



Recommandation n° 04/2009 du 14 octobre 2009

Objet: marketing direct et protection des données à caractère personnel (SE/2007/076)

La Commission de la protection de la vie privée ;

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 LVP), en particulier l'article 30 ;

Vu le rapport de Monsieur Willem Debeuckelaere, Président;

Émet, le 14 octobre 2009, la recommandation suivante:

Historique

Le 5 juin 2008, la Commission a publié sur son site Internet une note relative au *marketing direct et à la protection des données à caractère personnel*. Sur la base de cette note, toutes les personnes concernées par ce thème ont été invitées à exposer leur point de vue sur l'application de la LVP au marketing direct. La Commission se réjouit du fait que de nombreuses personnes contactées ont répondu favorablement à cette invitation, parmi lesquelles un certain nombre d'acteurs clé du secteur.

Au terme de la période de consultation, une nouvelle période de réflexion a commencé. Tous les commentaires reçus ont été analysés et traités dans une deuxième version de la note relative au *marketing direct et à la protection des données à caractère personnel*. Cette version retravaillée a été soumise à l'approbation de la Commission sous forme d'une recommandation.

Bien que cette recommandation soit intervenue après consultation des personnes concernées du secteur, elle reste un point de vue émanant de la Commission qui ne contraint pas le secteur. En premier lieu, la recommandation représente l'interprétation que donne la Commission aux dispositions de la LVP en matière de marketing direct.

Par ailleurs, la Commission recommande un certain nombre de méthodes en tant que *best practices*. Les méthodes proposées répondent à un traitement loyal et transparent de données à caractère personnel à des fins de marketing direct, peu importe si ces méthodes sont requises ou non par la loi au sens strict.

Enfin, la Commission formule à l'égard du législateur plusieurs améliorations souhaitables des dispositions existantes.

Contexte

La LVP comporte très peu de dispositions d'interdiction absolues. À titre de mesure générale, la LVP stipule que le traitement de données à caractère personnel est admissible pour autant qu'une justification de l'article 5 de la LVP s'applique et pour autant que toutes les conditions que pose la loi pour le traitement soient respectées.

Ce qui est particulier au contexte du marketing direct, c'est que l'admissibilité du traitement expire dès que la personne concernée s'y oppose. Pour certaines activités de marketing direct spécifiques, la loi va encore plus loin en n'acceptant que le consentement de la personne concernée comme fondement d'admissibilité. Ces deux particularités sont caractéristiques du régime strict auquel le marketing direct est soumis en ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel.

Recommandation

A. Définition du marketing direct

La loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel*¹, ci-après la "LVP", ne contient pas de définition de la notion de marketing direct mais l'examen de la réglementation européenne applicable en la matière nous permet d'affirmer qu'il faut entendre par là "*l'ensemble des activités ainsi que tout service auxiliaire à celles-ci permettant d'offrir des produits et des services ou de transmettre tous autres messages publicitaires à des segments de population par le moyen du courrier, du téléphone ou d'autres*

¹ Loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 (Moniteur belge du 3 février 1999) et par la loi du 26 février 2003 (Moniteur belge du 26 juin 2003).

*moyens directs dans le but d'information ou afin de solliciter une réaction de la part de la personne concernée*².

Le marketing direct au sens strict

Dans le grand public, le marketing direct est le mieux connu sous la forme de messages publicitaires qu'une personne reçoit à son nom. Les expéditeurs de ces messages ont recours à des supports très divers, évoluant au rythme des nouvelles technologies. Pour la transmission de messages publicitaires, on utilise actuellement un large spectre de moyens, à savoir le courrier classique, le fax, l'e-mail, le téléphone fixe et les messages sms sur des téléphones mobiles.

Le marketing direct au sens large

De nombreux préparatifs précèdent l'envoi d'un message publicitaire à une personne déterminée, par exemple l'établissement d'un profil, l'achat ou la vente de coordonnées, le couplage de banques de données, ... Des intermédiaires professionnels interviennent souvent dans ce contexte.

Le marketing direct ne doit pas nécessairement aboutir à l'envoi d'un message publicitaire, d'autres approches sont envisageables. Le prix d'un produit ou d'un service peut ainsi être adapté (automatiquement) sur la base d'un profil client³.

Le point de vue de la Commission porte sur les traitements de données à caractère personnel à des fins de marketing direct au sens large. Cela comprend notamment les cas suivants :

- a) tant les actions de marketing direct menées par une entreprise pour assurer la promotion de ses propres produits ou services, que le marketing direct "externe", c'est-à-dire le transfert à des tiers de données à caractère personnel par une entreprise ou leur traitement pour le compte de tiers, en vue de promouvoir des produits ou services similaires ou non ;
- b) les traitements effectués à des fins commerciales par des intermédiaires professionnels, pour développer leur activité principale ou secondaire⁴, telle que le commerce d'adresses (échange, vente ou location de fichiers), l'enrichissement de fichiers, l'utilisation de technologies intrusives dans la vie privée à des fins de marketing direct dont l'emploi de cartes à puce "intelligentes", l'enregistrement de

² Article 1.2 de l'annexe à la Recommandation n° R(85) 20 du Comité des Ministres aux États membres *relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de marketing direct* du 25 octobre 1985. L'Exposé des motifs précise que la recommandation s'applique tout autant au marketing mené par des organismes caritatifs, des partis et associations politiques, etc. Voir l'Exposé des motifs de la recommandation R(85) 20, n° 13. Voir également le considérant 30 de la Directive européenne 95/46/CE du 24 octobre 1995 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, J.O.C.E., L 281/31, 23 novembre 1995.

³ Joseph Turow, Lauren Feldman et Kimberly Meltzer, *Open to exploitation: American shoppers online and offline*, Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania, s.l., 2005, 36 p.

⁴ Ce sera par exemple le cas si un fournisseur d'électricité commercialise des données à caractère personnel qu'il a obtenues dans le cadre de ses prestations normales. Cette activité secondaire est donc exercée en plus de ses services traditionnels.

données biométriques et de données RFID⁵, l'exploration de données ("*data mining*"), la création d'un entrepôt de données ("*data warehousing*"), le profilage, ... ;

- c) les traitements effectués à des fins non commerciales⁶ telles que la promotion des activités d'associations caritatives ou d'autres associations et fondations⁷, par exemple à caractère politique ;
- d) la publicité telle que définie à l'article 2, 7° de la loi sur le commerce électronique⁸ ou à l'article 93, 3° de la loi sur les pratiques du commerce⁹, à condition qu'elle soit personnalisée et implique par conséquent un traitement de données à caractère personnel (la LVP ne s'applique pas aux affiches publicitaires du paysage urbain si celles-ci ne traitent pas des données à caractère personnel).

B. Législation applicable

Tout traitement¹⁰ de données à caractère personnel¹¹ effectué à des fins de marketing direct est soumis à la LVP. De plus, les consommateurs sont également protégés par la loi sur le commerce électronique¹² et la loi sur les pratiques du commerce¹³, qui ont une interprétation de la notion de publicité qui se démarque légèrement de la notion de marketing direct.

⁵ La RFID ("*radio frequency identification* ") est une technologie permettant d'identifier divers biens (de consommation) par radiofréquence. Voir à ce propos le document de travail WP 105 "*Document de travail sur les questions de protection des données liées à la technologie RFID (radio-identification)*", adopté le 19 janvier 2005 par le Groupe de travail article 29, qui peut être consulté via le lien http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2005/wp105_fr.pdf.

⁶ Dans ce qui suit, le terme 'entreprise' est utilisé, sans toutefois vouloir exclure les traitements non commerciaux.

⁷ Exemples : actions par écrit visant à récolter des fonds, à mener des campagnes par courrier, des lettres en chaîne, ...

⁸ La loi du 11 mars 2003 *sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information* définit comme suit la publicité : "*toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée.*", M.B. du 17 mars 2003 (2^e édition), ci-après la "Loi sur le commerce électronique".

⁹ La loi du 14 juillet 1991 *sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* définit la "publicité" comme : "*toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre.*", M.B. du 29 août 1991, ci-après la "Loi sur les pratiques du commerce".

¹⁰ L'article 1, § 2 de la LVP définit le traitement en ces termes : "*toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel.*"

¹¹ Selon l'article 1, § 1 de la LVP, "*on entend par 'données à caractère personnel' toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable*". Est considérée comme identifiable : "*une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale.*"

¹² Article 2, 7° Loi sur le commerce électronique.

¹³ Article 93, 3° Loi sur les pratiques du commerce.

C. Justification du traitement

Un traitement de données à caractère personnel doit toujours se fonder sur un des cas énumérés limitativement à l'article 5 de la LVP. À première vue, les principes fondamentaux suivants entrent en ligne de compte :

- **consentement de la personne concernée** (article 5 a) de la LVP) ;
- existence d'une relation **(pré)contractuelle directe** avec le client ou le client potentiel ; *"nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci"* (article 5, b) de la LVP) ;
- **intérêt pondéré** : *"nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi"* (article 5, f) de la LVP).

L'on examine ci-après dans quelle mesure et sous quelles conditions les principes fondamentaux susmentionnés peuvent s'appliquer au marketing direct.

C.1. Marketing direct avec consentement de la personne concernée

Dans le cadre du marketing direct, le consentement indubitable de la personne concernée (article 5, a) de la LVP) constitue un fondement légal pour le traitement de données à caractère personnel. Ce consentement doit être libre¹⁴, spécifique et informé (article 1, § 8 de la LVP). Il est également important que le consentement puisse être retiré à tout moment.

Le consentement doit être donné directement par la personne concernée. La Commission préfère que le consentement octroyé suppose une action positive de la personne concernée¹⁵ (par exemple, cocher une case dans un formulaire). Si le consentement est déduit de l'absence d'action de la personne concernée (par exemple, ne pas décocher une case qui l'est déjà), le risque de contestation du consentement donné est bien plus important.

En outre, le consentement doit concerner spécifiquement les traitements en vue du marketing direct. Le fait de ne mentionner les informations que dans des conditions générales empêche également de

¹⁴ Il n'y a pas de consentement libre lorsqu'une personne qui souhaite exercer son droit d'opposition ne peut pas accéder à un produit ou un service ou ne peut bénéficier d'un bon de réduction, d'un cadeau, etc. (souvent pour les contrats d'adhésion). On ne peut pas non plus considérer qu'un consentement est libre quand il est donné à défaut de réaction dans un délai imparti.

¹⁵ Dans certains cas, le consentement doit répondre à des conditions plus strictes. Voir plus loin ce qui est précisé sur le consentement requis pour le traitement de données sensibles ou relatives à la santé ou pour l'utilisation de certains moyens de communication.

donner un consentement libre. Une déclaration de confidentialité succincte constitue la méthode appropriée pour garantir que le consentement obtenu est libre, spécifique et informé. Attirer ainsi l'attention sur une information complète reprise dans les conditions générales s'inscrit dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel loyal et transparent à des fins de marketing direct.

Il est évident que le consentement des personnes concernées ne constitue pas une porte ouverte à n'importe quel traitement de données à caractère personnel. Les autres dispositions de la LVP doivent être entièrement respectées, notamment en ce qui concerne le respect de la finalité initiale, le délai de conservation, la qualité des données et les conditions particulières qui s'appliquent au traitement de données sensibles, de données relatives à la santé et de données judiciaires (articles 6 à 8 de la LVP).

La Commission considère que le consentement de la personne concernée est nécessaire dans certains cas énumérés ci-après. Il s'agit de cas dans lesquels une loi spéciale requiert le consentement (a et b), un traitement incompatible est envisagé (c) ou la pondération d'intérêt va dans le sens de la personne concernée (d et e). Vu l'évolution de la technologie, cette énumération n'est pas limitative.

a) lorsque certains moyens de communication sont utilisés

En vertu de législation particulière, l'envoi de messages personnalisés par courrier électronique, SMS, MMS, fax ou système automatisé d'appel ne peut en principe avoir lieu qu'avec le consentement de la personne concernée ("*opt-in*"). La Directive 2002/58/CE¹⁶ part de l'idée qu'en l'espèce, il n'existe pas d'équilibre entre l'intérêt légitime dont un responsable de traitement peut se prévaloir pour traiter des données à caractère personnel à des fins de marketing direct et celui qu'a la personne concernée à ne pas être dérangée. Ce principe a entre-temps été transposé dans l'article 14, § 1 de la loi sur le commerce électronique¹⁷ et dans l'article 94/17, § 1 de la loi sur les pratiques du commerce¹⁸, en ce qui

¹⁶ L'article 13.1 de la Directive européenne 2002/58/CE *concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques* stipule que : "*L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable.*"

¹⁷ L'article 14, § 1^{er} de la loi du 11 mars 2003 *sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information* est libellé comme suit :

"*Article 14. § 1^{er}. L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages.*

Sur proposition conjointe du Ministre qui a la Justice dans ses attributions et du Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions, le Roi peut prévoir des exceptions à l'interdiction prévue à l'alinéa premier."

La notion de courrier électronique est quant à elle définie à l'article 2, 2^o de cette même loi comme "*tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère.*"

concerne l'utilisation à des fins publicitaires du courrier électronique, du fax et de systèmes automatisés d'appel. Le contrôle du respect des lois précitées relève de la compétence du SPF Économie.

Néanmoins, un tel système *d'opt-in* n'est pas toujours requis dans le cadre de la loi sur le commerce électronique puisque l'article 14, § 1, 2^{ème} alinéa de cette loi stipule qu'un arrêté royal¹⁹ peut prévoir des exceptions. Dans un certain nombre de cas, il n'est en effet pas nécessaire de solliciter le consentement préalable de la personne concernée, qui ne bénéficie alors que d'un droit d'opposition a posteriori (système de l'*opt-out*).

Pour cette problématique, le SPF Économie a publié une brochure disponible sur son site Internet²⁰ : "*Le 'Spamming' en 24 questions & réponses*".

En raison du champ d'application spécifique de la loi sur le commerce électronique et de la loi sur les pratiques du commerce et de leur définition respective de la "publicité"²¹, certains messages – qui relèvent de la notion de marketing direct selon la Commission – échappent à la règle d'opt-in imposée dans ces lois. Des messages envoyés par des partis ou mandataires politiques à des fins électorales ne font notamment pas partie du champ d'application de la règle d'opt-in²². La Commission estime que de *lege ferenda*, la règle d'opt-in devrait s'appliquer sans distinction pour le marketing direct via courrier électronique, fax ou

¹⁸ Depuis le 1^{er} janvier 2006, l'exigence d'opt-in a également été prévue dans la loi sur les pratiques du commerce, aussi bien pour les systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine, que pour les télécopieurs à des fins de publicité personnalisée. L'article 94/17, § 1 de la loi du 14 juillet 1991 *sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* stipule ce qui suit : "*§ 1^{er}. L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs à des fins de publicité personnalisée est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, étendre cette interdiction à d'autres techniques de communication, compte tenu de leur évolution.*"

¹⁹ Voir notamment l'arrêté royal du 4 avril 2003 *visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique*, qui prévoit ce qui suit en son article 1^{er}, 1^o : "*Par dérogation à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et sans préjudice de l'article 2 du présent arrêté, tout prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique :*

1^o auprès de ses clients, personnes physiques ou morales, lorsque chacune des conditions suivantes est remplie :

a) il a obtenu directement leurs coordonnées électroniques dans le cadre de la vente d'un produit ou d'un service, dans le respect des exigences légales et réglementaires relatives à la protection de la vie privée ;

b) il exploite lesdites coordonnées électroniques à des fins de publicité exclusivement pour des produits ou services analogues que lui-même fournit ;

c) il fournit à ses clients, au moment où leurs coordonnées électroniques sont recueillies, la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation. (...)"

²⁰ Voir http://economie.fgov.be/information_society/spamming/spamming_brochure_fr.pdf.

²¹ L'article 93 de la loi sur les pratiques du commerce définit la publicité comme "*toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre*". L'article 2, 7^o de la loi sur le commerce électronique définit la publicité comme "*toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée.*"

²² SPF Économie, "*Le 'Spamming' en 24 questions & réponses*", 2005, p. 11.

systèmes d'appels automatiques²³. Vu le caractère intrusif de ces moyens de communication, la Commission recommande de recourir à l'opt-in à titre de "best practice" pour leur utilisation à des fins de marketing direct de quelque nature que ce soit.

b) lorsque des données sensibles et des données relatives à la santé sont traitées

Si les données traitées sont des données sensibles ou des données relatives à la santé²⁴, respectivement au sens des articles 6 et 7 de la LVP, le consentement écrit de la personne concernée est requis.

c) lorsque l'activité de marketing direct visée n'est pas compatible avec la finalité initiale pour laquelle les données ont été collectées

Le traitement ultérieur de données à caractère personnel, par exemple des données de clients, en vue du commerce d'adresses et de profils est un traitement qui est incompatible avec les finalités initiales pour lesquelles ces données ont été collectées²⁵ (voir ci-après le point D.1.).

Des évolutions significatives de l'entreprise (par exemple, une fusion, une reprise ou une réorientation de l'entreprise vers d'autres marchés) sont souvent à l'origine de traitements ultérieurs de données à d'autres fins qui ne sont pas compatibles avec les finalités initiales. Pour procéder malgré tout au traitement ultérieur, le consentement de la personne concernée est requis.

d) lorsque la personne concernée est mineure

Pour pouvoir traiter les données à caractère personnel d'un mineur n'ayant pas la capacité de discernement, il faut impérativement obtenir au préalable le consentement de ses représentants légaux²⁶.

²³ Dans l'avis n° 5/2004, le groupe de travail Article 29 stipule que la règle de l'opt-in définie dans l'article 13 de la Directive 002/58/CE s'applique au marketing direct, y compris la prospection directe réalisée par les associations caritatives et les organisations politiques. *Avis 5/2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la Directive 2002/58/CE.*

²⁴ Sont considérées comme des données sensibles les données à caractère personnel révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques et l'appartenance syndicale ainsi que les données à caractère personnel relatives à la vie sexuelle (article 6, § 1 de la LVP). Les données relatives à la santé sont les données à caractère personnel relatives à la santé de la personne concernée (article 7, § 1 de la LVP). Pour mémoire, les données judiciaires sont les données à caractère personnel "relatives à des litiges soumis aux cours et tribunaux ainsi qu'aux juridictions administratives, à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions, ou à des sanctions administratives ou des mesures de sûreté" (article 8 de la LVP). Le consentement ne peut néanmoins jamais légitimer un traitement de données judiciaires (article 8 de la LVP). Ces dernières ne peuvent en aucun cas être utilisées à des fins de marketing direct.

²⁵ La situation dans laquelle il est question de traitement ultérieur en vue du commerce d'adresses et de profils doit être distinguée de celle dans laquelle le commerce d'adresses et de profils constitue une des finalités initiales de la collecte de données. Voir en particulier à cet égard le point D.1. La finalité du traitement et E.1. Droit à l'information.

²⁶ Voir à ce propos l'avis n° 38/2002 émis par la Commission le 16 septembre 2002, *relatif à la protection de la vie privée des mineurs sur Internet*. La Commission y recommandait de solliciter soit le consentement des parents, soit celui du mineur, si

e) lorsqu'il est question de "marketing viral"

On voit sur Internet des exemples incitant les internautes à communiquer les données à caractère personnel d'amis ou de connaissances, souvent pour des actions de marketing direct. C'est ce qu'on appelle le "marketing viral". À défaut de garanties adéquates à l'égard des personnes concernées, la communication à des tiers de données à caractère personnel d'amis et de connaissances à des fins de marketing direct ne semble pas bénéficier de suffisamment de légitimité à la lumière de la LVP. En effet, les amis/connaissances concernés n'ont généralement pas été informés au préalable et n'ont pas non plus donné leur consentement à cet effet, ce qui implique qu'ils n'ont aucun contrôle sur le traitement de leurs données à caractère personnel. En ce qui concerne la publicité par courrier électronique ou par SMS, le SPF Économie a également rédigé une note intitulée "La légalité du marketing viral"²⁷.

La Commission recommande avec insistance que certaines activités de marketing direct ne puissent être réalisées que moyennant le consentement préalable des personnes concernées. Il s'agit de cas dans lesquels il est très difficile, voire même impossible, de traiter des données à caractère personnel sans obtenir le consentement de la personne concernée et de respecter quand même toutes les dispositions de la LVP. *De lege ferenda*, le législateur devrait imposer un "opt-in" dans ces cas. Il s'agit notamment des activités suivantes :

- commerce d'adresses : le commerce d'adresses implique que des coordonnées de personnes concernées sont commercialisées. Le transfert de données à caractère personnel à des tiers ou le traitement de données à caractère personnel sur ordre de tiers (mise à disposition ou ce qu'on appelle la location de données) en font partie. Le commerce d'adresses se fait souvent via des intermédiaires professionnels, comme un "listbroker", qui agit entre des entreprises et des propriétaires d'adresses et/ou de profils, ou un "listmaker", qui collecte et commercialise des adresses et/ou des profils à partir de plusieurs sources.
- profilage : le profilage est un traitement de données automatisé ayant pour but d'appliquer une évaluation, une classification ou une décision à un individu en se basant sur la comparaison et la collecte de données à caractère personnel.²⁸

celui-ci possédait déjà une capacité de discernement suffisante. Bien que l'appréciation de ce critère puisse varier en fonction du contexte pratique et juridique, l'âge de discernement est d'ordinaire situé entre 12 et 14 ans.

²⁷ http://economie.fgov.be/information_society/spamming/marketing-viral_note_fr.pdf.

²⁸ "Profiling means an automatic processing of data whose aim is to apply to an individual an evaluation, classification or decision on the basis of matching of data relating to individuals." (article 1, d, annexe de la "Draft Recommendation on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the framework of profiling") (version février 2009), rédigée par le Bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD-Bur), Conseil de l'Europe.

- commerce de profils personnels : le commerce de profils personnels est la transmission à des tiers ou le traitement sur ordre de tiers de profils appliqués à des individus²⁹, c'est-à-dire l'évaluation, la classification ou la décision (éventuelle) qui résulte du profilage. Ce commerce se fait souvent via des intermédiaires, comme un "listbroker" et un "listmaker".
-

C.2. Marketing direct dans le cadre d'une relation (pré)contractuelle directe avec le client ou le client potentiel

Il est évident que l'exécution d'un contrat conclu avec la personne concernée entraîne un certain nombre de traitements de ses données à caractère personnel. Le fait de répondre à des questions de clients potentiels implique également, dans de nombreux cas, un traitement de données à caractère personnel. La LVP affirme dès lors qu'un traitement de données est possible dans ces cas, pour autant qu'il soit nécessaire à l'exécution du contrat ou de mesures qui précèdent la conclusion de ce contrat et qui sont prises à la demande de la personne concernée.

Tout d'abord, le suivi contractuel (livraison, facturation, éventuelles mises en demeure, etc.) est nécessaire à l'égard des clients. Le type de données nécessaires à cet effet dépend du produit et/ou service en question. Le profilage de clients peut être justifié dans certains secteurs³⁰ sur la base de la relation (pré)contractuelle (par exemple, les assurances), mais pas dans d'autres (par exemple, le commerce de détail).

À l'égard de clients potentiels, il est nécessaire – selon les circonstances – de disposer de coordonnées afin de pouvoir répondre à la demande. Le cas échéant, un certain nombre de données à caractère personnel doivent être collectées et traitées pour pouvoir rédiger une offre de prix personnalisée.

Dans la pratique, de nombreuses entreprises trouvent important de développer davantage la relation avec leurs clients et clients potentiels (ce qu'on appelle le "customer relationship management"), au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'exécution d'un contrat ou à la prise de mesures précontractuelles. Ne sont par exemple pas nécessaires au sens de l'article 5 b) de la LVP :

- une enquête de satisfaction auprès de clients, spécifiquement au sujet de produits et services qu'ils achètent ;

²⁹ "Profile refers to a set of data characterizing a category of persons and that is intended to be applied to a specific person" (article 1, e, annexe de la "Draft Recommendation on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the framework of profiling") (version février 2009), rédigée par le Bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD-Bur), Conseil de l'Europe.

³⁰ Dans certains cas, le profilage est même imposé par la loi. Par exemple, l'obligation des banques d'établir un profil d'investisseur de leurs clients (article 27, § 4-5 de la loi du 2 août 2002 *relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers*, M.B. du 4 septembre 2009 et les articles 15-17 de l'arrêté royal du 3 juin 2007 *portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers*, M.B. du 18 juin 2007).

- une invitation à des (anciens) clients pour prolonger ou renouveler leur contrat, ce qu'on appelle le marketing de rétention ;
- une information de clients potentiels au sujet de nouvelles promotions.

Le constat selon lequel l'article 5, b) de la LVP n'offre pas un fondement pour le développement de la relation avec les clients ou clients potentiels implique que ce la ne peut se faire que sur une autre base, comme le consentement (article 5, a) de la LVP) ou l'intérêt pondéré (article 5, f) de la LVP).

Le fichier clientèle d'une entreprise a pour premier objectif de constituer un instrument pour la gestion de l'entreprise. Certaines entreprises considèrent leur fichier clientèle comme un produit commercialisable permettant de créer une plus-value pour l'entreprise. La vente, la location ou la mise à disposition d'une quelconque autre manière d'un fichier clientèle à une autre entreprise à des fins de marketing direct ne se fonde pas sur l'article 5, b) de la LVP. Cela s'applique même si les entreprises en question sont membres d'un même groupe d'entreprises.

C.3. Marketing Direct avec intérêt pondéré

La LVP laisse une porte ouverte pour admettre un traitement, plus particulièrement lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement³¹ ou par le tiers auquel les données sont communiquées (article 5, f) de la LVP). Ce motif peut être invoqué, sauf si l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée prévalent. Il s'agit donc ici d'une pondération des intérêts qui doit être faite au cas par cas.

L'article 5, f) de la LVP est un fondement potentiel d'activités de marketing direct qui sont juridiquement sur le même pied que l'article 5, a) et 5, b) de la LVP. Toutefois, l'obtention du consentement de la personne concernée est et reste une "*best practice*", ce à la lumière du principe d'autodétermination informationnelle.

La Commission constate que le maintien d'un équilibre adéquat est loin d'être évident dans la pratique, en particulier pour le commerce d'adresses et de profils. Si l'équilibre est rompu, le traitement perd son fondement d'admissibilité et il doit être complètement interrompu³². L'on examine ci-après le moment auquel l'équilibre des intérêts est évalué, les critères au moyen desquels l'équilibre est considéré et la manière dont l'équilibre des intérêts est sauvegardé.

³¹ Article 1, § 4 de la LVP : "Par "responsable du traitement", on entend la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel."

³² Une solution réside dans le fait d'obtenir le consentement de la personne concernée et d'appuyer ainsi le traitement sur l'article 5, a) de la LVP.

Pour rappel, on a mentionné ci-avant que dans certaines situations spécifiques, le consentement de la personne concernée est indispensable et dans certains autres cas plutôt inévitable (voir ci-avant au point C.1.).

a) À quel moment l'équilibre d'intérêts est-il évalué ?

La particularité de l'article 5, f) de la LVP réside dans le fait qu'il n'y a pas un seul moment auquel la pondération d'intérêts doit se faire ; il s'agit d'une préoccupation continue du responsable du traitement. Avant de commencer le traitement, le responsable du traitement doit pouvoir démontrer un intérêt légitime, soit le sien, soit celui du tiers auquel les données sont destinées. De même, le responsable du traitement doit pouvoir démontrer que l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ne prévalent pas, eu égard aux circonstances.

Une fois que le traitement a débuté, le responsable du traitement doit veiller à ce que l'équilibre des intérêts reste en sa faveur, à la lumière de toutes les circonstances.

b) Quels critères déterminent s'il est question d'un équilibre des intérêts avant le commencement du traitement ?

Du fait que l'article 5, f) de la LVP laisse une porte ouverte à l'admissibilité, chaque situation doit être examinée individuellement. Toutefois, certaines grandes lignes peuvent être dégagées.

Pouvoir invoquer un intérêt légitime (par exemple, la liberté de commerce, d'expression, d'association, ...) n'est en soi pas déterminant. Il faut systématiquement réaliser concrètement une comparaison avec les intérêts de la personne concernée. L'article 5, f) de la LVP ne laisse pas supposer que les intérêts prévalent dans un sens ou dans l'autre³³, seule prévaut l'obligation de maintenir l'équilibre des intérêts pendant le traitement.

La LVP donne aux personnes concernées la possibilité de s'opposer au traitement de leurs données à des fins de marketing direct (article 12 de la LVP). Il n'en découle pas du tout qu'il y ait une présomption d'équilibre pour les activités de marketing direct. L'intention du responsable du traitement de marketing direct de respecter le droit d'opposition n'est pas non plus déterminante.

³³ Cela a déjà été indiqué aussi bien par le Conseil d'État que par la Commission dans son avis d'initiative n° 34/2000 du 22 novembre 2000 *relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique* dont il ressortait qu'une simple invocation de l'article 5, f) de la LVP par le responsable ne suffisait pas pour légitimer le nouveau traitement (la réutilisation des données de clients existantes).

L'existence d'un équilibre entre les intérêts peut être plus facilement démontrée lorsqu'il existe déjà une relation d'une signification quelconque entre le responsable du traitement et la personne concernée. Ce qui est pertinent en la matière, c'est la mesure dans laquelle on peut attendre de la personne concernée qu'elle sache (encore) que le responsable du traitement traite des données à caractère personnel la concernant. Un contact unique et sommaire pèse peu dans la balance, par exemple un client potentiel qui demande une seule fois une offre de prix ou un renseignement. Une relation contractuelle de longue durée pèse beaucoup plus dans la balance.

La Commission admet que l'article 5, f) de la LVP peut en principe constituer un fondement pour le "*customer relationship management*" à l'égard des propres clients / clients potentiels. Il peut s'agir ici :

- de réaliser une enquête de satisfaction auprès de propres clients, spécifiquement au sujet de produits et services qu'ils achètent ;
- d'envoyer une invitation à de propres (anciens) clients pour prolonger ou renouveler leur contrat, ce qu'on appelle le marketing de rétention ;
- d'informer les propres clients au sujet de nouvelles promotions sur des produits et/ou services qu'ils ont acheté par le passé ;
- d'informer les clients potentiels au sujet de nouvelles promotions sur des produits et/ou services pour lesquels ils ont déjà eu récemment un contact avec l'entreprise ;
- de réaliser et d'utiliser des profils personnels pour la gestion de la propre clientèle par le responsable qui a une relation contractuelle directe avec la personne concernée.

Il est beaucoup plus difficile de démontrer un équilibre des intérêts lorsqu'il n'y a aucune relation entre la personne concernée et le responsable du traitement ou lorsque cette relation est très sommaire. C'est par exemple notamment le cas des intermédiaires qui commercialisent des adresses et/ou des profils, de même que les entreprises qui font appel à ceux-ci pour leurs actions de marketing direct.

Il peut ressortir de la législation et de la réglementation qu'il ne peut être question d'un équilibre des intérêts. On retrouve un certain nombre d'exemples dans la LVP, par exemple le traitement de données sensibles ou le traitement ultérieur à des fins incompatibles. Mais cela peut également ressortir d'autres législations, par exemple la loi sur le commerce électronique (voir ci-avant au point C.1.).

Identifier une cause de légitimation ne constitue qu'une petite étape. Ce qui est crucial, c'est le respect de toutes les autres dispositions de la LVP. Le fait d'invoquer l'article 5, f) de la LVP n'est aucunement une porte ouverte pour développer toutes les activités de marketing direct possibles.

c) Qu'implique la sauvegarde de l'équilibre des intérêts ?

L'existence d'un équilibre des intérêts entre le responsable du traitement et la personne concernée n'est pas une donnée statique. Cet équilibre des intérêts doit être sauvegardé en permanence, tant que les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement. Les autres dispositions de la LVP doivent au moins être respectées scrupuleusement, ce qui suppose l'existence d'une politique de vie privée globale dans le chef de celui qui pratique le marketing direct.

Un certain nombre d'obligations doivent déjà être remplies avant le commencement du traitement :

- faire une déclaration auprès de la Commission (voir le point F.1.) ;
- prendre les mesures nécessaires pour la protection des données (voir le point F.2.) ;
- conclure les conventions contractuelles nécessaires avec les sous-traitants (voir le point F.2.) ;

D'autres obligations doivent être respectées pendant le traitement et/ou au terme de ce dernier :

- donner des informations claires à la personne concernée, conformément à l'article 9 de la LVP, y compris – lorsque le respect loyal de la LVP le requiert – une mention proactive de la source des données (voir le point E.1.) ;
- donner suite au droit d'opposition, conformément à l'article 12 de la LVP, en particulier ne pas associer à l'exercice de ce droit des conditions illégitimes (voir le point E.3.) ;
- supprimer les données au terme du délai de conservation (voir le point D.3.) ;
- ne pas procéder à un traitement ultérieur des données à des fins incompatibles (voir le point D.1.).

Outre les points de la LVP qui sont énumérés ici à titre d'exemple, il faut également tenir compte d'autres réglementations pertinentes (par exemple, la loi sur le commerce électronique et la loi sur les pratiques du commerce).

D. Principes relatifs à la qualité du traitement

D.1. La finalité du traitement

Les données à caractère personnel ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités (article 4, § 1, 2^o de la LVP).

Une première exigence consiste donc à ce que le responsable du traitement détermine précisément pour quelles finalités il traitera des données. S'il décide par la suite de traiter les données pour des finalités supplémentaires, il faut alors évaluer la compatibilité de ces dernières avec le traitement initial.

a) Description claire des finalités

La description des finalités doit permettre à la personne concernée de se faire une idée raisonnable des traitements auxquels elle peut s'attendre. La Commission recommande de faire une distinction, dans l'information à l'égard de la personne concernée, entre quatre types de finalités, pour autant qu'elles s'appliquent :

1. **gestion de la propre clientèle** : le responsable traite les données de clients / clients potentiels à des fins de marketing direct concernant des produits et services déterminés qu'il offre lui-même. Si l'on procède au profilage de clients / clients potentiels, cela doit être clairement indiqué ;
2. **location d'adresses et de profils personnels** : le responsable utilise les données de clients / clients potentiels à des fins de marketing direct concernant des produits et services déterminés d'autres entreprises, sans transférer les données ;
3. **vente d'adresses et/ou de profils personnels** : le responsable du traitement transmet les données de clients / clients potentiels à d'autres entreprises en vue d'une utilisation dans le cadre du marketing direct ;
4. **compliance** : utilisation de données à caractère personnel sur la base d'obligations légales du responsable.

Des descriptions trop vagues ou trop générales de la finalité ne respectent pas la LVP et n'ont pas non plus un impact sur les prévisions raisonnables de la personne concernée. Quelques exemples :

1. "vos données à caractère personnel sont utilisées à des fins commerciales" ;
2. "vos données à caractère personnel sont traitées à des fins de marketing direct" ;
3. "vos données sont reprises dans notre fichier clientèle" ;
4. "vos données sont destinées à un usage interne".

Une description très brève – comme "vos données sont reprises dans notre fichier pour vous tenir au courant de nos activités" – peut suffire, étant entendu que l'entreprise en question doit alors se limiter strictement aux traitements en vue du marketing direct qui répondent à cette description restrictive.

b) Interdiction d'utilisation incompatible

Les données à caractère personnel ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec les finalités initiales pour lesquelles elles ont été obtenues et traitées. La compatibilité doit être appréciée en tenant compte de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables (article 4, § 1, 2° de la LVP). Les prévisions raisonnables de l'intéressé jouent un très grand rôle dans le cadre du marketing direct.

La Commission admet que les personnes concernées peuvent raisonnablement prévoir que leurs données à caractère personnel soient traitées à des fins de marketing direct interne, bien que dans les limites suivantes :

- le traitement est effectué par l'entreprise avec laquelle la personne concernée a une relation directe de client³⁴, actuelle ou récente³⁵, et
- il s'agit de produits et/ou de services similaires à ceux auxquels se rapporte cette relation de client, et
- il s'agit de produits et/ou services que l'entreprise propose elle-même.

Il relève de la responsabilité de l'entreprise qui dépasse ces limites de démontrer que les attentes raisonnables de l'intéressé n'ont pas été outrepassées. Cela illustre l'importance d'informer la personne concernée correctement et en temps opportun (voir le point E.1.).

La Commission estime que **tout commerce de données à caractère personnel (adresses et profils) constitue toujours un traitement avec une finalité propre qui, lorsqu'il est question de traitement ultérieur, est incompatible avec la finalité du traitement initial**³⁶. Le traitement ultérieur de données à des fins incompatibles est contraire à l'article 4, § 1, 2° de la LVP, sauf lorsque le consentement de la personne concernée a été obtenu avant le commencement du traitement envisagé.

Les organisations ne peuvent donc pas transférer ou mettre à disposition comme bon leur semble des données de leurs clients, membres, employés, élèves, étudiants, volontaires, etc. à des entreprises qui souhaitent les utiliser à des fins de marketing direct.

La Commission estime que la **réutilisation de sources de données publiées – tant d'origine publique que privée – en vue du marketing direct est incompatible avec la finalité initiale de la publication**. La LVP s'applique inconditionnellement aux données qui sont publiées par la personne concernée elle-même ou dont la publicité est légalement imposée³⁷. La personne ou

³⁴ Il peut s'agir d'une relation contractuelle ou précontractuelle, bien que dans ce dernier cas, on peut en principe moins qualifier la relation d'actuelle ou récente qu'une relation contractuelle effective.

³⁵ Pour en juger, il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents : nature des produits et des services, durée de la relation, ...

³⁶ La situation dans laquelle il est question de traitement ultérieur en vue du commerce d'adresses et de profils doit être distinguée de celle dans laquelle le commerce d'adresses et de profils constitue une des finalités initiales de la collecte de données. Voir en particulier à cet égard le point E.1. Droit à l'information.

³⁷ La LVP du 8 décembre 1992 – telle que publiée au Moniteur belge le 18 mars 1993 – comportait, avant la modification législative du 11 décembre 1998, deux exceptions pour les données publiées, plus particulièrement pour :

- les "traitements portant exclusivement sur des données à caractère personnel qui font l'objet d'une publicité en vertu d'une disposition légale ou réglementaire" (article 3, § 2, 2° de l'ancienne LVP) ;
- les "traitements portant exclusivement sur des données à caractère personnel dont la personne à laquelle elles se rapportent assure ou fait assurer la publicité, pour autant que le traitement respecte la finalité de cette publicité" (article 3, § 2, 3° de l'ancienne LVP).

Ces exceptions n'étaient pas conformes à la Directive européenne 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 et ont par conséquent dû être supprimées. Vu la description très détaillée des deux

l'organisation qui publie ces données le fait en vue d'une finalité particulière et c'est cette finalité qui est déterminante pour la compatibilité avec l'utilisation ultérieure.

Voici quelques exemples de telles sources :

- registres qui doivent être (partiellement) publics en vertu de la loi³⁸;
- messages dans les médias écrits (publicités dans les hebdomadaires, faire-part de naissance, annonces de mariages et avis nécrologiques) ;
- informations disponibles sur Internet (blogs, forums de discussion, sites Internet d'employeurs avec des coordonnées professionnelles de personnes physiques).

La Commission estime qu'en cas **d'évolutions importantes d'une entreprise** (suite par exemple à une fusion, une reprise ou une réorientation de l'entreprise vers d'autres marchés), la compatibilité des traitements suivants doit être examinée avec rigueur par le responsable du traitement.

L'éventuelle incompatibilité du traitement ultérieur ne peut être levée que si la personne concernée consent au traitement ultérieur (article 5, a) de la LVP), ce avant le commencement du traitement ultérieur envisagé (article 9 de la LVP). L'utilisation incompatible de données à caractère personnel est en outre sanctionnée pénalement (article 39, 1° de la LVP).

D.2. La proportionnalité du traitement

Les données à caractère personnel collectées et traitées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement (article 4, § 1, 3° de la LVP). Il est inadmissible de collecter des données parce qu'elles pourraient être utiles un jour.

L'importance d'une description suffisamment précise des finalités poursuivies par le responsable du traitement apparaît de nouveau ici. Une entreprise qui vend des produits ou des services déterminés ne peut pas réclamer sans raison des données auprès de ses clients sur des produits et services qui n'ont absolument aucun lien (par exemple, une entreprise de télécommunications qui poserait des questions sur les habitudes alimentaires), ce en vue du marketing direct.

Le non respect de l'article 4, § 1, 3° de la LVP est sanctionné pénalement (article 39, 1° de la LVP).

exceptions, l'impact de leur suppression est limité. Étaient uniquement exceptés les traitements qui se rapportaient exclusivement à des données publiées. Pour les données publiées par la personne concernée elle-même, le principe de finalité restait d'application, malgré l'exception.

³⁸ Voir l'avis de la Commission n° 22/2000 du 28 juin 2000 *relatif au traitement de données personnelles par certaines sociétés de renseignement commercial à partir des informations inscrites au rôle général des Cours et Tribunaux du travail.*

D.3. Un délai de conservation pour les fichiers de masse et l'enrichissement de fichiers en vue du marketing direct

La LVP stipule que les données à caractère personnel ne peuvent pas être conservées pendant une durée excédant celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement (article 4, § 1, 5° de la LVP). Tout responsable du traitement doit déterminer un délai de conservation pour les données dont il a la charge, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Cette obligation ne s'applique pas aux données anonymisées³⁹.

En ce qui concerne les données de clients, l'entreprise peut bien entendu conserver ces données pour la durée du contrat avec la personne concernée, pour autant qu'elles soient nécessaires à son exécution. Au terme de la relation contractuelle, les données peuvent encore être conservées pendant un certain temps, en vue du marketing direct interne.

Les intermédiaires, tels que les propriétaires de fichiers d'adresses et de profils, sont également obligés de déterminer un délai de conservation pour les données qu'ils traitent. Lors de la détermination du délai, on peut tenir compte du secteur duquel les données proviennent et du type d'activité de marketing direct qui est développée.

La Commission estime dès lors que pour le commerce de données à caractère personnel et de profils personnels, tout responsable du traitement (et subsidiairement le secteur) a l'obligation de déterminer un délai de conservation raisonnable et approprié. Le point de départ est le dernier contact direct avec la personne concernée. Ce délai de conservation peut dépendre des circonstances et de la nature de la source de données. Ainsi, le délai de conservation concret dépendra de la durée du contrat, du service ou du secteur. L'on pourrait ainsi appliquer un délai de conservation plus long pour un client de biens durables (voitures, mobilier, ...) que pour les clients de biens ayant une durée d'utilisation limitée ou qui n'impliquent pas une relation client à plus long terme (par exemple, un kiosque à journaux, un restaurant self-service sans carte de fidélité, ...).

L'existence d'une obligation de rectification ne lève pas l'obligation d'associer une date de fin concrète à la conservation des données. Le fait que des données soient effectivement mises à jour ne fait pas de nouveau courir le délai de conservation. Si la conservation n'est plus justifiée, les données doivent être détruites.

Tant que les données sont conservées de manière légitime, elles doivent être conservées avec exactitude. L'article 4, § 1, 4° de la LVP stipule que les données à caractère personnel doivent être "*exactes et, si nécessaire, mises à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que*

³⁹ L'article 4, § 1, 5° impose un délai de conservation pour les données à caractère personnel conservées "*sous une forme permettant l'identification des personnes concernées*".

les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées".

Dans la pratique, le problème réside souvent dans le fait qu'après un déménagement physique ou virtuel, l'adresse, l'adresse e-mail, le numéro de téléphone, etc. ne sont plus corrects dans les fichiers clientèle, rendant inefficaces des traitements en vue du marketing direct. Le fait de ne pas mentionner un changement d'adresse reste encore une des meilleures stratégies pour réduire le spam et les communications non souhaitées.

Se basant sur ces besoins, le secteur du marketing direct a développé divers services qui consistent en la constitution d'entrepôts de données et en la proposition de services d'enrichissement de fichiers⁴⁰ et de dédoublement de fichiers⁴¹. De tels traitements ont à présent acquis une telle force de traitement et un tel potentiel d'intrusion dans la vie privée qu'ils s'approchent indirectement (de par leur technique) du Registre national et le dépassent (de par leur contenu)⁴².

Des entrepôts de données qui sont constitués à des fins de marketing direct sont entre autres les consommateurs privés et les fichiers de déménagement, outre les listes d'adresses classiques⁴³. Pour de tels fichiers de masse, la source des données n'est pas souvent connue de la personne concernée ou manque tout à fait de transparence, en raison du manque de tout contact avec la personne concernée ou d'une information claire fournie à cette dernière. S'il n'est pas (plus) question d'une relation contractuelle directe avec le client concerné, les données à caractère personnel ne peuvent pas continuer à être collectées pour une durée indéterminée et ne peuvent pas être couplées à des banques de données externes contenant des données de déménagement⁴⁴.

La Commission estime que l'enregistrement dans des fichiers de masse et les opérations d'enrichissement permanent de données, sans date de fin concrète et sans contact suffisamment transparent avec la personne concernée, sont interdits sur la base du principe de proportionnalité et de l'obligation d'information (article 4, § 1, 3^o et 5^o et article 9 de la LVP). Elle pense qu'une obligation de suppression existe dans le chef des propriétaires de fichiers qui continuent à enrichir des données à caractère personnel sans aucun contact manifeste récent avec la personne concernée (article 4, § 1, 4^o et 5^o de la LVP).

⁴⁰ On appelle "l'enrichissement de fichiers" le processus technique consistant à quand même "restaurer" ou ajouter dans un fichier clientèle existant les données à caractère personnel actuelles, via un détour.

⁴¹ Un service qui comprend également, outre la suppression de doublons, la standardisation d'adresses et l'éviction des listes d'opposition et de personnes qui ont déménagé.

⁴² Exemple : la collaboration entre un propriétaire de fichier et un fournisseur en ligne d'un service de télécommunications à faible coût, dans le cadre de laquelle les inscriptions de nouveaux abonnés sont comparées en permanence avec le fichier du propriétaire de fichier. Les détenteurs de données divergentes sont priés de s'identifier. Un tel système tente de se rapprocher de l'exactitude du Registre national. Par ailleurs, des entrepôts de données privés comprennent des données à caractère personnel qui ne peuvent pas être reprises dans des traitements qui sont gérés par des services publics.

⁴³ Exemple : les fichiers Select Post et Do My Move (La Poste), CONSU-Matrix et Sophie's Shopping Club (WDM Belgium).

⁴⁴ Cf. banques de données qui collectent lesdits codes déménagement ou "NPAI" ("n'habite plus à l'adresse indiquée").

E. Droits de la personne concernée

Outre le droit d'être informée (article 9 de la LVP), la personne dont les données font l'objet d'un traitement jouit des droits suivants : le droit d'accès aux données la concernant (article 10 de la LVP) et le droit de rectification et d'opposition au traitement (article 12 de la LVP).

La personne concernée doit en premier lieu s'adresser au responsable du traitement pour l'exercice de ces droits. Si elle n'obtient pas de réponse satisfaisante, elle peut s'adresser à la Commission qui assurera un rôle de médiation (article 31 de la LVP). Si le responsable du traitement ne s'exécute pas sur simple demande, la personne concernée peut également s'adresser au président du tribunal de première instance siégeant comme en référé (article 14, § 1 de la LVP).

E.1. Droit à l'information

Afin d'éviter que des données à caractère personnel soient collectées ou transférées à l'insu des personnes concernées, le responsable du traitement doit toujours informer personnellement et au préalable les personnes dont les données sont traitées en vue du marketing direct, donc avant qu'un traitement ne soit effectué pour la première fois. La LVP fait une distinction selon que les données sont collectées directement auprès de la personne concernée ou sont obtenues via d'autres moyens (article 9 de la LVP).

La Commission constate que le respect de l'obligation d'information laisse souvent à désirer ou est même tout à fait négligée. Le respect de cette obligation est toutefois crucial pour le respect loyal de la LVP dans le contexte du marketing direct.

Il faut remplir cette obligation de manière loyale (conformément à l'article 4, § 1, 1° de la LVP), ce qui implique notamment que l'information soit :

- a) lisible ;
- b) adaptée au niveau du public cible : langage adapté à l'égard du public cible (clients, consommateurs, mineurs (tels que des écoliers), travailleurs, ...) ;
- c) rédigée dans la propre langue ou dans la langue dans laquelle on communique normalement avec le groupe cible (par exemple langage commercial) ;
- d) rédigée sans jargon (juridique) exagéré ;
- e) facilement accessible, et plus particulièrement communiquée à un endroit bien déterminé et distinct et pas exclusivement dans les conditions générales.

La Commission est favorable à une approche structurée, en particulier en utilisant une déclaration de confidentialité succincte qui attire l'attention sur les caractéristiques essentielles du traitement. Une telle déclaration doit systématiquement faire référence à des informations complètes, reprises dans les conditions générales et/ou dans la déclaration de confidentialité intégrale. Cette technique

s'inscrit dans le cadre d'un traitement loyal et transparent de données à caractère personnel à des fins de marketing direct.

E.1.1. Collecte des données à caractère personnel auprès de la personne concernée (article 9, § 1 de la LVP)

Lorsque le responsable du traitement collecte des données directement auprès de la personne concernée, il va de soi que c'est au plus tard à ce moment que les informations utiles doivent être communiquées au sujet du traitement envisagé. Il s'agit au moins des informations suivantes :

- a) le nom et l'adresse du responsable du traitement⁴⁵ ;
- b) les finalités du traitement ;
- c) l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement⁴⁶ de ses données à caractère personnel qui est envisagé si ce traitement est effectué en vue du marketing direct ;
- d) d'autres informations complémentaires qui sont nécessaires par souci de loyauté, à savoir :
 1. les destinataires ou les catégories de destinataires des données⁴⁷ ;
 2. le caractère obligatoire ou non de la réponse et les éventuelles conséquences de l'absence de réponse ;
 3. l'existence d'un droit d'accès et de rectification de ses données à caractère personnel.

Les informations énumérées au point d) ne doivent pas être communiquées si, eu égard aux circonstances spécifiques dans lesquelles les données à caractère personnel sont obtenues, elles ne sont pas nécessaires pour garantir un traitement loyal à l'égard de la personne concernée.

Les informations relatives aux destinataires ou aux catégories de destinataires des données doivent permettre à la personne concernée d'exercer efficacement ses droits qui lui sont octroyés par la LVP, en particulier le droit de s'opposer aux traitements à des fins de marketing direct.

Le caractère obligatoire ou non et les conséquences de l'absence de réponse sont notamment importants lorsque l'on promet à la personne concernée un avantage en échange des données communiquées. C'est par exemple le cas lorsque des données sont collectées au moyen d'un formulaire de participation à un concours⁴⁸. À défaut de clarté sur le caractère obligatoire des réponses, une personne peut refuser de mentionner une donnée à caractère personnel sur un

⁴⁵ La simple mention d'une référence à un produit ou service, un site Internet ou une adresse de contact par e-mail ne suffit pas.

⁴⁶ Le transfert à des tiers constitue un traitement.

⁴⁷ Une référence à une "communication à des tiers ou à nos partenaires commerciaux" est insuffisante.

⁴⁸ Autres exemples : cartes de fidélité de supermarchés, inscription sur un bon pour commander chez un éditeur un livre ou un DVD avec une réduction.

formulaire de participation à un concours parce qu'elle estime qu'elle n'est pas pertinente⁴⁹ pour la participation au concours ou à l'action en question. Sa participation ne peut pas être refusée si elle exerce ses droits en vertu de la LVP (voir en particulier le point E.3. concernant le droit d'opposition).

Si la personne concernée a déjà reçu au préalable toutes les informations énumérées aux points a) à d), l'information ne doit en principe pas être donnée à nouveau lors de la collecte proprement dite. L'on insiste sur l'obligation d'informer les personnes concernées *au plus tard au moment où les données sont obtenues*, en particulier au sujet de leur droit de s'opposer au traitement⁵⁰ de leurs données à caractère personnel à des fins de publicité.

Des modalités concernant le droit d'opposition aux traitements à des fins de marketing direct sont fixées à l'article 34 de l'arrêté royal du 13 février 2001⁵¹.

Si les données à caractère personnel sont collectées *par écrit* auprès de la personne concernée (par exemple un coupon-réponse publié dans un journal ou un périodique, un formulaire complété lors d'une commande ou d'une inscription à un abonnement, etc.), le responsable du traitement est obligé de donner à la personne concernée la possibilité d'exercer son droit d'opposition sur le document grâce auquel il collecte ses données (article 34, premier alinéa de l'arrêté d'exécution). Si les données à caractère personnel sont collectées auprès de la personne concernée *autrement que par écrit* (par exemple via une conversation téléphonique avec la personne concernée ou une enquête réalisée en rue, etc.), le responsable doit soit prévoir un moyen technique permettant la possibilité d'opposition et permettant d'en conserver la preuve, soit prendre contact par écrit avec la personne concernée dans les deux mois après la collecte des données à caractère personnel, pour lui permettre d'exercer son droit d'opposition sur le document que le responsable du traitement lui fournit (article 34, deuxième alinéa de l'arrêté royal du 13 février 2001).

Lorsque la possibilité d'opposition est offerte, la Commission recommande de faire la distinction entre :

- le marketing direct 'interne' : marketing direct réalisé par une entreprise pour ses propres produits ou services ;
- marketing direct 'externe' : commerce de données à caractère personnel.

⁴⁹ Si une personne estime qu'une donnée que le responsable du traitement doit demander n'est pas pertinente, elle peut aussi s'informer auprès de ce dernier quant à la pertinence de la donnée et, le cas échéant, en cas de désaccord, demander à la Commission d'intervenir dans le cadre de sa mission de médiation.

⁵⁰ En ce compris la communication de leurs données à des tiers.

⁵¹ Arrêté royal du 13 février 2001 *portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, M.B. du 13 mars 2001 (ci-après "l'arrêté royal du 13 février 2001").

E.1.2. Les données à caractère personnel ne sont pas collectées auprès de la personne concernée (article 9, § 2 de la LVP)

Dans de nombreux cas, le responsable du traitement traite des données qui ne sont pas obtenues directement auprès de la personne concernée. C'est notamment le cas lorsque l'on fait appel à des intermédiaires professionnels (par exemple un "listmaker" ou "listbroker"). Certaines entreprises estiment qu'elles n'ont pas elles-mêmes de responsabilité et ne doivent par conséquent pas respecter l'obligation d'information lorsqu'elles ont acheté ou loué une liste de données à caractère personnel à un intermédiaire en vue de l'envoi unique de publicité nominative. Ce point de vue doit toutefois être nuancé. Ces entreprises déterminent les finalités et les moyens de leurs actions de marketing (après avis, elles commandent les actions et paient pour celles-ci), et ont dès lors la qualité de responsable du traitement, en vertu de l'article 1, § 4 de la LVP, même si ce traitement n'est effectué qu'une seule fois.

La loi mentionne un certain nombre de règles au sujet du moment auquel les informations utiles concernant le traitement envisagé doivent être fournies. En principe, les informations utiles doivent être communiquées au moment de l'enregistrement des données. Lorsque les données sont destinées à être communiquées à un tiers, les informations utiles doivent être données au plus tard au moment où les données sont transmises pour la première fois à ce tiers. S'il s'agit d'un traitement en vue du marketing direct, la personne concernée doit en être informée *avant que des données à caractère personnel ne soient pour la première fois utilisées pour le compte de tiers à des fins de direct marketing* (article 9, § 2, c) de la LVP).

Les informations suivantes doivent au moins être fournies :

- a) le nom et l'adresse du responsable du traitement⁵² ;
- b) les finalités du traitement ;
- c) l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement⁵³ de ses données à caractère personnel qui est envisagé si ce traitement est effectué en vue du marketing direct ;
- d) d'autres informations complémentaires qui sont nécessaires par souci de loyauté, à savoir :
 1. les catégories de données concernées ;
 2. les destinataires ou les catégories de destinataires des données⁵⁴ ;
 3. l'existence d'un droit d'accès et de rectification de ses données à caractère personnel.

⁵² La simple mention d'une référence à un produit ou service, un site Internet ou une adresse de contact par e-mail ne suffit pas.

⁵³ Le transfert à des tiers constitue un traitement.

⁵⁴ Une référence à une "communication à des tiers ou à nos partenaires commerciaux" est insuffisante.

Les informations énumérées au point d) ne doivent pas être communiquées si, eu égard aux circonstances spécifiques dans lesquelles les données à caractère personnel sont obtenues, elles ne sont pas nécessaires pour garantir un traitement loyal à l'égard de la personne concernée.

Les informations relatives aux destinataires ou aux catégories de destinataires des données doivent permettre à la personne concernée d'exercer efficacement ses droits qui lui sont octroyés par la LVP, en particulier le droit de s'opposer aux traitements à des fins de marketing direct.

Le responsable du traitement doit prendre contact par écrit avec la personne concernée, au moins pour demander s'il veut exercer son droit d'opposition⁵⁵. Il va de soi qu'il faut communiquer toutes les informations requises par l'article 9, § 2 de la LVP lors de ce contact écrit avec la personne concernée⁵⁶. Cette dernière doit pouvoir exercer son droit d'opposition au moyen du document mis à disposition par le responsable du traitement en répondant à une question claire et simple.

Si la personne concernée a déjà reçu au préalable toutes les informations énumérées aux points a) à d), l'information ne doit en principe pas être donnée à nouveau au moment de l'enregistrement, ni au moment de la communication ou de la mise à disposition de tiers.

L'expérience nous apprend que de très nombreux citoyens se demandent en premier lieu où l'expéditeur a obtenu leurs données lorsqu'ils reçoivent des messages de marketing direct. Ce constat est frappant, vu l'obligation d'information décrite ci-avant. À la lumière des circonstances particulières dans lesquelles les données sont traitées dans le secteur du marketing direct, en particulier lorsqu'il est question de commerce de données à caractère personnel, une attitude plus proactive se révèle nécessaire. La Commission recommande dès lors fortement au responsable du traitement de communiquer de manière proactive la provenance des données à la personne concernée, ce en vue d'un respect loyal de la LVP dans le contexte du marketing direct⁵⁷. Une telle mention proactive de la source des données peut se faire lors de chaque envoi de publicité et/ou via une annonce sur le site Internet du responsable. La mention proactive de la source des données ne porte pas préjudice au droit d'accès octroyé à la personne concernée (article 10 de la LVP).

Les acteurs du marketing direct peuvent-ils invoquer une dispense de l'obligation d'information par la justification que celle-ci se révèle impossible ou implique des efforts disproportionnés (article 9, § 2, deuxième alinéa de la LVP) ? Il est vrai qu'une lecture littérale de la LVP n'exclut pas absolument une dispense dans le contexte du marketing direct⁵⁸. Par contre, de nombreux arguments prépondérants s'opposent à l'application de la dispense dans le contexte du marketing

⁵⁵ C'est ce qui découle de l'article 35 de l'arrêté royal du 13 février 2001.

⁵⁶ Rapport au Roi de l'article 35 de l'arrêté royal du 13 février 2001.

⁵⁷ En particulier l'exécution du principe de loyauté, établi à l'article 4, § 1, 1° de la LVP, et du principe de transparence, établi aux articles 9 et 17 de la LVP.

⁵⁸ Les exemples qu'énumère la loi ne sont pas exhaustifs d'après les travaux parlementaires, Doc. Parl. Chambre, 1997-1998, 1566/010, p. 96-97. L'exposé des motifs de l'arrêté royal du 13 février 2001 donne comme exemple à cet égard "*entreprises spécialisées dans la communication d'adresses à des fins de prospection*", mais invoque uniquement cette lecture littérale de la LVP, sans répondre aux arguments suivants.

direct. La règle énonce que le responsable du traitement doit fournir certaines informations à la personne concernée, les exceptions devant être interprétées de manière restrictive. Le fait que le marketing direct ne soit mentionné ni dans la loi, ni dans l'arrêté royal du 13 février 2001 va à l'encontre de l'extension de la dispense dans ce cas. En outre, le marketing direct ne s'inscrit pas du tout dans le contexte des exemples que mentionne la loi⁵⁹, plus particulièrement les finalités statistiques, la recherche historique, la recherche scientifique ou le dépistage en vue de protéger et favoriser la santé publique. Il s'agit, dans les cas précités, de traitements qui d'une part, jouissent d'un statut privilégié dans la loi⁶⁰, mais d'autre part, sont également soumis à des garanties complémentaires⁶¹. Le marketing direct est par contre justement régi de manière stricte dans la LVP et l'arrêté royal du 13 février 2001⁶². La Commission estime par conséquent que l'article 9, § 2, deuxième alinéa de la LVP ne s'applique pas au contexte du marketing direct, notamment vu le fait que l'objet central du marketing direct est précisément le fait de rentrer en contact avec les personnes concernées.

E.2. Droit d'accès

En vertu de l'article 10 de la LVP, toute personne dont les données font l'objet d'un traitement a le droit d'obtenir gratuitement du responsable du traitement :

- la confirmation que des données la concernant sont traitées, ainsi que des informations portant sur la finalité du traitement, les catégories de données traitées et les catégories de destinataires ;
- la communication, sous une forme intelligible, des données traitées et de toute information disponible sur l'origine de ces données.

La Commission estime que la loyauté⁶³ et la transparence⁶⁴ dans le marketing direct exigent que le responsable du traitement conserve toujours des informations sur l'origine des données qu'il traite.

Pour exercer le droit d'accès, la personne concernée adresse au responsable du traitement ou à son représentant en Belgique, ou à l'un de ses mandataires/préposés ou au sous-traitant une demande

⁵⁹ Ce point de vue a déjà été adopté par la Commission dans son avis n° 1999/25 relatif au *projet d'arrêté royal portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, p. 5.

⁶⁰ Voir l'article 4, § 1, 2° et 5°, l'article 6, § 2, g), l'article 7, § 2, d) et k) et l'article 8, § 2, e) de la LVP.

⁶¹ Chapitres II et III de l'arrêté royal du 13 février 2001.

⁶² Voir l'article 12, § 1, troisième alinéa de la LVP et l'article 34 et 35 de l'arrêté royal du 13 février 2001.

⁶³ Conformément au principe de loyauté établi à l'article 4, § 1, 1° de la LVP.

⁶⁴ Conformément au principe de transparence établi aux articles 9 et 17 de la LVP.

datée et signée, qui est remise sur place⁶⁵ ou envoyée par la poste ou par un moyen de télécommunication (article 32 de l'arrêté royal du 13 février 2001). Cette demande doit être accompagnée d'une preuve de l'identité du requérant (par exemple, une photocopie de sa carte d'identité).

Les informations susmentionnées doivent être communiquées dans les 45 jours suivant la réception de la demande.

Le non-respect de cette obligation est sanctionné pénalement (article 39, 5° de la LVP).

E.3. Droit d'opposition

L'article 12, § 1, troisième alinéa de la LVP stipule que *lorsque les données à caractère personnel sont collectées à des fins de direct marketing, la personne concernée peut s'opposer, gratuitement et sans aucune justification, au traitement projeté de données à caractère personnel la concernant ("opt-out")*. Les règles concernant le mode d'information de la personne concernée quant à ce droit ont été abordées ci-avant (voir point E.1.).

Pour exercer ce droit, la personne concernée adresse au responsable du traitement ou à son représentant en Belgique, ou à l'un de ses mandataires/préposés ou au sous-traitant une demande datée et signée, qui est remise sur place⁶⁶ ou envoyée par la poste ou par tout autre moyen de télécommunication (article 33 de l'arrêté royal du 13 février 2001). Cette demande doit être accompagnée d'une preuve de l'identité du requérant (par exemple une photocopie de sa carte d'identité).

Le responsable du traitement a l'obligation de l'informer de la suite qu'il a donnée à sa requête dans le mois suivant l'introduction de celle-ci.

Après l'exercice du droit d'opposition, les données doivent en principe être supprimées⁶⁷. Dans certaines situations, (une partie) des données peuvent encore être conservées pour d'autres motifs, par exemple dans le cadre d'un contrat encore en cours avec le responsable du traitement ou en raison d'obligations légales. Dans ces cas, le responsable du traitement doit veiller à ce que les données ne soient pas de nouveau utilisées à des fins de marketing direct.

⁶⁵ En cas de remise de la demande sur place, un accusé de réception daté et signé doit être délivré (article 32, deuxième alinéa de l'arrêté royal du 13 février 2001).

⁶⁶ En cas de remise de la demande sur place, un accusé de réception daté et signé doit être délivré (article 32, deuxième alinéa de l'arrêté royal du 13 février 2001).

⁶⁷ L'article 12, § 1, quatrième alinéa de la LVP stipule qu'*en cas d'opposition justifiée, le traitement mis en œuvre par le responsable du traitement ne peut plus porter sur ces données*.

Si la personne concernée veut également s'opposer à ce traitement ultérieur de ses données à caractère personnel à des fins autres que celles de marketing direct, c'est possible sous certaines conditions. La personne concernée peut toujours s'opposer au traitement de ses données qui est contraire aux dispositions de la LVP, plus particulièrement lorsque les données, vu la finalité du traitement, sont incomplètes ou non pertinentes ou lorsque leur enregistrement, leur communication ou leur conservation sont interdits ou lorsque les données sont conservées au-delà du délai autorisé (article 12, § 1, cinquième alinéa de la LVP). La personne concernée peut s'opposer à tout traitement de ses données lorsqu'elle a des raisons sérieuses et légitimes, sauf s'il s'agit d'un traitement imposé par une législation ou une réglementation ou d'un traitement légitimé par une relation (pré)contractuelle avec la personne concernée (article 12, § 1, deuxième alinéa de la LVP).

Il y a lieu de faire une distinction entre la possibilité d'exercer un droit d'opposition prévue à l'article 12 de la LVP et l'inscription sur ce qu'on appelle une ou plusieurs des "listes Robinson" (voir plus loin, sous H.1.) : d'une part, le droit d'opposition peut être exercé à l'encontre de tout responsable d'un traitement effectué à des fins de marketing direct (que celui-ci soit ou non membre de la Belgian Direct Marketing Association) ; d'autre part, il ne vise pas un secteur entier mais uniquement le responsable à l'encontre duquel il est exercé.

Le droit d'opposition ne peut pas être entravé par des conditions que l'on y associe. Des données à caractère personnel sont très souvent collectées dans le cadre d'un concours ou d'une action de réduction (par exemple un coupon-réponse dans un journal pour commander une série de livres ou de CD avec une réduction). La Commission estime que l'exercice du droit d'opposition de la personne concernée ne peut donner lieu au refus de l'avantage promis ou l'exclusion de la participation au concours. La personne concernée doit toujours avoir la possibilité de faire valoir son opposition sur le document grâce auquel les données sont collectées (article 34, premier alinéa de l'arrêté royal du 13 février 2001).

E.4. Droit de rectification

En vertu de l'article 12, § 1, premier alinéa de la LVP, toute personne a le droit d'obtenir sans frais la rectification de toute donnée à caractère personnel inexacte qui la concerne.

Pour exercer ce droit, il lui suffit d'adresser au responsable du traitement ou à son représentant en Belgique, ou à l'un de ses mandataires/préposés ou au sous-traitant une demande datée et signée, qui est remise sur place⁶⁸ ou envoyée par la poste ou par un moyen de télécommunication (article 33 de l'arrêté royal du 13 février 2001). Cette demande doit être accompagnée d'une preuve de l'identité du requérant (par exemple une photocopie de sa carte d'identité).

⁶⁸ En cas de remise de la demande sur place, un accusé de réception daté et signé doit être délivré (article 32, deuxième alinéa de l'arrêté royal du 13 février 2001).

Dans le mois qui suit l'introduction de la requête, le responsable du traitement communique les rectifications ou effacements des données à la personne concernée elle-même ainsi qu'aux personnes à qui les données incorrectes, incomplètes et non pertinentes ont été communiquées, pour autant qu'il ait encore connaissance des destinataires de la communication et que la notification à ces destinataires ne paraisse pas impossible ou n'implique pas des efforts disproportionnés (article 12, § 3 de la LVP).

F. Autres obligations du responsable du traitement

Outre l'obligation d'informer la personne concernée (article 9 de la LVP), le responsable du traitement est également tenu de respecter les obligations suivantes : déclarer le traitement à la Commission (article 17 de la LVP) et garantir la sécurité des données à caractère personnel (article 16 de la LVP).

F.1. Déclaration

Un traitement de marketing direct partiellement ou entièrement automatisé doit en principe être déclaré (article 17 de la LVP).

Le respect de cette obligation et la délivrance par la Commission, à cette occasion, d'un accusé de réception ne signifient pas que le traitement est en tous points conforme à la LVP. Toute modification substantielle apportée au traitement (par exemple, en cas de transfert de fichiers), modifiant les informations mentionnées dans la déclaration introduite précédemment (article 17, § 3 de la LVP), ainsi que la suppression de ce traitement (article 17, § 7 de la LVP) doivent également être notifiées à la Commission.

La déclaration peut être effectuée ou complétée au moyen d'un formulaire (papier) à retourner à la Commission⁶⁹ ou via son site Internet⁷⁰.

Le non-respect de cette obligation de déclaration est sanctionné pénalement (article 39, 8° de la LVP).

L'arrêté royal du 13 février 2001 prévoit un certain nombre d'exceptions à l'obligation de déclaration, dont certaines sont potentiellement d'application aux activités de marketing direct (articles 55 à 57 de l'arrêté). Les conditions à respecter cumulativement différeront en fonction de la nature du message qui sera au final envoyé :

⁶⁹ Commission de la protection de la vie privée, Rue Haute 139 à 1000 Bruxelles, tél. : 02/213.85.40, fax : 02/213.85.65, e-mail : commission@privacycommission.be.

⁷⁰ <http://www.privacycommission.be>.

Marketing direct commercial :

1. La personne concernée est au moins un client potentiel du responsable
2. Aucune donnée "sensible" (reprise aux articles 6 à 8 de la LVP) n'est traitée.
3. Les données du destinataire du message ont été récoltées directement auprès de celui-ci.
4. Les données du destinataire du message ne seront pas transmises à des tiers pour une finalité ne procédant pas d'une obligation légale ou étrangère à la gestion normale d'entreprise.

Marketing direct non-commercial par un responsable qui a la forme d'une fondation, d'une association ou de tout autre organisme sans but lucratif :

1. Le message doit avoir un rapport avec l'objet social poursuivi par le responsable.
2. La personne concernée est un membre propre ou un bienfaiteur de la fondation, de l'association ou de l'organisme, ou une personne avec qui ce responsable entretient des contacts réguliers.
3. Les données du destinataire du message ont été récoltées directement auprès de celui-ci.
4. Les données du destinataire du message ne seront pas transmises à des tiers pour une finalité ne procédant pas d'une obligation légale.
5. Les données à caractère personnel traitées ne peuvent être conservées au-delà du temps nécessaire à l'administration des membres, des personnes de contact et des bienfaiteurs.

Autres cas de marketing direct non-commercial (entre autres par les responsables/personnes physiques) :

1. Limitation aux données d'identification indispensables à la communication.
2. But exclusif d'entrer en contact avec l'intéressé.
3. Pas de transmission des données du destinataire à des tiers.
4. Pas de conservation au-delà du temps nécessaire à la finalité du traitement.

Il ressort en tout cas de l'application de ces règles qu'une déclaration reste requise dès qu'il s'agit par exemple de la vente ou de la location d'un fichier à des tiers.

F.2. Sécurité du traitement

Le responsable du traitement doit garantir la confidentialité et la sécurité du traitement (article 16, §§ 2 et 4 de la LVP).

Il doit :

- a) faire toute diligence pour tenir les données à jour, pour rectifier ou supprimer les données inexactes, incomplètes ou non pertinentes ;
- b) veiller à ce que, pour les personnes agissant sous son autorité, l'accès aux données et les possibilités de traitement soient limités à ce dont ces personnes ont besoin pour l'exercice de leurs fonctions ou à ce qui est nécessaire pour les nécessités du service ;
- c) informer les personnes agissant sous son autorité des dispositions de la présente loi⁷¹ et de ses arrêtés d'exécution, ainsi que de toute prescription pertinente, relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel ;
- d) s'assurer de la conformité des programmes servant au traitement automatisé des données à caractère personnel avec les termes de la déclaration visée à l'article 17 ainsi que de la régularité de leur application.

Si le responsable du traitement fait appel à un sous-traitant, il faut prévoir des garanties spécifiques dans le contrat du traitement, décrites à l'article 16, §§ 1 et 3 de la LVP.

Le responsable du traitement doit :

- a) choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives au traitement.

Une mesure de sécurité pourrait notamment consister à organiser une journalisation de l'accès aux données à caractère personnel de manière à conserver une trace de leur consultation, à porter un badge attestant que son titulaire est autorisé à accéder aux données ou encore à utiliser un mot de passe ;

- b) veiller au respect de ces mesures notamment par la stipulation de mentions contractuelles ;
- c) fixer dans le contrat la responsabilité du sous-traitant à l'égard du responsable du traitement ;
- d) convenir avec le sous-traitant que celui-ci n'agit que sur la seule instruction du responsable du traitement, sauf dans le cas d'une obligation imposée par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou

⁷¹ Les informations à fournir portent sur la LVP et, le cas échéant, sur toute autre législation pertinente compte tenu du secteur d'activité concerné.

d'une ordonnance, et est tenu aux mêmes obligations que celles auxquelles le responsable du traitement est tenu ;

- e) consigner par écrit ou sur un support électronique les éléments du contrat visés aux points c) et d) relatifs à la protection de la vie privée.

Le non-respect de l'obligation de sécurité est sanctionné pénalement (article 38 de la LVP).

G. Flux transfrontalier de données

Tant que la LVP belge est respectée, les données à caractère personnel peuvent circuler librement au sein de l'Espace économique européen⁷². De par la Directive 95/46/CE⁷³, les États membres utilisent le même niveau de protection pour le traitement de données à caractère personnel. Le transfert au sein de l'Espace économique européen est dès lors permis, sous les mêmes conditions qu'un transfert en Belgique (notamment le respect de la justification, la compatibilité du transfert avec le traitement initial, l'information des personnes concernées).

Dans le cadre du transfert de données à caractère personnel vers des pays non membres de l'Union européenne, le pays de destination doit garantir un niveau de protection adéquat des données⁷⁴. Le caractère adéquat du niveau de protection s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert de données ou à une catégorie de transferts de données ; il est notamment tenu compte de la nature des données, de la finalité et de la durée du ou des traitements envisagés, des pays d'origine et de destination finale, des règles de droit, générales et sectorielles, en vigueur dans le pays en cause, ainsi que des règles professionnelles et des mesures de sécurité qui y sont respectées (article 21, § 1^{er}, alinéa 2 de la LVP).

⁷² L'Espace économique européen est composé des États membres de l'Union européenne ainsi que de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège.

⁷³ La Directive européenne 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*, Journal officiel n° L281/31 du 23 novembre 1995.

⁷⁴ La Commission européenne estime que (notamment) les pays suivants offrent un niveau de protection adéquat : la Suisse, l'Argentine, le Canada et les États-Unis d'Amérique en ce qui concerne les entreprises ayant adhéré auxdits principes de la "sphère de sécurité" (*Safe harbor*). Davantage d'informations peuvent être obtenues à ce sujet sur le site de la Commission européenne, Justice et affaires intérieures : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/thridcountries/index_fr.htm.

À défaut d'un niveau de protection adéquat des données à caractère personnel, le transfert de données à caractère personnel peut toutefois être effectué, en particulier :

- a) si la personne concernée a indubitablement donné son consentement au transfert envisagé (article 22, § 1, 1^o de la LVP) ;
- b) si le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ou pour des mesures précontractuelles⁷⁵ prises à la demande de la personne concernée (article 22, § 1, 2^o de la LVP) ;
- c) si des garanties sont offertes par le biais de clauses contractuelles appropriées adoptées par l'exportateur et l'importateur des données⁷⁶ (article 22, alinéa 2 de la LVP).

Pour de plus amples informations au sujet des flux transfrontaliers, on peut consulter la note de la Commission "La protection des données à caractère personnel en Belgique", sur le site de la Commission, à l'adresse suivante : www.privacycommission.be (cliquer successivement sur "En pratique" > "Vie privée – principes de base" > " Note vie privée – généralités").

H. Initiatives du secteur

Le secteur a pris lui-même quelques initiatives afin de mener à bien le traitement de données à caractère personnel en vue du marketing direct. La Commission accueille favorablement toute initiative qui contribue à la loyauté et à la transparence du traitement de données dans le secteur du marketing direct. Dans le même temps, la Commission reconnaît la nécessité d'évaluer la conformité de telles initiatives avec la LVP.

Quelques initiatives du secteur sont reprises ci-après.

⁷⁵ Par exemple, les données de la personne concernée ou son numéro de compte bancaire.

⁷⁶ Des clauses contractuelles types pour le transfert des données à caractère personnel vers des pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat pour le traitement de données à caractère personnel sont consultables via le lien http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/.

H.1. La Belgian Direct Marketing Association

a) Code de déontologie

La Belgian Direct Marketing Association (BDMA)⁷⁷ a rédigé un code de déontologie disponible sur son site Internet www.bdma.be (rubrique "Concernant la BDMA").

Ce code de déontologie ne remplace pas la LVP, qui s'y applique. Tous les membres de la BDMA doivent donc d'abord respecter la LVP, et ensuite le code de déontologie. En cas de dispositions contradictoires entre les deux textes, le règlement légal (LVP) est toujours prioritaire. Le code de déontologie attire d'ailleurs explicitement l'attention des membres de la BDMA sur leur obligation de respecter toute la législation applicable, notamment la LVP.

b) Le label Be-Commerce (voir ci-après)

La BDMA a développé Be-Commerce en tant que label de qualité pour les magasins en ligne qu'elle a certifiés. Les premiers labels ont été décernés à partir de novembre 2006. Le site Internet <http://www.becommerce.be> reprend davantage d'informations à cet égard.

c) Les listes Robinson

La BDMA a développé deux listes dites "Robinson", sur lesquelles peut se faire inscrire toute personne ne souhaitant pas que les entreprises affiliées à la BDMA lui envoient de la publicité personnalisée⁷⁸. Les listes suivantes ont été prévues :

- la liste "Robinson Phone", si l'on ne souhaite pas recevoir de la publicité par téléphone ;
- la liste "Robinson Mail", si l'on ne souhaite pas recevoir de la publicité nominative.

On peut s'inscrire gratuitement sur (une de) ces listes sur simple demande :

- via le site Internet www.robinson.be ;
- en adressant une demande écrite à la Belgian Direct Marketing Association, Buro & Design Center, Esplanade du Heysel, boîte 46, 1020 Bruxelles.

⁷⁷ Voir les sites Internet www.bdma.be et www.robinsonlist.be.

⁷⁸ Davantage d'informations sur les listes Robinson sont disponibles sur le site Internet suivant : http://www.robinsonlist.be/faq_fr.htm.

Tous les membres de la BDMA, constituée de quelque 400 entreprises, s'engagent à effacer de leurs fichiers de prospection les données des personnes figurant sur les listes Robinson, sauf si ces personnes sont effectivement clientes chez elles. La liste des membres est disponible sur le site www.bdma.be.

Le code de conduite actuel de la BDMA mentionne que la durée de l'inscription sur la liste Robinson Phone est de 3 ans et d'un an pour la liste Robinson Mail. D'après la BDMA, les personnes restent en pratique sur les listes pour une durée indéterminée, sauf si elles demandent spécifiquement leur suppression à la BDMA. La Commission prend note de l'intention qu'a exprimée la BDMA de reprendre cette pratique à l'article 34 du code de conduite de la BDMA.

Après son inscription, la personne concernée doit tenir compte d'un délai allant de un à trois mois avant que ses données ne soient effectivement supprimées des fichiers des entreprises affiliées à la BDMA, ce pour des raisons techniques.

L'inscription sur les listes Robinson ne donne toutefois pas la garantie de ne plus jamais recevoir de publicité personnalisée de n'importe quelle entreprise. Un certain nombre de limitations sont liées aux listes Robinson :

- elles ne sont pas utilisées pour filtrer le marketing "business to business". La personne concernée peut donc continuer à recevoir de la publicité personnalisée en rapport avec ses activités professionnelles ;
- seules les entreprises affiliées à la BDMA doivent respecter ces listes en vertu du code de déontologie. Les non-membres peuvent accéder gratuitement à ces listes Robinson⁷⁹, mais ne les utiliseront que s'ils y trouvent un propre intérêt ;
- elles ne s'appliquent pas aux publicités par fax ou via le porte-à-porte ;
- les listes sont un instrument pour les entreprises qui souhaitent tenir compte des préférences du consommateur et non un moyen d'imposer le respect de la LVP. Elles n'offrent ainsi aucune garantie à l'égard d'un abus par des entreprises, comme le commerce illégal d'adresses suite à une lacune de sécurité, du spam, des tentatives d'escroquerie (le phishing par exemple); ...

Les listes Robinson offrent aux citoyens un guichet central afin de ne plus recevoir des offres de marketing direct par la poste ou par téléphone de la part des entreprises affiliées.

⁷⁹ La Commission indique que la gestion des listes Robinson constitue elle-même également un traitement de données à caractère personnel dont la BDMA est responsable. La gestion des risques (abus par exemple) liés à la diffusion gratuite des informations sur les listes Robinson revient donc à la BDMA (article 16 de la LVP).

La Commission rappelle que le marketing direct est plus que l'envoi d'un message à une personne déterminée. Le marketing direct au sens large comprend également tous les maillons préalables et déduits de la chaîne des traitements à des fins de marketing direct. Il s'agit en particulier du commerce d'adresses, du profilage et du commerce de profils, de l'échange de listes noires, de la fixation de prix adaptés, de l'enrichissement de fichiers, du dédoublement de données, etc. La Commission constate que le code de déontologie de la BDMA ne fixe pas explicitement la mesure dans laquelle les traitements précités sont encore permis pour les personnes concernées qui se sont inscrites sur une liste Robinson.

La personne concernée peut le cas échéant recourir à son droit d'opposition (article 12, § 1, troisième alinéa de la LVP), mais doit alors contacter à cet effet chaque entreprise individuelle responsable à cet égard. La Commission appelle le secteur à étendre explicitement l'impact des listes Robinson à d'autres maillons de la chaîne du marketing direct, en particulier le commerce d'adresses et le profilage. Cela permettrait aux personnes concernées de maîtriser plus efficacement le traitement de leurs données à caractère personnel à des fins de marketing direct au sens large.

H.2. Labels de qualité privés pour le commerce électronique

Ces dernières années, divers labels de qualité privés ont été créés pour le commerce sur des sites Internet (e-commerce). Outre le label de la BDMA déjà évoqué précédemment, les labels suivants ont également été introduits récemment :

- le label e-commerce de l'UNIZO (<http://www.unizo.be/e-commercelabel>) ;
- le label Beshops (<http://www.beshops.org>).

La Commission suit la récente prolifération de labels de qualité privés ainsi que leurs mécanismes de contrôle interne. Elle constate que chaque label prétend offrir au consommateur la sécurité, surtout lorsqu'il s'agit de la sécurité du traitement de ses données à caractère personnel, en insistant sur les données de paiement. Toutefois, on ne sait pas encore clairement si la politique relative au marketing direct des commerçants porteurs du label répond à tous les droits et obligations de la LVP.

La Commission s'interroge dès lors quant à la qualité, la fiabilité, l'objectivité et la cohérence des différents nouveaux labels, ainsi qu'aux garanties effectives qu'ils offrent.

I. Instances compétentes

1.1. La Commission de la protection de la vie privée

La Commission est habilitée à traiter les questions et les plaintes ayant trait aux traitements de données à caractère personnel effectués à des fins de marketing direct.

Pour permettre un traitement rapide de la plainte, il est nécessaire que le plaignant :

- mentionne en toutes lettres son nom, ainsi que ses coordonnées complètes, dans une lettre datée et signée ou tout autre message répondant aux mêmes critères (article 31, § 1 de la LVP) ;
- y joigne, en guise de preuve, une copie du publipostage incriminé ou, à tout le moins, une description détaillée des faits (exemple : "le (date), je me suis vu proposer par téléphone le produit x, ...") ;
- ait déjà exercé son droit d'accès, d'opposition ou de rectification auprès du responsable du traitement (si celui-ci est connu) et transmette à la Commission une copie de la correspondance échangée à cette occasion ;
- précise explicitement dans son message qu'il souhaite introduire une plainte, afin qu'il soit clair qu'il ne souhaite pas uniquement poser une question ou communiquer des informations ;
- veille, dans tout contact ultérieur avec la Commission, à toujours mentionner le numéro de dossier attribué par celle-ci après réception de la plainte.

1.2. La Direction générale Contrôle et Médiation du SPF Économie

Toute personne victime de pratiques commerciales malhonnêtes ou à laquelle des courriers électroniques ou des fax à contenu publicitaire ont été envoyés sans que son consentement ait été demandé à cet effet a le droit d'introduire une plainte auprès de la Direction générale Contrôle et Médiation du Service public fédéral Économie⁸⁰.

S'il s'agit d'une infraction constatée sur Internet, la Direction générale Contrôle et Médiation renvoie au point de contact **www.ecops.be**.

⁸⁰ Voir à ce propos : http://mineco.fgov.be/protection_consumer/complaints/complaints_fr_001.htm.

Si vous ne disposez pas d'un accès à Internet ou s'il ne s'agit pas d'une infraction commise sur ou via Internet, il vous est possible de joindre ce service à l'adresse suivante :

Service public fédéral Économie

Direction générale Contrôle et Médiation Services centraux

FO WTC III, Boulevard Simon Bolivar, 30

B-1000 Bruxelles

E-mail : eco.inspec.fo@economie.fgov.be

Tél. : 32(0)2 277 54 85

Fax : 32(0)2 277 54 52

1.3. La "Federal Computer Crime Unit" – FCCU

En cas de tentative d'escroquerie par courrier électronique ("arnaque" (scam), "hameçonnage" (phishing), fausse loterie, ...), il est recommandé de contacter immédiatement le service compétent de la police fédérale et jamais l'expéditeur présumé des messages.

La dénonciation d'infractions commises sur ou via Internet doit de préférence être effectuée via le point de contact en ligne **www.ecops.be**, de manière à en faciliter et accélérer le traitement.

1.4. Le Comité de surveillance de la BDMA

Si une entreprise membre de la Belgian Direct Marketing Association (BDMA) persiste à vous adresser de la publicité personnalisée malgré le fait que vous vous soyez inscrit sur une des "listes Robinson" ou si elle viole le code de conduite de la BDMA, ou si un consommateur a un problème d'ordre général avec l'entreprise, vous pouvez le signaler au Comité de surveillance de cette dernière.

Le Comité de surveillance intervient en tant que médiateur dans les litiges entre consommateurs et entreprises pratiquant le marketing direct. Il traite également les plaintes relatives au marketing direct introduites auprès du Jury d'éthique publicitaire (JEP), en concertation avec ce dernier. Ses décisions sont contraignantes pour tous les membres. Les sanctions vont des avertissements ou des amendes à une exclusion de l'affiliation.

Toute plainte doit être transmise par écrit à l'adresse suivante :

BDMA

Comité de surveillance

Buro&Design Center
Esplanade du Heysel, boîte 46
1020 Bruxelles
info@bdma.be

Pour l'Administrateur e.c.,

(sé) Patrick Van Wouwe

Le Président,

(sé) Willem Debeuckelaere

Sommaire

A.	Définition du marketing direct	2
B.	Législation applicable	4
C.	Justification du traitement	5
	C.1. Marketing direct avec consentement de la personne concernée	5
	C.2. Marketing direct dans le cadre d'une relation (pré)contractuelle directe avec le client ou le client potentiel.....	10
	C.3. Marketing Direct avec intérêt pondéré	11
D.	Principes relatifs à la qualité du traitement	14
	D.1. La finalité du traitement.....	14
	D.2. La proportionnalité du traitement.....	17
	D.3. Un délai de conservation pour les fichiers de masse et l'enrichissement de fichiers en vue du marketing direct	18
E.	Droits de la personne concernée.....	20
	E.1. Droit à l'information	20
	E.1.1. Collecte des données à caractère personnel auprès de la personne concernée (article 9, § 1 de la LVP)	21
	E.1.2. Les données à caractère personnel ne sont pas collectées auprès de la personne concernée (article 9, § 2 de la LVP)	23
	E.2. Droit d'accès	25
	E.3. Droit d'opposition	26
	E.4. Droit de rectification	27
F.	Autres obligations du responsable du traitement	28
	F.1. Déclaration	28
	F.2. Sécurité du traitement.....	30
G.	Flux transfrontalier de données	31
H.	Initiatives du secteur.....	32
	H.1. La Belgian Direct Marketing Association	33
	H.2. Labels de qualité privés pour le commerce électronique.....	35
I.	Instances compétentes.....	36
	I.1. La Commission de la protection de la vie privée.....	36
	I.2. La Direction générale Contrôle et Médiation du SPF Économie.....	36
	I.3. La "Federal Computer Crime Unit" – FCCU	37
	I.4. Le Comité de surveillance de la BDMA	37