



Note de cadrage juridique

- Engagements



Rôle des agences médias, engagements excessifs de productivité et nature de l'obligation

1. Rôle des agences médias

L'agence média a pour mission au titre du contrat de mandat d'acheter, pour le compte de l'annonceur, de l'espace publicitaire et de mettre en place la stratégie des moyens.

2. Droits et obligations de l'annonceur

En tant que mandant, l'annonceur doit fournir à son mandataire (l'agence) les moyens nécessaires à l'exécution de sa mission.

Il doit également exécuter à l'égard des tiers (i.e. : les supports) les engagements contractés pour son compte par son mandataire (l'agence) dans le cadre de la mission qui lui a été confiée (par exemple : payer le prix de l'espace publicitaire au support).

Il doit également rémunérer l'agence pour les services rendus.

3. L'agence média est soumise à une obligation de moyen

Les annonceurs et les agences sont liés par un contrat de mandat pour l'achat d'espace publicitaire et un contrat de forme libre pour les autres services fournis par l'agence à l'annonceur.

En cas de manquement d'une partie, l'autre partie peut rechercher sa responsabilité. La preuve de la faute doit être rapportée par la victime. Toutefois, selon le type d'obligation en cause, la preuve du manquement est plus ou moins aisée :

- lorsque l'obligation en cause est une obligation de résultat (imposant au débiteur d'atteindre le résultat déterminé) : il suffit au créancier de prouver que le résultat n'est pas atteint. En pratique, il suffira au créancier de produire le contenu du contrat et de faire constater qu'il ne correspond pas à ce qu'il a finalement reçu ;
- lorsque l'obligation en cause est une obligation de moyens (astreignant le débiteur de l'obligation à employer les meilleurs moyens en vue d'atteindre le résultat) : le créancier

de l'obligation doit rapporter la preuve d'une faute dans le comportement du débiteur de l'obligation (négligence, manque de diligence, compétence). Ceci est plus difficile à prouver que l'inexécution d'une obligation de résultat.

L'agence ne devrait être soumise qu'à une obligation de moyens dans le cadre de sa mission de conseil et ne devrait pas garantir le succès d'une campagne de publicité. Les cas où l'agence serait soumise à une obligation de résultat devraient être strictement limités à la mise en œuvre du moyen proposé par l'agence : elle pourrait être fautive si elle transmet un message erroné au support par exemple. En revanche, elle pourrait écarter sa responsabilité en rapportant la preuve de la survenance d'une cause étrangère (ex : l'erreur commise par le support).

L'agence intervenant en qualité de mandataire, le contrat de vente de l'espace publicitaire est juridiquement conclu entre le support et l'annonceur. L'agence ne peut donc être responsable d'une éventuelle inexécution contractuelle de ce contrat (sauf garantie éventuellement donnée par l'agence).

4. Engagements excessifs pesant sur les agences et réclamés par les annonceurs

Certains annonceurs exigent des agences qu'elles :

- payent une somme aux annonceurs allant au-delà de sa commission, si certains objectifs de prix, d'emplacement, de couverture ne sont pas atteints ;
- garantissent auprès des annonceurs certaines conditions commerciales octroyées par les supports (notamment de prix), sans que ces derniers n'aient été consultés au préalable. Les agences ne sont que mandataires des annonceurs (et non des supports - la Loi Sapin interdisant d'ailleurs toute activité d'achat-vente d'espace publicitaire) ;
- garantissent des prix bas et d'emplacement premiums ou de fréquence de la publicité lesquels sont particulièrement difficiles à tenir. Dans le cadre de la programmation en temps réel, ces objectifs seraient d'autant plus difficiles à

atteindre puisqu'il n'y a aucune négociation entre l'agence et le support (ou intermédiaire) : les SSP («*Supplier Side Platform*») fixent des prix planchers (en dessous desquels ils ne sélectionneront pas les demandes des annonceurs, via leurs agences notamment et prestataires techniques, aux termes des enchères). Donc tout engagement pesant sur l'agence en termes d'emplacement premium couplé à des tarifs bas imposés par l'annonceur entraînera l'évincement automatique des agences agissant pour le compte des annonceurs (ce qui ne permettra pas à l'agence de remplir ses objectifs) ;

– soient soumises à des clauses de pénalités de retard ou de résiliation anticipée pouvant s'avérer élevées ou sévères.

Or, aucune garantie ni obligation de résultat ne devrait être mise à la charge de l'agence vis-à-vis des éventuelles conditions devant être négociées avec les supports (puisque justement, cela est le fruit de la négociation avec ces supports). Cf. également les développements sur les obligations de moyens et de résultat ci-dessus (section 3).

Les annonceurs ne sauraient imposer de tels engagements aux agences, au risque de se voir opposer les limitations ci-dessous décrites et d'engager leur responsabilité.

5. Limitations opposables à ces demandes d'engagements excessifs

a. Déséquilibre significatif

Certains des engagements exigés par les annonceurs et pesant sur les agences médias pourraient constituer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (au détriment de l'agence)¹⁴.

Ces engagements sont susceptibles de favoriser excessivement la position de l'annonceur par rapport à l'agence et de remettre en question l'équilibre économique du contrat, l'agence pouvant être tenue de compenser l'annonceur en cas de non-atteinte des objectifs (que ce soit via un ajustement de sa rémunération et/ou des pénalités). Une telle situation pourrait notamment conduire à ce que l'opération soit commercialement déficitaire pour l'agence, notamment en cas de « *malus* » appliqués par l'annonceur.

Ladite situation illustre un déséquilibre significatif. Or, la réglementation sanctionne ce type de comportement et l'annonceur pourrait se voir reprocher le fait d'imposer un tel déséquilibre entre les parties. Une telle pratique est sanctionnée par des amendes très lourdes¹⁵.

Les clauses concernées pourraient par ailleurs être réputées non-écrites.

b. Transfert de risques sur l'agence entraînant la violation de la Loi Sapin

Les clauses déséquilibrées mentionnées ci-dessus reviennent à faire peser, sur l'agence, un risque commercial et financier non négligeable en rapport avec l'opération d'achat/vente d'espace.

Comme indiqué dans la Fiche 1, un mandataire n'est pas supposé supporter un risque commercial ou financier non-négligeable. Faire peser un tel risque conduit à dénaturer le mandat de l'agence : un mandat suppose une absence de risque non négligeable supporté par le mandataire.

En dénaturant le mandat, les parties contreviennent à la Loi Sapin qui impose que les relations entre annonceurs et agences soient régies par un contrat de mandat.

Dans un tel cas, l'achat d'espace publicitaire serait donc, du point de vue du droit de la concurrence, considéré comme effectué par l'agence elle-même qui revendrait ensuite l'espace à l'annonceur, ce qui est formellement interdit par la Loi Sapin.

En conclusion, ce type de clauses serait illégal puisqu'il contreviendrait à la Loi Sapin dont les sanctions s'appliquent aux annonceurs et aux agences¹⁶.

6. Recommandations

- Informer les parties prenantes, le cas échéant, que de telles clauses pourraient constituer des engagements créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties passibles de sanctions ;
- Informer les parties prenantes, le cas échéant, que de telles clauses sont susceptibles de contrevioler à la Loi Sapin.

14. Article L442-6 du Code de commerce.

15. Amendes jusqu'à 5 millions € (voire portée à 5 % du chiffre d'affaires HT réalisé en France par l'auteur de la pratique lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la pratique incriminée a été mise en œuvre).

16. Amendes de 30 000 € pour les personnes physiques et au quintuple pour les personnes morales (soit 150 000 €).