aspects relatifs à la protection des données à caractère personnel.

⁵ M.B. du 25 juillet 2012, p. 41008-41010.

⁶ "Art. 100/1. § 1^{er}. L'opérateur offre à son abonné la possibilité de communiquer, à tout moment, qu'il s'oppose à l'utilisation du numéro de téléphone ou des numéros de téléphone qui lui sont attribués pour des raisons de marketing direct.

L'abonné exerce gratuitement ce droit d'opposition et peut au moins le communiquer par téléphone, par lettre ou par e-mail.

Lors de la conclusion du contrat, l'opérateur attire l'attention de l'abonné sur ce droit de manière expresse et particulière.

§ 2. L'opérateur enregistre chaque opposition d'un abonné, telle que visée au § 1^{er}, dans les cinq jours ouvrables dans un fichier destiné à cet effet et communique à l'abonné la date de l'enregistrement.

L'opérateur met à la disposition des personnes, qui veulent faire du marketing direct par téléphone, le fichier qui contient les numéros de téléphone pour lesquels les abonnés ne veulent pas d'appels pour des raisons de marketing direct.

Un opérateur peut déléguer l'exécution des obligations fixées au présent article (Note du traducteur : il y a lieu de comprendre ici "au § 1^{er}") à un organisme sans but lucratif avec lequel il conclut un contrat à cet effet. "

Art. 100/2. § 1^{er}. Tout appel téléphonique pour des raisons de marketing direct vers un numéro de téléphone qui est repris dans le fichier visé à l'article 100/1, § 2, est interdit.

Pour tout appel téléphonique pour des raisons de marketing direct, l'appelant vérifie préalablement si le numéro concerné n'est pas repris dans ce fichier.

§ 2. L'interdiction visée au § 1^{er} ne s'applique pas aux appels vers des numéros de téléphone d'abonnés qui ont donné leur accord exprès aux personnes qui font des appels téléphoniques pour des raisons de marketing direct ou au nom desquelles de tels appels sont faits, pour utiliser leurs données personnelles à de telles fins.

(...)"

II. CONTENU DU PROJET

6. Le présent projet d'arrêté royal fixant les critères d'agrément de l'association ou l'organisation visée à l'article 100/4 de la loi du 6 avril 2010 *relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur* (ci-après "le Projet") vise à offrir un cadre qui protège l'utilisateur contre des communications téléphoniques non sollicitées.

7. À cet effet, le Roi distingue quatre groupes de conditions :

- les conditions en ce qui concerne la facilité d'utilisation ;
- les conditions en ce qui concerne l'absence d'un but de lucre ;
- les conditions en ce qui concerne l'accès pour les personnes qui veulent faire des appels téléphoniques pour des raisons de marketing direct ou pour le compte desquelles cela se produit ;
- les conditions en ce qui concerne la protection de la vie privée.

8. La Commission fait remarquer que la Directive européenne a laissé au législateur belge une large marge de manœuvre en l'autorisant à définir "les mesures appropriées". Toutefois, le choix devait être gratuit pour l'utilisateur. La LPMC et le Projet respectent ce cadre européen très large.

III. QUANT AU FOND

A. Contrôle du suivi des remarques formulées dans l'avis n° 10/2012

9. La Commission a déjà émis l'avis n° 10/2012 le 21 mars 2012 sur le projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques. Elle a également traité l'aspect du fichier d'opposition susmentionné aux points 73 et suivants. Dès lors, on vérifiera ci-après dans quelle mesure le Projet tient compte des remarques déjà formulées par la Commission.

10. Le Projet a suivi la remarque formulée précédemment par la Commission selon laquelle "*le législateur accorde d'abord et surtout de l'attention aux garanties efficaces que chaque registre d'opposition reconnu comme officiel doit offrir en matière de gestion neutre et de communication, en plus des nombreuses alternatives similaires nationales et étrangères pour les personnes concernées*" (point 81 de l'avis susmentionné). Le Projet entend effectivement régler les conditions qui répondent à cette exigence (voir "conditions en ce qui concerne l'absence de but de lucre").

11. Dans son avis susmentionné, la Commission attirait également l'attention sur un certain nombre d'imprécisions et de points importants supplémentaires. Les points suivants ont été précisés précédemment par la LPMC et/ou le sont à présent par le Projet :

- l'utilisation du registre est légalement obligatoire⁷ (l'utilisation de l'ancienne liste Robinson Phone et de l'actuelle liste "Ne m'appellez plus"⁸ de l'Association belge de marketing direct (ci-après la "BDMA") n'est pas obligatoire) ;
- il ne s'agit pas d'une reprise de registres existants (ancienne liste Robinson ou actuelle liste "Ne m'appellez plus") car le registre est placé en autogestion. Le Projet prévoit la création d'une asbl pour une durée indéterminée⁹. En outre, l'association ou l'organisation "*ne peut participer à d'autres associations ou personnes morales*"¹⁰. Cette disposition tient compte d'une remarque antérieure de la Commission : "*Une indépendance structurelle vis-à-vis du secteur du marketing direct présente assurément des avantages en matière de gestion indépendante et de communication correcte concernant toutes les possibilités d'opposition et leur base juridique.*" ;
- le registre est placé sous le contrôle de la Commission¹¹. Le Ministre désigne également un représentant qui peut assister aux réunions des organes statutaires de l'asbl¹² ;
- les frais de fonctionnement sont supportés par les personnes habilités à accéder au registre et les coûts de l'infrastructure informatique et du logiciel sont supportés par les opérateurs téléphoniques¹³ ;
- le Projet prévoit des conditions de facilité d'utilisation et diverses possibilités de communication pour l'abonné. Ainsi, l'abonné "*peut, à tout moment, s'inscrire, se désinscrire ou apporter des modifications à son inscription par téléphone, par courrier ou par internet*"¹⁴. "*Dans les cinq jours ouvrables*", l'abonné reçoit "*une confirmation datée de son inscription, de sa désinscription ou de la modification de son inscription [] par lettre ou sur*

⁷ L'article 100/2, § 1^{er} de la LPMC dispose que : "(...) Pour tout appel téléphonique pour des raisons de marketing direct, l'appelant vérifie préalablement si le numéro concerné n'est pas repris dans ce fichier."

⁸ <https://www.ne-m-appellez-plus.be/>.

⁹ Article 1^{er}, 2^o, a) et b) du Projet.

¹⁰ Article 1^{er}, 2^o, f) du Projet.

¹¹ Voir ci-après au point B.1.

¹² Article 3 du Projet.

¹³ Article 1^{er}, 3^o, c) du Projet.

¹⁴ Article 1^{er}, 1^o, b) du Projet.

*un autre support durable*¹⁵. Ces dispositions répondent à la question de la Commission visant à savoir si la communication vis-à-vis des personnes concernées est claire ou compliquée, ainsi qu'à la remarque selon laquelle il convient de veiller à la qualité des données.

B. Imprécisions

12. La Commission conclut qu'il a été tenu compte d'un grand nombre de ses remarques. Toutefois, le Projet devant s'inscrire dans un contexte complexe impliquant divers acteurs (opérateurs, utilisateurs professionnels de services de marketing direct), elle constate quand même que plusieurs imprécisions subsistent, pouvant avoir un impact sur le bon fonctionnement de la liste "Ne m'appellez plus".

B.1. Mécanismes de contrôle interne et externe du registre

13. L'article 1^{er}, 4^o, a) du Projet dispose ce qui suit : "*les avis et les décisions de la Commission de la protection de la vie privée sont respectés de manière stricte*". L'article 2 du Projet stipule que l'asbl a une obligation de rapport au Ministre. La Commission estime que ces nouveaux mécanismes peuvent être affinés dans le Projet et être mieux alignés sur les précédents existants.

B.1.1. Rôle de la Commission

14. La Commission estime que la disposition dans l'article 1^{er}, 4^o, a) n'est pas claire et va plus loin que ce qu'autorise la LVP. L'avis de la Commission n'est pas contraignant et ni la LVP, ni la LPMC n'ont défini une compétence spécifique qui autoriserait la Commission à prendre certaines décisions à l'égard de l'association qui gèrera le registre.

15. La Commission souhaite dès lors que l'article 1^{er}, 4^o, a) du Projet soit supprimé, étant donné qu'il n'ajoute rien *de facto* aux larges possibilités que la LVP lui accorde déjà en vertu des articles 29, 31 et 32.

16. Le Projet dispose que l'actif net de l'association peut être destiné à la Commission, en cas de dissolution de l'association (article 1^{er}, 2^o, c) du Projet). Dans la mesure où cela signifie qu'un traitement de données à caractère personnel (le fichier opt-out) serait confié à la Commission et que la Commission deviendrait un responsable de traitement de données à caractère personnel, la Commission estime que cette disposition n'est pas compatible avec sa mission qui consiste à

¹⁵ Article 1^{er}, 1^o, c) du Projet.

intervenir "*en toute indépendance*"¹⁶ à l'égard de l'association et du traitement de données à caractère personnel.

17. La Commission souhaite dès lors que la disposition à l'article 1^{er}, 2^o, c) du Projet soit réécrite de manière à ce que la gestion du traitement de données à caractère personnel (la liste "Ne m'appellez plus") ne puisse pas lui être attribuée.

B.1.2. Contrôle interne par un préposé à la protection des données

18. Afin de tenir compte de l'article 17*bis* de la LVP et du futur droit européen au respect de la vie privée concernant (notamment) l'obligation de notification des brèches de sécurité, la Commission souhaite également que l'association agréée désigne un préposé à la protection des données et/ou un conseiller en sécurité.

B.1.3. Obligation de rapport externe

19. Par analogie avec d'autres exemples comme les obligations de rapport dans le chef de la Commission d'enquête sur les sectes¹⁷ et de Child Focus¹⁸ vis-à-vis de la Commission, afin de donner une valeur ajoutée à des mesures continues démontrables en matière de protection des données, la Commission souhaite que le rapport annuel mentionné à l'article 2 du Projet soit aussi adressé à la Commission en tant qu'organe de contrôle indépendant et pas uniquement au Ministre.

20. La Commission estime également qu'il est préférable que l'obligation de rapport ne soit pas limitée à un "*rapport sur les activités*" mais qu'il soit aussi fait mention des analyses internes d'impact et de risques en matière de vie privée qui ont été réalisées de manière proactive ou réactive par l'asbl et/ou le préposé à la protection des données concernant les traitements. Le but ne peut certainement pas être de recevoir un rapport statique mais bien un rapport utile qui contient des éléments comme l'attention accordée au suivi de nouvelles réglementations (en matière de respect de la vie privée), les actions de sensibilisation suivies, les éventuels incidents, les questions, les plaintes et les évaluations, un recueil des recommandations ou des questions formulées en interne à l'égard du Ministre compétent (par ex. pour adapter l'arrêté royal à une réalité ou un contexte modifié(e)).

¹⁶ Article 28.1 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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*, L. 281/31, JO du 23 novembre 1995.

¹⁷ Article 7 de l'arrêté royal du 13 juillet 2006 *portant exécution de l'article 6, § 3, de la loi du 2 juin 1998 portant création d'un Centre d'information et d'avis sur les organisations sectaires nuisibles et d'une cellule administrative de coordination de la lutte contre les organisations sectaires nuisibles*, M.B. du 16 août 2006.

¹⁸ Article 3, § 6, troisième alinéa de la LVP.

B.2. Droit d'opposition et obligation d'information vis-à-vis de la personne concernée

21. Le Projet ne fait pas référence à l'article 12 de la LVP. L'article 14 (b) de la Directive 95/46/CE sur lequel se base cet article contient néanmoins la base juridique générale en Belgique pour le droit d'opposition contre tous les traitements à des fins de prospection. L'important est que la forme et la technique du droit d'opposition n'ont pas été définis.

22. La Commission rappelle dans ce cadre l'existence d'autres possibilités d'opposition que celles mentionnées dans le Projet. Elle estime que la personne concernée doit toujours être informée clairement de toutes les possibilités afin de pouvoir faire un choix loyal et libre du moyen d'opposition le plus approprié (article 4, § 1 et article 12 de la LVP). Ces autres possibilités d'opposition sont les suivantes :

- la possibilité pour les personnes concernées de s'inscrire sur des listes d'associations étrangères, dans des fichiers repousseurs privés de sociétés qui ne sont pas des opérateurs de télécommunication, ... ;
- le droit, pour les personnes concernées, de se faire retirer des annuaires.

B.3. Sensibilisation et obligation d'information

23. La Commission estime que l'aspect de l'information aux personnes concernées n'a pas été abordé. Les abonnés concernés n'auront pas recours à la possibilité de s'enregistrer s'ils ne sont pas systématiquement et clairement informés à cet effet via divers canaux et par divers acteurs (opérateurs en télécommunication et professionnels du marketing direct). L'aspect pratique de l'obligation d'information a dès lors besoin d'être approfondi.

B.4. Règle de priorité en cas de concours de conditions (standard) contractuelles avec une manifestation de volonté ultérieure

24. Dans le cadre de l'initiative "Ne m'appellez plus", la Commission a été interrogée fin 2013 concernant la règle de priorité si différentes manifestations de volonté de la personne concernée étaient disponibles. Concrètement, la question était de connaître l'impact d'une clause dans des contrats particuliers avec le client (par ex. une banque, une compagnie d'assurances, ...) par laquelle la personne concernée donnerait son consentement au traitement de ses données à caractère personnel à des fins de (télé)marketing. La Commission avait adhéré au point de vue du SPF Économie selon lequel la date de la dernière décision de l'abonné était déterminante.

En d'autres termes : l'inscription dans un fichier d'opposition annule tout consentement (individuel) antérieur quant à la réception d'appels téléphoniques à des fins de marketing direct. En effet, il faut éviter que la situation devienne confuse pour le consommateur et que soient mis en place des systèmes permettant à des manifestations de volonté ultérieures de la personne concernée de se contredire.

25. Afin de prévoir une protection efficace des personnes concernées par le Projet, la Commission souhaite que la précision susmentionnée de la règle de priorité soit également reprise explicitement dans le Rapport au Roi.

B.5. Durée de l'inscription

26. Enfin, la Commission estime que, pour des raisons de transparence externe et parce que cet élément va assurément susciter des questions, faute de précision, les possibilités d'une durée de validité déterminée ou indéterminée de l'inscription doivent explicitement être régies par le Projet.

27. Il faut soit préciser que l'inscription est valable pour une durée déterminée (si la personne concernée elle-même le souhaite explicitement par exemple), soit que l'inscription de la personne concernée est valable jusqu'au moment de la désinscription ou de la modification par la personne concernée, ou jusqu'au moment où le numéro d'appel n'est plus attribué à l'abonné ou jusqu'à ce que le numéro ne soit plus actif. Bien que ces dernières options ressortent indirectement de l'article 1^{er}, 1^o, b) et 1^{er}, 1^o, e) du Projet, il est préférable de définir explicitement la durée (indéterminée) d'inscription dans le Rapport au Roi.

IV. CONCLUSION

28. Le Projet ajoute un certain nombre de mesures nécessaires pour offrir une protection efficace aux personnes concernées contre des appels non sollicités à des fins de marketing direct.

29. Malgré le fait qu'il soit tenu compte de remarques antérieures de la Commission, le Projet contient encore quelques imprécisions qui peuvent être levées afin d'optimiser la protection des personnes concernées.

**PAR CES MOTIFS,
la Commission**

- émet un avis favorable concernant le Projet, moyennant le respect des points 15, 17, 19, 20, 22, 23, 26 et 27.

- demande qu'une attention soit accordée aux autres remarques qu'elle a formulées aux points 18 et 25 , afin de mieux protéger les personnes concernées.

L'Administrateur f.f. ,

Le Président,

(sé) Patrick Van Wouwe

(sé) Willem Debeuckelaere