



Contrôle des influenceurs aux frontières : petit tour d'horizon de quelques réglementations nationales

Alexandra Di Maggio

DANS **LÉGIPRESSE 2021/HS2 N° 66** , PAGES 64 À 80

ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 2681-6415

ISBN 9782999821668

DOI 10.3917/legip.hs66.0064

Date de mise en ligne : 16/09/2022

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-legipresse-2021-HS2-page-64?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Contrôle des influenceurs aux frontières : petit tour d'horizon de quelques réglementations nationales

Alexandra Di Maggio

Juriste, conseil en propriété industrielle (cabinet Novagraaf)

« Influence », « influencer », « influent », « influenceur », quatre mots en réseau qui tissent leur toile et nous entraînent vers de multiples questions. Nous ne pourrions pas toutes les soulever dans cet article qui n'a aucune prétention d'exhaustivité. Seules des bribes de ce vaste sujet seront ici évoquées. Nous ne ferons pas le tour du monde des réglementations relatives aux influenceurs.

L'influence, par ailleurs, n'est-elle pas souvent perçue comme néfaste *per se* ? Une personne sous influence n'est-elle pas considérée comme quelque peu diminuée, perdant son libre arbitre ? Pourtant l'influence attire aussi : beaucoup veulent en exercer pour « être influents », et, pardonnez le pléonasme utilisé intentionnellement, pour « influencer ». Qu'entend-on par influencer ? Avoir un impact, avoir le pouvoir ou la faculté d'agir sur quelque chose ou sur quelqu'un, dans un sens comme dans l'autre, avoir un poids dans la prise de décision d'un tiers, générer une réaction, un mouvement... L'influence serait alors presque l'antonyme de latence, d'immobilité.

Dans un monde réel ou virtuel, en perpétuel mouvement et connecté, l'émergence des influenceurs n'est-elle pas finalement un phénomène logique ? L'influence, les leaders d'opinion, les personnes d'influence, les gourous ou, comme nous le dirions aujourd'hui, les influenceurs, ont toujours existé. Voltaire aurait presque pu être un influenceur pour Frédéric II de Prusse. Sauf que les penseurs des Lumières du XVIII^e n'étaient pas sur les réseaux sociaux et ne visaient évidemment pas à avoir un impact sur la décision d'achat des consommateurs.

Les influenceurs, au sens actuel du terme, peuvent être définis comme des personnes donnant des avis, des conseils, et publiant des contenus en ligne. Ils ont un impact sur les réseaux sociaux auprès de la communauté qu'ils fédèrent dans tous types de

domaines. Ils sont ainsi susceptibles d'influer sur la décision d'achat des internautes, qui deviennent tous des consommateurs potentiels¹.

Le terme « consommateur » voit ainsi poindre son acolyte maintenant classique : sa « protection ». Si les marques s'associent aux influenceurs pour atteindre l'audience de ces derniers, considérée comme une cible marketing potentielle, le public doit être informé de cette association afin d'être conscient de l'influence que la marque peut exercer.

Le destinataire du « *post* » ou du message doit pouvoir discerner s'il s'agit d'un contenu éditorial ou d'une communication commerciale ou publicitaire, tant les influenceurs sont devenus un vecteur incontournable de publicité et de marketing aux quatre coins de la planète. Le problème de la qualification du *post* et la détermination de sa nature est commun à tous les pays. Y répondent-ils de façon similaire, en appliquant les règles de la publicité *offline* et *online* ? Existe-t-il certaines dispositions spécifiques pour le marketing d'influence ?

Cet article présentera quelques règles générales relatives à la réglementation de la publicité dans certains pays. Il sera question, de façon non exhaustive, de la seule relation entre les influenceurs et le public – les consommateurs.

Par ailleurs, même si les contenus postés, ou *posts*, sont par définition consultables depuis n'importe quel territoire, il ne sera pas question du droit applicable aux communications transfrontalières, qui repose essentiellement sur deux principes : soit les règles du pays d'origine du message ou de l'activité, soit celles du (ou des) pays qui les reçoivent. En effet, même si les influenceurs relèvent d'un phénomène évidemment global, hormis quelques célébrités planétaires comme Ronaldo, peu d'influenceurs ont un impact mondial car le phénomène est fondé essentiellement sur la proximité avec la communauté virtuelle et sur la spontanéité (réelle ou supposée). Dans ce cadre, le lien national, ou au moins linguistique, entre l'influenceur et sa communauté oblige les annonceurs à multiplier les coopérations en fonction des pays. Ainsi, les *posts* commerciaux ou publicitaires ont un impact géographique en pratique limité, souvent à un territoire.

Cela étant, nous rechercherons les points de convergence et de divergence entre les différentes réglementations. Nous tenterons de déterminer quels types de réponses, nationales, plurinationales ou internationales peuvent être apportées à la problématique générale de la qualification du *post* comme message commercial ou pratique publicitaire, ou à l'inverse comme contenu éditorial libre et spontané. Le premier déclenchant l'application des règles applicables à la publicité, qui pour l'essentiel doit être loyale et véridique, même si elle vise à déclencher une décision d'achat, tandis que le second restera l'apanage de la liberté d'expression et de création de son auteur.

Ces questions seront appréhendées en deux parties. La première, un peu plus abstraite et explicative (I) évoquera la question centrale de la qualification du message ou *post*, puis la typologie des acteurs et des règles applicables. La seconde, plus concrète (II), présentera des exemples de réponses à la question centrale de la qualification du message, puis traitera de la façon d'informer le public sur la nature publicitaire du message ou *post*.

¹ V. par ex., sur le rôle des influenceuses dans l'achat de produits contrefaisants, donc aussi sur le sujet des *Dupe Influencer*, le rapport de l'université de Portsmouth commandé par l'Office britannique de la propriété intellectuelle (UKIPO), « Social media influencers and counterfeit goods Executive Summary », gov.uk, 22 déc. 2021.

I - UN MÊME MODE DE RÉPONSE À DES QUESTIONS IDENTIQUES

A - Question centrale de la qualification du message

Il peut sembler aisé de déterminer si l'on se trouve face à de la publicité ou s'il s'agit de l'expression d'une opinion libre et spontanée sur un sujet sur un produit. Parfois, le problème ne se pose même pas : si l'influenceur offre un « code promo » sur son compte Instagram alors qu'il présente un produit, la pratique commerciale paraît claire et est généralement annoncée comme telle. Cependant, dans les faits, au regard de la façon de communiquer des influenceurs dont la particularité – recherchée à ce titre par les marques partenaires – est souvent la proximité avec sa communauté et la spontanéité (à tout le moins affichées), il est parfois difficile de trancher.

*Le destinataire du « post »
ou du message doit
pouvoir discerner s'il s'agit
d'un contenu éditorial ou
d'une communication
commerciale ou publicitaire,
tant les influenceurs
sont devenus un vecteur
incontournable de publicité
et de marketing.*

Or l'un des maîtres mots de la publicité est la transparence. Cette dernière peut donc être mise à mal si les influenceurs donnent une illusion de sincérité, et ne s'affichent pas comme faisant en définitive de la publicité alors qu'ils agissent à des fins promotionnelles et de façon non spontanée. Cette transparence et la nécessité d'identifier un contenu à caractère commercial, spécialement en ligne, est un mantra pour notre sujet. Elle est promue à la fois par les autorités administratives indépendantes intervenant dans le secteur – dont le chef de file est la Chambre de commerce internationale (ICC) – et par les textes

de loi applicables. On voit ainsi poindre l'un des points essentiels de notre sujet : dans tous les pays, la question de la nature du message de l'influenceur renvoie à la réglementation nationale de la publicité.

B - Typologie des règles applicables et des acteurs (réglementation souple, exemples nationaux de structures de type AAI, textes impératifs nationaux et européens)

La réglementation des messages publicitaires combine des règles dites « souples », des codes de bonne conduite dont l'application est assurée par des autorités administratives indépendantes (AAI) et des règles de droit classiques, qui relèvent le plus souvent de la concurrence déloyale et/ou du droit de la consommation ou encore de textes spéciaux.

1 - Règles « souples »

Les règles « souples » ont valeur de recommandation. Elles n'ont pas la portée contraignante des règles de droit classiques (lois et règlements). Cependant, les premières inspirent les secondes et influencent souvent les tribunaux amenés à se prononcer sur les litiges. Elles sont

également largement suivies par les professionnels du secteur de la publicité, plutôt enclins à l'autorégulation.

Même si certains dossiers ont défrayé la chronique comme, récemment, l'affaire *Nabilla Benattia-Vergara*, condamnée en France, pour des faits remontant à 2018, à 20 000 € d'amende pour pratiques commerciales trompeuses² pour ne pas avoir précisé sur Snapchat que la promotion d'un site boursier effectuée dans une « story » était rémunérée, les influenceurs professionnels sont de plus en plus vigilants. L'autorégulation fonctionne de mieux en mieux, y compris pour le marketing d'influence qui commence à s'organiser. Les atteintes proviennent le plus souvent (mais pas uniquement) d'influenceurs moins expérimentés ou avec un nombre d'adeptes (« followers ») moins élevé.

Un protagoniste essentiel de l'autorégulation dans le secteur de la publicité – et désormais dans le domaine des influenceurs et du marketing d'influence – est l'ICC. Depuis 1937, cette importante autorité édicte des règles majeures pour le secteur du marketing et de la communication. Celles-ci sont principalement insérées dans son « code de communications » (ci-après code ICC)³.

Les dispositions principales de ce code visent à :

- la promotion d'une publicité et de communications commerciales responsables ;
- la définition et le développement de bonnes pratiques ;
- la détermination de normes de conduite éthique (qui n'ont donc pas une portée normative équivalente à celle des textes de lois, mais qui peuvent les inspirer).

La dernière version de ce texte, qui date de 2018 (10^e révision), souligne la nécessité d'une meilleure identification des contenus commerciaux et celle d'un large champ d'application, étendu « aux autres acteurs de l'écosystème du marketing, y compris les influenceurs, les blogueurs, les vlogueurs, les réseaux d'affiliés, les sociétés d'analyse de données et de technologies publicitaires ainsi que ceux responsables de la préparation des algorithmes à des fins de communication et de marketing ».

Le code ICC met en avant, pour la publicité et les communications commerciales, les principes généraux de décence, de transparence, de loyauté et de véracité. Son article 7 est à ce titre un texte important. Il souligne la nécessité, d'une part, d'identifier le contenu commercial du message quel que soit son support et, d'autre part, d'indiquer la mention claire et obligatoire de la finalité commerciale de la communication :

Le code ICC met en avant, pour la publicité et les communications commerciales, les principes généraux de décence, de transparence, de loyauté et de véracité.

² V. le communiqué de presse de la DGCCRF du 28 juill. 2021.

³ ICC *publicité et marketing*. Code de communications (texte intégral sur le site iccwbo.org).

« Article 7 – Identification et transparence

Les communications commerciales doivent être **clairement identifiables en tant que telles**, quelle que soit leur forme et quel que soit le support utilisé. Lorsqu'une publicité, y compris une publicité dite "native", est diffusée dans un média comportant des informations ou du contenu rédactionnel, elle doit être présentée de telle sorte que son caractère publicitaire soit évident et, le cas échéant, être marquée comme telle.

La finalité commerciale de la communication doit être apparente et la communication ne doit pas occulter sa finalité commerciale réelle. Ainsi, une communication favorisant la vente d'un produit ne doit pas être indûment présentée comme, par exemple, une étude de marché, une enquête auprès des consommateurs, un contenu généré par un utilisateur, un blog privé, une publication privée sur les médias sociaux ou une critique indépendante. »

Ces règles sont parfaitement adaptées à la problématique des influenceurs, même si elles ne leur sont pas spécifiques.

Le code ICC est la principale source d'inspiration des nombreux codes de bonne conduite édictés par les structures nationales d'autorégulation de la publicité, du type ARPP en France ou Federal Trade Commission aux États-Unis (FTC).

Même si les textes applicables sont multiples, et malgré la valeur normative moins forte des textes d'autorégulation, une certaine unité de la réglementation souple régissant la publicité et partant l'activité des influenceurs doit être soulignée.

2 - Autorités d'autorégulation compétentes

Il existe, en matière de publicité, une multitude de structures, souvent des autorités administratives indépendantes (AAI), chargées de veiller à l'élaboration continue et à la bonne application des codes de bonne conduite. Certaines de ces autorités peuvent infliger des amendes, ou alors agir par voie de recommandation par courrier. Elles négocient aussi avec les parties, et transigent parfois avec ces dernières, en vue d'obtenir *a minima* la suppression des contenus litigieux. Le pouvoir et l'influence de ces autorités est variable selon les cas, mais ils ne doivent pas être négligés.

À titre d'exemple, nous citerons quelques structures d'autorégulation nationale.

En France, les autorités extrajudiciaires impliquées dans le domaine sont la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) et l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP).

La DGCCRF est une émanation du ministre de l'Économie chargée de veiller au respect du droit de la consommation, qui peut donc intervenir dans le cadre de cette mission auprès des influenceurs. Elle diligente des enquêtes, notamment à la suite de signalements en ligne effectués par des particuliers qui suspectent des publicités déguisées et, partant, des comportements trompeurs de la part d'influenceurs⁴.

L'ARPP (ancien BVP), association loi 1901 indépendante des pouvoirs publics, est l'organisme de régulation professionnelle de la publicité en France. Elle intervient en faveur d'une publicité transparente, loyale et véridique. Dans ce cadre, de nombreuses actions ont été

⁴ C'est d'ailleurs à la suite d'une enquête de la DGCCRF que dans l'affaire précitée, Nabilla Benattia-Vergara a été amenée à payer, avec l'accord du procureur de la République du tribunal de Paris, une amende transactionnelle pour des pratiques commerciales trompeuses.

conduites dans le domaine des influenceurs⁵. Citons ainsi la création du récent Certificat de l'influence Responsable, qui permet de sensibiliser les influenceurs aux recommandations déontologiques de l'ARPP. Ou encore les rapports de l'Observatoire de l'influence Responsable qui mettent en exergue les publicités déguisées dans les *posts* d'influenceurs, pour ensuite définir des plans d'action en vue de favoriser le respect des bonnes pratiques. Les *posts* suspects sont identifiés grâce à l'utilisation de deux plateformes spécialisées (Reech et Traackr). Elles permettent de détecter, *via* des algorithmes, donc par l'intermédiaire de l'intelligence artificielle, des *posts* éventuellement litigieux. Dans un second temps, l'intelligence humaine prend le relais pour vérifier et traiter, si nécessaire, les cas litigieux.

L'exemple de la France a été suivi par l'Inde, où l'Advertising Standards Council of India (ASCI), organisme indépendant et pendant de l'ARPP, est très actif dans le domaine. Ainsi, comme l'ARPP, l'ASCI a mis en place un système de surveillance automatique des publications avec la technologie française de la plateforme Reech en vue de détecter les *posts* litigieux. Lorsque le contenu est identifié comme une publicité potentielle, l'ASCI adresse une lettre à l'influenceur et à la marque (en réalité souvent l'annonceur), leur demandant de prouver que le *post* respecte les règles de l'ASCI et, le cas échéant, de corriger ce dernier. En cas de conflit, le dossier est transféré au Consumer Complaint Committee, et des amendes sont infligées. L'ASCI a également mis au point des *guidelines* à destination des influenceurs et des entreprises précisant les bonnes pratiques à suivre dans le domaine du marketing d'influence. Centrées essentiellement autour de la loyauté et de la transparence, elles sont similaires à celles existant dans la plupart des pays. Ceci s'explique par l'influence du code ICC, mentionné plus avant.

Un autre exemple parmi les nombreux pays ayant publié un guide des bonnes pratiques à destination des influenceurs est celui des États-Unis. Le guide américain est assez détaillé, et rédigé dans un style clair et accessible. Il a comme point central, là encore, la question de la caractérisation du message et la nécessité d'informer le public du lien entre l'influenceur et la marque des produits mis en avant dans le message. Le guide mentionne clairement la règle selon laquelle toute « connexion matérielle » (*material connection*) avec la marque doit être explicite. Cette *material connection* est définie assez largement comme une relation de tout type entre l'influenceur et une marque. La relation peut être personnelle, familiale ou professionnelle. Elle évoque une rémunération reçue de la part de la marque dont les produits sont évoqués dans le *post*, étant entendu que celle-ci peut être financière ou en nature (comme des produits gratuits ou moins chers)⁶.

Le guide a été mis au point par la puissante FTC qui peut adresser des courriers de mise en demeure dissuasifs et comminatoires (*warning letters*), et infliger des amendes. Créée en 1914, la FTC est une sorte d'autorité administrative indépendante et une agence fédérale des États-Unis. Elle veille principalement au respect du droit de la concurrence et de la consommation. De ce point de vue, elle se rapproche davantage de la DGCCRF que de l'ARPP. Elle peut également être saisie en ligne d'une atteinte potentielle aux droits précités. Il peut s'agir, par exemple, d'un *post* cachant une publicité déguisée, contraire au droit

⁵ V. l'intervention de M. Mansouri, *supra* p. 42.

⁶ Texte complet du guide à l'adresse www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/disclosures-101-social-media-influencers (en anglais).

de la consommation, voire anticoncurrentielle, donc aller de surcroît à l'encontre du droit de la concurrence, sacrosaint outre-Atlantique.

Ainsi, l'auteur ou les auteurs du *post* (l'influenceur et/ou la marque annonceur) peuvent subir les foudres de la FTC. À titre d'exemple, cette dernière a infligé, en mars 2020, une amende d'environ 15 millions de dollars à la société Teami (intervenant dans le domaine du

thé et des produits de soin pour la peau) pour ne pas s'être assurée que les influenceurs auxquels elle avait eu recours pour vanter ses produits indiquaient le caractère commercial du message de façon claire et accessible. En l'occurrence, l'information relative au partenariat commercial entre la marque et les influenceurs était seulement disponible après un clic sur le bouton « more », ce qui n'a pas été considéré comme suffisant.

Un cas similaire avait déjà été traité en 2016 par la FTC, impliquant cette fois la société Warner Bros. Home Entertainment. Il s'agissait d'une affaire de jeux vidéo sponsorisés, diffusés sur YouTube, dans laquelle il était apparu que la société avait demandé aux influenceurs de placer l'annonce du partenariat commercial sur la vidéo dans un endroit accessible uniquement par un clic supplémentaire (« Show More », « voir plus »). Ces publications ont été considérées comme non conformes. Les pratiques litigieuses ont rapidement disparu

après l'intervention de la FTC qui a transigé avec Warner Bros. Home Entertainment (les termes de la transaction ne sont pas publics).

La notion de *material connection* a été reprise en Italie, où les autorités extrajudiciaires intervenantes sont plutôt sévères vis-à-vis des influenceurs mais aussi des marques, qui sont souvent condamnées. Il s'agit de l'Istituto Autodisciplina Pubblicitaria (IAP), autorité similaire à l'ARPP, et la Commission de la concurrence et antitrust, se rapprochant de la FTC ou de la DGCCRF. Cette commission demande expressément aux marques de surveiller les publications de leurs influenceurs, de prévoir des clauses de résiliation, voire des pénalités dans les contrats les liant aux influenceurs en cas de non-respect des modalités de la coopération. Les autorités précitées ont des pouvoirs importants et une force d'influence notable.

Au Royaume-Uni, les autorités concernées sont le Committee of Advertising Practice (CAP), l'Advertising Standard Authority (ASA), compétente notamment pour le retrait des *posts* litigieux, et la Competition and Markets Authority (CMA).

Enfin, mentionnons l'*Ombudsman* (médiateur) en Finlande, très actif conformément à la pratique et aux institutions nordiques, et l'Autorité finlandaise pour la concurrence et la protection des consommateurs (KKV), qui renvoie aussi à l'*Ombudsman*.

La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique et la directive (UE) 2018/1808 dite « Services de médias audiovisuels » imposent à tous les influenceurs de faire apparaître le caractère commercial d'une communication.

⁷ Loi n° 2020-1266 du 19 oct. 2020 sur l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de 16 ans sur les plateformes en ligne, entrée en vigueur le 19 avr. 2021, Légipresse 2020. 691.

Les autorités administratives indépendantes ou associations professionnelles ont donc un rôle central dans l'élaboration, la promotion et l'application des normes éthiques et codes de bonne conduite. Les règles sont similaires dans la plupart des pays et plutôt harmonisées, notamment sous l'influence du code ICC. Néanmoins, il n'existe aucun texte normatif international du type convention sur le sujet. Les lois demeurent nationales, même si leurs dispositions convergent. Nous allons à présent évoquer ces textes impératifs, qui sont appliqués par les tribunaux en cas d'échec de l'autorégulation.

3 - Textes impératifs

Cette évocation sera plutôt brève : dans la plupart des pays, il n'existe pas de réglementation spécifique aux influenceurs. Ce sont le droit commun de la publicité et les dispositions applicables à la protection du consommateur et à la concurrence déloyale qui s'appliquent. Certains textes, à l'instar de la récente loi en France sur les enfants influenceurs⁷, prévoient l'application d'un arsenal législatif préexistant (en l'espèce les règles encadrant l'activité des enfants mannequins, prévues dans le code du travail) en le transposant notamment à l'« influence » via la mention des plateformes en ligne.

À noter, en ce qui concerne les plateformes et contenus en ligne au niveau de l'Union européenne, que la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (art. 6) et la directive (UE) 2018:1808, dite « Services de médias audiovisuels », imposent à tous les influenceurs – même si les textes ne sont, là encore, pas réservés à ces derniers – de faire apparaître, le cas échéant, le caractère commercial d'une communication ainsi que la société pour laquelle la communication commerciale est réalisée. Cette obligation d'information et de transparence est applicable dans chaque État membre de l'Union européenne et rappelle fortement l'article 7 du code ICC précité.

Ces directives seront adaptées et mises à jour à la suite de la proposition par la Commission européenne, en décembre 2020, de deux textes visant à mieux réglementer les pratiques commerciales numériques au sein de l'Union européenne : l'Acte sur les marchés numériques (*Digital Markets Act* ou DMA) et l'Acte sur les services numériques (*Digital Services Act* ou DSA). Selon le projet de texte préfigurant le futur DSA, les influenceurs, en tant que créateurs de contenu, devront endosser une plus grande responsabilité pour le contenu qu'ils publient en ligne.

Le DMA et le DSA complèteront le socle des règlements et des directives – pour la plupart totalement transposées dans tous les pays membres de l'Union européenne – applicables à l'activité des influenceurs, à savoir :

- la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;
- le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs ;
- le règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires.

Pour terminer ce petit tour des textes impératifs applicables, citons la loi allemande sur la concurrence déloyale (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* ou UWG), et, en France, les articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation relatifs aux pratiques commerciales déloyales, et l'article 20 de la loi n° 2004-575 pour la

confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN), texte qui rappelle encore une fois distinctement l'article 7 du Code ICC :

« 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.**

Le guide américain à destination des influenceurs mis au point par la FTC précise clairement qu'un like peut être une pratique commerciale et doit ainsi être mentionné ou labellisé comme tel, et respecter les règles de la publicité.

L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation » (art. 20 LCEN).

Pour les pratiques commerciales déloyales voir notamment L. 121-2-3° et L. 121-4-11° du code de la consommation « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ») et L. 121-4, 11°, du code de la consommation :

« Sont réputées trompeuses, au sens des articles L. 121-2 et L. 121-3, les pratiques commerciales qui ont pour objet :

[...]

11° 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 [...] »

Pour résumer cette première partie, nous pouvons retenir que nous rencontrons dans la plupart des pays et notamment dans ceux cités à titre d'exemple, un schéma identique quant aux normes applicables et aux autorités impliquées.

Sur tous les territoires, dès lors que les communications faites par les influenceurs sont de nature commerciale, elles doivent respecter les règles générales de la publicité *offline* et *online* et être identifiées comme telles. Il demeure cependant certaines différences d'appréciation liées aux sensibilités nationales, ce que nous allons voir dès à présent à travers quelques exemples.

II - EXEMPLES DE RÉPONSES NATIONALES À DES PROBLÈMES IDENTIQUES

A - Nécessité de qualification du message

Revenons d'abord sur la qualification du message ou *post* et sur la détermination de la nature des communications. Il s'agit une fois de plus, dans les affaires ci-après, de déterminer si l'on se trouve face à une communication spontanée ou, à l'inverse, face à une communi-

cation commerciale – qui, pour rappel, doit alors respecter les règles générales de la publicité et des pratiques commerciales loyales, tout comme des règles spécifiques à certains secteurs : c'est le cas, par exemple, de la publicité à destination des enfants ou pour des produits réglementés comme les boissons alcooliques.

1 - Quelques cas concrets auxquels ont été confrontés les AAI et les tribunaux

Dans la première affaire évoquée, ce sont précisément les règles finlandaises encadrant la publicité vis-à-vis des mineurs qui ont été considérées par le KKV et par l'*Ombudsman*. Ces deux autorités ont considéré, dans une décision de 2018, que la pratique d'un Instagrameur, qui était en lien avec le secteur de la chirurgie esthétique, dénommé sur Instagram *Silikonirinnat* (en français, « implants mammaires en silicone »), et qui consistait en des *likes* de photographies publiées par des mineurs sur leur compte Instagram et en des suivis de compte de mineurs, était illicite car ne respectant pas les règles de la publicité à destination des mineurs, laquelle ne peut se rapporter à des services de chirurgie esthétique. Le fait de suivre un compte Instagram et de *liker* des photos a été considéré comme une pratique commerciale. À ce sujet, le guide américain à destination des influenceurs mis au point par la FTC précise clairement qu'un *like* peut être une pratique commerciale et doit ainsi être mentionné ou labellisé comme tel, et respecter les règles de la publicité.

Une autre affaire a été traitée par les mêmes autorités administratives en Finlande, liée cette fois plus directement à l'identification des contenus commerciaux dans une vidéo et dans une chanson. L'artiste finlandais Arttu Wiskari avait diffusé une chanson sur YouTube évoquant les produits Gyproc de Saint-Gobain. Cette vidéo a été considérée comme une publicité. Le public aurait dû être informé du caractère promotionnel du message dès lors que la chanson a été diffusée sur YouTube (la solution aurait été certainement différente si la vidéo de la chanson avait été diffusée seulement sur le compte Instagram de Saint-Gobain).

À la réflexion, il pouvait sembler suspect pour un artiste ou pour un influenceur de chanter sur des produits de la marque Saint-Gobain. Cette question pourrait mener à une sorte de « présomption de commercialité » des messages émanant d'influenceurs qui risquent alors de voir leur liberté d'expression limitée de par leur qualité, pour ne pas dire profession, d'influenceurs.

Nous en arrivons à la question suivante : un influenceur qui boit un café ou qui raconte l'histoire d'une brasserie diffuse-t-il des messages promotionnels ou personnels ? Ce problème s'est précisément posé en Russie où l'on a découvert de nombreux influenceurs diffuser des messages sur des régions où de l'alcool est distillé ou montrant des distilleries. Des *posts* mettaient aussi en avant le cadre idyllique des vendanges, tandis que d'autres exposaient la valeur historique et culturelle de bâtiments qui abritaient des brasseries ou des caves. Ces messages ont rapidement été qualifiés de publicités. Ils ont été retirés et interdits, la publicité pour l'alcool étant prohibée en Russie. Les pratiques en cause ont été considérées comme des publicités déguisées. Même si la Russie présente (pour l'instant) une particularité notable, à savoir l'absence d'exigence de labellisation d'un *post* ou d'une mention indiquant clairement une pratique commerciale, cela ne signifie pas pour autant que les publicités – déguisées ou présentées comme telles – sont exemptes de règles lorsqu'elles sont faites par des influenceurs, bien au contraire.

En Allemagne, la question de la qualification du message des influenceurs a fait couler beaucoup d'encre et a été source de grandes divergences jurisprudentielles, de sorte que le Bundesgerichtshof (BGH, Cour de cassation allemande) et le législateur sont intervenus.

Certaines décisions de justice ont estimé qu'à partir du moment où le *post* est réalisé par un influenceur, il s'agit d'une publicité. Il n'y a pas besoin de l'identifier comme telle, donc pas de nécessité pour l'influenceur ou les marques d'indiquer la nature commerciale de la publication. Selon cette tendance jurisprudentielle, la « présomption de commercialité » s'applique dès qu'un influenceur s'exprime sur les réseaux. D'autres décisions vont à l'encontre de cette démarche et refusent de considérer que tous les *posts* d'influenceurs sont par nature des publicités. Elles exigent que ceux-ci soient qualifiés au cas par cas et relèvent qu'en tout état de cause, chaque *post* doit faire apparaître clairement sa nature commerciale, le cas échéant. Ainsi la Cour de Berlin, dans une décision du 8 janvier 2019, affaire où l'influenceur avait prouvé l'absence de relation commerciale avec la société en cause, a conclu à l'absence de règle générale suivant laquelle les contenus postés par un influenceur sont commerciaux par nature.

La réponse à la question de savoir comment informer le public de la nature promotionnelle du message est uniforme dans tous les pays concernés : cette information doit être claire, facilement accessible, non équivoque, lisible et visible.

2 - La problématique des Tap Tags

La Cour de Karlsruhe a eu une approche quelque peu différente dans son arrêt du 9 septembre 2019, dans une affaire certes assez particulière ayant trait à des *posts* contenant des *Tap Tags* (images diffusées sur Instagram avec des hyperliens permettant d'accéder au compte Instagram de la marque offrant les produits évoqués par l'influenceur). Cette pratique a été jugée comme commerciale en tant que telle dès lors qu'elle renvoie à une tierce personne (donc par exemple à une personne morale comme une société détenant des marques qu'elle souhaite promouvoir). Les *Tap Tags* ont donc été qualifiés comme des publicités, même si l'influenceur n'avait pas été rémunéré pour son *post*. La cour n'a pas cherché à savoir si le *post* était spontané. Il aurait dû être labellisé

comme publicité par son auteur. La Cour de Munich, le 25 juin 2020, a fait droit à la position de l'influenceur, qui n'était pas lié à la marque, et retenu qu'il n'y a pas de règle générale selon laquelle les liens vers des produits publiés par un influenceur sont automatiquement des pratiques commerciales.

Dans ce contexte d'insécurité juridique, et alors qu'une loi, entrée en vigueur le 28 mai 2022, a modifié l'UWG, le BGH a rendu le 9 septembre 2021 trois arrêts sur le sujet qui ont permis de clarifier certains points, même s'ils laissent aussi subsister certaines zones d'ombre⁸.

⁸ Communiqué de presse officiel sur les décisions, disponible seulement en allemand : « Bundesgerichtshof zur Pflicht von Influencerinnen, ihre Instagram-Beiträge als Werbung zu kennzeichnen », bundesgerichtshof.de, 9 sept. 2021.

Deux règles se dégagent de ces trois décisions rendues à nouveau au sujet de *posts* sur Instagram contenant des *Tap Tags* :

- (i) Si l'influenceur est rémunéré de quelque façon que ce soit, il faut labelliser le *post* (indiquer sa nature commerciale) ;
- (ii) Si l'influenceur n'est pas rémunéré, la nécessité de labellisation dépend du *post*. Si celui-ci a un caractère « excessivement promotionnel », la labellisation est requise. Il sera en pratique difficile de déterminer le caractère « excessivement promotionnel » du message. Par exemple, ce sera le cas si le lien renvoie vers le site internet de la marque, mais ne le sera pas si le lien redirige l'internaute vers le compte Instagram de la marque. Or techniquement le *Tap tag* semble ne pouvoir renvoyer, quand le *post* est publié sur Instagram, qu'à des comptes de ce même réseau.

Quoi qu'il en soit, ces décisions affirment clairement que le seul fait qu'un influenceur publie un *post* est insuffisant pour définir automatiquement qu'il s'agit d'une publicité. Il peut donc y avoir des *posts* spontanés, même pour les influenceurs, sauf si bien entendu ils sont rémunérés pour publier du contenu, auquel cas le *post* est une communication commerciale.

Sur la question des *Tap Tags* (et peut être, en fonction de la portée qui sera donnée à ces arrêts, plus largement s'agissant de tout *post* non rémunéré), en l'absence de rémunération, leur seule présence (ou, en cas d'interprétation large, en cas de renvoi vers le site d'une tierce personne et/ou à des produits) est insuffisante à elle seule pour déterminer qu'il s'agit d'une publicité. Tout dépendra des circonstances.

En pratique, de plus en plus de *posts* précisent, afin de limiter les risques, qu'il ne s'agit pas de contenu sponsorisé, ou mentionnent l'absence de lien avec une quelconque entreprise. Cela s'observe beaucoup, notamment en Italie. Cette pratique n'est donc pas limitée aux cas allemands que nous venons d'évoquer. Néanmoins, cette précision sera particulièrement recommandée en Allemagne. En effet, la nouvelle loi entrée en vigueur le 22 mai, inspirée par le règlement (EU 2019/2161 sur la protection du consommateur, qui va modifier l'UWG, notamment sur la question de la mention de la rémunération reçue en contrepartie de la diffusion de contenus en ligne. Il sera ainsi mentionné au point 5, paragraphe 4, de la loi que la rémunération est présumée. Le *post* d'un influenceur (avec ou sans *Tap Tag*) est ainsi frappé d'une présomption simple de nature commerciale, à moins qu'il précise qu'il n'a pas été rémunéré. Il devra ainsi se conformer aux règles encadrant la publicité et les pratiques commerciales loyales.

Si ce point est clair, le texte allemand laisse entière la question de la clarté et de l'accessibilité du message précisant la rémunération ou son absence. Or ce point de l'information quant à la nature publicitaire du message, dernière sous-partie de cette étude, est aussi l'un des plus cruciaux.

B - Information quant à la nature publicitaire du message (comment informer le public du partenariat commercial)

La réponse à la question de savoir comment informer le public de la nature promotionnelle du message est uniforme dans tous les pays concernés : cette information doit être claire, facilement accessible, non équivoque, lisible et visible.

1 - Le cas particulier des vidéos

Cependant, dans les faits, cela peut être délicat à réaliser et à apprécier, en particulier pour les vidéos. Pour celles-ci, il est recommandé de faire apparaître la mention du partenariat au début et à la fin de la publication. Il convient aussi de laisser la mention pendant une durée suffisante afin qu'elle puisse être lue. Il n'est pas fixé de seuil précis, mais il est probable qu'une durée inférieure à 15-20 secondes sera jugée trop courte.

Le guide américain des bonnes pratiques à destination des influenceurs recommande que la mention du caractère publicitaire du message soit faite de façon audio et visuelle car certaines personnes peuvent visionner une vidéo sans le son, tandis que d'autres ne prêtent pas attention aux mentions écrites. Le même guide recommande une apparition périodique de la mention indiquant le caractère publicitaire du message dans les *live stream* afin qu'elle puisse être vue régulièrement, et lors de chaque extrait pour les personnes qui ne visionneraient pas les contenus en une seule fois.

Rappelons également qu'aux États-Unis⁹ (et partout ailleurs), le public ne doit pas avoir à effectuer un clic supplémentaire pour voir apparaître la mention du caractère publicitaire du message ou du partenariat commercial. Elle doit être accessible directement et en même temps que le contenu. La mention qui serait insérée uniquement dans le profil de l'influenceur, ou après un clic sur « More »/ « Show More », sera jugée insuffisante.

Bon nombre de réseaux proposent des fonctionnalités permettant d'indiquer, lors de la publication de contenus, qu'il s'agit de contenus sponsorisés. Instagram, par exemple, offre la possibilité d'indiquer, lors de la publication de contenus, que les messages sont des partenariats commerciaux, en cochant la case « En partenariat payant avec ».

De même, YouTube dispose d'une option qui peut être activée lors de la mise en ligne de vidéos, en cochant la case « Ma vidéo contient une communication commerciale telle qu'un placement de produit, un parrainage ou un autre type de promotion ». Lorsque cette case est cochée, la vidéo est automatiquement supprimée de la plateforme YouTube Kids afin de respecter les dispositions interdisant de faire du placement de produit dans un contenu destiné aux enfants. Par ailleurs, le fait de préciser que la communication est commerciale permet d'éviter, pendant sa diffusion, la publicité d'un concurrent de la marque promue.

Attention cependant, car les mentions proposées par les réseaux sociaux ne sont pas automatiquement considérées comme suffisantes pour informer le public de la visée commerciale du contenu. Ceci est d'ailleurs expressément indiqué dans le guide à destination des influenceurs américains qui recommande à ces derniers d'ajouter leur propre information.

En ce qui concerne les vidéos, à tout le moins en France, une possible source d'inspiration est la loi du 30 septembre 1986, qui traite notamment du placement de produit en matière télévisuelle. La question de la durée de l'apparition du message informant du placement y est notamment clairement évoquée. Ainsi, l'article 14-1, 4°, de la loi précise que les téléspectateurs doivent être clairement informés de l'existence d'un placement de produit. À cette fin, il est mentionné que les programmes comportant un placement de produit sont identifiés

⁹ V. les affaires *Warner Bros. Home Entertainment* et *Teami*, préc.

par un pictogramme dont la forme et les caractéristiques techniques sont arrêtées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

Il est également précisé dans les délibérations du CSA – aujourd'hui ARCOM – sur ce sujet¹⁰, que le pictogramme doit apparaître pendant une minute, au début du programme, après chaque interruption publicitaire et, à la fin du programme, pendant toute la durée du générique. Lors de la diffusion d'une vidéomusique, le pictogramme doit apparaître pendant toute la durée de diffusion de celle-ci. Il est également prévu que les services de télévision doivent informer régulièrement les téléspectateurs de la signification du pictogramme mis au point par le CSA.

Le pictogramme en question est :



En ce qui concerne les messages d'influenceurs en revanche, aucun pictogramme spécifique n'est imposé tant que le message est clair, non équivoque, et accessible.

Le message peut être une phrase telle : « ce message est un partenariat commercial avec publication de contenu sponsorisé, communication en collaboration commerciale avec XXX, merci à XXX pour avoir sponsorisé ce message et offert des produits XXX », ou la seule mention du terme « publicité », précédé éventuellement d'un hashtag.

2 - La question de la langue utilisée

Une question essentielle est celle de la langue dans laquelle la mention du caractère publicitaire ou du partenariat commercial doit être faite. Le guide américain pour les influenceurs indique que la communication doit être faite dans la langue du *post*. Pas de difficulté, donc, à employer *#ad* ou *#advertising*, *#sponsored by* pour les *posts* en anglais, dans les pays anglophones. D'autres pays comme l'Italie et l'Allemagne ont également considéré ces mentions comme suffisantes, même si elles sont en anglais. Cela n'est pas le cas en France, où la mention doit être rédigée en français.

Il convient de se méfier des abréviations, même si certaines mentions comme « pub » ou « ad » peuvent être considérées comme valables. Ainsi, même dans les pays anglophones, ou ceux acceptant la caractérisation du message publicitaire en anglais, les mentions « *sp* », « *spn* » et « *collab* » sont jugées insuffisantes car équivoques.

Les termes « merci », « *thanks* », « ambassadeur » ou « *ambassador* » sont généralement insuffisants lorsqu'ils apparaissent seuls, alors qu'ils peuvent être acceptés en association avec d'autres éléments, selon la plateforme sur laquelle le message est diffusé. Ainsi, sur les plateformes où les messages sont courts et où l'espace disponible est restreint, comme Twitter par exemple, les mentions « XXX Partner/Partenaire XXX, *Ambassador* XXX/Ambassadeur de XXX » sont acceptées pour informer de la collaboration commerciale.

¹⁰ V. la délib. n° 2010-4 du 16 févr. 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision.

Nous constatons donc que même si les termes acceptés pour caractériser la nature commerciale du message sont différents selon les pays (à cause, en particulier, du problème de la langue), il existe des convergences dans les critères retenus. Le message révélant le caractère commercial du contenu diffusé en ligne doit être explicite et facilement accessible. Seule la Russie ne requiert – pas encore – la labellisation du *post*.

CONCLUSION

Pour conclure, on peut se demander s'il existe, finalement, un réel problème de frontières. Les règles de droit et codes de bonne conduite sont finalement relativement harmonisés, même si certaines questions ont plus d'acuité dans certains pays. Il apparaît que les problèmes rencontrés avec les messages d'influenceurs sont identiques dans tous les pays et que les réponses apportées par les textes et les décisions sont homogènes.

Une intervention des législateurs nationaux n'est pas forcément nécessaire, sauf à transposer certaines dispositions législatives spécifiques à d'autres secteurs, aux influenceurs et aux contenus publiés en ligne (on pense notamment à la loi précitée du 19 octobre 2020 sur les « enfants influenceurs »).

Nous ne sommes pas face à un vide juridique, loin de là, même si les techniques de communication et de publicité se sont considérablement modifiées ces vingt dernières années. Si pour certains des ajustements sont souhaitables, nul besoin d'inflation législative et de multiplication des textes normatifs...