

DIRECTION COMMERCIALE

3 Le lancement d'un e-mailing et les règles juridiques à respecter

Cahier pratique rédigé par :

Jean-Marie LÉGER,

Avocat Associé, AVENS - LEHMAN & ASSOCIES

POINTS-CLÉS ► L'e-mailing se distingue du publipostage traditionnel non seulement par son mode électronique d'expédition mais également par sa complète dématérialisation ► En pratique, son encadrement juridique ne se borne pas au respect des seules dispositions relatives aux fichiers d'adresses électroniques qui en constituent, il est vrai, la pierre angulaire ► La forme et le contenu du message sont également soumis à de nombreuses règles spécifiques et générales dont la violation est de nature à compromettre le bon déroulement de l'opération ► La sécurisation juridique d'un e-mailing conduit à recenser aussi précisément que possible les différentes contraintes existantes tant pour offrir aux praticiens un panorama utile à l'analyse que pour définir et contractualiser les responsabilités respectives de l'annonceur et de ses prestataires ► Ce panorama inclut les contraintes propres à la conception de l'e-mail et celles relatives à son expédition

1. Conception de l'e-mailing

A. - Contraintes liées à la forme

1° Obligation de transparence

La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique - LCEN - renforce, sans innover réellement, l'obligation de transparence de l'annonceur (*C. cons.*, art. L. 121-15-1 et L. 121-15-2). Ces obligations d'information, pénalement sanctionnées (*C. cons.*, art. L. 213-1), sont applicables tant aux publicités destinées aux consommateurs qu'à celles destinées aux professionnels (art. L. 121-15-3).

Elles auront vocation à s'appliquer toutes les fois que l'e-mailing est le support d'une activité de commerce électronique (LCEN, art. 14), soit qu'elle s'exerce via un site internet, soit qu'elle se concrétise par la formation de contrats par échange de courriels.

La transparence légalement requise se traduit en premier lieu par l'obligation d'identifier clairement la nature publicitaire du message (LCEN, art. 20). Cette identification doit résulter, sauf en cas d'impossibilités techniques, semble-t-il en pratique peu nombreuses, de l'intitulé du message (art. L. 121-15-1). Toutefois, la mention du nom de l'expéditeur, si tant est qu'il soit immédiatement identifiable comme un prospecteur éventuel, devrait satisfaire l'exigence légale.

La transparence implique en second lieu que l'expéditeur soit clairement identifiable (LCEN, art. 20). Cette obligation

tient tout autant au fond qu'à la forme (art. 19). La clarté de l'information et son accessibilité sont érigées en principe, le support de diffusion n'étant pas, selon notre législateur, aussi bien maîtrisé que le support papier traditionnel.

Enfin, en complément de la réglementation générale, les conditions des offres promotionnelles et des jeux ou concours ainsi que la mention d'un prix font l'objet d'une attention particulière du législateur numérique (*C. cons.*, art. 121-15-2 et LCEN, art. 19).

Principales infractions

Le Centre de surveillance du commerce électronique de la DGCCRF précise que les principales infractions constatées dans son domaine de compétence ont trait, pour 45,5% d'entre elles, aux informations obligatoires liées à la réglementation du contrat à distance, au crédit et aux denrées alimentaires, pour 16,5% au non-respect de la publicité sur les prix et pour 14,5% à la publicité trompeuse (*Actualités DGCCRF n° 171 - janv. 2004 - www.finances.gouv.fr*).

2° Langue française et mentions réglementées

L'emploi de la langue française est naturellement obligatoire (L. n° 94-665, 4 août 1994, art. 2) dès lors que l'e-mailing est à destination du territoire national.

Par ailleurs, le message devra mentionner les **coordonnées** permettant au destinataire de l'e-mailing de rétracter, sans frais, son consentement à l'envoi de messages commerciaux (*C. P et CE, art. L. 34-5, al. 4*).

Enfin, toujours dans un souci de clarté, il est interdit de mentionner un **objet sans rapport** avec la prestation proposée (*C. P. et CE, art. L. 34-5, al. 5*). En tout état de cause, on se référera utilement à la réglementation applicable aux **produits et services concernés** pour vérifier s'il existe des mentions obligatoires ou interdites spécifiques.

B. - Contraintes liées au contenu

De nombreux **produits et services** ainsi que certaines **opérations promotionnelles** font l'objet d'une **réglementation particulière** dont il faudra naturellement tenir compte lors de l'élaboration du message. On s'attachera ici aux principales contraintes susceptibles d'affecter toutes opérations d'e-mailing.

1° L'e-mail valant offre de contracter

Attention aux e-mailings valant offre de vente ou de services ; ils devront être conformes à la réglementation applicable à la **formation et à l'exécution du contrat électronique** ainsi qu'à celle de la **vente à distance**, les formalités étant toutefois allégées lorsque le contrat est exclusivement conclu par échanges de courriers électroniques (*C. civ., art. 1369-3*).

La volatilité du support qui justifiait précédemment des obligations de clarté et d'accessibilité appelle ici une mise à disposition des **conditions générales**, si tant est qu'elles existent, d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction (*C. civ., art. 1369-1*).

2° Respect des droits des tiers et des signes réservés

L'e-mailing peut intégrer toute sorte de contenu (image, vidéo ...) ainsi que des **liens hypertextes**. Cette diversité est de nature à multiplier les titulaires de **droits sur le contenu** et donc les autorisations nécessaires. La particularité de ces droits tient notamment au **caractère spécial des autorisations** concédées. À ce titre, l'autorisation donnée pour un mailing traditionnel ne couvrira pas nécessairement la prospection par e-mail.

Plus généralement toute **imitation** est susceptible de caractériser un acte de **parasitisme**. Tel est notamment le cas de la reprise fautive d'un **concept** ou des **signes, couleurs et procédés** utilisés par un concurrent.

Outre les signes d'identification, il existe de nombreux signes réservés dont, notamment, les **signes qualitatifs** (labels, appellations d'origine...) et les **signes de l'autorité publique** dont l'emploi est interdit ou subordonné au respect de la réglementation qui leur est applicable.

Plus généralement, l'utilisation de **signes trompeurs** est interdite (*C. cons., art. L. 121-1*).

3° Interdiction de la publicité trompeuse

Le **mode de présentation du message** n'est pas sans incidence sur l'appréciation du caractère trompeur de l'annonce. L'internaute dispose d'**options d'affichage** suscep-

tibles d'affecter la bonne compréhension de ces e-mails. Les mentions restrictives et conditions particulières doivent être disposées de telles sortes que ce type de critiques puisse être aisément écarté. L'e-mail peut en outre intégrer des **liens** vers d'autres contenus susceptibles d'**interagir** ou de rejaillir sur le message.

4° Loyauté, considération, décence et déontologie

Les acteurs du commerce électronique se sont pour la plupart dotés de règles déontologiques. Ces codes ont vocation à formaliser des **règles plus contraignantes** que les dispositions légales.

Il s'agit notamment du code de déontologie de l'e-mailing que vient d'élaborer l'UFMD et les différents codes édictés par la FEVAD (*disponible sur le site www.fevad.com*).

Ces codes consacrent généralement des principes de loyauté, de considération et de décence (V. Code international de **pratiques loyales** en matière de publicité : www.iccwbo.org) dont la violation n'est pas seulement susceptible d'engager la responsabilité de l'annonceur à l'égard de l'organisme professionnel auquel il appartient. Elle peut également constituer une **faute** à l'égard des consommateurs ou des concurrents ou caractériser une **publicité mensongère**.

L'ampleur du e-mailing en France

Selon une étude réalisée par le SNGD en partenariat avec TNS Media Intelligence, le nombre total des envois est élevé en 2004 à 99,7 millions d'e-mails, soit une augmentation de 72% par rapport à l'année 2003. L'e-mailing représente ainsi 18,3 millions d'euros d'investissement en 2004 (source : www.lettredumarketing.com).

2. Expédition de l'e-mailing

A. - Constitution des fichiers

La constitution et la gestion de fichiers pouvant s'avérer lourdes, l'annonceur pourra préférer recourir aux services d'une **société spécialisée**. En effet, l'ensemble des dispositions de la **loi du 6 janvier 1978**, doivent être respectées. On en rappellera ici les obligations essentielles.

1° Déclaration CNIL

Bien que la CNIL puisse définir certains types de fichiers dispensés de **déclaration** (*L. 6 janv. 1978, art. 24 II*), à ce jour, aucune **dispense** ne vise les fichiers de prospection commerciale (*cf. www.cnil.fr*). Les **normes simplifiées** n° 11 et 17 qui visent respectivement certains fichiers de clients et les fichiers des entreprises de VPC (www.cnil.fr, *Normes simplifiées*) ne mentionnent pas les adresses e-mail parmi les informations d'identification autorisées. Ces normes, devraient cependant faire l'objet dans les prochains mois d'une mise à jour.

Sont néanmoins dispensés des formalités de déclaration, les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données (*L. 6 janv. 1978, art. 22*,

III). Il s'agit là d'une innovation de la loi du 6 août 2004, dont les modalités de mise en œuvre doivent être précisées par des textes réglementaires non encore publiés à ce jour.

2° Collecte des données

Les informations doivent être collectées de manière loyale et licite et pour des finalités déterminées conformément aux principes posés à l'article 6 de la loi n° 78-17.

Le traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée (L. n° 78-17, art. 7) excepté dans certaines hypothèses qui ne paraissent pas susceptibles de s'appliquer ici. En tout état de cause, l'autorisation du destinataire de l'e-mailing étant nécessaire en application du principe de l'opt-in, on sollicitera donc de manière concomitante son consentement au titre de l'article 7.

Il est interdit de collecter des informations dites sensibles. À ce titre, le **profiling** - collecte de données sociologiques ou comportementales - trouve ici une limite légale, d'application délicate. Sont en effet dites sensibles, les données faisant apparaître, directement ou indirectement, certaines informations (origine raciale, opinion religieuse ...). Le **profil de navigation** d'un internaute est ainsi susceptible de révéler indirectement certaines de ces caractéristiques.

B. - Utilisation du fichier

1° Accord préalable du destinataire de l'e-mailing

La prospection par e-mail n'est autorisée que si le destinataire a préalablement exprimé son consentement à recevoir de tels messages (C. P et CE, art. L. 34-5, al. 1). Ce consentement doit être **spécifique et éclairé**, la personne concernée ayant été clairement informée du but poursuivi.

Les modalités permettant de recueillir le consentement devraient être précisées par un décret en Conseil d'État. Un certain **formalisme** est conseillé, la demande de confirmation du consentement étant à ce jour préconisée (voir *Le Forum des droits sur l'internet*, juin 2004, www.foruminternet.org).

Cet accord n'est nécessaire que dans la mesure où les **coordonnées d'une personne physique** sont utilisées (C. P et CE, art. L. 34-5, al. 1 et 2). Sont ici principalement concernées les **adresses personnelles**. La CNIL estime désormais que les **adresses professionnelles** peuvent être utilisées sans accord

préalable si le contenu du message est lié aux fonctions professionnelles (CNIL, avis, 2 mars 2005 : www.cnil.fr). En tout état de cause, les **adresses fonctionnelles** échappent à cette contrainte.

2° Exception à la nécessité d'un accord préalable

L'accord préalable du destinataire n'est pas requis lorsque certaines **conditions cumulatives** sont réunies (C. P et CE, art. L. 34-5, al. 4). L'hypothèse visée est celle dans laquelle ses coordonnées ont été recueillies à l'occasion d'une **vente ou d'une prestation de service**. Toutefois, l'e-mailing doit concerner des **produits ou services analogues** à ceux objets de l'opération juridique à l'occasion de laquelle les coordonnées ont été recueillies. L'analogie exigée, qui n'est pas l'identité, est source d'interrogation. Au demeurant, l'e-mailing doit porter sur un bien ou un service fourni par la **même personne** que celle ayant fourni les biens ou services lors de la vente ou de la prestation initiale.

3° Respect du droit de rétractation

Les consommateurs peuvent à tout moment **rétracter leur consentement** (L. n° 78-17, art. 38). L'exercice de ce droit est facilité par l'obligation d'information précédemment rappelée. Une **mise à jour** régulière des fichiers de prospection s'avère donc nécessaire.

Dans l'hypothèse où l'exception précédemment visée trouverait à s'appliquer, il est douteux qu'elle puisse faire échec à la manifestation de volonté du destinataire résultant d'une demande antérieure de non sollicitation.

Exemple de mentions pour le recueil du consentement des destinataires

Si vous désirez recevoir des messages d'information par e-mail, cochez la case suivante :

J'accepte de recevoir à mon adresse mail dupont@oo.fr ou à toute autre adresse mail que je pourrais ultérieurement communiquer à la société Z des messages d'information et de prospection commerciale touchant tant aux produits et services actuels de la société Z qu'à ceux qu'elle pourra à l'avenir proposer.