

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelles obligations de transparence pour le marketing d'influence sur les réseaux sociaux?

Defreyne, Elise

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2021

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Defreyne, E 2021, 'Quelles obligations de transparence pour le marketing d'influence sur les réseaux sociaux?', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 80, pp. 5-32.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# DOCTRINE

## Quelles obligations de transparence pour le marketing d'influence sur les réseaux sociaux ?

Elise Defreyne<sup>1</sup>

*Les réseaux sociaux offrent de nouvelles possibilités en termes de marketing d'influence. L'on voit ainsi, sur ces réseaux, de nombreuses personnes s'afficher en faisant la promotion de biens ou services, de manière plus ou moins explicite. Dans ce type de contenus, il est toutefois difficile pour les consommateurs de distinguer le contenu rédactionnel de l'éventuel contenu promotionnel. Afin d'éviter que ces messages ne contiennent de la publicité déguisée, les influenceurs doivent respecter des obligations de transparence, c'est-à-dire apposer des mentions telles que « publicité », « contenu sponsorisé » ou encore « partenariat » en marge des contenus publicitaires. Dans le cadre de cet article, nous faisons tout d'abord le point sur les acteurs du marketing d'influence (influenceurs, marques/annonceurs, plateformes et consommateurs). Ensuite, nous analysons la source de ces obligations de transparence, qui sont essentiellement la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, la directive 2000/31 sur le commerce électronique et la directive 2010/13/UE sur les services de médias audiovisuels. Enfin, ces textes réglementaires européens sont éclairés par une mise en contexte nationale dans une approche de droit comparé (Allemagne, Royaume-Uni et Belgique) qui permet de mieux saisir la manière dont ces obligations peuvent être respectées et sanctionnées.*



*Social networks offer new possibilities in terms of influence marketing as many people use these networks in order to promote – more or less explicitly – third party goods or services. However, consumers may have difficulties to distinguish between editorial content and promotional content. In order to prevent such messages from containing disguised advertising, influencers must comply with transparency obligations, i.e. they must include statements such as “advertising”, “sponsored content” or “partnership” alongside the advertising content. In this article, we first take a look at the key players (influencers, brands/advertisers, platforms and consumers). Next, we analyse the source of these transparency obligations, enshrined in the Directive 2005/29 on Unfair Commercial Practices, the Directive 2000/31 on Electronic Commerce and the Directive 2010/13/UE on Audiovisual Media Services. Finally, these European regulatory texts are enlightened by putting them into a national context in a comparative law approach (Germany, United Kingdom and Belgium), which allows a better understanding of the way in which these obligations can be respected and sanctioned.*

<sup>1</sup> Recherche au CRIDS.



## INTRODUCTION

En à peine quelques années, le marketing d'influence sur les réseaux sociaux est devenu un phénomène incontournable, permettant même à certains influenceurs d'en vivre très confortablement. Par influenceur – terme apparu dans l'édition 2018 du dictionnaire *Le Robert* –, l'on entend la « personne qui influence l'opinion, la consommation par son audience sur les réseaux sociaux »<sup>2</sup>. Les influenceurs sont suivis par des consommateurs communément appelés *followers* (anglicisme que l'Académie française suggère de remplacer par « acolytes des illustres »<sup>3</sup>). Ils forment ensemble la communauté de l'influenceur. La possibilité de relier directement influenceurs et consommateurs par les réseaux sociaux attire de nouvelles possibilités en termes de marketing. Il s'agit d'une forme développée du marketing du bouche-à-oreille ou de marketing de pair-à-pair, par lequel des individus parlent des produits qu'ils utilisent<sup>4</sup>. Dans le contenu qu'il diffuse, l'influenceur relate une expérience ou s'affiche avec un produit, en le recommandant

à sa communauté. Sur un *post Instagram*, l'on peut ainsi voir un adolescent une bouteille de limonade à la main, vêtu de vêtements de marque. Dans une vidéo *YouTube*, l'on peut suivre le tutoriel réalisé par une jeune femme, expliquant comment se maquiller. Le marketing d'influence peut être une activité fort lucrative, générant des revenus assez élevés, notamment grâce aux partenariats conclus avec les marques.

Les influenceurs peuvent développer leur influence sur plusieurs types de plateformes. À l'origine, les blogs ont été l'un des premiers territoires du marketing d'influence. Ensuite, grâce au développement des plateformes d'échange de vidéos (*YouTube* étant la plus connue), les *vlogs* ont constitué un nouveau domaine d'activité pour les influenceurs: le *Youtubeur* ou la *Youtubeuse* se filme ainsi dans son intimité, en partageant des tutoriels (maquillage, bricolage, ...), des déballages de courses (vêtements, jouets, alimentation, ...), des activités diverses et variées (essai d'une nouvelle voiture, séance de shopping, dîner au restaurant...). À l'heure actuelle, ce sont surtout les réseaux sociaux tels qu'*Instagram*, *Snapchat* et *TikTok* qui sont devenus les territoires de prédilection des jeunes, voire très jeunes, influenceurs<sup>5</sup>.

Dans ce type de contenus, il est toutefois très difficile pour les consommateurs de faire la part des choses entre le contenu rédactionnel (la partie purement informative du message) et l'éventuel contenu promotionnel<sup>6</sup>. En effet,

<sup>2</sup> *Le Robert*, 2018. Voy. également la définition reprise dans les conclusions de l'avocat général Szpunar du 18 mai 2018 dans l'affaire *Komisija za zashtita na potrebitelite* (aff. C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, note 36): « Pour une définition plus complète, on peut citer Wikipédia en français, source tout à fait pertinente en matière d'Internet: "Un influenceur est toute personne active sur les réseaux sociaux qui, par son statut, sa position ou son exposition médiatique, est capable d'influencer les habitudes de consommation. Les influenceurs sont sollicités par les marques, les entreprises, afin d'améliorer leur communication ainsi que dans le cadre d'actions publicitaires. Les influenceurs travaillent majoritairement sur les réseaux sociaux influençant de nombreux 'followers' à travers leur compte Instagram ou encore leur chaîne YouTube. Ils ont un rôle d'intermédiaire entre les entreprises et leurs potentiels clients" ».

<sup>3</sup> Site de l'Académie française: <http://www.academie-francaise.fr/followers>.

<sup>4</sup> C. GOANTA et S. RANCHORDÁS, « The regulation of social media influencers: an introduction », *The regulation of social media influencers*, Elgar Publishing, 2020, pp. 4 et s.

<sup>5</sup> REECH, *Les influenceurs et les marques*, Édition 2020. Étude disponible à l'adresse suivante: <https://www.reech.com/fr/influence-etude-reech-2020>.

<sup>6</sup> EUROPEAN COMMISSION (Directorate for Justice and Consumers), *Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media*, 2018, p. 32. Étude disponible à l'adresse suivante: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/osm-final-report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/osm-final-report_en.pdf). Voy. également G. DE GREGORIO et C. GOANTA, *The Influencer Republic: Monetizing Political Speech on*

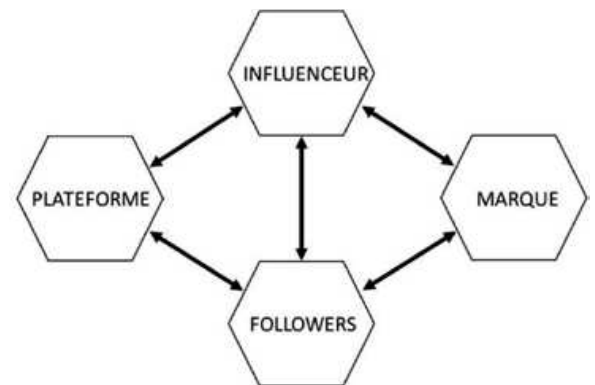


comme le contenu est posté par un individu et non par une marque, cette distinction peut être assez floue. Par ailleurs, les publications ont aussi souvent un caractère spontané. Dès lors, comment réglementer le marketing d'influence sur les réseaux sociaux afin d'éviter que les messages ne contiennent de la publicité déguisée? L'une des pistes est d'imposer aux influenceurs des obligations de transparence (*disclosure obligations*). En pratique, il s'agit d'apposer des mentions telles que « publicité », « contenu sponsorisé » ou encore « partenariat » en marge des contenus publicitaires. Ces obligations peuvent tirer leurs sources dans le droit dérivé européen. Toutefois, pour bien comprendre quelles sont les règles juridiques qui pourraient s'appliquer au marketing d'influence, et en particulier les obligations de transparence, il faut d'abord distinguer les acteurs et les relations qui se nouent entre eux<sup>7</sup>.

## I. LES ACTEURS DU MARKETING D'INFLUENCE

Le marketing d'influence tisse des interactions entre les différents acteurs que sont l'influenceur, le consommateur (*follower*), la marque/l'annonceur et la plateforme. Elles sont représentées par le schéma suivant.

Figure 1. Les acteurs du marketing d'influence



Tout d'abord, une première relation triangulaire s'établit entre la plateforme, l'influenceur et le consommateur. L'influenceur est le créateur de contenus, qui sont rendus accessibles via la plateforme. Il doit disposer d'un compte auprès de la plateforme afin de pouvoir y charger et diffuser des contenus. Sur certaines plateformes (comme *YouTube* par exemple), il peut aussi monétiser les contenus créés, c'est-à-dire obtenir des revenus grâce aux annonces (publicités) diffusées avant et/ou pendant le contenu<sup>8</sup>. Quant au consommateur, il doit aussi en principe s'inscrire sur la plateforme afin d'accéder à tous les contenus et fonctionnalités sans restriction (par exemple, *liker* un *post* ou publier un commentaire).

Ensuite, une seconde relation triangulaire se noue entre l'influenceur<sup>9</sup>, le consommateur et la marque. La marque cherche à promouvoir un bien ou service en ciblant les consommateurs qui sont le plus susceptibles d'être intéressés. Afin de vendre un produit spécifique (par exemple, une nouvelle marque d'ali-

*Social Media*, November 2020, p. 4. Document disponible à l'adresse suivante: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3725188](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3725188).

<sup>7</sup> Voy. R. DUCATO, « One hashtag to rule them all? Mandated disclosures and design duties in influencer marketing practices », *The regulation of social media influencers*, Elgar Publishing, 2020, pp. 334 et s.

<sup>8</sup> Par exemple, par le programme Google AdSense.

<sup>9</sup> Lorsque l'influenceur commence à acquérir un certain poids commercial, il est fréquent qu'il conclue un contrat de mandat avec une agence, qui est chargée de gérer les partenariats commerciaux et qui se rémunère en prélevant une commission sur ces partenariats. Voy. par exemple Trib. entreprise, Bruxelles, 10 février 2020, inédit.

## DOCTRINE

ments sans gluten), il n'est pas nécessaire de faire une importante campagne d'affichage ou de télévision ; au contraire, il est plus intéressant pour l'annonceur de toucher directement sa cible potentielle via quelques influenceurs qui s'adressent à un public concerné par ce souci alimentaire. Par exemple, sur *Instagram* (qui en 2020 est le réseau social le plus populaire pour le marketing d'influence)<sup>10</sup>, les influenceurs sont classés en différentes catégories, en fonction de la taille de leur communauté<sup>11</sup>. Le taux d'engagement est également un critère important pour l'annonceur, afin de choisir les influenceurs pour une campagne de marketing<sup>12</sup>.

En collaborant avec les marques, un influenceur peut générer des revenus de plusieurs manières<sup>13</sup>. Tout d'abord, les influenceurs peuvent instaurer de concert avec les marques un marketing d'affiliation. Ainsi, ils peuvent par exemple promouvoir un bien ou service via la mention d'un lien URL qui renvoie le consommateur vers le site de la marque. Ils reçoivent

alors de l'argent à chaque clic du consommateur sur le lien URL. Une autre pratique du marketing d'affiliation consiste à diffuser des codes de réduction. Lorsque le consommateur achète un article en ligne en utilisant le code fourni par l'influenceur, ce dernier peut également toucher un certain pourcentage de la vente réalisée. Ensuite, les influenceurs peuvent faire la promotion de biens et services qu'ils ont reçus gratuitement. Par exemple, un influenceur peut profiter d'un séjour dans un hôtel ou un spa, et raconter cette expérience dans un *vlog* diffusé sur *YouTube*. Enfin, une troisième source de revenus – qui peut être particulièrement lucrative – est la conclusion de contrats d'ambassadeurs avec la marque (*endorsement deals*). Dans ce cas, l'influenceur promeut la marque dans une série de contenus et conclut généralement un contrat d'exclusivité, l'empêchant de promouvoir le bien ou service d'un concurrent au même moment. Enfin, et c'est le cas pour les influenceurs bénéficiant d'une certaine notoriété, ils peuvent commercialiser des produits ou services en collaboration avec la marque (par exemple, une gamme de produits de maquillage).

## II. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN

Les règles en matière de publicité étant nombreuses et foisonnantes dans le droit dérivé européen, cet article se limite à celles qui ont directement trait aux obligations de transparence qui s'imposent aux influenceurs dans leurs communications sur les réseaux sociaux. Il s'agit par exemple des mentions « publicité », « contenu sponsorisé » ou « partenariat » que les influenceurs doivent afficher en dessous d'un post *Instagram* ou d'une vidéo *YouTube*. Ces obligations de transparence sont essentiellement consacrées dans trois législations différentes : la directive 2005/29 sur les

<sup>10</sup> REECH, *Les influenceurs et les marques*, Édition 2020. Étude disponible à l'adresse suivante : <https://www.reech.com/fr/influence-etude-reech-2020>.

<sup>11</sup> Nano : moins de 5.000 followers ; micro : moins de 100.000 followers ; macro : plus de 100.000 followers. Voy. P. GRIFFITHS et G. DE KERVILER, « Marketing sur les réseaux sociaux : à chaque produit son influenceur... », *La Libre*, 10 janvier 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.lalibre.be/economie/decideurs-chroniqueurs/marketing-sur-les-reseaux-sociaux-a-chaque-produit-son-influenceur-5e184b289978e272f9b994f2>.

<sup>12</sup> Le taux d'engagement mesure la participation de l'audience, sur la base du nombre de likes et de commentaires, divisé par le nombre de followers. HYPE AUDITOR et STELLAR, *Influencer Marketing on Instagram in the Benelux: Influencer landscape and fraud problem*, 2020, p. 22. Document disponible à l'adresse suivante : <https://stellar.io/instagram-influencers-benelux>.

<sup>13</sup> C. GOANTA et S. RANCHORDAS, « The regulation of social media influencers: an introduction », in C. GOANTA et S. RANCHORDAS (éds), *The regulation of social media influencers*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 10-11.



pratiques commerciales déloyales (DPCD)<sup>14</sup>, la directive 2000/31 sur le commerce électronique (DCE)<sup>15</sup> et la directive 2010/13/UE sur les services de médias audiovisuels (DSMAV)<sup>16</sup>. Elles ont pour objectif de permettre au consommateur d'être informé sur l'existence d'une communication commerciale. Elles constituent donc un élément-clé du respect du paradigme informationnel, qui est au cœur du système de protection européen des consommateurs<sup>17</sup>. Ces trois directives s'inscrivent également dans un ensemble plus large de règles réglementant le marché numérique européen (*Digital Single Market*)<sup>18</sup>, qui ont été révisées ou sont en train

d'être révisées pour en améliorer le fonctionnement<sup>19</sup>.

### A. La directive sur les pratiques commerciales déloyales (DPCD)

La DPCD, adoptée en 2005, a pour objectif de protéger les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard<sup>20</sup>. Consacrant une « approche horizontale du droit de la consommation »<sup>21</sup>, la directive s'applique à toutes les pratiques commerciales déloyales « avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit »<sup>22</sup>. Selon une jurisprudence constante de la Cour de

<sup>14</sup> 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 et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, L 149, 11 juin 2005, pp. 22-39. En droit belge, ce texte est transposé pour l'essentiel aux articles VI.92 et suivants du Code de droit économique.

<sup>15</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, L 178, 17 juillet 2000, pp. 1-16. En droit belge, ce texte est transposé pour l'essentiel au titre XII du Code de droit économique.

<sup>16</sup> Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), *J.O.*, L 095, 5 avril 2010, pp. 1-24. En Communauté française, ce texte est transposé par le décret du 3 février 2021 relatif aux médias de services audiovisuels et les services de partage de vidéos.

<sup>17</sup> R. DUCATO, « One hashtag to rule them all? Mandated disclosures and design duties in influencer marketing practices », *op. cit.*, p. 237 et les références citées.

<sup>18</sup> Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de

services d'intermédiation en ligne, *J.O.*, L 186, 11 juillet 2019, pp. 57-79.

<sup>19</sup> Commission européenne, Communication « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM(2015) 192 final, 6 mai 2015. Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a déposé deux projets de règlements (*Digital Services Act* et *Digital Markets Act*) qui comprennent une nouvelle série de règles applicables aux services et marchés en ligne dans toute l'Union européenne. Le *Digital Services Act* a vocation à remplacer la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

<sup>20</sup> La DPCD a encore été modifiée récemment par la directive OMNIBUS, afin d'adapter la réglementation européenne à la nouvelle réalité des places de marché en ligne (Amazon, eBay, AirBnB, ...). Ces récentes modifications ne portent toutefois pas sur les pratiques du marketing d'influence sur les réseaux sociaux. Voy. la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *J.O.*, L 328/7, 18 décembre 2019 (« directive OMNIBUS »).

<sup>21</sup> La DPCD réglemente ainsi tout le domaine de la protection des consommateurs: voy. A. PUTTEMANS et L. MARCUS, « Les pratiques commerciales déloyales envers les consommateurs », in A. PUTTEMANS (sous la coord. de), *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 13.

<sup>22</sup> Art. 3, § 1<sup>er</sup>, DPCD.



justice<sup>23</sup>, la directive opère une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales. En conséquence, un État membre ne peut pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même pour assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs.

Selon plusieurs auteurs, il s'agit de l'outil le plus important pour lutter contre les formes de publicité déguisée des influenceurs sur les réseaux sociaux<sup>24</sup>. Toutefois, l'application de la DPCD au marketing d'influence se heurte à de nombreuses questions, notamment dues au rôle ambigu que joue l'influenceur sur les réseaux sociaux: les messages au caractère le plus intime (naissance, mariage, rupture, ...) peuvent en effet alterner avec des communications commerciales vantant les mérites de divers biens et services<sup>25</sup>. Ce constant mélange des genres vient ainsi brouiller les frontières entre le consommateur et le professionnel<sup>26</sup>. L'application des notions de « profes-

sionnel » (1), de « pratiques commerciales » (2) au marketing d'influence soulève donc plusieurs difficultés, tout comme l'application même des dispositions de la directive (3).

### 1. La notion de « professionnel »

La première question qui se pose est de savoir si l'influenceur, dans sa relation avec ses *followers*, peut être considéré comme un professionnel qui s'adresse à des consommateurs. L'article 2, sous b), de la DPCD définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel »<sup>27</sup>. La définition distingue ainsi deux types de profil: d'une part, la personne qui agit à des fins qui rentrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale; d'autre part, la personne qui agit au nom ou pour le

<sup>23</sup> C.J.U.E., 23 avril 2009, *VTB-VAB NV contre Total Belgium NV et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV*, aff. C-261/07 et C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244.

<sup>24</sup> R. DUCATO, *op. cit.*, p. 219. J. TRZASKOWSKI, « Identifying the Commercial Nature of 'Influencer' Marketing on the Internet », *Scandinavian Studies in Law*, 2018/65, p. 81. C. RIEFA et L. CLAUSEN, « Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices », *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019/8, p. 64.

<sup>25</sup> Ce caractère flou de la ligne de partage entre messages privés et professionnels sur les réseaux sociaux a d'ailleurs été pointé par l'avocat général Bobek dans ses conclusions sur l'affaire *Schrems*, notant ainsi que « certains usages pourraient paraître privés mais ont un caractère entièrement commercial. Des influenceurs marketing sur les réseaux sociaux, des "prosommateurs" (consommateurs professionnels), ou des gestionnaires de communauté peuvent utiliser leurs comptes personnels sur les réseaux sociaux comme un outil de travail essentiel ». Conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire C-498/16, *Maximilian Schrems contre Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, § 49.

<sup>26</sup> Voy. par exemple cet article de presse expliquant pourquoi la plateforme *Instagram* est devenue si publicitaire: « Certains [utilisateurs] se sont vite rendu

compte qu'ils pourraient gagner de l'argent grâce au public qu'ils s'étaient créé. Dans un sens, Instagram offrait à chacun l'opportunité de devenir un businessman (...) avec le temps, les utilisateurs ont accepté l'idée selon laquelle, sur Instagram, chacun a toujours plus ou moins quelque chose à vendre – même à ses propres amis »: T. PFÜTZNER (« Die Welt »), « Comment Instagram est devenu l'un des réseaux sociaux les plus puissants », *Le Soir*, 14 août 2020. Pour une analyse juridique plus large du phénomène, voy. J. СТУЧЕК, « Le consommateur, une notion fonctionnelle en transition », *D.C.C.R.*, 2019/4, pp. 89-91.

<sup>27</sup> En droit belge, c'est la notion d'entreprise qui détermine l'application des règles en matière de pratiques déloyales (art. I.8, 39°, CDE), c'est-à-dire « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Cette définition est spécifique au livre III, titre 3, chapitre 1<sup>er</sup>, et aux livres IV, V, VI, XV et XVI du CDE. Pour une analyse plus développée, voy. H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN et T. LÉONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2019, p. 52.



compte d'un professionnel<sup>28</sup>. L'influenceur, lorsqu'il promeut des produits et services sur les réseaux sociaux, peut-il rentrer dans l'une ou l'autre de ces catégories ?

De l'avis de la doctrine naissante sur le sujet, certains cas ne portent pas à controverse : ainsi, l'influenceur qui a créé une ligne de produits en collaboration avec une marque et en organise la promotion sur ses réseaux sociaux est considéré comme un professionnel<sup>29</sup> ; de même, celui qui a conclu un contrat d'ambassadeur avec une marque tombe également sous le champ d'application de la directive. Généralement, afin de pouvoir créer une ligne de produits ou obtenir un contrat d'ambassadeur avec une marque, l'influenceur doit déjà avoir un nombre conséquent de *followers* et utiliser les réseaux sociaux comme une activité professionnelle. Toutefois, certaines situations restent plus difficiles à trancher. Qu'en est-il ainsi de la personne qui reçoit des produits et en fait la promotion sur *Instagram*, à ses quelques milliers d'abonnés ?

L'arrêt *Kamenova*<sup>30</sup>, rendu en 2018 par la Cour de justice, apporte des éclaircissements sur cette question<sup>31</sup>. À l'origine de l'affaire, un

consommateur avait acheté une montre sur une place de marché en ligne. Après avoir constaté que la montre ne correspondait pas aux caractéristiques de l'annonce, il avait souhaité la renvoyer contre remboursement. La vendeuse ayant refusé cette demande, le consommateur a déposé une plainte auprès de la Commission bulgare de protection des consommateurs (CPC). La CPC a vérifié l'identité de la vendeuse, M<sup>me</sup> Kamenova, et a constaté que huit annonces de vente étaient encore publiées par elle sur le site internet. Dès lors que la vendeuse avait omis des informations obligatoires, la CPC lui a infligé des amendes administratives sur le fondement de la loi bulgare de la protection des consommateurs. M<sup>me</sup> Kamenova a contesté en justice cette décision, au motif qu'elle n'avait pas la qualité de « professionnel ».

Dans son arrêt, la Cour se réfère à sa jurisprudence sur la notion de professionnel, en particulier aux arrêts *BKK Mobil Oil*<sup>32</sup> et *KdG*<sup>33</sup>. Poursuivant un raisonnement fonctionnel<sup>34</sup>, elle rappelle tout d'abord que la notion de professionnel doit s'apprécier de manière

<sup>28</sup> Il semble que la Cour de justice n'a pas encore connu de cas concernant un représentant. Voy. J. СТУЦК, « Le droit de la consommation : protection du consommateur à l'encontre de qui ? Quelques réflexions sur la notion d'entreprise/professionnel après la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises à la lumière du droit européen et de la transformation de la société de consommation », *D.C.C.R.*, 2020/216, p. 7.

<sup>29</sup> R. DUCATO, *op. cit.*, p. 241.

<sup>30</sup> C.J.U.E., 4 octobre 2018, *Komisija za zashtita na potrebitelite contre Evelina Kamenova*, aff. C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, § 38, ci-après « arrêt Kamenova ».

<sup>31</sup> Pour une analyse de l'arrêt, voy. P. LIMBRÉE, « L'appréciation des notions de "professionnel" et d'"entreprise" : démarche "au cas par cas" et protection du consommateur », *R.D.T.I.*, 2019/76-77, pp. 132-140 ; E. POILLOT, « Commentaire sous Cour de justice, 5<sup>e</sup> ch., 4 octobre 2018, *Komisija za zashtita na potrebitelite c. Evelina Kamenova*, aff. C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 », in *Juris-*

*prudence de la CJUE* 2018, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 855-866.

<sup>32</sup> C.J.U.E., *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, ci-après « arrêt BKK ». Dans cet arrêt, la Cour de justice donne une interprétation large de la notion de « professionnel », en jugeant qu'un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général (en l'espèce, la gestion d'un régime légal d'assurance-maladie) relève du champ d'application de la directive dès lors que ses affiliés sont des consommateurs au sens de celle-ci.

<sup>33</sup> C.J.U.E., 17 mai 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen contre Susan Kuijpers*, aff. C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, ci-après « arrêt KdG ». Dans cet arrêt, la Cour de justice précise que la notion de « professionnel » n'exclut ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public (§ 51).

<sup>34</sup> Arrêt *Kamenova*, § 35 ; Arrêt *KdG*, § 54 ; E. POILLOT, *op. cit.*, p. 842.



large<sup>35</sup>. Ensuite, elle observe que les notions de professionnel et de consommateur sont corrélatives mais antinomiques, le premier agissant dans le cadre de son activité professionnelle, et l'autre pas<sup>36</sup>. Si le consommateur doit être protégé, c'est parce qu'il se trouve «dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information»<sup>37</sup>. En conséquence, la qualité des contractants, selon qu'ils agissent ou non dans le cadre de leur activité professionnelle, est le critère décisif commandant l'application de la directive. Toutefois, ce critère est difficile à mettre en œuvre, comme le souligne E. Poillot, parce qu'il «n'existe pas d'acte professionnel par nature en raison de leur objet» et parce que «c'est dans la notion d'activité que réside le critère de la professionnalité»<sup>38</sup>. Heureusement, dans l'arrêt *Kamenova*, la Cour va plus loin que ses précédents arrêts en établissant une liste de critères permettant d'évaluer le caractère professionnel d'une activité. Elle fournit donc un cadre plus concret pour apprécier la notion d'activité professionnelle. En conséquence, il faudrait donc apprécier *in concreto* si l'influenceur utilise les réseaux sociaux à des fins professionnelles, en appliquant *mutatis mutandis* les critères que la Cour a définis dans l'arrêt *Kamenova*<sup>39</sup>. Une juridiction pourrait par exemple vérifier si l'influenceur a constitué une société, s'il fait appel à un agent ou manager pour le représenter, s'il présente de manière régulière des services et produits sur son compte, s'il recherche l'augmentation d'abonnés (notamment en demandant explicitement aux personnes qui consultent ses réseaux sociaux

de s'y abonner), si ses réseaux sociaux affichent un badge de vérification<sup>40</sup>, etc.

Par ailleurs, si à notre connaissance il n'y a pas encore de jurisprudence belge sur le sujet, une jurisprudence abondante se développe en Allemagne depuis 2017. Les décisions rendues appliquent de façon majoritaire la loi sur la concurrence déloyale (UWG)<sup>41</sup>, qui transpose les dispositions de la DPCD. La jurisprudence allemande tend à reconnaître la qualité de professionnel aux influenceurs<sup>42</sup>, dans la mesure où ceux-ci promeuvent les intérêts des marques auxquels ils font référence ou, à tout le moins, leurs propres intérêts<sup>43</sup>. Il convient toutefois de noter que les affaires portées devant la justice allemande le sont généralement contre des influenceurs dont les comptes *Instagram* comptabilisent de nombreux abonnés (de plusieurs dizaines de milliers à plusieurs millions) et comportent des visuels cohérents, travaillés et postés de manière régulière. Il ne s'agit pas d'amateurs avec une audience confidentielle. Ainsi, la Cour d'appel de Berlin a jugé qu'une influenceuse «ayant fait

<sup>35</sup> Arrêt *Kamenova*, § 30.

<sup>36</sup> *Ibidem*, § 33.

<sup>37</sup> *Ibidem*, § 34.

<sup>38</sup> E. POILLOT, *op. cit.*, p. 841.

<sup>39</sup> Arrêt *Kamenova*, § 38.

<sup>40</sup> J. MERTENS, «Comment avoir un compte "vérifié" sur Twitter», *Le Soir*, 18 janvier 2018, disponible à l'adresse suivante: <https://geeko.lesoir.be/2018/01/18/comment-avoir-un-compte-verifie-sur-twitter/>.

<sup>41</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3.7.2004. Texte de loi disponible à l'adresse suivante: [https://www.gesetze-im-internet.de/uwg\\_2004/](https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/).

<sup>42</sup> J. P. FELDMAN, N. BREEN, A. HARDINGHAUS, R. KIMMICH et T. RUBINSTEIN, «Update on transparency requirements for influencers in Germany, the United Kingdom and the United States», disponible à l'adresse suivante: <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2020/07/update-on-transparency-requirements-for-influencers-in-germany-uk-us>.

<sup>43</sup> LG Karlsruhe, 21 mars 2019, n° 13 O 38/18 KfH, disponible en allemand à l'adresse suivante: [lrbw.juris.de](http://lrbw.juris.de); OLG Braunschweig, 8 janvier 2019, n° 2 U 89/18, disponible en allemand à l'adresse suivante: <https://rabuero.de/zum-vorliegen-von-schleichwerbung-durch-posts-eines-sog-influencers-auf-instagram/>; LG München I, 29 avril 2019, n° 4 HK O 14312/18, disponible en allemand à l'adresse suivante: [gesetz-bayern.de](https://gesetz-bayern.de).



du marketing commercial de sa propre image son modèle d'entreprise» doit être considérée comme un professionnel. La juridiction relève par ailleurs que l'influenceuse, en postant des images d'elle-même, cherche constamment à augmenter le nombre de *followers* et le nombre de commentaires formulés par les visiteurs de son activité sous *Instagram* (ce qui s'appelle le taux d'engagement, voy. *supra*), dans le but final de développer son attractivité auprès des marques<sup>44</sup>. Dans une décision récente de juillet 2020, le Tribunal régional de Cologne a également considéré qu'une activité professionnelle existe en se fondant sur le montant de ses revenus, du grand nombre de *followers* et de l'emploi d'un manager<sup>45</sup>.

## 2. La notion de pratique commerciale

La DPCD définit une pratique commerciale comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »<sup>46</sup>. Cette notion couvre toutes les promotions commerciales

ainsi que la publicité; elle englobe également tant les comportements positifs que les omissions qui ont pour objectif de déclencher un acte d'achat<sup>47</sup>.

La Cour de justice interprète largement cette notion de « pratique commerciale ». Toutefois, l'arrêt *RLvS*<sup>48</sup> apporte certaines restrictions à ce champ d'application particulièrement large<sup>49</sup>. Dans cette affaire, un concurrent contestait la publication par la société de presse *RLvS* de deux articles sponsorisés sans la mention « annonce » imposée par la loi régionale allemande. La juridiction de renvoi demande si la DPCD s'oppose, en ce qui concerne ces deux articles, à l'application d'une telle exigence du droit national dans le chef de l'éditeur de presse. En effet, comme il s'agit d'un domaine avec une harmonisation complète (voy. *supra*), est-ce qu'un État membre peut imposer des règles plus strictes ?

Dans son arrêt, la Cour précise d'abord que la notion de « pratique commerciale » requiert deux conditions: les pratiques visées doivent être, d'une part, de nature commerciale, c'est-à-dire émaner de professionnels, d'autre part, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture *de leurs produits*<sup>50</sup> aux consommateurs<sup>51</sup>. En interprétant cette seconde condition, la Cour juge que la notion de « pratique commerciale » recouvre les pratiques d'un professionnel qui cherche à promouvoir ses propres produits, et non ceux d'un tiers<sup>52</sup>. Il doit y avoir une relation directe entre le professionnel et les produits dont il fait la publicité, pour que la directive puisse s'appliquer. Dans

<sup>44</sup> KG Berlin, 8 janvier 2019, n° 5 U83/18, disponible en allemand à l'adresse suivante: <https://www.online-und-recht.de/urteile/Keine-Schleichwerbung-bei-Vreni-Frost-Instagram-Postings-Kammergericht-Berlin-20190108/>.

<sup>45</sup> LG Köln, 21 juillet 2020, n° 33 O 138/19, disponible en allemand à l'adresse suivante: [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg\\_koeln/j2020/33\\_O\\_138\\_19\\_Urteil\\_20200721.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2020/33_O_138_19_Urteil_20200721.html).

<sup>46</sup> Art. 2 (d) DCPD. Voy. également COMMISSION EUROPÉENNE, *Document de travail concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales accompagnant le document: Communication de la Commission – Une approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe*, 25 mai 2016, SWD(2016) 163 final, p. 39; C.J.U.E., 14 janvier 2010, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, aff. C-304/08, ECLI:EU:C:2010:12, § 39. En droit belge, cette définition est reprise à l'article I.8, 23°, du CDE.

<sup>47</sup> H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN et T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 507.

<sup>48</sup> C.J.U.E., 17 octobre 2013, *RLvS Verlagsgesellschaft mbH contre Stuttgarter Wochenblatt GmbH*, aff. C-391/12, ECLI:EU:C:2013:669 (ci-après arrêt *RLvS*).

<sup>49</sup> A. PUTTEMANS et L. MARCUS, *op. cit.*, p. 27.

<sup>50</sup> Nous soulignons.

<sup>51</sup> Arrêt *RLvS*, § 37.

<sup>52</sup> Arrêt *RLvS*, § 40.



## DOCTRINE

le cas d'espèce, le professionnel est l'éditeur de presse, et non l'annonceur. Dès lors, la directive s'appliquerait à une pratique commerciale d'un éditeur de presse qui aurait pour effet d'affecter le comportement du consommateur par rapport au journal<sup>53</sup>. Or, en publiant les publicités sans les mentions obligatoires, l'éditeur de presse ne cherche pas à promouvoir son propre journal, mais à pousser le consommateur à acheter les produits des annonceurs<sup>54</sup>. Ainsi, en limitant la notion de pratiques commerciales aux seules pratiques destinées à promouvoir les produits du professionnel qui s'y livre<sup>55</sup>, la Cour de justice a refusé de classer la publication d'articles sponsorisés comme une pratique commerciale de l'éditeur.

La question se pose donc de savoir si les conclusions de l'arrêt *RLvS* peuvent être applicables *mutatis mutandis* au marketing d'influence sur les réseaux sociaux. La doctrine est hésitante. Ainsi, selon J. Trzaskowski, il est possible qu'une telle activité ne soit pas couverte par la définition d'une pratique commerciale au sens de la DPCD<sup>56</sup>, en considérant que l'influenceur promeut le produit d'une tierce partie (la marque/l'annonceur) et que cette activité n'affecte pas le comportement économique de

ses propres *followers* vis-à-vis de ses réseaux sociaux. Il se montre cependant prudent, en notant que cette solution n'est pas favorable à la protection des consommateurs. Si la Cour de justice devait être saisie de la question, elle pourrait donc adopter une autre voie que celle retenue dans l'arrêt *RLvS*. À notre sens, il est aussi possible de retenir une interprétation différente de celle adoptée dans l'arrêt *RLvS* car les *business models* de la presse traditionnelle et des influenceurs présentent des différences. À cet égard, la jurisprudence allemande, développée ci-dessous, donne des indications sur la manière dont les deux situations (presse traditionnelle versus le marketing d'influence sur les réseaux sociaux) peuvent être distinguées.

En ce qui concerne la jurisprudence allemande, de nombreuses décisions ont tendance à considérer que les publications d'un influenceur sur les réseaux sociaux mentionnant des produits d'un annonceur sont des « actes commerciaux » au sens de la loi allemande sur les pratiques commerciales déloyales (UWG). Toutefois, il faut d'emblée préciser qu'en droit allemand la notion d'« acte commercial » est interprétée de manière plus large que celle de « pratique commerciale » au sens de la directive<sup>57</sup>. Les juridictions allemandes tendent à considérer que la notion d'« acte commercial » couvre tant la promotion par un professionnel de ses propres produits que ceux d'une société tierce.

Malgré cette réserve, il est néanmoins intéressant de s'intéresser à la jurisprudence allemande, car la plupart des décisions rendues considèrent que les publications litigieuses promeuvent à la fois les produits d'un annonceur, mais promeuvent également l'activité

<sup>53</sup> Arrêt *RLvS*, § 41. À cet égard, la Cour de justice vise uniquement le fait de pouvoir acheter des participations dans le journal : « Cependant, dans la mesure où le fait pour l'éditeur de presse de procéder à de telles publications susceptibles de promouvoir, éventuellement indirectement, les produits et les services de tiers n'est pas de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur dans sa décision d'acquérir ou de prendre possession du journal en cause, d'ailleurs à parution gratuite (voir, sur cet aspect, arrêt *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, précité, points 44 et 45), une telle pratique d'édition n'est pas en elle-même susceptible d'être qualifiée de "pratique commerciale" de cet éditeur au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 ».

<sup>54</sup> Arrêt *RLvS*, § 41.

<sup>55</sup> A. PUTTEMANS et L. MARCUS, *op. cit.*, p. 29.

<sup>56</sup> J. TRZASKOWSKI, *op. cit.*, p. 88.

<sup>57</sup> OLG Hamburg, 2 juillet 2020, n° 15 U 142/19, disponible en allemand à l'adresse suivante : <https://openjur.de/u/2271476.html>. Voy. également R. DUCATO, *op. cit.*, p. 259.



professionnelle de l'influenceur<sup>58</sup>. Or, le fait de considérer que l'activité d'un influenceur sur les réseaux sociaux est par essence de l'auto-promotion pourrait permettre d'appliquer la DPCP d'une manière compatible avec les enseignements de l'arrêt *RLvS*. Ainsi, afin de justifier l'existence d'«un acte commercial», les juridictions allemandes décortiquent le *business model* des influenceurs et exposent que l'influenceur, par essence, fait son auto-promotion lorsqu'il est actif sur les réseaux sociaux<sup>59,60</sup>. Leur raisonnement est le suivant: en postant des publications sur les réseaux

sociaux par lesquelles ils mettent en avant certains biens et/ou services de sociétés tierces, les influenceurs – du moins ceux qui ont acquis un certain statut et méritent donc la qualification de «professionnel» – réalisent un «acte commercial». En effet, ces publications s'inscrivent dans un objectif commercial, puisque leur objectif est d'augmenter constamment leur nombre de *followers*, ce qui accroît ainsi leur attractivité auprès des annonceurs.

Une décision récente de la Cour d'appel de Munich<sup>61</sup> apporte toutefois une voix discordante. Dans cette affaire, pour le demandeur (une association de protection de la concurrence), le fait que l'influenceuse avait publié des messages sur des produits, en indiquant le lien vers les marques, mais sans indiquer de mention «publicité», était constitutif d'un acte commercial déloyal. La Cour d'appel de Munich a d'abord relevé que l'influenceuse agissait à titre professionnel. Ensuite, elle a examiné si les publications litigieuses pouvaient être considérées comme des actes commerciaux. À cet égard, elle a jugé que le fait d'utiliser son compte *Instagram* de manière telle à le rendre attractif pour de nouveaux contrats publicitaires est inhérent aux actions de l'industrie des médias, qui est également par ailleurs fortement dépendante des revenus publicitaires. Dès lors, les publications *Instagram* comprenant des *tags* avec des marques ne se distinguent pas des autres contributions servant l'intérêt des lecteurs pour l'information. La Cour d'appel poursuit en ajoutant que le fait que les publications promeuvent également la vente des produits que l'influenceuse porte ou utilise n'est qu'un «simple réflexe d'autoreprésentation». Dans la mesure où l'influenceuse

<sup>58</sup> Pour une décision récente et détaillée, voy. par exemple OLG Karlsruhe, 9 septembre 2020, n° 6 U 38/19, §§ 70-80, disponible en allemand à l'adresse suivante: <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20200136>. Voy. également les décisions mentionnées en notes 58 et 59.

<sup>59</sup> Le Tribunal régional de Karlsruhe a ainsi jugé qu'une influenceuse a pour objectif de gagner des revenus en commercialisant des produits tout en paraissant authentique. En l'espèce, l'influenceuse a été reconnue comme «professionnel» au sens de la directive: elle est suivie par plus de 4 millions de *followers* et travaille en collaboration avec un manager et une agence de publicité. La juridiction note qu'elle met en scène sa vie avec les marques qui la contactent et que plus le nombre de *followers* est important, plus l'influenceuse gagne de l'argent. Le design attrayant de son compte *Instagram* équivaut donc à augmenter la valeur des services qu'elle offre. Dans cette affaire, l'influenceuse a par ailleurs elle-même expliqué qu'elle était rémunérée pour environ 50% de ses communications, admettant que si elle ne fait «que» de la publicité, elle met en danger sa proximité avec la communauté et sa crédibilité – c'est-à-dire les atouts essentiels de son entreprise. LG Karlsruhe, 21 mars 2019, n° 13 O 38/18 KfH, § 44. Le jugement est disponible en langue allemande à l'adresse suivante: [http://www.lrbw.juris.de/cgi-bin/laender\\_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=27294](http://www.lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=27294).

<sup>60</sup> Dans une autre décision récente et particulièrement motivée, le Tribunal régional de Cologne a établi l'existence d'un «acte commercial», dès lors que l'influenceur avait «l'intention de s'annoncer comme un partenaire possible pour le placement de produits, en raison de son importante activité d'influence rémunérée. LG Köln, 21 juillet 2020, n° 33 O 138/19, disponible en allemand à l'adresse suivante: [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg\\_koeln/j2020/33\\_O\\_138\\_19\\_Urteil\\_20200721.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2020/33_O_138_19_Urteil_20200721.html).

<sup>61</sup> OLG München, 25 juin 2020, n° 29 U 2333/19, disponible en allemand à l'adresse suivante: <https://www.online-und-recht.de/urteile/Kennzeichnungspflichten-einer%20Instagram-Influencerin-Oberlandesgericht-M%C3%BCnchen-20200625/>.



ne reçoit aucune rémunération sous quelque forme que ce soit pour cela, la juridiction munichoise considère que l'on ne peut déduire de ces publications un acte commercial en faveur de la société tierce dont elle utilise les produits. Elle poursuit en ajoutant que ces contributions sont comparables à la section rédactionnelle de nombreux magazines de mode, qui contiennent aussi régulièrement des références aux fabricants et aux sources d'approvisionnement des produits présentés, sans qu'il soit nécessaire de les marquer comme de la publicité.

Bien que les situations des éditeurs de presse et des influenceurs présentent certaines similitudes (ils sont tout autant créateurs de contenu et dépendants de la publicité), elles doivent cependant être distinguées car leurs *business models* ne sont pas exactement semblables. Ainsi, comme le souligne une décision de la Cour d'appel de Karlsruhe<sup>62</sup> – répondant à la décision de la Cour d'appel de Munich commentée *supra* –, tous les messages des influenceurs sont conçus de manière à promouvoir leur propre entreprise, en recherchant l'augmentation du nombre de *followers* et le nombre de commentaires. Le marketing d'influence sur les réseaux sociaux, contrairement à la publicité dans les journaux, les magazines, la radio et la télévision, ne fonctionne pas sur la base de lignes de démarcation visuelles ou acoustiques entre le contenu rédactionnel et la publicité de tiers. Comme indiqué *supra*, les influenceurs jouent constamment du caractère flou de ces lignes, en mélangeant contenu personnel et contenu promotionnel. Les influenceurs tirent donc un avantage de la dissolution de ces frontières.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'un quatrième acteur joue un rôle essentiel dans le cadre du marketing d'influence: les plate-

formes. En effet, comme le représente la figure 1 (voy. *supra*), il existe une *première* relation triangulaire entre l'influenceur, l'annonceur et le consommateur. Cette relation est similaire pour la presse traditionnelle entre l'éditeur de presse, l'annonceur et le consommateur. Mais, dans le cadre du marketing d'influence, il existe une *seconde* relation triangulaire entre l'influenceur, la plateforme et le consommateur. Et, dans ces circonstances, l'influenceur doit sans cesse composer avec l'algorithme de la plateforme afin d'accroître son influence. L'influenceur est donc bien constamment dans l'autopromotion, d'une manière différente d'un éditeur de presse. À cet égard, le rôle que joue l'algorithme de la plateforme dans la mise en avant des contenus ne doit pas être sous-estimé. S. Frier, dans son ouvrage sur *Instagram*, expose de manière circonstanciée comment l'algorithme du réseau force les influenceurs à adopter une stratégie particulière pour augmenter leur nombre de *followers*<sup>63</sup>. Il n'est donc pas impossible de justifier que les conclusions de l'arrêt *RLvS* ne s'appliquent directement pas au marketing d'influence sur les réseaux sociaux, ce qui permettrait d'appliquer la DPCD à ce phénomène, et d'assurer ainsi un degré de protection élevé du consommateur via cet instrument.

### 3. *L'application des dispositions de la DPCD au marketing d'influence sur les réseaux sociaux*

La directive s'applique au moyen d'un test en trois étapes. Tout d'abord, il convient de vérifier si la pratique commerciale est reprise dans l'une des listes noires des pratiques déloyales interdites en toutes circonstances. En particulier, le point 11 de la liste noire reprise dans l'annexe I de la directive interdit au professionnel d'«utiliser un contenu rédactionnel

<sup>62</sup> OLG Karlsruhe, 9 septembre 2020, n° 6 U 38/19, disponible en allemand à l'adresse suivante: <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20200136>.

<sup>63</sup> S. FRIER, *No Filter: The Inside Story of Instagram*, Simon&Schuster, 2020, pp. 218 et s.



dans les médias pour faire la promotion d'un produit, 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». Il s'agit de la pratique du publi-reportage. Toutefois, dans l'arrêt *RLvS* précité, la Cour de justice donne des indications claires : cette disposition s'applique uniquement aux annonceurs<sup>64</sup>. En conséquence, elle ne s'appliquerait pas aux influenceurs. La doctrine semble également exclure l'application de cette disposition au marketing d'influence<sup>65</sup>. Le point 22 de la liste interdit encore au professionnel de se présenter faussement comme un consommateur. Cette disposition, formulée en des termes très larges, pourrait être utilisée dans l'hypothèse où l'influenceur fait la promotion de ses propres produits (par exemple, une ligne de t-shirts lancée en collaboration avec une marque de vêtements) en se faisant passer pour un consommateur. Cependant, l'ensemble des situations que recouvre le marketing d'influence ne nous semble pas pouvoir entrer dans le champ d'application de cette disposition.

En conséquence, il convient de passer à la deuxième étape du test, et vérifier si la pratique commerciale est interdite en tant que pratique commerciale trompeuse ou agressive, au regard des conditions propres fixées par le législateur. Une pratique commerciale trompeuse peut être soit une action trompeuse (art. 6 DPCD), soit une omission trompeuse (art. 7 DPCD)<sup>66</sup>. Dans ce cas, le juge doit vérifier si le comportement a influencé le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. C'est l'article 7, § 2, DPCD qui est généralement appliqué par les juridictions allemandes et mis en avant par la doctrine dans le cadre du marketing

d'influence<sup>67</sup>. Quant aux pratiques commerciales agressives, ce sont des pratiques altérant ou susceptibles d'altérer le comportement du consommateur, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée (art. 8 et 9 DCPC)<sup>68</sup>. En l'espèce, ces dispositions n'apparaissent pas adéquates pour régler de manière générale les obligations de transparence s'appliquant aux influenceurs sur les réseaux sociaux<sup>69</sup>.

Enfin, la troisième étape consiste à examiner la pratique au regard de l'article 5 DPCD<sup>70</sup>, qui formule le principe de l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales. Cette disposition prévoit deux critères : premièrement, la pratique doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle ; deuxièmement, la pratique doit altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs. Si la pratique commerciale passe les trois tests, elle peut être considérée comme valide.

Revenons donc à la deuxième étape du test, c'est-à-dire l'examen de la pratique commerciale au regard de l'article 7, § 2, DPCD<sup>71</sup>. Cette disposition prévoit deux conditions pour

<sup>64</sup> Arrêt *RLvS*, § 44.

<sup>65</sup> J. TRZASKOWSKI, *op. cit.*, p. 85.

<sup>66</sup> En droit belge, voy. les articles VI.97 à VI.100 du CDE.

<sup>67</sup> Voy. aussi R. DUCATO, *op. cit.*, p. 240 ; J. TRZASKOWSKI, *op. cit.*, p. 84. En droit belge, voy. l'article VI.99, § 2, du CDE.

<sup>68</sup> En droit belge, voy. les articles VI.101 à VI.103 du CDE.

<sup>69</sup> Il est possible que certains cas spécifiques du marketing d'influence sur les réseaux sociaux puissent être considérés comme des pratiques commerciales agressives, mais ces cas sortent du champ d'étude de cette contribution qui porte sur les obligations de transparence.

<sup>70</sup> En droit belge, voy. l'article VI.92 CDE.

<sup>71</sup> En droit belge, l'interdiction des omissions trompeuses est inscrite à l'article VI.99, §§ 1 et 2, CDE. En droit allemand, il s'agit de l'article 5, § 6, UWG.



qualifier une pratique commerciale d'omission trompeuse. D'une part, les informations sont dissimulées ou fournies de manière peu claire, ambiguë ou à contretemps, ou le professionnel n'indique pas sa véritable intention commerciale. Cette condition pourrait s'appliquer lorsque l'influenceur – qui serait rémunéré pour parler d'un produit – omettrait de signaler les *posts* au moyen de mentions telles que « publicité » ou « sponsorisé ». Dans ce cas, l'influenceur n'indiquerait pas, en effet, son intention commerciale alors qu'il s'agirait de messages publicitaires. D'autre part, le consommateur prend – ou est susceptible de prendre – en conséquence de cette omission une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Il est donc nécessaire de vérifier que l'omission des mentions adéquates a conduit le consommateur ou est susceptible de le conduire à acheter le bien ou service en question.

La jurisprudence allemande est particulièrement divisée sur cette question de l'absence de communication de l'intention commerciale par les influenceurs. Par exemple, la Cour d'appel de Berlin a jugé qu'en raison de l'absence de mention publicitaire, les *followers* sont face à un message où le contenu rédactionnel semble primer et sont incités à ne pas prêter attention au caractère publicitaire du message. Selon la Cour d'appel, c'est précisément le caractère flou du message qui est propre à éveiller la curiosité du *follower* et à l'inciter à cliquer sur le lien pour visiter la page de la marque, pour y ensuite acheter des produits ou services<sup>72</sup>. Le Tribunal régional de Cologne a également relevé que le concept d'influenceur consiste précisément à mélanger

le contenu privé et commercial, ce qui rend difficile pour les *followers* de distinguer les deux types de contenus, car ils s'intéressent aux influenceurs en tant que particuliers, mais pas en tant qu'ambassadeurs publicitaires d'entreprises<sup>73</sup>. Ainsi, l'absence de toute indication de caractère commercial est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement<sup>74</sup>. Mais deux autres décisions allemandes prennent une voie opposée, bien que les circonstances de fait soient relativement semblables. En juin 2020, la Cour d'appel de Munich a considéré que l'intention commerciale des publications d'une influenceuse ressort directement des circonstances. Selon la juridiction, il ressort clairement du contexte (le nombre de *followers*, le badge bleu de certification, ...) que l'influenceuse ne publie pas les messages pour informer ses amis de ses activités et pour échanger des informations avec eux, mais qu'elle le fait à des fins commerciales. En juillet 2020, la Cour d'appel d'Hambourg a également suivi une approche favorable aux influenceurs, relevant que les consommateurs étaient parfaitement capables de réaliser au premier regard la nature commerciale d'un compte d'influenceur<sup>75</sup>.

\* \* \*

En conclusion, ces récentes décisions donnent de précieuses indications sur la manière dont la DPCD pourrait également être interprétée devant les juridictions belges, le cas échéant. La qualification de « professionnel » est généralement reconnue aux influenceurs impliqués

<sup>72</sup> KG Berlin, 8 janvier 2019, n° 5 U 83/18, disponible en allemand à l'adresse suivante: <https://www.online-und-recht.de/urteile/Keine-Schleichwerbung-bei-Vreni-Frost-Instagram-Postings-Kammergericht-Berlin-20190108/>.

<sup>73</sup> LG Köln, 21 juillet 2020, n° 33 O 138/19, § 65.

<sup>74</sup> *Ibidem*, §§ 67-68. Voy. également OLG Karlsruhe, 9 septembre 2020, n° 6 U 38/19, §§ 125-129.

<sup>75</sup> OLG Hamburg, 2 juillet 2020, n° 15 U 142/19, disponible en allemand à l'adresse suivante: <http://www.rechtsprechunghamburg.de/jportal/portal/page/bsharprod.psm1?doc.id=KORE551822020&st=ent&doctype=juris-r&showdoccase=1&paramfromHL=true#focuspoint>.



dans les litiges, mais en raison de nombreux facteurs (nombre de *followers*, présence d'un agent, badge de certification, ...), cette qualification fait peu débat. Les enjeux juridiques concernent plutôt l'interprétation des notions de « pratique commerciale » et d'« intention commerciale ». À cet égard, il n'y a pas de consensus au niveau de la jurisprudence allemande. Plusieurs juridictions<sup>76</sup> ayant laissé à la Cour fédérale allemande la possibilité de réformer leurs décisions, cette dernière pourrait harmoniser une jurisprudence divisée sur la question, le cas échéant en posant une question préjudicielle à la Cour de justice. Il serait en effet souhaitable que la juridiction européenne puisse apporter de la clarté sur la notion de « pratique commerciale », en particulier au regard de l'arrêt *RLvS*. En effet, il apparaît difficilement concevable qu'il n'y ait pas un instrument législatif européen qui puisse répondre aux enjeux du marketing d'influence. Par ailleurs, une modification législative de la DPCD sera peut-être nécessaire, afin de clarifier son champ d'application et de considérer explicitement ces pratiques comme étant déloyales (c'est-à-dire le non-respect des obligations de transparence en omettant les mentions telles que « publicité » ou « post sponsorisé »). En Allemagne, au vu de la divergence des décisions rendues récemment par les cours d'appel, le Ministère fédéral de la justice et de la protection des consommateurs a adopté le 4 novembre 2020 un projet de loi, qui vise notamment à clarifier les obligations de transparence/de signalisation imposées au marketing d'influence sur les réseaux sociaux<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Dans le même sens: OLG Hamburg, 2 juillet 2020, n° 15 U 142/19, et OLG Karlsruhe, 9 septembre 2020, n° 6 U 38/19. Dans le sens contraire: OLG München, 25 juin 2020, n° 29 U 2333/19.

<sup>77</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (projet de loi visant à renforcer la protection des consommateurs dans le droit de la concurrence et le droit commercial). Le document est disponible en allemand

Ce projet de loi prévoit ainsi que dans le cas d'un acte commercial réalisé exclusivement au profit d'une entreprise tierce, la finalité commerciale ne sera présumée que si l'auteur de l'acte reçoit en échange une rémunération ou une contrepartie similaire de la part de l'entreprise tierce<sup>78</sup>.

## B. La directive e-Commerce (DCE)

La DCE<sup>79</sup> établit un cadre général permettant de couvrir certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur. Elle énonce des exigences de base concernant l'information obligatoire des consommateurs, les étapes à suivre dans les contrats en ligne et les règles relatives aux communications commerciales, comme par exemple la publicité en ligne et les communications commerciales non sollicitées. Cette directive s'applique aux services de la société de l'information (SSI), définis par référence à l'article 1<sup>er</sup>, b, de la directive 2015/1535<sup>80</sup>, soit « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire

à l'adresse suivante: [https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Staerkung\\_Verbraucherschutz\\_Wettbewerbs-\\_und\\_Gewerberecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2/](https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2/).

<sup>78</sup> J. UFROW, « Projet de loi visant à renforcer la protection des consommateurs dans le droit de la concurrence et le droit commercial », *Iris*, 2021/1, 1/10.

<sup>79</sup> Depuis 2000, la Commission européenne a présenté diverses autres mesures législatives et a réfléchi à l'opportunité de présenter une nouvelle réglementation. Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a notamment déposé un projet de règlement (*Digital Services Act*) qui a vocation à remplacer la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (voy. note 18, *supra*).

<sup>80</sup> Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.*, L 241/1, 17 septembre 2015, pp. 1-15. En droit belge, voy. l'article 1.18, 1°, CDE.



de services». L'exigence d'un service presté contre rémunération ne requiert pas la nécessité d'une rémunération effective de la part du destinataire de service. En pratique, «il suffit que l'activité présente un caractère économique ou bénéficie d'une contrepartie économique. Sont ainsi visés aussi bien les services de vente en ligne que les services "gratuits", dont le financement est le plus souvent assuré par la publicité (sites parrainés, journaux accessibles gratuitement en ligne et financés par des bannières publicitaires...)»<sup>81</sup>.

Le prestataire d'un SSI est défini à l'article 2, b), de la DCE comme «toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information»<sup>82</sup>. La notion de «prestataire» au sens de la DCE n'est pas la même que celle de «professionnel» au sens de la DCPD, dans la mesure où, d'une part, elle ne couvre que les activités qui ont nécessairement lieu en ligne et, d'autre part, elle concerne, plus largement, toute personne exerçant une activité économique en ligne (entreprise, titulaire de profession libérale, etc.). Comme la notion de SSI exige une activité économique au sens des articles 56-57 TFUE, il convient de vérifier si les influenceurs poursuivent une telle activité. Il peut y avoir une activité économique si l'influenceur est financé par la publicité ou si l'activité peut accroître sa réputation (et donc la valeur économique de son compte)<sup>83</sup>. Les comptes des influenceurs sur les réseaux sociaux (*Instagram, YouTube, TikTok, ...*) peuvent ainsi être considérés comme des services de la société de l'information, à tout le moins lorsque ces activités sont exercées par des influenceurs professionnels.

Les services de la société de l'information doivent respecter un certain nombre d'obligations de transparence afin d'assurer la protection des consommateurs par rapport aux communications commerciales. L'article 6 DCE détaille les obligations de transparence auxquelles une communication commerciale est soumise, lorsqu'elle fait partie d'un service de la société de l'information ou constitue un tel service. Ainsi, les informations suivantes doivent être identifiables: la publicité – ainsi que la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite –, les offres promotionnelles et les conditions pour en bénéficier, les concours ou jeux promotionnels et les conditions pour y participer<sup>84</sup>.

Comme le souligne J. Trzaskowski, la DCE semble couvrir l'hypothèse où un influenceur promeut des biens et services de sociétés tierces sur ses réseaux sociaux<sup>85</sup>. D'une part, la définition de l'article 2, sous f), de la DCE définit la communication commerciale de manière large, comme «toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée»<sup>86</sup>. D'autre part, cette hypothèse semble être corroborée par le fait que «la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable»<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, «La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information», *J.T.*, 2004, p. 82.

<sup>82</sup> En droit belge, voy. l'article 1.18, 3°, CDE.

<sup>83</sup> R. DUCATO, *op. cit.*, p. 245.

<sup>84</sup> En droit belge, voy. l'art. XII.12, 1°, CDE.

<sup>85</sup> J. TRZASKOWSKI, *op. cit.*, p. 91.

<sup>86</sup> À l'exception (i) des «informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique» et (ii) des «communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière». En droit belge, voy. l'article 1.18, 6°, CDE.

<sup>87</sup> Art. 6 sous (b), DCE.



Toutefois, la DCE ne couvre pas non plus toutes les situations relevant du marketing d'influence. En effet, la définition de la communication commerciale exclut explicitement, d'une part, les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique, d'autre part, les communications élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans avantage économique<sup>88</sup>.

En conséquence, dès que l'influenceur prétendra avoir reçu les produits gratuitement, il ne sera pas possible d'appliquer cet article. Ainsi, dans sa décision de juillet 2020<sup>89</sup>, la Cour d'appel de Hambourg a rejeté l'application de l'article 6, § 1, TMG (qui transpose l'article 6 sous (a), DCE), en considérant que l'influenceur avait communiqué des informations sur des produits et services de manière indépendante, sans contrepartie financière.

### C. La directive sur les services de médias audiovisuels (DSMAV)

Une partie des influenceurs exercent leur influence sur les réseaux sociaux en postant des vidéos sur *YouTube*, *TikTok* ou encore *Insta-*

*gram*<sup>90</sup>. Dès lors que le format vidéo est utilisé, il est légitime de s'interroger sur l'application de la DSMAV à ce phénomène. Dans cette perspective, la DSMAV<sup>91</sup> prévoit deux types d'obligations, celles qui s'imposent aux influenceurs en tant qu'éditeurs de services (1.) et celles qui s'imposent aux plateformes de partage de vidéos (2.)<sup>92</sup>.

#### 1. La responsabilité et les obligations des influenceurs en tant qu'éditeurs de contenu

Au sens de l'article 1, sous (a), de la DSMAV, un service de média audiovisuel est soit un service qui répond aux sept critères cumulatifs suivants: (1) *service tel que défini aux articles 56 et 57 du TFUE*, pour lequel (2) *l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service est la fourniture de* (3) *programmes* au (4) *grand public*,

<sup>88</sup> Art. 2 sous (f), *in fine* DCE. Par exemple, les travaux préparatoires de la loi sur le commerce électronique excluent le seul fait de détenir un site; le fait de donner de l'information qui ne serait pas de la promotion; le lien hypertexte vers un site web publicitaire lorsqu'il est créé sans lien financier ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce site; la mention du nom de domaine ou d'une adresse électronique, d'un logo ou d'une marque lorsque cela est fait sans liens financiers ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce nom de domaine, cette adresse, ce logo ou cette marque. Voy. le commentaire de l'article 2, 7°, du projet de loi, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, pp. 13 et s. (ci-après, «exposé des motifs»).

<sup>89</sup> OLG Hamburg, 2 juillet 2020, n° 15 U 142/19.

<sup>90</sup> *Instagram* a lancé en juin 2020 la fonction Reels permettant de filmer et télécharger de courtes vidéos, à l'instar de *TikTok*: J. BALDACCHINO, «Instagram lance "Reels": "Le format court, c'est le futur du divertissement mobile"», *FranceInter*, 2 juillet 2020. Voy. <https://www.franceinter.fr/culture/instagram-lance-reels-le-format-court-c-est-le-futur-du-divertissement-mobile>.

<sup>91</sup> L'emploi de l'abréviation DSMAV vise spécifiquement la version consolidée de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, à la suite de sa révision par la directive 2018/1808. L'abréviation «directive 2010/13/UE» vise la directive dans sa version de 2010. L'abréviation «directive 2018/1808» vise la directive modificatrice de 2018.

<sup>92</sup> Considérant 3 de la directive 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive «Services de médias audiovisuels»), compte tenu de l'évolution des réalités du marché, *J.O.*, L 303, 28 novembre 2018, pp. 69-92 (ci-après directive 2018/1808).



sous la (5) *responsabilité éditoriale* d'un fournisseur de services de médias, (6) *dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer*, par le biais de (7) *réseaux de communications électroniques*, soit une communication commerciale audiovisuelle. Sept critères cumulatifs doivent donc être remplis afin de considérer un influenceur comme un éditeur de service de média audiovisuel<sup>93</sup>.

Premièrement, le service fourni doit pouvoir être considéré comme une activité économique au sens des articles 56 et 57 TFUE. Par exemple, les sites internet et les blogs qui ont comme ressource principale la publicité doivent être considérés comme des services économiques<sup>94</sup>. Il est ainsi probable que cette condition sera remplie pour les influenceurs professionnels, qui génèrent des revenus grâce à leurs activités (monétisation des contenus, rémunération par la marque pour une mise en avant d'un produit ou service, ...). En revanche, elle ne s'applique pas pour les créateurs de contenus dont le seul objectif est de partager du contenu<sup>95</sup>. Une analyse au cas par cas est donc nécessaire pour déterminer l'existence d'une activité économique.

Deuxièmement, l'objet principal d'un service de média audiovisuel doit être la fourniture de programmes. Les services pour lesquels le contenu est simplement accessoire au service, et non son objectif principal, sont donc exclus du champ d'application de la DSMAV. Par

ailleurs, la définition d'un service de média audiovisuel a été modifiée en 2018 pour préciser que la notion d'«objet principal» se réfère soit au service proprement dit, soit à une partie dissociable de ce service. Cette modification tire sa source de l'arrêt *New Media Online*, rendu par la Cour de justice en octobre 2015<sup>96</sup>. En pratique, cela signifie que si une partie dissociable du service est consacrée à la fourniture de programmes audiovisuels, elle pourra être qualifiée de service de média audiovisuel. C'est par exemple le cas des éléments autonomes de journaux en ligne proposant des programmes audiovisuels, ou encore des vidéos créées par l'utilisateur lorsque ces éléments peuvent être considérés comme étant dissociables de leur activité principale. On peut ainsi penser à la partie d'un blog d'un influenceur qui comporterait des vidéos. Cette évaluation de l'objet principal du service se fera également au cas par cas<sup>97</sup>.

Troisièmement, la communication commerciale doit accompagner ou être incluse dans un programme. Cette notion de programme doit être interprétée de manière dynamique, en tenant compte de l'évolution de la radiodiffusion télévisuelle<sup>98</sup>. Afin de prendre en compte les transformations affectant le paysage audiovisuel, la nouvelle version de la directive a été élargie pour inclure les vidéos indépendamment de leur durée. Comme le souligne le premier considérant de la directive 2018/1808, «ce changement reflète la transformation des habitudes de consommation des enfants et des adolescents, qui consomment de plus en plus de contenus audiovisuels via des tablettes et des smartphones. Les habitudes de visionnage, surtout celles des générations

<sup>93</sup> Pour une analyse détaillée des critères, voy. P. VALCKE, «The EU regulatory framework applicable to audiovisual media services», in L. GARZANITI, M. O'REGAN, A. DE STREEL et P. VALCKE (éds), *Electronic communications, Audiovisual Services and the Internet: EU Competition Law and Regulation*, 4th ed., Sweet & Maxwell, 2019, pp. 177-186.

<sup>94</sup> P. VALCKE, *op. cit.*, p. 177.

<sup>95</sup> V. VERDOODT et N. FECl, «Digital influencers and vlogging advertising: Calling for awareness, guidance and enforcement», *A&M*, 2018-2019/1, p. 14. Voy. également le considérant 6 de la directive 2018/1808.

<sup>96</sup> C.J.U.E., 21 octobre 2015, *New Media Online GmbH contre Bundeskommunikationssenat*, aff. C-347/14, ECLI:EU:C:2015:709.

<sup>97</sup> P. VALCKE, *op. cit.*, p. 180.

<sup>98</sup> Considérant 24 de la directive 2010/13/UE.



plus jeunes, ont changé de manière significative. Même si l'écran de télévision principal conserve une place importante pour partager les expériences audiovisuelles, bon nombre de spectateurs se sont tournés vers d'autres appareils, portables, pour visionner des contenus audiovisuels<sup>99</sup>. Un type de nouvelle expérience audiovisuelle est la possibilité de regarder les épisodes de la vie d'un influenceur numérique<sup>100</sup>, disponibles sous forme de *vlogs* diffusés de manière régulière.

Quatrièmement, le service doit être offert au grand public. Dès lors que les vidéos postées le sont en format public, accessible à tout le monde, cette condition ne pose pas de souci d'application particulier.

Cinquièmement, l'influenceur doit exercer une responsabilité éditoriale, c'est-à-dire exercer un contrôle effectif sur la sélection et l'organisation du programme. L'application de cette notion aux créateurs de contenus comme les influenceurs n'est pas simple, mais elle est tout à fait envisageable. En effet, le considérant 3 de la directive explicite que «les chaînes ou tout autre service audiovisuel sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur peuvent constituer en soi des services de médias audiovisuels, même s'ils sont offerts sur une plateforme de partage de vidéos qui se caractérise par l'absence de responsabilité éditoriale. Dans ce cas, il appartiendra aux fournisseurs ayant la responsabilité éditoriale de se conformer à la directive 2010/13/UE». En d'autres termes, le contenu produit par les utilisateurs n'est plus exclu du champ d'application de la directive<sup>101</sup>.

Sixièmement, la DSMAV exige que le programme vise à informer, divertir ou éduquer le grand public. Généralement, les contenus diffusés par les influenceurs répondent à

l'un de ces trois buts. L'application de cette condition ne nous semble donc pas poser de problème particulier en l'espèce<sup>102</sup>.

Enfin, le service doit être fourni par des réseaux de communications électroniques. En tout état de cause, cette condition nous semble être remplie, dès lors que les téléspectateurs ou les abonnés accèdent au contenu en ligne via le réseau social (*Facebook, TikTok, ...*) ou la plateforme de partage vidéo (*YouTube, ...*).

Si le service répond à ces sept conditions cumulatives, il doit respecter le principe d'identification des communications commerciales inscrit à l'article 9, § 1, sous a), de la DSMAV<sup>103</sup>. En pratique, il revient aux régulateurs et aux éditeurs de services des différents États membres de concrétiser cette obligation. Par exemple, le CSA indique dans sa recommandation relative aux communications commerciales sur les plateformes Internet<sup>104</sup> qu'un

<sup>102</sup> En ce sens, la situation des influenceurs sur les réseaux sociaux diffère de celle de l'affaire *Peugeot Deutschland*, par laquelle la Cour avait jugé qu'une chaîne YouTube qui contenait des courtes vidéos promouvant un nouveau modèle de voiture n'avait pas comme objet principal d'informer, de divertir ou d'éduquer. Partant, cette chaîne ne tombait pas sous le champ d'application de la DSMAV. Voy. C.J.U.E., 21 février 2018, *Peugeot Deutschland GmbH v Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-132/17, ECLI:EU:C:2018:85. Voy. en ce sens V. VERDOODT et N. FECl, *op. cit.*, note 30.

<sup>103</sup> L'article 19, § 1, DSMAV dispose également que la publicité télévisée et le téléachat doivent être nettement séparés du reste du programme par des moyens optiques et/ou acoustiques et/ou spatiaux. En Communauté française, l'article 9, § 1, sous a), DSMAV est transposé par l'article 5-2.4. du décret du 3 février 2021 relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos (décret SMAPV). En outre, le deuxième paragraphe de cet article prévoit que «toute référence directe ou indirecte dans la communication commerciale à un programme ou à une séquence de programme de nature à créer la confusion quant au caractère commercial de la communication est interdite».

<sup>104</sup> Collège d'avis du CSA, Recommandation du 11 novembre 2015 relative aux communications commerciales sur les plateformes Internet, docu-

<sup>99</sup> Considérant 1 de la directive 2018/1808.

<sup>100</sup> V. VERDOODT et N. FECl, *op. cit.*, p. 14.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 15.



## DOCTRINE

«utilisateur-récepteur même peu familiarisé avec les codes de l'Internet doit être en mesure d'opérer une distinction entre ce qui relève de la communication commerciale et ce qui relève du contenu éditorial». Ainsi, il est recommandé que l'éditeur identifie clairement les communications commerciales au moyen d'une mention adéquate, telle que «publicité».

En ce qui concerne le parrainage, l'article 10, § 1, sous c), de la DSMAV impose que les téléspectateurs soient clairement informés de l'existence d'un accord de parrainage<sup>105</sup>. Les programmes parrainés doivent être clairement identifiés en tant que tels par le nom, le logo et/ou un autre symbole du parraineur, par exemple au moyen d'une référence à ses produits ou services ou d'un signe distinctif, d'une manière adaptée au programme au début, à la fin ou pendant celui-ci<sup>106</sup>. Il existe en outre des règles spécifiques pour les produits de tabac et les médicaments (§§ 2 et 3) et la directive interdit de parrainer les programmes d'information et d'actualité. Une marge de manœuvre est laissée aux États membres en ce qui concerne le parrainage des programmes pour enfants (§ 4).

ment disponible à l'adresse suivante: [https://www.csa.be/wp-content/uploads/documents-csa/CAC\\_20151112\\_Recommandation\\_publicite\\_nouvelles\\_plateformes.pdf](https://www.csa.be/wp-content/uploads/documents-csa/CAC_20151112_Recommandation_publicite_nouvelles_plateformes.pdf).

<sup>105</sup> Pour la Communauté française, voy. l'article 5.6-1, 2° du décret SMAPV.

<sup>106</sup> Dans les travaux préparatoires du nouveau décret SMAPV, il est par exemple renvoyé à la jurisprudence du CSA selon laquelle «Une annonce formulée selon les termes "la météo avec...", "..., partenaire de la séquence bricolage", "... soutien votre chaîne" suffit souvent à établir l'existence d'un parrainage aux yeux du public. Un jingle comprenant une telle formulation (votre service/programme/séquence avec) ou comprenant l'inscription "parrainage" suivi d'un "spot" de la marque pourrait par ailleurs être acceptable»: Commentaire des articles, Projet de décret sur les services de médias audiovisuels et les services de partage de vidéos, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2020-2021, n° 187/1, p. 53.

Le placement de produit est également encadré par la DSMAV<sup>107</sup>, en son article 11<sup>108</sup>. Alors que le placement de produit était auparavant interdit, l'interdiction est remplacée par un régime d'autorisation du placement de produit en le rendant admissible sauf exceptions pour certains types de programmes (programmes d'information et d'actualité, les émissions de consommateurs, les programmes religieux et les programmes pour enfants). Pour les autres programmes, le placement de produit doit respecter les quatre conditions suivantes:

- leur contenu et leur organisation au sein d'une grille, dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle, ou au sein d'un catalogue, dans le cas de services de médias audiovisuels à la demande, ne sont en aucun cas influencés de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias;
- ils n'incitent pas directement à l'achat ou à la location de biens ou de services, notamment en faisant des références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services;
- ils ne mettent pas en évidence de manière injustifiée le produit en question;
- les spectateurs sont clairement informés de l'existence d'un placement de produit au moyen d'une identification appropriée au début et à la fin du programme, ainsi que lorsqu'un programme reprend après une interruption publicitaire, afin d'éviter toute confusion de la part du spectateur.

<sup>107</sup> Pour la Communauté française, voy. l'article 5-3.4. du décret SMAPV.

<sup>108</sup> I. SPIELVOGEL, B. NADERER et J. MATTHES, «Disclosing product placement in audiovisual media services: a practical and scientific perspective on the implementation of disclosures across the European Union», *International Journal of Advertising*, 2020, p. 3.



Notons enfin que les placements de produits spécifiques comme le tabac ou les médicaments sont interdits, indépendamment du type de programme.

En conclusion, ces dispositions de la DSMAV semblent pouvoir s'appliquer aux influenceurs qui développent une réelle activité économique en publiant de manière régulière des *vlogs* sur des plateformes telles que *YouTube* et collaborent avec des marques dans la création de leur contenu. Bien que leur nombre soit encore confidentiel en Belgique, il s'agit d'une réalité, que l'on peut supposer voir se développer et qui est désormais monitorée par le CSA (voy. *infra*).

## 2. La responsabilité et les obligations des plateformes

La DSMAV s'applique à tous les services audiovisuels et, depuis la modification entrée en vigueur en 2018, à toutes les plateformes de partage de vidéos<sup>109</sup>. Le champ d'application de la directive a été élargi afin de renforcer la protection des utilisateurs, en particulier les mineurs, contre certaines formes de contenu audiovisuel en ligne illégal et préjudiciable. La révision de la directive a également pour objectif d'uniformiser les règles entre les différents acteurs du secteur audiovisuel. En effet, au vu de leur influence croissante sur le secteur audiovisuel, mais également sur la société de manière plus générale, il était devenu inévitable que les plateformes de partage de vidéos soient aussi réglementées<sup>110</sup>. Le considérant 4 de la directive note ainsi explicitement que ces services de partage de vidéos ont «un impact considérable en ce qu'ils permettent plus faci-

lement aux utilisateurs de façonner et d'influencer l'opinion d'autres utilisateurs»<sup>111</sup>. La DSMAV présente donc un intérêt crucial quant à la question des obligations de transparence imposées aux plateformes.

La directive définit la notion de plateforme de partage de vidéos<sup>112</sup>, dont les principales caractéristiques sont: l'accès ouvert à tous; le manque d'implication de la plateforme dans le choix du contenu publié; la conservation algorithmique ou humaine du contenu; le financement par la publicité; et les contrôles ex-post à l'initiative des détenteurs de droits ou de la plateforme elle-même<sup>113</sup>. Tombent par exemple sous cette définition *YouTube* et *DailyMotion*. En outre, la directive prévoit que les réseaux sociaux peuvent également être considérés comme des services de partage de vidéos, dès que le partage de vidéo est une fonctionnalité essentielle<sup>114</sup>. En ce sens, *TikTok*, mais aussi *Facebook* et *Instagram* pourraient tomber sous le champ d'application de la directive.

La Commission a formulé des lignes directrices<sup>115</sup> développant la définition de la directive<sup>116</sup>, afin de clarifier la définition d'une plate-

<sup>111</sup> Considérant 4 de la directive 2018/1808.

<sup>112</sup> Art. 1, § 1 sous *abis*), DSMAV. Pour la Communauté française, voir l'article 1.3-1, 54° du décret SMAPV.

<sup>113</sup> P. VALCKE, *op. cit.*, p. 176.

<sup>114</sup> Considérant 5 de la directive 2018/1808.

<sup>115</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Communication – Lignes directrices pour l'application pratique du critère relatif à la fonctionnalité essentielle figurant dans la définition d'un «service de plateformes de partage de vidéos» établie par la Directive Services de médias audiovisuels*, 7 juillet 2020, 2020/C 223/02.

<sup>116</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 1, point *abis*), DSMAV: un service de plateformes de partage de vidéos est un «service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service ou une fonctionnalité essentielle du service est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux, qui ne relèvent pas de la responsabilité édito-

<sup>109</sup> Pour la Communauté française, voy. l'article 1.1-2. du décret SMAPV.

<sup>110</sup> P. VALCKE, N. FECI et V. VERDOODT, «Herziening van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten: Over Porsches en ezelswagens in tijden van convergentie», *A&M*, 2018-2019/2, p. 221.



forme de partage de vidéos<sup>117</sup>. À cette fin, elle propose les quatre critères suivants, qui sont non cumulatifs.

Le premier critère est le rapport entre le contenu audiovisuel et les activités économiques principales du service. Par exemple, si les utilisateurs de la plateforme peuvent consommer des vidéos et des programmes en tant qu'éléments indépendants du service de plateforme, il est probable que ce contenu audiovisuel ne soit pas simplement accessoire. En particulier, il convient de regarder l'architecture globale et la mise en page de la plateforme (par exemple, grâce à des boutons spécifiques, est-il facile de réaliser une vidéo et de la télécharger sur la plateforme?). Afin de classer le service comme une plateforme de partage de vidéos, l'on peut également se demander si les vidéos sont visionnées en vertu de leur valeur intrinsèque d'information et si la plateforme intègre des caractéristiques spécifiques au contenu audiovisuel.

Le deuxième critère est la pertinence quantitative et qualitative du contenu audiovisuel pour les activités du service. Si les utilisateurs sont

de plus en plus exposés à du contenu audiovisuel, il s'agit d'un indicateur pour considérer que le service doit être considéré comme une plateforme de partage de vidéos.

Le troisième critère est la monétisation du contenu audiovisuel, comme par exemple la diffusion de communications commerciales au début, en cours ou en fin de contenu audiovisuel, le caractère payant de l'accès au contenu audiovisuel, les accords de parrainage entre les marques et les créateurs de contenu, le traçage des activités des utilisateurs de la plateforme.

Enfin, le quatrième critère est la disponibilité d'outils visant à renforcer la visibilité ou l'attractivité du contenu audiovisuel. Ainsi, la présence, dans un service donné, d'outils spécifiques ayant pour but d'améliorer la visibilité ou l'attractivité du contenu audiovisuel indique généralement que ce contenu n'est pas simplement accessoire ou ne constitue pas une partie mineure des activités de ce service. Ces outils conduisent généralement aussi à un degré plus élevé d'exposition des utilisateurs au contenu audiovisuel (fonctionnalités spécifiques, suggestion de vidéos, filtres, options de partage, possibilité de sélectionner du contenu vidéo).

Lorsque le service en question est considéré comme une plateforme de partage de vidéos, il se voit alors soumis à certaines exigences en ce qui concerne les communications commerciales audiovisuelles, conformément à l'article 28ter, §§ 2-3, de la DSMAV<sup>118</sup>. Il faut alors distinguer deux types d'obligations, en fonction du rôle que joue la plateforme par rapport aux communications commerciales. Dans le premier cas, la plateforme de partage de vidéos vend ou organise elle-même les communications commerciales (par exemple, les vidéos publicitaires ou bannières gérées

---

riale du fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer, par le biais de réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la directive 2002/21/CE, et dont l'organisation est déterminée par le fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'affichage, le balisage et le séquençement».

<sup>117</sup> Dans ses lignes directrices, la Commission relève qu'une plateforme de partage de vidéos recouvre les trois cas de figure suivants:

1. des services dont l'objet principal est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux;
2. des services de nature plus large offrant, entre autres, une partie dissociable dont l'objet principal est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux;
3. des services dont une fonctionnalité essentielle est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux.

<sup>118</sup> En Communauté française, voy. l'art. 5.5-1 du décret SMAPV.



par YouTube)<sup>119</sup>. Elle doit alors respecter les obligations fixées à l'article 9, § 1, de la DSMAV et veiller ainsi à ce que les communications commerciales soient facilement reconnaissables<sup>120</sup>. Dans le second cas, ce sont les vlogueurs eux-mêmes qui diffusent du contenu publicitaire sur la plateforme. Les plateformes de partage de vidéos doivent alors prendre des mesures appropriées afin que les utilisateurs puissent être informés de façon claire lorsque des programmes et des vidéos disponibles sur la plateforme contiennent des communications commerciales audiovisuelles (par exemple, inscrire le principe d'identification des communications commerciales dans les conditions générales d'utilisation; introduire une fonctionnalité permettant aux vlogueurs de déclarer l'existence de contenu publicitaire)<sup>121</sup>. Ces mesures appropriées ne peuvent toutefois introduire un contrôle général qui serait contraire à l'article 15 de la DCE<sup>122</sup>. Dès lors, il apparaît que l'obligation est si faible qu'elle restera probablement lettre morte.

#### D. Trois approches nationales

Afin d'éclairer la manière dont la problématique des influenceurs numériques est abordée à l'échelon national, nous avons fait le choix de la Belgique, ainsi que de l'Allemagne et du Royaume-Uni. Ces deux derniers pays présentent en effet des approches contrastées, qui permettent de mettre en perspective la situation en Belgique.

<sup>119</sup> P. VALCKE, N. FECI et V. VERDOODT, *op. cit.*, p. 224.

<sup>120</sup> En Communauté française, voy. l'article 5.5-1, § 1<sup>er</sup>, du décret SMAPV.

<sup>121</sup> En Communauté française, voy. l'article 5.5-1, § 2, du décret SMAPV.

<sup>122</sup> L'article 15 DCE s'oppose à toute mesure générale imposée aux plateformes de surveiller les informations qu'elles stockent et transmettent, ainsi qu'à toute obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

#### 1. La situation en Allemagne

Comme nous l'avons montré *supra*, la situation en Allemagne est dominée par un recours assez fréquent aux procédures judiciaires, lancées par des organismes de protection des consommateurs et de la concurrence. Sur la base de la loi allemande sur les pratiques commerciales et de la jurisprudence correspondante<sup>123</sup>, les autorités allemandes des médias ont publié des lignes directrices sur l'identification de la publicité sur les réseaux sociaux, afin de clarifier la situation pour les influenceurs.

Ces lignes directrices distinguent deux cas de figure. Dans le premier cas, il existe un accord entre l'influenceur et la marque pour faire référence ou présenter le produit ou le service. Dans ce cas, il s'agit de publicité. Il importe peu que la référence à des articles ou leur présentation soit faite contre une rémunération ou une contrepartie similaire, comme par exemple, la prise en charge des frais de voyage ou des invitations à des événements. Les utilisateurs doivent pouvoir réaliser que le poste est une publicité au premier coup d'œil. C'est pourquoi les annonces doivent être clairement identifiées au début d'un texte par le mot «publicité». Les résumés doivent également comporter cette mention. Enfin, les lignes directrices notent que sur les chaînes/comptes en allemand, les termes d'identification en anglais (par exemple «ad», «sponsored by», ou «PR sample») ne sont pas suffisamment clairs en tant qu'identification publicitaire. De manière générale, il faut que l'identification publicitaire soit clairement lisible et reconnaissable, que le produit soit l'objet principal de la vidéo, ou qu'il apparaisse de manière occasionnelle.

<sup>123</sup> Les lignes directrices sont disponibles en anglais à l'adresse suivante: [https://www.diemedienanstalten.de/fileadmin/user\\_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien\\_Leitfaeden/Guideline\\_advertising\\_identification\\_social\\_media\\_offers\\_2019.pdf](https://www.diemedienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Guideline_advertising_identification_social_media_offers_2019.pdf).



Dans le second cas de figure, si l'influenceur ne coopère pas avec une entreprise, la mention et la présentation de produits, achetés, loués ou pris en leasing par lui-même ne constituent généralement pas de la publicité, en particulier la présentation de produits présentant des avantages et des inconvénients. De même, ne constitue pas de la publicité la présentation positive de produits résultant d'un intérêt personnel plutôt que de raisons économiques et sans intention publicitaire. Mais l'intention publicitaire peut être présumée si le produit ou le service est présenté et annoncé d'une manière qui donne à un spectateur objectif l'impression que les ventes du produit sont promues. Les liens vers des sites web commerciaux ainsi que les codes de réduction doivent également être marqués comme de la publicité car l'utilisateur doit savoir avant de cliquer sur le lien qu'il y aura de la publicité sur le site web vers lequel il est redirigé. Dans le cas de liens non commentés (par exemple, vers le photographe qui a pris les photos) ou lorsque l'équipement technique utilisé est mentionné (par exemple, l'appareil photo, le programme de montage), les autorités des médias ne voient généralement pas la nécessité d'une identification publicitaire. Pour les *hashtags* qui contiennent des noms de sociétés ou des images de comptes de marque, à condition qu'ils soient effectivement intégrés comme références éditoriales, il n'est pas nécessaire d'avoir une identification publicitaire. Il en va de même pour le marquage des amis ou la visibilité des marques.

À noter qu'une initiative législative a aussi été lancée<sup>124</sup>. Avec la révision attendue de deux décisions par la Cour fédérale allemande, la situation juridique des influenceurs numériques en Allemagne devrait se clarifier dans les mois à venir.

## 2. La situation au Royaume-Uni

La situation au Royaume-Uni est fort différente, dans la mesure où les autorités de régulation jouent un rôle plus important que les cours et tribunaux dans le traitement de ces questions. Ainsi, une série de décisions importantes ont été rendues par l'autorité de régulation de la publicité (*Advertising Standards Authority* – ASA). Celle-ci a travaillé de concert avec l'autorité de régulation de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority* – CMA) ainsi que le Comité des pratiques publicitaires (*Committee of Advertising Practice* – CAP) afin de produire des lignes directrices (intitulées *Influencers' guide to making clear that ads are ads*)<sup>125</sup>. Ces lignes directrices traduisent les règles générales contenues dans le code d'autorégulation rédigé par le CAP et dont le respect est contrôlé par l'ASA<sup>126</sup>. Elles prévoient que l'ASA peut agir soit lorsque l'influenceur a été rémunéré et que la marque exerce une certaine forme de contrôle éditorial sur le contenu, soit lorsque l'influenceur fait la promotion de ses propres produits, organise un concours ou réalise du marketing d'affiliation.

Ces lignes directrices donnent une interprétation large des notions de rémunération et de contrôle éditorial. Ainsi, la rémunération inclut: a) le fait de recevoir une somme d'argent déterminée pour créer et/ou publier un contenu; b) recevoir gratuitement des produits, des

<sup>125</sup> Les lignes directrices sont disponibles à l'adresse suivante : <https://www.asa.org.uk/resource/influencers-guide.html>.

<sup>126</sup> CAP, *UK Code of Non-Broadcast Advertising and Direct & Promotional Marketing* (CAP Code). Disponible à l'adresse suivante : <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/advertising-codes/non-broadcast-code.html>. Le principe de ce code est que les communications commerciales ne doivent pas induire ou être susceptibles d'induire en erreur de manière significative et que l'intention commerciale doit pouvoir se déduire facilement du contexte.

<sup>124</sup> Voy. *supra*, note 77.



cadeaux, des services, des voyages, des séjours à l'hôtel, etc.; c) être rémunéré pour être l'ambassadeur d'une marque; d) avoir une relation commerciale quelconque avec la marque. De même, la notion de contrôle comprend: a) l'obligation d'inclure certaines formulations (c'est-à-dire s'il y a des mots, des phrases, des thèmes, des *hashtags* particuliers ou des « messages clés » qui doivent être inclus); b) l'obligation de faire figurer certains éléments dans une image; c) l'obligation d'inclure une action spécifique dans une vidéo; d) l'obligation d'inclure un type de contenu spécifique; e) l'obligation de publier le message un certain nombre de fois à certaines dates ou à certaines heures; f) le droit d'approbation de la marque; g) le droit de changer le message; h) le droit de veto de la marque.

Lorsqu'un message comprend une publicité, les consommateurs doivent pouvoir la reconnaître comme telle sans avoir à interagir avec elle. Si elle n'est pas clairement identifiable comme une publicité dans le contexte du message, une divulgation claire et bien visible est nécessaire. Le guide conseille aux influenceurs d'utiliser des mentions claires (par exemple « publicité »), plutôt que des mentions sibyllines ou en langue étrangère (par exemple « spon » pour contenu sponsorisé).

Les quatre cas d'application exposés ci-dessous, portant sur des décisions rendues par l'ASA, permettent d'éclairer quatre situations différentes où l'influenceur se met en scène avec un produit ou un service et qui peuvent apparaître comme une communication commerciale: l'affiliation, le contrat d'ambassadeur, l'autopromotion ainsi que la situation – plus floue – où l'influenceur n'est pas rémunéré.

En ce qui concerne l'affiliation, l'ASA a considéré qu'il s'agit d'une pratique commerciale nécessitant la mention #ad (publicité). En avril 2020, l'ASA a ainsi rendu une décision concernant

Zoë Sugg, une influenceuse assez célèbre, avec 9 millions d'abonnés sur *Instagram*. Elle avait diffusé un *post Instagram* vêtue d'une robe. À côté de l'image, une mention supplémentaire indiquait « affilié » et un lien renvoyait vers un site commercial où il était possible d'acheter la robe en question. Tant le site commercial que l'influenceuse ont reconnu que la mention « affilié » signifie que l'influenceuse reçoit un pourcentage chaque fois qu'une personne achète en cliquant sur le lien. Cette mention n'apparaît pas toutefois suffisante aux yeux de l'ASA pour indiquer la présence d'une communication commerciale. Il faut que la mention #ad (publicité) soit bien mise en évidence. Par ailleurs, bien que le site commercial n'ait aucun contrôle sur le contenu, l'ASA l'a également tenu pour responsable<sup>127</sup>.

Dans le cas où l'influenceur est ambassadeur de la marque, l'ASA a également décidé qu'il fallait indiquer que le message était une communication commerciale au moyen de la mention #ad (publicité). En l'espèce, une personnalité de la TV, Molly Mae Hague, avait posté une image d'elle-même vêtue d'un manteau en taguant la marque du vêtement. La marque a confirmé que l'influenceuse était une des ambassadrices. Souhaitant analyser en profondeur la relation entre l'influenceuse et la marque, l'ASA a demandé la production du contrat, mais cette demande n'a pas été acceptée. Eu égard à la manière dont l'influenceuse se présentait comme une ambassadrice de la marque, l'ASA en a néanmoins conclu que la marque disposait bien d'un contrôle sur les messages de l'influenceuse<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> ASA, Asos.com Ltd, 22 avril 2020. Disponible à l'adresse suivante: <https://www.asa.org.uk/rulings/asos-com-ltd-a19-1025856-asos-com-ltd.html>.

<sup>128</sup> ASA, Prettylittlething[dot]com Ltd, 8 janvier 2020. Disponible à l'adresse suivante: <https://www.asa.org.uk/rulings/prettylittlething-dot-com-ltd-A19-1035979.html>.



Le troisième cas est celui de l'autopromotion par une influenceuse, qui avait collaboré avec une marque pour créer une ligne de chaussures. L'influenceuse avait posté une photo d'elle-même avec les chaussures en question, mais sans mentionner qu'il s'agissait d'une communication commerciale. Dans ce cas-là, la mention #ad (publicité) doit également figurer sur les communications de l'influenceur<sup>129</sup>.

Dans le dernier cas, une influenceuse avait accepté de poster des messages sur *Instagram*, où on pouvait la voir dégustant du café. Aucune mention ne figurait sur les *posts*. L'influenceuse prétendait qu'il s'agit d'une relation personnelle entre elle et la marque, et qu'elle postait les messages bénévolement, en soutien à une marque qu'elle souhaitait voir se développer. Selon l'ASA, une relation commerciale s'était toutefois créée entre l'influenceuse et la marque, afin de promouvoir les boissons au café. La marque fournissait l'influenceuse en produits et lui imposait la formulation des messages qui devaient accompagner les *posts Instagram*. L'ASA a donc considéré que tant la marque que l'influenceuse étaient responsables de l'absence de mentions<sup>130</sup>.

Outre ces décisions de l'ASA, notons également que la CMA (autorité de régulation de la concurrence et des marchés) a publié en octobre 2020 les engagements pris par Facebook Ireland, qui exploite Instagram au Royaume-Uni, afin de lutter contre la publicité dissimulée sur cette plateforme. Ces engagements, qui font suite à une enquête menée par la CMA, ont pour objectif de rendre plus difficile la publication

d'une publicité sur Instagram sans qu'elle soit mentionnée comme telle<sup>131</sup>.

### 3. La situation en Belgique

En mai 2018, le SPF Économie a publié des lignes directrices pour les influenceurs en ligne. Mais ce document, intitulé «Guidelines pour les online influencers», a suscité tellement de critiques qu'il a dû être retiré. Une concertation avec le secteur a alors été organisée et, en octobre 2018, le Jury d'Éthique publicitaire a publié ses recommandations en matière de marketing d'influence en ligne<sup>132</sup>. Celles-ci s'appliquent lorsque deux conditions sont respectées: d'une part, l'influenceur doit recevoir une contrepartie (par exemple, la possibilité d'utiliser gratuitement un produit pour une période déterminée); d'autre part, l'annonceur doit avoir un contrôle significatif sur la communication, c'est-à-dire qu'il doit convenir de directives avec l'influenceur. Les recommandations précisent que lorsqu'une de ces conditions n'est pas remplie, «il ne s'agit pas de marketing d'influence mais simplement d'une opinion diffusée par un individu sur internet» et que, dans ce cas, les recommandations ne s'appliquent pas.

Lorsqu'il s'agit d'une communication commerciale pour laquelle l'influenceur reçoit une contrepartie et que l'annonceur exerce un

<sup>129</sup> ASA, *Zoe de Pass t/a Dress Like A Mum (DLAM)*, 22 novembre 2019. Disponible à l'adresse suivante: <https://www.asa.org.uk/rulings/zoe-de-pass.html>.

<sup>130</sup> ASA, *The White Star Key Group t/a Skinny Caffè*, in association with Jemma Lucy, 31 juillet 2019. Disponible à l'adresse suivante: <https://www.asa.org.uk/rulings/the-white-star-key-group-ltd-G19-1019812.html>.

<sup>131</sup> CMA, *Undertakings to the Competition and Markets Authority* (pursuant to Section 219 of the Enterprise Act 2002 (EA02)) relating to the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. Disponible à l'adresse suivante: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f882329e90e07415e7f36cb/Facebook\\_Undertakings\\_\\_-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f882329e90e07415e7f36cb/Facebook_Undertakings__-.pdf); J. WILKINS, «Facebook communique à l'Autorité de la concurrence et des marchés ses engagements en vue d'améliorer la transparence des contenus incitatifs postés sur Instagram», *IrisPlus*, 2021-2 :1.6.

<sup>132</sup> JEP, *Recommandations en matière d'influenceurs en ligne*, octobre 2018. Le document est disponible à l'adresse internet suivante: [www.jep.be/fr/codes-regles](http://www.jep.be/fr/codes-regles).



contrôle sur le message, les règles suivantes sont applicables: la communication commerciale doit être clairement identifiable. Les règles sont ici assez souples: la seule mention de la marque ou du logo peut rendre clair le fait qu'il s'agit d'une communication commerciale. Selon le JEP, des mentions claires, permettant une communication suffisante, sont par exemple #spon, #pub, #prom, #adv, #sample, #...ou autres sortes de *hashtags* similaires. Des mentions en langue étrangère (anglais) sont également valables. Les mentions doivent être affichées d'une manière et à un endroit tels que le destinataire comprenne directement la nature exacte du message. Ils ne peuvent être cachés. Enfin, le JEP précise que tant l'influenceur que les autres acteurs (annonceur, agent,...) peuvent être considérés comme responsables.

Ces conditions sont assez similaires à celles en vigueur au Royaume-Uni (le contrôle et le fait de recevoir une contrepartie). Toutefois, la notion de contrôle est considérée de manière assez large dans les lignes directrices britanniques et interprétée de manière large par l'ASA; l'on peut donc se demander si la notion de «contrôle significatif», telle que formulée dans les recommandations du JEP ne serait pas plus restrictive. Or, à notre sens, il convient d'interpréter cette notion de contrôle de manière large, afin d'assurer la protection des consommateurs vis-à-vis de la publicité déguisée. En ce sens, la notion d'«accord entre les parties», visées dans les lignes directrices allemandes, prête peut-être moins à discussion que la notion de «contrôle».

Le JEP a déjà eu l'occasion de rendre quelques décisions en matière de marketing d'influence, mais qui n'apportent pas énormément de matière à réflexion. Tout d'abord, le JEP a reçu plusieurs plaintes concernant des boissons alcoolisées. Dans les deux premiers cas (concernant une marque de cidre et une marque de

bière), les faits étaient similaires: une agence digitale avait contacté des influenceurs pour faire la promotion de la marque<sup>133</sup>. Ils avaient posté plusieurs messages en s'affichant avec la mention, et en mentionnant #ad ou #collab, mais sans mentionner le slogan éducatif obligatoire en cas de publicité pour de l'alcool. La question de l'existence de la publicité n'était donc pas vraiment discutée puisque ce caractère était apparent. Le troisième cas a été porté devant le JEP par le CSA à la suite d'un monitoring de la pub auprès des vlogueurs<sup>134</sup>. Le CSA avait en effet constaté que l'influenceur en question semblait entretenir un partenariat commercial non identifié avec une marque de bière<sup>135</sup>, notant que «celle-ci apparaît de façon régulière dans ses programmes (sur *Instagram* et sur *YouTube*) et dans ses publications (*Instagram*), principalement sous la forme de canettes que le vlogueur consomme à l'image» et que ces apparitions sont parfois accompagnées de commentaires incitant à la consommation d'alcool<sup>136</sup>. Toutefois, après avoir été contacté par le JEP, l'annonceur a indiqué qu'il n'existait pas de partenariat entre elle et l'influenceur, celui-ci agissant de sa propre initiative et pour son propre compte. En conséquence, le JEP a estimé que le contenu en cause n'était pas du marketing d'influence, mais relevait de l'indépendance éditoriale de l'influenceur.

Une autre décision intéressante en marketing d'influence a été rendue mais à l'égard d'un

<sup>133</sup> JEP, AB Inbev, 1/10/2019, <https://www.jep.be/fr/les-decisions-des-jep/ab-inbev-01102019>; JEP, Alken Maes Brasserie, 5 juin 2019, <https://www.jep.be/fr/les-decisions-des-jep/alken-maes-brasseries-05062019>.

<sup>134</sup> JEP, AB INBEV, 1<sup>er</sup> décembre 2020, <https://www.jep.be/fr/les-decisions-des-jep/ab-inbev-01122020>.

<sup>135</sup> En ce qui concerne le monitoring réalisé par le CSA, voy. le lien suivant: <https://www.csa.be/103513/le-csa-monitore-la-pub-aupres-des-vlogueur-euse-s/>.

<sup>136</sup> JEP, AB INBEV, 1<sup>er</sup> décembre 2020, <https://www.jep.be/fr/les-decisions-des-jep/ab-inbev-01122020>.



magazine de presse<sup>137</sup>. Le JEP a noté que la plaignante s'est référée à un article paru sur le site internet du média, sous la rubrique « Lifestyle/Food », avec le titre « Une pause-café avec Milkywaysblueyes » et en dessous la mention « Mis à jour le 25 avril 2018 par ELLE Belgique ». Il a également constaté qu'en dessous de l'article et des photos figurait la mention « Cet article a été réalisé en étroite collaboration avec Nespresso. ». À la suite des réactions de l'annonceur et du média concerné, il a noté que ceux-ci confirment qu'il s'agit de contenu publicitaire. Comme le caractère publicitaire du message n'apparaissait pas instantanément, le JEP a demandé à l'éditeur que des mentions supplémentaires soient indiquées.

Enfin, pour revenir au monitoring réalisé par le CSA<sup>138</sup>, celui-ci avait pointé – outre l'affaire mentionnée *supra*, un autre cas litigieux concernant un vlogueur ayant promu un site de paris en ligne auprès d'une audience mineure. Ce dossier a été communiqué à la Commission des jeux de hasard<sup>139</sup>. De manière générale, hormis ces deux cas problématiques, le CSA retire de ce monitoring le constat positif « de prise de conscience globale, par les vlogueur.euse.s, de la nécessité d'identifier la communication commerciale » et une amélioration globale des pratiques.

## CONCLUSION

Le marketing d'influence est encore un phénomène peu développé en Belgique, mais qui offre de belles perspectives aux influenceurs, à leurs agents et aux marques. Il nous semble

donc amené à prospérer, ce qui nécessite qu'il bénéficie d'un cadre juridique clair.

Tout d'abord, il serait souhaitable que des clarifications soient apportées par la Cour de justice sur l'application de la DPCP au marketing d'influence. L'interprétation actuelle par les juridictions allemandes laisse en effet quelques zones d'ombre, notamment quant à l'application de l'arrêt *RLvS*. La Cour fédérale allemande ayant la possibilité de réviser des décisions déjà rendues, l'on peut donc espérer qu'elle pose une question préjudicielle à la Cour de justice sur l'interprétation des notions de « professionnel » et de « pratiques commerciales ». Outre ces clarifications, il nous semble qu'une révision de la liste noire, afin d'intégrer cette pratique, serait également bienvenue.

En matière d'autorégulation, les lignes directrices du JEP sont assez simples... peut-être est-ce dû au nombre réduit d'affaires portées devant lui concernant le marketing d'influence sur les réseaux sociaux. En effet, en Allemagne et au Royaume-Uni, ce sont les affaires traitées par les juridictions et les autorités de régulation qui ont permis d'enrichir et de préciser les lignes directrices. Il serait en tout cas souhaitable que les citoyens n'hésitent pas à se saisir de ces moyens d'autorégulation afin d'apporter plus de transparence à ce type de marketing. Car, comme le souligne S. Frier, *Instagram* (et les autres réseaux sociaux, pourrait-on ajouter) « attise un problème qui n'est pas seulement celui de la vérité dans la publicité, mais celui de la vérité dans la vie »<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> JEP, Nespresso – Elle Belgique, 26 juin 2018, <https://www.jep.be/fr/les-decisions-des-jep/naspresso-elle-belgique-26062018>.

<sup>138</sup> Voy. la note 135, avec le lien correspondant.

<sup>139</sup> À l'heure d'écrire ces lignes (janvier 2021), la décision de la Commission des jeux de hasard n'a pas encore été rendue.

<sup>140</sup> S. FRIER, *op. cit.*, p. 225.

