

L'avis des experts

Aspects juridiques du marketing direct





Expert

David Rosenthal
david.rosenthal@homburger.ch

David Rosenthal est consultant en droit de l'information et des télécommunications auprès de l'étude zurichoise Homburger. Il est en outre chargé de cours à l'Université de Bâle et à l'EPFZ et a publié de nombreux articles dans les domaines du droit, des techniques de l'information et de la protection des données.

Pour opérer dans le domaine du marketing direct, il faut de la créativité et des moyens, mais aussi respecter les dispositions légales. La protection des données joue ici un rôle essentiel, tout comme d'autres dispositions dont il convient de tenir compte.

La Suisse ne dispose **pas d'une loi sur le marketing ou la publicité**. Si l'on souhaite connaître les bases juridiques du marketing direct, il est nécessaire de réunir les dispositions énoncées dans divers textes de loi. Il existe également des règles de conduite volontaires, dont le respect peut être contrôlé par des conseils d'arbitrage privés (comme par exemple la Commission pour la loyauté dans la publicité, www.loyaute-en-publicite.ch).

En Suisse, la réglementation juridique du marketing direct s'effectue à différents niveaux:

- **Données du public-cible**
Dès que l'on traite des données qui ne sont plus anonymes, c'est-à-dire qui se rapportent à des personnes identifiées ou identifiables, il convient de respecter les dispositions de la loi fédérale sur la protection des données (LPD). Cela s'applique à l'établissement de profils de la personnalité tout comme à l'utilisation d'adresses. En Suisse, à l'instar de la plupart des pays européens, les données des personnes morales sont aussi protégées par la LPD, ce qui implique également les restrictions correspondantes.
- **Contenu du message**
Le contenu du message d'une opération de marketing direct peut également être soumis à des règles juridiques. Il s'agit en particulier des règles générales figurant dans la loi contre la concurrence déloyale (LCD), de l'ordonnance sur l'indication des prix (OIP) et de différentes directives des autorités de surveillance interdisant ou limitant la publicité pour certains produits ou services, comme le tabac, l'alcool, les médicaments, les denrées alimentaires, les prestations financières ou les assurances. Les règles y relatives figurent dans diverses lois et ordonnances édictées par la Confédération et parfois par les cantons.
- **Communication du message**
Le mode de communication du message n'est pas totalement libre. Les destinataires peuvent par exemple se protéger contre les publipostages dans leur boîte aux lettres, les fax et e-mails non désirés, les SMS et les appels téléphoniques, sur la base de la protection des données (LPD), de la LCD, ou encore du respect de la propriété et de la possession selon le code civil. Une violation des dispositions de la LCD peut même être poursuivie pénalement, bien que cela soit rarement le cas. Des dispositions analogues existent également à l'étranger. Certains instruments de marketing direct, notamment les concours, sont en outre soumis à diverses restrictions.

On entend parfois que «le droit» empêche le marketing direct. Il n'en va pas toujours ainsi. Il est vrai que toute règle impose des limites, mais si l'on intègre d'emblée les données juridiques à la planification, il est aisé de trouver des alternatives. Il s'agit en outre de se souvenir que toute norme juridique part d'un **besoin**. La protection des données vise la protection de la sphère privée et de la personnalité. Depuis l'avènement d'internet, il est désormais clair que le grand public souhaite une telle protection de la part des acteurs économiques. C'est pourquoi les entreprises doivent se tenir aux règles correspondantes, même si une violation de la loi sur la protection des données n'a généralement pas de conséquence juridique grave. Par contre, la perte de confiance et l'irritation des clients résultant d'un non-respect de la protection des données peuvent être fatales, tout particulièrement si les médias s'emparent de l'incident.

Protection des données

En Suisse, le traitement de données par d'autres personnes dans l'économie privée est autorisé, même sans consentement préalable. La loi fédérale sur la protection des données (LPD) édicte toutefois des règles contraignantes sur la manière dont des particuliers (et l'Etat) peuvent collecter, utiliser, conserver et traiter de telles données. Tout mercaticien direct devrait donc en premier lieu savoir ce que sont des **données personnelles**. Il s'agit de toutes les informations qui se rapportent à une personne (physique ou morale) identifiée ou identifiable.

Les adresses postales sont des données personnelles typiques tout comme les profils d'intérêt qui se rapportent à la personne nommée. Les adresses électroniques sont généralement des données personnelles, parce qu'elles se rapportent au détenteur du nom de domaine ou au nom indiqué, ou parce qu'une adresse permet d'identifier une personne en fonction de ses activités sur internet. Les **données rendues anonymes** (par exemple issues de statistiques anonymes) ne sont pas des données personnelles et leur utilisation sous cette forme n'est pas régie par la LPD.

Lorsque la LPD est applicable, il s'agit de respecter une série de dispositions, dont les principales pour l'économie privée sont les suivantes:

- **Toute collecte de données personnelles doit se faire de manière licite.** L'utilisation et le traitement des données sous quelque forme que ce soit doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi (notion non juridique). Il est interdit d'obtenir subrepticement ou de détourner des données, d'utiliser des programmes de collecte d'adresses e-mail sur internet et de collecter des données sous un faux prétexte ou en utilisant des méthodes fallacieuses. Si la collecte des données s'est effectuée de manière illicite, il est également interdit à des tiers de bonne foi de les utiliser. Attention, donc, lors de l'achat d'adresses.
- **Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but indiqué lors de leur collecte.** Il peut être noté dans le cadre d'une **déclaration sur la protection des données** sur un site internet que « les données seront utilisées à des fins publicitaires pour compte propre ou à usage de tiers ». Cette mention peut aussi simplement être stipulée dans les conditions générales (CG). Outre le but indiqué lors de leur collecte, les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances. Si un client s'attend à ce que ses données (par exemple son adresse) ne soient utilisées qu'à des fins administratives, il est interdit d'en faire usage pour des fins publicitaires ou de les transmettre à un partenaire marketing.. Cette disposition relative au but est importante pour le marketing direct. Si l'entreprise ne s'aménage pas le droit d'utiliser les données à des fins publicitaires ou à les transmettre à des tiers lors de la collecte des données, elle devra se le procurer ultérieurement si besoin est, ce qui est plus ardu et plus coûteux. En effet, alors qu'une indication suffit au moment du traitement des données, l'accord formel du client est obligatoire lors d'une demande ultérieure. Une simple information n'est plus suffisante.
- **Le traitement des données personnelles doit être effectué conformément au principe de proportionnalité.** Il doit se limiter aux données et à l'utilisation légitime c'est-à-dire dans le but indiqué et de manière correcte. Cela implique par exemple que l'on ne peut pas demander d'autres informations sur un formulaire de récolte de données que celles qui sont nécessaires. Pour récolter des données supplémentaires, il faut laisser le choix à la personne concernée de les indiquer ou non. Cela est aussi valable dans le cas d'une utilisation autre que celle prévue au départ. (Par exemple reprendre l'adresse d'un formulaire de commande pour envoyer une Newsletter.) Il est possible de prévoir une case spécifique à cet effet sur le formulaire de collecte des données, permettant à la personne de déterminer les utilisations acceptées ou non. Plus les données demandées sont sensibles ou inhabituelles, plus la notice d'information doit être complète..

- **Les données personnelles ne peuvent être récoltées à l'insu de la personne.** Au plus tard depuis l'entrée en vigueur de la révision de la LPD soit en 2008, le traitement des données personnelles doit pouvoir être reconnaissable comme tel par la personne concernée, , Comme c'est le cas pour les données traitées uniquement dans un but précis (voir point 2 ci-dessus), une simple déclaration sur le site internet, sur un bulletin de commande, dans les conditions générales d'un contrat ou sur le talon d'une étiquette de prix suffit généralement.
- **Il est interdit d'utiliser des données personnelles contre le gré de la personne concernée.** Chaque personne peut demander que ses données ne soient plus utilisées sans avoir à donner de raison (principe de l'Opt-out), ou retirer une autorisation donnée préalablement. Cela est valable même si la personne concernée avait rendu ses données accessibles au public (par exemple dans l'annuaire téléphonique). Les données publiées peuvent être utilisées **sans demande expresse** supplémentaire dans le but initialement prévu (pour les adresses de l'annuaire, également à des fins publicitaires). Il est cependant possible de l'éviter en en faisant la demande, par exemple en ajoutant un astérisque* à ses données dans l'annuaire téléphonique, ou en adressant une requête à l'entreprise qui lui a adressé de la publicité.
- **Seules des données correctes peuvent être traitées.** Tout individu peut donc demander des corrections sur ses propres données et chaque entreprise qui en effectue le traitement est tenue de s'assurer de leur exactitude et de leur légalité par rapport au but prévu. Si d'anciennes adresses sont utilisées pour un simple mailing, cela ne portera pas à conséquence, mais il n'en ira pas de même s'il s'agit par exemple d'encaissements. Dans la pratique, il s'avère que le mercaticien est souvent plus intéressé à disposer de données correctes que les personnes elles-mêmes.
- **Les données et les profils sensibles de la personnalité ne peuvent être transmis à des tiers** (et sont soumis à d'autres restrictions). Il s'agit entre autres de données sur les opinions ou activités religieuses, idéologiques, politiques ou syndicales, d'informations sur la santé ou la sphère privée, sur d'éventuelles poursuites pénales, etc. et de la réunion de données qui permettent de juger des aspects essentiels de la personnalité d'une personne physique (par exemple les comportements de consommation ou les habitudes de vie). Ce dernier point peut notamment être punissable en marketing direct. Depuis le 1^{er} janvier 2008, celui qui utilise ce type de données doit informer systématiquement et de manière active la personne concernée sur l'identité du possesseur des données, le but de leur utilisation et les éventuels destinataires de ces renseignements. Cette disposition est également valable lorsque les données sont traitées par un tiers (par exemple un fournisseur), pour autant que ce dernier n'ait pas déjà fait cette information au préalable – ce qui ne sera le plus souvent pas le cas – à moins que l'on ne se trouve dans l'une des exceptions indiquées ci-après.

Les personnes contrevenant à ces principes dans l'économie privée, intentionnellement ou non, portent atteinte à la personnalité de la personne concernée. Cette dernière peut alors porter plainte contre la société traitant les données et contre toute personne ayant collaboré à ce traitement devant un **tribunal civil** (il n'en découle généralement pas de suites pénales). La LPD prévoit toutefois différentes situations qui peuvent **justifier** d'enfreindre les dispositions légales et de contrevenir au respect de la personnalité. A savoir:

1. **Accord du lésé:** il est recommandé à celui qui traite des données de se procurer de tels accords (p.ex. pour la transmission de profils de la personnalité) par écrit (fait office de preuve) ou par toute documentation permettant de prouver l'accord. Il est également conseillé d'attirer l'attention des personnes sur leurs droits en matière de protection des données. Important: cet accord ne sera valable que s'il a été consenti librement et sur la base d'informations circonstanciées. L'accord d'une personne qui ne pouvait pas savoir ce que son accord impliquait et qui ne l'a pas donné en toute connaissance de cause est juridiquement nul. L'accord reçu d'une personne dans une situation de dépendance (par exemple un employé) est douteux.
2. **Intérêt prépondérant privé ou public:** il s'agit d'une pesée d'intérêts entre les intérêts privés et publics. Plus l'infraction aux règles de protection de la personnalité est minime, moins l'accent doit être mis sur le traitement des données en question. La loi prévoit même quelques cas dans lesquels l'intérêt de la société traitant les données est prépondérant. Les situations les plus importantes pour le marketing direct sont le traitement de données en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et le traitement de données personnelles pour l'établissement de statistiques anonymes. On peut penser encore à bien d'autres cas. Qu'une personne demande par exemple à une entreprise de supprimer son adresse, et la société en question devra l'effacer de son fichier et ne plus lui envoyer de mailings. Elle n'est cependant pas tenue de l'effacer dans ses sauvegardes ou dans d'anciens fichiers inutilisés: cela demanderait un travail trop important, qui irait à l'encontre des intérêts de l'entreprise. La protection de la personnalité exige simplement que l'adresse de la personne concernée ne soit plus utilisée pour des mailings.

3. **Loi:** le législateur peut prévoir des situations dans lesquelles il est justifié, donc autorisé, de contrevenir aux principes de traitement des données. Mais ces cas ne concernent presque pas le marketing direct. Une entreprise peut par exemple se référer à l'obligation de conserver la correspondance commerciale pour des raisons légales lorsqu'un client lui demande de la détruire.

Chaque personne a le **droit de se renseigner** sur les données la concernant. Ces informations doivent être données gratuitement. Le fait de ne pas les communiquer ou de n'en donner qu'une partie (ce qui est possible dans certains cas exceptionnels) doit être justifié.

La détention d'un fichier d'adresses et le traitement régulier de données personnelles ou de profils de personnalité sensibles, ou la mise à disposition régulière de données à des tiers pour leur propre usage ou pour d'autres buts (par exemple le List Brooking en marketing direct) sont soumis à un **devoir de déclaration** auprès du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT). Cette annonce est simple et gratuite; le répertoire est public, disponible sur internet. Depuis 2008, cette exigence s'applique aussi dans le cas où les personnes concernées sont informées de l'utilisation de leurs données. Quelques exceptions existent dans de rares cas ayant fait jurisprudence dans l'application de la LPD, notamment pour des fichiers de clients ou de fournisseurs sans données personnelles ou profils sensibles, pour des données récoltées de fichiers publics ou pour les cas où le propriétaire des fichiers a fait certifier correctement le respect de la protection des données ou nommé son propre responsable en l'annonçant au PFPDT. Dans ce dernier cas, le répertoire des fichiers doit être géré par ce responsable.

La **communication de données à l'étranger** (y compris au sein d'une entreprise ou d'un groupe) est également soumise à des restrictions; l'accès à distance à un fichier entreposé en Suisse depuis l'étranger est considéré comme de l'exportation de données, contrairement à leur diffusion publique sur un site internet. Si la diffusion de données à l'étranger ne s'accompagne pas d'une protection appropriée selon la loi, celle-ci doit être assurée par contrat ou par tout autre moyen adéquat (des contrats standard existent à cet effet), pour autant qu'il ne s'agisse pas de l'une des exceptions. Un tel contrat ou arrangement doit être annoncé auprès du PFPDT. La protection des données dans les pays membres de l'UE ou de l'EEE est considérée comme adéquate.

Les personnes traitant des données sont en outre tenues de prendre les mesures techniques et organisationnelles afin de les protéger **contre tout traitement non autorisé**. Ceci est également valable au sein d'une entreprise ou d'un groupe, puisque l'accès doit être réservé aux seules personnes traitant les données dans le but prévu (principe de la proportionnalité). Dans ce cas, même les sociétés du groupe sont considérées comme des tiers. Par conséquent, chaque fois que le traitement de données personnelles est délégué d'une personne à une autre, un contrat devrait être conclu, stipulant que les données ne peuvent être utilisées que pour les buts du commanditaire et ne peuvent être traitées que selon ses instructions. Dans ces cas, **l'externalisation du traitement** (Outsourcing) est autorisée sans en aviser les personnes concernées ni leur demander leur accord. Cela peut être important en marketing direct, lorsque par exemple une entreprise confie la réalisation de ses mesures de marketing à une agence et lui livre son fichier clients: ces données ne peuvent alors être utilisées que pour ce mandat; elles ne doivent être ni transmises à des tiers, ni utilisées à d'autres fins. Si cela se produit, tant l'agence que le mandant peuvent être punissables.

Le **préposé fédéral à la protection des données et à la transparence** (PFPDT) veille au respect de la loi sur la protection des données. Il peut ouvrir des enquêtes et publie sur son site web (www.edoeb.admin.ch) une série de bulletins, de directives et d'autres publications dont une feuille d'information sur le blocage d'une adresse à des fins publicitaires et des détails sur le droit d'accès.

Autres dispositions

Parmi les autres dispositions légales importantes applicables au marketing direct, citons:

- **Les envois publicitaires électroniques en nombre non souhaités** (par e-mail, SMS, fax et téléphones avec un message enregistré) contreviennent dans de nombreux cas non seulement à la loi sur la protection des données, mais souvent aussi à la loi contre la concurrence déloyale. Une disposition spéciale de la LCD existe à ce sujet depuis avril 2007: le principe de l'Opt-in, déjà adopté depuis quelques années par l'UE.

D'après ce principe, les envois électroniques en nombre (à l'exception d'informations faisant partie d'une demande, comme la consultation d'un site ou la commande d'une Newsletter) ne peuvent être faits qu'après accord du destinataire, en mentionnant une adresse d'expéditeur correcte et en donnant la possibilité de se dés-inscrire facilement et gratuitement. Le destinataire doit donc pouvoir stopper en tout temps l'envoi de publicité (par exemple en appelant une Hotline, par un mail ou un SMS de réponse ou en cliquant sur un lien permettant de désactiver son adresse).

Une disposition particulière concerne l'envoi publicitaire aux clients existants: Il est possible d'adresser des envois électroniques en nombre aux clients existants, c'est-à-dire aux partenaires contractuels et non pas aux personnes intéressées, sans avoir obtenu leur accord, pour autant que les deux autres exigences soient remplies (adresse d'expéditeur et possibilité de se dés-inscrire). Mais cette disposition n'est valable que si les clients ont été avisés de la possibilité de refuser ces envois, à la conclusion du contrat ou lorsque celui-ci a pris fin.

- **La publicité par téléphone non souhaitée** (sans le recours à un message enregistré) n'est en principe pas interdite, mais elle peut contrevenir à la LPD (par exemple en traitant des données dans un but autre que celui pour lequel elles ont été récoltées), ou à la LCD (comme méthode de vente particulièrement agressive) ou encore au droit des télécommunications (en cas de harcèlement).
- **La publicité écrite par lettre non souhaitée** n'est pas permise si le destinataire l'a expressément interdite à l'expéditeur.

La loi contre la concurrence déloyale (LCD) prévoit une liste non exhaustive de dispositions, p. ex. indications illicites, fallacieuses, prix incomplets, etc. L'ordonnance sur l'indication des prix (OIP) prévoit quant à elle des dispositions relatives à l'indication des prix des produits et des services.

- Un comportement déloyal n'est pas toujours mal intentionné. Les clients ou les concurrents concernés peuvent porter plainte; certaines situations sont punissables sur dénonciation. Les **règles de la Commission suisse pour la loyauté** contiennent des indications détaillées (www.loyaute-en-publicite.ch). Une harmonisation du droit suisse aux directives de l'UE concernant l'obligation d'informer pour la vente à distance et le e-commerce était entrée en ligne de compte, mais a été abandonnée; ces directives européennes ont cependant toute leur importance pour les entreprises suisses qui adressent leurs offres à des clients dans les états membres de l'UE et qui sont donc (aussi) soumises à leurs lois.
- La prudence s'impose pour les **concours publicitaires**. Si le participant doit fournir une prestation (financière, obligation de contracter), le concours est déloyal et enfreint la loi sur les loteries (acte punissable). La prestation n'a pas besoin d'être élevée (quelques centimes pour un numéro de téléphone 0900, dont une part va au fournisseur). Le paiement du port ou de frais de téléphone normaux (sans part pour le fournisseur) à investir pour participer ne constituent pas une infraction; l'envoi d'un e-mail via internet non plus. D'autres formes de jeux concours peuvent contrevenir à la loi sur les loteries, être illégaux ou contraires aux bonnes mœurs.

Protection des données en bref

Les règles suivantes s'appliquent uniquement à des données qui se rapportent à des personnes identifiées ou identifiables (les données anonymes ne sont pas concernées).

- Traiter les données personnelles uniquement dans le but indiqué lors de la collecte (p. ex. sur le formulaire, dans les conditions générales) ou décelable; vaut également pour les données achetées.
- Agir en toute transparence (avec une clause ou des explications concernant la protection des données) et traiter ouvertement les données personnelles, sans dissimulation. Un devoir d'information actif est requis pour le traitement systématique de données particulièrement sensibles et de profils de personnalité, également dans le cas où ces données sont traitées par des tiers.
- Respecter la proportionnalité lors de l'utilisation de données personnelles; ne traiter que celles qui sont nécessaires, utiles pour le but recherché et tolérables pour la personne concernée.
- Chacun peut se renseigner (gratuitement) sur ses données. Les données ne doivent pas être collectées de façon illicite (si cela est important pour la protection de la personne concernée). Elles doivent être protégées contre toute utilisation abusive (non seulement d'un point de vue technique, mais aussi organisationnel, par exemple via des prescriptions internes et externes).
- Si la personne concernée a publié ses données (p.ex. dans l'annuaire), celles-ci peuvent en principe être utilisées sans autre demande d'autorisation, sauf si leur utilisation a été limitée (p. ex. astérisque dans l'annuaire) ou expressément interdite ultérieurement. Chaque personne peut interdire en tout temps l'utilisation de ses données sans en indiquer la raison.

- Dans des cas particuliers, le traitement de données peut se justifier contre le gré de la personne concernée ou contrevenir aux principes de la protection des données en cas d'intérêt privé prépondérant ou en cas de consentement. Le consentement n'est par ailleurs valable que s'il a été obtenu librement et après avoir fourni les informations adéquates.
- La communication de données à l'étranger, l'utilisation de données particulièrement sensibles et de profils de personnalité, ainsi que les fichiers de telles données transmis régulièrement à des tiers sont soumis à des règles spéciales (en particulier devoir d'enregistrement et d'annonce).
- Les infractions à la loi sur la protection des données nuisent à l'image, même si elles ne sont que rarement punissables. Les personnes concernées peuvent engager des actions civiles (et demander par exemple des interdictions, des dommages et intérêts, une réparation ou la saisie des bénéfices); le préposé fédéral à la protection des données peut ouvrir une enquête et porter plainte.

Pour plus d'informations: www.poste.ch/directpoint.

La Poste Suisse
PostMail
Marketing direct
Viktoriastrasse 21
3030 Berne

Téléphone 0848 888 888
E-Mail directpoint@post.ch
Internet www.poste.ch/directpoint