

DE L'ART D'INFLUENCER DANS LES RÈGLES

PAR FABRICE PERBOST* ET DOMITILLE PHILIPPE**

L'influence est la reine du monde écrivait Alexandre Vinet¹, et les entreprises l'ont semblé-t-il désormais bien compris puisque deux tiers d'entre elles souhaitent orienter en priorité leur stratégie de communication vers ceux que l'on dénomme les « *influenceurs* »².

Dans le domaine de la communication publicitaire, l'influenceur est souvent un auteur de blog, un YouTubeur, un expert ou une personnalité publique présente sur les réseaux sociaux. Il s'agit d'un individu exprimant un point de vue ou donnant des conseils, dans un domaine spécifique et selon un style ou un traitement qui lui sont propres et que son audience identifie. Il peut agir dans un cadre purement éditorial ou en collaboration avec une entreprise comme relais de communication³.

Les influenceurs sont devenus les alliés des marques. De par leur statut de leader d'opinion, ils sont susceptibles d'influencer un grand nombre d'individus et participent ainsi aux nouvelles formes d'actions publicitaires. Récemment, les procédures engagées à l'encontre des sociétés Warner Bros.⁴ et Oreo⁵ démontrent

que les juridictions et les organes d'auto-régulation du secteur de la publicité commencent à se saisir du phénomène afin de veiller à ce que ce marketing à la recommandation respecte les règles juridiques actuelles de transparence et de loyauté.

Les bonnes manières de pratiquer l'influence nécessitent d'identifier préalablement s'il existe une forme de publicité (I), de s'interroger sur le régime applicable avant de s'engager avec un influenceur (II) et de veiller au respect des règles en matière de traitement des données personnelles des influenceurs (III).

I - La nature du discours de l'influenceur

En tant que vecteur de communication, l'influenceur est appelé à s'exprimer au nom de la marque ou promouvoir ses produits et services. En contrepartie, une rétribution lui est versée pour le contenu qu'il produit. Dès lors que son discours remplit les critères de qualifi-

* Fabrice Perbost est avocat associé au cabinet Harlay Avocats.

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

1 - Alexandre Vinet in *L'indifférentisme religieux* (29 septembre 1833).

2 - Baromètre des projets 2017 des décideurs marketing, Adetem-Nomination http://s.info.adetem.fr/4418/www/Infographie_adetem_nomination.jpg.

3 - Autorité de régulation professionnelle de la publicité, Grille consacrée à la communication des influenceurs in *Communication publicitaire digitale v4*, 3 avril 2017.

4 - Le 17 novembre 2016, la *Federal Trade Commission* aux États-Unis a reconnu la société Warner Bros. Homes Entertainment Inc. coupable de pratique commerciale

trompeuse pour ne pas avoir informé le public que des influenceurs avaient été rémunérés pour poster sur les réseaux sociaux des vidéos sponsorisées pour promouvoir des jeux vidéo et a ordonné une injonction de se conformer aux obligations de transparence (obligation de veiller à ce que les influenceurs informent le public du contenu sponsorisé) et fixe les règles à suivre lors de campagnes publicitaires impliquant des influenceurs. Warner Bros. Homes Entertainment Inc v. United States of America, no. C-4595.

5 - L'*Advertising Standards Authority*, autorité de régulation professionnelle anglaise, a sanctionné d'un *ban*, en avril 2014, la campagne publicitaire menée par la maison mère Mondelez Uk Ltd visant à promouvoir les produits Oreo grâce à des contenus sponsorisés diffusés par des célébrités anglaises faute d'avoir informé le public de la nature commerciale des contenus diffusés.

cation de la publicité (A), il convient d'en tirer les conséquences juridiques (B).

A - Les critères d'appréciation de la publicité

En raison de sa nature protéiforme, le législateur n'a pas défini la notion de publicité. Toutefois, par le biais de deux circulaires, du 28 octobre 1993⁶ et du 19 septembre 1994⁷, d'application de la loi n° 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, le gouvernement a délimité la notion de publicité. La publicité y est définie comme une opération volontaire qui a un but de promotion et qui va au-delà de l'information.

En avril 2017, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) a apporté sa pierre à l'édifice en consacrant une grille de lecture aux influenceurs au sein de sa Recommandation Communication Publicitaire. Elle relève que l'influenceur peut être invité à collaborer avec une marque suivant diverses modalités et qu'une collaboration entre un influenceur et un annonceur sera qualifiée de publicitaire lorsque trois critères cumulatifs sont réunis. En premier lieu, la collaboration se caractérise par des engagements réciproques en ce sens que le contenu réalisé fait l'objet d'un paiement ou de toute autre contrepartie ou avantage en nature. En second lieu, l'annonceur ou ses représentants exercent un contrôle éditorial prépondérant (en imposant notamment un discours, un scénario, un sujet précis) et valident ou se réservent le droit de modifier le contenu avant publication. Enfin, le discours de l'influenceur vise à la promotion du produit ou du service.

Ainsi, dès lors qu'il est fait appel à un influenceur pour promouvoir, contre rémunération, un produit ou un service par le biais d'un écrit ou d'un enregistrement vidéo diffusé sur les réseaux sociaux ou une page internet, une publicité sera caractérisée.

6 - Circulaire du 28 octobre 1993 relative aux modalités d'application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 à la publicité financière dans la presse écrite (NOR : ECOZ9300017C).

7 - Circulaire du 19 septembre 1994 relative à la transparence et à la non-discrimination dans la publicité (JORF n° 227 du 30 septembre 1994 page 13827).

B - Les conséquences de la qualification du discours publicitaire

Lorsque la prise de parole de l'influenceur peut être qualifiée de publicitaire, les règles de transparence et de loyauté s'imposent.

Conformément à l'article 20 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, la publicité doit être clairement identifiée comme telle et doit rendre identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée. Ces dispositions, édictées dans un but de transparence ont pour objet de protéger le consommateur et de renforcer la confiance en lui permettant de différencier l'avis de l'influenceur d'un discours promotionnel pour le compte de l'annonceur.

L'ARPP recommande également à l'influenceur de porter explicitement et instantanément à la connaissance du public l'existence d'une collaboration commerciale avec la marque.

Les modalités de communication sont laissées à l'appréciation de l'influenceur, pour autant qu'apparaisse, de manière claire et accessible à tous, le caractère promotionnel et commercial. On devrait donc désormais voir fleurir sur les réseaux sociaux et blogs d'influence les mentions de type « publicité » et « en partenariat avec », « contenu sponsorisé par » pour mieux informer le consommateur et assurer la loyauté du message publicitaire. L'information sur la collaboration commerciale devra être immédiatement accessible au destinataire du message, à l'instar des règles applicables dans l'audiovisuel où le logo « P » apparaît à l'écran lors de la diffusion d'un programme pour signifier au téléspectateur que l'émission diffusée a recours au placement de produits moyennant paiement ou autre contrepartie⁸.

Rappelons que le non-respect des prescriptions légales est susceptible de caractériser une pratique commerciale trompeuse, au sens des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la consommation, engageant la responsabilité de l'annonceur dès lors que la communication altère ou est susceptible d'altérer le comportement du consommateur. L'infraction est passible d'une amende d'un montant minimum de 300 000 euros pouvant être porté à 10% du chiffre d'affaires moyen annuel ou 50% des

8 - Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision (JO du 5 mars 2010), modifiée par la délibération n° 2012-35 du 24 juillet 2012 (JO du 7 août 2012).

dépenses engagées pour la réalisation de la publicité illicite.

II - Contractualiser avec un influenceur : quel régime applicable ?

Dans les cas simples, la relation entre l'annonceur et l'influenceur ne fait pas intervenir d'intermédiaire. L'annonceur contracte directement avec l'influenceur, souvent sous la forme d'un contrat d'exclusivité, pour des prestations de publicité. Les parties sont libres de déterminer leurs obligations respectives. Lorsque l'influenceur est représenté par un agent, la relation ne pose pas davantage de difficulté. Toutefois, il n'est pas rare qu'une marque confie, pour partie, sa stratégie marketing à une agence de publicité. Cette dernière peut être chargée de prestations de media planning, d'achat d'espaces publicitaires et/ou d'intermédiation avec les influenceurs. Dans le dernier cas de figure, il y a lieu de s'interroger si les dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 régissant l'intermédiation en matière d'achat d'espace publicitaire trouvent à s'appliquer et notamment si le régime légal du mandat prévu à l'article 20 s'impose⁹.

Dans la mesure où la loi règlemente les pratiques d'intermédiation pour l'achat d'espace publicitaire, quel qu'en soit le support, la question s'est posée de savoir si l'espace d'expression d'un influenceur constitue un support visé par la loi (A), et ainsi, si la mise en relation entre un annonceur et influenceur, assurée par une agence, nécessite la conclusion d'un contrat de mandat (B).

A - L'influenceur peut-il être un support de diffusion ?

La loi est silencieuse sur ce qu'il faut entendre par « *espace publicitaire* ». Les débats parlementaires font ressortir que la loi, pour lutter contre l'opacité des prix sur le marché de la publicité, a souhaité encadrer les opérations d'achat et de vente d'espaces publicitaires dans les « médias » et a limité le « hors média » à la diffusion d'imprimés publicitaires. Au sens de la circulaire du 19 septembre 1994, l'espace publicitaire est entendu comme un support de

diffusion de publicité destiné à tout public qui peut évoluer avec les techniques, dont notamment le multimédia ou les médias électroniques. Le législateur est par la suite intervenu pour préciser la neutralité technologique associée au médium, désormais l'espace publicitaire repose sur « *quelque support que ce soit* » pour y inclure expressément la publicité digitale¹⁰. Notons enfin que la récente promulgation du décret d'application, relatif aux prestations de publicité digitale, a permis d'enrichir la loi de 1993 d'une définition concernant les prestations de publicité digitale entendues comme « *celles ayant pour objet la diffusion de messages sur tous supports connectés à internet, tels qu'ordinateurs, tablettes, téléphones mobiles, téléviseurs et panneaux numériques* »¹¹.

Il nous semble donc que le support doit être pris dans son sens usuel, c'est-à-dire comme un élément destiné à servir d'appui ou à recevoir un objet pour en permettre la diffusion et la représentation au public. Il s'agit d'un contenant destiné à la diffusion du message qui se distingue donc du contenu constitué du message publicitaire en lui-même. Ainsi, un réseau social ou un blog constitue un support utile pour y insérer de la publicité dans les espaces dédiés (encart et espace des bannières publicitaires) définis selon les contraintes techniques des sites internet. En revanche, le compte que détient un abonné à un réseau social ou à un service d'hébergement de blog n'est pas un contenant technique, mais l'espace d'expression de cet abonné où s'exprime sa liberté d'opinion. Son compte sert donc à créer le message publicitaire et le réseau qui le diffuse ne constitue qu'un support accessoire.

Toutefois, le caractère principal ou accessoire de la fonction de support associée au compte d'un influenceur peut être difficile à distinguer suivant le niveau de contrôle opéré par l'annonceur. En effet, si l'annonceur rédige lui-même le message publicitaire à relayer et adresse des consignes strictes de publication à l'influenceur, ce dernier n'a plus aucune indépendance éditoriale. Dans ces circonstances, le compte de l'influenceur pourrait être qualifié de support destiné à diffuser un message publicitaire au sens de la loi n° 92-122 du 29 janvier 1993. À l'inverse, si l'influenceur dispose d'une

9 - Pour un rappel des dispositions encadrant l'intermédiation pour l'achat d'espace publicitaire, voir notre précédente chronique *La qualification des prestations de publicité digitale : ce que le décret ne dit pas*, par Fabrice Perbost et Domitille Philippe in *Revue de jurisprudence commerciale* - Mai / Juin 2017 - Numéro 3.

10 - Article 131 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ayant modifié les articles 20 et 23 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

11 - Décret n° 2017-159 du 9 février 2017 relatif aux prestations de publicité digitale (NOR: ECFI1600668D).

liberté de ton et quand bien même l'annonceur a un droit de regard sur le contenu avant diffusion, l'influenceur fournit une prestation de services de publicité qui se situe hors du cadre du mandat obligatoire.

La présence d'un intermédiaire entre l'annonceur et l'influenceur, agissant pour le compte de l'annonceur, peut avoir des répercussions sur le régime applicable à cette intermédiation.

B - Mise en relation et nécessité de conclure un contrat de mandat

Dans une acception stricte, si l'influenceur fournit principalement une prestation de services de publicité en mettant à disposition son espace d'expression pour parler au nom de la marque ou promouvoir celle-ci, la présence d'un intermédiaire au côté de l'agence ne conditionne pas l'applicabilité du régime du mandat obligatoire. En effet, la prestation de publicité n'est pas assimilable à de l'achat d'espace publicitaire de sorte que l'intermédiation a pour objet une prestation de publicité et non l'achat d'espace. Le régime du mandat obligatoire ne trouve dès lors pas à s'appliquer aux prestations publicitaires. Cependant, si l'intermédiation se double d'une activité traditionnelle d'achat d'espace pour le compte de l'annonceur, les obligations fixées par les articles 20 (mention dans le contrat des prestations hors mandat) et 21 (interdiction de percevoir une rémunération autrement que par l'annonceur) s'appliquent.

Selon une acception large, le vecteur de communication que constitue le compte d'un influenceur est un média électronique, au sens de la circulaire de 1994, et pourrait donc être qualifié de support quel que soit le degré de liberté d'expression laissé à l'influenceur. Dans ces conditions, lorsque l'annonceur associe les compétences d'une agence pour identifier l'influenceur pertinent, le respect des principes du mandat obligatoire et des règles de transparence fixées à l'article 20 de la loi n° 92-122 trouveraient donc à s'appliquer. À titre de comparaison, il convient de noter que c'est l'analyse suivie par le syndicat national de la publicité télévisée (SNPT), en matière de placement de produit dans les programmes télédiffusés. Dans le domaine audiovisuel, la loi exige la conclusion d'un contrat tripartite définissant les relations économiques entre les parties prenantes, à savoir l'annonceur, le producteur du programme et l'éditeur du service de télévision. Lorsqu'une agence mandataire est associée à la négociation et à la conclusion du contrat tripartite, le syndicat recommande d'encadrer la

relation avec l'intermédiaire suivant le régime du mandat obligatoire¹².

Reste que la loi de 1993 régissant les prestations de publicité est un texte pénal qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Y faire rentrer les nouvelles pratiques marketing, au motif que cela ressort de l'esprit de la loi, méconnaîtrait le principe de légalité des délits et des peines.

Enfin, outre les pratiques propres au droit de la publicité et de la communication, trouver le bon influenceur nécessite au préalable d'identifier la personne physique compétente. Ces recherches devraient être engagées dans le respect des règles applicables en matière de protection des données personnelles des influenceurs.

III - Le respect des règles en matière de protection et de traitement des données personnelles des influenceurs

Pour les professionnels, trouver le bon influenceur requiert soit de parcourir les réseaux sociaux en quête de l'individu qualifié d'influenceur, soit de recourir au service de prestataires dotés de base de données d'influenceurs.

Les informations, telles que nom, prénom, pseudo, courrier électronique, photographies ou vidéos ou tout autre écrit personnel, qu'un internaute – potentiel influenceur ou non – rend accessibles en ligne constituent des données à caractère personnel dès lors qu'elles permettent, directement ou indirectement, de l'identifier. Lorsque tout ou partie de ces informations sont agrégées, indexées, organisées dans un fichier ou une base de données, il y a traitement de données à caractère personnel¹³. L'annonceur sera reconnu comme le responsable de ce traitement y compris lorsque celui-ci mandate une agence pour effectuer ces recherches pour son propre compte¹⁴.

De même, le fait d'accéder et de consulter une base de données d'influenceurs mise à disposition par une agence constitue un traitement de données personnelles des influenceurs listés

12 - Communiqué de presse du SNP du 10 mars 2010, <<https://www.snptv.org/wp-content/uploads/2010/03/actua-lites-1096-484.pdf>>.

13 - Article 2 alinéa 2 de la loi informatique et libertés.

14 - Article 3, I de la loi informatique et libertés.

distinct du traitement effectué par le producteur de la base de données¹⁵.

Ces traitements sont régis par les dispositions de loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (la « loi informatique et libertés »), lorsque l'annonceur est établi en France. À compter du 25 mai 2018, ils devront également se conformer aux prescriptions du règlement général sur la protection des données¹⁶.

Pour se conformer aux règles de protection des données personnelles, le responsable de traitement devra veiller à prendre les mesures nécessaires pour informer l'influenceur¹⁷ et obtenir son consentement au traitement de ses données personnelles ou, à tout le moins, veiller à traiter les données dans le respect de la finalité initiale du traitement réalisé par le réseau social ou le prestataire d'hébergement pour se prévaloir d'une exception au consentement¹⁸. Il convient également de définir une durée de conservation des données personnelles de l'influenceur proportionnée aux nécessités de la campagne publicitaire envisagée avec celui-ci¹⁹. De plus, des mesures techniques et organisationnelles de sécurité devront être mises en œuvre pour veiller à la confidentialité des données et empêcher que des tiers puissent y avoir accès²⁰. Chaque influenceur devra également pouvoir faire valoir ses droits d'accès, de rectification, d'opposition et de suppression des données le concernant enregistrées par l'annonceur ou l'agence²¹. En outre, la gestion de la relation avec l'influenceur ne devra pas être dictée exclusivement par les résultats de performance établis par des algorithmes de mesure d'audience, car l'influenceur est en droit de s'opposer à ce qu'une décision produisant des effets juridiques à son égard (telle qu'une décision d'exclusion) puisse être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé²².

Dans certains cas, une analyse des risques²³ que le traitement peut faire peser sur les libertés et la vie privée des personnes concernées s'avèrera nécessaire. De plus, les conditions de partage des informations entre sociétés d'un même groupe, à l'échelon international, ou de transfert à des tiers prestataires devront également être définies pour respecter les règles applicables, respectivement, en matière de transfert de données à caractère personnel et de sous-traitance. Enfin, les formalités appropriées devront préalablement être effectuées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ou de tout autre organe national de contrôle compétent.

15 - Article 2 alinéa 3 de la loi informatique et libertés.

16 - Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

17 - Article 6 de la loi informatique et libertés.

18 - Article 7 de la loi informatique et libertés.

19 - Article 6, 5° de la loi informatique et libertés.

20 - Article 34 de la loi informatique et libertés.

21 - Articles 38 à 40 de la loi informatique et libertés.

22 - Articles 10 et 39 de la loi informatique et libertés.

23 - Conformément au règlement précité.