ROMAIN DARRIERE

Influenceurs : vers la maturité

L'influenceur est défini comme une personne qui exprime un avis ou un point de vue sur un sujet donné à une communauté qui le suit. Comme son nom l'indique, il est susceptible d'avoir de l'influence sur ses abonnés. Ce que les marques ont bien compris. Le marketing d'influence ne pose pas de problème, à condition que les youtubeurs et autres influenceurs soient transparents sur le fait que des contenus sont sponsorisés. D'après l'avocat Romain Darriere, qui est conseil de certains d'entre eux, c'est de plus en plus le cas, car ces nouveaux acteurs de l'internet se professionnalisent. Il nous parle de leurs relations avec les annonceurs, des contrats qu'ils concluent, des problèmes d'e-réputation auxquels ils sont confrontés, de la particularité des influenceurs mineurs.

Sylvie Rozenfeld : Les influenceurs représentent un vrai phénomène sociétal, qui touche essentiellement un public jeune, qui a déserté les médias classiques. Les marques ont bien compris l'intérêt de ces « *youtubeurs* » pour développer leur audience en pratiquant un marketing d'influence. L'influenceur est une personne physique qui a un fort pouvoir de suggestion sur ses abonnés via les réseaux sociaux. Ils seraient 150 000 en France et seuls 4 % tireraient des revenus suffisants de cette activité. Peu sont donc professionnalisés.
Romain Darriere vous êtes avocat et vous conseillez des influenceurs. Est-ce que de nouvelles problématiques se posent ?

Romain Darriere : Pas réellement. Les influenceurs d'aujourd'hui sont de plus en plus professionnalisés car ils tirent des revenus de leur activité. Certains d'entre eux se lancent donc dans la création de société et rencontrent finalement toutes les problématiques posées par la création d'une société : droit d'auteur, droit des marques, de responsabilité éditoriale, etc.

« Les chaînes dites « familiales » sur Youtube se retrouvent aujourd'hui dans un véritable flou juridique du fait de l'absence de publication du décret de la loi Studer. »

N'est-ce pas la transparence qui semble être un travers spécifique des influenceurs ? Nabilla vient d'accepter de payer une amende transactionnelle de 20 000 € pour pratiques commerciales trompeuses, pour avoir fait la promotion sur Snapchat d'un site spécialisé dans l'achat et la vente de bitcoins, sans indiquer qu'elle était rémunérée par le site pour en faire la promotion.
Très franchement, je ne pense pas qu'aujourd'hui la transparence soit un problème majeur car la plupart des influenceurs connaissent bien la réglementation, qui est du reste assez simple : en cas de partenariat avec un annonceur et de contrepartie rémunérée et/ou en nature, il faut simplement mentionner le fait que le contenu est sponsorisé. Il n'y a pas de forme particulière à respecter : ça peut passer par un hashtag « *collaboration* », « *partenariat* », etc. Naturellement, si le contenu n'est pas sponsorisé, le problème de la transparence ne se pose pas. La question de la transparence se posait il y a 3 ou 4 ans mais beaucoup moins aujourd'hui.

D'après la dernière enquête de l'observatoire de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), 26,6 % des influenceurs ne dévoileraient pas leurs intentions commerciales.
26,6 %, ça reste minoritaire et ce chiffre concerne plutôt les petits influenceurs pour lesquels les enjeux financiers sont peu importants ou qui sont rémunérés en nature. Ces influenceurs n'ont donc pas nécessairement conscience du caractère commercial des contenus qu'ils publient. Tous les grands influenceurs aujourd'hui sont trop suivis pour se permettre de faire n'importe quoi.
L'ARPP a émis une première recommandation en 2017 dans laquelle elle définissait l'influenceur comme une personne qui donne un avis ou un point de vue sur un sujet donné et qui a une communauté qui le suit. Elle a proposé des critères pour déterminer quand un contenu publié est sponsorisé. Par exemple : un engagement réciproque avec les annonceurs, une validation a priori des contenus par les annonceurs, une rémunération financière ou en nature, etc. Pour rappel, l'ARPP est un organisme privé qui émet des recommandations, contrairement à la DGCCRF qui est un organisme public qui veille à ce que la loi soit appliquée et à ce que les contenus sponsorisés soient clairement mentionnés en tant que tels et qu'ils ne soient pas trompeurs, comme dans l'affaire Nabilla. Ces deux organismes sont complémentaires. En pratique, la DGCCRF utilise la recommandation de l'ARPP, même si celle-ci n'est pas normative et qu'elle émane d'un organisme privé, pour déterminer si un contenu doit être ou non considéré comme sponsorisé.

L'Observatoire de l'ARPP a révélé que ce sont les plus petits influenceurs, ceux qui ont moins de 10 000 abonnés, qui méconnaissent le plus les règles liées à la transparence. L'ARPP veut mettre en place un certificat à visée pédagogique pour que ces influenceurs aient accès aux règles qui s'imposent à eux. Qu'en pensez-vous ?
La pédagogie peut bien sûr être utile pour les plus petits d'entre eux. Mais je pense que ce serait plus efficace que cette information passe par les plateformes plutôt que par un certificat émanant d'une autorité que les influenceurs risquent de ne pas connaître.

Est-ce que les plateformes, telle que Youtube, informent les influenceurs sur leurs droits et obligations ?
Pas vraiment. C'est ce qu'on constate notamment pour les influenceurs mineurs. Par exemple, la loi dite « *Studer* » du 19 octobre 2020 (1), qui est entrée en vigueur en avril 2021, prévoit l'instauration de chartes à la charge des plateformes de partage de vidéos. Ces chartes doivent favoriser l'information des influenceurs mineurs et de

leurs utilisateurs sur la réglementation applicable en matière de droit à la vie privée ou encore de droit à l'image. Or, et sauf erreur, ces chartes n'ont pas encore été mises en ligne. Il faut cependant préciser que cette loi renvoie à un décret en Conseil d'État pour la mise en œuvre pratique de la plupart de ses dispositions, qui, à ma connaissance, n'est toujours pas sorti. Concrètement, la loi n'est donc pas applicable. Pour éviter toute difficulté, j'ai envoyé un courrier, en mai dernier, à l'autorité a priori compétente en la matière, la Drieets (2), afin de lui demander des précisions sur la façon dont la loi Studer, qui est en vigueur, doit être mise en oeuvre. Je n'ai pas eu de réponse. Je m'étais présenté en tant qu'avocat de plusieurs influenceurs majeurs faisant intervenir des enfants mineurs dans le cadre de chaînes dites « *familiales* » sur Youtube, et qui se retrouvent aujourd'hui dans un véritable flou juridique du fait de l'absence de publication du décret visé par la loi.

« La question de la transparence se posait il y a 3 ou 4 ans mais beaucoup moins aujourd'hui. »

Comment les enfants interviennent-ils dans ces chaînes familiales ?
Les enfants sont filmés dans leur vie quotidienne en train d'ouvrir des colis, de jouer dans des parcs d'attraction, etc., pour en faire directement ou non la promotion.

Ca prend beaucoup de temps aux enfants de ces chaînes ?
C'est variable. Dans tous les cas, les tournages sont effectués pendant leur temps de loisirs.

La question se pose de savoir si ces vidéos ne constituent pas en fait un travail. Est-ce que ça ne se rapproche pas de l'activité d'acteur, de mannequin ?
Oui mais partiellement. Aujourd'hui nous sommes face à deux types de contenus : les contenus spontanés, sans partenariat, et les contenus sponsorisés. S'agissant des contenus spontanés, il n'y avait aucune réglementation spécifique jusqu'à la loi Studer. En effet, le code du travail traitait des enfants du spectacle et des enfants mannequins mais ne disait rien des enfants figurant dans les chaînes de type Youtube. Les parents d'influenceurs mineurs étaient donc dans le flou et ne savaient pas à partir de quand des vidéos dites « *de loisir* » pouvaient être considérées, de par leur fréquence de publications, comme des vidéos « *de travail* ». Désormais, en fonction de certains seuils qui doivent encore être précisés par décret, les enfants peuvent se trouver en situation de travail. S'agissant des contenus sponsorisés, les enfants youtubeurs sont considérés comme des mannequins et sont donc soumis aux dispositions du code du travail.

Qu'est-ce qui distingue l'intervention d'un enfant mannequin ou comédien, d'un enfant sur une chaîne internet ?
Pour le tournage d'un film par exemple, l'enfant se déplace, est confronté à des professionnels, est soumis à des horaires, des jours de travail déterminés, etc. Alors qu'avec internet, il est impossible de savoir quand la vidéo a été tournée, en semaine, le dimanche, pendant combien d'heures, etc. On ne peut donc pas contrôler l'implication réelle des enfants. La loi Studer est justement venue combler cette lacune, en essayant d'encadrer la publication des contenus spontanés. S'agissant des contenus sponsorisés, il n'y a pas vraiment de différences entre l'intervention d'un enfant mannequin « *classique* » et celle d'un enfant sur une chaîne internet. S'il y a un placement de produits, que la chaîne travaille avec des annonceurs ou des agences de communication dans le cadre d'un contrat de partenariat qui vient préciser les contreparties attendues, alors l'influenceur mineur est juridiquement un mannequin. Dans ce cas, la chaîne doit passer par une agence de mannequins spécialisée qui dispose d'un agrément spécifique, de façon classique. La loi Studer envisage aussi le cas des contenus sponsorisés mais ses dispositions sur ce sujet sont surabondantes car la réglementation relative aux mannequins s'applique déjà au cas des enfants figurant dans les chaînes internet, comme on vient de le voir.

Ces chaînes familiales ne posent-elles pas aussi un problème de violation de la vie privée d'enfants mineurs ?
Je ne sais pas. En tout cas, le sujet revient souvent sur la table. Il est aussi question de savoir comment les enfants vont vivre cette exposition quand ils seront adultes. Cela dit, la loi Studer prévoit un droit à l'effacement pouvant être invoqué par les mineurs concernés, sans accord préalable de leurs parents.

Et quelles obligations pour les plateformes ?
La loi leur impose simplement les chartes informatives évoquées précédemment. Cela dit, dans le cas où un contenu porterait manifestement atteinte à la vie privée d'un enfant mineur, elles sont tenues de le supprimer dès lors qu'elles en ont connaissance, au risque de voir leur responsabilité engagée sur le fondement de la LCEN.

Les influenceurs peuvent être créateurs ou co-créateurs de contenus au service de la marque. Ils peuvent aussi être simplement interprètes.
L'influenceur est généralement le créateur du contenu publié sur sa chaîne, même s'il peut avoir des contraintes en termes d'objectifs, de citation de la marque, etc., imposées par l'annonceur, et venant limiter ou affecter sa création. Dans un contrat de partenariat, qui reste un contrat de prestation de services dont l'objet est le placement de produits, on prévoit le timing, le nombre de posts sur Instagram, Tik Tok, YouTube, la durée de la diffusion du contenu, le montant de la rémunération, etc. Pour autant, il est aussi précisé que l'influenceur reste maître de sa création : c'est du reste ce que recherche le plus souvent la marque, qui fait appel à un influenceur donné pour son style, sa marque de fabrique.

Les conseillez-vous sur le montant de la rémunération ? Sur quels critères ?
Ce sont des critères issus de l'expérience. Nous nous basons sur le nombre de vues et d'abonnés de la chaîne, et sur les contrats qu'on a déjà négociés dans des cas similaires afin de fixer une rémunération qui nous paraît cohérente. Plus globalement, les influenceurs peuvent se rémunérer de trois façons : en monétisant leur chaîne - pour ce qui est de YouTube, cela passe par la régie publicitaire Google AdSense - avec les partenariats, et éventuellement grâce aux droits d'auteur car chaque influenceur, en tant qu'auteur de contenus originaux, a droit à une rémunération à ce titre. Mais peu le savent. Certains déclarent ainsi leur contenu auprès de la Scam qui, en tant que société d'auteurs, peut verser des droits d'auteur aux influenceurs qui respectent certaines conditions.

« L'influenceur reste maître de sa création : c'est du reste ce que recherche le plus souvent la marque, qui fait appel à un influenceur donné pour son style. »

Certains influenceurs gagnent très bien leur vie, et... s'installent à Dubai.
Mes clients ne vont pas à Dubaï... Mais je constate une fascination de certains influenceurs pour Dubaï, probablement pour raisons fiscales mais aussi pour les décors, le soleil, etc. Et puis les autorités locales semblent leur accorder beaucoup d'avantages lors de leur installation.

N'y a-t-il jamais de problème de qualification juridique du contrat entre l'influenceur et la marque ?
La plupart des contrats signés sont des contrats de prestations de services, contrats relativement souples. Pourtant, selon le code du travail, dès qu'une personne fait de la promotion directe ou indirecte d'un produit ou d'un service, elle est présumée être mannequin et doit exercer dans le cadre d'un contrat de travail. Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence apprécie très largement la définition de mannequin. De même, le fait qu'une prestation soit rémunérée en nature ne change rien à la qualification de contrat de travail. Le contrat de travail devrait donc être la norme dans le monde des influenceurs. Toutefois, en pratique, les marques veulent aller vite et faire de la communication. Ainsi, elles préfèrent souvent conclure de « *simples* » contrats de prestations de services, moins contraignants. Parfois, il arrive même qu'un influenceur perde une mission pour avoir voulu respecter la réglementation. C'est ce qui est arrivé à l'une de mes clientes avec un annonceur qui trouvait trop compliqué de recourir aux services, pourtant indispensables, d'une agence de mannequins pour mineurs.

Les influenceurs seraient à l'origine de 20 % des fake news. Sont-ils conscients qu'ils sont responsables des propos qu'ils tiennent ou de ce qu'ils mettent en ligne, comme n'importe quelle publication ? Qu'ils sont responsables en tant qu'éditeur de contenus ? L'apprennent-ils à leur dépens ?
Les influenceurs sont très attachés à la liberté d'expression. Certains, surtout des mineurs, pensent qu'ils peuvent dire tout ce qu'ils veulent, en méconnaissance de la réglementation. D'autres, en revanche, sont volontairement polémistes et provocateurs, c'est d'ailleurs leur marque de fabrique. Ils sont donc parfaitement conscients des risques encourus. En termes de responsabilité, il n'y a pas de particularités liées aux influenceurs. Ils sont directeurs de la publication des chaînes et comptes qu'ils éditent et sont soumis à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Les influenceurs subissent aussi les atteintes liées à l'e-réputation.
Forcément. Certains ont une très grande visibilité et produisent beaucoup de contenus, souvent à chaud. Ils s'exposent publiquement, parfois quotidiennement, devant une communauté de plusieurs milliers voire de millions d'abonnés. Cela démultiplie les atteintes potentielles. Quand ça va trop loin, on essaie d'identifier les utilisateurs qui sont impliqués dans des campagnes de dénigrement, de diffamation ou d'injures, en

ciblant principalement ceux qui sont à l'origine du bad buzz. On tente alors d'entrer en contact avec eux pour entamer une discussion et, quand celle-ci est impossible ou que les circonstances l'exigent, on peut envisager une action en justice.

Mais ça peut provoquer un effet Streisand.

Ou un effet boomerang qui, au lieu de résoudre le problème, l'amplifie. C'est notre rôle d'avocat de mettre tous les enjeux en balance avant d'agir et de mettre en garde nos clients quant aux répercussions énormes que peut entraîner une action judiciaire dans le monde du marketing d'influence.

« Dans son contrat de partenariat, l'annonceur doit exiger que le contenu sponsorisé qu'il va rémunérer soit validé en amont et se réserver le droit de s'opposer à sa publication. »

Quels sont les risques pour une marque de recourir à un influenceur ?

Tout acte de communication peut produire des effets non contrôlés, des retours non anticipés. Dans son contrat de partenariat, l'annonceur doit exiger que le contenu sponsorisé qu'il va rémunérer soit validé en amont et se réserver le droit de s'opposer à sa publication, Il doit également exiger de l'influenceur qu'il respecte bien la réglementation sur la publicité et le code de la consommation. Il est de l'intérêt des marques d'être très précises sur la façon dont un influenceur doit communiquer.

La valeur reposant sur l'audience, la fraude y est-elle fréquente ?

Pas vraiment. Il est évidemment tentant pour un influenceur de gonfler artificiellement le nombre de vues et d'abonnés de sa chaîne, sa rémunération en dépendant. Toutefois, Youtube - qui est la plateforme la plus importante - mais aussi Instagram, sanctionnent très fortement les influenceurs qui essaient de frauder. La sanction encourue est la suspension temporaire du compte concerné, voire sa suppression si la fraude est établie et sérieuse. C'est donc prendre de très grands risques que d'essayer de frauder.

Les marques, notamment dans le luxe, créent des influenceurs virtuels qu'elles contrôlent complètement. Que vous inspire ce phénomène ?

Cela reste encore un phénomène marginal mais qui se développe. L'influenceur virtuel offre de gros avantages pour les marques en termes de maîtrise de contenus. Mais à titre personnel, je ne valide pas forcément le procédé : est-ce souhaitable de vivre dans un monde influencé par des robots ? Je ne le pense pas. De ce que j'en ai vu, les marques qui utilisent ces influenceurs virtuels veulent toucher le plus de monde possible, en gommant les différences physiques des individus et en proposant une sorte d'archétype de l'humain universel parfait. Si je comprends la démarche commerciale, voire artistique, il m'apparaît essentiel de préserver nos différences et de les appréhender avec respect. Vive l'hétérogénéité !

(1) loi visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne.

(2) Direction régionale et interdépartementale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DRIEETS) (ex DIRECCTE)

Propos recueillis par

Sylvie ROZENFELD