

LA QUALIFICATION DES PRESTATIONS DE PUBLICITÉ DIGITALE : CE QUE LE DÉCRET NE DIT PAS

PAR FABRICE PERBOST* ET DOMITILLE PHILIPPE**

En France, le marché de la publicité en ligne représente près de 3,5 milliards d'euros en 2016¹. Support désormais favori devant la télévision, l'essentiel de la croissance est généré par les nouvelles pratiques d'achat et de vente d'espaces publicitaires en programmation. À l'instar des opérateurs de marché pour la négociation de produits financiers, la programmation offre des possibilités de trading média et des services innovants de ciblage afin d'optimiser en temps réel l'achat d'espaces publicitaires.

Face aux interrogations qu'ont suscitées ces nouvelles pratiques d'intermédiation, le législateur a saisi l'occasion de préciser que la publicité digitale était incluse dans le champ matériel de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (I) tout en aménageant un régime incertain pour ces prestations innovantes (II).

I - Le champ d'application matériel de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993

Initialement votée pour assurer la transparence des activités de prestations de publicité dans les médias traditionnels (A), la loi s'applique désormais formellement aux activités d'optimisation du ciblage publicitaire en ligne (B).

A - Les mesures pour assurer la transparence des transactions en matière de publicité

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 réglemente le marché de la publicité afin d'assurer la transparence des rémunérations versées pour les prestations de publicité.

À titre de bref rappel, la réglementation s'applique traditionnellement envers les acteurs suivants :

a) l'annonceur qui est la personne qui souhaite promouvoir son action, ses produits ou ses services par la diffusion de messages publicitaires (l'« **annonceur** ») ;

b) le vendeur d'espace publicitaire qui est soit le propriétaire du support média (espace ou imprimé) soit une « régie », c'est-à-dire une entreprise spécialisée chargée de la gestion et de la commercialisation d'un portefeuille d'espaces publicitaires (le « **support** ») ;

c) l'agence média qui intervient comme intermédiaire pour procéder à l'achat auprès des annonceurs d'espaces publicitaires pour le compte d'un annonceur en vue de la diffusion de la publicité (l'« **agence** »).

Lorsque l'achat d'espaces publicitaires n'est pas effectué directement par l'annonceur auprès du support et qu'un tiers intervient pour cette opération, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 s'applique. Elle prohibe les pratiques d'achat-revente d'espaces publicitaires par une agence pour son compte en vue de les revendre à ses clients annonceurs, à moins que l'agence ne fournisse une prestation globale qui se caractérise par le fait de vendre en son nom un support publicité et d'assumer l'entière responsabilité de la diffusion du message publicitaire. Dans ce

* Fabrice Perbost est avocat associé au cabinet Harlay Avocats.

** Domitille Philippe est avocat collaborateur au cabinet Harlay Avocats.

1 - Observatoire de l'e-pub, 17^e édition, SRI, page 5. <www.sri-france.org>.

dernier cas, l'agence endosse alors la qualité de support.

Afin de réguler les pratiques, le législateur impose un régime obligatoire de mandat pour cette seule activité d'intermédiation et exige que toute autre rémunération additionnelle, y compris les rémunérations perçues pour les activités annexes de conseil, qui sont pourtant hors du champ du mandat obligatoire, figurent au contrat. Les conditions financières du mandat doivent donc mentionner :

- la rémunération due en exécution du mandat obligatoire pour l'intermédiation d'achat d'espaces publicitaires uniquement (le prix payé pour l'achat d'espaces publicitaires étant facturé par le support) ;
- la rémunération globale et autonome due pour les services additionnels de conseil rendus hors du cadre de la fonction d'achat, tels que les services de conseil en plan média ou de préconisation de support d'espace publicitaire.

Cette transparence sur les prix et les rémunérations ou avantages concédés est accentuée par le fait qu'il est strictement interdit à l'agence, tant pour la fonction d'intermédiation que pour la fonction de conseil et plan média ou de préconisation de support d'espace publicitaire, de percevoir de rémunération de la part du support². Au surplus, l'agence est tenue de faire état des éventuels liens financiers qu'elle-même ou son groupe entretient avec des supports³. Ainsi, la seule et unique rémunération est celle convenue avec l'annonceur. Le non-respect de ces obligations est sanctionné pénalement en vertu de l'article 25 de la loi.

Si la rémunération doit figurer dans le contrat de mandat, en revanche, le mode de rémunération est librement fixé par les parties. La rémunération versée par l'annonceur à l'agence peut donc prendre la forme d'une rémunération forfaitaire ou proportionnelle et éventuellement inclure une rémunération additionnelle liée aux performances en fonction d'indicateurs de performances convenus entre les parties.

Pour ce qui concerne la facturation des espaces publicitaires, il incombe au support d'adresser directement la facture à l'annonceur. Il est toutefois possible de préciser dans le con-

trat de mandat que le paiement du prix d'achat sera réglé par l'agence au support. L'agence ne peut en revanche en aucun cas facturer en son nom l'achat d'espace.

Enfin, pour renforcer la transparence, le support est également tenu de rendre des comptes à l'annonceur, afin de l'informer sur l'exécution effective de la diffusion du message publicitaire. Néanmoins des règles dérogatoires ont été prévues afin de faire rentrer la commercialisation des bannières publicitaires digitales dans le champ de la loi.

B - L'inclusion de la publicité digitale et des pratiques d'achats programmatiques

Le législateur n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par « *espace publicitaire* ». La circulaire du 19 septembre 1994 relative à la transparence et à la non-discrimination dans la publicité est venue préciser que la notion peut évoluer avec les techniques et cite à titre indicatif que relèvent du champ de la loi les supports média, y compris notamment le « *multimédia et les médias électroniques*⁴ », ainsi que les imprimés publicitaires.

Pourtant, certains acteurs continuaient à agir en dehors du mandat obligatoire en considérant que la publicité en ligne n'entrait pas dans le champ de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. Dans un souci de clarification, la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a étendu le champ d'application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 à « *quelque support que ce soit* », afin d'y introduire les campagnes de publicité en ligne⁵. Le décret d'application n° 2017-159 du 9 février 2017 complète la loi en définissant en son article 1^{er} ce qu'il faut entendre par publicité digitale : ce sont les prestations « *ayant pour objet la diffusion de message sur tous supports connectés à internet tels qu'ordinateurs, tablettes, téléphones mobiles, téléviseurs et panneaux numériques* ».

Ce fut également l'occasion de réglementer les nouvelles pratiques de publicité digitale,

2 - Articles 21 et 22 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

3 - Article 24 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

4 - Article I, 1. de la circulaire précitée.

5 - L'article 20 alinéa 1^{er} de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dispose désormais que « *Tout achat d'espace publicitaire, sur quelque support que ce soit, ou de prestation ayant pour objet l'édition ou la distribution d'imprimés publicitaires ne peut être réalisé par un intermédiaire que pour le compte d'un annonceur et dans le cadre d'un contrat écrit de mandat* ».

notamment celles reposant sur un système d'achat programmatique⁶.

Dans la programmation, la chaîne d'intermédiation est démultipliée. On trouve les acteurs qui interviennent principalement du côté de l'annonceur, ce sont les *trading desks* qui interviennent dans l'achat et l'optimisation d'espaces au côté des « DSP » (*Demand Side Platform*, plateforme qui fournit une interface centralisée afin de permettre à un trading desk, un annonceur ou son agence d'acheter en temps réel et aux enchères les supports publicitaires proposés par différentes plates-formes d'inventaire d'espaces publicitaires) ainsi que les revendeurs ou agrégateurs de données et métadonnées pour accompagner la prise de décision du ciblage. En pratique, ces intermédiaires peuvent également intervenir avec la casquette d'agence. Dans cet écosystème, on compte aussi les « SSP » (*Supply Side Platform*, plate-forme qui regroupe l'inventaire d'espaces publicitaires de plusieurs supports ou régions, afin d'optimiser la commercialisation par le biais de la mise en concurrence d'acheteurs) qui interviennent au côté des supports et des revendeurs ou agrégateurs de données. Enfin, on trouve les autres intermédiaires que sont les « Ad Exchanges » qui sont des places de marché virtuelles d'enchères où se rencontrent l'offre des SSP et la demande des DSP, ainsi que les « DMP » qui sont des plates-formes de traitement de données et métadonnées utilisées aux fins de ciblage publicitaire pour déterminer notamment le profil sociodémographique, les centres d'intérêts ou l'intention d'achat d'un internaute.

Lorsque l'offre d'un support routé par un SSP rencontre la demande du meilleur enrichisseur acheteur routé par un DSP, la publicité est affichée sur l'espace disponible mis à disposition par le support.

L'achat programmatique offre des espaces publicitaires dits « garantis » ou « non garantis ». Lorsque l'achat d'espace repose sur l'accord de gré à gré entre l'acheteur et le support, sans mise en concurrence, l'espace publicitaire est désigné comme garanti. Avec le système d'enchères en temps réel, les acheteurs sont mis en concurrence pour l'acquisition d'un

même espace de diffusion, l'achat en programmation est alors qualifié de non garanti.

Le média digital comme support publicitaire et les pratiques d'intermédiation par le biais de systèmes automatisés relèvent donc expressément de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

II - La transparence dans la publicité digitale : les obligations de compte rendu

Pour ne pas laisser la programmation réintroduire les pratiques obscures des anciennes centrales d'achat, le récent décret impose des obligations spécifiques de compte rendu en matière de publicité digitale. Ces spécificités conduisent à s'interroger sur leur caractère dérogatoire par rapport aux règles générales de rémunération des intermédiaires (A) et de délimitation du champ territorial de la loi (B).

A - L'incertitude du régime quant à la rémunération des intermédiaires

Le décret du 9 février 2017 relatif aux prestations de publicité digitale a pour but de réglementer les nouveaux modes de commercialisation d'espaces publicitaires en ligne en soumettant ces pratiques à des obligations de compte rendu spécifiques.

Lorsque les prestations de publicités digitales sont fournies de gré à gré, pour des espaces garantis, le support est tenu d'informer l'annonceur de la date et des emplacements de diffusion des annonces ainsi que « du prix global de la campagne » et « du prix unitaire des espaces publicitaires facturés »⁷.

En ce qui concerne l'achat programmatique pour des espaces non garantis, le support est assujéti à communiquer un ensemble d'informations à l'annonceur et notamment les informations permettant de contrôler (i) l'exécution effective des prestations et (ii) la qualité technique des prestations⁸. Au titre du compte rendu d'exécution, le support est notamment tenu de communiquer « 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 ». En ce qui concerne les informations relatives à la qualité technique, il convient d'indiquer « les

6 - La programmation permet de réaliser des transactions publicitaires de manière automatisée et à l'unité, à prix fixe ou en fonction d'enchères, pour un support à destination d'un profil ciblé. Combinant l'analyse de données et métadonnées pour définir le profil d'un internaute et le type de support, l'achat programmatique a pour but de vendre un service d'optimisation de la performance des campagnes publicitaires en ligne.

7 - Article 2 du décret n° 2017-159 du 9 février 2017.

8 - Article 3 du décret précité.

prestataires techniques engagés dans la réalisation des prestations » ainsi que « *les acteurs de conseil, distincts des prestataires de technologie numérique, impliqués dans la réalisation des prestations* ».

L'obligation de rendre des comptes sur les aspects financiers n'apporte pas de nouveauté, puisqu'il incombe en principe au support d'adresser directement une facture pour l'achat d'espaces à l'annonceur.

En revanche, le législateur a expressément consacré le fait que dans le cadre de campagnes publicitaires avec enchères en temps réel, sont susceptibles d'intervenir des prestataires techniques (dénommés ensuite prestataires de technologie numérique) et des acteurs de conseils, et donc, des intermédiaires agissant au profit du support ou de l'annonceur, y compris des agences. On comprend cependant mal pourquoi ces prestataires et acteurs de l'écosystème ne sont pas également reconnus lors d'achats en programmation de gré à gré d'espaces garantis.

Par ailleurs, le décret est muet sur ce qu'il faut entendre par « *prix global de la campagne* » et « *prix unitaire des espaces publicitaires* » facturés à l'annonceur et notamment si le support peut y englober la rémunération des acteurs impliqués dans la réalisation de l'achat programmatique du côté des annonceurs. En effet, une campagne publicitaire en programmation ne se limite pas seulement au prix des espaces publicitaires sur lesquels sont diffusés les annonces, mais fait intervenir l'ensemble de la chaîne d'intermédiaires dont des agences en leur qualité de trading desk (avec éventuellement leur propre DSP). Faut-il en comprendre que le support peut adresser une facture avec le prix global de la campagne qui inclut des prestations effectuées par une agence, non pas en sa qualité de mandataire mais de prestataire de conseil, et rémunéré par le support ? Si tel est le cas, comment articuler cette possibilité avec les restrictions des articles 21 et 22 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 qui interdisent toute rémunération de l'agence de la part du support et l'article 25 qui sanctionne pénalement de tels manquements ?

Quant à la notion de prix unitaire des espaces publicitaires devant être communiqué en matière de gré à gré, s'agit-il du prix versé *in fine* au support ? Le prix peut-il inclure ou non les sommes versées aux intermédiaires agissant du côté du support (SSP et DMP) ? Là encore le décret est incomplet.

On remarquera enfin qu'en matière d'enchères en temps réel, les informations financières requises sont atténuées, puisque c'est seulement le montant global de la campagne qui doit être communiqué. Il n'est pas exigé d'indiquer le prix unitaire, sauf s'il est convenu avec l'annonceur de transmettre des éléments complémentaires relatifs au coût des espaces.

Le décret manque ainsi de précision sur la qualification des intermédiaires et leur rémunération dans le cadre de la programmation. Ces incertitudes présentent un risque juridique élevé, tant pour les agences que pour les supports, compte tenu des sanctions pénales qui peuvent être prononcées en cas d'infraction aux règles de rémunération. Compte tenu des spécificités de la programmation, on pourrait penser que le décret vient aménager les règles générales figurant dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 édictant des règles pénales, une lecture stricte en matière pénale pourrait s'imposer. Cela étant, la hiérarchie des normes et la prévalence de la loi sur le décret contredisent cette analyse.

B - Les dérogations au champ d'application territorial

Le décret vient par ailleurs limiter le champ d'application extraterritorial de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. En effet, en vertu de l'article 27 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, les dispositions s'appliquent également aux entreprises établies en dehors du territoire français dès lors que le message publicitaire est réalisé au bénéfice d'un annonceur français et que le message publicitaire est principalement reçu sur le territoire français. Sur internet, la délimitation de la diffusion est plus délicate, puisque l'ensemble des sites internet sont accessibles et les balises présentes sur les sites étrangers permettent de diffuser de la publicité française à un internaute français. Le décret sur les obligations de reddition de compte dispose néanmoins, en son article 4, que celui-ci n'est pas applicable aux supports (et leurs régies) établis dans un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'Espace économique européen, dès lors qu'ils sont assujettis à des « *obligations équivalentes* » de compte rendu, en vertu de dispositions nationales.

La dérogation, probablement édictée afin de ne pas subir la censure de la Commission européenne pour entrave à la libre circulation des services au sein de l'Union européenne, nécessitera sans doute l'intervention du juge national pour apprécier le caractère équivalent des obligations de compte rendu. La jurisprudence

pourrait alors utilement clarifier l'intention du législateur : soit de déroger aux règles générales d'interdiction d'achat-revente et de rémunération exclusivement versée par l'annonceur à l'agence, soit de renforcer la singularité française de transparence financière en matière de publicité.

Notons que le décret accorde aux acteurs un temps d'adaptation puisque les dispositions n'ont de force obligatoire qu'à compter du 1^{er} janvier 2018. Les usages du marché auront peut-être d'ici là suppléé aux carences du législateur.