

TOP JURIS

Marketing direct b to b : quel avenir pour l'opt-out ?

Les acteurs du marketing direct sont exposés à l'évolution du régime applicable aux opérations de prospection directe par voie électronique (principalement fax, email, SMS), spécialement en matière de BtoB. Voici un état des lieux de la réglementation actuelle.

Les opérations de marketing direct par voie électronique sont régies dans des termes identiques par les dispositions de l'article L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques et L. 121-20-5 du Code de la consommation, issus de l'article 22 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Ces textes interdisent de prospecter directement, par l'intermédiaire d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique, des personnes physiques n'ayant pas donné leur consentement préalable. C'est le système dit de l'« opt-in », le destinataire faisant a priori le choix de recevoir ou non la sollicitation commerciale.

→ UN SUBTIL CLIVAGE

Interprété a contrario, ce texte autorise la prospection directe de personnes morales, ce qui a pour effet de mettre le secteur du b to b à l'abri du régime de l'« opt-in » et de la difficulté corrélative à disposer de bases qualifiées. En l'état, s'agissant de la prospection des personnes morales, le système actuellement en vigueur est donc celui de l'« opt-out », lequel n'oblige pas l'annonceur à recueillir le consentement préalable du destinataire mais ouvre à ce dernier une faculté d'opposition a posteriori afin de demander à ne plus recevoir à l'avenir de telles sollicitations. Ce clivage

semble simple de prime abord, mais sa mise en œuvre est plus complexe qu'il n'y paraît, et ce tout particulièrement dans le domaine de l'e-mailing, compte tenu de la structure des adresses de courrier électronique.

→ FONCTION EN INTERNE

S'il ne fait pas de doute que le système de « l'opt-out » s'applique aux adresses électroniques génériques de type « contact/info@société.fr », la question est plus délicate concernant les adresses construites sur l'architecture « prenom.nom@société.fr », lesquelles représentent la majeure partie des adresses contenues dans les bases de prospects. Doit-on considérer que la présence du prénom et du nom d'une personne physique dans le préfixe de l'adresse fait inévitablement basculer la prospection dans le système de l'opt-in ? La question n'est pas neutre car la méconnaissance des textes susvisés est assortie de sanctions notamment pénales assez lourdes. L'article 226-16 du Code pénal sanctionne ainsi d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende « le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi ».

Sensibilisée à ce problème par les annonceurs et leurs syndicats, la CNIL a, dans un

avis du 17 février 2005 (accessible sur son site), pris une position assez libérale en considérant que l'usage de telles adresses pouvait relever du régime de « l'opt-out », à la condition que le message leur soit envoyé « au titre de la fonction qu'elles exercent dans l'organisme qui leur a attribué cette adresse ». Le critère tenant à la fonction du destinataire paraît subjectif et donc assez imprécis (il n'est pas toujours évident de savoir exactement à qui envoyer le message publicitaire en interne, compte tenu de la diversité des modes d'organisation des entreprises). Mais cette position a le mérite d'avoir été exprimé par la CNIL et sert de support aux opérations d'e-mailing b to b sur ce type d'adresse. Cette latitude suppose donc un contrôle très fin des bases de données utilisées en fonction du message adressé. Le système de « l'opt-out » dans les opérations de marketing direct b to b semble donc avoir encore de beaux jours devant lui, mais il continuera assurément d'alimenter de vives discussions sur son champ et ses modalités d'application.

Rubrique réalisée en collaboration avec :

STAUB BENICHOU & ASSOCIES

Avocats au barreau de Paris
01 47 42 47 42
www.staubbenichou.com