

QUELLES RÈGLES POUR LES LOGICIELS DE BLOCAGE DE PUBLICITÉS EN LIGNE APRÈS LE REJET DES PLAINTES VISANT ADBLOCK PLUS EN ALLEMAGNE?

01 October 2015 | Paris
Legal Briefings

Le marché de la publicité en ligne est marqué depuis quelques années par une accélération de l'usage des logiciels de blocage de la publicité - ou ad-blockers.

Il s'agit d'applications logicielles généralement intégrées aux navigateurs Internet comme c'est déjà le cas pour Firefox ou Chrome. Près de 198 million d'internautes utilisaient régulièrement de tels logiciels en janvier 2015¹. L'annonce par Apple en septembre 2015 de la possibilité d'intégrer ces applications de blocage de publicités dans la nouvelle version du navigateur Safari risque d'accélérer cette tendance.

Selon certaines études, l'impact économique global du blocage de publicités sur internet pourrait atteindre 21 milliards de dollars pour 2015, soit 14% des dépenses publicitaires mondiales.

En Allemagne, cette situation a conduit AXEL SPRINGER et RTL à engager des actions à l'encontre de la société EYEOO, éditeur d'AdBlock Plus, l'un des principaux ad-blockers du marché.

Les griefs visaient notamment le mode de monétisation original de cet éditeur, qui aurait consisté à faire payer aux annonceurs l'intégration de leurs publicités dans une "liste blanche" de publicités "acceptables" et éviter qu'elles soient automatiquement bloquées.

Le rejet des actions engagées devant le tribunaux allemands n'interdit pas de s'interroger sur les règles auxquelles les ad-blockers pourraient être soumis en France.

LES DÉCISIONS ALLEMANDES À L'ÉGARD DE ADBLOCK PLUS

Les décisions rendues en avril et mai 2015 respectivement par les Tribunaux régionaux de Hambourg (416 HKO 159/14) et Munich (37 O 11673/14) ont rejeté les arguments soulevés par RTL et AXEL SPRINGER:

- **Sur le terrain de la propriété intellectuelle:** les demandeurs avaient soutenu que le blocage des publicités affectait leur droit d'auteur, en particulier du fait de l'altération des conditions visuelles d'affichage des sites. Mais les juges allemands ont estimé qu'il ne pouvait pas y avoir d'atteinte au droit d'auteur lors de la simple visite d'un site par l'internaute, même si l'affichage des publicités est bloqué.

La solution paraît sur ce point difficilement réfutable. Le blocage des publicités ne suppose à première vue aucun acte de reproduction ou de représentation relevant du monopole des titulaires de droits d'auteur.

- **Sur le terrain de la concurrence déloyale:** les relations entre la société Eyeoo et les entreprises de médias requérantes n'était pas suffisamment proche pour constituer une situation de concurrence au regard du droit allemand (§ 4 Nr. 10 UWG).

Cette solution ne paraît cependant pas nécessairement transposable en droit français, où la notion de concurrence déloyale paraît plus souple et n'implique pas nécessairement un rapport de concurrence direct.

Les juges allemands ont également estimé qu'il n'y avait pas d'interférence volontaire de la part d'Eyeoo sur le modèle économique des requérantes, car le choix des publicités effectivement bloquées relevait des seuls internautes.

Le postulat selon lequel les internautes choisissent librement et en connaissance de cause de bloquer les publicités mériterait toutefois d'être vérifié. En effet, l'une des critiques pouvant être faite à certains ad-blockers est précisément de ne pas toujours informer clairement les utilisateurs sur la portée du blocage effectué.

- **Sur le terrain de l'abus de position dominante:** les requérants soutenaient que Adblock Plus bénéficiaient d'une part de marché substantielle avoisinant 30% des utilisateurs de logiciels de blocage et que les pratiques étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante. Les juges allemands ont néanmoins estimé que le marché pertinent ne se limitait pas aux seuls internautes utilisant de telles technologies de blocage, mais s'étendait à l'ensemble des internautes. La raison invoquée en est que les logiciels de blocage n'empêchent pas les sites tels que ceux des requérantes d'être accessibles à l'ensemble des internautes. Or, sur un tel marché, la part de marché de

Adblock Plus est limitée à 3%.

Ce raisonnement est toutefois inattendu dans la mesure où les juges allemands ont refusé de distinguer entre deux populations pourtant clairement distinctes : les internautes faisant le choix d'installer un logiciel de blocage des publicités, et les autres. Il est fort probable que ce raisonnement fera l'objet de critiques en appel

LES RÈGLES DEVANT ÊTRE RESPECTÉES PAR LES AD-BLOCKERS EN DROIT FRANÇAIS

Les précédents allemands montrent que le droit de la concurrence (abus de position dominante, abus de dépendance économique, ententes anticoncurrentielles), constitue un fondement aléatoire à l'encontre des ad-blockers.

D'autres comportements pourraient toutefois donner lieu à des poursuites à l'égard de ceux qui ne respecteraient pas certaines règles. On peut notamment envisager les fondements suivants:

- **L'opacité vis-à-vis des consommateurs**

L'article L.111-1 du Code de la consommation impose une obligation de transparence au professionnel, qui est tenu de communiquer au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les caractéristiques essentielles de son offre de biens et services. De même, l'article L.121-1 du Code de la consommation interdit toute offre de vente qui omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible ou à contretemps une information substantielle.

Le type de publicités effectivement bloquées, ainsi que les critères d'appréciation permettant de les identifier, constituent des informations qui pourraient être qualifiées de substantielles.

Si le blocage est plus ou moins efficace selon que l'annonceur a ou non accepté de rémunérer l'éditeur, cette information devrait certainement être portée immédiatement à la connaissance des utilisateurs.

- **Le dénigrement**

Le dénigrement est traditionnellement assimilé par la jurisprudence à un acte de concurrence déloyale. Une situation de concurrence directe et effective n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale qui nécessite seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice (Cass. com. 27 avril 2011).

Un dénigrement peut donc en principe émaner de tout acteur économique cherchant à bénéficier d'un avantage concurrentiel en jetant le discrédit sur l'activité d'autres acteurs économiques. En l'occurrence, les éditeurs de ad-blockers devraient donc s'abstenir de tout discours qui, pour inciter les internautes à recourir à leurs logiciels, tendrait de façon générale à présenter la publicité comme un phénomène viral, néfaste ou déplaisant, au risque de jeter l'opprobre sur l'ensemble d'une filière qui s'avère pourtant essentielle pour la diffusion de l'information commerciale et le financement de nombreux sites sur Internet.

- **La contrainte économique**

Les ad-blockers devraient également s'abstenir de toute pratique consistant, pour forcer les annonceurs et les régies au versement d'une rémunération, à exercer sur eux des pressions pouvant s'apparenter à une contrainte économique.

La contrainte économique est en effet considérée par la Cour de cassation comme une forme de violence justifiant l'annulation des conventions ([Cass. Civ. 4 février 2015](#)).

La menace de bloquer des publicités à défaut de paiement pourrait constituer une telle contrainte. Dans certains cas, sur le plan pénal, la constitution du délit d'extorsion de l'article 312-1 du Code pénal pourrait également être discutée.

- **L'absence de contrepartie sérieuse**

A défaut de correspondre à la contrepartie proportionnée d'un service effectivement rendu par l'ad-blocker à l'annonceur, la légalité de la rémunération payée par ce dernier à l'éditeur du logiciel de blocage pourrait également être contestée sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence de l'article L.442-6 du Code de commerce.

- **L'altération du fonctionnement des systèmes de publicités en ligne?**

L'article 323-2 Code pénal réprime le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données.

Les éditeurs d'ad-blockers se rendent-ils complices d'une telle infraction?

On pourrait parfaitement le soutenir. S'il est vrai que ces logiciels interviennent seulement au niveau des terminaux des internautes et nullement au niveau de la structure des sites et des serveurs de publicités en eux-mêmes, ils en modifient à l'évidence le fonctionnement normal. En principe, les sites sont conçus pour générer l'affichage de pages Web complètes, conformément aux prévisions de l'éditeur, et non une version expurgée de toute publicité (voir parfois de contenus éditoriaux assimilés à tort à une publicité intrusive...). L'intention de détourner l'usage normal du site est d'autant plus évidente lorsque les conditions générales de ce dernier, pour éviter ce type de contournement, interdisent expressément l'usage des ad-blockers.

Dans certains cas, ces solutions de blocages peuvent être installées non pas sur les terminaux des internautes, mais au cœur du réseau, par exemple, par un fournisseur d'accès à internet utilisant sa propre architecture technique pour bloquer des publicités (par l'intermédiaires de ses serveurs DNS notamment). On peut alors penser qu'un tel fournisseur d'accès violerait également son obligation de neutralité résultant actuellement de l'article D98-5 du Code des Postes et des Communications Electroniques.

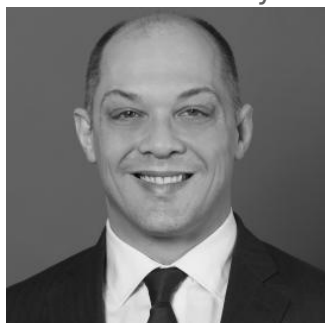
Note explicative

1 PageFair / Adobe 2015 Ad Blocking Report

http://downloads.pagefair.com/reports/2015_report-the_cost_of_ad_blockin...

KEY CONTACTS

If you have any questions, or would like to know how this might affect your business, phone, or email these key contacts.



**SÉBASTIEN
PROUST**
OF COUNSEL, PARIS

+33 1 53 57 73 89
Sebastien.Proust@hsf.com



SERGIO SORINAS
PARTNER, PARIS

+33 1 53 57 76 77
sergio.sorinas@hsf.com



ALEXANDRA NERI
PARTNER, PARIS

+33 1 53 57 78 30
alexandra.neri@hsf.com

LEGAL NOTICE

The contents of this publication, current at the date of publication set out above, are for reference purposes only. They do not constitute legal advice and should not be relied upon as such. Specific legal advice about your specific circumstances should always be sought separately before taking any action based on this publication.

© Herbert Smith Freehills 2020

SUBSCRIBE TO STAY UP-TO-DATE WITH LATEST THINKING, BLOGS, EVENTS, AND MORE

Close

© HERBERT SMITH FREEHILLS LLP 2020