



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

## **BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Propriété littéraire, artistique et industrielle**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Pierre-Yves GAUTIER**  
**2020**

***Influenceurs et marques.***  
***Le cadre légal des partenariats.***

**Mathilde VIDALOT**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Christophe GALLOUX**

## **Avertissement**

L'université n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## Remerciements

Je souhaite remercier, en premier lieu, mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Jean-Christophe GALLOUX, pour ses conseils, son investissement et ses encouragements dans la préparation de ce mémoire.

Je remercie très chaleureusement les professionnels avec lesquels j'ai pu m'entretenir dans le cadre de mon mémoire, pour leur disponibilité et l'aide précieuse qu'ils m'ont apportée :

- Monsieur Bruno BOUGIE, Vice-Président au Tribunal Judiciaire d'Evry (pôle pénal).
- Madame Anaïs AUGRY (anisaugry), influenceuse.
- Madame Claire MARNETTE (milkywaysblueyes), influenceuse.

Je souhaite particulièrement remercier mes camarades de la promotion Cicéron pour cette année de Master 2.

## Sommaire

### **Partie I. Le statut juridique des partenariats**

#### Chapitre I. La qualification juridique de l'influenceur et de sa prestation

##### Section 1. Le statut juridique de la prestation de l'influenceur

§1. L'application du droit d'auteur et des droits voisins

§2. L'application du droit des marques

##### Section 2. Le statut juridique de l'influenceur

§1. L'influenceur, un prestataire de service ou un salarié ?

§2. Le risque de requalification du contrat de travail

#### Chapitre II. L'encadrement juridique de l'identification des partenariats

##### Section 1. L'autorégulation par le droit souple

§1. Le rôle et les recommandations de l'ARPP

§2. Le contrôle des bonnes pratiques par le JDP

##### Section 2. L'application du droit dur

### **Partie II. Les risques engendrés par les partenariats**

#### Chapitre I. Les risques de contrefaçon

##### Section 1. Les influenceurs et la contrefaçon de marque

§1. L'usage de la marque d'autrui sans partenariat

§2. Le partenariat pour des produits contrefaisants

##### Section 2. Les marques et la contrefaçon de la prestation de l'influenceur

#### Chapitre II. Les risques de pratiques commerciales trompeuses

##### Section 1. Les codes promotionnels des influenceurs

##### Section 2. Le « *drop shipping* » et les droits des consommateurs

##### Section 3. L'achat d'abonnés, de commentaires et de « *likes* »



## Introduction

« *La publicité endort et fait rêver ; mais le jour où le consommateur se réveille naît le consumérisme* »<sup>1</sup>. Longtemps les entreprises se sont inscrites dans le sillage de la notoriété de célébrités telles que les artistes, sportifs et mannequins, pour influencer le public et promouvoir leur activité propre. Profitant du statut professionnel de ces personnalités publiques, leur octroyant une visibilité médiatique, les entreprises ont créé les influenceurs. Aujourd'hui, une nouvelle génération d'influenceurs autonomes est apparue. Ces derniers apparaissent d'eux-mêmes et se servent des partenariats avec les marques pour acquérir de la notoriété. Ce phénomène d'inversion des rôles est apparu avec les réseaux sociaux. En effet, grâce à internet, ces outils offrent une visibilité géographique et temporelle absolue<sup>2</sup>, permettant à l'influence d'agir sans restriction sur les consommateurs. Or, le point commun de ces deux générations d'influenceurs demeure le phénomène d'adhésion que leur notoriété engendre.

Selon l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP), « *un influenceur est un individu exprimant un point de vue ou donnant des conseils (par écrit, audio et/ou visuel) dans un domaine spécifique et selon un style ou un traitement qui lui sont propres et que son audience identifie* »<sup>3</sup>. Pour bénéficier de ce statut, il faut avoir une communauté de « *followers* », entendus comme les internautes abonnés au profil d'une personnalité ou d'une marque et constituant ainsi un panel de consommateurs. En chiffres, un nano-influenceur dispose d'une communauté de moins de 10 000 abonnés, un micro-influenceur de plus de 10 000 jusqu'à 50 000 abonnés, un power-influenceur jusqu'à 500 000. Au-delà, il existe le cercle restreint des célébrités dépassant le million d'abonnés<sup>4</sup>. De façon générale, les influenceurs sont en majorité des femmes (75%), âgés entre 19 et 35 ans. Toutefois, leur dénominateur commun semble être la passion puisque 93% des influenceurs voient leur activité comme un moyen de partager la leur, que celle-ci se rapporte à leur mode de vie, aux loisirs, à la culture, aux engagements ou encore au *business*. Enfin, Instagram est sans conteste la plateforme de prédilection des influenceurs, suivie de près par YouTube ou encore les blogs<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> OURLIAC (P), *Le passé du « consumerism »*, annales de l'université de Toulouse, 1979, p. 217 in ARCELIN-LÉCUYER (L), *Droit de la publicité*, Presses Universitaires de Rennes, 2011, Didact Droit, p 13-14.

<sup>2</sup> VIGNEAU (V), « Table ronde n°2 - Influence et marques », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris (2 mars 2020), dactyl.

<sup>3</sup> « Influenceur » et « followers » Code de l'ARPP - *Guide 2017 des recommandations*, 3 avril 2017, p. 43, [www.arpp.org](http://www.arpp.org) (consulté le 14/04/2020).

<sup>4</sup> L'ARPP, « Observatoire « Marketing d'influence », *La lettre d'information de l'autodiscipline publicitaire*, février 2020, n°16, p. 31, <https://www.arpp.org/actualite/lettre-n16-fevrier-2020/>, (consulté le 14/04/2020).

<sup>5</sup> REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2020 (4e éd.), <https://www.reech.com/fr/influence-etude-reech-2020>, (consulté le 14/04/2020).

L'influenceur peut agir dans un cadre purement éditorial ou en collaboration avec une marque pour la publication de contenus, et ainsi notamment, en faisant un placement de produits (photographie Instagram ou vidéo YouTube mettant en avant un produit), en participant à la production de contenu d'une marque ou encore en partageant un code promotionnel<sup>6</sup>.

Toutefois, la définition du métier par un influenceur professionnel est plus nuancée. Tout d'abord, la plupart des influenceurs n'affectionnent pas ce terme, et lui préfèrent celui de « créateur de contenu » ou « blogueur professionnel » car leur métier n'est pas d'influencer mais de partager leur quotidien en créant du contenu (photographies, vidéos, articles ou vidéos éphémères de 24 heures, de type « *snap* » ou « *story Instagram* »), sur les thèmes de la mode, beauté, « *high-tech* », voyage, nourriture et tant d'autres. En effet, l'influence est relative et aléatoire : elle dépend du produit, du moment du post, des algorithmes. Dans tous les cas, les influenceurs n'ont aucune obligation de résultat lié à la campagne avec les marques<sup>7</sup>. L'influenceur s'engage, en réalité, à la production puis à la publication d'un contenu dans lequel il promeut un produit ou un service<sup>8</sup> : c'est une obligation de moyen de publicité. En outre, par la publication du contenu choisi par lui sur ses réseaux sociaux, l'influenceur est aussi un éditeur (dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne), et en sera donc tenu pour responsable en droit commun<sup>9</sup>. L'outil nécessaire à l'activité de l'influenceur est effectivement le réseau social, un site web sur lequel des internautes échangent des informations personnelles (textes et images), créant ainsi une communauté virtuelle et interactive<sup>10</sup>. Aussi, il faut préciser qu'il est un professionnel sans être expert dans une thématique, ni journaliste. L'avis subjectif et personnel de l'influenceur aura justement un fort impact parce que cet avis s'apparente à celui d'un « ami », auquel s'ajoute l'argument tenant à la connaissance qu'il aura acquise dans un domaine, à force de tester des produits<sup>11</sup>.

Le marketing d'influence consiste justement à utiliser la notoriété d'un influenceur, et ainsi son potentiel de recommandation, pour faire la publicité d'un produit<sup>12</sup>. En effet, le marché de la publicité digitale sur les médias sociaux représente un canal stratégique de communication pour les marques<sup>13</sup>. Cela leur permet de gagner en visibilité et de valoriser leurs produits, grâce

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, Code de l'ARPP - *Guide 2017 des recommandations*, p.43.

<sup>7</sup> MARNETTE (C.), *TFE sur le métier d'influenceur* (en ligne), YouTube, 5 avril 2020, 1 vidéo (52 min 35).  
<http://milkywaysblueyes.com/fr/reponses-aux-questions-de-memoire-tfe-sur-le-metier-dinfluenceur/> (consulté le 29/04/20)

<sup>8</sup> GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », *Dalloz*, 2020, p.92.

<sup>9</sup> DERIEUX (E.), GRANCHET (A), *Réseaux sociaux en ligne, aspects juridiques et déontologiques*, Lamy, 2013, n°395.

<sup>10</sup> « Réseaux sociaux », *Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2020, p1001.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, MARNETTE (C.), *TFE sur le métier d'influenceur* (en ligne), YouTube, 1 vidéo (52 min 35).

<sup>12</sup> « Marketing d'influence » BATHELOT (B), *Définitions marketing* (encyclopédie), <https://www.definitions-marketing.com/definition/marketing-d-influence/>, (consulté le 29/04/2020).

<sup>13</sup> L'ARPP, *La Lettre d'information de l'autodiscipline publicitaire*, décembre 2017, n°14, p. 8-11, <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2017/12/Lettre-de-lARPP-n-14.pdf> (consulté le 14/04/2020)

à de la publicité ciblée ou aux partenariats avec des influenceurs<sup>14</sup>. Ces partenariats permettent aux marques d'explorer « les possibilités de véhiculer des messages promotionnels par l'intermédiaire de personnalités susceptibles d'influencer le comportement des consommateurs de par leur e-réputation et la large audience que draine chacun de leurs contenus publiés sur les réseaux sociaux »<sup>15</sup>. C'est donc bien une publicité, entendue comme toute publication, quel qu'en soit la forme, destinée à promouvoir la fourniture de biens et services<sup>16</sup>. Les collaborations avec les marques sont importantes car elles permettent aux influenceurs de gagner leur vie, de continuer à créer du contenu et à acheter le matériel pour le faire<sup>17</sup>.

Aujourd'hui, si l'influence n'est pas le seul outil de marketing des marques, c'est en revanche, un outil puissant<sup>18</sup>. À côté des outils digitaux, les marques, entendues comme signes permettant de distinguer des produits ou services de ceux émanant d'entreprises concurrentes<sup>19</sup>, continuent à recourir aux outils marketing classiques (vitrines, les médias traditionnels, etc.). La puissance de l'influence se mesure au taux d'engagement de la communauté. En effet, si la notoriété de l'influenceur se devine au nombre de ses *followers*, son audience ne s'y résume pas parce qu'ils peuvent avoir été achetés. Il faut alors étudier le taux de partage des publications, le nombre des commentaires et des « *likes* »<sup>20</sup>. Cependant, des marques récemment nées en ligne, n'ayant pas de circuit de distribution propre, appelées « *digital native vertical brands* », se distinguent justement par leur usage parfaitement maîtrisé des réseaux sociaux pour leur marketing<sup>21</sup>. D'autres entreprises utilisant le modèle de la vente à distance ont, elles aussi, bien compris le pouvoir du marketing d'influence sur les réseaux sociaux. C'est le cas des entreprises recourant au « *drop shipping* ». Or, contrairement aux premières, dont la distribution des produits « fabriqués maison » fonctionne sans intermédiaire, avec le *drop shipping* le vendeur conclut une vente avec un consommateur, via son site internet, sans posséder de stocks<sup>22</sup>. Il se fournit alors auprès du fabricant (site bon marché) ; lequel enverra directement le produit au client. Le vendeur ne s'occupe donc que de la distribution des produits et éventuellement de

---

<sup>14</sup> LABATUT (T), « L'achat numérique d'abonnés, de likes, de vues ou de commentaires est-il légal ? », *LPA*, n°209, 18 oct 2019, n°148h7, p.10.

<sup>15</sup> « Partenariats » DEFFAUX (T), CELEYRON (P), « Réseaux sociaux – 3 questions, Collaborations entre marques et influenceurs », *JCP E*, 2017, 635, n° 37.

<sup>16</sup> « Réseaux sociaux » : CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Puf, 2018 (12e éd.), Quadrige, p. 830.

<sup>17</sup> « Partenariats » *Op. cit.*, MARNETTE (C.), *TFE sur le métier d'influenceur* (en ligne), 5 avr 2020, 1 vidéo.

<sup>18</sup> GUICHOT (I), « Expérience d'une maison de mode », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris, 2 mars 2020, dactyl.

<sup>19</sup> « Marque », *Op. cit.*, CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, p. 644.

<sup>20</sup> « Communauté engagée » MEURIS-GUERRERO (F), « Réseaux sociaux – Que font les marques sur Instagram », *Comm. com. électr.* Juillet 2018, n°7-8, alerte 57.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> « Drop shipping » *Cambridge dictionary* <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/drop-shipping>, consulté le 29/04/2020 (traduction libre).

leur présentation et publicité. Dès lors, les produits n'étant pas particuliers, la réussite de l'entreprise reposera sur sa capacité à atteindre les clients avant ses concurrents. Le marketing d'influence est alors, pour ces entreprises, un outil fondamental.

Ce mémoire s'attachera à étudier les partenariats entre les marques et les influenceurs. La question du rôle intermédiaire des plateformes médias ne pourra pas être évoquée car celle-ci pourrait constituer un sujet de mémoire à part entière. De même, cette analyse des partenariats restera centrée sur la législation applicable à la France, en raison des législations très diversifiées de chaque pays sur le sujet. En effet, il n'existe pas de législation spécifiquement applicable aux influenceurs. Dès lors, chaque pays applique à ces relations sa législation nationale classique. En réalité, c'est plus particulièrement la « *soft law* » qui relaye la loi dure sur le sujet, et sur laquelle il faudra alors insister. Par ailleurs, la nouvelle législation encadrant le travail des enfants influenceurs ne sera pas traitée car elle ne se rattache pas directement au sujet. En outre, bien que ce sujet offre de nombreuses pistes de réflexions et ce, dans de nombreux domaines du droit, son étude se focalisera, autant que possible, sur le droit de la propriété intellectuelle. Dès lors, le droit à l'image des influenceurs ne sera pas traité, et l'étude de la publicité se concentrera sur son rattachement au droit d'auteur et aux droits voisins et son identification. Or, dans le traitement des risques engendrés par les partenariats et des activités qui s'y rattachent, le consommateur occupe une place très importante. Il faudra alors l'inclure dans cette analyse, aux côtés des risques pour les marques et les influenceurs se rapportant à la contrefaçon ; ce qui ne permettra pas d'étendre l'analyse de la protection des marques au droit commun (concurrence déloyale et parasitisme) et limitera l'analyse de la liberté d'expression.

Actuellement, le sujet prospectif des partenariats entre les influenceurs et les marques est mal appréhendé par le droit. C'est donc tout l'intérêt de s'attacher à l'étude du cadre légal de ces relations commerciales et publicitaires ainsi que du contenu créé par les influenceurs et des risques qui en résultent. Pour l'heure, le sujet n'offre que des pistes de réflexion, comme en témoigne le tout premier colloque « Mode et influenceurs » organisé en France le 2 mars 2020. En effet, la discrétion des influenceurs et de leurs partenaires sur le sujet, fait régner une sorte d'opacité sur le monde assez fermé des partenariats. Cela a été confirmé par le Professeur et avocat Christophe CARON, qui indiquait que les acteurs de ce secteur interrogés ne semblaient pas, pour le moment, observer de problématique, notamment en droit des marques<sup>23</sup>. Il faut

---

<sup>23</sup> CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris (2 mars 2020), dactyl.

alors faire preuve d'imagination et de critique à l'égard de ces nouvelles pratiques afin de pouvoir les étudier. De même, le droit devra s'y adapter progressivement afin de leur offrir un encadrement adapté. En effet, comme le disait Vincent VIGNEAU, Conseiller à la Cour de cassation et Professeur associé à l'UVSQY (Paris-Saclay), l'apparition des réseaux sociaux n'a pas seulement contribué à favoriser les échanges d'informations et d'opinions, mais a aussi offert de nouveaux modes de communication, qui viennent rivaliser avec les modes traditionnels de promotion des produits et services. Leur coût réduit et leur relative simplicité d'utilisation favorisent une exposition très rapide, sans doute plus représentative de la société actuelle des médias, du global et de l'instantané. La nouvelle génération d'influenceurs conduit alors à l'élaboration de relations contractuelles innovantes et offre un terrain expérimental considérable, tant aux acteurs de la propriété intellectuelle, qu'à ceux de la consommation et du droit du travail. Ainsi se retrouvent des questions juridiques finalement très classiques sous une apparence très innovante<sup>24</sup>.

Toutefois, s'il est vrai que l'émergence des nouvelles technologies et le développement d'internet ont constitué une aubaine extraordinaire pour les communications commerciales, ceux-ci ont aussi totalement bouleversé la pratique publicitaire, faisant ainsi de l'internaute une cible commerciale privilégiée<sup>25</sup>. L'internaute est en effet soumis toute la journée à des spams, des liens hypertextes, de la publicité personnalisée ou encore aux placements de produits de leurs influenceurs préférés. Or, ces méthodes modernes ne vont pas sans soulever de problèmes. Par l'usage des réseaux sociaux, les influenceurs revendiquent une liberté d'expression au nom d'une quête d'authenticité. Cependant, ces contenus créés sont toujours accompagnés d'un bouton d'achat, derrière lequel se profile la « *chasse au consommateur* ». Ce dernier doit alors être protégé, sans toutefois entraver l'innovation ; et ainsi en conciliant sa protection avec la liberté d'expression des influenceurs<sup>26</sup>.

Il s'agira alors de se demander quel est le cadre juridique des partenariats entre les influenceurs et les marques.

Il conviendra de se pencher sur le statut juridique des influenceurs et de leurs prestations (Partie I) ; avant d'analyser les différents risques que ces activités de partenariat génèrent (Partie II), que ce soit pour les marques, les influenceurs ou pour les consommateurs.

---

<sup>24</sup> *Op. cit.*, VIGNEAU (V), « Table ronde n°2 - Influence et marques ».

<sup>25</sup> *Op. cit.*, ARCELIN-LÉCUYER (L), *Droit de la publicité*, p. 110.

<sup>26</sup> MALAURIE-VIGNAL (M), « Propos introductifs », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris (2 mars 2020), dactyl.

## **Partie I. Le statut juridique des partenariats**

Si 77% des demandes de partenariats reçues par les influenceurs concernent le placement de produits simple, 39% concernent la production de contenu pour le compte de la marque et 51% la participation à des évènements<sup>27</sup>. Dès lors, il semble inadéquat d'assimiler les influenceurs à une catégorie juridique générale tant les formes des partenariats sont diversifiées. Pourtant la question du statut juridique des influenceurs et de leurs prestations se pose (Chap I). Concernant les obligations qui s'imposent à ces acteurs de la publicité, outre l'identification imposée par la loi du caractère commercial des contenus, le droit souple a lui aussi son rôle à jouer. Or, deux ans après la publication de la Recommandation relative aux bonnes pratiques de transparence et de loyauté applicables au marketing d'influence, l'ARPP révélait en mai 2019 que seules 55% des campagnes analysées indiquaient de manière conforme le partenariat entre l'influenceur et la marque. Toutefois, une véritable sensibilisation s'opère sur cette question car deux ans auparavant les chiffres se situaient plutôt aux alentours de 30 à 35%<sup>28</sup>. Ainsi, un véritable corpus de règles encadre l'identification des partenariats (Chap II).

### **Chapitre I. La qualification juridique de l'influenceur et de sa prestation**

Pour qualifier juridiquement les relations qui s'opèrent à travers les partenariats entre les marques et les influenceurs ainsi que la qualification des contenus qui s'en dégage et leur potentielle protection, il convient de procéder au cas par cas. Dès lors, il faut partir de l'analyse du statut juridique de la prestation d'influence (Section 1) ; pour déterminer ensuite la qualification du statut juridique de l'influenceur qui y correspond (Section 2).

#### **Section 1. Le statut juridique de la prestation de l'influenceur**

L'influenceur est un intermédiaire entre les marques et les consommateurs qui va exercer une influence sur ces derniers. Cela permet ainsi aux sociétés d'avoir accès à la communauté de l'influenceur et au travail d'entretien de cette communauté par celui-ci<sup>29</sup>. Toutefois, l'influence serait plus un effet du contrat qu'une obligation en elle-même, en ce que l'influenceur s'engage à la production puis à la publication d'un contenu dans lequel il promeut un produit ou un service ; et non à influencer son public<sup>30</sup>. La personnalité, les goûts, les loisirs

---

<sup>27</sup> REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2020 (4e éd.), <https://www.reech.com/fr/influence-etude-reech-2020>, (consulté le 14/04/2020).

<sup>28</sup> L'ARPP, « Observatoire « Marketing d'influence », *La lettre d'information de l'autodiscipline publicitaire*, février 2020, n°16, p28-29, <https://www.arpp.org/actualite/lettre-n16-fevrier-2020/>, (consulté le 14/04/2020).

<sup>29</sup> SZKOPINSKI (A), « A la recherche d'un statut juridique pour les influenceurs », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris (2 mars 2020), dactyl.

<sup>30</sup> GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », *Dalloz*, 2020, p.92.

ou encore les habitudes de l'influenceur vont influencer sur le contenu créé. Et c'est d'ailleurs cette part de subjectivité qui est recherchée par la marque. Or, cette subjectivité, synonyme de liberté, « peut être nuancée lorsqu'elle est achetée et orientée vers la promotion d'un produit ou d'un service »<sup>31</sup>. Dès lors le droit d'auteur et les droits voisins trouvent à s'appliquer selon le type de contenu créé et en fonction de la liberté octroyée par la marque (§1). En outre, certains influenceurs, conscients de leur succès sur les réseaux sociaux, ont décidé de faire enregistrer leur marque. Ainsi, le droit des marques trouve également à s'appliquer (§2).

### **§1. L'application du droit d'auteur et des droits voisins**

À travers son obligation de créer un contenu, l'influenceur peut exercer plusieurs types de prestations, allant de la simple déclamation d'un texte préalablement écrit par l'annonceur, à la création de contenu, en passant par la participation au contenu créé par la marque<sup>32</sup>. La prestation va générer différents degrés d'engagement qui feront ainsi varier la rémunération. En effet, plus une communauté est engagée, dans le sens où elle confirme l'acte d'achat, et plus le partenariat sera rémunéré, ce qui peut être source de volonté de création d'un contenu propre ou du moins, de qualité pour l'influenceur. Dès lors, la prestation de l'influenceur ne se résume pas seulement à la finalité mercantile de la promotion de produits et de services. En effet, plus généralement, si la création publicitaire est destinée au monde du commerce, elle n'en demeure pas moins une œuvre de l'esprit dès lors qu'elle relève de l'effort créateur et est originale, comme reflétant la personnalité de leur auteur. À ce titre, elle est soumise aux règles du droit d'auteur tant pour sa protection que pour son exploitation<sup>33</sup>.

Tout d'abord, lorsque l'influenceur apparaît dans le contenu d'une marque, celui-ci va y participer. Lors du colloque « Mode et influenceurs » du 2 mars dernier, Anaïs SZKOPINSKI, Maître de conférences à l'UVSQ (Paris-Sarclay), expliquait que la première qualification juridique qui venait à l'esprit était celle de mannequin. En effet, l'influenceur va être chargé de présenter au public, par une reproduction de son image, un produit ou un message publicitaire<sup>34</sup>. C'est le cas notamment lorsque le contrat entre l'entreprise et l'influenceur prévoit que ce dernier devra effectuer des séances de prise de vue et que les photographies seront publiées sur les réseaux sociaux de l'influenceur<sup>35</sup>. Toutefois, elle indiquait qu'il fallait également envisager la qualification d'artiste-interprète dès lors que l'influenceur participait à un tournage réalisé

---

<sup>31</sup> *Op. cit.*, GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », p.92.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, SZKOPINSKI (A), « A la recherche d'un statut juridique pour les influenceurs ».

<sup>33</sup> Cass. Com., 3 mai 1994, n°91-21.003, *Bull.* 1994 IV n° 166 p. 134.

<sup>34</sup> Article L.7123-2 1° du Code du travail.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », p.92.

par la marque. Si celui-ci déclame un texte qui lui a été donné par l'annonceur, on peut considérer qu'il acquiert ce statut au regard de l'article L.212-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI). En revanche, il faut au préalable que la vidéo produite par la marque soit originale, au sens d'une œuvre de l'esprit. Ainsi, si tel est le cas, l'influenceur acquerra le statut d'artiste-interprète. En conséquence il sera investi du droit d'autoriser ou d'interdire « *la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image* » au sens de l'article L.212-3 alinéa 1 du CPI<sup>36</sup>.

Au-delà de cette participation de l'influenceur au contenu de la marque, Anaïs SZKOPINSKI indiquait qu'il fallait aussi envisager le cas de l'influenceur qui crée lui-même son contenu ou y participe en tant que coauteur. Le cas le plus exceptionnel est celui où l'influenceur va participer à la conception intellectuelle du film réalisé par la marque en déclamant son texte<sup>37</sup>. L'opération de co-création ne représente effectivement que 8% des demandes de partenariats, alors que 53% des influenceurs y aspirent<sup>38</sup>. En premier lieu, l'influenceur peut avoir écrit son propre texte. Ainsi, conformément à l'article L.113-7 3° du CPI, l'influenceur pourra être « *l'auteur du texte parlé* » et sera alors l'un des auteurs de l'œuvre audiovisuelle listés par ce texte et « *présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle réalisée en collaboration* ». En deuxième lieu, l'influenceur peut très bien avoir improvisé son texte dans une vidéo réalisée par la marque. Pour Monsieur Pierre-Yves GAUTIER, Professeur à l'Université du Panthéon-Assas, lorsque l'artiste improvise, il prend alors cumulativement le statut d'auteur. En effet, « *dès lors qu'un public, fût-il virtuel, est le spectateur des dialogues improvisés, appartiennent-ils ou non au quotidien, celui-ci se trouve de la sorte « théâtralisé* ». *Étant rappelé que peu importe le mérite de l'œuvre (banalité des dialogues). Les protagonistes deviendront alors coauteurs d'une œuvre audiovisuelle* »<sup>39</sup>. Il s'agira de vidéos de placement de produits simple ou encore de clips réalisés à l'occasion de la participation de l'influenceur à des événements organisés par la marque ou à un voyage.

L'influenceur est également auteur lorsque le contenu qu'il crée dans le cadre de son partenariat est une photographie contenant le produit à promouvoir. Celle-ci pourra être qualifiée d'œuvre de l'esprit au sens de l'article L.112-2 9° du CPI<sup>40</sup> dès lors qu'elle est

---

<sup>36</sup> *Op. cit.*, GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », p.92.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Op. cit.*, REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2020 (4e éd.).

<sup>39</sup> GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, Puf, 2019 (11e éd.), Classiques, p.156.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, SZKOPINSKI (A), « A la recherche d'un statut juridique pour les influenceurs ».

originale et pourra être protégée par le droit d'auteur, qui trouvera alors à s'appliquer à l'œuvre de l'influenceur, du seul fait de sa création, conformément à l'article L.111-1 alinéa 1 du CPI. L'originalité de la photographie pourra intervenir lors de la phase préparatoire de la prise de photographie. Ici l'influenceur pourra exprimer sa personnalité par sa manière de placer des objets qui composent la scène ou par l'éclairage. Il peut également imprégner la photographie de sa personnalité au moment de la prendre, par le cadrage ou l'angle choisi, ou encore, en la retravaillant, par des interventions originales grâce aux logiciels<sup>41</sup>. En outre, la création de contenu propre à l'influenceur peut encore intervenir par la réalisation d'une vidéo. Si celle-ci est originale, elle obtiendra alors la qualification d'œuvre audiovisuelle protégée par le droit d'auteur au sens d'une œuvre de l'esprit en vertu de l'article L.112-2.

C'est bien souvent l'influenceur, guidé par son inspiration, qui met entièrement en œuvre ces projets pour les marques, selon ses propres choix. L'influenceur est alors assisté de proches ou de professionnels, comme des photographes et maquilleurs, pour créer le contenu qu'il publiera par la suite<sup>42</sup>. Dès lors, la personne qui prend la photographie peut être auteur de l'œuvre. De même, la personne qui aide à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, peut être qualifiée de coauteur si elle remplit l'un des rôles de la liste de l'article L.113-7.

Enfin, au-delà de la nature du contenu créé, il faut s'intéresser à la personne à l'initiative de la prestation d'influence puisque cela aura une incidence sur sa qualification juridique et ainsi, sur le régime applicable. En effet, on peut considérer que, l'influenceur, lorsqu'il crée le contenu, réalise une commande qui lui est passée par la marque<sup>43</sup>. Il s'agirait alors d'un contrat de commande, n'appartenant, non pas au régime de droit commun du droit d'auteur<sup>44</sup>, celui-ci n'entraînant pas la cession des droits patrimoniaux<sup>45</sup>, mais au régime spécifique pour les œuvres de commande publicitaire. Ce dernier prévoit une présomption de cession des droits d'exploitation sur l'œuvre au bénéfice du producteur. Il trouve ses origines dans un usage *contra legem* du premier, apparu dans le domaine spécifique de la publicité<sup>46</sup>. L'article L.132-31 du CPI, consacrant certains principes dégagés par la pratique professionnelle, a donné lieu au contrat conclu entre le « *producteur et l'auteur* ». En réaction à la jurisprudence qui tendait

---

<sup>41</sup> CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2017 (5e éd.), p.137.

<sup>42</sup> Pour un exemple de projet mené par un influenceur : MARNETTE (C.), *Les backstages d'un shooting photo professionnel et mon matériel* (en ligne), YouTube, 12 avril 2020, 1 vidéo (16 min). (consulté le 14/04/2020), sur : <http://milkywaysblueyes.com/fr/comment-se-deroule-un-shooting-photo-professionnel-mon-materiel-photo/>

<sup>43</sup> *Op. cit.*, SZKOPINSKI (A), « A la recherche d'un statut juridique pour les influenceurs ».

<sup>44</sup> Contrat nommé d'entreprise : PLANIOL, RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. XI, par ROUAST, n° 925 in GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, Puf, 2019 (11<sup>e</sup> éd.), Classiques, n°203.

<sup>45</sup> Article L.111-1 alinéa 3 du Code de propriété intellectuelle.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, p. 460-461.

à considérer que l'auteur englobait une personne morale, généralement une agence de publicité<sup>47</sup>, de sorte à adapter ce contrat à la pratique du domaine de la publicité dans lequel interviennent, des auteurs, mais surtout des agences de publicité et des annonceurs, la Cour de cassation a décidé que le contrat de commande publicitaire ne pouvait régir que « *les seuls contrats consentis par l'auteur, personne physique, dans l'exercice de ses droits d'exploitation et non que peuvent conclure, avec des sous-exploitant, les cessionnaires ou personnes investies par la loi sur les œuvres collectives de ce droit* ». <sup>48</sup> Pour Pierre-Yves GAUTIER, le producteur ne peut être que l'annonceur, représenté par l'agence, car c'est pour lui que le contrat est conclu et que l'œuvre sera exploitée<sup>49</sup>. En pratique, 27,5% des marques ne passent pas par une agence puisqu'elles travaillent avec des nano et micro-influenceurs ; celles-ci misant désormais « *sur les influenceurs naissants où les tarifs sont plus abordables et l'engagement au rendez-vous* »<sup>50</sup>. L'influenceuse Anaïs Augry explique qu'ils sont plus proches de leur communauté et inspirent plus confiance que les power-influenceurs dont on peut douter de l'authenticité et de l'honnêteté lorsqu'ils mettent un produit en avant<sup>51</sup>. Pour ces derniers, les marques sont accompagnées par des agences digitales ou de communication ou plateformes expertes en marketing d'influence.

## §2. L'application du droit des marques

Certains influenceurs très connus comme Emmacakecup ou encore de Noholita, ont fait enregistrer leur pseudo. Cette dernière exploite sa marque « noholita »<sup>52</sup> avec des bijoux et maillots de bains en collaboration avec la marque « Monpetitbikini ». Nabilla quant à elle, est titulaire de nombreuses marques de produits de cosmétique dont « nabilla. beauty »<sup>53</sup> et en fait régulièrement la promotion sur ses réseaux. En outre, les influenceurs sont nombreux à avoir déposé leur marque pour des services de publicité en ligne sur un réseau informatique. C'est le cas par exemple d'Enjoyphoenix qui a enregistré son pseudo notamment pour ce service, dans le domaine de la mode, de la décoration et de la beauté<sup>54</sup>, ou encore du vidéaste Norman qui a fait enregistrer la marque « Norman fait des vidéos »<sup>55</sup>, issue de sa chaîne YouTube mais aussi de l'influenceuse et candidate de télé-réalité Milla Jasmine<sup>56</sup>.

---

<sup>47</sup> CA Paris, 18 avril 1991 : *RIDA* juill. 1992, p. 166.

<sup>48</sup> Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2009 08-18360 ; *Comm. Com. électr.* 2010, comm. 12, note Ch. Caron.

<sup>49</sup> GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, Puf, 2019 (11<sup>e</sup> éd.), Classiques. n°133.

<sup>50</sup> REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2019 (3<sup>e</sup> édition), <https://www.reech.com/fr/influenceurs->

<sup>51</sup> Transcription de l'entretien avec Madame Anaïs AUGRY, influenceuse, réalisé le 23 mars 2020, à Paris.

<sup>52</sup> INPI, [https://bases-marques.inpi.fr/Typo3\\_INPI\\_Marques/marques\\_resultats\\_liste.html](https://bases-marques.inpi.fr/Typo3_INPI_Marques/marques_resultats_liste.html) (consulté 14/04/2020).

<sup>53</sup> INPI, [https://bases-marques.inpi.fr/Typo3\\_INPI\\_Marques/marques\\_resultats\\_liste.html](https://bases-marques.inpi.fr/Typo3_INPI_Marques/marques_resultats_liste.html) (consulté 14/04/2020).

<sup>54</sup> INPI, [https://bases-marques.inpi.fr/Typo3\\_INPI\\_Marques/marques\\_resultats\\_liste.html](https://bases-marques.inpi.fr/Typo3_INPI_Marques/marques_resultats_liste.html) (consulté 14/04/2020).

<sup>55</sup> INPI, [https://bases-marques.inpi.fr/Typo3\\_INPI\\_Marques/marques\\_resultats\\_liste.html](https://bases-marques.inpi.fr/Typo3_INPI_Marques/marques_resultats_liste.html) (consulté 14/04/2020).

<sup>56</sup> INPI, [https://bases-marques.inpi.fr/Typo3\\_INPI\\_Marques/marques\\_resultats\\_liste.html](https://bases-marques.inpi.fr/Typo3_INPI_Marques/marques_resultats_liste.html) (consulté 14/04/2020).

## Section 2. Le statut juridique de l'influenceur

La question se pose du statut juridique de l'influenceur qui travaille avec une agence ou directement avec la marque. L'influenceur est-il un prestataire de service ou un salarié ? (§1) ; Existe-t-il un risque de requalification du contrat de travail de certains influenceurs ? (§2).

### §1. L'influenceur, un prestataire de service ou un salarié ?

Les influenceurs se sont professionnalisés au fil du temps, surtout dans leur façon de travailler avec les marques<sup>57</sup>. Si les influenceurs ont été amenés à créer du contenu moins spontané pour privilégier du contenu plus travaillé, les marques aussi ont revu leurs exigences. Partant de collaborations exécutées sous la totale liberté des influenceurs dans les débuts du marketing d'influence, les marques exigent désormais des influenceurs qu'ils respectent le « *briefing* » et les directives ; du moins dans les débuts d'un influenceur. En outre, chaque prestation doit être approuvée en amont par la marque avant que l'influenceur puisse publier.

Tout d'abord, deux hypothèses de participation de l'influenceur au contenu de la marque laissent présumer la qualification du contrat de travail. D'une part, lorsque l'influenceur effectue une prestation de mannequinat, en vertu de l'article L.7123-3 du Code du travail (C. trav.), le contrat est présumé être un contrat de travail dès lors qu'il prévoit une rémunération<sup>58</sup> ; et ce même si cette activité est exercée à titre occasionnel, ce qui correspond bien à la pratique des partenariats. En effet, 86% des influenceurs exercent cette activité à titre secondaire.

D'autre part, lorsque l'influenceur effectue une interprétation, le contrat sera qualifié de contrat d'artiste ; la liste de ces contrats de l'article L.7121-2 du C. trav. n'étant pas limitative<sup>59</sup>. L'artiste-interprète sera alors qualifié de salarié au titre de la présomption posée à l'article L.7121-3. C'est une présomption légale d'ordre public, qui est donc difficile à combattre<sup>60</sup>. L'article L.7121-4 du C. trav. précise que la présomption subsiste, quelle que soit la qualification contractuelle choisie par les parties et ce, malgré la liberté d'expression de l'artiste ou le fait qu'il soit propriétaire du matériel utilisé pour ses prestations ; ce qui sera souvent le cas des influenceurs. La plupart gagne moins de mille euros par an, ce qui leur permet seulement de rembourser les frais personnellement engagés pour la création de certains contenus<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> MARNETTE (C.), *TFE sur le métier d'influenceur* (en ligne), YouTube, 5 avril 2020, 1 vidéo (52 min 35). Disponible sur : <http://milkywaysblueeyes.com/fr/reponses-aux-questions-de-memoire-tfe-sur-le-metier-dinfluenceur/> (consulté le 10/04/2020).

<sup>58</sup> GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », *Dalloz*, 2020, p.92.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2017 (5e éd.), p.588.

<sup>61</sup> REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2020 (4e éd.).

Ensuite, lorsque l'influenceur est auteur, si le contrat de commande publicitaire, contrat d'entreprise portant sur une œuvre à fabriquer<sup>62</sup>, est applicable aux partenariats, l'influenceur sera alors un indépendant ; que ce soit dans sa relation avec l'agence ou avec la marque directement. Toutefois, en dehors de ce contrat, la qualification d'indépendant reste adaptée pour le blogueur professionnel. L'influenceur débutant ou n'exerçant cette activité qu'à titre secondaire sera ainsi souvent micro-entrepreneur, mais il peut aussi exercer son activité au travers d'une ou plusieurs sociétés qu'il aura créées. Or cela concerne les influenceurs à temps plein, les mieux rémunérés, et disposant d'une importante communauté<sup>63</sup>.

Et c'est d'ailleurs la qualification de contrat de prestation de service qui est presque toujours choisie pour les partenariats<sup>64</sup>. En effet, une marque recourt à un influenceur du moment qu'elle considère sa personnalité, son univers, son savoir-faire, comme étant à même de promouvoir le produit qu'elle commercialise. Cela implique qu'un influenceur dispose souvent d'un degré irréductible de liberté dans l'exercice de son activité ; cette indépendance exclut le salariat<sup>65</sup>. D'autant plus qu'il y a un véritable choix de la part des influenceurs des marques avec lesquelles ils vont collaborer : 66% d'entre eux ont déjà refusé un partenariat<sup>66</sup>. Pour l'influenceuse Anaïs AUGRY, son compte Instagram consiste à communiquer sur des marques ou adresses pour lesquelles elle a eu un coup de cœur, partenariat ou non. Elle explique avoir déjà refusé des partenariats pour des produits qui semblaient être de mauvaise qualité ou pour une incompatibilité de valeurs avec la marque<sup>67</sup>.

De plus, si bien souvent une marque souhaitant faire une collaboration avec un influenceur lui propose un projet défini, l'influenceur peut tout à fait répondre par une contre-proposition de projet, qui pourra être validée par la marque. Mais l'influenceuse Claire MARNETTE précise également que certaines marques la contactent pour solliciter ses idées, et lui demandent ainsi de réaliser une proposition de projet sur la communication d'un de leurs produits. Il faut, en effet, souligner que l'influenceur est un professionnel de la communication. Lorsqu'une marque décide de faire confiance à l'influenceur dans la mise en œuvre d'une collaboration, cela augmente les chances de résultats pour la marque. En effet, l'influenceur est en mesure de créer du contenu qui correspond autant à sa communauté, qu'à la ligne éditoriale de la marque. Viennent ensuite le devis, la prestation ainsi que sa validation et la facturation<sup>68</sup>.

---

<sup>62</sup> HASSLER (T), « Contrat de publicité », *Répertoire de droit commercial Dalloz*, octobre 2008 n°52.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, MARNETTE (C.), *TFE sur le métier d'influenceur* (en ligne), vidéo.

<sup>64</sup> Transcription de l'entretien avec Madame, Anaïs AUGRY, influenceuse, réalisé le 23 mars 2020, à Paris.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », p.92.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2020 (4e éd.).

<sup>67</sup> Transcription de l'entretien avec Madame, Anaïs AUGRY, influenceuse, réalisé le 23 mars 2020, à Paris.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, MARNETTE (C.), *TFE sur le métier d'influenceur* (en ligne), vidéo.

Toutefois, dans certains cas, l'influenceur auteur pourrait aussi être un salarié de la marque, bien que la pratique des partenariats n'y recoure pas. Il existerait ainsi un risque de requalification du contrat.

## §2. Le risque de requalification du contrat de travail

Le risque de requalification du contrat de travail concerne plutôt les relations entre les petits influenceurs qui débutent et les marques modestes, dans lesquelles les contrats verrouillés des agences de talents n'interviennent pas. Le premier risque est d'ailleurs celui du travail dissimulé car les influenceurs, souvent assez jeunes, ne déclarent pas leurs partenariats rémunérés, en pensant qu'il s'agit simplement d'un loisir<sup>69</sup>. Le Code du travail interdit le travail dissimulé et la sanction est pénale, y compris pour les personnes morale<sup>70</sup>. Or l'infraction peut aussi résulter du recours à de faux travailleurs indépendants, placés en réalité sous la subordination de l'utilisateur de leurs services<sup>71</sup>. En effet, s'ils sont souvent passionnés, le droit du travail n'est pas pour autant exclu. Et pour preuve, le contrat d'un joueur de football amateur a été requalifié en contrat de travail, alors qu'il était déjà salarié d'une société d'intérim, en raison des nombreuses obligations que le contrat faisait peser sur lui<sup>72</sup>. De surcroît, un indicateur d'affaires<sup>73</sup> a d'ailleurs été requalifié de salarié en raison du système de contrôle permanent de la société sur l'activité qui influait sur les commissions versées<sup>74</sup>. Les partenariats rémunérés des influenceurs ne sont pas très éloignés de l'activité des indicateurs d'affaires. À ceci près que les affaires seraient alors constituées de la demande que la communauté de l'influenceur attachera au produit ou au service promu<sup>75</sup>.

La qualification du contrat de travail est d'ordre public dès lors que les conditions de fait de l'activité font apparaître la subordination juridique du travailleur, peu importe la volonté exprimée ou la dénomination du contrat adoptée par les parties<sup>76</sup>. La Cour de cassation est très souple dans les critères qu'elle retient et accepte la méthode du faisceau d'indices, ce qui

---

<sup>69</sup> LOPEZ (B), « Influenceurs et risque de requalification du contrat de travail », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris (2 mars 2020), dactyl.

<sup>70</sup> Article L.8224-1 et suivants du Code du travail

<sup>71</sup> DOCKÈS (E), AUZERO (G), BAUGARD (D), *Droit du travail*, Dalloz, 2020 (33e éd.), Précis, p.230-231.

<sup>72</sup> CA Caen, 1<sup>o</sup> ch. soc., 24 mars 2017, n<sup>o</sup> 16-02793.

<sup>73</sup> Indicateur (ou apporteur) d'affaires : son assujettissement au régime général des salariés dépend de la fréquence de ses interventions, du montant de ses commissions, de son autonomie. Si l'assujettissement au régime général ne peut être prononcé (liberté), il peut avoir la qualité de travailleur indépendant <https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/employer-du-personnel/le-statut-social-du-salarie/les-cas-particuliers/les-apporteurs-ou-indicateurs-da.html>. (Consulté le 14/04/2020).

<sup>74</sup> Cass Soc. 10 oct. 2002, n<sup>o</sup> 01-20.022, Inédit.

<sup>75</sup> *Op. cit.*, GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », p.92.

<sup>76</sup> Cass., Ass. Plén., 4 mars 1983, n<sup>o</sup> 81-11.647, *Bull. ass. plén.*, n<sup>o</sup> 3.

augmente le risque de requalification selon les pratiques de la marque<sup>77</sup>. Tout d'abord, ce risque ne peut intervenir que dans le cadre d'un partenariat rémunéré. En outre, la mise à disposition du matériel, tel qu'un studio dans lequel un influenceur devra se présenter est un indice car c'est le moyen d'affirmer la dépendance du travailleur à l'égard d'un employeur détenteur des moyens de production. De plus, lorsqu'une marque décide de faire un partenariat avec un influenceur, celui-ci est expressément choisi. L'imposition d'une telle fourniture personnelle du travail oriente fortement vers la qualification de salarié<sup>78</sup>. Enfin, si bien souvent les contrats de partenariat stipulent que les modalités de la prestation (« *brief* ») seront à définir entre les parties<sup>79</sup>, une subordination est en revanche envisageable en présence de certaines directives très précises posées par la marque. Celles-ci peuvent être mises en place par l'utilisation très normée et obligatoire de hashtags pour le référencement de la marque dans le contenu posté par l'influenceur, ou par l'instauration de dates et heures précises à laquelle la prestation doit être exécutée ou encore par l'exigence d'un certain vocabulaire, l'imposition d'un scénario<sup>80</sup>. En outre, en plus du contrôle exercé par la marque, la subordination passe aussi par la sanction. En effet, pour caractériser l'existence d'un lien de subordination, la Cour de cassation a admis la direction du fait d'un échéancier de surveillance pour produire un contenu et d'un pouvoir de sanction consistant à décider de ne plus confier de mission<sup>81</sup>. En pratique, les contrats de partenariat stipulent que le contenu doit être approuvé par la marque et que celle-ci peut demander à l'influenceur de modifier le post ou de créer un nouveau contenu.

## Chapitre II. L'encadrement juridique de l'identification des partenariats

Les partenariats entre les influenceurs et les marques revêtent autant de situations que le droit et la déontologie appréhendent afin que la confiance des consommateurs ne soit pas ébranlée<sup>82</sup>. Les organes d'autorégulation du secteur de la publicité se sont saisis de cette nouvelle forme de communication afin de veiller à ce que ce marketing d'influence respecte les règles juridiques actuelles de transparence et de loyauté<sup>83</sup>. C'est l'autorégulation par le droit souple (Section 1). La non-identification du partenariat entre influenceurs et marques s'avère être une pratique très minoritaire (12 % des contenus analysés). L'identification du caractère

---

<sup>77</sup> *Op. cit.*, LOPEZ (B), « Influenceurs et risque de requalification du contrat de travail ».

<sup>78</sup> DOCKÈS (E), AUZERO (G), BAUGARD (D), *Droit du travail*, Dalloz, 2020 (33e éd.), Précis, p.279.

<sup>79</sup> Transcription de l'entretien avec Madame Anaïs AUGRY, influenceuse, réalisé le 23 mars 2020, à Paris.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, LOPEZ (B), « Influenceurs et risque de requalification du contrat de travail ».

<sup>81</sup> Cass., Civ 2<sup>e</sup>., 13 décembre 2005, n° 04-18.104, *Bull* 2005 II N° 320 p. 279.

<sup>82</sup> BOULET (L), FROSSARD (L), « Communication publicitaire digitale et influenceurs : organiser l'identification du caractère commercial », *Com. Com. elec.* LexisNexis, nov 2019, n°11, p.17.

<sup>83</sup> PERBOST (F), PHILIPPE (D), « De l'art d'influencer dans les règles », *RJ com.*, Droit des nouvelles technologies, sept-oct 2017, n°5.

commercial d'une communication est pourtant imposée par la loi et la non-transparence est assimilée à une pratique commerciale trompeuse. C'est l'application du droit dur (Section 2). Cependant, l'ARPP rappelle qu'avant tout texte légal, cette obligation est historiquement une règle déontologique, quel que soit le support de communication. Les professionnels réunis au sein de l'ARPP ont adopté de bonnes pratiques visant à compléter le caractère général de ces textes pour clarifier les situations et définir les modalités d'identification des partenariats<sup>84</sup>.

### **Section 1. L'autorégulation par le droit souple**

La norme légale a le plus souvent pour objet de poser des limites, en prohibant les comportements contraires au projet de société qu'elle porte. Or, à trop imposer, elle empiète sur les libertés individuelles. Les normes d'origine privée peuvent avoir un objet différent. Parfois, elles posent des limites de comportements mais plus souvent, elles prescrivent des modèles de comportements<sup>85</sup>. C'est notamment l'objet de l'autorégulation exercée par le rôle et les recommandations de l'ARPP dans le domaine de la publicité (§1), que le contrôle des bonnes pratiques par le Jury de déontologie publicitaire (JDP) vise à garantir (§2). Malgré l'utilité d'un tel modèle, il y a un risque en termes de légitimité, à vouloir systématiquement l'imposer<sup>86</sup>.

#### **§1. Le rôle et les recommandations de l'ARPP**

C'est en 1935 que l'idée d'une association ayant pour objectif l'assainissement des pratiques publicitaires s'est développée, avec la création de l'Office de contrôle des annonces. Il devient, en 1953, le Bureau de vérification de la publicité (BVP), avec pour objectif que les professions publicitaires assurent leur propre discipline<sup>87</sup>. Cela est rendu nécessaire dans ce domaine intimement lié à l'évolution technologique qu'est la communication ; impliquant ainsi des interventions immédiates alors que le législateur a toujours un temps de décalage. Dès lors, de nombreuses organisations professionnelles du secteur publicitaire voient le jour mais aucune n'a l'envergure du BVP, devenu l'ARPP le 25 juin 2008, qui a vocation à s'intéresser à l'ensemble des communications et à créer la réglementation lorsqu'elle fait défaut<sup>88</sup>.

L'ARPP s'érige elle-même en Autorité, sans cependant être une Autorité Administrative Indépendante, pour souligner l'efficacité et la légitimité renforcées grâce à la discipline collective et la responsabilisation partagée. Ceux qui ne jouent pas le jeu risquent de

---

<sup>84</sup> *Op. cit.*, L'ARPP, « Observatoire « Marketing d'influence », p.28-29,

<sup>85</sup> COUPET (C.), « Les normes d'origine privée », *RTD com*, Dalloz, 2015, p.437.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> GREFFE (P), *Le droit de la communication. Droit français, Union européenne, Suisse*, LexisNexis, 2016 (12e éd.), Droit commercial (droit & professionnels), p. 8-9.

<sup>88</sup> ARCELIN-LÉCUYER (L), *Droit de la publicité*, Presses Universitaire de Rennes, 2011, Didact Droit, p.43-46

remettre en cause leurs engagements d'entreprise et la réputation de leur marque. Elle reste ainsi une association Loi 1901 dont les avis et recommandations n'ont pas de portée législative ou juridictionnelle<sup>89</sup>, comme l'avait rappelé la Cour d'appel de Paris s'agissant du BVP<sup>90</sup>. Le Conseil d'État a toutefois reconnu le rôle d'autorégulation par le droit souple de l'ARPP comme alternative préférable au droit dur, en raison des caractéristiques du domaine publicitaire. Le droit dur peut toujours intervenir mais les règles déontologiques définies par les acteurs concernés eux-mêmes et leur surveillance, feraient appel à leur esprit de responsabilité, dans une logique d'intérêt collectif afin de maintenir la confiance du public<sup>91</sup>. L'autorégulation se justifie d'autant plus auprès des influenceurs car elle tient compte des spécificités de leur prise de parole, caractérisée par une forme de liberté à laquelle ils sont fortement attachés<sup>92</sup>.

Partant du principe que leur voix a un fort impact sur leur communauté, l'ARPP considère que les influenceurs se doivent de respecter les principes de toute communication responsable<sup>93</sup>. A cet égard, l'Autorité a édicté et publié en 2017 une grille de lecture destinée aux influenceurs au sein de la quatrième version de sa Recommandation « Communication Publicitaire Digitale ». L'influenceur peut agir dans un cadre purement éditorial, où il est libre de publier un contenu et de relayer des informations sur une marque. Or dans le cadre d'un partenariat, la collaboration avec une marque sera de nature commerciale voire publicitaire. L'Autorité distingue ces deux situations et les obligations qui y sont attachées. D'une part, lorsque l'influenceur a une obligation de publication d'un contenu en contrepartie d'une rémunération, il s'agit d'une collaboration commerciale avec une marque<sup>94</sup>. D'autre part, une collaboration entre un influenceur et un annonceur sera qualifiée de publicitaire lorsque trois critères cumulatifs seront réunis : le contenu est réalisé dans le cadre d'engagements réciproques (paiement, avantage en nature) ; la marque ou ses représentants exerce un contrôle éditorial prépondérant (discours imposé, scénario...) et une validation du contenu avant sa publication ; le contenu vise la promotion du produit ou du service de la marque<sup>95</sup>.

---

<sup>89</sup> *Op. cit.*, ARCELIN-LÉCUYER (L), *Droit de la publicité*, p.47 et 51.

<sup>90</sup> CA Paris., 13 février 2008, RG n°08/00245.

<sup>91</sup> CE, *étude annuelle 2013*, « Le Droit Souple », Collection « Les rapports du Conseil d'État », 15 mai 2013, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>, p.100-102. (consulté le 14/04/2020).

<sup>92</sup> ARPP, *Observatoire Marketing d'influence*, 2019, <https://www.arpp.org/actualite/observatoire-marketing-influence-2019/>, p.5. (consulté le 14/04/2020).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>94</sup> *Op. cit.*, BOULET (L), FROSSARD (L), « Organiser l'identification du caractère commercial », p.17.

<sup>95</sup> ARPP, *Communication publicitaire digitale v4*, 3 avril 2017, p.8 <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2016/08/Recommandation-Communication-publicitaire-digitale-v4-ARPP.pdf> (consulté le 14/04/2020).

Dans ces deux cas, l'influenceur a une obligation d'identification de la communication commerciale en vertu de la loi et des règles déontologiques de l'ARPP qui la rappellent<sup>96</sup>. Les modalités de communication sont laissées à l'appréciation de l'influenceur, du moment qu'elles apparaissent de manière claire et accessible à tous. Les bonnes pratiques de l'Autorité recommandent ainsi, au titre de cette règle de transparence, une indication explicite pour identifier le caractère commercial du contenu. À cet égard, l'utilisation du mot-dièse « #ad » (abréviation de l'anglais Ad-vertisement), les remerciements à une marque ou les formulations vagues du type « *On m'a proposé de tester* » constituent des pratiques améliorables (l'identification n'est pas explicite et/ou instantanée). Ces dernières concernent 33 % des contenus analysés et sont donc plus répandues que les pratiques non conformes (aucune identification). La formule « *en partenariat avec* » ou « *sponsorisé par* » est recommandée. Par ailleurs, l'information du caractère commercial doit apparaître instantanément. Dès lors, si elle est noyée au milieu ou après des très nombreux mots-dièse/hashtags ou à l'intérieur d'une longue publication requérant une action du consommateur pour y accéder (clics ou défilements) ou si la révélation n'intervient qu'après plusieurs « *stories* », l'identification reste donc améliorable<sup>97</sup> (voir extraits du document en annexes). Par ailleurs, au titre de la règle de loyauté, l'Autorité recommande aux influenceurs la sincérité et l'honnêteté. En général, les marques ou les agences de talents rappellent cette obligation et leurs modalités aux influenceurs dans les contrats de partenariat. Toutefois, dans le cadre plus contraignant d'un contenu publicitaire, l'annonceur ayant une véritable prise sur le contenu qui sera diffusé par l'influenceur, la publication doit en plus, respecter les règles déontologiques applicables traditionnellement à la publicité et, selon le contenu, celles de droit positif de la publicité<sup>98</sup>. Enfin, dans les deux cas, des dispositions légales<sup>99</sup> peuvent également s'appliquer<sup>100</sup>.

## §2. Le contrôle des bonnes pratiques par le JDP

L'absence de pouvoir coercitif du BVP a régulièrement été dénoncée. La réforme de 2008 a voulu pallier cette lacune en associant à l'ARPP un nouvel organe de discipline collective<sup>101</sup>. Le JDP a ainsi pour mission de se prononcer publiquement sur les plaintes émises à l'encontre d'une publicité ou d'une campagne, au regard des règles professionnelles au respect

---

<sup>96</sup> *Op. cit.*, ARPP, *Communication publicitaire digitale v4*, p.8.

<sup>97</sup> L'ARPP, « Observatoire « Marketing d'influence », *La lettre d'information de l'autodiscipline publicitaire*, févr 2020, n°16, p.29-30, <https://www.arpp.org/actualite/lettre-n16-fevrier-2020/>. (le 14/04/20) (Annexes).

<sup>98</sup> *Op. cit.*, BOULET (L), FROSSARD (L), « Organiser l'identification du caractère commercial », p.17.

<sup>99</sup> Notamment la loi dite « Evin » du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre l'alcoolisme.

<sup>100</sup> *Op. cit.*, ARPP, *Observatoire Marketing d'influence*, p.20.

<sup>101</sup> ARCELIN-LÉCUYER (L), *Droit de la publicité*, Presses Universitaire de Rennes, 2011, Didact Droit, p.55.

desquelles il a pour mission de veiller<sup>102</sup>. Et cela s'applique évidemment aux partenariats avec les influenceurs. Un avis a ainsi estimé fondée la plainte concernant le « *post* » d'un influenceur ne mentionnant ni la collaboration commerciale l'unissant à une grande marque de champagne, ni les mentions sanitaires relatives à l'alcool et prescrites par le code de la santé publique<sup>103</sup>.

La création du JDP marque ainsi le durcissement de l'autorégulation voulu par le passage d'un Bureau à une Autorité. D'autant plus que son champ d'intervention s'avère extrêmement large. Il est en effet compétent pour connaître des messages publicitaires émanant de toute personne morale ou physique et parallèlement, toute personne peut le saisir. Il semble que les règles édictées par l'Autorité ont vocation à s'appliquer bien au-delà de ses adhérents et sont conçues comme ayant un caractère obligatoire et général<sup>104</sup>. Or la légitimité des décisions du JDP a justement été mise en cause à plusieurs reprises. Le JDP a toujours réclamé une compétence qui s'imposerait à tous, au même titre que les recommandations de l'ARPP<sup>105</sup>. Il n'y a cependant aucune mesure de contrainte associée à cette revendication de principe ; il s'agit toujours de « *soft law* »<sup>106</sup>. Toutefois, l'intervention du JDP n'est pas négligeable. En effet, s'il déclare la plainte fondée, il demande la modification ou la cessation de la campagne, ou si elle a pris fin, l'absence de rediffusion<sup>107</sup>. À cette sanction, s'ajoute le « risque de réputation » par la publication que le JDP fait de sa décision sur son site internet<sup>108</sup>. L'Autorité a ainsi mis en place des mécanismes efficaces et très suivis de contrôles et de sanctions, lui conférant un pouvoir quasi réglementaire, sans que cela ne soit cependant affirmé clairement<sup>109</sup>. Dans cette obscurité, si certains juges ont rappelé que le juge n'est pas lié par l'avis de l'ARPP<sup>110</sup>, d'autres n'ont pas hésité à citer des règles de l'ARPP ou une décision du JDP au soutien de leur décision<sup>111</sup>.

Les normes d'origine privée sont d'autant mieux acceptées qu'elles émanent de ceux qui les conçoivent. Or ici le phénomène n'obéit pas à ce modèle classique, ce qui pourrait conduire des annonceurs à ne pas admettre de se voir imposer des décisions par une instance privée à laquelle ils n'adhèrent pas<sup>112</sup>. Le JDP a d'ailleurs été poursuivi à quelques reprises devant le

---

<sup>102</sup> *Op. cit.*, GREFFE (P), *Le droit de la communication. Droit français, Union européenne, Suisse*, p.11.

<sup>103</sup> Avis 8 juill 2019 *MUMM/TREIBER* - 582/19 <https://www.jdp-pub.org/avis/> (consulté le 14/04/2020).

<sup>104</sup> COUPET (C.), « Les normes d'origine privée », *RTD com*, Dalloz, 2015, p.437.

<sup>105</sup> Décision du 16 déc 2008, *Leclerc* / Décision du 16 juillet 2009, *Fo-Yam* [www.jdp-pub.org/](http://www.jdp-pub.org/) (14/04/2020).

<sup>106</sup> *Op. cit.*, ARCELIN-LÉCUYER (L), *Droit de la publicité*, p.59-60.

<sup>107</sup> Article 16 du Règlement intérieur du Jury de Déontologie Publicitaire.

<sup>108</sup> Article 20, Règl. *préc.* le président peut aussi « demander une diffusion renforcée par voie de communiqué de presse, voire de demander la publication de la décision, par voie d'encart dans la presse, par exemple ».

<sup>109</sup> *Op. cit.*, COUPET (C.), « Les normes d'origine privée », p.437.

<sup>110</sup> CA Paris, pôle 1, 2<sup>e</sup> ch., 23 mai 2012, RG n° 11/15591, *D*, n°254, p. 254.

<sup>111</sup> TGI Nanterre, 23 oct. 2012, Rép. gén. 12/01457, *Droit de l'environnement*, mai 2013, n° 12, note Th.

Dubreuil

<sup>112</sup> *Op. cit.*, COUPET (C.), « Les normes d'origine privée », p.437.

juge judiciaire et a même été condamné pour diffamation, à la suite d'une décision ordonnant la cessation de la diffusion d'une publicité. En effet, le JDP comprend 9 membres qui sont des personnalités indépendantes et impartiales, et un magistrat nommé à la présidence<sup>113</sup>. Mais le mimétisme avec le droit n'a pas convaincu la mutuelle étudiante, qui invoque la diffamation. Celle-ci obtient gain de cause devant le TGI de Paris, qui donne alors une leçon de rigueur juridique au JDP en lui reprochant : « *le caractère péremptoire de ces propos, exprimés dans une forme qui n'est pas celle d'un simple avis, mais qui prend les apparences d'une décision juridictionnelle, sans mesure, réserve et prudence* »<sup>114</sup>. Le tribunal ne remet pas en cause l'intérêt de l'autorégulation, mais il rappelle ensuite que l'ARPP est subordonnée au respect du droit étatique<sup>115</sup>. Cette affaire est révélatrice de ce que « *lorsque le droit souple se durcit, il n'est plus évident que les normes soient nécessairement mieux acceptées parce qu'elles émanent d'acteurs privés* » selon Madame Caroline COUPET, Professeur à l'Université de Paris II <sup>116</sup>.

## **Section 2. L'application du droit dur**

Le marketing d'influence ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique en droit français. Néanmoins, outre l'intervention possible du JDP, l'ensemble de l'arsenal juridique réglementant la publicité et la protection des consommateurs a vocation à s'appliquer à cette forme de communication<sup>117</sup>. En effet, il a été jugé par la Cour de cassation que, quand bien même l'intermédiaire qui relaye le contenu publicitaire est un internaute ordinaire qui s'adresse à son « réseau d'amis », cela n'enlève en rien le caractère publicitaire du contenu<sup>118</sup>.

À cet égard, différentes réglementations applicables aux médias posent la règle d'identification du caractère commercial d'une publication et sont applicables aux contenus postés par les influenceurs. Ainsi, en matière digitale, l'article 20 de la loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique transposant l'article 6a. de la Directive commerce électronique 2000/31/CE du 8 juin 2000, prévoit une identification de toute publicité accessible par un service de communication au public en ligne, et de la personne morale pour le compte de laquelle elle est réalisée<sup>119</sup>.

---

<sup>113</sup> Article 20 du Règlement intérieur du Jury de Déontologie Publicitaire.

<sup>114</sup> TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 7 mai 2014, RG 13/16669, *SMEREP*, *Légipresse* 2014, n° 319, p. 491 com. F. Gras.

<sup>115</sup> CUZACQ (N), « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com*, Dalloz, 2017, p.473.

<sup>116</sup> *Op. cit.*, COUPET (C.), « Les normes d'origine privée », p.437.

<sup>117</sup> DEFFAUX (T), CELEYRON (P), « Réseaux sociaux – 3 questions, Collaborations entre marques et influenceurs », *JCP E*, 2017, 635, n° 37, p. 5.

<sup>118</sup> Cass. Civ Ire, 3 juill. 2013, n° 12- 22.633, ANPAA: JurisData n° 2013-013917 ; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 104

<sup>119</sup> *Op. cit.*, BOULET (L), FROSSARD (L), « Organiser l'identification du caractère commercial », p.17.

En outre, ce sont les articles L.121-2, 3° et L.121-3 du Code de la consommation (C. consom.), transposant en 2008 les articles 6 et 7 de la Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005, qui posent le principe selon lequel, une pratique commerciale est trompeuse lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas identifiable ou n'indique pas sa véritable intention commerciale. La sanction encourue pour une pratique commerciale trompeuse est une amende de 300 000 euros qui peut être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel ou 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit, et deux ans d'emprisonnement<sup>120</sup>. Ainsi, en cas de dissimulation d'un partenariat, un influenceur s'expose aussi à une sanction pour pratique commerciale trompeuse.

Enfin, il faut relever succinctement que la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) enquête notamment sur la question des influenceurs depuis plusieurs années, en plus de ses enquêtes sur la rédaction de faux avis de consommateurs et la modération biaisée des avis<sup>121</sup>. Cette administration centrale dépendant du ministère de l'économie<sup>122</sup>, veille effectivement à ce que le consommateur moyen et raisonnablement avisé ne soit pas susceptible d'être induit en erreur par l'information qui lui a été transmise par l'influenceur<sup>123</sup>. Elle peut sanctionner par une amende administrative les dérives de la publicité déguisée des placements de produits non signalés par les influenceurs sur les réseaux sociaux ou encore délivrer des procès-verbaux pour pratique commerciale trompeuse, des avertissements et des injonctions<sup>124</sup>. Pour ce faire, la DGCCRF use d'une approche casuistique, et est attentive à un faisceau d'indices, prenant en compte l'étendue de l'influence de l'internaute qui fait l'objet d'une enquête, le public visé par la communication, l'existence éventuelle d'une mention indiquant qu'il s'agit d'une publicité ou celle d'une rétribution par la marque<sup>125</sup>.

---

<sup>120</sup> Article L.132-2 du Code de la consommation.

<sup>121</sup> DGCCRF, *Résultats 2018*, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dgccrf/dgccrf/rapports\\_activite/2018/resultats-dgccrf-2018.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/dgccrf/rapports_activite/2018/resultats-dgccrf-2018.pdf), p. 31 (consulté le 30/04/2020).

<sup>122</sup> Economie.gouv.fr, <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/dgccrf>, (consulté le 30/04/2020).

<sup>123</sup> *Op. cit.*, DEFFAUX (T), CELEYRON (P), « Réseaux sociaux – 3 questions, Collaborations entre marques et influenceurs », p. 6.

<sup>124</sup> *Op. cit.*, DGCCRF, *Résultats 2018*, p. 31.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, DEFFAUX (T), CELEYRON (P), « Réseaux sociaux – 3 questions, Collaborations entre marques et influenceurs », p. 6.

## **Partie II. Les risques engendrés par les partenariats**

En France, les plus gros influenceurs comme « EmmaCakecup » et Vlad Oltean mais aussi les célébrités comme Nabilla, ont fait l'objet de plusieurs scandales. Soupçonnés de faire la promotion de contrefaçons et d'exposer ainsi potentiellement leurs millions d'abonnés à un risque d'escroquerie, certains influenceurs contribuent à l'image non éthique que les consommateurs ont parfois des partenariats. Dès lors, quand bien même les partenariats sont signifiés, la mention ne prévient pas toujours les risques. Les premiers risques sont la contrefaçon (Chapitre I). Ceux-ci peuvent venir aussi bien du comportement des influenceurs, que des marques. Mais les partenariats et les moyens des influenceurs pour en obtenir, exposent aussi les consommateurs à des risques de pratiques commerciales trompeuses (Chapitre II).

### **Chapitre I. Les risques de contrefaçon**

Les risques de contrefaçon concernent d'abord les marques par le biais des actions des influenceurs (Section 1). La propriété intellectuelle va protéger les marques de la contrefaçon sur les réseaux sociaux. Au contraire, les prestations réalisées par les influenceurs, lors de la participation ou la création de contenus qu'ils postent ensuite sur leurs réseaux, pourraient aussi être l'objet d'une contrefaçon, mais cette fois-ci par les marques (Section 2).

#### **Section 1. Les influenceurs et la contrefaçon de marque**

Une marque pourrait potentiellement voir en l'influenceur qui ferait un usage de la marque d'autrui sans autorisation, c'est-à-dire sans la relation contractuelle du partenariat, un contrefacteur (§1). S'il est vrai qu'un tel contentieux n'existe pas pour l'heure, en revanche, le cas des partenariats visant la promotion de produits contrefaisants est souvent dénoncé (§2).

##### **§1. L'usage de la marque d'autrui sans partenariat**

L'usage d'un signe distinctif, sans autorisation de la marque, par un influenceur, pour la promotion de produits ou services pourrait déplaire à la marque, si le contenu créé par l'influenceur ne correspond pas à sa stratégie commerciale. C'est du moins l'hypothèse formulée par Monsieur Christophe CARON lors du colloque « Mode et influenceur » du 2 mars dernier. Encore faut-il, selon lui, que le titulaire de droit puisse intenter une action en contrefaçon de la marque. Si une telle action est selon lui possible en théorie, en pratique, celle-ci semble difficile à mettre en œuvre<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris (2 mars 2020), dactyl.

Tout d'abord, en vertu de l'article L.713-2 du CPI, il faut que l'influenceur fasse un usage du signe dans la vie des affaires, c'est-à-dire qu'il fasse usage de la marque d'autrui dans le contexte d'une activité commerciale afin d'obtenir un avantage économique. Et effectivement, le marketing d'influence est une activité commerciale dont découle un avantage économique<sup>127</sup>. Mais il arrive que l'influenceur ne perçoive rien, et c'est d'ailleurs le cas à ses débuts<sup>128</sup>. En 2019, 38% des influenceurs révélaient ne percevoir aucune rémunération pour leur activité<sup>129</sup>. Il n'y aura donc pas forcément toujours un usage dans la vie des affaires. Toutefois, bon nombre d'influenceurs prennent librement la parole sur les produits de diverses marques afin de les juger, notamment sur YouTube. En effet, l'influenceur va pouvoir monétiser ses vidéos en créant un compte *Google AdSense* dès lors que les contenus créés sont conformes aux Consignes relatives aux contenus adaptés et que la chaîne compte au moins 1000 abonnés et 4000 heures de visionnage valides<sup>130</sup>. Cette première condition semble ainsi remplie.

De plus, une autre condition pour tenter une action en contrefaçon de marque, issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), requiert que l'usage qui soit fait de la marque porte atteinte à une fonction de la marque. La CJUE s'est d'abord orientée vers une conception assez étroite de la fonction de la marque<sup>131</sup> et l'a ainsi réduite à la fonction essentielle de garantie d'identité d'origine<sup>132</sup>. Dès lors, le contrefacteur est celui qui fait un usage de la marque d'autrui qui va induire le consommateur en erreur sur l'origine des produits et services. En pratique, lorsqu'un influenceur fait l'usage d'une marque sur ses réseaux, c'est précisément pour désigner un produit ou un service de cette entreprise ; de sorte à mettre cette marque en valeur à travers la démonstration des produits. Ainsi, le consommateur ne peut pas être induit en erreur. Cette fonction essentielle n'est alors pas utile ici<sup>133</sup>. Or par la suite, d'autres fonctions ont été consacrées par la CJUE ; parmi lesquelles, la fonction de communication ou publicitaire de la marque<sup>134</sup>. Dans son arrêt *Google*, la Cour a précisé cette fonction, qui peut habiliter le titulaire de la marque à interdire l'usage illicite « *lorsque cet usage porte atteinte à l'emploi de la marque, par son titulaire, en tant qu'élément de promotion des*

---

<sup>127</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques ».

<sup>128</sup> Transcription de l'entretien avec Madame Anaïs AUGRY, influenceuse, réalisé le 23 mars 2020, à Paris.

<sup>129</sup> *Op. cit.*, REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2019 (3e édition).

<sup>130</sup> Conditions générales d'utilisation de YouTube, [\(14/04/20\)](https://support.google.com/adsense/answer/72857).

<sup>131</sup> CANLORBE (J), « Contrefaçon de marque. - Usage illicite de marque », *J.-Cl Marques - Dessins et modèles*, Fasc. 7513, 1er avril 2017 (mise à jour : 28 février 2020), n°22.

<sup>132</sup> CJCE, 25 janv. 2007, aff. C-48/05, *Adam Opel* : *PIBD* 2007, III, p. 241 ; *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 239, G. Bonet ; CJCE, 12 juin 2008, aff. C-533/06, *O2 Holdings Ltd* : *PIBD* 2008, III, p. 593 ; *Propr. industr.* 2008, comm. 61, A. Folliard-Monguiral.

<sup>133</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », Paris (2 mars 2020).

<sup>134</sup> CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure*, pt 58 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 5185 ; *Propr. industr.* 2009, comm. 51, A. Folliard-Monguiral.

ventes ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale »<sup>135</sup>. Cette fonction est plus adaptée à l'influenceur réalisant un usage non-autorisé d'une marque selon Christophe CARON car cet usage va influencer sa communauté, mais avec une connotation qui ne correspondrait pas à la stratégie de la marque ou à la façon dont elle veut être valorisée<sup>136</sup>. Cependant, cette fonction reste assez théorique. Ces formules sont effectivement vagues sur des prérogatives du titulaire de la marque, ce qui cadre mal avec le souci de la CJUE de ne pas attacher à la marque une protection excessive<sup>137</sup>. Et l'atteinte à cette fonction publicitaire est assez peu invoquée en pratique<sup>138</sup> ; les juges se contentant le plus souvent de la recherche d'une atteinte à la fonction essentielle<sup>139</sup>. Il ne sera pas facile d'intenter avec succès une action avec cette fonction.

Enfin, au contraire, la condition de reproduction non autorisée du signe<sup>140</sup> sera aisément remplie. L'influenceur qui met en avant une marque de sa propre initiative, va effectivement reproduire le signe de la marque à l'identique<sup>141</sup>. L'usage illicite peut prendre des formes variées.<sup>142</sup> Or, la forme la plus adaptée à l'influenceur est celle de la reproduction de la marque dans la publicité ou sur internet, pour accompagner la promotion de produits identiques à ceux du titulaire de la marque. Toutefois, le délit d'usage illicite englobe également les actes qui n'ont pas été précédés d'une reproduction préalable<sup>143</sup>. Ainsi, si l'influenceur fait une utilisation orale d'une marque<sup>144</sup>, sans confection matérielle du signe, il réaliserait quand même un usage illicite, dès lors que cette utilisation est effectuée pour vanter les mérites de certains produits ou services ou en accompagner la commercialisation.

Toutefois, quand bien même ces conditions seraient remplies, il n'est pas certain qu'une telle action en contrefaçon de marque puisse aboutir. En effet, longtemps le droit sur la marque était considéré comme un droit absolu, en dépit du principe de territorialité et de spécialité<sup>145</sup>. Ainsi l'usage d'une marque sur des sites polémiques ou humoristiques se trouvait sanctionné<sup>146</sup>. Face aux critiques que suscitait une portée trop large accordée aux marques, la jurisprudence

---

<sup>135</sup> CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google*, pt 92, *PIBD* 2010, n° 918, III, p. 296.

<sup>136</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », Paris (2 mars 2020).

<sup>137</sup> PASSA (J), « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? Utilité ? », *Propriété industrielle*, n°6, Juin 2012, étude 11, n°44-48 spé 48.

<sup>138</sup> TGI Paris, 11 avr. 2014, n° 12/02594 : *PIBD* 2014, n° 1011, III, p. 662.

<sup>139</sup> *Op. cit.*, CANLORBE (J), « Contrefaçon de marque. - Usage illicite de marque », n°23.

<sup>140</sup> Article L.713-2 du Code de propriété intellectuelle.

<sup>141</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », Paris (2 mars 2020).

<sup>142</sup> *Op. cit.*, CANLORBE (J), « Contrefaçon de marque. - Usage illicite de marque », n°17.

<sup>143</sup> *Ibid.*, n°18.

<sup>144</sup> Par ex., CA Paris, 7 févr. 1996 : *JCP E* 1996, 1567, n° 6, obs. J.-J. Burst.

<sup>145</sup> TRÉFIGNY-GOY (P), « L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque », *Propr. Industr.*, n°10, Oct 2010, dossier 5.

<sup>146</sup> CA Paris, 30 avr. 2003 : *D.* 2003, p. 2685, obs. S. Durrande.

communautaire puis française, l'ont restreinte par référence au but poursuivi par la marque, qui est de distinguer les produits et services de son titulaire de ceux offerts par d'autres<sup>147</sup>. Le droit des marques est certes, un droit considéré comme fondamental<sup>148</sup>, mais sous l'impulsion de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de la CJUE, et de la Cour de cassation, celui-ci est amené à être confronté à d'autres droits et libertés fondamentaux avec le principe de balance des intérêts. L'influenceur peut ainsi opposer sa liberté d'expression au titulaire de droit de marque pour justifier l'atteinte au droit de propriété intellectuelle dès lors qu'il n'en abuse pas ; cette liberté ayant la même valeur dans la hiérarchie des normes<sup>149</sup>. Une paralysie du droit de propriété intellectuelle est donc concevable, surtout depuis l'arrêt récent de la CJUE, affirmant que « *le droit de propriété (droit des marques) n'apparaît pas comme une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société* ». La CJUE estime alors que le droit de propriété sur la marque a, en plus de ses diverses fonctions essentielles, une fonction sociale qui dépasse la satisfaction des seuls intérêts de son propriétaire, consistant ici à respecter un impératif tel que la protection de la santé publique. Après un contrôle de proportionnalité, la Cour a décidé que le droit fondamental de propriété intellectuelle était licitement restreint pour servir sa fonction dans la société<sup>150</sup>.

Cette hypothèse de l'influenceur qui opposerait sa liberté d'expression au titulaire de droit de marque est d'autant plus concevable que le Tribunal judiciaire de Lyon a très récemment jugé qu'interdire l'usage d'un signe dans un avis sur internet, « *reviendrait à permettre à la société demanderesse de se fonder sur le droit des marques pour empêcher toute critique à son encontre* »<sup>151</sup> ; autrement dit, cela porterait atteinte à la liberté d'expression. Un tel jugement pourrait tout à fait voir le jour au sujet d'un post d'un influenceur. Dès lors, face au risque qu'un influenceur crie à la censure sur ses réseaux sociaux, en pratique, beaucoup d'entreprises hésiteront avant d'intenter une action en contrefaçon<sup>152</sup>.

## **§2. Le partenariat pour des produits contrefaisants**

La pratique du *drop shipping* est souvent dénoncée par les internautes. Certains influenceurs y ont eux-mêmes recours mais cela arrive plus souvent dans le cadre de leurs partenariats. En effet, l'influenceuse Claire MARNETTE déclare recevoir tous les jours des

---

<sup>147</sup> CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *Arsenal* : *RJDA* 2003/03, chron. 195, J. Passa.

<sup>148</sup> Article 17.2 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne du 18 décembre 2000.

<sup>149</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », Paris (2 mars 2020).

<sup>150</sup> CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 30 janv. 2019, aff. C-220/17, *Planta Tabak-Manufaktur c/ Land Berlin*, pts 94-99, *Com com electr.* n°5, mai 2019, Comm 30, C. Caron.

<sup>151</sup> TJ Lyon, 18 févr 2020, 15/11035, Inédit.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », Paris (2 mars 2020).

demandes de partenariat pour des produits douteux, qui semblent contrefaisants et notamment, issus du *drop shipping*. Elle indique toujours vérifier l'existence de la marque et la conformité du site internet, et refuse en général la collaboration<sup>153</sup>. Les risques de contrefaçon sont présents avec le *drop shipping* bien que cette pratique ne soit pas en soi illégale. En effet, si un influenceur titulaire d'une marque ou l'entreprise avec laquelle il fait un partenariat, commande à un fournisseur français, européen ou international, des produits à un prix très concurrentiel, et en supprime la marque pour y apposer la sienne, une contrefaçon serait possible.

Or, l'usage illicite par suppression de la marque peut être difficile à prouver. La suppression est expressément visée par le nouvel article L.713-3-1 7° du CPI, mais l'était déjà par l'ancien article L.713-2 b). Or, la directive initiale d'harmonisation en matière de marque, tout comme la dernière<sup>154</sup>, ne l'envisagent pas parmi les usages illicites. Cela a conduit certains auteurs, dont Monsieur Jérôme PASSA, Professeur à l'Université du Panthéon-Assas et avocat, à se questionner sur la conformité de la législation française à la directive de 1988<sup>155</sup>. Le droit français a toujours retenu une interprétation extensive du délit d'usage, allant au-delà de l'usage d'une marque contrefaisante<sup>156</sup>. Et les juridictions françaises ont estimé que le fait de supprimer ou dissimuler le signe de la marque figurant sur un produit, sans autorisation de son titulaire, constituait bien un acte de contrefaçon, peu important que ce soit le fait d'un revendeur de l'époque<sup>157</sup>. Il semblerait d'ailleurs que la CJUE ait récemment considéré que la suppression des signes identiques à la marque puisse constituer une atteinte au droit de marque, en ce qu'elle a jugé qu'il s'agit d'un usage dans la vie des affaires portant atteinte à la fonction de garantie d'identité d'origine, mais aussi aux fonctions de publicité et d'investissement<sup>158</sup>.

De plus, la suppression de marque nécessite que le prétendu contrefacteur soit à l'origine de la suppression<sup>159</sup>. Or il n'est pas certain que ce soit toujours le revendeur qui procède à la suppression de la marque puisque certains fournisseurs proposent d'apposer eux-mêmes le logo de l'entreprise qui commande avant de livrer directement aux clients. En réalité, ces acteurs du *drop shipping* s'assurent bien souvent de vendre des produits dont la marque n'a pas été déposée, mais simplement créée par un fournisseur, en Chine par exemple, pour son site. Une action en contrefaçon pour suppression de marque semble ainsi incertaine.

---

<sup>153</sup> Entretien avec Mme MARNETTE (C.) (Milkywaysblueyes), réalisé le 09/04/2020, Live Instagram.

<sup>154</sup> Directive 89/104 /CEE, 21 déc. 1988, art. 2 ; directive PE et CE 2015/2436, 16 déc. 2015.

<sup>155</sup> PASSA (J.), *Droit de la propriété industrielle* : t. 1, LGDJ, 2e éd., 2009, n° 281 et 282.

<sup>156</sup> AZÉMA (J), GALLOUX (J-C), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2017 (8e éd.), Précis, n°1702.

<sup>157</sup> Cass. com., 2 févr. 2016 ; *PIBD 2016*, n° 1046, III, p. 243 ; *Propr. industr.* 2016, comm. 29, P. Tréfigny.

<sup>158</sup> CJUE, 25 juill. 2018, aff. C-129/17, *Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd et a. c/ Duma Forklifts NV* ; *PIBD 2018*, n°1101, III, p. 585 ; *Propr. intell.* 2018, n° 69, p. 66, Y. Basire.

<sup>159</sup> CA Versailles, 12e ch., 8 janv. 2019, n° 18/00776, *Sté Skis Rossignol et Club Rossignol c/ Sté Bollé Brands* : *PIBD 2019*, n° 1112, III, p. 136 *Propr industr* n° 5, Mai 2019, comm. 25 P. Tréfigny.

## Section 2. Les marques et la contrefaçon de la prestation de l'influenceur

Dans le cadre d'un partenariat, lorsqu'un influenceur utilise une marque, celle-ci peut considérer que le contenu lui appartient et qu'elle peut ainsi réutiliser le post de l'influenceur<sup>160</sup>. Si l'exploitation par la marque du contenu créé par l'influenceur ou auquel il a participé n'a pas été prévue, une contrefaçon au titre de l'article L.335-4 al 1 en droit d'auteur et L.335-4 al 1 du CPI pour les droits voisins, peut être reprochée à l'entreprise. Un cumul de protection s'appliquera alors aux quelques influenceurs ayant déposé leur pseudo pour le service visé.

En pratique, l'obligation de créer un contenu se double d'une licence d'exploitation accordée par l'influenceur sur les images ou vidéos créées, objets de protection. Cela permet à l'entreprise d'exploiter le contenu créé par l'influenceur, moyennant le versement d'une rémunération fixe ou variable, en fonction du support et des réseaux de diffusion du contenu<sup>161</sup>. En effet, la Directrice Générale de la marque Mage expliquait au colloque « Mode et influenceurs », qu'en tant qu'utilisatrices de partenariats avec les influenceurs, les marques se devaient d'être précises et d'encadrer fortement toute collaboration. Un droit de republication, tout comme le maintien du post de l'influenceur sur son profil, devraient ainsi toujours être contractuellement prévus ; sinon le partenariat perdrait tout son sens puisque l'objectif est de gagner en visibilité. Lorsque l'influenceur est représenté par une agence de talents, le contrat se fait directement avec celle-ci. Elle veillera alors au respect des droits de l'influenceur<sup>162</sup>.

En vertu de l'article L.111-1 al 3 du CPI, il importe peu que l'auteur soit lié à son cocontractant par un contrat d'entreprise ou de travail, dès lors que le transfert des droits doit faire l'objet d'un accord de volonté entièrement distinct, les sommes perçues au titre du premier contrat ne pouvant être considérées comme rémunérant la cession des droits de l'auteur<sup>163</sup>. On retrouve cette indépendance du transfert des droits et de l'existence d'un contrat de travail dans la jurisprudence<sup>164</sup> et à l'article L.212-10 pour l'artiste-interprète ayant un contrat de travail avec un producteur de phonogramme<sup>165</sup>. L'influenceur auteur, prestataire de service ou salarié, et l'artiste-interprète salarié, resteront titulaires de leurs droits patrimoniaux en vertu du droit commun et les marques devront se faire céder les droits d'exploitation. Une requalification du contrat de travail n'y changerait donc rien. En revanche, lorsque l'influenceur aura participé au

---

<sup>160</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), « Influenceurs et droit des marques », Paris (2 mars 2020).

<sup>161</sup> *Op. cit.*, GIRARD-GAYMARD (T), « Les influenceurs et le droit », p.92.

<sup>162</sup> GUICHOT (I), « Expérience d'une maison de mode », communication au colloque « Mode et influenceurs », Paris (2 mars 2020), dactyl.

<sup>163</sup> GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, Puf, 2019 (11<sup>e</sup> éd.), Classiques, n°467.

<sup>164</sup> Cass., 1<sup>re</sup> Civ., 6 mars 2001 ; *Comm. Com. électr.* 2001, comm 44, note Ch. Caron.

<sup>165</sup> *Op. cit.*, GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, n°149.

contenu audiovisuel d'une marque, en tant qu'artiste-interprète, ou lorsqu'il est co-auteur d'une œuvre audiovisuelle, une présomption de cession des droits au producteur s'appliquera<sup>166</sup>.

Sauf clause contraire, une présomption simple de cession des droits d'exploitation de la création publicitaire au producteur s'appliquera aussi à l'influenceur auteur, si un contrat de commande publicitaire est conclu, en vertu de l'article L.132-31 du CPI<sup>167</sup>. Dans ce cas, la finalité publicitaire des œuvres commandées dicte la cession des droits d'exploitation car elles se définissent par leur destination : être exploitées sur des supports, ici internet, mais pour servir la promotion d'un produit ou service d'un annonceur pour une campagne publicitaire<sup>168</sup>. Ici ce sera l'influenceur qui diffusera l'œuvre, et non l'agence, pour le compte de l'annonceur.

Cependant, le régime général du contrat d'auteur n'est pas pour autant à exclure. L'article L.131-3 du CPI peut effectivement trouver à s'appliquer lorsque les deux critères d'application du régime spécifique à la création publicitaire ne sont pas satisfaits<sup>169</sup>. En effet, la commande doit être faite pour une véritable publicité, c'est-à-dire destinée au public,<sup>170</sup> et les parties au contrat doivent avoir la qualité d'auteur et de producteur, c'est-à-dire l'annonceur<sup>171</sup>. Le contrôle des marques du contenu créé par l'influenceur, pour validation avant publication, devrait renforcer cette qualification publicitaire de l'œuvre. Pourtant, en réalité, les contrats de partenariat ne semblent pas recourir au contrat de commande publicitaire.

En outre, lorsque l'influenceur crée du contenu publicitaire audiovisuel, c'est le régime des œuvres audiovisuelles des articles L.131-2 et L.131-3 du CPI qui est applicable<sup>172</sup>. Le régime est alors plus strict puisqu'il ne comporte pas la présomption. En effet, le contrat de production audiovisuelle doit être constaté par écrit, chacun des droits cédés devant faire l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession, le domaine d'exploitation des droits cédés devant être délimité quant à son étendue, sa destination, au lieu et à la durée<sup>173</sup>.

En pratique, la plupart des contrats de partenariat prévoient une licence. Toutefois, la conformité concernant l'étendue des droits cédés pourrait poser problème car ces clauses pourraient parfois s'avérer très générales. Dans le cas d'une œuvre de commande publicitaire,

---

<sup>166</sup> Article L.132-24 et L.212-4 du Code de propriété intellectuelle.

<sup>167</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, p. 462.

<sup>168</sup> *Op. cit.*, GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, n°132

<sup>169</sup> BONNET-DESPLAN (M-P), FABRE (R.), GENTY (N) et alii, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, Dalloz, 2014-2015 (4e éd.2013), Dalloz référence, n°902.295.

<sup>170</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 25 févr. 2003, n°00-22470 ; *Bull. civ.*, I, n°54, p.41.

<sup>171</sup> *Op. cit.*, GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, n°133.

<sup>172</sup> CA Paris, pôle 5, 1<sup>re</sup> ch., 29 juin 2011, D, RG n°09/22515, *Sté ABRISUD SAS / Monsieur H. LOUKIL*.

<sup>173</sup> *Op. cit.*, BONNET-DESPLAN (M-P), FABRE (R.), GENTY (N) et alii, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, n°902.293.

le droit d'exploitation comprend le droit de reproduction et le droit de représentation. Par le jeu de la présomption, ce contrat n'aurait donc plus à satisfaire les exigences de l'article L.131-3 fixant le régime classique du contrat d'auteur, subordonnant la transmission des droits de l'auteur « à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue, quant au lieu et quant à la durée »<sup>174</sup>. Avec cette précision protectrice qui s'appliquera alors aux influenceurs, concernant la règle d'interprétation restrictive de la cession du droit d'exploitation en vertu de laquelle, le partenaire économique de l'auteur ne peut prétendre qu'aux modes d'exploitation qu'il aura clairement et expressément reçus. Les marques doivent donc prendre soin d'éviter toute formule vague lors de la rédaction du contrat de partenariat. D'autant qu'en cas de clause obscure, celle-ci sera interprétée *in favorem auctoris*.<sup>175</sup>

En réalité si le contrat de commande pour la publicité vaut théoriquement présomption de cession des droits, il faudra néanmoins prévoir dans le contrat une stipulation imposée par l'article L.132-31, précisant « la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support ». En définitive, la présomption, pour être efficace, doit contenir des précisions évoquant directement celles exigées par l'article L.131-3, ce qui finit, en pratique, par limiter quelque peu son intérêt. D'ailleurs, l'exploitation de l'œuvre publicitaire, au-delà de la durée stipulée dans le contrat, est illicite<sup>176</sup>. Pour Pierre-Yves GAUTIER, il faut là encore un écrit, qui devra remplir ces conditions complexes<sup>177</sup>. Leur absence, impliquerait alors la nullité relative et la contrefaçon de la part de l'agence ou de l'annonceur qui exploiteraient néanmoins l'œuvre de l'influenceur.

## Chapitre II. Les risques de pratiques commerciales trompeuses

D'autres risques engendrés par les partenariats pourraient être appréhendés sur le fondement du droit de la consommation. Dans le cadre des collaborations, les influenceurs usent et abusent du partage de codes promotionnels, ce qui peut découler sur une pratique commerciale trompeuse (Section 1). Mais c'est aussi sur ce fondement que les autres facettes du *drop shipping* pourraient être sanctionnées (Section 2), tout comme certaines pratiques des influenceurs visant, en premier lieu, à obtenir des partenariats (Section 3).

---

<sup>174</sup> *Op. cit.*, BONNET-DESPLAN (M-P) et alii, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, n°902.331.

<sup>175</sup> *Op. cit.*, GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, n°466-467.

<sup>176</sup> *Op. cit.*, CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2017 (5e éd.), p.462.

<sup>177</sup> *Op. cit.*, GAUTIER (P-Y), *Propriété littéraire et artistique*, n°133.

## Section 1. Les codes promotionnels des influenceurs

Dans le cadre des partenariats, l'une des pratiques les plus répandues est le partage d'un code promotionnel par l'influenceur, composé de son nom, afin que la marque puisse vérifier quelle publicité d'influenceur aura permis la vente<sup>178</sup>. Or, d'une part, ces codes promotionnels sont assez conséquents (30% à 70%). Et d'autre part, les influenceurs expriment souvent l'urgence d'en bénéficier, en rappelant leur limitation dans le temps, alors qu'en général, plusieurs influenceurs vont faire l'usage d'un code similaire, sur les mêmes produits, chaque semaine voire tous les jours, s'ils sont pris dans leur ensemble. En effet, la récurrence de la présentation des mêmes produits est une stratégie du marketing d'influence. À force de voir le produit en « *story* » de manière constante, le consommateur va s'intéresser au produit car il sera mis en confiance par l'influenceur qui semble l'utiliser au quotidien<sup>179</sup>.

Dès lors, pour M. Bruno BOUGIE, Vice-Président au Tribunal correctionnel d'Evry, on peut s'interroger sur le prix moyen effectif pratiqué par certaines entreprises avec lesquelles les influenceurs sont en partenariat<sup>180</sup>. Si une entreprise affiche un prix de référence, alors que l'application continue des différents codes promotionnels fait que les produits ne sont finalement jamais vendus à celui-ci, il pourrait s'agir d'une publicité trompeuse de la part de l'annonceur, en vertu de l'article L.121-1 et L121-2 2° c) du C. consom. D'ailleurs un opticien s'est récemment fait condamner pour une pratique consistant, par le biais de campagnes de rabais promotionnels, à attirer les consommateurs, en leur faisant croire que ces rabais leur offraient un avantage tarifaire, alors qu'ils étaient en réalité appliqués toute l'année<sup>181</sup>. La Cour de cassation relevait que l'opticien ne démontrait pas la réalité commerciale des prix de référence et concluait, comme l'avaient caractérisé les juges du fond, qu'une telle pratique conduisait « *le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il ne prendrait pas autrement, dès lors qu'il ne peut pas avoir conscience de ce que la remise qui lui est proposée est fictive et de ce que les prix affichés en magasin ne sont jamais pratiqués* ». <sup>182</sup> Ce genre de décision serait concevable pour les entreprises recourant très souvent au marketing d'influence par le biais de codes promotionnels. D'autant plus que la position de la Cour de cassation n'est pas nouvelle puisqu'elle avait déjà sanctionné un distributeur de parfums qui présentait ses remises comme exceptionnelles alors qu'en pratique, elles étaient systématiquement renouvelées<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> *Op. cit.*, REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2020 (4e éd.).

<sup>179</sup> *Op. cit.*, MARNETTE (C.), *TFE sur le métier d'influenceur* (en ligne), vidéo.

<sup>180</sup> Entretien avec M. BOUGIE (B), Vice-Président du pôle pénal du TJ d'Evry, 13/03/2020, au TJ d'Evry.

<sup>181</sup> L'HONNEN-FROSSARAD (L), « Un an de droit de la publicité », *Comm. com. électr.*, 2019, n°7-8, chron. 9.

<sup>182</sup> Cass. Com., 20 févr. 2019, n°17-13.215, Inédit.

<sup>183</sup> Cass. Crim., 24 avr. 1997, n°95-82.400, *Bull. crim.*, n°145; BRDA14/97, p. 11.

En principe, l'auteur de l'infraction est la personne pour le compte de laquelle la pratique commerciale trompeuse est mise en œuvre. L'annonceur est ainsi principalement visé<sup>184</sup>. Et la circonstance que des documents publicitaires aient été conçus par un tiers ne saurait exonérer la personne qui les utilise pour son propre compte<sup>185</sup>. En général, l'auteur principal est le dirigeant de l'entreprise car il est censé avoir donné les instructions pour la conception et la diffusion du message publicitaire litigieux<sup>186</sup>. Cela ne signifie cependant pas que l'influenceur, tout comme une agence de publicité ou de communication, soient à l'abri de toute sanction. En effet, l'influenceur qui crée ce contenu publicitaire et le diffuserait, pourrait être poursuivi comme complice<sup>187</sup>, du moment qu'il est prouvé qu'il a agi en connaissance de cause<sup>188</sup>. Il pourrait peut-être aussi être condamné comme coauteur, suivant l'intermédiation ou non d'une agence de talents et de l'implication de celle-ci dans le contrôle et les directives données à l'influenceur pour la réalisation de la publicité<sup>189</sup>. La peine est de toute façon identique pour l'auteur comme pour ses complices et coauteurs<sup>190</sup>.

## **Section 2. Le « *drop shipping* » et les droits des consommateurs**

Sans prétendre à l'exhaustivité, la pratique du *drop shipping* produisant ses effets en France,<sup>191</sup> pourrait être la source de bien d'autres risques sur le terrain des pratiques commerciales trompeuses. En effet, les plaintes des consommateurs issus des communautés d'influenceurs, se rapportent fréquemment à la fourniture d'informations ou allégations fausses ou de nature à induire en erreur, telles que l'origine ou les propriétés du produit, sur le fondement de l'article L.121-2 b) C. consom. En effet, il arrive parfois qu'un influenceur ayant créé sa marque et recourant au *drop shipping* mette en avant « ses créations » et présente les produits comme étant « made in France » alors que ceux-ci viennent de Chine et sont disponibles sur les sites internet des fournisseurs en gros. Cette pratique peut se produire également avec les produits d'une entreprise dont un influenceur fait la promotion, dans le cadre d'une collaboration. L'influenceur, que ce soit en tant qu'annonceur ou en tant que vecteur de publicité trompeuse pour le compte d'un annonceur, pourrait ainsi être sanctionné<sup>192</sup>.

---

<sup>184</sup> TEMPLE (H), DÉPINCÉ (M), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020 (10e éd.), Précis, p.1117.

<sup>185</sup> Cass. Crim. 27 mars 1996, D. 1996. IR 168 ; D. *Affaires* 1996. 803, chron.

<sup>186</sup> ERÉSÉO (N), « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl Communication*, Fasc. 3480, 5 oct 2009 (maj : 3 févr 2020), n°70.

<sup>187</sup> Article L.121-7 du Code pénal.

<sup>188</sup> Cass. crim., 23 avr. 1997, n° 96-81.498 : *Bull. crim.* 1997, n° 143.

<sup>189</sup> CA Paris, 25 nov. 1971 : *Gaz. Pal.* 1972, p. 224.

<sup>190</sup> *Op. cit.*, BONNET-DESPLAN (M-P), FABRE (R.), GENTY (N) et alii, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, p. 114-115.

<sup>191</sup> Article L.132-1 du Code de la consommation.

<sup>192</sup> Article L.132-2 et suivants du Code de la consommation.

En outre, certains influenceurs prudents, relèvent souvent l'omission du nom et de l'adresse du professionnel « *drop shipper* » sur son site internet, ce qui pousse alors certains à refuser l'offre de partenariat. Et ils font bien car une telle omission ou dissimulation des informations essentielles et des qualités substantielles constitue, là encore, une pratique commerciale trompeuse au titre de l'article L.121-3. Il pourrait être reproché à l'influenceur, qui est un professionnel, de ne pas avoir vérifié ces informations essentielles avant d'effectuer une prestation publicitaire à sa communauté pour le compte d'un tel annonceur.

Au titre de ces omissions, c'est plus généralement les modalités de livraison et de traitement des réclamations qui posent problème avec le *drop shipping*. En effet, le client reste parfois sans réponse du vendeur, ce qui a donné lieu à de nombreux scandales vis-à-vis de certains produits dont des influenceurs avaient fait la promotion et que les clients n'ont jamais reçus ou alors très tardivement. L'influenceur en collaboration, pourrait plus difficilement être associé à ces pratiques car celui-ci bénéficie toujours de la pleine attention du vendeur qui souhaite d'abord le conquérir, pour ensuite accéder à sa communauté.

### **Section 3. L'achat d'abonnés, de commentaires et de « likes »**

Pour que des personnes physiques ou morales puissent être reconnues comme des influenceurs sur les médias sociaux, elles doivent posséder une grande audience, c'est-à-dire avoir un nombre élevé d'abonnés, de *likes*, de commentaires, de vues<sup>193</sup>. C'est au regard de ces données numériques que la notoriété d'un compte sur les médias sociaux sera évaluée. Dès lors, logiquement, plus un compte fidélise une grande communauté d'internautes, et plus ce compte devrait augmenter ses chances d'obtenir un partenariat publicitaire avec une marque, car cela augmente la visibilité, la crédibilité et l'attractivité de l'influenceur, et ainsi potentiellement aussi celle de la marque et de ses produits. C'est ce qui pousse certains influenceurs mais aussi des entreprises à tricher, et à acheter sur internet des abonnés, des *likes*, des fans, des vues, des commentaires. D'autant plus que le procédé est très simple.

À cet égard, dans son observatoire publié en mai 2019, l'ARPP alertait sur l'existence de ces fraudes que subissaient, tant les influenceurs du point de vue de la concurrence, que les marques, impactées dans leurs coûts et retours sur investissement<sup>194</sup>. En effet, si une très large majorité des influenceurs est honnête, l'étude révèle en revanche, que d'autres profitent de l'engouement des marques pour le marketing d'influence pour augmenter artificiellement leurs

---

<sup>193</sup> LABATUT (T), « L'achat numérique d'abonnés, de likes, de vues ou de commentaires est-il légal ? », *LPA*, n°209, 18 oct 2019, n°148h7, p.10.

<sup>194</sup> *Op. cit.*, ARPP, *Observatoire Marketing d'influence*, p.31.

chiffres. Par exemple, 20% des influenceurs ont ainsi déjà acheté des *followers* mais cela toucherait davantage les micro-influenceurs (32,6% contre 7,5% pour les méga-influenceurs). Dans le cadre d'un partenariat, cela peut amener une marque à réaliser après coup, que l'influenceur avec lequel elle a choisi de travailler, ne bénéficie pas d'une communauté aussi engagée que son profil le laissait penser. Ce gonflement de chiffres passe aussi par l'achat de *likes*, de commentaires, de vues de *stories* ou YouTube, ou encore par les commentaires non authentiques. Aucun texte légal n'interdit ce type d'achat et la jurisprudence ne semble pas fournir de décision abordant ce domaine précis. Toutefois, à en croire les conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux tels que Facebook ou Instagram, cette pratique est prohibée<sup>195</sup>. Si un compte enfreint lesdites conditions, il est alors supprimé. Or en pratique, beaucoup de ces réseaux peinent à avoir un véritable contrôle sur ce procédé<sup>196</sup>.

Or, ces fraudes peuvent aussi avoir des conséquences indésirables auprès des consommateurs. L'achat de commentaires mais aussi d'abonnés, de *likes* ou *dislikes* peuvent conduire le consommateur « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »<sup>197</sup>. En effet, une publication sponsorisée d'un influenceur ayant reçu beaucoup de *likes* peut les inciter à s'y intéresser eux-aussi, et ainsi au produit objet de promotion que la publication contient, et donc potentiellement à l'acheter. Il s'agit donc d'une pratique commerciale trompeuse<sup>198</sup>. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de la Résolution (ACPR), autorité administrative, via sa recommandation sur l'usage des médias sociaux à des fins commerciales du 14 novembre 2016, confirmant que « pourrait être qualifiée de pratique commerciale trompeuse, la diffusion d'avis trompeurs, positifs ou négatifs, y compris de fausses recommandations concernant les produits, leur distributeur ou producteur, ainsi que l'achat de "J'aime", "d'abonnés" ou encore l'achat de "vues". (...) La responsabilité des professionnels est susceptible d'être engagée par les contenus qu'ils diffusent sur les médias sociaux, y compris lorsqu'ils relaient tout ou partie de contenus publiés initialement par des tiers. Sont ainsi visées les techniques de "partage" de contenus, notamment le "Retweet"<sup>199</sup> ». D'où l'intérêt de la pédagogie de l'ARPP pour que soit développée une communication légale, loyale et éthique à l'égard des communautés<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> Conditions générales d'utilisation

Instagram, [https://www.facebook.com/help/instagram/477434105621119/?helpref=hc\\_fnav&bc\[0\]=Aide%20sur%20Instagram&bc\[1\]=Confidentialité%20et%20sécurité](https://www.facebook.com/help/instagram/477434105621119/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Aide%20sur%20Instagram&bc[1]=Confidentialité%20et%20sécurité) (consulté le 19/04/2020).

<sup>196</sup> *Op. cit.*, LABATUT (T), « L'achat numérique d'abonnés, de likes, de vues, de commentaires est-il légal ? ».

<sup>197</sup> BOULET (L), FROSSARD (L), « Un an de droit de la publicité », *Comm. com. électr.* 2011, n°7-8, chron. 7.

<sup>198</sup> *Op. cit.*, LABATUT (T), « L'achat numérique d'abonnés, de likes, de vues, de commentaires est-il légal ? ».

<sup>199</sup> ACPR Recommandation 2016-R-01, 14/11/16 sur l'usage des médias sociaux à des fins commerciales, p. 2.

<sup>200</sup> *Op. cit.*, ARPP, *Observatoire Marketing d'influence*, p.31.

## Conclusion

Pour l'heure, les partenariats entre les influenceurs et les marques constituent encore un sujet assez prospectif. Il est difficile de déterminer de façon globale la qualification juridique de l'influenceur tant il existe des prestations et des modalités différentes. Il faut donc continuer à raisonner au cas par cas. Toutefois, si le phénomène du marketing d'influence venait à perdurer, la situation d'insécurité juridique pour les entreprises concernant le risque de requalification du contrat de travail dans certains cas, commanderait au législateur d'intervenir ; comme il l'a d'ailleurs fait pour encadrer le travail des enfants Youtubeurs et influenceurs<sup>201</sup>. Une telle intervention permettrait de tenir compte des mutations économiques actuelles et de clarifier le statut de ces nouveaux acteurs dont on ne peut plus aujourd'hui ignorer l'existence.

Ce qui est plus certain, en revanche, c'est que l'encadrement juridique de l'identification des partenariats par l'autorégulation a fini par produire les effets escomptés. Si les règles de loyauté et de transparence étaient mal appréhendées dans les débuts du marketing d'influence, elles ne cessent aujourd'hui de se répandre auprès de ces nouveaux professionnels de la communication et ce, dans le respect de leur liberté d'expression.

Toutefois, les partenariats entre les influenceurs et les marques restent encore assez mal appréhendés en pratique, au regard des risques qu'ils peuvent engendrer notamment. C'est une preuve de plus de ce qu'il est difficile de faire coïncider les règles de droit avec les évolutions technologiques et que « *le temps technologique accélère sans cesse, tandis que le temps juridique reste particulièrement lent, régi par le rythme des procédures démocratiques* ». <sup>202</sup> Ce qui donne là encore tout son sens à l'autorégulation par le droit souple, dans l'espoir que celui-ci parvienne à concilier le droit des marques avec la liberté d'expression des influenceurs mais aussi, la protection des consommateurs, que constituent la communauté des influenceurs.

Enfin, si les tribunaux français ne font toujours pas état de ces risques, les influenceurs et les marques devraient déjà réussir à se prémunir de certains risques, à travers la rédaction attentive de leurs contrats de collaboration, et en respectant les recommandations de loyauté et de transparence, en attendant de voir évoluer les choses en la matière.

---

<sup>201</sup> AN, <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/enfants-influenceurs-adoption-de-la-proposition-de-loi>.

<sup>202</sup> DESGENS-PASANAU (G.), « Table ronde n1 : Données personnelles : la publicité ciblée sur internet – une stratégie publicitaire nécessairement intrusive ? », *RLDI 2010/périodique*, n° 58 in LABATUT (T), « L'achat numérique d'abonnés, de likes, de vues ou de commentaires est-il légal ? », *LPA*, n°209, 2019, p.10.

## Bibliographie

- Textes

### 1. Code de propriété intellectuelle

Article L.111-1.

Article L.112-2.

Article L.113-7.

Article L.131-2.

Article L.131-3.

Article L.132-24.

Article L.132-31.

Article L.212-1.

Article L.212-3.

Article L.212-4.

Article L.212-10.

Article L.335-4.

Article L.335-4.

Article L.713-2.

Article L.713-3-1.

### 2. Autres Codes

#### *Code du travail*

Article L.7121-2.

Article L.7121-3.

Article L.7121-4.

Article L.7123-2.

Article L.7123-3.

Article L.8224- 1.

### *Code de la consommation*

Article L. 121-1.

Article L.121-2.

Article L.121-3.

Article L.132-1.

Article L.132-2.

### *Code pénal*

Article L.121-7.

## **3. Lois et ordonnances**

L'article 20 de la Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Loi n°91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme dite « Evin ».

## **4. Textes internationaux**

Article 17.2 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne du 18 décembre 2000.

Première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques

Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

Article 6 a) de la 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»).

Articles 6 et 7 de la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur 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») (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

## **5. Règlement intérieur du Jury de Déontologie Publicitaire**

Article 16 du Règlement intérieur du Jury de Déontologie Publicitaire.

Article 20 du Règlement intérieur du Jury de Déontologie Publicitaire.

### **• Ouvrages**

#### **1. Dictionnaire**

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2018 (12e éd.), Quadrige.

*Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2020

#### **2. Manuels de droit de la propriété intellectuelle**

##### *Propriété littéraire et artistique*

CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2017 (5e éd.).

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, Puf, 2019 (11<sup>e</sup> éd.), Classiques.

##### *Propriété industrielle*

AZÉMA Jacques, GALLOUX Jean-Christophe, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2017 (8e éd.), Précis.

PASSA Jérôme, *Droit de la propriété industrielle*, tome. 1, LGDJ, 2009 (2e éd.).

#### **3. Manuels autres matières**

TEMPLE Henri, DÉPINCÉ Malo, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020 (10e éd., 2019), Précis.

DOCKÈS (E), AUZERO (G), BAUGARD (D), *Droit du travail*, Dalloz, 2020 (33e éd., 2019), Précis.

- **Textes généraux**

ACPR, Recommandation n° 2016-R-01 du 14 novembre 2016 sur l'usage des médias sociaux à des fins commerciales », [https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/11/20161116-reco\\_2016-r-01\\_medias\\_sociaux.pdf](https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/08/11/20161116-reco_2016-r-01_medias_sociaux.pdf).

ARPP Avis 8 juillet 2019 *MUMM/TREIBER* - 582/19 <https://www.jdp-pub.org/avis/>.

ARPP, *Code ARPP*, Communication publicitaire digitale v4, 3 avril 2017, <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2016/08/Recommandation-Communication-publicitaire-digitale-v4-ARPP.pdf>.

ARPP, *Observatoire Marketing d'influence*, 2019, <https://www.arpp.org/actualite/observatoire-marketing-influence-2019/>.

Conseil d'État, *Étude annuelle 2013*, « Le Droit Souple », Collection « Les rapports du Conseil d'État », 15 mai 2013, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>.

DGCCRF, *Résultats 2018 de la DGCCRF*, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dgccrf/dgccrf/rapports\\_activite/2018/resultats-dgccrf-2018.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/dgccrf/rapports_activite/2018/resultats-dgccrf-2018.pdf)

- **Monographies**

ARCELIN-LÉCUYER Linda, *Droit de la publicité*, Presses Universitaire de Rennes, 2011, Didact Droit.

GREFFE Pierre, *Le droit de la communication. Droit français, Union européenne, Suisse*. LexisNexis, 2016 (12e éd.), droit commercial (droit&professionnels).

BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, FABRE Régis, GENTY Nicolas et alii, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, Dalloz, 2014-2015 (4e éd.2013), Dalloz référence.

DERIEUX Emmanuel, GRANCHET Agnès, *Réseaux sociaux en ligne, aspects juridiques et déontologiques*, Lamy, 2013, Axe Droit

- **Articles**

BOULET Laura, FROSSARD Laureline, « Communication publicitaire digitale et influenceurs : organiser l'identification du caractère commercial », *Communication et Commerce électronique*, novembre 2019, n°11, p.17.

BOULET, Laura, FROSSARD, Laureline, « Publicité – Un an de droit de la publicité », *Communication et Commerce électronique*, Juillet 2011, n°7-8, chron. 7.

COUPET Caroline, « Les normes d'origine privée », *Revue Trimestrielle de Droit commercial*, Dalloz, 2015, p.437.

CUZACQ Nicolas, « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *Revue Trimestrielle de Droit commercial*, Dalloz, 2017, p.473.

DEFFAUX Thomas, CELEYRON Pauline, « Réseaux sociaux – 3 questions, Collaborations entre marques et influenceurs », la semaine juridique - entreprise et affaires, 2017, 635, n° 37

GIRARD-GAYMARD Tristan, « Les influenceurs et le droit », *Dalloz*, 2020, p.92.

LABATUT Tiffany, « L'achat numérique d'abonnés, de likes, de vues ou de commentaires est-il légal ? », *Les Petites Affiches*, n°209, 18 octobre 2019, n°148h7, p.10.

L'HONNEN-FROSSARAD Laureline, « Publicité – Un an de droit de la publicité », *Comm. com. électr.*, Juillet 2019, n°7-8, chron. 9.

MEURIS-GUERRERO Florence, « Réseaux sociaux – Que font les marques sur Instagram », *Communication et Commerce électronique*, Juillet 2018, n°7-8, alerte 57.

PERBOST Fabrice, PHILIPPE Domitille, « De l'art d'influencer dans les règles », *Revue de jurisprudence commerciale*, Droit des nouvelles technologies, septembre-octobre 2017, n°5.

PASSA Jérôme, « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? Utilité ? », *Propriété industrielle*, n°6, Juin 2012, étude 11.

TRÉFIGNY-GOY Pascale, « L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque », *Propriété industrielle*, n°10, Octobre 2010, dossier 5.

- **Fascicule d'encyclopédie juridique**

HASSLER Théo, « Contrat de publicité », *Répertoire de droit commercial Dalloz*, octobre 2008 (mise à jour : janvier 2012).

- **Fascicules de juristes**

CANLORBE Julien, « Contrefaçon de marque. - Usage illicite de marque », *J.-Cl Marques - Dessins et modèles*, Fasc. 7513, 1er avril 2017 (mise à jour : 28 février 2020).

ERÉSÉO Nicolas, « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl Communication*, Fasc. 3480, 5 octobre 2009 (mise à jour : 3 février 2020).

- **Jurisprudence**

*Jurisprudence Française.*

CA Paris, 25 nov. 1971 : *Gaz. Pal.* 1972, p. 224.

Cass., Ass. Plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *Bull. ass. plén.*, n° 3.

CA Paris, 18 avril 1991 : *RIDA* juill. 1992, p. 166.

Cass. Com., 3 mai 1994, n°91-21.003, *Bull.* 1994 IV n° 166 p. 134.

CA Paris, 7 févr. 1996 : *JCP E* 1996, 1567, n° 6, obs. J.-J. Burst.

Cass. Crim. 27 mars 1996, *D.* 1996. IR 168 ; *D. Affaires* 1996. 803, chron

Cass. Crim., 24 avr. 1997, n°95-82.400, *Bull. crim.*, n°145 ; BRDA14/97, p. 11.

Cass. crim., 23 avr. 1997, n° 96-81.498 : *Bull. crim.* 1997, n° 143.

Cass., 1re Civ, 6 mars 2001 ; *Comm. Com. électr.* 2001, comm 44, note Ch. Caron.

Cass Soc. 10 oct. 2002, n° 01-20.022, Inédit.

Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 25 févr. 2003, n°00-22470 ; *Bull. civ.*, I, n°54 p.41.

CA Paris, 30 avr. 2003 : *D.* 2003, p. 2685, obs. S. Durrande.

Cass., Civ 2e., 13 décembre 2005, n° 04-18.104, *Bull* 2005 II N° 320 p. 279.

CA Paris., 13 février 2008, RG n°08/00245.

Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2009 08-18360 ; *Comm. Com. électr.* 2010, comm. 12, note Ch. Caron.

CA Paris, pôle 5, 1re ch., 29 juin 2011, *D*, RG n°09/22515, *Sté ABRISUD SAS / Monsieur H. LOUKIL*.

CA Paris, pôle 1, 2e ch., 23 mai 2012, *D*, RG n° 11/15591.

TGI Nanterre, 23 oct. 2012, Rép. gén. 12/01457, *Droit de l'environnement*, mai 2013, n° 12, note Th. Dubreuil

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 2013, n° 12- 22.633, ANPAA: JurisData n° 2013-013917 ; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 104

TGI Paris, 11 avr. 2014, n° 12/02594 : *PIBD* 2014, n° 1011, III, p. 662.

TGI Paris, 17e ch., 7 mai 2014, RG 13/16669, *SMEREP*, *Légipresse* 2014, n° 319, p. 491 com. F. Gras.

Cass. com., 2 févr. 2016, n° 14-21.338 ; *PIBD* 2016, n° 1046, III, p. 243 ; *Propr. industr.* 2016, comm. 29, P. Tréfigny.

CA Caen, 1<sup>o</sup> ch. soc., 24 mars 2017, n° 16-02793.

CA Versailles, 12e ch., 8 janv. 2019, n° 18/00776, Sté Skis Rossignol et Club Rossignol c/ Sté Bollé Brands : *PIBD* 2019, n° 1112, III, p. 136 *Propr industr* n° 5, Mai 2019, comm. 25 P. Tréfigny.

Cass. Com., 20 févr. 2019, n°17-13.215, Inédit.

TJ Lyon, 18 févr 2020, 15/11035.

#### *Jurisprudence de la CJUE.*

CJCE, 12 nov.2002, aff.C-206/01, *Arsenal* : *RJDA* 2003/03, chron.195, J. Passa.

CJCE, 25 janv. 2007, aff. C-48/05, *Adam Opel* : *PIBD* 2007, III, p. 241 ; *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 239, G. Bonet.

CJCE, 12 juin 2008, aff. C-533/06, *O2 Holdings Ltd* : *PIBD* 2008, III, p. 593 ; *Propr. industr.* 2008, comm. 61, A. Folliard-Monguiral.

CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure*, pt 58 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 5185 ; *Propr. industr.* 2009, comm. 51, A. Folliard-Monguiral.

CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google*, pt 92, *PIBD* 2010, n° 918, III, p. 296.

CJUE, 25 juill. 2018, aff. C-129/17, *Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd et a. c/ Duma Forklifts NV* ; *PIBD* 2018, n°1101, III, p. 585 ; *Propr. intell.* 2018, n° 69, p. 66, Y. Basire.

CJUE, 1re ch., 30 janv. 2019 aff. C-220/17, *Planta Tabak-Manufaktur c/ Land Berlin*, pts 94-99, *Com com electr.* n°5, mai 2019, Comm 30, C. Caron.

- **Décisions du Jury de Déontologie publicitaire**

Décision du 16 déc 2008, *Leclerc* [www.jdp-pub.org/](http://www.jdp-pub.org/) (14/04/2020).

Décision du 16 juillet 2009, *Fo-Yam* [www.jdp-pub.org/](http://www.jdp-pub.org/) (14/04/2020).

- **Colloque**

Colloque du 2 mars 2020 « Mode et influenceurs » organisé par Marie MALAURIE-VIGNAL professeur agrégée à l'UVSQ - Paris-Sarclay, Paris.

- **Entretiens**

Entretien avec Monsieur Bruno BOUGIE, Vice-Président du pôle pénal du tribunal judiciaire d'Evry, réalisé le 13 mars 2020, au Tribunal Judiciaire d'Evry.

Entretien avec Madame, Anaïs AUGRY, influenceuse, réalisé le 3 mars 2020, à Paris.

Direct avec Madame Claire MARNETTE (Milkywaysblueyes), influenceuse, réalisé le 09 avril 2020, Live Instagram.

- **Vidéos en ligne**

MARNETTE Claire, TFE sur le métier d'influenceur (en ligne), Youtube, 5 avril 2020, 1 vidéo (52 min 35). Disponible sur : <http://milkywaysblueyes.com/fr/reponses-aux-questions-de-memoire-tfe-sur-le-metier-dinfluenceur/>

MARNETTE Claire, Les backstages d'un shooting photo professionnel et mon matériel (en ligne), YouTube, 12 avril 2020, 1 vidéo (16 min). Disponible sur : <http://milkywaysblueyes.com/fr/comment-se-deroule-un-shooting-photo-professionnel-mon-materiel-photo/>

- **Presse et études**

L'ARPP, « Influenceurs et marques, quelle est la règle déontologique ? », *La Lettre d'information de l'autodiscipline publicitaire*, décembre 2017, n°14, <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2017/12/Lettre-de-lARPP-n-14.pdf>

L'ARPP, « Observatoire « Marketing d'influence », *La lettre d'information de l'autodiscipline publicitaire*, février 2020, n°16, p28, <https://www.arpp.org/actualite/lettre-n16-fevrier-2020/>.

REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2019 (3e édition), <https://www.reech.com/fr/influencers-brands-study-2019>.

REECH, « Les influenceurs et les marques », étude 2020 (4e édition), <https://www.reech.com/fr/influence-etude-reech-2020>.

- **Sites internet**

ARPP <https://www.arpp.org>.

Cambridge dictionary <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/>.

Définitions marketing <https://www.definitions-marketing.com/definition/marketing/>.

Economie.gouv.fr <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/dgccrf>.

INPI <https://www.inpi.fr/fr>.

JDP <https://www.jdp-pub.org>.

Légifrance <https://www.legifrance.gouv.fr>

URSAFF <https://www.urssaf.fr/portail/home.html>.

## Annexes

Extraits de l'observatoire 2019 de l'ARPP « Marketing d'influence : les bonnes pratiques »

Document n° 1

### LES PARTENARIATS NON INDIQUÉS / LES PRATIQUES NON-CONFORMES

12 % des contenus analysés n'indiquent pas l'existence d'un partenariat entre influenceurs et marques. Ces pratiques sont minoritaires, mais ils ne le font pas toujours de manière adéquate. C'est pourquoi nous distinguons dans cet Observatoire les « pratiques non-conformes », des pratiques dites « améliorables ».

#### LES PRATIQUES AMÉLIORABLES

Sont dites « pratiques améliorables », les communications dans lesquelles l'influenceur indique bien son partenariat avec la marque, mais cette indication n'est pas suffisamment explicite et/ou non-instantanée, ces deux pratiques pouvant se cumuler dans une publication. Ces pratiques améliorables concernent 33 % des contenus analysés.

#### LA COLLABORATION COMMERCIALE NON-EXPLICITE



#### #AD

L'insertion du mot-dièse « #ad » (abréviation de l'anglais *Advertisement*), pratique répandue sur les réseaux sociaux, n'est pas suffisamment explicite pour permettre d'identifier un partenariat avec une marque. Il est primordial de garder à l'esprit que tous les consommateurs ne sont pas familiers de ce type de termes.



#### \*AD

Autre pratique constatée, le « \*ad » qui, en plus de ne pas permettre d'indiquer clairement le partenariat commercial, évite également à la publication de remonter parmi les publicités associées au « #ad ». Afin de rendre la collaboration commerciale parfaitement explicite pour le public français, il est préférable d'utiliser les mots-dièse/hashtags suivants : #pub, #sponsorisé, #collaboration, etc.

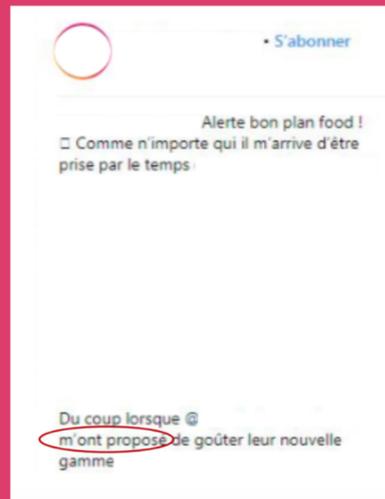
## LES REMERCIEMENTS

Le fait de remercier une marque n'indique pas explicitement l'existence d'engagements réciproques entre celle-ci et l'influenceur, éléments constitutifs d'un partenariat commercial. Une marque peut très bien avoir transmis un cadeau à un influenceur sans que pour autant il ne s'engage à parler de ce produit ou service.



## LES FORMULATIONS VAGUES DE TYPE « ON M'A PROPOSÉ DE TESTER... », « J'AI ÉTÉ CONTACTÉ POUR... », ETC.

Les formulations précitées, parfois naturellement employées par les influenceurs, ne rendent pas explicite la nature commerciale de la collaboration. De la même manière que pour les remerciements, il peut être proposé à un influenceur de tester un produit sans que cela ne le lie par de quelconques engagements. Dans un partenariat commercial, ces engagements réciproques existent.



**PARTENARIATS  
NON-INDIQUÉS  
DE MANIÈRE  
INSTANTANÉE**



## L'INFORMATION « NOYÉE » AU MILIEU OU APRÈS DE TRÈS NOMBREUX MOTS-DIÈSE/ HASHTAGS

La nature commerciale de la collaboration doit également être instantanément communiquée aux consommateurs, sans que ces derniers n'aient à effectuer une quelconque action pour y accéder. Cela implique à ce titre que cette identification ne figure pas après plusieurs défilements/clics à dérouler sous une longue publication, pas plus que noyée au milieu de nombreux mots-dièse/hashtags.

## LA RÉVÉLATION APRÈS PLUSIEURS « STORIES »

Nous avons pu constater dans certaines publications que, si le partenariat est bien identifié, cette identification n'intervient qu'après plusieurs « stories » à la suite, et n'est par conséquent pas instantanée.



Des fonctionnalités intégrées dans les réseaux sociaux permettent désormais d'identifier directement ces partenariats pour plus de facilité.

Sur INSTAGRAM par exemple, la phrase « *Partenariat rémunéré avec XX* » sera alors écrite sous le pseudo de l'influenceur lorsqu'il publiera son post, ou encore sur YOUTUBE, cette information sera intégrée automatiquement à la vidéo, etc. N'oubliez pas également, lorsque vous partagez une publication, que l'identification du partenariat doit suivre par tous moyens !

La transparence sur la nature commerciale ou non de vos publications digitales ne fera que renforcer la confiance nouée avec votre communauté.

## EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES



**CYRIL ATTIAS**  
FONDATEUR DE L'AGENCE  
DES MÉDIAS SOCIAUX

« Le marketing d'influence doit se professionnaliser à tous les niveaux (Marque, influenceurs et Agence).  
L'authenticité est la promesse du marketing d'influence et les marques doivent réfléchir à la réelle influence des influenceurs ».

@rsimacourbe pour GROM GELATO



@babillages pour BABYLISS PARIS



@detailsofperrine pour SEPHORA France





**MAGALI BERDAH**  
FONDATRICE DE L'AGENCE  
SHAUNA EVENTS

*« Avec l'ARPP, j'ai désormais un interlocuteur à qui m'adresser quand je veux être certaine de respecter les règles éthiques, ce qui est important pour moi comme pour les consommateurs qui ont le droit de savoir qu'un contenu est sponsorisé. Aujourd'hui, l'agence met systématiquement le hashtag sponsorisé pour identifier ce type de communication et n'utilise pas d'influenceurs qui ne veulent pas respecter la règle. »*

@carlmoreau pour DANIEL WELLINGTON



@jesta\_hillmann pour KINABOR



@carlmoreau pour FITVIA



## Table des matières

Avertissement	
Remerciements	
Sommaire	
Introduction .....	1
<b>PARTIE I. LE STATUT JURIDIQUE DES PARTENARIATS.....</b>	<b>6</b>
CHAPITRE I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'INFLUENCEUR ET DE SA PRESTATION .....	6
<i>Section 1. Le statut juridique de la prestation de l'influenceur.....</i>	<i>6</i>
§1. L'application du droit d'auteur et des droits voisins.....	7
§2. L'application du droit des marques .....	10
<i>Section 2. Le statut juridique de l'influenceur .....</i>	<i>11</i>
§1. L'influenceur, un prestataire de service ou un salarié ?.....	11
§2. Le risque de requalification du contrat de travail .....	13
CHAPITRE II. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'IDENTIFICATION DES PARTENARIATS .....	14
<i>Section 1. L'autorégulation par le droit souple.....</i>	<i>15</i>
§1. Le rôle et les recommandations de l'ARPP.....	15
§2. Le contrôle des bonnes pratiques par le JDP .....	17
<i>Section 2. L'application du droit dur .....</i>	<i>19</i>
<b>PARTIE II. LES RISQUES ENGENDRES PAR LES PARTENARIATS.....</b>	<b>21</b>
CHAPITRE I. LES RISQUES DE CONTREFAÇON .....	21
<i>Section 1. Les influenceurs et la contrefaçon de marque .....</i>	<i>21</i>
§1. L'usage de la marque d'autrui sans partenariat.....	21
§2. Le partenariat pour des produits contrefaisant.....	24
<i>Section 2. Les marques et la contrefaçon de la prestation de l'influenceur.....</i>	<i>26</i>
CHAPITRE II. LES RISQUES DE PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES .....	28
<i>Section 1. Les codes promotionnels des influenceurs.....</i>	<i>29</i>
<i>Section 2. Le « drop shipping » et les droits des consommateurs.....</i>	<i>30</i>
<i>Section 3. L'achat d'abonnés, de commentaires et de « likes ».....</i>	<i>31</i>
<b>Conclusion.....</b>	<b>33</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>34</b>
Annexes .....	43