

Date : 16/10/22

Pour mémoire, pour que votre question juridique soit prise en charge par le syndicat, il faut que la réponse puisse être généralisable. Ce présent template anonymisé sera partagé sur l'intranet du syndicat [www.relations-publics.org/soutien-administratif-et-jurifique](http://www.relations-publics.org/soutien-administratif-et-jurifique)

Catégorie de question :  Corporate/fiscal  Social  IT/Data  Autre

Titre de la question : Loi Sapin et SMA (social media advertising)

Contexte : Dans quelles mesures nous avons le droit de prendre des honoraires – type frais de gestion ? - sur de l'achat d'espaces sur les réseaux sociaux ? Si c'est possible, y a-t-il un pourcentage maximum à respecter ?

---

Réponse du cabinet d'avocat :

**Référentiel légal**

En droit français, l'achat d'espaces publicitaires par l'intermédiaire d'une agence est régi par :

- la loi Sapin (loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi « Macron » 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) ;
- sa circulaire d'interprétation (circulaire du 19 septembre 1994 relative à la transparence et à la non-discrimination dans la publicité) ;
- ainsi que par un décret relatif aux publicités digitales de 2017 (décret 2017-159 du 9 février 2017 relatifs aux prestations de publicité digitale).

**Postulats et exclusions dans le cadre de la présente consultation**

- l'agence propose des prestations d'achat d'espaces publicitaires sur les réseaux sociaux à ses clients annonceurs (et non une activité de courtier qui consisterait à prospecter, au bénéfice d'un vendeur d'espaces publicitaires, des annonceurs potentiels et à transmettre leurs ordres à celui-ci, ni une activité de régie publicitaire) ;
- l'agence est dans ce cadre amenée à procéder pour le compte de ses clients annonceurs à des ordres d'achats d'espaces publicitaires auprès de vendeurs, en l'espèce des réseaux sociaux, pour de la publicité en mode « display » (cf. la présente consultation ne tient pas compte des pratiques publicitaires en mode « search » qui correspondent par exemple aux liens sponsorisés apparaissant sur les pages de résultats des moteurs de recherche affichés à la suite d'une requête) ;
- l'agence est qualifiée d'intermédiaire dans la mesure où elle fait dans ce cadre réaliser une prestation (cf. publication de publicités sur des espaces dédiés) par une autre entreprise prestataire (cf. le

vendeur) et fait payer spécifiquement cette prestation par l'annonceur au vu ou en fonction de la facture du vendeur (en effet, en revanche, une agence qui assurerait toutes les fonctions et responsabilités d'éditeur et, en conséquence, proposerait à l'annonceur une prestation globale, à un prix convenu, n'agirait pas comme intermédiaire au sens des dispositions applicables) ;

- les conditions contractuelles proposées par les réseaux sociaux aux fins de vente d'espaces publicitaires n'ont pas fait l'objet d'une analyse par nos soins ;
- les dispositions de droit français sont applicables aux prestations d'achat d'espaces publicitaires réalisées par l'agence.

### **Historique**

Pendant longtemps, les agences ont été rémunérées par des commissions sur l'achat d'espaces publicitaires, qui leur étaient versées sous forme de ristournes par les vendeurs / supports (presse, télévision, affichage, etc.). Le taux « normal » de ces commissions (sans que cela ne provienne d'aucun texte par ailleurs) était de 15% sur le montant de l'achat d'espaces publicitaires. En pratique, il était même parfois supérieur, les vendeurs / supports offrant aux agences des « surcommissions » qui pouvaient être élevées. Ce système de rémunération était contestable, d'une part en raison de son caractère occulte (l'annonceur ne connaissait pas la rémunération exacte de son agence), mais aussi parce qu'il consistait à rémunérer la fonction conseil et création sur les marges prises sur l'achat d'espaces publicitaires.

Ces pratiques ont été remises en cause par la loi Sapin susvisée qui a bouleversé l'achat d'espaces publicitaires. Les agences ne peuvent plus être des « revendeurs » d'espaces publicitaires. Elles doivent désormais agir comme mandataires de l'annonceur, c'est-à-dire pour son compte, les tarifs d'achat d'espaces publicitaires doivent être transparents et les factures d'achat doivent être remises aux annonceurs. Ces dispositions s'appliquent à « quelque support que ce soit », et notamment aux prestations de publicité digitale, c'est-à-dire aux prestations « *ayant pour objet la diffusion de message sur tous supports connectés à internet tels qu'ordinateurs, tablettes, téléphones mobiles, téléviseurs et panneaux numériques* ».

### **Détail des dispositions applicables**

En effet, aux termes des dispositions applicables, il est précisé que :

- tout achat d'espaces publicitaires, sur quelque support que ce soit, ne peut être réalisé par un intermédiaire (en l'espèce l'agence) que pour le compte d'un annonceur et dans le cadre d'un contrat écrit de mandat ;
- ce contrat de mandat doit :
  - o fixer les conditions de la rémunération de l'intermédiaire en détaillant, s'il y a lieu, les diverses prestations qui seront effectuées par l'intermédiaire dans le cadre de ce contrat de mandat d'achat d'espaces publicitaires et le montant de leur rémunération respective (pour chaque prestation) ;
  - o mentionner également les autres prestations rendues par l'intermédiaire en dehors du contrat de mandat et le montant global de leur rémunération ;

- tout rabais ou avantage tarifaire de quelque nature que ce soit accordé par le vendeur d'espaces publicitaires (en l'espèce le réseau social) doit figurer sur la facture délivrée au client annonceur et ne peut être conservé en tout ou partie par l'intermédiaire (sauf stipulation expresse du contrat de mandat qui le prévoirait) ;
- le vendeur d'espaces publicitaires doit délivrer une facture directement à l'annonceur (même si les achats d'espaces publicitaires sont payés en pratique au vendeur par l'intermédiaire) ;
- l'intermédiaire ne peut ni recevoir d'autre paiement que celui qui lui est versé par son mandant pour la rémunération de l'exercice de son mandat ni aucune rémunération ou avantage quelconque de la part du vendeur d'espaces publicitaires ;
- tant le vendeur que l'intermédiaire doivent rendre compte à l'annonceur dans le mois qui suit la diffusion du message publicitaire des conditions dans lesquelles les prestations ont été effectuées. Dans le secteur de la publicité digitale, les modalités d'application des obligations de compte rendu ci-avant sont précisées par décret<sup>1</sup> ;

<sup>1</sup> Ces informations sont comme suit :

- le compte rendu communiqué à l'annonceur précise la date et les emplacements de diffusion des annonces, le prix global de la campagne ainsi que le prix unitaire des espaces publicitaires facturés. Les sites ou ensemble des sites internet sur lesquels les annonces sont diffusées peuvent être regroupés en fonction de leur nature ou de leurs contenus éditoriaux ;
  - pour les campagnes de publicité digitale qui s'appuient sur des méthodes d'achat de prestations en temps réel sur des espaces non garantis, notamment par des mécanismes d'enchères, pour lesquelles les critères déterminants de l'achat sont le profil de l'internaute et l'optimisation de la performance du message, le vendeur d'espace publicitaire communique à l'annonceur un compte rendu comportant au moins les informations suivantes :
    - 1° Au titre des informations permettant de s'assurer de l'exécution effective des prestations et de leurs caractéristiques :
      - a) L'univers de diffusion publicitaire, entendu comme les sites ou l'ensemble de sites internet qui peuvent être regroupés en fonction de leur nature ou de leurs contenus éditoriaux ;
      - b) Le contenu des messages publicitaires diffusés ;
      - c) Les formats utilisés ;
      - d) Le résultat des prestations au regard du ou des indicateurs de performance convenus lors de l'achat des prestations, tels que le nombre d'affichages publicitaires réalisés (par exemple « impressions », « pages vues »), le nombre d'interactions intervenues entre l'internaute et les affichages publicitaires (par exemple « clics », « actions ») ou toute autre unité de mesure justifiant l'exécution des prestations ;
      - e) Le montant global facturé pour une même campagne publicitaire et le cas échéant tout autre élément, convenu avec l'annonceur, relatif au prix des espaces ;
    - 2° Au titre des informations permettant de s'assurer de la qualité technique des prestations :
      - a) Les outils technologiques, les compétences techniques ainsi que les prestataires techniques engagés dans la réalisation des prestations ;
      - b) L'identification des acteurs de conseil, distincts des prestataires de technologie numérique, impliqués dans la réalisation des prestations ;
      - c) Les résultats obtenus par rapport aux objectifs qualitatifs définis par l'annonceur ou son mandataire avant le lancement de la campagne tels que le ciblage, l'optimisation, ou l'efficacité ;
    - 3° Au titre des informations sur les moyens mis en œuvre pour protéger l'image de la marque de l'annonceur, toutes les mesures mises en œuvre, y compris les outils technologiques, pour éviter la diffusion de messages publicitaires sur des supports illicites ou dans des univers de diffusion signalés par l'annonceur comme étant préjudiciables à l'image de sa marque et à sa réputation ;
    - 4° Le cas échéant, les conditions de mise en œuvre des engagements souscrits dans le cadre de chartes de bonnes pratiques applicables au secteur de la publicité digitale.
- En outre l'annonceur pourra avoir accès aux outils de compte rendu mis le cas échéant à la disposition du mandataire.

- en cas de modification devant intervenir dans les conditions de diffusion du message publicitaire, le vendeur d'espaces publicitaires avertit l'annonceur et recueille son accord sur les changements prévus, et lui rend compte des modifications intervenues, étant précisé que dans le cas où l'achat d'espace publicitaire est effectué par l'intermédiaire d'un mandataire, cette obligation incombe tant au vendeur à l'égard du mandataire qu'au mandataire à l'égard de l'annonceur ;
- l'intermédiaire doit indiquer dans ses conditions générales de vente les liens financiers qu'elle entretient ou que son groupe entretient, le cas échéant, avec des vendeurs d'espaces publicitaires, en précisant le montant de ces participations.

### **Applications pratiques**

Aussi, en pratique :

- il convient de **conclure entre l'agence et les clients annonceurs un mandat spécifique** pour les prestations de SMA ;
- **ce mandat doit (i) indiquer de manière claire et (ii) détailler la rémunération de l'agence et le détail des prestations rémunérées** (ex : honoraires de conseil, d'étude, de création, frais techniques,... mais il ne semble pas exister de terminologie imposée), en distinguant celles qui sont rendues dans le cadre du mandat et celles qui, le cas échéant, ne relèvent pas du mandat, et prévoir que les frais d'achat d'espaces publicitaires seront ceux facturés par le vendeur d'espaces publicitaires ;

*NB : cette information détaillée a pour objet de faire clairement apparaître le montant de la rémunération des prestations ou leur mode de calcul. Elle n'a nullement pour objet de figer celle-ci et rien ne s'oppose à ce que les contrats / mandats ainsi souscrits fassent ultérieurement l'objet d'avenants portant tant sur les prestations rendues que sur leur coût.*

- **l'agence doit répercuter tous les rabais / remises du vendeur au bénéfice du client annonceur de manière totalement transparente** (c'est-à-dire que ces remises / rabais ne peuvent pas être conservés par l'agence) ;
- **l'agence ne doit recevoir aucune autre rémunération que celle prévue dans le mandat conclu avec l'annonceur** (cf. l'agence ne peut être rémunérée que par son client annonceur et ne doit pas recevoir un(e) quelconque rémunération, rabais ou remise de la part du vendeur, ce qui en pratique implique les conséquences suivantes : en interdisant toute rémunération de l'intermédiaire par le support, la loi Sapin ne permet pas à l'intermédiaire de rendre des services rémunérés à un support, même s'ils sont sans rapport avec une opération d'achat d'espace ou de conseil) ;
- **la facture d'achat d'espaces publicitaires doit être envoyée directement par le vendeur à l'annonceur et mentionner tous les rabais accordés par le vendeur**, rabais qui ne peuvent être accordés qu'à l'annonceur (les règles et mentions obligatoires en matière de facturation n'étant pas modifiées). Cette règle n'interdit pas que le support puisse consentir des rabais au titre de services qui lui seraient rendus par l'agence, comme par exemple une garantie de paiement, mais de tels rabais sont obligatoirement attribués à l'annonceur et c'est à l'agence et à l'annonceur qu'il revient, en

négociant le mandat qui les lie, de modifier s'ils le veulent l'affectation finale de ces rabais pour en reverser éventuellement tout ou partie à l'agence, à condition que cela soit prévue de manière expresse ;

- **en termes de circuit de paiement, il est toutefois possible de prévoir dans le contrat de mandat entre l'annonceur et l'agence que l'agence sera en charge du paiement à l'attention du vendeur** mais dans ce cas, pour éviter les risques d'erreur du côté de l'annonceur à la réception des factures, il est recommandé de prendre les précautions suivantes :
  - le vendeur peut ajouter sur la facture qu'il envoie à l'annonceur la mention que cette facture ne doit pas être réglée directement, l'agence devant s'en charger; il peut également en envoyer une copie à l'agence, et lui rappeler que c'est elle qui est chargée du paiement;
  - l'agence peut envoyer à l'annonceur un récapitulatif des sommes dues aux différents vendeurs (tenant compte des remises et rabais) et du montant de ses propres honoraires, afin de recevoir un paiement global ;
  - si, en vertu d'une clause expresse du contrat de mandat, les rabais et remises accordés par le vendeur doivent finalement être rétrocédés à l'intermédiaire, en tout ou partie, cette rétrocession doit faire l'objet d'une ligne de facturation complémentaire de l'agence à l'annonceur ;
- le vendeur d'espaces publicitaires et l'agence sont tenus à une **reddition de comptes directement à l'attention de l'annonceur** dans le mois qui suit la diffusion du message publicitaire (voir le détail des informations à fournir ci-dessus) et doivent obtenir son accord en cas de modification devant intervenir dans les conditions de diffusion du message publicitaire (+ rendre compte des modifications intervenues) ;
- **l'agence doit indiquer dans ses conditions générales de vente les liens financiers** qu'elle entretient ou que son groupe entretient, le cas échéant, avec des vendeurs d'espaces publicitaires, en précisant le montant de ces participations.

### ***Sanctions encourues***

1°/ Est puni d'une amende de 30 000 euros le fait :

a) Pour tout annonceur ou tout intermédiaire de ne pas rédiger de contrat écrit conforme aux dispositions applicables (cf. contrat de mandat) ;

b) Pour la personne qui fournit des services de conseil en plan média ou de préconisation de support d'espace publicitaire, de ne pas indiquer dans ses conditions générales de vente les informations relatives aux éventuels liens financiers avec les vendeurs d'espaces publicitaires ;

2°/ Le fait pour un vendeur de ne pas communiquer directement la facture à l'annonceur conformément aux dispositions applicables est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. Le maximum de l'amende encourue est porté à 150 000 € pour une personne physique et 750 000 € pour une personne morale en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

3°/ Est puni d'une amende de 300 000 euros le fait :

- a) Pour toute personne qui fournit des services de conseil en plan média ou de préconisation de support d'espace publicitaire, de préconiser ou de réaliser un achat d'espace publicitaire, pour le compte d'un annonceur, auprès d'un vendeur d'espace publicitaire avec lequel elle entretient ou avec lequel son groupe entretient des liens financiers, en donnant sciemment à cet annonceur des informations fausses ou trompeuses sur les caractéristiques ou sur le prix de vente de l'espace publicitaire du support préconisé ou des supports qui lui sont substituables ;
- b) Pour tout mandataire, de recevoir une rémunération ou un avantage quelconque d'autres personnes que son mandant ;
- c) Pour tout vendeur, d'accorder une rémunération ou un avantage quelconque au mandataire ou au prestataire de l'annonceur ;
- d) Pour toute personne qui fournit des services de conseil en plan média ou de préconisation de support d'espace publicitaire, de recevoir une rémunération ou un avantage quelconque de la part du vendeur d'espace publicitaire.

Pour les infractions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus, les personnes morales peuvent être déclarées responsables, conformément aux dispositions du code pénal. Elles encourent également la peine d'exclusion des marchés publics, pour une durée de cinq ans au plus.

Ces pratiques peuvent faire l'objet d'enquêtes de l'Autorité de la concurrence aux fins de vérification de leur bonne application.

***Difficultés relatives à l'application territoriale de ces dispositions***

Une difficulté subsiste tout de même s'agissant du champ d'application territoriale de la loi Sapin dans la mesure où cette dernière prévoit que ses dispositions s'appliquent quel que soit le lieu d'établissement de l'intermédiaire, dès lors que le message publicitaire est réalisé au bénéfice d'une entreprise française et qu'il est principalement reçu sur le territoire français. Dès lors une difficulté subsiste s'agissant de l'application de ces dispositions aux réseaux sociaux « non français ».

A titre liminaire, il nous semble que clients français auront principalement une cible française et donc que les publicités, même publiées sur des espaces publicitaires de réseaux sociaux « internationaux », auront en principe principalement vocation à être reçues sur le territoire français (cf. critères d'affichage sur les réseaux sociaux ?). Aussi, ces dispositions ont dans cette hypothèse en principe vocation à s'appliquer.

Toutefois, certaines précisions apportées par la circulaire interprétant la loi Sapin peuvent créer un doute. En effet, cette circulaire semble faire référence non plus à une publicité « reçue principalement sur le territoire français » mais à un « support en France », considérant que les dispositions de la loi Sapin sont applicables :

- lorsque l'annonceur est une entreprise française et que le support est lui-même en France ;
- lorsque le support et l'intermédiaire sont en France et l'annonceur à l'étranger.

Ce qui laisse planer un doute sur l'application de ces dispositions en cas de support hors de France. La circulaire ajoute toutefois que, « *devant certains cas particuliers, les opérateurs pourront encore éprouver des*

*doutes sur les limites exactes du champ de la loi » et que, « pour éviter tout risque juridique, on ne saurait trop conseiller, chaque fois qu'il subsiste un doute, de retenir le régime du mandat et de respecter les autres obligations prévues par la loi ».*

Il en résulte qu'en tant qu'intermédiaire en France, **il appartient en tout état de cause à l'agence de respecter les obligations qui lui sont propres telles que visées ci-dessus** (cf. mandat, détail des informations obligatoires dans le mandat, absence de rémunération autre que par l'annonceur, répercussion au bénéfice de l'annonceur de tous les rabais et remises du vendeur d'espaces publicitaires, reddition de comptes, information sur les éventuels liens financiers avec des vendeurs d'espaces publicitaires,...) et de s'assurer qu'il en est de même s'agissant des vendeurs<sup>2</sup>.

### **Conclusion**

En conclusion, **il n'est pas interdit de prévoir des honoraires au bénéfice de l'agence pour les opérations d'achat d'espaces publicitaires, à condition que cela soit prévu expressément et de manière claire dans un contrat de mandat conclu entre l'agence et l'annonceur, et que le contrat de mandat respecte les dispositions applicables** conformément à ce qui précède, notamment en distinguant entre :

- les coûts et les modalités de règlement de l'achat d'espaces publicitaires ;
  - les coûts et les modalités de règlement de la rémunération de l'agence pour les opérations d'achat d'espaces publicitaires (il ne semble pas qu'il existe de terminologie imposée mais il semble qu'il serait plus prudent de mentionner une « rémunération » de l'agence que des « frais de gestion ») ;
  - les coûts et les modalités de règlement de la rémunération de l'agence pour les autres prestations ;
- étant précisé que le montant de la rémunération de l'agence pour les opérations d'achat d'espaces publicitaires ne semble relever que de la stricte négociation contractuelle entre le client annonceur et l'agence (cf. pas de maximum à notre connaissance).

---

<sup>2</sup> En cas de recours par l'agence à des vendeurs qui ne respecteraient pas les dispositions applicables susvisées, les textes ne sont pas clairs sur le risque que la responsabilité de l'agence puisse être engagée pour avoir eu recours à de tels vendeurs. Aussi, et bien que l'agence agisse en qualité de mandataire pour le compte de l'annonceur, un risque subsiste, a minima (mais non exclusivement) car elle pourrait de ce fait être empêchée de respecter ses propres obligations.