

SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL ÉCONOMIE,
PME, CLASSES MOYENNES ET ÉNERGIE



Direction générale Régulation
et Organisation du Marché

Cellule Economie électronique

La légalité du « marketing viral »

Septembre 2005

La légalité du « marketing viral »

Qu'entend-on par « marketing viral »

On assiste actuellement au développement de campagnes publicitaires sur internet, dites de « marketing viral ». C'est le rêve caché de toutes les marques : transformer le consommateur-internaute lui-même en vecteur de promotion.

Le concept est simple : il consiste à exploiter le principe du bouche-à-oreille dans l'environnement électronique (éventuellement combiné à l'environnement traditionnel), en diffusant un message qui donne l'envie de le colporter. La philosophie du message relevant du marketing viral est d'entrer en contact avec des personnes, non pas sous le couvert d'une marque, mais sous le couvert d'une relation, d'un ami ou d'un collègue. Le marketing viral est par nature dynamique : le message provoque l'action d'initiative chez la personne touchée, il donne l'envie de cliquer, de répondre, de transférer, d'en parler... De plus, il n'est pas rare que l'annonceur invite clairement l'internaute à colporter ce message, voire même, mette à disposition de ce dernier les outils pour augmenter la diffusion du message (par exemple, un site web proposant un formulaire de collecte d'adresses e-mails et d'envoi automatique du message).

Pour assurer une diffusion la plus large possible, ce type de message peut adopter une approche humoristique (par exemple des images ou une séquence vidéo drôles, un site humoristique, ...) ou une approche ludique (diffusion d'une information intrigante en vue de démarrer un jeu de recherches, un jeu en ligne,...). Le message peut aussi viser à mettre en place un service (cartes électroniques, fonds d'écran, distribution d'échantillons, coupons de réduction...) voire reposer sur un système de parrainage.

Le but premier de l'annonceur consiste toujours *in fine* à promouvoir la vente d'un produit ou d'un service, même si en pratique, le caractère publicitaire du message ou la marque n'apparaissent pas toujours dès le début de la campagne.

Les campagnes publicitaires reposant sur la technique du marketing viral sont généralement très efficaces. L'adjectif « viral » est illustratif à cet égard : il décrit le phénomène de propagation qui, notamment sur Internet, se caractérise par un système de diffusion pyramidal et une vitesse de transmission qui rappellent évidemment le mode de transmission d'un virus, d'une épidémie.

Rappel des principes

Face à ce phénomène, la question suivante se pose : des publicités qui relèvent de la technique du marketing viral sont-elles interdites au regard des lois du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur et du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, ou peuvent-elles être tolérées moyennant des limites à déterminer ?

La Direction générale de la Régulation et de l'Organisation du marché du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie considère que **la campagne publicitaire qui relève de la technique du marketing viral n'est pas interdite en tant que telle par la réglementation.**

Néanmoins, ce type de campagne doit être mené dans le respect strict des dispositions des lois du 14 juillet 1991 et du 11 mars 2003 précitées. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler l'application des points suivants à ce type de campagnes.

1° Selon l'article 22 de la loi du 14 juillet 1991 et l'article 2, 7°, de la loi du 11 mars 2003, une communication est considérée comme de la publicité dès lors qu'elle est destinée, directement ou indirectement, à promouvoir un bien ou un service. **Il ne fait pas de doute que dans les campagnes**

relevant du marketing viral, l'objectif est généralement d'encourager la vente d'un produit X ou d'un service Y. Dans ce cas, la campagne peut clairement être qualifiée de « publicitaire » au sens de la législation applicable. Il est vrai que le caractère publicitaire de la campagne n'apparaîtra pas toujours dès le début car le premier message peut se limiter à diffuser une information intrigante pour seulement, en fin de campagne, dévoiler la marque promotionnée. Il s'agit néanmoins d'une forme indirecte de promotion, et donc d'une publicité.

2° Dès lors que les différents messages diffusés pendant la campagne peuvent être qualifiés de « publicités », **se pose alors la question de l'obligation d'indiquer la mention « Publicité »** sur les affiches, le site web dédié à la campagne ainsi que les éventuels courriers électroniques envoyés dans ce cadre.

Il ressort des articles 23, 5°, al. 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 et 13, 1°, de la loi du 11 mars 2003 (modifié par l'article 72 de la loi-programme du 9 juillet 2004) que la publicité ne doit comporter le mot « publicité » que si elle ne peut pas être distinguée comme telle dès sa réception. **Il n'est donc pas obligatoire d'indiquer systématiquement le mot « publicité ».** Ce n'est le cas que si, dès sa réception, la publicité n'est pas identifiable comme telle et qu'un risque de confusion existe dans le chef du destinataire du message. Cette appréciation s'effectue au cas par cas en fonction des circonstances et du contexte. Si la marque promotionnée est clairement visible sur les supports publicitaires, il n'y aura généralement pas de confusion quant au caractère publicitaire du message. Il arrive néanmoins que dans certaines campagnes publicitaires, le premier message se limite à diffuser une information intrigante – sans aucune information relative au caractère publicitaire du message ni à la marque – pour seulement, en fin de campagne, dévoiler la marque promotionnée. A titre d'exemple, une campagne soumise récemment à notre appréciation se limite à diffuser de faux avis de recherche (sous forme d'affiches et par le biais d'un site web et de courriers électroniques) d'une créature qui adore les limonades et à lancer un jeu sous forme d'intrigue en invitant les lecteurs à laisser des messages permettant de signaler les endroits où la créature prétendument perdue aurait été soi-disant aperçue. Aucune mention ou information permettant de constater que l'on se trouve dans le contexte d'une campagne publicitaire n'est fournie. Ce n'est qu'à la fin de la campagne publicitaire que le produit est dévoilé grâce à l'information selon laquelle la créature est réapparue, cette dernière portant le produit d'une marque célèbre en main. Dans le cas d'espèce, on peut considérer que la présentation et le contenu des affiches diffusées, du site web dédié et des courriers électroniques envoyés dans le cadre d'une telle campagne ne permettent pas de déceler le caractère publicitaire du message.

Dès lors, on peut conclure que dès le début de la campagne publicitaire, l'annonceur aurait dû indiquer la mention « publicité » sur les affiches, le site web dédié, les éventuels courriers électroniques ou tout autre message envoyé dans le cadre de cette campagne, pour éviter tout risque de confusion quant à la nature du message.

Ajoutons en outre que la loi du 11 mars 2003 consacre une exigence supplémentaire. En effet, l'article 13, 2°, impose que « la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite soit clairement identifiable ». Cette information doit donc être aisément disponible lorsque la publicité fait partie ou constitue un service de la société de l'information (publicité diffusée sur le site web dédié, par le courrier électronique ou via un autre message sous forme électronique).

3° Enfin, se pose la question de la légalité de la collecte et de l'utilisation – dans le cadre de la campagne publicitaire – d'adresses de courrier électronique des connaissances de l'internaute participant au jeu. En effet, il n'est pas rare que le site web dédié à la campagne publicitaire offre un formulaire de collecte de ces adresses et invite les internautes à fournir les adresses e-mail de leurs relations par ce biais dans le but d'accélérer la diffusion des informations sur lesquelles reposent la campagne. En pratique, il s'agit d'un mécanisme permettant la diffusion électronique de publicités déguisées par l'intermédiaire de relations personnelles, plutôt que directement par l'annonceur. Il arrive aussi que l'annonceur invite les internautes à le mettre en copie des courriers électroniques envoyés, de telle sorte qu'il puisse recevoir aussi le mail et surtout... les adresses de courrier électronique des relations (sauf si l'internaute les a mis en copie cachée).

Pour rappel, l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 stipule que « *L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages* ». Le législateur vise de manière large l'utilisation du courrier électronique à des fins publicitaires, et n'opère donc pas de distinction suivant que cette utilisation est faite soit directement par l'annonceur qui disposerait de bases de données existantes soit indirectement par l'intermédiaire d'internautes – pris au jeu de la technique du marketing viral – qui remplissent le formulaire de collecte d'adresses e-mail mis à disposition par l'annonceur.

Dès lors, l'annonceur ne peut utiliser à des fins publicitaires les adresses de courrier électronique ainsi collectées que s'il a obtenu au préalable le consentement libre, spécifique et informé du destinataire du message (il s'agit de l'internaute qui participe au jeu ainsi que de toutes ses connaissances dont il fournit les adresses). Ce principe du consentement préalable vaut tant pour les courriers électroniques publicitaires envoyés durant ladite campagne publicitaire que pour toute éventuelle utilisation ultérieure dans le cadre d'autres campagnes publicitaires. Si le consentement n'a pas été demandé avant l'envoi du message publicitaire « déguisé », on se trouve en présence d'une infraction à la loi du 11 mars 2003 passible de sanctions pénale et civile. Rappelons que ce consentement peut être demandé par courrier électronique, pour autant que certaines conditions soient remplies (pour plus d'informations, voyons la réponse à la question 8 de la brochure « La spamming en 24 questions et réponses », disponible à l'adresse suivante :

http://mineco.fgov.be/information_society/spamming/home_fr.htm).

Rappelons également que la Commission de la Protection de la Vie Privée a eu l'occasion dans un avis du 22 novembre 2000 de considérer que « la collecte d'adresses électroniques à l'insu de l'individu et leur utilisation à des fins de marketing est un exemple d'utilisation de données à caractère personnel à des fins de marketing « one to one » contraire aux intérêts et aux droits et libertés fondamentaux de l'individu. La collecte ne devrait pouvoir être effectuée que si l'individu a donné son consentement préalable (opt in) au traitement de ses données à caractère personnel » (avis d'initiative n° 34/2000 du 22 novembre 2000 relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique, p. 15, disponible à l'adresse suivante : <http://www.privacy.fgov.be>).

Qu'en est-il maintenant si l'annonceur se limite à inciter les internautes – par le biais d'un ou plusieurs médias tels la radio, la télévision, les bannières sur des sites internet, la presse, etc. – à transmettre un message préformaté par courrier électronique, et lancer ainsi une campagne de marketing viral ? Dans cette hypothèse, l'annonceur lui-même ne propose aucun formulaire de collecte des adresses et ne procède à aucune « utilisation du courrier électronique à des fins publicitaires ». Tout au plus incite-t-il les internautes – qui restent néanmoins entièrement libres et responsables de leurs actes – à exploiter leur carnet d'adresses de courrier électronique. En l'absence de toute « utilisation », l'annonceur n'est donc pas tenu au principe du consentement préalable.

Par contre, on peut se demander si l'internaute, quant à lui, n'est pas tenu au respect du principe du consentement préalable ? En principe, non. En effet, un internaute participe généralement à une campagne de marketing viral parce qu'il a été séduit par le caractère humoristique ou énigmatique du message préparé par l'annonceur. Il ne se préoccupe pas du caractère publicitaire du message et ne tire d'ailleurs pas profit de la promotion du produit ou du service qui en découle (sauf hypothèse éventuelle de parrainage, qui relève toutefois de la gestion du patrimoine privé). De surcroît, il se limite à exploiter tout ou partie de son carnet d'adresses personnelles de courrier électronique et agit de manière occasionnelle. On ne peut donc pas considérer dans ce cas qu'il y a « utilisation du courrier électronique à des fins publicitaires ». Pour éviter que les adresses de courrier électronique de vos relations soient visibles par tous les destinataires du courrier électronique transmis et, ainsi, limiter le risque de collecte et d'utilisation à des fins de spamming, **nous conseillons fermement à l'émetteur d'inclure les adresses e-mail dans le champ « ccc » (Copie Conforme Cachée) ou « bcc » (Blind Carbon Copy) de sa messagerie électronique** : de la sorte, chaque destinataire reçoit le message sans que ne soient mentionnées les adresses des autres destinataires.

Il est évident que si, à l'inverse, l'internaute ne se limite pas à exploiter son carnet d'adresses personnelles mais érige cette activité en véritable activité économique, il pourra être tenu de se conformer au principe du consentement préalable. Il ne s'agirait plus de l'internaute « bon père de famille » qui envoie une « bonne blague » à ses relations mais du (semi-)professionnel du marketing direct, peut-être même du sous-traitant de l'annonceur. Plusieurs critères peuvent être utilisés pour distinguer le second type d'internaute du premier : il constitue et utilise des bases de données d'adresses de courrier électronique qui vont bien au-delà du carnet personnel d'adresses, il transmet le message préformaté par l'annonceur dans l'unique objectif de tirer profit de la campagne de promotion, il est rémunéré par l'annonceur (de manière forfaitaire ou en fonction du pourcentage de vente et/ou de courriers électroniques envoyés), il a mis en place des moyens techniques (matériel et logiciel) permettant d'optimiser à grand échelle l'envoi de courrier électronique, il joue régulièrement un rôle actif dans les campagnes de marketing viral, etc.

Enfin, n'oublions pas qu'une campagne de marketing viral basée essentiellement sur l'exploitation du courrier électronique ne démarre pas toute seule. Il convient de toucher un groupe cible qui lui alors fera fonctionner le « bouche à oreille ». Rappelons donc que l'annonceur est tenu d'obtenir le consentement préalable des destinataires de ce groupe cible avant de leur envoyer les courriers électroniques publicitaires.

Septembre 2005

**Direction générale Régulation et Organisation du marché
Cellule économie électronique**