

ACTUALITÉS de l'INTERMÉDIATION

– BANQUE, ASSURANCE, FINANCE, CROWDFUNDING – 1^{er} décembre 2016

Éducation morale et civique - Les leçons de l'Intermédiaire :

*« L'antilope qui court dans les plaines d'Afrique ne peut être considérée comme un document. Mais si elle est capturée et devient un objet d'études, on la considère alors comme un document. Elle devient une preuve physique »
(Briet, 1951, cité par Olivier Ertzscheid, *Herès la Revue*, 2009/1 n°53).*

- **PUBLICITÉS dans les MÉDIAS SOCIAUX : la RECOMMANDATION de l'ACPR et les INTERMÉDIAIRES.**

ACPR, Recommandation 2016-R-01 du 14 novembre 2016.

L'ACPR descend en rappel le long des médias sociaux. Initialement, le réseau social matérialise une liste d'amis. En investissant la liste, les marchands transforment instantanément les amis en consommateurs. Et y font entrer le Droit de la consommation bancaire et assurantiel. C'est simple et mécanique.

La protection des consommateurs passe par l'encadrement de la communication commerciale. Les médias sociaux, quant à eux, tirent de considérables profits des stratégies de communication publicitaire des professionnels. Les règles de protection des consommateurs s'appliquent donc aux actions promotionnelles véhiculées par les médias sociaux.

Rien de bien nouveau. L'ACPR a souhaité en faire le rappel. En omettant la relation entre les professionnels et les médias sociaux. Elle émet la Recommandation 2016-R-01 du 14 novembre 2016, guide de « l'usage des médias sociaux à des fins commerciales ».

1. **La publicité entre déjà dans le cadre des pratiques commerciales soit interdites, soit réglementées.**

Plus de [cinquante millions de Français sont des internautes](#). Dans un marché publicitaire français de l'ordre de trente milliards d'euros (UDA, 2015), « internet » occupe déjà une belle part ; de l'ordre de deux milliards d'euros, celle-ci taquine les volumes de l'achat d'espace télé ou presse. Mais sa pratique reste mal cernée ; c'est que « *la présence digitale des marques en particulier se développe au travers de sites propres, des réseaux sociaux, d'applications mobiles et d'autres outils faisant appel à des ressources*

internes ou externes des entreprises et dont la valeur n'est pas prise en compte dans l'évaluation actuelle du marché » ([UDA, « Les chiffres-clés du marché », 2015](#)).

Pour la publicité, les « médias sociaux »... ne sont pas des médias.

Pourtant, les revenus publicitaires générés par les réseaux sociaux augmentent de 31% en 2015, en France, représentant 9% des dépenses digitales ([SRI, Observatoire de l'e-pub, 2016](#)).

71% des internautes de 15 ans et plus sont actifs sur au moins un réseau social (*Harris Interactive, Baromètre Social Life, mars 2016*). Ces médias sont dominés par l'un deux, et concentrés : Facebook (57% d'internautes de 15 ans et plus actifs), Youtube (25% des internautes), Google + (20%), Twitter, Snapchat, Instagram et Pinterest, principalement (*Harris Interactive, même source*).

La publicité sur internet ou publicité digitale utilise des moyens diversifiés : « *search* » ou achats de bons positionnements dans les moteurs de recherche, « *display* » pour afficher des éléments visuels (graphiques ou vidéo), ou encore, affiliation et comparateurs. Le mobile connaît une forte croissance des investissements publicitaires digitaux.

Le Code de la consommation encadre très clairement les pratiques publicitaires. Il ne consacre, d'ailleurs, aucune part spéciale aux médias sociaux, même après son complet lessivage complet de 2016. Dommage, sans doute. D'autant plus que le Code de la consommation ne donne aucune définition de la publicité.

La Jurisprudence considère comme publicité une communication réunissant trois caractéristiques (notamment, CJUE, 21 mars 2013, n°657/11) :

- « toute forme de communication »,
- « faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »,
- ayant spécifiquement pour but de « promouvoir la fourniture de biens ou de services ».

Le cadre général de la communication publicitaire provient du Code de la consommation (article L. 111-1 de ce Code). Ce Code interdit certaines pratiques commerciales (notamment les pratiques « déloyales », par exemples « trompeuses » ou « agressives ») et en régleme d'autres (c'est le cas des crédits). En posant le principe de la prohibition des pratiques « trompeuses ou agressives » (ses articles L. 121-1 à L. 121-7) le Code de la consommation sanctionne toute les dissimulations, omissions d'informations, voire toute formes de pression sur les consommateurs.

En particulier sont réputées trompeuses les pratiques commerciales qui ont pour objet « *d'utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur* » (article L. 121-4 11° du Code de la consommation).

Les médias sociaux transportent des contenus publicitaires, et activent, par des actions inhérentes à leur fonctionnement, la circulation de ces messages : les « partages » et autres « like » (« j'aime ») propagent les informations à haute vitesse.

2. Bien que le cadre de la communication publicitaire via les média(s) sociaux soit connu, il suscite des initiatives, incomplètes, de la part des Autorités de supervision.

La publicité ou la communication promotionnelle sur internet est déjà bien cadrée par le Droit.

La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN ») pose le principe de l'identification de l'annonceur : « *Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée* » (art. 20 LCEN).

La Cour de cassation considère internet comme un potentiel support, ou un média, publicitaire ; le fait même de partager un message à caractère publicitaire capté sur un media social conserve ce caractère publicitaire (Cour de cassation, Civ. 1^{ère} du 3 juillet 2013 n° 12-22.633). Un partage de message publicitaire ne relève donc pas de la correspondance privée, mais d'un acte de communication commerciale. Tel est le Droit.

Les réseaux sociaux proposent des outils de campagne publicitaire, complétés d'outils de mesure de leur efficacité. Ces instruments sont conçus relativement à des environnements juridiques très éloignés du Droit français. Il ne fait cependant pas de doute que le Droit français accorde sa protection aux consommateurs-internautes.

En dépit de ce cadre juridique clair, internet et les médias sociaux suscitent néanmoins des initiatives de la part des Autorités de supervision. Prenant la forme d'alertes, ou de rappels, celles-ci n'ajoutent guère au Droit existant.

L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) a émis une recommandation, pour ce canal publicitaire, dès 2011, puis en décembre 2014 (DOC-2014-15, incluant les distributeurs de produits financiers), modifiée le 3 juillet 2016 (DOC-2016-08, s'adressant aux sociétés cotées).

L'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP) diffuse, depuis octobre 2015, une [Recommandation sur « la publicité digitale »](#). Cette Recommandation comporte un volet relatif aux blogs, un autre concernant les réseaux sociaux et un consacré à l'achat de mots-clés (liens sponsorisés).

La Recommandation de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution ([2016-R-01 du 14 novembre 2016](#), applicable au 1^{er} octobre 2017) précise la notion de médias sociaux. Ceux-ci « *s'entendent de l'ensemble des technologies permettant l'interaction sociale et la création de contenus collaboratifs sur internet, y compris via des applications mobiles : blogs, réseaux sociaux, forums de discussion* », cette liste n'étant qu'indicative. Elle ne pose guère de difficulté.

Les « bonnes pratiques publicitaires » dans ces médias sociaux, en réalité, le rappel du droit applicable, s'articulent autour de trois principes :

- l'identification de l'émetteur : le professionnel doit clairement apparaître comme l'auteur ou le diffuseur du contenu (rappel de l'art. L. 121-1 3° du Code de la consommation, sur les pratiques commerciales trompeuses). Ceci passe par un identifiant (ou un « pseudonyme ») explicite, rattachable au professionnel ou à son dirigeant,
- la présentation du contenu : ce dernier est « *loyal et clair* » ; il est donc étiqueté « *à caractère commercial* » (rappel de l'article L. 121-3 du Code de la consommation). La diffusion « d'avis », ou de recommandations, ou de notations, à l'initiative du professionnel lui-même, présenterait, à cet égard, un caractère assurément déloyal et trompeur,
- les modalités d'archivage des contenus : les messages mis en ligne par les médias sociaux font l'objet d'une conservation, facilitant les éventuelles réclamations (ainsi que les contrôles). C'est la conséquence, astreignante, du droit de la preuve, en matière d'obligations professionnelles.

Rappelons, en élément de contexte, la contribution permanente, et assez indifférente, des réseaux sociaux aux abondantes escroqueries en matière de crédits ([Village de la Justice, octobre 2015](#) et [ABE-Infoservice, octobre 2015](#)). Ces arnaques renforcent l'impératif d'identification prévu par le Code de la consommation. En mars 2016, était diffusée une première liste de sites répandant des offres illégales de crédits ([ABE-Infoservice, mars 2016](#)).

En revanche, les Autorités se désintéressent assez largement de la relation entre les professionnels et les médias sociaux. C'est bien navrant. Prestataires de services publicitaires, ces médias sociaux se comportent souvent de manière extrêmement autoritaire, soit au détriment des professionnels (ils peuvent d'un trait de souris, rayer un professionnel du paysage du média social et décréter ainsi une forme de « mort digitale »), y compris les Intermédiaires, soit au détriment des consommateurs (exemple ci-dessus). Les droits des professionnels dans cette relation de prestation publicitaire doivent se renforcer, y compris dans l'optique de protection des consommateurs, puisque ces professionnels détiennent une large part dans cette protection.

3. IOBSP, Courtiers et Mandataires en crédits, dans leurs communications promotionnelles via les médias sociaux.

Les modalités d'exercice de l'intermédiation bancaire incorporent de même les principes à observer en matière de communication promotionnelle. Quel qu'en soit le vecteur.

Les IOBSP, spécialement doivent aux clients « *le respect de leurs intérêts* » (article L. 519-4-1 du Code monétaire et financier). « *Les intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement doivent se comporter d'une manière honnête, équitable, transparente et professionnelle en tenant compte des droits et des intérêts des clients, y compris des clients potentiels* ».

Ces IOB, Courtiers ou Mandataires en crédits, par exemple, doivent « *se comporter avec loyauté et agir au mieux des intérêts des clients* » (article R. 519-19 du même Code) et se présenter « *lors de l'entrée en relation* » (art. L. 519-4-2, R. 519-20 et R. 519-30 du CMF), notamment afin que les consommateurs puissent clairement cerner la chaîne de distribution et la place de l'IOBSP dans ce circuit.

La publicité commerciale doit être « *loyale et informative* ».

Deux points seront particulièrement observés avec attention :

- les contraintes pratiques découlant de la Recommandation ACPR 2016-R-01 du 14 novembre 2016, même si, en théorie, cet instrument relève du droit dit « souple » (qui n'est ici que pure traduction de l'anglais, mais en rien un droit plus mou...),
- la nécessité de bien appliquer les cadres publicitaires déjà spécifiques aux différents crédits (à la consommation, immobilier ou regroupement de crédits) à la communication promotionnelle sur internet.

Concernant le premier de ces deux points, l'ACPR précise entendre par « *contenu* » des « *messages, allégations, photos ou vidéos* », matérialisant « *toute communication ayant pour objectif la conclusion d'un acte de vente ou une incitation à l'achat* » (ACPR 2016-R-01, page 3). Ces contenus à but transactionnel se distinguent des « *communications d'image* », non (encore) définies.

Il conviendrait donc de distinguer entre les communications « incitant à l'achat » et celles exemptes de toute proposition précise concernant un produit, les « communications d'image ».

Une distinction pourtant indifférente, puisque, dans les deux cas, l'Intermédiaire doit se présenter, donc, s'identifier sans ambiguïté comme l'émetteur du contenu. De même, le caractère promotionnel de ce dernier doit ressortir, y compris pour les internautes agissant dans une démarche d'influence. Une mention adéquate systématique s'impose, telle que : « *Microtaux.com, message à caractère publicitaire* ». Certains formats ne permettent matériellement pas l'insertion de mentions légales détaillées. Enfin, l'archivage des contenus diffusés par les médias sociaux doit s'instaurer, selon une durée d'au moins cinq années. Il passe par des mesures spécifiques d'organisation.

En revanche, l'Intermédiaire agissant dans les médias sociaux au moyen d'un produit en particulier, tel qu'un crédit, appliquera les principes publicitaires relatifs à ce produit. Y compris en l'absence d'intention transactionnelle, d'incitation immédiate à l'achat. C'est l'effet mécanique de la superposition des règles de Droit.

Pour ne prendre qu'un exemple, la transposition de la Directive 2014/17 UE du 4 février 2014 a introduit de nouveaux principes juridiques quant à la publicité du crédit immobilier. Ceux-ci s'appliquent depuis le 1^{er} octobre 2016. Toute publicité chiffrée portant sur un crédit immobilier

comporte notamment un exemple représentatif. Le Droit de la consommation distingue clairement les « informations générales » sur le crédit immobilier (art. L. 313-6 et R. 313-3 du Code de la consommation), permanentes, et la « publicité » pour ce même produit (articles L. 313-3, L. 313-4, L. 313-5 et R. 313-1, notamment, du Code de la consommation).

L'introduction en Droit d'obligations professionnelles précontractuelles désormais finement spécifiées (publicité, présentation, information, explication/mise en garde, conseil) entraîne une double nécessité :

- disposer d'au moins un document ou d'un support matérialisant la délivrance de chacune de ces obligations ;
- relier la nature du document diffusé à l'obligation concernée.

La sanction des pratiques commerciales trompeuses est raide : emprisonnement de deux années, amende allant de 300.000 euros jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, ainsi que des peines complémentaires (articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation).

D'ici le 1^{er} octobre 2017, l'analyse des pratiques publicitaires de l'IOBSP, notamment via les médias sociaux s'impose ; l'audit juridique de Conformité demeure, plus que jamais, l'instrument adéquat pour en mesurer puis pour en limiter les risques. Il analyse les règles publicitaires applicables aux différentes natures de crédits. À travers l'empilement des principes juridiques de différentes sources, sa gymnastique quotidienne, l'Intermédiaire identifie ainsi les éventuels manquements dans leur mise en œuvre.

Oui, « *L'Homme est un document comme les autres* », selon la saisissante extrapolation d'Olivier Ertzscheid (*Hermès la Revue*, 2009/1 n°53, précitée). Mais également un consommateur comme tout le monde. L'individu-internaute se présente à la fois comme une base de données exploitée, à son initiative, par les médias sociaux et comme un internaute-consommateur bénéficiaire d'informations éclairant cette exploitation consentie. Les médias sociaux ne sont pas des médias publicitaires hors champ du Droit, ce sont bien des instruments de publicité commerciale. Et sans doute, hélas, plus grand-chose d'autre que des lieux de marchandisation des influences.

Il n'existe pas de « Réglementation des IOBSP », mais un empilement réglementaire de l'intermédiation bancaire. Son dessin général comme ses articulations sont décidément bien mal pensées. Ainsi, les Intermédiaires, IOBSP, Courtiers et Mandataires en crédit appliquent non pas une Réglementation, mais jonglent en permanence avec plusieurs strates réglementaires : droit commun, droit monétaire et financier, droit de la distribution bancaire, droit spécial à telle opération de banque, y compris pour la publicité. En cette matière, les obligations juridiques déjà présentes préviennent efficacement la question des pratiques éventuellement trompeuses, qui seraient réalisées à l'aide de médias sociaux.