

8 Influenceurs : quelle responsabilité pénale ?



Sahand SABER,
avocat au barreau de Paris, Hiro avocats

Qui sont les influenceurs ? La question est désormais posée par le Gouvernement qui souhaite réguler cette activité, connue entre autres pour ses nombreuses dérives. Pratiques commerciales trompeuses, escroquerie... les réseaux sociaux ont fait émerger des personnalités qui ont su tirer profit de leur exposition, en créant un nouveau modèle économique et en s'assurant des revenus hors de tout contrôle. Éthique et transparence, telles devraient être les préoccupations du législateur.

1 - Le 21 avril 2022, le président de la République, Emmanuel Macron, était reçu par Magali Berdah, dirigeante de la société Shauna Events, réputée être la plus importante agence d'influenceurs en France. En répondant à ses questions, le président, alors candidat sortant à l'élection présidentielle, espérait toucher les jeunes électeurs. Quelques mois auparavant, le 2 septembre 2021, Emmanuel Macron exprimait ses vœux à l'occasion de la rentrée scolaire dans une vidéo tournée à l'Élysée et animée par les youtubeurs McFly et Carlito. En décembre de la même année, Marlène Schiappa recevait à son tour des influenceurs au ministère de l'Intérieur pour évoquer les violences faites aux femmes.

2 - Ce phénomène des influenceurs a pris ces derniers mois une dimension telle que le Gouvernement a manifesté son intérêt pour l'émergence de ce nouveau modèle économique, très prisé des entreprises souvent naissantes et désireuses de promouvoir leurs produits et services sur les réseaux sociaux. Les contrôles engagés par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ont toutefois révélé que 6 influenceurs contrôlés sur 10 ne respectent pas la réglementation sur la publicité et les droits des consommateurs¹.

Aussi, soucieux d'encadrer et de réguler cette activité ainsi que les profits qu'elle génère, le ministère de l'Économie a procédé à une consultation publique, invitant les Français à formuler leurs propositions. Quelques semaines avant la publication des mesures décidées par le Gouvernement, le journal Le Figaro rapportait que : « Une majorité des répondants (53,5 %) estime ainsi " prioritaire " d'établir une définition légale de l'influenceur et de son agent (57 %). Il convient aussi prioritairement de prévoir des obligations légales renforcées entre l'influenceur et la marque (66 %) d'une part, notamment en matière fiscale, et entre celui-ci et son agent d'autre part (57 %). En matière de protection des consommateurs, sont jugées " prioritaires " la mise en place d'un guide de bonne conduite pour les influenceurs (76 %), l'interdiction de la promotion de certains produits et services (85,9 %), par exemple les produits financiers spéculatifs, des obligations renforcées pour les réseaux sociaux (82 %) ainsi que l'obligation de mentionner les contenus visuels retouchés (57,6 %). Parmi les autres mesures plébiscitées figurent un rôle renforcé pour les autorités de contrôle

et de surveillance, ainsi qu'un label responsable pour les influenceurs »².

3 - Est-ce en réaction à cette consultation que Magali Berdah a choisi de lancer la Fédération des influenceurs et créateurs de contenus³ ? La campagne lancée à son encontre sur les réseaux sociaux par le rappeur Booba⁴, qui l'accuse d'escroquerie⁵, l'a peut-être convaincue de répondre au besoin d'éthique et de régulation que les acteurs de la société et du monde économique appellent de leurs vœux.

1. Définir l'influenceur

4 - La définition qui doit permettre d'identifier l'influenceur afin de soumettre ses activités à un régime juridique pose bien des casse-têtes : les influenceurs sont généralement des personnes qui tirent leur popularité des seuls réseaux sociaux. La définition de l'influenceur doit-elle ainsi dépendre de la communauté de membres dont ils justifient ? Ou de l'activité qu'ils mènent et à laquelle leur popularité est utile ? Doit-on définir une personne comme influenceur pour la soumettre à un régime juridique ? Ou est-ce son activité qui doit emporter la qualification d'influenceur, fût-elle ponctuelle ?

5 - La dimension commerciale paraît évidente et elle devrait permettre de distinguer les personnes célèbres du fait d'une activité extérieure aux réseaux sociaux de celles qui tirent leurs revenus de la production de contenus. Mais cette définition fondée sur une activité commerciale habituelle ne peut suffire.

La question de l'importance de la communauté paraît tout aussi évidente. Un influenceur, par définition, influence. Et il ne peut y avoir d'influence s'il n'y a pas une masse critique de personnes influencées. Les annonceurs s'appuient ainsi sur le nombre d'abonnés d'un influenceur pour déterminer sa force de frappe. Aussi, l'analyse du profil des abonnés permet de déterminer s'ils consti-

2. Mieux réguler les influenceurs : Bercy dévoile les résultats d'une concertation : Le Figaro, 15 févr. 2023.

3. « Je veux rendre le métier plus sain » : Magali Berdah lance sa propre fédération des influenceurs : BFMTV, 7 mars 2023.

4. « Booba m'a tellement diabolisée que je suis seule » : le cyberharcèlement sans fin contre Magali Berdah : Le Monde, 6 janv. 2023.

5. Les sociétés Sublim Talent et Shauna Events dirigées par Magali Berdah ont été condamnées le 16 janvier 2023 à payer la somme de 1 800 000 d'euros aux influenceurs Emma Paris et Vlad Oltean pour rupture abusive de contrat. Les deux sociétés ont interjeté appel. Les activités de Magali Berdah font également l'objet d'une enquête du chef de « pratiques commerciales trompeuses ».

1. DGCCRF, Marketing d'influence : 60 % des influenceurs ciblés par la DGCCRF en anomalie, 23 janv. 2023.

tuent un public cherchant chez l'influenceur concerné un modèle à suivre – et donc de potentiels consommateurs – ou s'ils voient plutôt en lui un amuseur public. Il convient également de s'attarder sur l'accessibilité au compte de l'influenceur : la qualification d'influenceur doit-elle dépendre des conditions d'accessibilité au compte de son titulaire ? La notion de communauté d'intérêts, dégagée en matière de droit de la presse pour répondre aux problématiques de publicité sur les réseaux sociaux⁶, nous répond que l'accessibilité à un compte, qu'il soit libre ou conditionné à l'approbation de son titulaire – en somme qu'il soit ouvert ou fermé –, est indifférent. Un compte fermé dont les membres n'ont aucun lien entre eux ne constitue pas une communauté d'intérêts et revêt donc un caractère public. Ainsi, nous dit la jurisprudence, un ami sur un réseau social peut ne pas être un ami au sens traditionnel de la vie en société⁷.

6 - Il convient alors de s'intéresser à l'activité de promotion de services et produits dont la consommation est encouragée, comme critère déterminant de la qualification d'influenceur. Ce critère paraît plus pertinent car c'est de cette activité que sont générés, directement ou indirectement, des revenus. Il répond également aux difficultés qui surgissent de la zone grise de l'activité d'influenceur et qui correspondent à deux types de situation : la personnalité qui promeut de façon très occasionnelle un produit mais en tirant l'essentiel de ses revenus d'une autre activité (ex. un comédien, un auteur, un sportif, un mannequin...) et la personnalité qui s'affiche avec des produits et services, et dont la seule notoriété suffit à encourager les ventes, même s'il n'a pas incité à leur consommation.

Ce critère répond plus encore à la préoccupation réelle des autorités qui ont vu de nombreux influenceurs s'expatrier dans des paradis fiscaux, à l'exemple de l'émirat de Dubaï, pour y bénéficier d'une fiscalité nulle et entraînant ainsi un manque à gagner pour le Trésor public français, quand bien même leur public est français et que nombre de produits vantés sont également issus de marques françaises.

2. Proposition et problématiques

7 - La présidence de l'Assemblée nationale a enregistré le 1^{er} février 2023 une proposition de loi « *visant à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux* » et invitant le législateur à privilégier une conception hybride de la notion d'influenceur. Cette définition concilie en effet les visées commerciales de cette activité avec le statut de la personne et l'importance de son exposition : « *Toute personne physique ou morale qui fait la promotion, directement ou indirectement, de produits, d'actes ou de prestations contre une rémunération, y compris lorsque celle-ci est constituée par des avantages en nature, de manière active sur les réseaux sociaux et qui, par son statut, sa position ou son exposition médiatique dispose d'une audience pouvant influencer la consommation du public exerce l'activité d'influenceur* »⁸.

8 - De cette définition, il faut comprendre le souhait d'inclure tous les critères qui identifient les influenceurs, tels que les utilisateurs des réseaux sociaux les connaissent aujourd'hui. Mais ces critères, cumulatifs de surcroît, pourraient ne pas être adaptés aux stratégies multiples mises en œuvre par ceux-ci et par les annonceurs. Aussi, il nous paraît nécessaire de nous attarder sur cette première proposition de définition.

Le législateur souhaitait tout d'abord reconnaître la qualité d'influenceur à « *toute personne physique ou morale* ». L'intégra-

tion des personnes morales au champ d'application des règles relatives aux influenceurs témoignait probablement du souci d'anticiper les évolutions de l'activité des influenceurs car nombre d'entre eux exercent leur activité à travers une société dont ils sont dirigeants. Mais on pouvait également se demander s'il s'agissait d'étendre implicitement la régulation de cette activité aux agences qui gèrent leur carrière et les mettent en relation avec des annonceurs contre versement d'une commission. Ce schéma rapprochait alors les obligations de ces agences d'influenceurs à celles de mannequins - les mannequins étant définis par les dispositions de l'article L. 7123-2 du Code du travail : « *Est considérée comme exerçant une activité de mannequin, même si cette activité n'est exercée qu'à titre occasionnel, toute personne qui est chargée : 1° Soit de présenter au public, directement ou indirectement par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire ; 2° Soit de poser comme modèle, avec ou sans utilisation ultérieure de son image* ». Aussi, les relations entre les mannequins et leurs agences sont présumées être gouvernées par un contrat de travail, ainsi qu'il en résulte des dispositions de l'article L. 7123-2 du Code du travail. On peut subodorer que le législateur souhaitait anticiper en ce sens l'évolution des relations entre influenceurs et agences.

9 - La rémunération constitue une condition évidente que la définition proposée ne manquait pas de souligner. Il convient toutefois de raisonner *a contrario*, en imaginant que la promotion d'un produit ou d'un service ne serait pas assortie d'une rémunération pour l'influenceur. Celui-ci serait-il alors dispensé de respecter les obligations et interdictions que prévoit la proposition soumise à l'examen du Parlement ? Ne serait-ce pas là un moyen de se prémunir contre la peine prévue par ladite proposition ?

La définition proposée exigeait par ailleurs que la promotion des produits et services sur les réseaux sociaux s'accomplisse « *de manière active* ». Mais on pouvait instinctivement s'interroger sur la portée de cette condition dès lors que certaines personnalités seraient susceptibles de promouvoir des produits et services, mais de façon occasionnelle. En pareille situation donc, selon cette définition, celles-ci ne devraient pas être qualifiées d'influenceurs. Ne seraient-elles donc pas soumises aux obligations et interdictions précitées ? Cette condition était, en tout état de cause, nébuleuse et confiait au juge la difficile tâche d'apporter des précisions.

10 - Plus restrictive encore devenait cette proposition de définition avec la dernière condition, que l'emploi de la conjonction de coordination « *et* » rendait cumulative à la condition précédente. Ainsi, outre la promotion de produits et services de manière active, la définition d'influenceur ne pouvait être reconnue qu'à la personne qui, « *par son statut, sa position ou son exposition médiatique dispose d'une audience pouvant influencer la consommation du public* ». La portée d'une telle condition ne doit pas être négligée : une personne sollicitée par un annonceur, mais qui ne justifierait pas d'un nombre significatif d'abonnés – sans savoir quel nombre d'abonnés démontre une « *exposition médiatique pouvant influencer la consommation du public* » – ne serait pas qualifiée d'influenceur, même si elle devait être rémunérée.

On peut en conclure que la définition ainsi proposée impliquait des conditions constitutives dont le contournement ne présentait aucune difficulté.

11 - Aussi, le texte voté en première lecture par l'Assemblée nationale le 30 mars 2023 montre que le législateur a voulu reprendre intégralement cette définition pour en rationaliser les critères. C'est ainsi qu'il retient que « *Les personnes physiques ou morales qui mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public par voie électronique des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque en contrepartie d'un bénéfice*

6. Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530 : *JurisData* n° 2013-006693 ; Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 13-87.885.

7. Cass. 2^e civ., 5 janv. 2017, n° 16-12.394 : *JurisData* n° 2017-000028.

8. Proposition de loi visant à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux et proposant de compléter la section 3 du chapitre II du titre II du livre I^{er} du Code de la consommation par une sous-section 9, dont un article L.122-26 définit la notion d'influenceur.

économique ou d'un avantage en nature exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique ». ⁹

La nouvelle définition n'entend plus définir la notion d'influenceur mais fixe les conditions constitutives de l'activité « d'influence commerciale par voie électronique ». Alors que la définition initiale proposait de définir la qualité professionnelle d'une personne, la nouvelle s'arrête à la définition d'une activité. Ainsi définie, on peut imaginer que le législateur a voulu distinguer l'influenceur selon qu'elle est commerciale ou non, et selon qu'elle emploie les technologies numériques ou non. S'agit-il d'être paré contre les évolutions que l'activité d'influenceur peut connaître ? Nombre d'influenceurs pratiquent une activité dont l'objet n'est pas commercial mais plutôt philosophique, éducatif, sportif, politique ou religieux. Le législateur a vraisemblablement voulu assurer une distinction entre différentes sortes d'influence, ne voyant que celle menée à des fins commerciales comme exigeant une régulation. S'agissant de l'utilisation des moyens électroniques, l'ensemble des dispositions gouvernant l'utilisation d'internet, notamment la répartition des responsabilités entre hébergeurs et éditeurs, devrait trouver application. Nous verrons infra que cet aspect de la problématique a fait l'objet de propositions.

C'est ainsi que le législateur a abandonné les critères initiaux qui exigeaient que la promotion de produits, d'actes ou de prestations s'accomplisse « de façon active » et « sur les réseaux sociaux ». La référence aux réseaux sociaux est toutefois faite à travers la notion de « communication au public par voie électronique de contenus », laquelle permettra d'anticiper l'évolution de la communication sur internet et d'assurer que la loi à venir ne sera pas rendue obsolète par le développement de nouvelles technologies ou plateformes, notamment les metavers. Enfin, il n'est plus question d'« exposition médiatique » ou « d'une audience pouvant influencer la consommation du public » mais simplement de personnes « qui mobilisent leur notoriété auprès de leur audience ». Cette condition ainsi réécrite assure au juge qu'il n'aura pas à déterminer le nombre à partir duquel il existe un potentiel d'influence auprès du public. En revanche, la notoriété devant être mobilisée par les influenceurs auprès de « leur » audience, le juge aura à déterminer les personnes qui constituent l'audience d'un influenceur. S'agira-t-il des personnes abonnées au compte d'un influenceur sur un réseau social ? Mais quid si, comme cela constitue l'écrasante majorité des cas, le compte de l'influenceur est ouvert et accessible sans qu'il soit nécessaire d'en être un ami ¹⁰, ou - comme la langue d'usage l'a désormais adopté - un *follower* ? La notoriété de l'influenceur et les conséquences de celle-ci sur le comportement des utilisateurs pourraient être considérée comme suffisante par les juges, sans que l'influenceur ait à démontrer que les plaignants ne relèvent pas de son audience.

3. Les limites

12 - L'absence de contrôle, quant à la nature ou à la qualité des produits et services dont l'acquisition est encouragée par les influenceurs, a conduit certains d'entre eux à être poursuivis et condamnés par la justice. La problématique relève de l'information portée à la connaissance des consommateurs par les influenceurs, lesquels sont essentiellement sollicités par des marques qui comptent sur l'importance de leur communauté d'abonnés pour gagner des parts de marché.

L'intérêt de cette obligation d'information relève de ce qu'en cas de non-respect, un litige pourrait prendre une tournure pénale et entraîner des poursuites au titre des dispositions de l'article sur L. 132-1 du Code de la consommation. Aux termes de ces dispositions, certains influenceurs ont été condamnés pour avoir, selon

les termes de la jurisprudence, altéré de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ¹¹.

13 - L'infraction à chaque fois retenue était celle de pratiques commerciales trompeuses, au sens des dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : « Sont réputées trompeuses, au sens des articles L. 121-2 et L. 121-3, les pratiques commerciales qui ont pour objet (...) d'utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur » ¹² (C. consom., art. 121-4, al. 11) ou « de faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ou de se présenter faussement comme un consommateur » ¹³ (C. consom., art. 121-4, al. 21). Notons que ces dispositions s'emboîtent avec celles prévues à l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 de confiance dans l'économie numérique (LCEN) dont les dispositions énoncent que « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ».

14 - Soucieuse d'accompagner la politique de répression par des mesures de prévention, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) a créé en 2019 l'Observatoire de l'influence responsable, lequel publie chaque année un rapport pour rendre compte de l'état de l'influence en France. Pour encourager le respect des normes légales et éthiques, il a mis en place un « Certificat de l'influence responsable » formant les influenceurs aux bonnes pratiques et à la transparence.

Aussi, en raison des marchés particulièrement dangereux auxquels l'influence pourrait s'étendre, le texte interdit aux influenceurs de promouvoir des produits et services en lien notamment avec la chirurgie esthétique, avec les actifs numériques ¹⁴ et les produits illicites et contrefaisants ¹⁵. Sous réserve des amendes administratives prévues aux articles L. 222-16-1 et de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 222-16-2 du Code de la consommation, toute violation de ces règles fait encourir à son auteur une peine 6 mois d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende ¹⁶.

4. Informer, toujours informer

15 - Logiquement, ces questions mettent en exergue l'importance du devoir d'information que les influenceurs doivent apprendre à maîtriser. Et ce devoir d'information doit toujours prendre en considération les spécificités des produits et services promotionnés. La régulation de l'influence conduit en effet les influenceurs à devoir se professionnaliser, et donc à être tenus de respecter les obligations faites à tout professionnel, notamment en matière d'information.

11. Cass. crim., 29 janv. 2019, n° 18-80.898 : JurisData n° 2019-001031. - Cass. com., 16 mars 2022, n° 19-18.499 : JurisData n° 2022-004113.

12. C. consom., art. 121-4, al. 11.

13. C. consom., art. 121-4, al. 21.

14. sauf lorsque l'annonceur est agréée dans les conditions prévues à l'article L. 54-10-5 du Code monétaire et financier.

15. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre I, Chap. II, Sect. 1, art. 2 B, I. et II. - Les dispositions du V. de l'article 2, B, prévoient en outre que les modalités d'application des I. et II. du même article feront l'objet d'un décret en Conseil d'État pour déterminer les exception aux interdictions énoncées.

16. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre I, Chap. II, Sect. 1, art. 2, B, IV.

9. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, art. 1^{er} : TA n° 100, 30 mars 2023.

10. Cass. 2^e civ., 5 janv. 2017, n° 16-12.394 : JurisData n° 2017-000028

Incité en sens par la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales dont le considérant 21¹⁷ recommande aux États de faire supporter la charge de la preuve sur les professionnels, le juge français a, en s'appuyant sur celle-ci¹⁸, jugé coupable des personnes prévenues n'ayant pas rapporté « la preuve de la délivrance d'une information claire et précise permettant au consommateur de réfléchir sereinement »¹⁹.

16 - Le texte voté en première lecture consacre ainsi, à l'obligation d'information faite aux influenceurs, une Section 2 intitulée « Des obligations d'information afférentes à la promotion de certains biens et services ». La proposition initiale, qui voulait obliger les influenceurs à apposer un bandeau d'information, pour informer du caractère commercial de leurs publications²⁰ et lorsque l'image ou la vidéo sont réservés aux personnes majeures²¹, a été reprise dans un article 2, C, exigeant que « La promotion de biens, de services ou d'une cause quelconque réalisée par les personnes mentionnées à l'article 1^{er} doit être explicitement indiquée par une mention claire, lisible et identifiable sur l'image ou la vidéo, sous tous les formats, durant l'intégralité de la promotion ». Cette obligation est assortie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 4 500 € d'amende²².

5. Les agences d'influenceurs

17 - Les agences d'influenceurs suscitent une problématique liée à la validité des contrats qu'elles concluent avec ceux-ci. Si la proposition initiale ne prévoyait aucune disposition sur ce point, le texte voté par l'Assemblée nationale prévoit désormais que « L'activité d'agent d'influenceur consiste à représenter ou à mettre en relation, à titre onéreux, les personnes physiques ou morales exerçant l'activité définie à l'article 1^{er} avec des personnes physiques ou morales sollicitant leur service, dans le but de promouvoir des biens, des services, des pratiques ou une cause quelconque ».²³

L'élaboration d'une qualification juridique implique l'idée de vouloir distinguer l'activité des agences de celle de toute entreprise qui userait de la liberté contractuelle pour réaliser son objet. En définissant juridiquement ces agences, le législateur renforce le contrôle de l'activité d'influenceur. L'ensemble des obligations que le texte voté impose aux contrats liant les influenceurs à ces agences plaide en ce sens.²⁴

Notons que ce texte évoque également le cas des annonceurs avec lesquels les influenceurs pourraient conclure directement des contrats. Si l'on en comprend que les influenceurs peuvent exercer leur activité sans l'intermédiation d'une agence spécialisée, les dispositions figurant à l'alinéa 8 de l'article 2 bis prévoient pour conséquence une responsabilité solidaire de l'annonceur et de

l'influenceur en cas de dommages causés aux tiers dans l'exécution du contrat d'influence qui les lie²⁵.

18 - Une telle disposition n'est pas prévue pour les contrats conclus avec une agence. Se pose donc la question de la responsabilité pénale des influenceurs et des agences en cas de promotion, en application du contrat qui les lie, de produits ou services interdits, illicites ou contrefaisants. En l'état, le texte voté par l'Assemblée nationale accorde à l'influenceur une totale liberté dans l'exécution de la mission à lui impartie par le contrat. Ce contrat ne doit en effet prévoir d'autres stipulations que celles relatives à la nature des missions confiées, aux conditions de rémunération de l'influenceur, à la répartition des droits de propriété intellectuelle et à sa soumission au droit français.²⁶

L'influenceur assure donc une mission en qualité de prestataire indépendant de l'agence et est tenu de respecter les obligations prévues par le droit de la consommation. En cas de promotion de produits ou services interdits, illicites ou contrefaisants, l'influenceur et son agence pourraient alors voir leur responsabilité pénale engagée : l'agence pour avoir fourni les produits et services litigieux, et l'influenceur pour avoir vanté leurs qualités trompeuses et encouragé à leur consommation. Toutefois, si l'agence venait à imposer à l'influenceur les conditions de promotion des produits ou services qu'il lui aurait confiés - publicité, animation, information et discours notamment -, un lien de subordination pourrait être caractérisé et toute la responsabilité pénale pourrait être assumée par l'agence. En somme, un influenceur sans liberté de création serait un salarié, avec toutes les conséquences juridiques et financières qu'une telle reconnaissance aurait pour l'agence. Des limites de leurs missions respectives, l'agence et l'influenceur devront s'assurer afin que chacun demeure dans son rôle et que le consommateur ne soit à aucun moment lésé.

6. Les réseaux sociaux

19 - Le développement de ces dispositions visant à réguler l'activité des influenceurs devrait intéresser au plus haut point les plateformes sur lesquelles les activités d'influence s'exercent. En janvier 2023, la société Meta, propriétaire du réseau Instagram, supprimait les comptes de plusieurs influenceurs accusés d'avoir fait la promotion de services se rapportant en réalité à des escroqueries. Ces suppressions s'inscrivent dans la dynamique initiée par les règlements DMA²⁷ et DSA²⁸ qui entendent harmoniser les règles de concurrence et de sécurité digitale en Europe.

La régulation de l'activité des influenceurs, voit-on, ruisselle ainsi dans tout l'écosystème des influenceurs et n'isole nullement ces derniers du reste de leurs parties prenantes. Ces dernières doivent ainsi veiller à l'évolution des obligations faites aux influenceurs pour s'assurer de pouvoir continuer à offrir les services de diffusion dont ils tirent profit. Il s'agit également d'assurer la mise en place de moyens de contrôle favorisant les signalements et la lutte contre les activités illégales.

17. PE et Cons. UE, dir. 2005/29/CE, 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) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil

18. Cass. crim. 13 janv. 2016, n° 14-84.072 : JurisData n° 2016-000236.

19. Cass. crim. 13 janv. 2016, n° 14-84.072 : JurisData n° 2016-000236

20. Prop. de loi initiale visant à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux et proposant de compléter la section 3 du chapitre II du titre II du livre I^{er} du Code de la consommation par une sous-section 9, art. L. 122-28. -I.

21. C. consom., art. L. 122-27, II.

22. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 1, Chap. II, Sect. 2, art. 2, C, VI.

23. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 1, Chap. III, Sect. 1, art. 2, I.

24. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 1, Chap. III, Sect. 1, art. 2 bis

25. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 1, Chap. III, Sect. 1, art. 2 bis, alinéa 8 : « L'annonceur et la personne exerçant l'activité définie à l'article 1^{er} sont solidairement responsables des dommages causés aux tiers dans l'exécution du contrat d'influence commerciale qui les lie ».

26. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 1, Chap. III, Sect. 1, art. 2 bis, alinéa 1 à 8.

27. PE et Cons. UE, règl. 2022/1925, 14 sept. 2022 : le règlement sur les marchés numériques dit DMA (pour Digital Markets Act) a pour objet de prévenir les abus de position dominante des géants du numérique et favoriser la concurrence afin d'élargir les choix proposés aux consommateurs européens.

28. PE et Cons. UE, règl. 2022/2065, 19 oct. 2022 : le règlement sur les services numériques dit DSA (pour Digital Services Act), a pour objet de lutter contre les contenus et produits illégaux en ligne (haine, désinformation, contrefaçons...), pour ainsi faire d'internet un espace sécurisé pour les utilisateurs.

En ce sens, la proposition votée le 30 mars 2023 propose un article 3 alinéa 2 qui viendrait insérer un article 6-4-1 à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 de confiance dans l'économie numérique (LCEN) aux termes duquel les fournisseurs de service d'hébergement, c'est-à-dire les réseaux sociaux et toutes plateformes sur lesquels les influenceurs exerceraient leurs activités, auraient l'obligation de mettre en place un système permettant à tout utilisateur de signaler les contenus contraire à la loi.²⁹

En cas de réception d'injonctions venant d'une autorité administrative³⁰, la plateforme aura à répondre dans les meilleurs délais en l'informant des mesures envisagées³¹. En matière de droit de

la consommation, toute injonction pourra être accompagnée d'une astreinte journalière ne pouvant excéder un montant de 1500 euros³².

Conclusion

20 - La régulation de l'activité d'influenceur apparaît comme une nécessité afin d'encourager le développement d'une nouvelle économie investie par nombres d'acteurs et pour la viabilité des réseaux sociaux eux-mêmes. Le défi majeur demeure toutefois celui de l'harmonisation à l'échelle internationale de ces règles et leur application quelle que soit la juridiction dans le ressort de laquelle les faits délictueux auraient été commis. Sans une large harmonisation, des influenceurs animés de mauvaises intentions pourraient organiser leurs activités en la destinant au public d'un pays où les règles ne garantiraient pas le niveau de sécurité recherché aujourd'hui en France.

Les propositions en débat actuellement au Parlement assurent de ce que cette activité est promise à un avenir certain, tant l'encadrement entend favoriser son exploitation. Avec l'élaboration de nouvelles règles et l'adaptation des instruments juridiques existants, la responsabilisation de tous les acteurs de cet écosystème devraient procurer aux consommateurs la confiance qui peut aujourd'hui leur manquer. ■

29. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 2, Chap. 1^{er}, art. 3, al. 2 : « Conformément au règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), les fournisseurs de services d'hébergement mettent en place des mécanismes permettant à tout particulier ou à toute entité de leur signaler la présence au sein de leurs services d'éléments d'information spécifiques que le particulier ou l'entité considère comme du contenu illicite, notamment au regard du code de la consommation, du code de la propriété intellectuelle ou de la présente loi. Ces mécanismes sont faciles d'accès et d'utilisation et permettent la soumission de notifications exclusivement par voie électronique » (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6-4-1. - I, nouveau).

30. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 2, Chap. 1^{er}, art. 3, al. 3.

31. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 2, Chap. 1^{er}, art. 4, al. 2.

32. AN prop. loi visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, TA n° 100, 30 mars 2023, Titre 2, Chap. 1^{er}, art. 4 bis.