PERFORMANCE JURIDIQUE ET COMPÉTITIVITÉ DES ENTREPRISES : CHRONIQUE N° 3

La notification, outil de performance dans le commerce électronique

Le commerce électronique n'a que quelques années d'âge, et son cadre juridique est en train de naître. Dans l'univers des réseaux, les entreprises ne sont pas seulement compétitives en se montrant innovantes. Elles le deviennent — ou le restent — en exploitant l'ensemble des ressources qu'elles peuvent mobiliser. Les ressources juridiques sont au nombre de celles-ci. Cette chronique a pour objet d'étudier comment les acteurs du commerce électronique ont su s'approprier et exploiter le mécanisme de la notification, propre aux activités en ligne.

L'entreprise à la recherche de la performance sur le plan juridique (1) met en œuvre divers moyens pour anticiper et éviter les risques liés à son activité, tout en sachant tirer parti des ressources qui sont les siennes. Dans le cas d'une entreprise dont les actifs stratégiques sont, en totalité ou en partie, constitués de droits de propriété intellectuelle, celle-ci va naturellement chercher à protéger au mieux ces actifs immatériels. Si cela passe d'abord par la sécurisation des droits dans les marchés visés en amont de leur conquête, la défense des actifs immatériels suppose aussi vigilance et réaction dans le cas de l'utilisation par des tiers.

La forme ultime de la réaction en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle par des tiers est l'action judiciaire. Celle-ci n'est pas toujours souhaitable, en particulier parce que l'entreprise qui l'initie n'en a pas l'entière maîtrise : ainsi en est-il des délais que la procédure engendre, des coûts qu'elle occasionne (2), du résultat qui sera le sien, et d'autres difficultés collatérales éventuelles, tel que l'impact sur l'image de l'entreprise qui attaque. Dans le cas de la défense de ses droits de propriété intellectuelle, pourtant, l'entreprise peut se retrouver acculée à saisir la justice, pour des raisons stratégiques dépassant l'enjeu d'une simple affaire : ainsi doit-elle parfois agir ou réagir pour ne pas se voir nier par la suite ses monopoles d'exploitation (par exemple, l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle oblige indirectement le titulaire d'un droit de marque à agir pour ne pas perdre ce droit).

Depuis les débuts de l'apparition des réseaux électroniques, et alors même que ceux-ci fonctionnaient encore à très bas débit, la question de la copie des contenus paraît presque consubstantielle à l'usage des réseaux. Depuis que des étudiants dans une école d'ingénieurs précocement équipée d'une connexion internet ont comparu en 1996 pour avoir créé des pages personnelles reprenant des textes de chansons des chanteurs Brel et Sardou (3), longue est la litanie des décisions rendues en France ou à l'étranger dans des cas de contrefaçon. Malgré la succession de sanctions judiciaires, ou l'alourdissement de l'arsenal répressif en la matière (4), il n'est pas certain que les phénomènes de « copier-coller » sur le web se soient ralentis. Et avec la multiplication parallèle des terminaux d'enregistrement (photos ou vidéos sur téléphones mobiles, captures d'écran ou de vidéo sur ordinateur, etc.) et des connexions à très haut débit, conjuguée avec la facilitation de la mise en ligne des contenus, les entreprises disposant d'un catalogue de droits de propriété intellectuelle dont elles tirent profit par l'exploitation électronique, se trouvent confrontées à la duplication de vidéos, musiques, logiciels, images ou textes dont elles sont propriétaires.

Dans un tel contexte, les entreprises concernées doivent-elles frapper les contrefacteurs à chaque nouveau cas révélé, au risque de s'exposer à des coûts de procédure d'autant plus élevés que les procédures prendront bien souvent une tournure internationale ? Ou doivent-elles au contraire s'abstenir de recourir à la justice, attitude qui peut les exposer à des baisses de revenus ? Entre ces deux extrémités du spectre, d'autres réactions sont possibles.

Il en est une qui est propre au monde des réseaux : il s'agit de la « notification ». Née de la pratique, elle a reçu une onction législative dans divers pays, mais reste encore relativement méconnue. L'objet de cette chronique est d'évoquer cette pratique de la notification, en voyant en quoi elle peut être utile à la compétitivité et la performance d'une entreprise, prises sous l'angle juridique. Nous étudierons en quoi le recours à la notification peut être bénéfique à la défense de droits, mais aussi les risques éventuels qui peuvent naître de cette pratique récente et dont les effets ne sont pas toujours maîtrisés (**I**). En nous plaçant ensuite du côté des destinataires des notifications, nous verrons comment ceux-ci ont eux-mêmes développé leurs propres pratiques et outils, pour améliorer leurs performances dans le traitement de ces notifications, mais aussi dans le souci de servir les ayants droit (**II**).

I. L'usage de la notification, un facteur de performance

Si la pratique de la notification a une origine légale, elle est parfois ignorée des praticiens, en raison de sa formalisation récente dans le droit positif, mais aussi parce qu'elle se trouve dans une « zone grise », peu évoquée et peu étudiée parce qu'il manque de données pour saisir ce mécanisme et son ampleur (5).

(1) Sur la notion, et pour connaître l'origine de cette chronique, Ch. Roquilly, Performance juridique et avantage concurrentiel, chron. n° 1, LPA 2007, n° 86, p. 7-19.

(2) V. par exemple en matière de brevets d'invention, sur les forces et faiblesses du système juridictionnel français : Bird & Bird *(I. Leroux et F. Bourguet), Litiges de contrefaçon de brevets, Doc. fr., 2006.*

(3) TGI Paris, ord. réf., 14 août 1996.

(4) V. en dernier lieu la directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

(5) Les développements tiennent en partie compte de la propre expérience de l'auteur en la matière.

A. Le mécanisme de la notification

1. Origine

À la fin des années 1990, alors que les usages du web se popularisent, augmente également le nombre de personnes, bien souvent des particuliers, qui bricolent le code html pour construire des pages personnelles. La mise en ligne de ces pages est parfois préjudiciable aux tiers, et en France les tribunaux commencent à connaître d'atteintes aux droits de la personnalité du fait de la publication en ligne de contenus illicites (6). Ils sont aussi saisis d'actions en contrefaçon, suite à la publication de textes ou d'images par des internautes.

Ces pages personnelles étant dans la majorité des cas créées par des particuliers pour être hébergées sur des serveurs de tiers, la question s'est rapidement posée de savoir si les professionnels fournissant des services d'hébergement pouvaient être tenus responsables du préjudice découlant de la communication des contenus illicites, ayant fourni les moyens de stockage et de diffusion sans lesquels le dommage ne se serait pas produit. Pour schématiser une jurisprudence qui se construisait, il ressortait du dernier état du droit qu'il ne pouvait y avoir d'obligation générale de contrôle et de surveillance de la part des fournisseurs d'hébergement sur les contenus qu'ils hébergent, ceux-ci ne pouvant être au courant de l'ensemble des activités de leurs clients. Cette jurisprudence, d'autant plus hésitante qu'elle portait sur des phénomènes nouveaux et parfois complexes, était née de l'interprétation du droit commun. Elle a pris fin avec l'adoption, en France, de la loi du 1er août 2000 (7) dont les dispositions ont été modifiées par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (8).

2. Fonctionnement

La loi du 21 juin 2004 avait pour objet de transposer la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. En ce qui concerne l'hébergement, celle-ci prévoit à l'article 14 que celui qui fournit des services en ligne n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites. Dès le moment où il en a connaissance, il doit agir promptement pour retirer ces informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. La directive définit le régime de responsabilité des hébergeurs, mais sans indiquer les modalités selon lesquelles il peut être considéré qu'un fournisseur d'hébergement a « effectivement » connaissance qu'une activité illicite s'est développée à partir de ses serveurs. La loi française a créé un mécanisme par lequel il est possible d'avertir de l'existence d'un contenu illicite afin d'obtenir son retrait.

L'article 6.I.2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique a transposé le principe de la non-responsabilité des fournisseurs d'hébergement en ces termes : « Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ». Ces mêmes personnes « ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible » (9).

S'ajoutant à ces dispositions de fond, une règle relative à la preuve prévoit que les fournisseurs d'hébergement sont censés être au courant du déroulement d'activités illégales de nature à entraîner leur responsabilité dès lors qu'ils ont reçu notification dans les formes prescrites par le texte. L'article 6.I.5 dispose que « la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par [eux] lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :

— la date de la notification ;

— si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;

— les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;

— la description des faits litigieux et leur localisation précise ;

— les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;

— la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté ».

À réception d'une telle notification, le fournisseur d'hébergement devra donc, sauf à engager sa propre responsabilité, retirer le ou les contenus litigieux qui lui ont été ainsi signalés.

(6) Sur la question et pour un panorama de la jurisprudence de l'époque, A. Lepage, Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet, Litec, 2002.

(7) Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

(8) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

(9) Ces deux dispositions ne s'appliquent pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée par elles.

Le mécanisme français vise les activités ou informations illicites. On trouve dans les systèmes juridiques étrangers des mécanismes de forme similaire, dont le champ est plus ou moins large. Aux États-Unis, par exemple, l'article 47 U.S.C. § 230(c)(1), (e)(3) protège les fournisseurs d'hébergement, qui légalement ne peuvent être considérés comme les personnes qui éditent ou publient une information. Cet article ne s'applique toutefois pas aux causes fondées sur des droits de propriété intellectuelle ; pour ces dernières, c'est l'article 17 USC, § 512 qui s'applique (disposition créée par le Digital Millenium Copyright Act dont s'est d'ailleurs inspiré le législateur communautaire). Il comporte des dispositions dites de « *notice and take-down* » (10), dont le processus est similaire à celui de la notification « à la française ». Les fournisseurs d'hébergement bénéficient également d'une protection spécifique en droit des marques, le Lanham Act ayant été amendé en 2000 pour protéger leurs activités en ligne (11).

Les entreprises titulaires de droits sur des contenus qui sont repris sur leur web contre leur volonté disposent donc d'un outil spécifique pour exiger le retrait de ces contenus. Elles peuvent aussi par le même moyen demander à ce que soient mis hors ligne d'autres contenus qui leur portent préjudice — par exemple pour protéger leur image. C'est de l'utilisation de cet outil dans un but de performance dont il sera question ci-après.

B. L'utilisation de la notification

1. Opportunités

La loi a donc créé une arme, au bénéfice en particulier des ayants droit et des personnes soucieuses qu'il ne leur soit pas porté préjudice sur les réseaux. Cette procédure de notification paraît avantageuse, en ce qu'elle permet *a priori* de pouvoir mettre facilement un terme à des atteintes.

Cette procédure semble en effet un outil de gestion des risques particulièrement approprié aux activités électroniques. Plutôt que d'avoir à solliciter et attendre une injonction judiciaire, la personne qui notifie un comportement ou une information illicite peut obtenir, rapidement, du vecteur de ce comportement ou cette information illicite, leur interruption. La procédure présente en outre l'intérêt de ne pas exposer la personne qui notifie à des coûts de procédure ; si elle ne peut être entièrement exclusive de frais — il faut tenir compte des coûts de surveillance de l'activité sur les réseaux, et les coûts engendrés par la notification des contenus ainsi débusqués, les dépens qu'elle occasionne paraissent bien faibles comparés à ceux occasionnés par le choix de la voie judiciaire.

En cela, l'entreprise qui utilise la voie de la notification fait le choix de la performance dans la mise en œuvre de sa stratégie juridique. Son utilisation de la notification témoigne qu'elle est informée des nouveautés législatives et des meilleures pratiques dans son domaine d'activité, autrement dit qu'elle sait saisir les opportunités dans le secteur qui est le sien, pour la défense de ses actifs (12). Elle démontre qu'elle sait détecter un type de risques, et sait le gérer de façon réactive. À cet égard, l'exploitation de ce mécanisme de notification constitue un élément de sa performance juridique.

2. Risques

L'utilisation de ce mécanisme n'est toutefois pas sans risque. La force de cet outil fait qu'il est préférable de le manier avec précaution, et sa nouveauté fait que tous les effets de son maniement ne sont pas encore connus.

La notification aboutissant normalement au retrait de contenus préjudiciables, il peut être tentant pour l'entreprise d'exploiter ce mécanisme afin d'obtenir la mise hors ligne d'informations dont elle ne souhaite pas qu'elles soient diffusées, sans que ces informations puissent être considérées comme « illicites » en droit positif. Contre de tels abus, a été prévu un garde-fou à l'article 6.4 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique : « Le fait, pour toute personne, de présenter aux [fournisseurs d'hébergement] un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende ». Ce qui signifie que le souci de protéger l'image d'une entreprise ne saurait justifier le recours à la notification s'il n'est pas possible de qualifier juridiquement l'atteinte à cette image : le procédé aurait un effet boomerang s'il était grossièrement utilisé. Il faut toutefois observer que les destinataires des notifications ne tiennent pas de la loi un pouvoir d'appréciation du comportement ou de l'information signalés (13), et que leur exonération de responsabilité n'existe qu'à condition qu'ils s'exécutent...

Si notifier un contenu illicite peut sembler aussi simple qu'appuyer sur un bouton qui commanderait l'effacement de ce contenu, il faut toutefois indiquer que la notification ne saurait être faite directement, dès la découverte du fait litigieux : la procédure suppose qu'il soit d'abord pris contact avec l'auteur ou l'éditeur des informations

(10) *17 USC, § 512(c)(2)-(3)*

(11) *15 USC, § 1114(2). Sur cette disposition et les précédentes, V. M. Lemley,* Rationalizing Internet Safe Harbors, *10 avril 2007,* Stanford Public Law Working Paper n° 979836, *disponible sur SSRN à l'adresse http://ssrn.com/abstract=979836 (Mark Lemley observe que ce dernier mécanisme est particulièrement peu connu, y compris chez les praticiens du droit des marques).*

(12) *Car, quitte à nous répéter, il faut constater que toutes les entreprises ne procèdent pas de cette manière. Ainsi une affaire relative à un contenu illicite a-t-elle été portée jusqu'en Cour de cassation, C. Manara, Contenus illicites : retrait par l'hébergeur et retrait par ordonnance judiciaire (note sous Cass. civ. 1re, 13 mars 2007), D. 2007. 1009.*

(13) *À noter que le texte est supposé être interprété en tenant compte de la réserve du Conseil constitutionnel qui avait jugé que les informations en cause doivent « manifestement » présenter un caractère illicite : décision n° 2004-0496 du 10 juin 2004.*

ou activités litigieuses, afin de demander leur interruption, leur retrait ou leur modification. Dans le contexte des réseaux, cette démarche peut s'avérer délicate, non pas en ce qui concerne l'identification de l'auteur ou de l'éditeur — la loi prévoit que, si la personne qui notifie peut justifier de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté, sa notification à l'hébergeur est recevable, mais quant à sa réaction. On observe en effet en pratique qu'une personne à qui il est demandé de supprimer ou modifier un contenu qu'elle a écrit s'exécute sous la « menace », certes, mais est également prompte à publier le contenu du message l'invitant à en faire ainsi, et à s'en faire largement l'écho. L'entreprise qui veut ainsi discrètement obtenir la cessation de la diffusion d'un contenu qui lui est préjudiciable s'expose alors à être mise au pilori électronique par des internautes qui, dans ce genre de situations, n'hésitent pas à recourir à un vocabulaire fort et à crier à la censure (14).

Nous ne prendrons qu'un exemple d'une affaire permettant d'illustrer les risques liés au maniement de la notification, affaire dans laquelle la notification s'est peut-être retournée contre la société qui voulait l'utiliser. Un usager mécontent de certains services de la SNCF avait créé un blog dans lequel il racontait ses mésaventures et celles collectées auprès d'autres usagers, le tout arboré d'un logo parodiant la marque figurative de la SNCF, celle-ci étant rebaptisée « SNTR » (Société nationale des trains en retard). À réception d'un courriel de son fournisseur d'hébergement lui indiquant qu'un billet publié sur ce blog, et comprenant le logo parodié en question, avait été retiré par lui, le destinataire du message eut tôt fait de le publier sur son blog... assurant ainsi sa dissémination ! Un professionnel de la communication a ainsi répertorié que ce qui n'aurait pu être qu'une anecdote avait été narré par au moins une vingtaine de sites influents (15), donnant à l'affaire une médiatisation qu'elle n'avait pas jusqu'alors — et n'aurait peut-être pas eu s'il n'y avait pas eu notification.

C'est là le premier enseignement de l'affaire : sans qu'on puisse généraliser cette conclusion, il peut être préférable, dans l'univers des réseaux, de rester muet face à un contenu dont le droit peut pourtant permettre le retrait de façon aisée, afin d'éviter à affronter une campagne de communication consécutive à un retrait du contenu ressenti comme trop abrupt. L'effervescence qui pourrait s'ensuivre pourrait affecter l'image de la société qui cherchait simplement à utiliser un outil simple.

Un autre enseignement de cette affaire pourrait être que la notification ne devrait être utilisée que quand la loi ou la jurisprudence est sans ambiguïté. Cela a pu être le cas jusqu'à une période récente en matière de parodie de marques, jusqu'à ce qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2005 vienne clairement indiquer que ne peut être un usage illicite au sens du Code de la propriété intellectuelle un « usage purement polémique étranger à la vie des affaires et à la compétition entre entreprises commerciales » (16).

Cette affaire permet aussi de mettre en lumière que le traitement de la notification peut s'avérer complexe pour son destinataire.

II. Le traitement de la notification, un facteur de performance

Sous sa face active, la notification apparaît comme un outil au service de la performance de celui qui l'utilise. Si l'on observe le mécanisme sous sa face passive, il est possible de se demander si ce mécanisme n'est pas de nature à avoir un effet négatif sur les destinataires des notifications. Comme il a été souligné en effet, la procédure de notification est facile à mettre en œuvre, ce qui fait que son utilisation peut se répéter. Et les notifications peuvent s'avérer d'autant plus nombreuses que les destinataires sont le plus souvent des acteurs du commerce électronique ayant un nombre très élevé d'utilisateurs — ce qui, même si la proportion d'utilisateurs malicieux reste faible, a pour effet d'être confronté à un volume de comportements ou d'informations illicites qui n'est pas nul. Les sociétés les plus visées par les notifications sont en particulier les sociétés de partage de contenus, en particulier de contenus vidéo tels que DailyMotion, YouTube (Google), Kewego ou MetaCafe ; ce sont aussi les plates-formes dont le métier est de mettre en relation des personnes qui souhaitent vendre des biens et d'autres qui souhaitent les acheter, comme c'est le cas des intermédiaires 2xMoinsCher, PriceMinister ou eBay. L'objet de cette seconde section est d'envisager, à travers l'exemple d'un acteur de chaque catégorie, comment les entreprises gèrent ces flux de notifications, sans que ces dernières deviennent un handicap compétitif.

A. L'exemple de YouTube

La société NBC Universal aurait trois employés qui passent en revue YouTube chaque jour pour y trouver des vidéos sur lesquelles la société a des droits, et enverraient plus mille de requêtes par mois à YouTube pour qu'il soit procédé au retrait (17). De l'autre côté, les hébergeurs de ces contenus ont aussi des préposés aux notifications, et supportent également des coûts liés à celles-ci. Selon une étude menée au cours du premier trimestre 2007 (18), sur les 6.725 vidéos alors les plus consultées sur ce site, 621 ont été retirées à la suite d'une notification (soit 9,23 %).

(14) Plusieurs entreprises françaises ont déjà fait face à des phénomènes de cette nature. Le parti a été pris de n'évoquer ici qu'un seul cas, sans citer l'ensemble des sociétés, ni les pages web des « débordements » consécutifs aux notifications.

(15) padawan.info/fr/weblogue/comment_tuer_un_billet_avec_un_simple_email_et_se_tirer_une_balle_dans_le_pied.html (21 mars 2007)

(16) CA Paris, 16 novembre 2005, Propr. intell. 2006, n° 18, p. 103, obs. V.-L. Bénabou ; Propr. industr. 2006, comm. n° 4 par P. Tréfigny.

(17) L. Holson, Hollywood asks YouTube : friend or foe ?, *New-York Times, 15 janvier 2007.*

(18) Vidmeter, Analysis of Copyrighted Videos on YouTube.com *(par B. Holt, H. Lynn, et M. Sowers), avril 2007.*

Titulaire des droits	Nombre de vidéos retirées	Pourcentage sur l'ensemble des vidéos	Nombre de fois où ces vidéos ont été vues	Pourcentage sur l'ensemble des visionnages
Viacom	72	1,07 %	37.680.437	2,37 %
Time Warner	93	1,38 %	21.078.947	1,33 %
NBC	80	1,19 %	6.950.287	0,44 %
BBC	12	0,18 %	3.516.931	0,22 %
NBA	48	0,71 %	3.389.499	0,21 %
Sony	14	0,21 %	2.504.416	0,16 %
NFL	15	0,22 %	1.331.400	0,08 %
RIAA	5	0,07 %	929.642	0,06 %
Disney	7	0,10 %	795.640	0,05 %
AMPAS	22	0,33 %	791.263	0,05 %
News Corp	17	0,25 %	460.585	0,03 %
Autres	236	3,51 %	14.758.156	0,93 %
TOTAL	**621**	**9,23 %**	**94.187.203**	**5,93 %**

(Retrait de contenus suite à notification : l'exemple de vidéos postées sur YouTube par les utilisateurs (entre le 9 décembre 2006 et le 22 mars 2007) (19)).

À partir de cet exemple, il est aisé d'imaginer que l'afflux de notifications peut rapidement s'avérer problématique pour le destinataire. Celui-ci doit en effet vérifier que la notification émane bien de celui dont l'identité est indiquée dans le document reçu, confirmer la teneur de la requête pour pouvoir y donner suite sans porter atteinte à d'autres droits (c'est l'hypothèse où le contenu aurait été signalé à tort comme illicite) (20), le tout sans tarder, car un hébergeur à qui il est notifié un contenu illicite peut voir sa responsabilité engagée s'il n'a pas agi promptement pour en empêcher l'accès.

Plus d'une entreprise a été confrontée à la nécessité de prendre une décision critique rapidement. Les opérateurs électroniques se retrouvent dans la situation singulière d'être constamment tenus de prendre de telles décisions, suite aux notifications qui leur sont faites. On se trouve ici à l'intersection de la mise en œuvre des règles juridiques et de la prise de décisions pouvant entraîner la responsabilité financière ou pénale tout en ayant un impact sur l'image (que ce soit à l'égard des clients ou des tiers).

Dans ces conditions, le risque doit faire l'objet d'une approche industrielle. C'est la raison pour laquelle devrait prochainement être mis en œuvre sur YouTube un système qui permettra de faciliter l'identification des contenus protégés par le droit d'auteur, de façon à pouvoir les supprimer plus facilement. Selon les informations disponibles à ce jour (21), il ne s'agirait pas simplement d'un système de filtrage, mais d'un outil plus complet. Appelé à être lancé sous le nom Claim Your Content, ce système permettrait une meilleure collaboration entre les expéditeurs de notification et leur destinataire. C'est un exemple d'outil répondant à des besoins juridiques réguliers d'une société, qui permet en outre de faciliter les relations avec des sociétés avec lesquelles les risques d'être en conflit sont élevés. En ce sens, un tel système est au service de la performance juridique de celui qui l'initie.

B. L'exemple d'eBay

Assurant une activité de courtage pour la vente aux enchères, entre toutes personnes, de biens de toute sorte, le groupe eBay s'expose, comme les autres intermédiaires, à la fraude des utilisateurs de ses services. Ces comportements frauduleux peuvent avoir des conséquences préjudiciables pour les tiers (en particulier les ayants droit), les autres clients du groupe (en particulier le ou les acheteurs victimes des fraudes), et pour la société elle-même (qu'il s'agisse de risques purement juridiques, financiers, ou d'image).

Dès lors que les droits des tiers ne sont pas seulement des droits d'auteur (comme c'est le cas pour les sites de partage de vidéos), mais aussi des droits de propriété industrielle, la problématique est d'autant plus compliquée pour un groupe ayant une activité dans de multiples territoires : un signe distinctif protégé dans tel pays ne l'est pas forcément dans tel autre, l'utilisateur peut avoir le droit d'utiliser ce signe protégé (licence, épuisement des droits), etc. Aussi le groupe est-il, lui aussi, tenu d'industrialiser sa gestion des risques, nombreux.

Afin de lutter contre la fraude, a été mis en place un outil appelé programme VeRO (ce dernier terme étant l'acronyme de Verified Rights Owners) (22). Il a été conçu pour permettre aux titulaires de droits de propriété intellectuelle de pouvoir signaler des offres de vente qui seraient illicites — autrement dit d'automatiser les notifications.

La mise en place d'un tel système n'est pas une obligation légale. En créant un outil spécifique de signalement, le groupe déploie un outil qui lui permet de recevoir les notifications dans un même format, et de pouvoir collecter au mieux les données relatives à la fraude, ainsi que les informations sur les droits des tiers. Il s'agit en soi d'un exemple de performance dans l'application d'une règle de droit, qui est exploitée plutôt que subie.

En outre, la loi ne prévoit pas pour les acteurs concernés une obligation d'information sur l'existence d'une procédure de notification. Celle-ci, comme il a été indiqué précédemment, est souvent méconnue. Le groupe eBay a pris le parti d'informer les tiers sur l'existence de la notification, et de promouvoir le programme VeRO, avec effet puisque ce programme « compte à présent plus de 12.000 entreprises et particuliers représentant tous types de droits de propriété intellectuelle — des grands fabricants de logiciels aux créateurs de jeux vidéo, en passant par des artistes et des fabricants de

(19) *Adapté de Vidmeter, préc.*

(20) *Ce qui n'est pas une hypothèse d'école : v. par exemple* Electronic Frontier Foundation, Mom sues Universal Music for DMCA abuse, *24 juillet 2007 (annonçant qu'un groupe d'activistes poursuit Universal afin de protéger les droits d'une personne dont la vidéo de son bébé en train de danser a été retirée de* YouTube*).*

(21) *G. Sandoval,* Schmidt says YouTube 'very close' to filtering system, *CNET News, 17 avril 2007, news.com.com/Schmidt+says+YouTube+very+close+to+filtering+system/2100-1026_3-6176601.html.*

(22) *pages.ebay.fr/programme-vero/a-propos-de-vero.html.*

produits de luxe » (23). Comme dans le cas de YouTube précédemment évoqué, l'outil peut aussi devenir un moyen de substituer à une situation d'opposition une situation de collaboration. Par exemple, le groupe offre la possibilité à tout utilisateur du système la possibilité de créer une page, qui lui permet de s'adresser directement aux vendeurs et acheteurs pour les informer sur leurs droits et politique de propriété intellectuelle.

*
* *

On constate ainsi que, dans l'effervescence économique des réseaux et dans un contexte juridique nouveau, des sociétés ont su s'approprier rapidement le nouvel outil juridique qu'est la notification, et ont su l'exploiter. Les « cibles » de cette notification semblent même aller plus loin que les obligations légales, permettant ainsi aux « sources » des notifications de pouvoir alléger leurs propres obligations légales. Toutes ces sociétés démontrent ainsi qu'elles essaient de transformer les risques en opportunité, de façon à basculer d'une situation conflictuelle à une situation de collaboration. Et contribuent ainsi à la compétitivité des acteurs du commerce électronique.

Cédric MANARA
Professeur à l'EDHEC Business School
Pôle LegalEdhec
(Performance juridique et compétitivité des entreprises)

(23) *Loc. cit.*