

Contributi di esperti

«Aspetti legali del direct marketing»





Autore

David Rosenthal
david.rosenthal@homburger.ch

David Rosenthal è consulente in materia di diritto dell'informazione e delle telecomunicazioni presso lo studio legale Homburger di Zurigo. È inoltre docente incaricato presso l'università di Basilea e il Politecnico di Zurigo e ha redatto diversi libri e numerosi articoli su varie tematiche nell'ambito di diritto, tecnologia dell'informazione e protezione dei dati.

Il direct marketing non richiede unicamente creatività e mezzi. È anche utile prendere tempestivamente in considerazione le basi legali per essere in grado di aggirare gli ostacoli giuridici. Pertanto la legge sulla protezione dei dati è di fondamentale importanza, anche se anche altre disposizioni vanno osservate.

In Svizzera non esiste **alcuna legge sul marketing o sulla pubblicità**. Chi si interessa alle condizioni legali generali del direct marketing, deve raccogliere le disposizioni disciplinate in diversi atti. Esistono anche regole di comportamento «spontaneamente» definite, la cui osservanza viene controllata ad esempio da commissioni arbitrali private, settoriali (come ad es. la commissione che si occupa di lealtà nel settore pubblicitario, www.lauterkeit.ch).

In Svizzera il regolamento giuridico del direct marketing si articola su diversi piani:

- **dati del pubblico target:** non appena i dati vengono elaborati, non risultano più anonimi e possono pertanto essere associati a persone determinate o determinabili, è necessario attenersi alle regole della legge federale sulla protezione dei dati (**LPD**). Quest'ultima si applica tanto alla creazione di profili personali quanto all'utilizzo di indirizzi per la spedizione. Tra l'altro, diversamente dalla maggior parte degli altri paesi europei, in Svizzera sono tutelati dalla LPD anche i dati delle persone giuridiche, che sono perciò oggetto delle relative limitazioni.
- **Contenuto del messaggio:** anche il contenuto del messaggio di una campagna di direct marketing può sottostare al regolamento legale. Si tratta principalmente delle regole generali della legge federale contro la concorrenza sleale (**LCSI**), compresa l'ordinanza sull'indicazione dei prezzi (**OIP**) appartenente alla LCSI e diverse disposizioni regolatorie che vietano o limitano la pubblicità di determinati prodotti e servizi. Ne sono un esempio tabacco, alcolici, farmaci, generi alimentari, servizi finanziari o assicurazioni. Le regole si trovano nelle più svariate leggi e ordinanze della confederazione e in parte anche dei cantoni.
- **Comunicazione del messaggio:** neppure la modalità con cui si comunica un messaggio è libera. Con disposizioni generali, come ad esempio la protezione della proprietà e del possesso del Codice civile svizzero (**CSS**), l'LCSI e l'LPD, i destinatari possono opporsi a invii nella propria cassetta delle lettere, fax ecc. ma anche contro e-mail pubblicitarie non richieste, SMS e chiamate. Un'infrazione alle disposizioni speciali dell'LCSI può persino essere perseguita penalmente, anche se accade raramente. Simili regolamentazioni esistono anche all'estero. Inoltre, sono limitati anche determinati strumenti del direct marketing, come ad esempio i concorsi a premi.

Talvolta al «diritto» viene attribuita la fama di ostacolare il direct marketing. Ma non deve essere così. Le restrizioni di qualsiasi genere imposte dalle regole sono inevitabili e necessarie. Chi se ne preoccupa per tempo, può organizzarsi e, il più delle volte, trovare buone alternative.

Ma non va neppure dimenticato che le regolamentazioni legali rispondono ad un'esigenza. La protezione dei dati intende tutelare la sfera privata e la personalità di ognuno. Al più tardi dall'entrata in scena di internet è indubbio che il vasto pubblico esiga questa protezione dagli attori dell'economia. Per questa ragione un'impresa dovrebbe fare affidamento alle relative regole, anche se ad es. la violazione della legge sulla protezione dei dati normalmente non comporta gravi conseguenze legali. Al contrario, la perdita di fiducia e l'irritazione dei clienti provocate dal mancato

rispetto della tutela dei propri dati possono comportare conseguenze gravi, in particolare se l'accaduto viene riportato dai media.

Protezione dei dati

In Svizzera, l'elaborazione dei dati da parte di terzi per il settore privato è fondamentalmente ammessa, anche senza previo consenso. Tuttavia, la legge federale sulla protezione dei dati (**LPD**) stabilisce regole vincolanti sull'approccio che privati (e organi federali) devono avere con tali «dati personali», ovvero quali dati possono raccogliere, utilizzare, conservare o in altro modo elaborare, e come. In tal senso il venditore diretto dovrebbe innanzitutto rendersi conto dove ha a che fare con **dati personali**. Sono considerati tali tutti i dati che si riferiscono ad un persona (naturale o giuridica) determinata o determinabile.

Un tipico esempio di dati personali sono gli indirizzi e i profili degli interessi riferiti alle persone menzionate. Ugualmente, il più delle volte ci troviamo di fronte a dati personali anche nel caso degli indirizzi e-mail relativi al titolare del nome di dominio, di nomi indicati o perché è possibile associare facilmente un indirizzo a una persona tramite attività in internet. Al contrario, i **dati anonimizzati** (ad es. i dati di una statistica anonima) non sono dati personali, pertanto per il loro utilizzo in questa forma non sottostanno alla LPD.

Ogni qualvolta la LPD va applicata, nell'elaborazione dei dati è necessario attenersi a una serie di regole. I principi fondamentali per il settore privato sono:

- **i dati personali devono essere stati acquisiti legalmente** e possono essere procurati, utilizzati e in altro modo elaborati solo in buona fede, pertanto (in termini non giuridici) solo «correttamente». Ad esempio non è permesso ottenere o sottrarre dati con raggiri, impiegare programmi di acquisizione di indirizzi e-mail in internet e la raccolta di dati sotto false indicazioni o tramite metodi occulti. Qualora i dati siano stati acquisiti illegalmente, non possono essere utilizzati nemmeno da terzi che operano in buona fede. Dunque, è bene fare molta attenzione alla modalità di acquisizione dei dati.
- **I dati personali possono essere utilizzati solo conformemente all'obiettivo** che le persone interessate si possono ragionevolmente aspettare. Ovvero quanto specificato al momento dell'acquisizione, ad esempio nell'ambito di una **dichiarazione sul trattamento dei dati** su un sito web che prevede l'utilizzo per «pubblicità per scopi personali o di terzi»; può bastare anche una clausola nelle «condizioni generali di contratto» (CGC). Oppure anche quanto emerge dalle circostanze o quanto previsto dalla legge. Se un cliente si aspetta che i suoi dati (ad es. il suo indirizzo) vengano utilizzati solo per scopi amministrativi, i fini pubblicitari o la trasmissione a partner di attività marketing sono vietati. Per il direct marketing questo «principio del vincolo di scopo» dell'LPD è importante: chi già al momento dell'acquisizione non si assicura la possibilità di poterli utilizzare anche per scopi pubblicitari e per la comunicazione a terzi, deve eventualmente ottenere un consenso in seguito, che solitamente è più difficile e costoso. Se al momento dell'acquisizione dei dati basta una semplice indicazione, per un ampliamento successivo degli scopi è necessario un vero consenso da parte della persona interessata. La sola comunicazione non è più sufficiente.
- **I dati personali possono essere elaborati solo in modo proporzionato.** L'elaborazione deve limitarsi ad ogni dato e ogni utilizzo legittimi, ovvero necessari, opportuni e ragionevoli. Ciò significa ad esempio che su un modulo per il rilevamento di dati non possono più essere richieste informazioni, se non ragionevolmente necessarie per il relativo scopo. Chi vuole rilevare una quantità ancora più vasta di dati, deve lasciare libera la persona di comunicarli volontariamente. Lo stesso vale se i dati raccolti al fine della loro elaborazione (ad es. dati per fare un'ordinazione) devono essere utilizzati anche per altri scopi (ad es. per l'invio di una newsletter ai clienti). A tal proposito, su un modulo di ordinazione è possibile prevedere la presenza di una casella da contrassegnare, attraverso la quale la persona può acconsentire risp. respingere separatamente un utilizzo supplementare dei dati personali. Quanto più delicati e inconsueti si rivelano i dati o il fine del loro utilizzo, tanto più in vista deve trovarsi la nota.
- **I dati personali non possono essere acquisiti in modo occulto.** La revisione della LPD entrata in vigore al più tardi dal 2008 prevede che l'acquisizione di dati personali deve essere riconoscibile da parte delle persone coinvolte. Come già per il principio del vincolo di scopo (a cui si fa riferimento nel secondo punto affrontato), generalmente basta una nota in una dichiarazione sul trattamento disponibile su un sito web, nel titolo di un modulo d'ordinazione o un'informazione a caratteri piccoli di un contratto o del tagliando di un concorso a premi.
- **I dati personali non possono essere elaborati contro la volontà degli interessati.** Ogni persona può proibire l'elaborazione dei propri dati i qualsiasi momento, senza doverne indicare le ragioni (principio

dell'«opt-out») e revocare per il futuro anche gli eventuali consensi precedentemente concessi. Ciò vale persino se precedentemente la persona interessata ha reso accessibili in modo generico i propri dati (ad esempio mediante la rubrica telefonica). In tal caso i dati possono essere utilizzati **senza richiesta** ai fini che la persona doveva mettere in conto al momento della loro divulgazione (nel caso di indirizzi sulla rubrica telefonica ad es. anche per scopi pubblicitari), tuttavia, nel caso specifico l'interessato può vietarlo attraverso una dichiarazione esplicita (ad es. contrassegnando con un asterisco la voce nella rubrica telefonica o mediante una comunicazione alla ditta che ha inviato la pubblicità).

- **Possono essere elaborati solo i dati personali corretti.** Pertanto ogni persona può chiedere la correzione dei propri dati, e chi si occupa dell'elaborazione deve accertarsi della relativa correttezza, ovvero garantire che siano adeguati in considerazione dello scopo di utilizzo. Se vecchi indirizzi vengono utilizzati soltanto per l'invio mailing, il più delle volte non ci sono problemi, contrariamente a quanto accade ad esempio in caso di utilizzo per operazioni di incasso. Se si tratta dell'utilizzo di dati per scopi di marketing, solitamente, rispetto alle persone interessate, è il venditore diretto ad avere l'interesse maggiore per la loro correttezza.
- **I dati personali e profili della personalità da proteggere in modo particolare non possono essere trasmessi a terzi** (e sono soggetti ad altre limitazioni). Con i primi si intendono i dati su idee e attività religiose, relative alla visione del mondo, politiche o sindacali, dati sulla salute o la sfera intima, dati su eventuali procedimenti penali ecc. I profili della personalità sono raccolte di dati che consentono una valutazione di aspetti essenziali della personalità di una persona naturale (ad es. l'atteggiamento come consumatori o le abitudini di vita). Soprattutto quest'ultimi sono importanti nell'ambito del direct marketing. Dal 1° gennaio 2008 chi acquisisce sistematicamente dati del genere deve informare attivamente la persona interessata riguardo l'identità del detentore della raccolta di dati, lo scopo dell'elaborazione dei dati e gli eventuali destinatari dei dati. Ciò vale anche se i dati vengono acquisiti tramite terzi (dunque ad es. da un commerciante di dati), purché questi non abbiano già informato gli interessati (che il più delle volte non accade) o non si tratti di una delle altre eccezioni.

Chi (nel settore privato) contravviene intenzionalmente o involontariamente a questi principi, viola la personalità della persona interessata che per questo può promuovere un'azione giudiziaria davanti a un **tribunale civile** contro il responsabile dell'elaborazione dei dati e a tutti coloro che hanno contribuito (il più delle volte, di per sé, le infrazioni alla legge sulla protezione dei dati non hanno conseguenze penali). Tuttavia la LPD prevede svariate circostanze che possono **giustificare** tali **violazioni della personalità**; pertanto la violazione risulta eccezionalmente ammessa. Ragioni di tali giustificazioni sono:

1. **Consenso della persona lesa:** un consenso (ad es. alla trasmissione di profili della personalità) può essere ottenuto in qualsiasi modo; poiché l'onere della prova compete a chi elabora i dati, è raccomandabile ottenere un consenso scritto o documentarlo in modo analogo. Ma è ancora più importante che un consenso sia valido, solo se è stato concesso volontariamente e a seguito delle informazioni opportune. Di conseguenza, legalmente è privo di valore il consenso di una persona che non poteva sapere a cosa acconsentisse o che non lo ha fatto volontariamente. Pertanto risulta abbastanza scabroso l'ottenimento di un consenso da persone che si trovano in un rapporto di dipendenza (ad es. lavoratore dipendente).
2. **Interesse privato o pubblico prevalente:** si tratta di una ponderazione dei diversi interessi. Quanto più trascurabile è la violazione della personalità della persona coinvolta, tanto meno influente deve essere l'interesse per la discussione relativa all'elaborazione dei dati. La stessa legge sulla protezione dei dati enumera alcuni casi in cui «si prende in considerazione» un interesse superiore del responsabile dell'elaborazione. I casi principali per i direct marketing sono l'elaborazione di dati direttamente in relazione con la stipulazione o l'esecuzione di un contratto e l'elaborazione di dati personali al fine di eseguire statistiche anonime. Sono tuttavia possibili parecchi altri casi. Se ad esempio una persona pretende da una ditta che il suo indirizzo venga cancellato, la ditta deve eliminarlo dal proprio schedario degli indirizzi e non può utilizzarlo per altri mailing. La ditta non deve spulciare le proprie copie di sicurezza e i vecchi database non più utilizzati alla ricerca dell'indirizzo. Sarebbe un dispendio sproporzionato, poiché prevale l'interesse dell'azienda; per la protezione della personalità della persona interessata è determinante che il suo indirizzo non venga più utilizzato per altri mailing.
3. **Legge:** il legislatore può prevedere situazioni in cui è giustificato, quindi ammesso, contravvenire ai principi dell'elaborazione. Ciò tocca solo marginalmente il direct marketing. In tal senso, ad esempio, una ditta può appellarsi all'obbligo legale di custodire la corrispondenza commerciale, se una persona pretende che venga distrutta la corrispondenza che la riguarda.

Le persone interessate hanno un **diritto all'informazione** sui dati a loro riferiti. Chi elabora i dati deve informarle gratuitamente. Chi vuole negare o limitare l'informazione, cosa che in casi eccezionali è possibile, deve motivarlo.

Chi possiede una raccolta di dati ed elabora regolarmente dati personali o profili della personalità da proteggere particolarmente oppure o trasmette dati a terzi per un utilizzo per scopi personali o esterni (ad es. il list broking nel direct marketing), deve **iscrivere** questa **raccolta di dati** presso l'incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT). L'iscrizione è semplice e gratuita; l'elenco è consultabile pubblicamente tramite internet. Dal 2008, questo obbligo sussiste anche nei casi in cui le persone interessate vengono informate. Esistono eccezioni solo in pochi casi enumerati nell'LPD o nella relativa ordinanza, soprattutto per raccolte di dati di clienti o fornitori che non contengono dati personali e profili della personalità da proteggere in modo particolare, per raccolte pubbliche di dati o per casi in cui il detentore della raccolta ha ottenuto sufficienti certificazioni riguardo l'osservanza della protezione dei dati o ha designato e iscritto all'IFPDT un proprio responsabile della protezione dei dati. Nell'ultimo caso il responsabile deve gestire l'elenco delle raccolte dei dati.

Anche la **comunicazione di dati all'estero** (anche all'interno di una ditta o di un gruppo industriale) è soggetta a limitazioni; l'accesso remoto dall'estero a una raccolta di dati in Svizzera viene già considerata esportazione di dati, al contrario della pubblicazione di dati su un sito web. Se la comunicazione di dati avviene in un paese senza un'adeguata protezione legale dei dati, quest'ultima va garantita a livello contrattuale o in altro modo (a tal proposito sono previsti dei contratti standard), qualora non si tratti di una delle eccezioni menzionate. È necessario segnalare all'IFPDT una simile protezione dei dati, garantita contrattualmente o in altro modo. Si considera adeguata la protezione dei dati adottata negli stati membri dell'UE risp. dello SEE.

Chi elabora dati personali deve inoltre **tutelarli** tecnicamente e sul piano organizzativo **da elaborazioni non autorizzate**. Lo stesso vale anche all'interno di ditte o gruppi industriali, poiché può avere accesso ai dati solo chi deve elaborarli personalmente per gli scopi previsti (principio di proporzionalità) e le stesse società del gruppo industriale sono considerate terzi. Ne consegue anche ad esempio che se una persona delega a un'altra persona l'elaborazione dei dati personali, dovrebbe sempre formalizzare il tutto contrattualmente, affinché la persona delegata possa elaborare i dati solo ai fini stabiliti dal committente secondo le relative disposizioni. In casi del genere, l'**affidamento a terzi dell'elaborazione dei dati** («outsourcing») è consentita anche senza il consenso e l'informazione delle persone interessate. Ad es. nel Direct Marketing può essere rilevante se una ditta cede l'esecuzione di misure di marketing a un'agenzia e per questo le affida i dati dei propri clienti; quest'ultima dovrebbe poter elaborare i dati solo per il proprio committente e non trasmetterli a terzi o utilizzarli per altri scopi. Se tali limitazioni non vengono rispettate, possono essere ritenuti responsabile tanto l'agenzia quanto il committente.

L'**incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza** (IFPDT) vigila sull'osservanza della legge sulla protezione dei dati. Può svolgere indagini e ha messo a disposizione gratuitamente sul proprio sito web (www.edoeb.admin.ch) anche una serie di fogli d'istruzioni, guide e altre pubblicazioni gratuite, tra cui anche un foglio d'istruzioni sul blocco di indirizzi ai fini pubblicitari e dettagli sul diritto all'informazione.

Altre disposizioni

Fra le altre disposizioni giuridiche del direct marketing ricordiamo le seguenti.

- **La pubblicità di massa elettronica non richiesta** (tramite e-mail, SMS, fax e chiamate con messaggio automatico) lede molto spesso non solo la legge sulla protezione dei dati, ma molto spesso è anche sleale. Da aprile 2007 l'LCSI prevede una regolamentazione speciale, molto simile alla regolamentazione Ue «opt-in» che disciplina da anni questo tipo di pubblicità.

Secondo tale regolamentazione, la pubblicità di massa elettronica (che non è un elemento di un contenuto richiesto, quale ad esempio un sito web o una newsletter ordinata) può essere esclusivamente inviata previo consenso del destinatario, a condizione che il mittente sia correttamente indicato e che vi sia un rimando alla possibilità diretta e gratuita di rifiuto. Il destinatario deve pertanto poter bloccare in ogni istante il recapito di pubblicità (ad esempio tramite una chiamata a una hotline, una risposta elettronica o un SMS, oppure cliccando su un apposito link preprogrammato che registra il blocco).

Vi è una regolamentazione speciale per gli invii pubblicitari a clienti attuali, impostata tuttavia in modo poco pratico. Ad attuali clienti reali (ossia partner contrattuali, pertanto che non sono solo persone interessate, possono essere inviate pubblicità di massa elettroniche, a condizione che le premesse siano rispettate (indicazione corretta del mittente, possibilità di rifiuto). Ciò vale tuttavia unicamente nel caso in cui ai clienti sia stata segnalata la possibilità di rifiuto già nel quadro della stipulazione del contratto o nel quadro del processo di configurazione del contratto.

- **Le chiamate pubblicitarie non richieste** (con messaggio non automatico) non sono in linea di principio proibite, ma possono in certi contesti rivelarsi una violazione della LPD (ad es. un trattamento dei dati inopportuno), della LCSL (possono essere considerate un metodo di vendita particolarmente aggressivo) e del diritto delle telecomunicazioni (ad es. in caso di molestia<<9.
- **La pubblicità per corrispondenza non richiesta** non è ammessa se il destinatario l'ha vietata al mittente.
- La Legge federale contro la concorrenza sleale (LCSL) prevede un'enumerazione non esaustiva di norme, ad es. informazioni illecite o ingannevoli, prezzi incompleti ecc. L'Ordinanza sull'indicazione dei prezzi (OIP) prevede disposizioni esecutive riguardanti le indicazioni di prezzo di prodotti e servizi. Il comportamento sleale non presuppone alcuna malafede. I clienti e i concorrenti colpiti possono sporgere querela; alcune situazioni di fatto sono anche perseguibili d'ufficio. Regole dettagliate si trovano anche nei **Principi della Commissione svizzera per la lealtà** (www.lauterkeit.ch). Un allineamento del diritto svizzero agli obblighi d'informazione previsti nell'UE per la vendita a distanza e il commercio elettronico è stato discusso, fino ad oggi però rifiutato; gli obblighi d'informazione dell'UE possono tuttavia essere importanti per quelle aziende svizzere, che propongono i propri prodotti a clienti degli stati membri dell'UE e che quindi devono sottostare (anche) a quelle leggi.
- Particolare attenzione va prestata con i **giochi promozionali**. Se chi partecipa deve versare una puntata, di regola ciò viene considerato pratica sleale e infrazione (punibile) della Legge sulle lotterie. La puntata di chi partecipa non deve essere necessariamente alta (bastano alcuni centesimi ai numeri 900, che comprendono una quota per l'offerente). Parimenti è vietato l'obbligo di stipulazione di un rapporto contrattuale (partecipazione solo se contemporaneamente si acquista un prodotto). Non viene considerata come puntata il costo dell'affrancatura della lettera oppure la normale tariffa telefonica (senza quota offerente) necessarie per partecipare e nemmeno i costi dell'invio di e-mail tramite internet. Anche altre forme di giochi promozionali possono infrangere la Legge sulle lotterie, essere immorali o sleali.

Panoramica sulla protezione dei dati

Le seguenti regole valgono esclusivamente per dati che si riferiscono a persone determinate o che possono essere determinate (non per i dati anonimi).

- Trattare i dati personali solo per gli scopi indicati al momento dell'acquisizione dei dati (ad es. nel modulo, nelle condizioni generali) oppure per scopi che erano evidenti; tale regola vale anche per i dati acquistati.
- Agire in modo trasparente (con clausole oppure spiegazioni sulla protezione dei dati) e procurarsi i dati personali solo in modo manifesto e non in modo nascosto. Nell'acquisizione sistematica di dati personali particolarmente sensibili e di profili personali sussiste l'obbligo all'informazione attiva, anche nel caso di acquisizione tramite terzi.
- Tutelare la proporzionalità nella gestione dei dati personali; trattare solo quanto è necessario, in modo mirato allo scopo e ragionevole per la persona interessata.
- Ogni persona può richiedere informazioni sui propri dati (gratuitamente). Non è ammesso procurarsi i dati in modo sleale. I dati devono essere corretti (nella misura in cui è importante per la salvaguardia dell'interessato) e protetti da accessi non autorizzati (non solo a livello tecnico, bensì anche a livello organizzativo, ad es. con disposizioni interne ed esterne).
- Quanto reso pubblico dall'interessato (ad es. indirizzo nell'elenco telefonico), di regola può essere utilizzato senza domanda supplementare, nella misura in cui egli non l'abbia precedentemente precluso (ad es. con la stella nell'elenco telefonico) oppure proibito espressamente in seguito. Ognuno può vietare l'ulteriore trattamento dei propri dati in qualsiasi momento e senza motivo.
- In singoli casi il trattamento dei dati contro la volontà della persona interessata oppure violando i principi della protezione dei dati può essere giustificato dall'interesse proprio prevalente o tramite consenso. Il consenso vale tuttavia esclusivamente se espresso in modo volontario e dopo adeguata informazione.

- Ulteriori restrizioni (ad es. obblighi di registrazione e di segnalazione) possono valere: per la trasmissione di dati all'estero e per raccolte di dati, in cui vengono trattati regolarmente dati personali particolarmente sensibili o profili personali, oppure dalle quali vengono trasmessi regolarmente dati a terzi, e per la trasmissione di dati particolarmente sensibili e profili personali a terzi.
- Benché spesso non siano punibili, le infrazioni alla legge sulla protezione dei dati danneggiano l'immagine. Le persone colpite possono adire le vie del diritto civile (ad es. pretendere divieti, risarcimento danni, riparazione e restituzione dell'utile), l'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza può fare accertamenti e criticare duramente.

Per ulteriori informazioni visitate il sito www.posta.ch/directpoint.

La Posta Svizzera
PostMail
Marketing diretto
Viktoriastrasse 21
3030 Berna

Telefono 0848 888 888
E-Mail directpoint@post.ch
Internet www.posta.ch/directpoint