

AJSP

Association des élèves et diplômés juristes



SciencesPo.

LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES • SEMESTRIEL • N° 3 • JANVIER 2011



EDITORIAL

« *Le début ne laisse pas présager la fin* », Hérodote, *Histoires*

CHERS AMIS,

Le mois de janvier 2011 annonce à la fois un début et une fin.

Il s'agit tout d'abord de célébrer le début d'une nouvelle année, qui s'annonce riche pour la communauté juridique : c'est en effet en 2011 que la France devrait à la fois se doter d'un nouveau droit de l'arbitrage, renforçant davantage l'attractivité de la place de Paris dans la compétition internationale, et entamer une réforme d'envergure de sa procédure pénale, allant de la garde à vue au statut du parquet, en passant par l'éventuelle instauration de jurés populaires.

Mais l'année 2011 marque également la fin d'une décennie – la première du XXI^e siècle – qui a été le théâtre de profondes évolutions pour le monde du droit. Plus que jamais, les professions juridiques, traditionnellement jugées conservatrices, n'ont cessé de s'ouvrir au cours de ces dix dernières années.

Géographiquement d'abord : en proposant aux jeunes juristes, chercheurs, magistrats ou avocats, de bénéficier de formations à l'étranger, dans un contexte international.

Démographiquement ensuite: pour la première fois dans l'histoire, l'effectif des femmes avocates a dépassé celui des hommes à l'échelle nationale. Fait significatif de la féminisation de l'une des principales professions juridiques en France, l'élection, pour la deuxième fois dans l'histoire, d'une femme à la tête du Barreau de Paris.

Technologiquement enfin : cette élection est d'autant plus significative que l'intéressée, spécialiste en droit de l'informatique et des télécommunications, a souhaité placer sa campagne sous le signe des nouvelles technologies, auxquelles ce numéro de la Revue des Juristes de Sciences Po est précisément consacré.

A une époque où le numérique fait partie intégrante de l'ensemble des activités humaines et le temps passé en ligne ne cesse de s'accroître, les rapports juridiques s'en ressentent, posant de nouveaux enjeux dignes d'intérêt pour tout juriste. Afin d'éviter ce que le professeur anglais Richard Susskind qualifie de « *début de la fin* » dans *The End of Lawyers* (Oxford, 2008), la Revue a décidé de se jeter de plain pied dans la révolution technologique.

C'est donc une nouvelle formule que nous vous proposons pour les prochains numéros de la Revue : semestrielle et augmentée. Semestrielle, avec deux numéros tels que celui-ci par année, l'un en automne/hiver, l'autre au printemps/été. Augmentée, avec un blog et un Podcast, actualisés régulièrement, pour vous présenter un regard différent sur l'actualité juridique.

Considérant, comme Alan Kay que « *le meilleur moyen de prédire le futur est de l'inventer* », nous vous souhaitons une agréable lecture et vous invitons d'ores et déjà à faire vivre ses trois plateformes par vos futures contributions !

BONNE LECTURE,



Dorothee Brugère



Alexandre Koenig



Julie Quais



Stefan Monaghan

Responsables de la Revue des Juristes de Sciences Po

SOMMAIRE

EDITORIAL	2
ECOLE DE DROIT	5
Collecte des données personnelles et vie privée (<i>Dany Cohen, SciencesPo</i>)	6
Qu'est-ce qu'un contrat significativement déséquilibré ? (<i>Jean-Pascal Chazal, SciencesPo</i>)	9
ENQUÊTE	14
Le blog juridique : une révolution? (<i>Dorothee Brugère</i>)	15
Attorney at business 2.0 (<i>Stefan Monaghan</i>)	18
La dématérialisation des procédures civiles devant la Cour de Cassation (<i>Delphine Chauchis, Cour de Cassation</i>)	22
ENTRETIEN	29
« Dans une société dominée par le numérique, il est indispensable que les avocats utilisent et intègrent dans leur quotidien les technologies » (<i>Christiane Féral-Schuhl, Féral-Schuhl / Sainte-Marie</i>)	30
DOSSIER THÉMATIQUE : DROIT ET INNOVATION	40
Présentation du dossier thématique (<i>Valérie-Laure Benabou, Université de Versailles Saint Quentin</i>)	41
Acta... est fabula ? (<i>Michel Vivant, SciencesPo</i>)	45
L'émergence des marques non-traditionnelles : conciliation possible entre le droit et la volonté d'innover ? (<i>Audrey Yayon-Dauvet, Pernod Ricard</i>)	48
Un aspect de l'adaptation de la protection de la vie privée au réseau internet : L'adresse IP est-elle une donnée personnelle ? (<i>Christine Gateau & Christelle Coslin, Hogan Lovells</i>)	55
La mise en œuvre du principe de précaution à travers différentes législations relatives aux antennes de téléphonie portable (<i>Eve Matringe, Université de Strasbourg</i>)	62
Marchés publics, laboratoire de la modernisation de l'Etat (<i>Maciej Murmylo</i>)	70
CONFÉRENCES	78
Procédure AMF : Regards critiques sur les avancées réalisées par la loi de réglementation bancaire et financière (<i>Loïc Jourdain</i>)	79
Quel avenir pour la garde à vue ? (<i>Arthur Millerand</i>)	84
APPEL À CONTRIBUTION : DROIT ET ETHIQUE DES AFFAIRES	88

ECOLE DE DROIT

DANY COHEN

Collecte des données personnelles et vie privée



Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur du master Carrières judiciaires et juridiques
et de la spécialité Contentieux économique et arbitrage
du master Droit économique
Avocat au barreau de Paris



Depuis une douzaine d'années, se développe un phénomène résultant d'une pluralité de facteurs convergents, dont l'augmentation exponentielle, ces 15 dernières années, de la puissance des ordinateurs. Ainsi les données susceptibles d'être collectées et conservées sont-elles de plus en plus nombreuses.

Ces données sont collectées par des opérateurs tant privés que publics.

S'agissant tout d'abord des opérateurs privés, une thèse de droit soutenue en 2003 relevait déjà que des entreprises spécialisées proposaient aux firmes de cibler le consommateur sur 3000 critères comportementaux. Cette thèse datant d'il y a 7 ans, le nombre de ces critères – et donc la précision dans le traçage du comportement des individus – a encore sensiblement augmenté. Par exemple, chaque connexion sur Yahoo permet de récolter en moyenne 800 informations sur le consommateur : ainsi, la visite d'un internaute sur un site de vente en ligne permet de récolter des informations sur le moment d'achat, l'ordre des pages consultées, le temps resté sur chaque page, la nature des achats effectués ou encore le mode de paiement...

Ces informations sont par la suite traitées et

vendues pour permettre aux entreprises un marketing plus efficace. Est remarquable dans ce phénomène l'extraordinaire variété et quantité des informations en cause. Mais au-delà, il le phénomène présente deux versants, qui s'articulent dans une sorte d'opposition complémentaire. Côté pile, la transparence des comportements individuels : chacun de nous devient en effet, grâce à cette collecte de données, très transparent. Côté face, en revanche, règne l'opacité : l'internaute n'a aucune idée – ou, pour les plus avertis, une idée extrêmement vague – de ce qui est recueilli sur lui. Nous sommes donc face à une abyssale asymétrie d'information.

Le commerce de ces informations pose la question du respect de la vie privée : les choix de consommation, de lecture, ou encore de vacances relèvent de la vie privée – sans parler de la religion, puisque, les cartes de fidélités de certaines grandes surfaces mémorisant les achats effectués, on sait notamment si tel ou tel achète des aliments halal ou casher...

C'est au point qu'il y a quelques années, la Cour de Cassation a décidé d'anonymiser ses arrêts avant de les mettre en ligne pour couper court aux recherches, par exemple d'employeurs, curieux de récolter des informations sur les

conditions de divorce de leurs salariés ou futurs salariés.

Théoriquement, lorsque des organismes privés souhaitent constituer un fichier nominatif, une procédure de déclaration préalable devant la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) doit être respectée. Plusieurs problèmes peuvent alors survenir. L'un d'entre eux est que les informations recueillies grâce à notre numéro IP ne sont pas considérées comme personnelles, ainsi le fichier constitué par les opérateurs n'est pas déclaré car il n'est pas nominatif, mais ces derniers n'hésiteront pourtant pas à fournir lesdites informations en cas de besoin.

D'autre part, certaines compagnies aériennes ont communiqué, ces dernières années aux autorités américaines des informations dont le droit européen interdisait la transmission. Mais face à la pression américaine, ces compagnies se sont trouvées en position de faiblesse et ont cédé, au mépris des règles européennes.

En effet, lorsqu'une donnée est collectée, ceux qui la recueillent affirment – sincèrement ou pas – que jamais elle ne sera communiquée à tout va ; mais on constate fréquemment que cet engagement n'est ensuite pas respecté et les données bel et bien diffusées.

La CNIL est certes chargée d'exercer une surveillance à cet égard. Mais une étude effectuée en 2007 montre que ses effectifs ainsi que ses moyens matériels se situaient au niveau de ceux de son homologue roumaine, et très en-deçà, par exemple, des effectifs de son homologue allemande. On constate donc un sévère problème de

moyens la situation ne s'étant que modérément améliorée depuis. Or les évolutions législatives au fil des années 2000 ont étendu la mission de la CNIL... tout en restreignant ses pouvoirs à certains égards.

Aujourd'hui par exemple, lorsque des données nominatives sont enregistrées dans un fichier, la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés donne à chaque personne un droit d'accès, et le cas échéant de rectification ; mais la CNIL étant surencombrée, il est en moyenne nécessaire d'attendre deux ans pour avoir un accès effectif. Le phénomène est d'autre part accentué par le fait que ces fichiers évoluent quotidiennement dans leur contenu.

La puissance publique – ou ses émanations – collecte elle aussi un nombre croissant de données personnelles, au point que la CNIL s'en est fortement émue. L'exemple des nouveaux documents d'identité biométrique est à cet égard révélateur. La prise d'empreintes digitales pour l'établissement du document d'identité était prévue, mais le Gouvernement en a étendu la portée en décidant de relever l'empreinte des dix doigts, bien que de nombreuses voix se soient élevées pour dénoncer le caractère excessif et inutile de cette extension. L'argument 'massue' de la sécurité, lequel a tendance à couper court à toute discussion, est à chaque fois brandi.

En outre, le principal fichier de police, le STIC (Service de Traitement des infractions constatées), a connu une double dérive. D'abord 33 000 000 de personnes y sont aujourd'hui fichées (on néglige d'en retirer les personnes décédées ou innocentées, on fiche les victimes et les témoins).

La CNIL a révélé que 83 % des informations contenues dans ce fichier sont erronées ; or des personnes ne sont pas embauchées parce que figurant dans le fichier. On cherche en vain une justification au fait que, par exemple, de simples témoins soient fichés.

Qui plus est, si la procédure d'accès prévoit un accès limité et strictement encadré à ces fichiers, la CNIL a constaté avec stupeur qu'en pratique les règles sont allègrement violées et que quantité de personnes non autorisées consultent néanmoins ces informations confidentielles et parfois les transmettent à des tiers.

L'exemple du pass Navigo constitue une autre illustration de la collecte d'informations attentatoire à la vie privée des usagers des transports. La RATP a en effet installé dans ces « pass » des puces qui permettent de tracer les déplacements de chaque voyageur (nature du trajet effectué, stations d'entrée et de sortie, heure précise des passages...), dans le but d'avoir une idée des flux. Le problème est qu'elle a choisi de rendre ces informations nominatives – sauf démarche expresse de l'utilisateur, qui se voit alors financière-

ment pénalisé. La CNIL a protesté mais la RATP n'en a tenu aucun compte, alors qu'elle n'a, pour gérer les mouvements de voyageurs, aucun besoin de connaître les noms de ceux-ci.

Toujours dans l'espace public, une vidéosurveillance coûteuse se généralise, alors qu'elle n'a jamais fait la preuve de son efficacité, comme le montre une vaste étude statistique menée en Grande-Bretagne, pays où elle est le plus répandue (plus de 4,6 millions de caméras).

Ainsi se déploie une silencieuse mais gigantesque collecte de données individuelles -et pour certaines très personnelles- chaque individu étant vu, regardé, épié, dans une multiplicité de surveillances aux motivations diverses, dont la plupart n'a qu'un lien ténu avec l'intérêt général. ■



Propos recueillis par Julie Quais.

JEAN-PASCAL CHAZAL

Qu'est-ce qu'un contrat significativement déséquilibré ?



Jean-Pascal Chazal
Professeur des Universités à l'Ecole de droit de
Sciences Po
Docteur en Droit Privé
Avocat spécialisé en droit des affaires

C'est ainsi que l'on pourrait résumer la question prioritaire de constitutionnalité qui a été transmise par la Cour de cassation (Com. 15 octobre 2010, n°10-40039) au Conseil Constitutionnel. Très précisément, il s'agit de savoir si l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce porte ou non atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, notamment, au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

L'article en question a été introduit dans le Code de commerce par la loi du 4 août 2008 afin que puisse être engagée la responsabilité civile, de tout producteur, commerçant, industriel ou artisan qui aurait soumis ou tenté de soumettre un partenaire commercial « à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Au-delà de la rédaction maladroite du texte, il convient de noter, d'une part, que ce texte s'inspire de la législation relative aux clauses abusives en droit de la consommation (art. L. 132-1 du Code de la consommation) et, d'autre part, qu'il vient se substituer à un texte rédigé de manière plus étroite (issu de la loi du 15 mai 2001), aux termes duquel engage la responsabilité civile

de son auteur le fait « d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ».

Deux points méritent d'être analysés : d'une part, la question du fondement constitutionnel choisi pour critiquer ces dispositions législatives et, d'autre part, le caractère prétendument sérieux de la question posée.

1/ Il peut paraître curieux que le principe de légalité des délits et des peines soit invoqué, en dehors de la matière pénale, pour critiquer une disposition qui ressortit indéniablement au domaine de la responsabilité civile. Certes, la notion de peine est entendue de manière relativement extensive par le Conseil Constitutionnel qui englobe sous ce vocable toutes « mesures à caractère répressif », mais les dommages et intérêts, auxquels serait condamné un agent économique pour avoir imposé à un partenaire commercial un contrat significativement déséquilibré, ont clairement un caractère indemnitaire.

Le principe de légalité des délits et des peines est donc radicalement inapplicable à la disposition législative litigieuse, sauf à remettre en cause

l'intégralité du droit français de la responsabilité civile et, au premier chef, l'article 1382 du Code civil qui, par sa rédaction très générale, n'est ni plus clair ni plus précis (ce qui n'a pas empêché le Conseil Constitutionnel de considérer que l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen posait une exigence constitutionnelle dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; cf. décision n° 99-419 du 9 novembre 1999).

Il est vrai que le III de l'article L. 442-6 du Code de commerce dispose que le Ministre chargé de l'économie ou le Ministère Public peuvent demander à la juridiction saisie, outre le fait d'ordonner la cessation des pratiques fautives, le constat de la nullité des clauses ou des contrat illicites, ou encore la répétition de l'indu, le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros, somme pouvant toutefois être portée au triple du montant des sommes induement versées.

Même si la loi qualifie d'amende civile, et non pas d'amende pénale, cette condamnation, il peut être raisonnablement soutenu qu'il s'agit de mesures à caractère répressif entrant dans le domaine d'application de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cependant, seul le III de l'article L. 442-6 du Code de commerce pourrait être alors critiqué sur ce fondement et nullement la notion même de contrat significativement déséquilibré.

Pour rectifier cette inadéquation du fondement constitutionnel invoqué, il est possible de suggérer le recours aux objectifs à valeur constitution-

nelle, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, que la jurisprudence du Conseil Constitutionnel a peu à peu dégagé, notamment lors de l'examen des lois autorisant le gouvernement à codifier à droit constant (Cons. Const. 16 décembre 1999, 99-421). C'est d'ailleurs peut-être ce vers quoi tend la Cour de cassation dans sa motivation lorsqu'elle parle des « exigences de clarté et de précision » de la loi, sauf que ces exigences ne découlent nullement du principe de légalité des délits et des peines, mais de l'application combinée des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

2/ Une fois le fondement juridique rectifié, il convient de se demander si, au regard des exigences de clarté et de précision de la loi, il est sérieusement soutenable que l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce est non conforme à la constitution (puisque nous savons que seules les questions qui ne sont pas « dépourvues de caractère sérieux » sont transmissibles au Conseil Constitutionnel ; art. 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, modifié par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).

La position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 15 octobre 2010 peut surprendre, dans la mesure où, dans un passé récent, elle n'a pas toujours été aussi tatillonne sur la question de l'interprétation de normes ne brillant pas par leur clarté et leur immédiate intelligibilité. Ainsi, dans son arrêt du 31 mai 2010 (n° 09-70716), la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 131-17 du Code du sport, dont les termes seraient imprécis aux dires des requé-

rants, en ce qu'il réserve l'utilisation des appellations « Fédération française », « Fédération nationale », « équipe de France » et « champions de France » aux fédérations sportives agréées.

Le refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi motivé : « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition législative n'est critiquée qu'en ce qu'elle laisse place à interprétation, laquelle relève de l'office du Juge ». Mais, dès lors, pourquoi ne pas traiter avec la même bienveillance le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce ? Cette notion, certes imprécise, ne demande qu'à être précisée par la jurisprudence, à qui revient d'assumer le rôle d'interprétation des lois, comme le rappelle à juste titre la Cour de cassation.

L'explication réside peut-être dans l'influence qu'exerce consciemment ou non la théorie volontariste (celle qui trouve le fondement de la force obligatoire des contrats dans la seule volonté des parties) et libérale (qui est hostile à toute immixtion des pouvoirs publics dans la sphère contractuelle) du contrat.

En réalité, le déséquilibre significatif est une notion qui n'est pas plus obscure ni plus imprécise que nombre de concepts juridiques. Il suffit de penser aux notions de faute, d'ordre public et de bonnes mœurs, de cause, d'abus de droit, etc. Au surplus, la question de la détermination du degré du déséquilibre (lequel doit être significatif) n'est pas aussi effrayante que cela. En effet, nous la trouvons déjà, en droit de la consommation (art. L. 132-1 du Code de la consommation qui codifie une disposition législative de 1978),

sans que cela ait créé une insécurité juridique intolérable.

De même, le Juge des référés a l'habitude, depuis plusieurs décennies, de délimiter ses pouvoirs en déterminant si un trouble était manifestement illicite ou si la contestation soulevée devant lui était suffisamment sérieuse (cf. art. 808 et 809 du Code de procédure civile). Enfin, citons les dispositions relatives aux prix abusivement bas (art. L.420-5 C.com.)

Il semble donc que la réticence de la Cour de cassation à admettre une notion floue et malléable, un standard imprécis, n'existe véritablement que dans le domaine contractuel et ce, pour des raisons essentiellement politiques (encore que cette réticence n'est pas une constante, cf. par ex. l'abus dans la détermination des prix depuis les arrêts d'assemblée plénière du 1er déc. 1995).

Une conception du contrat solidaire ou équitable, qui ne réduit pas celui-ci au seul échange des consentements entre personnes, dont on postule l'entière liberté, mais qui le pense comme un échange économique dans lequel doit régner une certaine justice, s'accommoderait sans difficulté de l'intervention du Juge, tiers impartial, qui aurait pour fonction de vérifier qu'il n'existerait pas de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au point de rendre le contrat injuste.

L'idée n'est pas nouvelle puisque l'on trouve déjà chez Aristote ou Thomas d'Aquin, l'idée qu'une loi injuste n'en est pas véritablement une, le contrat n'étant qu'une espèce particulière de loi (comme le rappelle d'ailleurs l'article 1134 al.

1er du Code civil).

Ainsi, un contrat significativement déséquilibré serait un contrat dont l'injustice des stipulations, ou des conséquences économiques de leur application, rendrait socialement inopportune la reconnaissance de sa force obligatoire. Le juge a évidemment un rôle crucial à jouer dans cette analyse puisqu'il dispose d'une liberté d'appréciation considérable. Mais, loin d'être extraordinaire, cette liberté est inhérente à son office, et plus particulièrement à son pouvoir d'interprétation.

Finissons par un paradoxe. Avec les dispositions de l'article L.442-6 I 2° c.com., le droit commercial, souvent présenté en doctrine comme soucieux de faire prévaloir la sécurité du commerce

et de la parole donnée, est devenu plus protecteur de l'équilibre contractuel que le droit civil lui-même, toujours réfractaire à l'idée de lésion (cf. art . 1118 C.civ.)

Lectures conseillées : J.P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil, *RTD. civ.* 2001, 265 ; De la théorie générale à la théorie critique du contrat, *RDC* 2003, n° 1 p. 27 ; Ch. Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, Dalloz 2002, Chron. 901. ■

ENQUÊTE

DOROTHÉE BRUGÈRE

Le blog juridique : une révolution?

Existe-t-il une doctrine des blogs ? F. Rome a pu parler de « doctrine instantanée »,¹ terme antinomique si l'on admet qu'une doctrine efficace doit voir son influence éprouvée dans le temps. Or les blogs juridiques fleurissent et meurent à grande vitesse. On en compte une centaine en France, une larve par rapport au phénomène outre-Atlantique où la blogosphère compte quelques milliers de blogs, largement utilisés par les cabinets d'avocat pour faire leur propre promotion.

Il est difficile de généraliser sur les blogs puisque ceux-ci sont tous différents : ils ne visent pas le même public, ne traite pas des mêmes thèmes et ne bénéficient pas de la même audience. Impossible de comparer un blog confidentiel et technique traitant d'un sujet pointu, (droit de la santé, de l'environnement...) au blog militant et vulgarisateur visant un public le plus large possible, dont le célèbre « Journal d'un avocat » de Maître Eolas, avec 15 000 visiteurs par jour, est l'exemple de succès le plus emblématique.

Les qualités propres au blog

Le blog juridique est ainsi avant tout ludique, il a permis et permettra encore longtemps un formidable décroisement d'une matière pourtant réputée impénétrable. La majorité des bloggeurs sont des praticiens du droit. Une majorité d'avocats mais également quelques magistrats se prêtent au jeu du blog pour vulgariser leur matière mais aussi décrypter leur profession au grand public. Cette tendance positive a été reprise pour le compte des universitaires. En effet, le blog a pour heureuse conséquence la création d'un nouvel espace de publication pour les jeunes chercheurs postant solidairement sur un blog et servant la réputation de leur université et leur propre renommée. Le blog « Combat

pour les droits de l'Homme » animé par Serge Slama qui y publie des travaux de ses étudiants du CREDOF (Centre d'Etudes et de Recherches sur les Droits Fondamentaux) de l'université de Paris X se place parmi les blogs juridiques les plus lus et prouve que ce modèle de blog collégial est faisable, même si encore trop rare sur la toile.

Le blog réussit là où peine la presse juridique : il fait entrer le droit dans le débat public. La force d'influence de certains blogs est indiscutable : le blog est un média qui compte, les journalistes s'en inspirent, les ministres aussi. Le Ministre de la Culture a ainsi officiellement consulté Maître Eolas sur le projet de loi DAVDSI en 2006, ou encore un dialogue surréaliste s'est engagé dans les commentaires du blog « Combat pour les droits de l'Homme » entre l'auteur et ... le porte-parole du requérant dans l'affaire traitée par l'article ! Ces échanges, où le requérant découvre que son affaire soulève une question sur la fonction du rapporteur public, débat qu'il ne souhaite pas se voir attribué, ont entraîné le désistement dudit requérant.¹

Enfin, le phénomène des commentaires mérite également l'attention : ceux-ci oscillent entre

¹ ROME Félix, « Propos iconoclaste sur la bloghorée », AJDA, p. 361, 2007.

la foire d'empoigne et les précisions techniques réservées aux happy few. Parfois, pour le plaisir des initiés, un véritable débat de fond entre personnalités et auteurs de blogs s'engage, ceux-ci se renvoyant la balle sur une question polémique. Le juge Rosenczveig, président du Tribunal pour enfants de Bobigny, qui a fait de son blog une tribune pour les débats touchant à la justice des mineurs, envisage notamment de publier certains de ses billets et les commentaires qu'ils ont suscités.

Blogs vs. Presse écrite ?

Inutile de s'attarder sur les avantages du blog : immédiateté des réactions, gratuité, liberté d'expression, interactivité, exhaustivité et précision pour qui sait manier la magie des liens hypertextes. Notons que ceux-ci sont d'autant plus les bienvenues que la presse juridique concentre tous les défauts de la presse papier : un style austère, une publication peu fréquente (trimestrielle pour certaines), des articles de plus en plus courts, des prix décourageants. Ainsi pour nombres d'étudiants mais également de simples amateurs de droit, le blog est une alternative largement satisfaisante.

Est-ce suffisant pour signer la mort de la presse papier ? Evidemment non, car les « défauts » de la presse papier ne sont que trop nécessaires à l'analyse du droit : le ton, souvent plus neutre favorise une analyse scientifique rigoureuse, le « temps de la réflexion » (F. Rome) a permis une synthétisation de l'information et une distance sur les événements loin d'être dommageables au traitement de l'information, au contraire. Le blog a en effet bien souvent les défauts de ses qualités : s'il est

immédiat, il peut être irréfléchi, s'il est ouvert à tous, il est éphémère, s'il est libre, il est parfois peu fiable. Pour reprendre les mots de Frédéric Rolin et de Dimitri Houtcieff : « les blogs ne sont pas à même de garantir la qualité, la systématisme et la régularité de leur contenu, garanties qui demeurent la marque des grandes revues ». La revue juridique classique n'a donc rien à envier au blog, aussi populaire soit-il, à ne pas s'y tromper, les deux jouent bien sur un terrain différent.

Vers une spécialisation des blogs

Force est donc de constater que le blog ne remplacera pas la revue juridique. Aussi le blog se développe-t-il de façon autonome, imposant sa propre griffe, plus provocante et militante car il ne suffit d'être un bon juriste pour être un bon blogueur, encore faut-il avoir quelque chose à dire. « Le droit n'étant pas neutre, l'approche de ses questions amènent à faire des choix et à les assumer » écrit le juge Rosenczveig. L'auteur n'hésite alors pas à proposer des réformes, critiquer, témoigner. La preuve la plus cinglante de la prise de position du blogueur est sans doute le prix Busiris décerné par Maître Eolas à qui profère une affirmation juridique aberrante par opportunisme politique.

D'autres font de leur blog un outil réservé à leurs étudiants ou aux professionnels et dont le ton se veut volontairement technique. Ou encore, le blog peut permettre de développer une approche plus iconoclaste du droit par exemple en privi-

² HOUTCIEFF, Dimitri, ROLIN, Félix, « Blogs juridiques contre édition juridique traditionnelle : concurrence ou complémentarité ? », Recueil Dalloz, p. 596, 2006.

légiant le croisement entre disciplines. C'est l'ambition de Lionel Miniato, co-auteur du blog « Droit et cinéma : regards croisés » qui fait de son blog le prolongement des colloques du même nom organisés une fois par an par l'université de La Rochelle.

Mais on meurt aussi sur la blogosphère. Frédéric Rolin, universitaire précurseur du mouvement des blogs juridiques a fermé son blog en 2008, notamment à cause de l'ombre que celui-ci faisait à ses travaux « plus sérieux » de chercheur. Le blog suppose en effet un engagement personnel de l'auteur qui a pour conséquence de placer la personnalité de l'auteur au centre du blog. Cette

caractéristique rend presque inévitable à terme la lassitude des lecteurs comme celle de l'auteur. Une approche plus désincarnée du blog semble ainsi improbable tant que lecteurs comme auteurs seront attachés à cette individualisation du blog comme l'ont montré les échecs de tentatives de création d'un portail commun vers des blogs moins « égocentrés ».

Si le blog est, par son originalité et son succès, l'invention d'une nouvelle façon d'aborder et de présenter le droit, il n'a pas révolutionné les milieux juridiques et ni ébranlé les supports traditionnels que sont la presse et les manuels. ■

STEFAN MONAGHAN

*Attorney at business 2.0**

The emergence of new technologies has prompted Community and French legislators to define the legal status of e-businesses¹ and to protect authors' rights online.² French judges also have to cope on a regular basis with these up-and-coming e-changes. A recent ruling issued by the Cour de Cassation, France's highest civil jurisdiction, requires electronic evidence to be time stamped to guarantee authenticity.³

Not only is law evolving but the approach to practicing is also shifting. It has been a while since lawyers could exclusively be defined as legal experts. Lawyers are executive managers willing to ensure growth to their business. Hiring, firing, cutting costs and increasing profit per partner have already been in the vocabulary of legal practitioners for quite a long time. This generation invented the contingency fee, which profoundly altered the legal landscape especially in class actions.

The novelty lies down in the rise of a new generation of entrepreneur-lawyers. What is the dif-

* I am very grateful to David Goldenberg, founding attorney at VLP, with whom I conducted the interview. Thank you very much for your insights. This article only engages the author and is independent from Virtual Law Partners' views on the topic.

¹ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

² Loi n°2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

³ Cass. 2ème Civ. 4 décembre 2008 (pourvoi n°07-17622).

ference with their former counterparts? These "attorneys-at-business" are leveling the playing field by crashing down entry barriers and legal fees thanks to new technologies. Where traditional lawyers limit themselves to exchanging a couple of emails with their clients, the attorney-at-business virtualizes every single aspect of its workplace until a physical office is no longer needed. This is called a virtual law firm. The move is bold and risky. How do you convey the quality of any given practice without fancy offices to impress your client? How do you attract potential clients when they cannot even see you? And most importantly, what prevents a virtual law firm from San Francisco to practice in your own backyard at literally zero costs in terms of infrastructural deployment?

What is a virtual law firm?

Virtual Law Firms did not pop up overnight although they tend to provide this impression. As early as January 2004, Joe Kashi in an ABA article had already attempted to label the concept of "virtual law firm".⁴ At that time, he identified four basic standards:

1. A stable core group of attorneys
2. Established collaborative relationships with other, specialized law firms that possess expertise occasionally needed
3. Glued together with appropriate computer and telecommunications technology

⁴ The American Bar Association website : <http://www.abanet.org/lpm/lpt/articles/ft01042.html>

4. Capability to expand and reduce personal as needed

All these above-mentioned elements are true and necessary. However the list remains incomplete. These factors epitomize a connected law firm but not a virtual law firm. Indeed, many Big Laws – if not all – based in New York or elsewhere already possess these characteristics.

Kashi probably assumed the fifth and last factor in his original article but still failed to mention it:

5. Absence of physical offices

Once this last standard is checked, the law firm becomes a fully-fledge virtualized workplace.

The step between connected and virtualized law firms is smaller than what everyone believes it to be. Most lawyers are already evolving in a “semi-virtualized” setting without even paying attention to it. A prime example is collaboration between an attorney and local counsels based in different States. Lawyers are also already used to working with expert witnesses, contract investigators or consultants in any given field whose work progress is hardly monitored. As summed up by Joe Kashi, “we often have little physical contact with co-workers upon whom we depend and with whom we frequently work.”

So how difficult is it to reach the tipping point – absence of physical offices – to attain a fully capable virtual law firm?

Case in point: Virtual Law Partners (VLP)

Virtual law partners was launched in May 2008 and gathered at that time only eight attorneys.

Today, 40 legal experts are working at VLP covering several jurisdictions within the United States. They are currently striving to reach 200 attorneys. As stated on the website, the law firm provides legal services to domestic and international clients such as incorporations, financial services, mergers and acquisitions, SEC compliance work or commercial lending. This list is not exhaustive and VLP engages its attorneys in various other fields.

When one searches ‘virtual law firm’ on the Google search engine, Virtual Law Partners is the first result to pop up at the top of the list. The prestigious Washington Post published a two-page story in March 2009, meaning within only a year following VLP’s official launch.⁵ The increased visibility of such a young and atypical – for now – law firm proves that a core group of attorneys on the West Coast has mastered and gained momentum in the business.

In the midst of a hardly recovering economy, US law firms remain very cautious on their business prospects. Clients are demanding lower fees to law firms that are prompted to profoundly alter their business model. Some firms have already started the shift by outsourcing basic documentation work to India or by implementing fixed fees and reducing staff.

A virtual law firm remains profitable even in a strenuous economic setting thanks to its bold business model. Experienced and highly-trained attorney such as David Goldenberg only charge about 300 dollars per hour where most big laws

⁵ Recession sends lawyers home, V. Dion Haynes, The Washington Post, March 9th, 2009.

will bill a minimum 800 dollars for a new recruit, freshly out of law school. Clients – including large corporations – are no longer keen on spending that sort of money for what they deem to be inexperienced lawyers with little practical insights. Salaries in the United States can easily top a solid 150k a year, plus bonuses. Becoming a partner depends on your ability to increase billable hours – thus profit.

And this also proves to be a virtual law firm's first feature: no partners or special associates at VLP. Therefore, the number of layers within the law firm – from the paralegal to the partner – is greatly reduced. Each attorney can keep up to 80% of what one generates compared to a rough 30% in traditional “Big Laws”. Lawyer's working conditions actually tend to improve with less overburdened and significantly more flexible schedules.

The second feature boils down to the absence of fancy brick-and-mortar offices. The company no longer needs to pay for rent or pay back real estate loans. VLP organizes meetings and flies lawyers when necessarily to the client's workplace. Only a public letterbox remains to collect some documents while the rest is stored on the law firm's network.

One major positive externality that stems from this business model lies in a low carbon footprint. This environment-friendly behavior, strongly advertised on VLP's website, epitomizes a stark contrast with the cold and grayish offices of any given New York law firm.

A second one relates to pro-bono activities. Most traditional law firms already engage some of their staff in a type of pro-bono community form of action. Nothing prevents law firms to

also engage themselves in such gratifying activities with sometimes more original initiatives. For instance, VLP regularly participates to the Second Harvest Food Bank of Santa Clara and San Mateo Counties through its Food and Fund Drive. Maybe most law firms – virtual or traditional – are only interested in shaping their image through these ‘interested’ initiatives. It however does not diminish the useful work accomplished during these occasions.

And this also proves to be a virtual law firm's first feature: no partners or special associates at VLP. Therefore, the number of layers within the law firm – from the paralegal to the partner – is greatly reduced. Each attorney can keep up to 80% of what one generates compared to a rough 30% in traditional “Big Laws”. Lawyer's working conditions actually tend to improve with less overburdened and significantly more flexible schedules.

The second feature boils down to the absence of fancy brick-and-mortar offices. The company no longer needs to pay for rent or pay back real estate loans. VLP organizes meetings and flies lawyers when necessarily to the client's workplace. Only a public letterbox remains to collect some documents while the rest is stored on the law firm's network.

A virtual law firm in a virtual perfect world?

Virtual law firms will profoundly shift the traditional business model in the current legal landscape. Nevertheless, not all firms are bound to go online.

The absence of a physical workplace greatly li-

mits the gathering of evidence or the possibility of breaking a bad judgment to a client. For these reasons, virtual law firms – VLP included – keep litigation beyond their scope of action. Flying lawyers all over the United States would offset the gains earned with the absence of partners and fancy offices. On the other hand, failing to send the lawyer who worked on the case clearly diminishes chances of winning the legal battle. This conundrum shall be nuanced in so far as an attorney geographically close to the transaction place will be designated right from the start in a well-managed organization.

Therefore, litigation and class actions will remain out of reach of virtual law firms in the short and medium term.

A second concern relates to the costs incurred by the firm in computing its work. A fully functional virtual workplace implies a solid and secure network. Such an investment remains an entry barrier as few attorneys alone can rent a wide range of servers in a safe location. At VLP, security is a must and the platform encompasses two security layers to access the stored data.

Besides the investment, how complicated is it to use the system? Do attorneys or paralegals need to be trained *ex ante* or is the platform ‘naturally’ user-friendly? Again, whether the firm will be profitable depends on how much will have to be spent on technologies and formation.

VLP apparently uses a network based on Microsoft’s Windows and Office so attorneys are ready-to-work and paralegals are fully operational. No time is wasted and staff is used to managing the network within two to three days. Also, VLP hired two technicians who work full time

and update the network on a daily basis. IT companies have a flourishing market awaiting them in assisting virtual law firms with their technological growth.

Stakes are high. Once the technology on track, nothing impairs virtual law firms from growing exponentially and entering new markets. In our example, VLP is fully capable to enter the French legal market and to offer discounted rates from your own backyard. All it costs is a young law graduate with domestic legal expertise and a computer.

Virtual law firms will not completely replace traditional Big Laws because they only hire experience-proof attorneys and fail to offer internship opportunities to law students. Nevertheless, young graduates still need to gain experience and – accessorially to find a job to pay back loans. Besides launching your own business right after graduation, “Big Laws” are likely to remain a passage obligé in terms of career. Experience and reputations thus constitute a second level of entry barrier.

At last, trust issues may limit a virtual law firm’s growth. Recruiting an attorney is no mystery but building trust bonds overtime is another matter-of-concern. Virtual law firms have neither the resources, nor the required internal organization – remember no hierarchies – to ensure the work is properly done abroad. This lack of monitoring paves the way to free riders and can cause considerable damages to the law firm’s reputation. Incentives must always remain very attractive. ■

DELPHINE CHAUCHIS

La dématérialisation des procédures civiles devant la Cour de Cassation



Delphine Chauchis
Magistrate au Service de Documentation et d'Etudes
Responsable de bureau du contentieux
de la Troisième Chambre Civile de la Cour de
Cassation



« *Moins d'un an après le début de sa mise en œuvre, la dématérialisation de la procédure devant la Cour de Cassation est désormais achevée* ». C'est par ces mots que Vincent Lamanda, premier président de la Cour de Cassation et Didier Le Prado, président de l'Ordre des avocats aux Conseils, ont ouvert la conférence de presse sur la dématérialisation des procédures civiles devant la Cour de cassation, et ce, dès fin 2009.

Un an après ce constat, la dématérialisation est plus que jamais à l'ordre du jour et s'inscrit parfaitement dans l'ère de notre temps. Cette juridiction plus que bicentenaire aborde le 21^{ème} siècle avec la volonté de mettre à profit la pleine utilisation de nouvelles technologies pour perfectionner ses méthodes de travail et améliorer la qualité du service rendu aux justiciables. La dématérialisation est devenue une pièce maîtresse du processus judiciaire et a vocation à s'étendre bien au-delà du seul cadre de la Cour de Cassation. Cependant, dans un monde marqué par la place de l'écrit, le respect des délais et de formalités, et le poids des traditions, l'idée de faire un jour disparaître le dossier papier au profit du dossier électronique en conservant le même niveau de sécurité et d'échange, pouvait paraître une gageure.

Ainsi, comment cette dématérialisation se manifeste-t-elle ? Quels sont les enjeux et limites posés par cette dernière ? Comment a-t-elle pu s'imposer au sein de la Cour et quels défis la juridiction doit-elle encore relever ?

Mme Delphine Chauchis, magistrate au Service de Documentation et d'Etude rattachée à la troisième chambre nous a livré son point de vue sur ce nouveau phénomène et a répondu à nos interrogations le temps d'une rencontre avec l'AJSP.

La dématérialisation : Comment ça marche ?

Un concept particulier

La dématérialisation, qu'est-ce que c'est ? En quelques mots, elle implique que les avocats aux Conseils ne sont plus tenus de produire à la Cour, à l'appui de leur pourvoi, un dossier constitué d'actes et de documents papiers. Ils doivent donc adresser l'ensemble de leurs déclarations, mémoires, requêtes et productions de pièces sous une forme purement numérique et s'abstenir de les transmettre en outre sur support papier.

Ces documents sont transmis par voie électronique, sont enregistrés sur le serveur de la Cour sous forme d'un dossier numérique, ensuite uti-

lisé par les magistrats dont les travaux sont à leur tour intégrés sous un format numérique et diffusés immédiatement et directement à l'ensemble des acteurs du dossier.

Une histoire ponctuée par de nombreuses étapes

Un bref détour par l'histoire est indispensable pour comprendre comment la dématérialisation des procédures est arrivée à la Cour.

C'est au premier président Canivet que la Cour de Cassation doit cette initiative, lequel a, en janvier 2004, chargé Jean-François Weber, président de chambre, d'animer un groupe de travail ayant pour but la mise en œuvre de l'évolution de l'informatisation des chambres (numérisation des procédures, accès aux documents dématérialisés, incidence sur la gestion des dossiers papiers...)

Trois étapes doivent être mentionnées :

1) De 2003 à 2006 : Création et développement du « bureau virtuel ».

Cela permet, au sein de la Cour, d'accéder à certains éléments numérisés des dossiers (rapports des conseillers et projets d'arrêts transmis par

courriel au greffe de la cour, ainsi que l'avis de l'avocat général ; données numérisées des éditeurs juridiques accessibles aussi bien des locaux de la Cour de Cassation que du domicile des magistrats ; Développement de la base de données des arrêts de la Cour de Cassation : « Jurinet » qui est l'outil quotidien des magistrats de la Cour).

2) De 2006 à 2009 : Dématérialisation du dossier de procédure.

La dématérialisation a concerné non seulement les documents de travail internes, mais aussi le dossier de la procédure : les avocats ont produits leurs mémoires à la fois sous forme papier et sous forme numérisées et le greffe a scanné, à titre expérimental, les arrêts attaqués et les pièces annexes dans certaines chambres et pour certains contentieux. Des éléments de ces divers documents pouvaient ainsi être téléchargés par les magistrats lors de l'élaboration de leurs travaux.

3) Le 21 décembre 2007, a commencé une troisième étape : la signature d'une convention.

Une convention a été signée entre le premier président, l'ordre des avocats aux conseils et le greffe permettant l'enregistrement des pourvois sous forme électronique. Cette convention a été

approuvée par arrêté du garde des sceaux du 17 juin 2009.

Une phase d'expérimentation a eu lieu en 2008 et fut concluante. C'est ainsi que l'accès à la dématérialisation a été ouvert depuis le 1er Janvier 2009 à l'ensemble des 60 cabinets d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation. Depuis cette date, tous les cabinets d'avocats aux Conseils ont vocation à n'effectuer leurs actes de procédure que sous forme électronique. Les avocats disposent alors d'une clé USB qui leur permet de signer électroniquement tous leurs actes de procédure, les pourvois, les mémoires, et de les transmettre à la Cour par l'intermédiaire d'un tiers certificateur, la société CertEurope.

Aujourd'hui, le « bureau virtuel » s'est considérablement enrichi et le magistrat a, à sa disposition, sous forme dématérialisée, l'intégralité des documents dont il peut avoir besoin. De même, l'avocat a accès quotidiennement à l'ensemble du dossier dématérialisé et des événements qui surviennent : il a connaissance des mémoires déposés par les autres parties, des productions faites à l'appui de ces mémoires, du rapport du conseiller rapporteur, de l'avis de l'avocat général, de la date de l'audience et de l'arrêt qui est rendu. Et tout ceci en temps réel.

Un accès au « bureau virtuel » simplifié

L'accès au bureau virtuel, qui est possible tant en réseau local qu'en accès à distance, notamment depuis le domicile de l'utilisateur, s'effectue dans les deux cas à partir de la page d'accueil du site intranet de la Cour de Cassation, qui compte

désormais un lien spécifique vers ce bureau, auquel l'utilisateur peut accéder en saisissant l'identifiant et le mot de passe qui lui ont été préalablement attribués.

De plus, les bureaux virtuels ont été spécialisés puisque tous les magistrats ou fonctionnaires n'ont pas nécessairement accès aux mêmes documents. Par exemple, les avocats généraux n'ont pas accès aux avis et projets d'arrêts des conseillers rapporteurs qui sont couverts par le secret du délibéré.

Mais tous les conseillers d'une chambre qui vont participer à une audience ont accès à tous les éléments de chacun des dossiers qui viendront à l'audience, étant précisé que plusieurs conseillers peuvent ainsi travailler simultanément sur le même dossier virtuel complet sans inconvénient, ce qui n'aurait pas été possible avec un support papier.

La mise en place d'un équipement adéquat

Toutes les salles d'audience sont équipées d'ordinateur, ainsi le déroulement de l'audience s'en trouve modifié : facilité de recherches documentaires ponctuelles, le rapporteur appelle le projet établi dans le sens du délibéré et prend note de toutes les modifications de forme et de fond proposées par les membres de la chambre. Lorsqu'un accord sur le projet est acquis, le rapporteur clique pour enregistrer définitivement (mais le texte n'est définitif que le jour où la décision est rendue, en général un mois plus tard pour la troisième chambre civile) le texte de l'ar-

rêt. Le greffe n'aura ensuite plus qu'à mettre en forme les en têtes de l'arrêt et à préparer la minute. L'utilisation de l'informatique à l'audience montre qu'il en résulte une amélioration quantitative de la rédaction et de la précision terminologique des arrêts.

Prochainement, un module facilitant la distribution virtuelle des dossiers aux conseillers rapporteurs va être mis en place.

Un renforcement du principe du contradictoire

Selon les termes de Vincent Lamanda « en permettant aux avocats et aux magistrats de prendre connaissance, en temps réel, de tous les événements qui affectent la vie d'une affaire, des différentes pièces de la procédure et de l'intégralité des arguments juridiques échangés, la dématérialisation renforce les droits de la défense, facilite la discussion contradictoire entre les parties et au cours du délibéré et, en fin de compte, améliore la qualité de la prise de décision ».

Au-delà de la technicité que nécessite la mise en œuvre d'un tel projet, la dématérialisation présente de réels avantages, non seulement pour les professionnels du droit mais aussi, et comme nous le rappelle Mme Chauchis, pour la justice toute entière.

La dématérialisation: quels avantages ?

Selon les termes de Monsieur Didier Le Prado, président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, le passage à la dématé-

rialisation des procédures à la Cour de Cassation est 'un signe très fort qui illustre les caractéristiques de cette juridiction et son barreau : tradition et modernité'. En effet, il explique que ce sont deux notions indissociables : une modernité dans le respect des acquis du passé, une modernité au service de la justice et du justiciable.

Une simplification des procédures

La dématérialisation n'a tout de même pas bouleversé les règles de procédure devant la Cour de Cassation mais les a au contraire simplifiées, et a surtout favorisé les rapports qui existent entre les juges et les parties représentés par les leurs avocats. Le travail à domicile est maintenant facilité car l'accès au 'bureau virtuel' peut se faire depuis le domicile de l'utilisateur. Elle permet aussi aux justiciables de suivre personnellement l'avancée de leur affaire à partir du site internet de la Cour de Cassation.

Une transparence et sécurité accrues

Elle a en outre permis d'améliorer la transparence, la fluidité et la rapidité par un accès facilité de tous, magistrats et avocats, à tous les éléments du dossier. Cette transparence est de nature à permettre au justiciable, par l'intermédiaire de son avocat, de s'approprier plus facilement un système judiciaire dont il dénonce parfois l'opacité. Quand à la sécurité, on peut citer les archives simplifiées, la suppression du risque lié à la manipulation et au transport des dossiers, la fiabilité de la signature électronique, tout en respectant le secret du délibéré comme nous l'avons déjà évoqué.

La protection de l'environnement

La première incidence de ces étonnantes simplifications est flagrante : la survie des forêts, comme le souligne justement Didier le Prado. 'La justice n'est plus papier. Adieu les mémoires en dix exemplaires'.

Une rapidité plus importante

De plus, il évoque la transparence et la sécurité et favorise l'accélération du temps du procès. Grâce à la dématérialisation, l'avocat aux Conseils, et donc à travers lui le justiciable, peut suivre pas à pas les étapes de la procédure et avoir accès à tous les documents. La rapidité se mesure surtout dans la constitution de la manipulation des dossiers. Même si comme l'affirme Monsieur LE PRADO 'tous ont à gagner de la dématérialisation, le justiciable et son avocat, la Cour de Cassation et, derrière elle, la justice dans son ensemble', ce n'est pas un processus sans risque ni difficultés.

La revalorisation du travail du greffe

Elle contribue à revaloriser le travail du greffe, plus à la hauteur des compétences des fonctionnaires qui le composent. Ceux-ci peuvent davantage se consacrer à leurs fonctions principales de contrôle de qualité et d'assistance des magistrats.

La dématérialisation: un concept limité ?

Faire face aux résistances

La dématérialisation implique nécessairement un

travail sur ordinateur permanent pour les magistrats, ce qui ne fut pas sans poser problème à certains et notamment au Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) qui a jugé qu'une telle modification n'était pas anodine. Un mécanisme de « double-écran » a notamment été mis en place pour éviter une fatigue visuelle trop importante.

De plus, il y eut quelques réticences de la part de certains protagonistes qui n'étaient pas familiers de l'outil informatique et continuaient d'imprimer la plupart des documents. En effet, il s'est agi pour tous les membres de la Cour de Cassation d'une véritable révolution culturelle dans la manière de travailler. Mais ces résistances au changement ont vite été prises en compte et de nos jours, on peut affirmer que chacun des acteurs a intégré ce processus de dématérialisation et aménagé son travail à sa guise en prenant ces nouvelles considérations en compte. Cela notamment grâce à la transparence du processus d'élaboration de cette réforme et la concertation permanente entre les acteurs qui ont permis de faire accepter des changements aussi rapides dans les méthodes de travail

Le risque de paralysie du système

Plus technique est le risque de la paralysie du système. En effet, même si la dématérialisation des procédures présente d'indéniables avantages, elle présente le défaut majeur de créer chez ses utilisateurs une dépendance complète vis-à-vis du système informatique. Même si ce risque est extrêmement peu probable au vu des mesures préventives prises par service informatique, comme

l'a souligné Mme Chauchis, les conséquences peuvent être importantes en cas de virus ou de panne du système. Cependant, cela n'empêche pas les magistrats de poursuivre leurs travaux de réflexions par des recherches.

Après notre entretien avec Mme Chauchis, qui nous a donc transmis son point de vue de magistrat, il semble indéniable que la dématérialisation des procédures est une avancée considérable dans l'histoire de la justice et appréciable à la fois pour les magistrats mais aussi pour l'ensemble de la justice. Cependant, comme toute révolution culturelle, et d'autant plus lorsque cette dernière est fondamentale, il s'agit de savoir jusqu'où doit-elle et peut-elle s'étendre ? Au-delà de la dématérialisation des procédures, il semble que celle des jugements peut soulever certains problèmes. A cet égard, le Conseil Supérieur de la Magistrature émet des réserves en affirmant que « le contact direct entre le juge et le justiciable est indispensable pour rendre une décision équitable » ... Une fois ces limites posées, il apparaît que la Cour de Cassation a su faire mentir le poète Prévert qui affirmait que « le progrès est trop robot pour être vrai » : la dématérialisation est effet un succès et prouve une fois de plus que « droit et innovation » font bon ménage... ■



Propos recueillis par Julie Quais

ENTRETIEN

CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL

« Dans une société dominée par le numérique, il est indispensable que les avocats utilisent et intègrent dans leur quotidien les technologies »



Christiane Féral-Schuhl est avocate, associée fondatrice d'un des cabinets français leaders en droit des technologies de l'information et depuis peu la deuxième femme de l'histoire à avoir été élue Bâtonnier de l'Ordre du Barreau de Paris. Auteur de nombreuses publications dont *Cyberdroit*, ouvrage de référence en matière de droit de l'Internet, Christiane Féral-Schuhl est également présidente de l'Association pour le Développement de l'Informatique Juridique. Elle nous livre ses réflexions sur les grands enjeux de la profession d'avocat au XXI^e siècle.

La Revue des Juristes de Sciences Po : Une partie non négligeable de nos lecteurs étant encore étudiants, il serait peut-être intéressant que vous nous rappeliez votre parcours académique. Comment vient-on à s'intéresser, dans les années 1980, à cette matière inexplorée qu'était alors le droit des nouvelles technologies ?

Christiane Féral-Schuhl : Sur le plan académique, j'ai un parcours classique. J'ai fait mes études de droit à Assas et j'ai passé le CAPA. J'ai ensuite immédiatement commencé à travailler comme collaboratrice dans un cabinet d'avocat. Non seulement il n'existait aucune spécialité dans le droit de l'informatique et des technologies mais surtout, je n'imaginai pas me spécialiser dans cette discipline.

C'est, comme souvent, le hasard qui m'y a conduit. Je me suis installée à mon compte très rapidement, en 1984. Une première rencontre avec un médecin passionné d'informatique m'a permis de découvrir la loi informatique et libertés et les multiples questions soulevées par le projet de la carte santé qui est devenue depuis la carte vitale. Et l'un des premiers dossiers dont j'ai eu à m'occuper a porté sur la question de savoir si le logiciel était protégeable par le droit d'auteur.

Ce dossier a d'ailleurs servi à illustrer les débats sur la loi de 1985 qui a consacré la protection du logiciel par le droit d'auteur. Comme il n'existait pas d'ouvrages ou de publications sur ces questions nouvelles, j'ai commencé à écrire et à publier, pour mieux comprendre et mieux maîtriser ces sujets innovants.

La suite n'a été qu'une succession de dossiers et de sujets intéressants à traiter dans cette matière, qui s'est très vite élargie avec les contentieux soulevés par le Minitel (c'était le début du e-commerce !), les télécommunications (en particulier avec la déréglementation) et bien sûr, l'Internet qui a ouvert de formidables champs de réflexion dans toutes les matières du droit et devant toutes les juridictions, en particulier la question de savoir si les fournisseurs d'accès sur l'Internet sont responsables des contenus véhiculés et celle de savoir si le téléchargement des œuvres protégées s'inscrit dans l'exception de copie numérique.

C'est la jurisprudence qui s'est prononcée avant le législateur, ouvrant des confrontations de points de vue passionnants devant les tribunaux.

Quel jugement portez-vous sur l'adéquation des formations juridiques aux enjeux posés par la révolution numérique en cours ? A quoi ressemble-

rait selon vous l'Ecole de Droit des années 2080 ?

Je précise tout d'abord que j'ai arrêté de donner des cours fin 2009. Il existe aujourd'hui beaucoup de masters et autres formations spécialisées en droit des technologies. Je constate que les étudiants, lorsqu'ils arrivent sur le marché du travail, maîtrisent non seulement les concepts du droit des technologies mais également les technologies elles-mêmes. Celles-ci sont omniprésentes dans leur quotidien.

Ils ont vécu la révolution culturelle du numérique et cela a nécessairement des répercussions importantes sur la pédagogie et l'organisation de l'enseignement du droit. Le e-learning, les webinars, les enseignements en différé et à distance,... sont déjà une réalité qui tend à se généraliser.

Dans des pays comme l'Angleterre, la préparation de l'accès au Barreau peut se faire à distance en cours du soir, ce qui crée un marché permettant de capter des étrangers désireux de faire état d'une formation en langue anglaise.

L'Ecole de droit des années 2080 que vous évoquez intégrera très certainement tous ces moyens et bien d'autres à découvrir dans les générations à venir. Pour l'instant, il me paraît urgent, dans toutes les enceintes d'enseignement, de mettre à la disposition des étudiants un environnement numérique adapté, à commencer par des prises pour brancher leurs ordinateurs et des accès wi-fi pour pouvoir se connecter.

Il faut qu'ils retrouvent dans l'enceinte universitaire les outils technologiques qui seront les leurs

dans l'environnement du travail mais aussi qu'ils pratiquent déjà dans leur environnement familial et personnel.

Dans l'ouverture de son livre *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Richard Susskind compare le métier d'avocat aujourd'hui à celui de tisserand au XVe siècle –à l'aube de la grande rupture provoquée par le développement de l'industrie textile. L'explosion des nouvelles technologies n'annonce-t-elle pas la fin du métier d'avocat tel que beaucoup le conçoivent ?

La fin du métier d'avocat ? Non, mais son adaptation. Il faut certainement que les avocats prennent la mesure des enjeux technologiques. Dans une société dominée par le numérique, il est indispensable que les avocats utilisent et intègrent dans leur quotidien les technologies. Cela est d'autant plus indispensable que les avocats ont l'obligation, à compter du 1er janvier 2011, d'utiliser le RPVA (Réseau Privé Virtuel des Avocats) pour les déclarations et les constitutions devant la Cour d'appel. Cette obligation sera progressivement étendue à toutes les juridictions.

A très court terme, les avocats auront donc cette obligation qui sera progressivement étendue à toutes les juridictions. Je considère que c'est une formidable opportunité pour positionner les avocats dans la société du numérique. Ce réseau, qui répond aux normes de sécurité définies par la Chancellerie, permet de garantir le secret professionnel et la confidentialité, des principes essentiels pour notre profession et qui nous distinguent de nos concurrents. Il permet de consolider le périmètre du droit. Il faut un Bâtonnier

conscient de ces enjeux pour réussir ce virage qui est essentiel. Cela est d'autant plus important que l'acte d'avocat, nouveau champ à investir par les avocats, ne pourra se développer que si la profession peut garantir sa conservation avec toutes les garanties de sécurité qui s'imposent.

Ainsi, la profession d'avocat peut être prête pour cette grande révolution. Notre capacité à anticiper et à vivre harmonieusement cette révolution culturelle permettra d'éviter la banalisation des prestations et ce que vous appelez la « commoditisation » trop forte dans l'exercice d'une profession intellectuelle de haut niveau. Soulignons néanmoins que cette « commoditisation » est très liée à l'omniprésence de la culture anglo-saxonne sur le web avec, sur le plan juridique, ses contrats et ses clauses qui s'imposent comme des standards. Il nous faut, sur ce plan, rester très vigilants.

La période récente a été marquée par de nombreuses innovations, à l'étranger notamment. En Australie et au Royaume-Uni, les cabinets peuvent s'ouvrir aux capitaux extérieurs. Certaines structures américaines délocalisent leurs activités de conseil en Inde pour réduire leurs coûts, etc. Souhaiteriez-vous encourager les mêmes évolutions en France ?

Le droit est une science et il y a une très forte valeur ajoutée liée à la prestation juridique. La preuve en est donnée, s'il en était besoin, par toutes les professions réglementées ou non, qui cherchent à exercer le droit à titre accessoire ou à titre principal car le mélange est assez fréquent. La violation du périmètre du droit par ces pro-

fessions concurrentes est la preuve que la prestation juridique offre une vraie valeur ajoutée. Alors, bien évidemment, je ne suis pas favorable aux pratiques de « low cost » juridiques qui, à l'intérieur de la profession d'avocats, viennent dévaloriser l'exercice du droit.

S'agissant des capitaux extérieurs qui constituent une autre question, la campagne m'a permis de vérifier que la profession d'avocat n'est pas prête à connaître l'entrée des capitaux extérieurs et encore moins l'introduction en bourse de cabinets, comme cela a pu se pratiquer dans certains pays. La résistance constatée est souvent liée à la question de savoir comment seront respectés, dans de telles structures, les principes essentiels, qu'il s'agisse de l'indépendance, du conflit d'intérêts (les actionnaires peuvent avoir un avis divergent) ou du secret professionnel (cette notion n'est pas appréhendée de la même manière par toutes les professions).

Une étape intermédiaire pourrait consister dans l'interprofessionnalité qui permet à différentes professions de travailler ensemble, d'offrir au client un « guichet unique », sans liens capitalistiques ni même de liens structurels, tout en veillant au strict respect de ces principes essentiels.

Les avocats ne vont-ils pas devoir repenser leurs modèles économiques en profondeur pour survivre à l'âge du numérique ?

Je ne pense pas que nous soyons prêts pour le « tout virtuel ». J'ai déjà pratiqué les négociations par visioconférence ou par conférence télépho-

nique et, même si cela peut présenter des avantages, notamment les réductions de coûts liés en limitant les déplacements, le résultat n'est pas optimum. Le contact humain reste important et il faut veiller à ne pas verser dans la déshumanisation du droit. La solution juridique intègre une dimension humaine qui a son importance. J'en suis d'autant plus convaincue que je suis médiatrice et que la psychologie participe de la recherche de solutions dans un conflit.

Pour autant, il faut que les avocats s'intéressent et pratiquent la consultation juridique en ligne. Il n'y a d'ailleurs aucune difficulté à répondre à cette demande formulée par nos clients. Il faut cependant veiller au respect d'un certain nombre de conditions : l'auteur de la consultation doit dépendre d'une profession autorisée, l'auteur de la demande de consultation doit pouvoir être identifié, l'auteur de la consultation doit être couvert par une assurance... Ces conditions visent à protéger le justiciable qui est très sollicité sur l'internet par tous ces sites qui proposent à des prix ultracompetitifs, des réponses juridiques.

Il me paraît donc indispensable d'encadrer le recours aux services en ligne et, à cet effet, de rendre obligatoire l'enregistrement à l'Ordre des avocats d'un site de consultation en ligne créé et animé par un avocat ou un cabinet d'avocats, et de faire apposer un label de certification par l'Ordre. Ce dispositif facilitera les actions de contrôle et, s'il y a lieu, de poursuites car la vraie difficulté, c'est bien de lutter contre les sites qui offrent des consultations en infraction avec la loi.

Aussi, de la même façon qu'il existe au sein de la population française une véritable « fracture numérique », tous les avocats seront-ils égaux face au progrès technologique ?

La fracture numérique est bien réelle. Pour avoir été pendant près de 10 ans associée d'un grand cabinet international, je sais que certains clients exigent des prérequis techniques (e-rooms sécurisées ou encore cryptage de données) avant de transmettre le dossier. Ces dossiers arrivent évidemment plus facilement dans les grandes structures plutôt que les petites, tout simplement à raison des moyens informatiques disponibles dans les grandes structures, et il n'y a pas ici à distinguer entre les structures françaises et anglo-saxonnes.

Or, il suffirait de créer une centrale d'achats et de pré-référencer des prestataires offrant, à des prix pré-négociés, des moyens mutualisés (par exemple des e-rooms sécurisés qui peuvent être accessibles en outsourcing) pour que chaque, avocat, indépendamment de sa forme d'exercice, puisse se prévaloir de son appartenance à notre profession, puisse répondre à ces pré-requis.

Une profession forte grâce aux technologies sera évidemment plus compétitive, notamment en répondant à cette exigence légitime de sécurité des clients. Encore une fois, en accélérant la communication électronique sécurisée (le RPVA) et en l'élargissant (entre avocats, avec nos clients), nous pouvons nous prévaloir des garanties de confidentialité et de secret professionnel.

Le risque que vous évoquez est bien réel. Je pense

qu'un Bâtonnier qui n'est pas attentif à cette question ou qui sous-estime la réalité de la fracture numérique ne fera qu'aggraver la situation alors que nous pouvons très vite, si nous réagissons maintenant et de manière énergique, résorber l'écart existant. Petites et grandes structures y ont intérêt. Le RPVA peut être le moyen de créer un trait d'union entre tous les avocats et de créer pour tous les avocats, à la fois un intérêt et une fierté d'appartenance à notre Barreau.

Spécialiste en droit des technologies de l'information, vous aimez pourtant vous présenter comme « la généraliste du nouveau siècle ». L'industrie high tech occupant une place de plus en plus importante dans notre économie, comment envisagez-vous le développement de votre cœur de métier ? Beaucoup considèrent encore le droit des NTIC comme une activité support dans les cabinets d'avocats, moins prestigieuse que celle de conseil en fusions-acquisitions par exemple. Quel regard portez-vous sur cette situation et sur les perspectives ouvertes aux jeunes avocats ?

Je considère que les nouvelles technologies contraignent à une maîtrise transversale des matières du droit. Il suffit, pour s'en convaincre, de savoir qu'un spécialiste des NTIC doit maîtriser à la fois les questions de données personnelles, le droit de la consommation (notamment toutes les dispositions spécifiques à certains produits et services en ligne...), le droit d'auteur, le droit des obligations, le droit des marques, le droit pénal...

Il doit plaider devant toutes les juridictions civiles, administratives, commerciales, pénales... Il doit confronter le droit dans ces différentes

matières aux technologies.

Je pense donc que la définition « bas de bilan » que vous évoquez est très réductrice car la matière est d'une très grande richesse et diversité, d'autant qu'elle contraint les juristes à, non seulement être force de propositions mais à faire beaucoup d'analyses comparées avec les concepts des autres législations. Elle impacte le haut du bilan.

A ce sujet, mon premier équipier dans cette campagne (aujourd'hui élu Vice-Bâtonnier NDLR), Yvon Martinet exerce ses activités dans le domaine du droit de l'environnement qui lui aussi, avec le développement durable, est passé progressivement du bas de bilan au haut de bilan. Les jeunes avocats ont à l'évidence intérêt à investir ces marchés émergents et à s'intéresser à tous ces nouveaux champs d'activité qui s'ouvrent.

Au-delà de la profession d'avocat, ce sont toutes les professions juridiques et judiciaires qui évoluent au rythme des nouvelles technologies. Quel rôle les NTIC peuvent-elles jouer dans l'architecture judiciaire traditionnelle et les divers mécanismes de résolution des litiges ?

Sur le plan judiciaire, la communication électronique est déjà une réalité et va s'imposer très rapidement. En effet, à compter du 1er janvier 2011, la postulation devant la cour d'appel sera assurée par les avocats et uniquement par voie électronique. S'agissant des autres actes de procédure, la communication électronique sera mise en œuvre ultérieurement et au plus tard le 1er janvier 2013. Des réglages sont nécessaires comme pour tout

grand projet informatique et il faudra redéfinir un cahier des charges pour une mise à niveau, mais, sur le principe, les NTIC sont parfaitement intégrées dans la procédure judiciaire devant toutes les juridictions.

De la même manière, les mécanismes de résolution des litiges en ligne se multiplient et leur succès démontre à lui seul qu'ils répondent aux besoins du justiciable. La dématérialisation s'accélère d'ailleurs car, depuis 1er mars 2010, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a entièrement dématérialisé les procédures UDRP (Uniform Dispute Resolution Policy) considérant que cela profiterait aux justiciables en terme de coût et de temps, tout en préservant l'environnement.

D'autres procédures se développent dans le même esprit, par exemple les procédures alternatives de règlement de litiges (PARL) : par exemple la PARL par « recommandation en ligne » qui consiste à confier, d'un commun accord, à un « tiers avisé » désigné par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), la mission de formuler une « recommandation » ou encore la PARL du <.fr> par médiation qui est un service accessible en ligne et gratuit, géré par le Forum des droits sur l'internet, qui propose de régler amiablement les différends qui pourraient survenir entre deux particuliers ou entre un particulier et une entreprise.

Vous exercez d'ailleurs en tant qu'arbitre à la CCI et, auprès de l'OMPI, en tant que « cyber-arbitre ». Les nouvelles technologies accélèrent-elles le déplacement du centre de la vie judiciaire vers

des structures alternatives aux cours étatiques ?

Je suis effectivement cyber-arbitre auprès de l'OMPI et les missions qui me sont confiées consistent à trancher des conflits entre marques et noms de domaine, conformément aux règles de l'UDRP. La procédure est simple puisque le demandeur doit déposer une plainte au Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, qui doit la notifier au détenteur du nom de domaine. Ce dernier dispose d'un délai de vingt jours à compter de cette notification.

À défaut de solution dans ce délai, le différend sera tranché par une commission administrative composée d'un ou de trois experts, désignée par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, qui aura quatorze jours à compter de la date de sa nomination pour se prononcer sur le litige. La simplicité de cette procédure, de surcroît économique, me semble parfaitement adaptée à cette typologie de contentieux. En 2009, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI indiquait avoir reçu 2 107 plaintes. Il précise que 87 % des dossiers ont débouché sur un transfert des noms de domaine au requérant ou leur radiation.

Je considère que, pour une catégorie de différends, les structures alternatives sont une réponse adaptée. Leur succès et leur développement confirment s'il en est besoin qu'elles ont leur place dans le dispositif.

Indépendamment des avantages liés à la dématérialisation des procédures, les bouleversements introduits par le numérique dans la vie judiciaire ne s'accompagnent-ils pas de nouveaux risques ?

Hélas, oui. La société du « Big Brother » est une tentation qu'il faut combattre. La meilleure illustration en est la LOPPSI 2 (loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure) qui vient d'être votée, en première lecture, par le Sénat le 10 septembre 2010. Cette nouvelle loi relative à la sécurité qui vise, selon les rédacteurs, à adapter les textes aux nouvelles formes de délinquance et de cybercriminalité, prévoit notamment de banaliser le recours à la visioconférence.

En effet, celle-ci devient possible devant le tribunal correctionnel « avec l'accord du procureur de la République et de l'ensemble des parties ». Elle peut même s'imposer au prévenu lorsqu'il doit être statué sur son placement en détention provisoire si « son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion ». Il y a là une véritable menace liée à cette « déshumanisation » des relations où la distance et le virtuel remplacent le contact physique plus propice à établir la confiance et à garantir la confidentialité.

Je peux également signaler les nouveaux moyens d'investigation dont disposeront les autorités chargées d'enquête. Elles pourront en effet recourir à des logiciels espions qui auront la capacité de collecter toutes les données des systèmes telles qu'elles « s'affichent au même moment pour l'utilisateur sur son écran ou telles qu'il les introduit dans l'ordinateur ». Ceci inclut donc l'historique de navigation ou les contenus non enregistrés. Si la liste des infractions pour lesquelles le recours à ces « mouchards » est pour l'instant limitée, beaucoup craignent une extension des cas de

recours autorisés à ces dispositifs. Par ailleurs, les fichiers de police permettront notamment de développer les « analyses sérielles » en établissant des liens entre les individus et les événements. Il faut conserver un juste équilibre entre l'objectif sécuritaire et les libertés individuelles. J'espère vraiment que le texte va évoluer sur ce point.

Nous souhaiterions enfin, pour conclure, revenir plus spécifiquement à votre candidature au Bâtonnat de Paris. Vous avez déclaré, lors de votre campagne, vouloir placer votre bâtonnat « sous le signe de la modernité et des nouvelles technologies ». Quel rôle le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier ont-ils à jouer dans les évolutions évoquées au cours de notre entretien ?

Le rôle du Bâtonnier est essentiel pour définir une stratégie et mettre en œuvre un plan d'action, avec pour objectif d'adapter la profession d'avocats aux opportunités de la société du numérique. Vous constaterez que tous les grands chefs d'entreprise qui ont compris l'enjeu et ont investi dans les technologies ont propulsé leur entreprise en tête. Les autres professions concurrentes de la nôtre ont bien compris l'intérêt stratégique et se sont organisées. Appréhender les technologies comme un bricolage ou un accessoire, c'est ne rien avoir compris aux enjeux actuels, c'est tirer vers le bas notre profession, c'est la faire encore reculer dans les années à venir.

Nous sommes plus de 22.000 avocats à Paris. Nous pouvons par la force du nombre créer un intérêt économique d'appartenance à notre Barreau et nous pouvons, s'agissant des technologies, doter tous les avocats des outils les plus perfor-

mants leur permettant de s'imposer comme des interlocuteurs crédibles face à nos clients. Nous vivons à l'heure du numérique. Au Bâtonnier et au Conseil de l'Ordre de donner l'impulsion de modernité - soyons des acteurs dynamiques du XXI^e siècle !

Les juristes se définissent souvent, presque « par déformation professionnelle », comme des conservateurs. Comment comptez-vous réunir l'ensemble de la profession autour d'un projet aussi moderne et ambitieux ?

Je voudrais tout d'abord que les avocats ressentent un intérêt économique d'appartenance à notre Barreau. Pour cela, je propose un Ordre « partenaire au service des avocats ». A ce titre il y a le projet de mise en œuvre de la communication électronique précédemment évoqué pour lequel l'Ordre doit s'organiser pour être aux côtés des avocats et les aider concrètement.

Il y a également la création d'une centrale d'achat pour recenser, à prix compétitifs, les outils dont les avocats ont besoin dans leur exercice quotidien et présélectionner les prestataires. Par ailleurs, les jeunes avocats représentent une force importante qui attend beaucoup de la capacité du Bâtonnier à ouvrir notre profession à la modernité imposée par la société dans laquelle nous vivons.

La réussite du projet suppose de fédérer des exercices très différents mais, ayant été avocat entrepreneur pour avoir créé mon cabinet et avoir

également été impliquée dans des fonctions de management dans un cabinet international pendant près de 10 ans, je sais que l'on peut exercer de la même manière dans une petite structure et dans une grande structure. C'est la force de notre profession et les technologies peuvent nous permettre de créer le lien entre ces différentes formes d'exercice. Encore une fois, c'est une véritable opportunité dont il faut nous saisir.

Par ailleurs, les avocats donnent individuellement ou collectivement beaucoup de leur temps aux plus démunis. Je souhaiterais créer la Fondation Barreau de Paris-Solidarité qui, comme tout fonds de dotation issu de la loi LME, pourra collecter les dons des clients et des avocats qui le souhaitent et portera l'ensemble des projets humanitaires des avocats du Barreau de Paris. Un prix annuel « pro bono » récompensera un cabinet d'avocat ou un avocat. Nous porterons ainsi dans le public davantage nos valeurs essentielles qui sont dans notre serment d'avocat : humanité, dignité, délicatesse, désintéressement.

Par ces deux axes, intérêt économique d'appartenance et fierté d'appartenance au Barreau de Paris, nous pouvons fédérer et rassembler les avocats du Barreau de Paris, quelle que soit leur mode d'exercice ou leur sensibilité politique. Pour finir, je ne partage pas l'opinion selon laquelle les juristes seraient des conservateurs car, dans le cadre de la campagne, j'ai rencontré beaucoup d'avocats qui sont des citoyens engagés.

Deux dernières questions traditionnellement posées à toutes les personnalités interviewées par la

Revue. Comment voyez-vous votre métier dans 30 ans ?

J'aurai 30 ans d'exercice professionnel en 2011. L'avocat de 1981 et l'avocat de 2011 ont peu de points en commun au niveau des modalités d'exercice professionnel. Deux exemples : nous n'avions pas le droit de rendre visite à nos clients. La règle paraît pour le moins dépassée aujourd'hui ! L'internet évidemment n'existait pas et la télécopie était centralisée pour beaucoup d'avocats, à la CARPA qui nous appelait pour nous prévenir de l'arrivée d'un fax. C'est vous dire que j'ai connu un autre âge !

En revanche, les avocats d'il y a 30 ans et les avocats dans 30 ans seront toujours des référents dans une société démocratique pour la conservation des libertés essentielles ! La voix du Bâtonnier de Paris sera toujours entendue sur les libertés économiques, les libertés professionnelles et les libertés individuelles comme le garant des libertés. Les principes déontologiques liés notamment à l'indépendance, au secret professionnel absolu, à la confidentialité des échanges seront toujours le socle commun d'une profession différente dont la prestation ne sera pas banalisée.

Les avocats ont su s'adapter et anticiper les évolutions de leur mode d'exercice sans pour autant que les principes essentiels qui sont si anciens ne soient remis en cause.

J'ai donc confiance dans la capacité de notre Barreau à se fédérer autour du projet important de la dématérialisation.

Quelles seront, selon vous, les prochaines innovations majeures qui bouleverseront votre profession ?

Sur le plan de la profession du droit, je dirai que c'est la grande Ecole du Droit et l'unification progressive de la profession tels que ces projets sont esquissés dans le rapport Darrois.

Sur le plan des innovations technologiques, la justice va connaître sans aucun doute un grand bouleversement culturel avec la communication électronique obligatoire dans les échanges avec les juridictions. Le grand projet d'avenir, c'est bien sûr réussir à l'échelle de la profession l'implémentation du RPVA dont j'ai précédemment parlé. C'est la nouvelle ligne d'horizon des avocats. Comme pour toute nouveauté, s'y adapter implique un effort qui induit nécessairement quelques réticences.

Mais l'effort à produire est en réalité peu de choses au regard des facilités et du progrès qu'il engendrera. Il appartiendra au futur Bâtonnier de faire en sorte que cette révolution numérique - désormais passage obligé - ne soit pas vécue comme un pensum mais bien comme l'opportunité qu'elle représente. Cette « normalisation » technologique imminente doit être perceptible afin que les avocats soient ensemble plus forts, plus compétitifs, plus crédibles... Et n'oublions pas que ce RPVA est un outil moderne au service de la confidentialité et de notre secret professionnel qui seront protégés conformément aux garanties exigées par les textes. La réussite de ce projet préfigure les prochaines étapes, tout particulièrement la sécurisation de l'acte d'avocat et de l'archivage numérique... ■

Entretien mené par Alexandre Koenig

DOSSIER THÉMATIQUE : DROIT ET INNOVATION

Présentation par Valérie-Laure Benabou, Professeur à l'université de
Versailles Saint Quentin

Acta... est fabula? (*Michel Vivant, Professeur des Universités à Sciences Po*)

L'émergence des marques non-traditionnelles (*Audrey Yayon-Dauvet,
Pernod Ricard*)

L'adresse IP est-elle une donnée personnelle? (*Christine Gateau & Christelle
Colin, Hogan Lovells*)

La mise en oeuvre du principe de précaution à travers différentes législa-
tions relatives aux antennes de téléphonie portable (*Eve Matringe, Docteur
en droit privé, enseignant-chercheur à l'Université de Strasbourg*)

Marchés publics, laboratoire de la modernisation de l'Etat (*Maciej Murmylo,
étudiant en Master 2 spécialité Propriété Intellectuelle à Sciences Po*)

VALÉRIE-LAURE BENABOU

Présentation du dossier thématique



Professeur à l'Université de Versailles Saint Quentin
Directrice du laboratoire DANTE (Droit des Affaires et
Nouvelles Technologies)

Le droit serait-il étranger à l'innovation ? L'approche juridique visant à prendre du temps pour prendre la mesure d'un phénomène semble, il est vrai à première vue, radicalement antinomique avec la dynamique de l'innovation. Cette dernière se jouerait de l'inertie, se construirait par à coups, mais toujours dans un mouvement d'accélération. Le droit, tout au contraire, épris de continuité, ennemi des ruptures, aspire à la réduction de l'activité normative, à l'économie de moyens juridiques, à l'ascèse voire à l'immobilité. Ainsi le temps du droit ne serait pas celui de l'innovation.¹ Dans le monde idéal du juriste, la société se satisferait de quelques règles générales et simples, dont la stabilité serait gage d'efficacité. Ainsi le droit serait à rebours de l'innovation. Par nature à la traîne, il laisserait passer devant lui le progrès et serait même réfractaire à innover dans son propre domaine.

Cette image d'Epinal se doit d'être démentie et les études du présent dossier témoignent assez qu'une toute autre approche du rapport du

droit à l'innovation est possible. Le droit ne peut méconnaître l'innovation sans perdre sa raison d'être. Comment pourrait-il répondre à sa fonction régulatrice des comportements sociaux s'il se construisait en marge des renouvellements opérés au sein de la société ?² Le droit n'est pas une construction abstraite de la réalité et il s'imprègne nécessairement des évolutions développées par l'homme. Il suffit de rappeler que l'avènement du machinisme au XIX^e siècle a provoqué une révolution du droit de la responsabilité civile, révoquant la faute au profit de la théorie des risques.

Ainsi, le droit reçoit l'innovation. Il prend acte de sa présence et s'interroge sur le statut juridique à lui conférer. Le premier réflexe du juriste, suspicieux à l'égard du changement, sera de procéder par analogie. Il s'attachera à assimiler ce qui est inconnu à ce qui est connu ; à rattacher la nouveauté à l'existant pour ne pas troubler les catégories juridiques et ne pas distordre inutilement l'ordonnement du droit. La réception de l'innovation par le droit n'emporte pas néces-

¹ Axel Khan, Temps, droit et progrès médical : « Plus généralement, le contraste est frappant entre la cinétique de développement des sciences et celle des idées traitant de la justice et du bien » http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=SEVE_013_0087

² Comme le dit Michel Vivant dans sa contribution sur l'ACTA dans le présent dossier, « l'innovation, comme phénomène social et phénomène social majeur, est inévitablement saisie par le droit ».

sairement le bouleversement du droit. L'apparition d'une nouvelle technique de communication ne sera pas négligée mais elle n'appellera pas systématiquement la production d'une norme nouvelle ou une interprétation créatrice d'une norme ancienne. Si la signature électronique est à même de répondre aux mêmes exigences que la signature manuscrite, il n'est nul besoin de développer un corpus juridique ad hoc. Il suffit de marquer que les fonctions d'identification et de consentement sont également remplies par les deux formes de signature. De même, la possibilité de passer des contrats de marché public par voie électronique ne bouleverse pas le droit existant, elle conduit simplement à expliciter cette option dans la loi.³ Ainsi, le droit dans un attentisme salutaire va éprouver l'innovation à l'aune de ses propres catégories, et, dans la mesure du possible, trouver les critères de rattachement qui autorisent une approche assimilatrice.

Etymologiquement, l'innovation constitue davantage un renouvellement, à savoir une ramification de l'existant, qu'une création ex nihilo. Mais il se peut qu'elle intervienne par paliers et que la réduction analogique s'avère inadéquate sur le long terme. L'apparition d'Internet a suscité de nombreuses interrogations auxquelles il a été rapidement répondu qu'il n'y avait pas de zone de non-droit et qu'il s'agissait seulement d'étendre les règles existantes à ce nouveau mode de communication. Toutefois, l'intense activité normative de ces dix dernières années dément assurément le caractère prétendument superflu

de l'intervention législative. On s'est peu à peu rendu compte qu'Internet ne constituait pas un simple changement de degré dans les relations humaines mais qu'il engendrait une modification profonde des comportements supposant de repenser le droit. Ainsi, le statut de l'adresse IP pose la question fondamentale du rapport de l'homme à la machine,⁴ en termes non seulement de responsabilité mais également d'identification de la personne. La simple qualification de données à caractère personnelle ne suffit pas à rendre compte des rôles multiples que cette adresse est amenée à jouer dans les relations virtuelles et il en est désormais appelé à une nouvelle règle pour répondre à cet enjeu complexe.

Si l'innovation constitue une rupture et non un simple prolongement de l'existant, la ductilité du droit est mise à l'épreuve et la méthode analogique s'avère insuffisante. Il convient alors de créer un corps de règles spéciales qui établissent une réponse du droit à la perturbation engendrée par l'innovation. Selon la réceptivité du corps social à l'évolution technique, et selon les orientations politiques choisies, le droit pourra se faire, tour à tour, précurseur ou frein à l'innovation.

Car le droit n'est pas un simple sismographe, mécanisme d'enregistrement d'un phénomène exogène, il participe à sa réalisation. Une société réceptive à l'innovation s'efforcera de la stimuler par tous moyens, y compris par les règles de droit. C'est bien évidemment la fonction assignée

³ Voir la contribution de Maciej Murmylo, *Marchés publics, laboratoire de la modernisation de l'Etat*.

⁴ Ch. Gateau, Ch. Coslin, *Un aspect de l'adaptation de la protection de la vie privée sur internet : L'adresse IP est-elle une donnée personnelle ?*

à la propriété intellectuelle, véritable « droit de l'innovation », laquelle détermine des incitatifs à créer et à diffuser la création au sein de la société. Ainsi, même le droit des marques, pourtant souvent considéré de ce point de vue comme le parent pauvre des droits de propriété intellectuelle, accompagne l'innovation dans le marketing des entreprises en leur permettant de protéger leurs identités plurielles et audacieuses.⁵ Mais d'autres branches du droit concourent à ce même objectif ; le droit de la concurrence en privilégiant le développement de produits nouveaux ; le droit de la responsabilité civile et le droit des assurances en parant les risques associés à l'innovation ; les mécanismes d'aides, le droit fiscal, etc. La règle de droit s'ajuste au marché de l'innovation. Elle peut certes récompenser l'innovation apparue mais elle va même au-delà, créant un terreau fertile, propice à son émergence.

Certes, le droit n'est pas maître de l'imagination des hommes mais en posant des règles de comportement social, il la canalise ou la jule. L'innovation n'est pas le fruit du hasard ou d'une simple intervention individuelle. Les systèmes d'incitation favorisent certaines formes d'innovation et en négligent d'autres. Ainsi la propriété intellectuelle privilégie des types de création ou de bénéficiaires qui font écho à son inspiration occidentale, ignorant la protection des savoir-faire traditionnels collectivistes. Le droit peut aussi s'opposer à certaines formes de créations jugées par trop perturbatrices des équilibres

éthiques. Ainsi, il n'accueille pas nécessairement avec bienveillance l'ensemble des innovations en matière de procréation ou de thérapie génique. Il peut encore adopter une attitude médiane, comme en atteste, dans ce dossier, le maniement du principe de précaution à propos des antennes de réception. Sans faire obstruction à la mise en place de ces antennes, nécessaires à l'essor de nouvelles commodités sociales, la loi prend la mesure du risque engendré sur les humains par la propagation des ondes. Légitime défiance vis-à-vis des dangers potentiels liés à l'apparition d'un élément nouveau, le principe de précaution⁶ inocule dans la loi les éléments d'accompagnement d'une innovation raisonnable.

Mais si la règle de droit est le produit d'un équilibre entre intérêts opposés, la course à l'innovation induit des tensions contre lesquelles un ordre juridique national isolé est bien en peine de lutter. Le détour par le droit comparé est à cet égard édifiant en ce qu'il indique combien les systèmes juridiques sont en concurrence vis-à-vis de l'innovation. Tôt ou tard, il existe un risque d'alignement des Etats sur un moins-disant juridique à la faveur d'un discours sur l'innovation triomphante. Mais, n'en déplaise aux scientifiques, le retrait du droit n'est pas souhaitable. Il ne serait bénéfique ni pour la société gouvernée par la marche forcée de la nouveauté, ni pour l'innovation si son ambition se détache

⁶ Eve Matringe, La mise en œuvre du principe de précaution à travers différentes législations relatives aux antennes de téléphonie portable ; « *le principe de précaution n'est pas un principe d'inaction tant que l'absence de risque n'est pas prouvée mais une incitation à la négociation sociale du risque.* »

⁵ Audrey Yayon-Dauvet, L'émergence des marques non-traditionnelles : conciliation possible entre le droit et la volonté d'innover ?

de l'homme. Il appartient donc au droit de traduire un choix politique au regard de l'innovation et de succomber à l'invitation du philosophe Francis Bacon estimant que « *Toute innovation ne doit pas être repoussée mais qu'elle soit tenue*

néanmoins en suspecte et comme le dit l'Écriture : qu'on fasse une pause sur la vieille route et qu'on regarde autour de soi pour discerner quelle est la bonne et la juste voie pour s'y engager ». ■

MICHEL VIVANT

Acta... est fabula ?



Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur scientifique de la spécialité « Propriété intellectuelle » du master Droit économique
Senior Counsel Gide Loyrette Nouel

On pouvait lire dans un récent numéro de Sciences humaines, qui, soit dit en passant, consacrait un article élogieux à Bruno Latour : « Tous les objets qui nous entourent sont des concentrés d'imagination gravés dans la matière ». C'est que nous vivons dans une société de l'innovation, que celle-ci soit artistique, technique, scientifique, commerciale... Or l'innovation, comme phénomène social et phénomène social majeur, est inévitablement saisie par le droit et plus précisément le droit de la propriété intellectuelle qui, depuis une quinzaine d'années, connaît une expansion extraordinaire. Dans le même temps d'ailleurs qu'il suscite les plus vives réactions.

Le mouvement fut donné par la signature en 1994 de l'« Accord relatif aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », accord annexé à l'OMC et composante forte de la nouvelle organisation. Dans le grand jeu de la globalisation, celui-ci allait placer la propriété intellectuelle sous le signe du multilatéralisme et propager le modèle américain, ou à tout le moins américano-européen, à travers la planète.

C'est aujourd'hui l'ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) qui met à nouveau la propriété intellectuelle sur le devant de la scène. Initié voici quelques années par des pays aussi

différents que l'Australie, les Émirats arabes unis, la Corée du Sud, les États-Unis ou le Maroc, ainsi que l'Union européenne en tant que telle, le projet d'accord fut présenté comme une réponse à l'augmentation dans le commerce international du nombre des contrefaçons et produits piratés. La complète absence de transparence des négociations suscita cependant de vives critiques au point que le Parlement européen, après avoir, en 2008, invité la Commission à rendre les documents préparatoires publics, en vint même à menacer celle-ci d'une action devant la Cour de Justice si la Commission ne respectait pas l'obligation de l'informer qui pèse sur elle aux termes du Traité de Lisbonne. Elle ne le fit guère pourtant et l'on est fondé à se demander si c'est bien le meilleur moyen de défendre une cause que celui qui consiste à tout prétendre régler dans le secret ! Il fallut, en tout cas, attendre 2010 pour que de premières versions en cours de négociation, mais sans la moindre contextualisation, soient rendues publiques. La version finale vient d'être publiée le 3 décembre.

Le texte est donc là. Il traite des procédures « anti-contrefaçon », des injonctions à la disposition des autorités judiciaires, de la quantification des dommages, des mesures douanières, des éventuelles sanctions pénales... Sans surprise, si les

milieux de l'entreprise y paraissent plutôt favorables, le mouvement du « libre » l'a fermement attaqué. Et certaines critiques universitaires se sont déjà fait jour, craignant que les choses ne soient envisagées que de manière unilatérale, du point de vue des titulaires de droit.

Il faut donc tenter de l'apprécier...

- La première observation qui s'impose est que les Etats ont choisi une approche qui n'est ni celle du multilatéralisme de l'Adpic, ni celle (à mon sens bien discutable) du bilatéralisme des « Adpic + ». C'est ici un groupe d'Etats qui a décidé de fixer des règles en commun. On peut juger l'option de manière très positive comme permettant de faire avancer les choses (l'Acta se présente d'ailleurs comme complétant l'Adpic sur le terrain de sa mise en œuvre pratique). Mais on peut aussi se demander si la répudiation du multilatéralisme n'est pas dangereuse en cela qu'elle interdit toute appréhension d'ensemble de la propriété intellectuelle.

- Il est vrai que le reproche a pu et peut être adressé à l'Adpic d'avoir ignoré le particulier au profit du seul global. De ce point de vue, on ne pourra que noter avec satisfaction – et ce sera ma deuxième observation – que, prétendant se placer dans le fil de l'Adpic, les promoteurs de l'ACTA disent le faire « taking into account differences in their respective legal systems and practices ». Ce qui, il est vrai, peut être lu comme une simple déclaration d'intention sans grande consistance...

- C'est là, d'ailleurs, une difficulté d'apprécia-

tion particulière que recèle notre texte. On lui a reproché de ne pas ménager les équilibres entre droits de la propriété intellectuelle et autres droits (droits du public, respect de la vie privée, protection des données personnelles,...). Pourtant, les auteurs de l'Acta se disent soucieux « to address the problem of infringement of intellectual property rights, including infringement taking place in the digital environment, in particular with respect to copyright or related rights, in a manner that balances the rights and interests of the relevant right holders, service providers, and users ». Ils affirment également reconnaître les principes énoncés dans la Déclaration de Doha qui a singulièrement assoupli le régime de l'Adpic dans le secteur de la santé publique. L'article 4 met encore l'accent sur le respect dû à la privacy. Le fait est qu'un texte, quel qu'il soit, n'existe pas de manière autonome et comme « en suspension ». Il doit être interprété et mis en œuvre comme élément d'un ordonnance-ment plus général. Et il devrait en aller de l'Acta comme de tout autre.

Une chose pour finir. Une remarque ponctuelle. Le texte propose, en son article 9, un mode d'évaluation des dommages en cas de contrefaçon, plus qu'original, franchement hétérodoxe, mais auquel je ne puis qu'adhérer... puisque c'est la traduction d'une thèse qu'à dire vrai bien isolé je défends depuis longtemps, à savoir la possible prise en compte de la valeur des biens ou services contrefaits suivant le prix du marché – un alinéa disant même : « *At least in cases of copyright or related rights infringement and trademark counterfeiting, each Party shall provide that, in civil judicial proceedings, its judicial authorities have*

the authority to order the infringer to pay the right holder the infringer's profits that are attributable to the infringement ».

Il y aurait beaucoup à dire encore. Acta est fabula ? On aura compris que la pièce est loin d'être jouée. Quant à rappeler que fabula peut aussi se traduire par fable, je m'en garderai... ■

AUDREY YAYON-DAUVET

L'émergence des marques non-traditionnelles : conciliation possible entre le droit et la volonté d'innover ?



Directrice Juridique et Affaires Publiques de Pernod Ricard Americas
Ancienne directrice de l'équipe Propriété Intellectuelle du Groupe Pernod Ricard

L'innovation systématique requiert la volonté de considérer le changement comme une opportunité (Peter Drucker)

L'innovation apparaît comme l'opportunité de renforcer la protection de nos droits : les marques non-traditionnelles sont l'une des réponses possibles à cette volonté d'innover.

Que recouvrent les marques non-traditionnelles, abordées explicitement pour la première fois en 2009 dans le Traité de Singapour?¹ Il s'agit de tout signe que le consommateur ne qualifierait pas spontanément de marque et qui, pourtant, lui permet d'attribuer une origine à un produit. Si l'acception traditionnelle d'une marque est avant tout un mot, un ensemble de mots ou bien un logo, les marques non-traditionnelles englobent quant à elles les marques sonores, olfactives, tactiles, gustatives, tridimensionnelles ou encore de couleurs. En effet, tant le code de la propriété intellectuelle que les textes com-

munautaires² présentent une liste non exhaustive des signes susceptibles de constituer une marque. Figurent expressément les formes, les sons ou les combinaisons de couleurs, qualifiés de marques non-traditionnelles par les offices de propriété industrielle, qui constatent une quantité limitée de dépôts de ces signes.³

Pour quelles raisons les demandes d'enregistrement à titre de marque des signes susvisés sont-elles si peu nombreuses alors même qu'elles pourraient renforcer la protection de nos droits ? Notre volonté d'innover est-elle freinée par le droit et/ou la pratique des offices ? Bien que ces derniers ne soient pas par principe opposés à l'enregistrement de signes non-traditionnels, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent s'assu-

² Article L.711-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI) ; article 2 de la directive 89/104 sur les marques ; article 4 du règlement 207/2009 sur la marque communautaire

³ Selon l'OHMI, de 1996 à 2009, seulement 0,77% des demandes de marques communautaires correspondaient à des marques de couleurs, 0,69% correspondaient à des marques tridimensionnelles, 0,09% à d'autres marques non-traditionnelles et 0,002% à des marques sonores et l'office a seulement reçu 7 demandes de marques olfactives.

¹ Traité international établissant des normes applicables aux procédures d'enregistrement des marques adopté à Singapour le 27 mars 2006, entré en vigueur le 16 mars 2009. Ce traité harmonise et simplifie les procédures administratives nationales en matière de dépôt et d'enregistrement de marque. Cinquante six Etats dont la France ont signé le Traité.

rer que de tels signes satisfont dans la pratique à deux conditions essentielles précisées par la jurisprudence,⁴ à savoir la distinctivité du signe et sa représentation graphique, afin que l'outil juridique ne favorise pas la création de situations monopolistiques et par là-même freine la concurrence entre les opérateurs économiques.

En pratique, s'il peut s'avérer complexe de remplir ces conditions s'agissant des signes non-traditionnels, nous verrons que certains titulaires de droit surpassent - parfois difficilement - ces obstacles, ouvrant alors la voie à une diversité de signes protégés à explorer. A défaut de protection au titre du droit des marques, le titulaire de droits pourrait invoquer le droit d'auteur ou bien protéger ses créations à travers le droit des dessins et modèles ou des brevets, or ces protections s'avèrent souvent trop théoriques, les industries ne parvenant pas à faire reconnaître leur droit ou bien à prouver le caractère contrefaisant du signe litigieux. La mise en œuvre de la responsabilité civile via l'action en concurrence déloyale se révèle parfois plus fiable, sanctionnant les usages déloyaux du commerce.

I. Une reconnaissance limitée de certains signes innovants

Si les signes olfactifs et gustatifs ne parviennent pas à satisfaire la condition de représentation graphique, les difficultés soulevées à l'égard des signes tactiles se rapportent davantage à l'exigence de distinctivité. Mais restons optimistes !

Les obstacles rencontrés peuvent être surmontés : quelques signes tactiles ont notamment été reconnus par certains offices nationaux.

A. Les signes olfactifs et gustatifs : un avenir incertain

Les signes olfactifs

Une odeur permettrait aux consommateurs de distinguer les produits d'une même catégorie, ce qui conduirait les titulaires de droits à faire le choix d'étoffer leur portefeuille de marques. Pourtant, à date en France, aucune marque olfactive n'est enregistrée. La voie communautaire offre-t-elle une perspective plus optimiste ? La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a confirmé le principe de l'enregistrement des marques olfactives dans une affaire Sieckman.⁵ Une demande d'enregistrement avait été déposée pour une odeur « balsamique fruitée avec une légère note de cannelle ». A cette occasion, la CJUE a précisé les conditions dans lesquelles une marque olfactive est valable : sa représentation graphique doit être « claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective ». Cette exigence, qui répond à un impératif de sécurité juridique, n'est pas sans soulever de difficultés pour les titulaires de droits : chacun doit pouvoir s'assurer avec précision des droits détenus par tout tiers, et il est notamment considéré que la description verbale d'une odeur n'est pas suffisamment précise et reste très subjective. Que penser d'une formule chimique précisant la composition de nos produits ? La Cour

⁴ Conditions posées initialement par les textes visés ci-dessus en note 2

⁵ CJUE, 12 décembre 2002, Aff. C-273/00, Sieckman

considère qu'une telle formule ne représente pas l'odeur d'une substance mais la substance en tant que telle et n'est de plus pas intelligible pour le public visé. Cependant, comme Jérôme Passa le relève justement, le public visé ici est composé des opérateurs économiques intéressés et non de la clientèle qui est confrontée au signe. Il pourrait être envisagé de déposer un échantillon afin de décrire le signe déposé mais encore une fois, les titulaires de droits se heurtent aux obstacles élevés par la CJUE : un échantillon n'est pas durable puisqu'il peut se dénaturer au fil du temps, et il ne constitue vraisemblablement pas une représentation graphique.

Dès lors, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) n'a plus accepté d'enregistrer à titre de marque des signes olfactifs, estimant que les modes de représentation qui lui étaient soumis ne remplissent pas les - exigeantes - conditions posées par la CJUE.

L'avenir communautaire et français des marques olfactives s'annonce confus, l'incertitude planant sur l'exigence de représentation graphique. Peut-être ce flou juridique va-t-il de lui-même pousser l'innovation ? Le développement de nouvelles techniques permettrait en effet de mieux répondre aux critères posés par la CJUE. Dans l'attente de ces progrès, l'industrie envisage des dépôts « à la carte », à défaut d'une approche globale et cohérente : des marques olfactives ont été admises au niveau national auprès de certains offices de marques, tels que le Royaume-Uni et les Etats-Unis (ici, « l'odeur de bubble gum » a été enregistrée à titre de marque pour un fluide

de coupe du métal à base d'huile⁶).

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a quant à lui proposé de créer une classification internationale des odeurs, permettant une représentation objective et précise, à l'instar de la classification des couleurs, ce qui mérite d'être approfondi. Par ailleurs, un groupe de travail s'est réuni en juin 2010 pour compléter le Traité de Singapour : il s'est appuyé sur les travaux du comité permanent du droit des marques de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI),⁷ qui après avoir adressé des questionnaires sur les « nouveaux types de marques » aux offices nationaux de propriété intellectuelle, a pu tracer des domaines de convergence quant aux modes de représentation graphique des marques non-traditionnelles. Si des modes de représentation ont pu être définis pour les marques sonores, de couleurs et tridimensionnelles, la question est restée en suspend pour les signes olfactifs, gustatifs et tactiles (abordés ci-après). Les offices doivent pour ces derniers signes se référer à la réglementation locale en vigueur.

Les signes gustatifs

Les dépôts de marques gustatives se heurtent souvent à des refus, les offices considérant que les conditions de représentation et de distinctivi-

⁶ Marque US n° 2560618 enregistrée par Midwest Biologicals, Inc. en classe 4 le 9 avril 2002

⁷ Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques de l'OMPI

té ne sont pas remplies : à date en France, aucune marque gustative n'est enregistrée. L'Institut national de la propriété industrielle (INPI) a notamment refusé l'enregistrement d'une marque gustative pour des produits pharmaceutiques dont la représentation graphique consistait en un « arôme artificiel de fraise ». La Cour d'Appel de Paris a confirmé cette décision en 2003⁸, en reprenant les conditions de l'arrêt Sieckman : la représentation graphique, bien qu'intelligible au public, n'était pas précise, objective et durable.

L'OHMI⁹ a rejeté la même demande visant des produits identiques, relevant le défaut de distinctivité du signe, et dont l'enregistrement à titre de marque risquait d'aboutir à une situation monopolistique : s'agissant de produits pharmaceutiques, le goût est de manière évidente fonctionnel puisque la saveur en question permet de masquer un goût originel et non de distinguer un produit.

B. Les signes tactiles : une perspective intéressante pour notre secteur d'activité

Dans la mesure où le toucher permet de reconnaître un objet, protéger cette texture sur le fondement du droit des marques représenterait une opportunité supplémentaire pour un agent économique de se différencier de ses concurrents, tout en remplissant le critère de distinctivité. Divers secteurs d'activité, tel que l'alimentaire,

poussent en effet à développer régulièrement de nouveaux conditionnements de produits, coffrets, étuis afin d'attirer l'attention du consommateur.

L'office des marques allemand a notamment autorisé en 2003 l'enregistrement d'une marque tactile consistant en de l'écriture en braille pour des spiritueux.¹⁰

Mais qu'en est-il d'une simple texture, d'une matière qui n'est pas susceptible de traduire un mot ? Le toucher permet-il au public visé d'identifier un produit et de le rattacher à une origine donnée ? Comme précisé ci-dessus, la perspective de valoriser son portefeuille de marques est tentante, mais les titulaires de droits se retrouvent une fois de plus confrontés aux difficultés pratiques suivantes : le choix de la texture ne doit pas être fonctionnel, sous peine de fausser la condition de distinctivité. Ce choix doit au contraire être arbitraire, la texture ne devant pas par exemple faciliter un meilleur maintien du produit, une meilleure manipulation, une meilleure adhérence. Puis, reconnaître l'enregistrement d'une seule texture sans aucune autre indication présente le risque de créer un monopole sur une matière et réduit la disponibilité de ces signes pour les concurrents.

Tel n'est plus le cas si le signe tactile déposé est composé non pas d'un seul élément tactile, mais d'une combinaison d'éléments tactiles (à l'instar des dispositions ou combinaisons de couleurs),

⁸ CA Paris, 3 octobre 2003

⁹ OHMI, 2e Ch. de recours, 4 août 2003, Aff. R120/2001-2

¹⁰ Marque allemande n° 30259811 enregistrée par Patentanwalt Dr. Ralf Sieckmann en classes 32 et 33 le 12 mars 2003

ce qui représenterait une voie exploitable pour les titulaires de droits. Une texture en velours par exemple sur laquelle seraient disposés d'autres éléments tactiles reconnaissables au toucher (tels que des pastilles plastiques, des perles, des clous, des filaments, des lacets ou inscriptions en satin...) pourrait être déposée. S'agissant de nos produits, certaines éditions limitées pourraient ouvrir le débat. Tel était le cas pour la version ABSOLUT Glimmer en verre finement ciselé, reproduite ci-dessous :



Le critère de représentation graphique des signes tactiles ne paraît pas constituer un obstacle majeur à leur enregistrement à titre de marque : une photographie du signe, déposée avec une description détaillée de chaque élément tactile semblerait acceptable.

A date, certains signes tactiles ont été enregistrés aux Etats-Unis et en Equateur pour désigner des spiritueux ;¹¹ il est possible que ces décisions se généralisent.

II. Les signes non-traditionnels communément acceptés : quelle stratégie adopter dans notre industrie ?

Si l'enregistrement de marques sonores ou de couleurs est aujourd'hui admis dans la pratique, l'enregistrement de marques tridimensionnelles s'avère plus opportun pour les titulaires de droits.

A. Les marques sonores : acceptées par les offices mais difficilement exploitables pour des spiritueux

Les marques sonores sont aujourd'hui largement acceptées par les autorités compétentes en la matière. En 2003, la CJUE s'est prononcée sur les marques sonores dans l'affaire Shield Mark¹² et a éclairé les offices quant aux modes de représentation acceptables pour cette catégorie de marques : une portée musicale satisfaisait à l'exigence de représentation graphique. En application de cet arrêt, l'OMPI a procédé à l'enregistrement à titre de marque du signe sonore suivant pour désigner des bonbons à usage médical/non médical¹³ :



L'OHMI accepte de son côté le dépôt électronique des marques sonores, les déposants pouvant joindre à leurs demandes en ligne un fichier électronique contenant le son correspondant.

Il est cependant difficilement envisageable de déposer des marques sonores dans le domaine des vins et spiritueux dans la mesure où une telle marque est souvent exploitée dans le cadre de la publicité. Or, la publicité pour des boissons alcooliques est encadrée par la loi Evin¹⁴ et par nos propres chartes éthiques, limitant la liste des supports de diffusion autorisés pour ce genre de produits. La télévision étant un support de diffusion interdit, la radiodiffusion apparaît alors comme le seul moyen d'exploiter la marque sonore, mais dans un cadre circonscrit. Dans de telles conditions, le dépôt de marques sonores ne

¹² CJUE, 27 novembre 2003, Aff. C-283/01, Shield Mark

¹³ Marque internationale n°838231 enregistrée par Ricola AG (Ricola Ltd.) en classes 5 et 30 le 23 septembre 2004

¹⁴ Loi du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme

¹¹ Marque US n° 3155702 enregistrée par American Wholesale Wine & Spirits, Inc. en classe 33 le 17 octobre 2006; marque équatorienne n° 29597 (140058) enregistrée par Diageo Brands B.V en classe 33 le 28 avril 2004

nous apparaît pas opportun.

B. Les marques de couleurs : une possibilité limitée

En principe, les marques de couleurs ne rencontrent pas non plus de difficultés majeures. Afin de préserver une situation de concurrence saine entre les acteurs économiques, le CPI ne permet que le dépôt d'une disposition, combinaison ou nuance de couleurs (par exemple une couleur unique dans une forme, un assemblage de couleurs dans un ordre déterminé). De son côté, la CJUE, qui a reconnu le caractère distinctif de ces marques en 2003 dans l'affaire *Libertel*,¹⁵ a considéré que la désignation de la couleur au moyen d'un code internationalement reconnu (code PANTONE) satisfait l'exigence de représentation graphique.

L'office de propriété industrielle du Royaume-Uni a notamment accepté l'enregistrement à titre de marque du signe suivant pour désigner de la vodka :¹⁶



Description de la marque : La marque consiste en vodka de couleur noire, selon le code PANTONE.

Revendication/limite : Le déposant revendique la couleur noire ("noir PANTONE") comme élément de la marque.

La possibilité de protéger les couleurs de nos bouteilles à titre de marques de couleurs est limitée dans la mesure où le dépôt d'une couleur de base ou d'une couleur primaire n'est pas possible et reviendrait à restreindre la disponibilité des couleurs pour nos concurrents. De plus, parmi nos marques-clés, peu de bouteilles sont

revêtues de couleurs susceptibles d'être protégées, la plupart étant transparentes ou fumées. Quant aux étiquettes, elles ne présentent pas de couleurs susceptibles d'attirer l'attention du consommateur comme indicateurs d'origine et donc de remplir une fonction distinctive. Seule exception, qui relève davantage de la marque tridimensionnelle, la marque Malibu illustrée ci-dessous dont la bouteille blanche est protégée.¹⁷



Afin de viser une protection globale, les couleurs sont protégées en s'y référant lors du dépôt (en l'espèce ci-dessus : « indication de couleur : brun, blanc »).

C. Les marques tridimensionnelles : source de protection incontournable pour notre activité

Outre les conditions classiques de distinctivité et de représentation graphique, les marques tridimensionnelles doivent également remplir la condition d'absence de caractère fonctionnel de la forme déposée. Notamment, la CJUE a récemment jugé que la brique de Lego ne pouvait pas être enregistrée à titre de marque communautaire puisqu'il s'agit d'un signe constitué exclusivement par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique, à savoir l'assemblage de briques de jeu.¹⁸ L'ajout de caractéristiques esthétiques telles qu'une couleur serait

¹⁵ CJUE, 6 mai 2003, Aff. C-104/01, Libertel

¹⁶ Marque UK n°2360815A enregistrée par Blato Wines & Spirits plc en classe 33 le 24 décembre 2004

¹⁷ Marque communautaire n°008604753 enregistrée par Pernod Ricard USA, LLC en classe 33 le 8 juillet 2010

¹⁸ CJUE, 14 septembre 2010, Aff. C-48/09 P, Lego

indifférent. A noter que les jurisprudences française et communautaire examinent la fonction technique en se concentrant sur la forme dont il est question, sans rechercher si cette même fonction pourrait être obtenue en faisant appel à d'autres formes.

Si la représentation graphique ne pose pas de difficulté - une vue photographique claire suffit, l'absence de distinctivité et la fonction technique de la forme demeurent ici les motifs de refus les plus fréquents : la distinctivité est appréciée strictement par l'OHMI, estimant bien souvent que la forme est usuelle. Il s'agit alors de démontrer que la forme est particulièrement distinctive ou qu'elle a acquis ce caractère distinctif par l'usage qu'il en a été fait depuis des années. Face à l'interprétation restrictive de l'OHMI, seules certaines formes de bouteilles sont protégées à titre de marque : ainsi en est-il de la carafe L'Or de Jean Martell, dont les vues photographiques versées lors du dépôt sont reproduites ci-après : ¹⁹



¹⁹ Marque internationale n°1008698 enregistrée par MARTELL & Co en classe 33 le 16 mars 2009

Enfin, si l'enregistrement de la forme de nos produits constitue a priori un atout supplémentaire, c'est une opportunité qui se révèle quelque peu limitée en raison de la sévérité de l'OHMI lors de conflit entre deux marques. En effet, le titulaire d'une marque tridimensionnelle devra concentrer ses procédures d'opposition sur les reproductions identiques ou quasi-identiques dans la mesure où l'office communautaire se contente de relever de très légères différences pour écarter le risque de confusion entre les deux formes en conflit, la ligne directrice de l'OHMI étant de contourner toute situation monopolistique.²⁰ Ceci peut inciter le titulaire de droits à déposer une demande internationale ou privilégier des dépôts nationaux selon sa stratégie commerciale.

Si les marques non traditionnelles représentent des voies à explorer permettant aux acteurs économiques de renforcer leurs droits, les incertitudes juridiques et les obstacles pratiques planant au-dessus des conditions de reconnaissance de ces droits sont susceptibles de freiner certaines ambitions. Dans l'attente d'un cadre juridique plus précis et protecteur permettant de mettre en œuvre effectivement le droit de la propriété intellectuelle, la responsabilité civile permet aujourd'hui de pallier l'absence de reconnaissance spécifique de ces droits. ■

²⁰ OHMI, 4e Ch. de recours, 15 nov.2007, Aff. R1096/2006-4 : l'OHMI a relevé les différences suivantes s'agissant de deux formes de bouteilles : la marque antérieure avait une apparence fine et légère alors que sa concurrente paraissait épaisse et large.

CHRISTINE GATEAU & CHRISTELLE COSLIN

Un aspect de l'adaptation de la protection de la vie privée au réseau internet : L'adresse IP est-elle une donnée personnelle ?



Christine Gateau (Ecofi, 2001), Avocat à la Cour, Hogan Lovells



Christelle Coslin (Commerce International, 2003), Avocat à la Cour, Hogan Lovells

Si la règle de droit est dans toute société un point cardinal qui organise et stabilise les relations économique-sociales, les évolutions techniques engendrées par l'innovation posent cruellement la question de son adaptabilité, voire de sa péremption. Il n'en va pas autrement en matière d'internet et de protection des données à caractère personnel. Pour se limiter à un exemple précis, déterminer si l'adresse IP est une donnée personnelle interroge directement la capacité du droit à prendre en considération de nouveaux phénomènes qui accompagnent l'essor d'internet. Gestion de son identité virtuelle, droit à l'oubli numérique, cybercriminalité, tels sont quelques uns des défis actuels non seulement de la régulation de l'internet, mais encore de nos sociétés démocratiques.

Nul ne songe en effet à remettre en cause le principe de protection de la vie privée. Au titre de ses fondements se trouvent l'article 9 du Code Civil qui dispose que « *Chacun a le droit au respect de sa vie privée* », ainsi que la loi *Informatique et Libertés*, du 6 janvier 1978,¹ qui a beaucoup évolué sous l'influence de la Directive

Européenne de 1995.² La nouvelle rédaction de l'article 2,³ qui définit la notion de donnée à caractère personnel, élargit sensiblement le champ d'application des règles de protection.

Force est pourtant de constater que la qualification de l'adresse IP reste incertaine, partagée entre protection des droits fondamentaux et respect des droits économiques. En témoigne l'épineuse question du téléchargement illégal. La réponse apportée par la loi HADOPI I du 12 juin 2009⁴ illustre cette tension, puisque l'adresse IP est désormais le principal et premier élément d'identification de l'auteur de l'infraction dans

² Directive Européenne n° 95/46/CE du 24 octobre 1995

³ Article 2, Loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978 :

« [...] Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne. [...] »

¹ Loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978

⁴ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 dite HADOPI I

le cadre de la riposte graduée ainsi mise en place. Or, une photographie du droit positif ne permet pas de dépasser le constat selon lequel l'adresse IP est un concept difficile à cerner (I). La question de la qualification de l'adresse IP réclame donc aujourd'hui une décision politique, afin de déterminer les contours de son avenir (II).

I. L'ADRESSE IP, UN CONCEPT DIFFICILE A CERNER

D'emblée une difficulté se présente, qui est de savoir ce que l'on entend exactement par « adresse IP ». Elle est techniquement comprise comme une « *série de numéro permettant à un ordinateur de communiquer avec d'autres machines connectées à Internet, à travers le même langage TCP-IP (Transmission Control Protocol - Internet Protocol)* ».⁵ Si cette série de chiffres peut permettre l'identification d'un équipement informatique, elle ne désigne pas immédiatement le sujet de droit, individu ou entreprise, responsable de l'utilisation de cet équipement (A). Au-delà des lacunes d'une telle définition technique, aucune qualification juridique claire n'a encore été donnée à l'adresse IP (B).

A. L'identification incertaine : l'adresse IP, une notion plurielle

En tant qu'adresse numérique grâce à laquelle les ordinateurs communiquent, l'adresse

IP trouve son unité autour de sa fonction de communication. Elle se présente classiquement sous la forme de quatre nombres entiers séparés par des points, la partie des nombres à gauche représentant l'ID de réseau (*netID*), celle à droite l'ID d'hôte (*host-ID*), à savoir les ordinateurs de ce réseau. Le fournisseur d'accès à internet, seul à attribuer l'adresse IP, peut en proposer une version fixe ou dynamique (différente lors de chaque connexion).

Il n'est pour autant pas évident d'en faire un concept opérationnel en matière d'identification. L'adresse IP recouvre en effet des réalités bien différentes. Ainsi, certaines adresses IP, à l'instar de celles des sites internet, ne permettent jamais d'identifier un individu. En outre, les techniques de brouillage, par le biais notamment des serveurs proxy, ou les possibilités d'usurpation d'adresses réseau, impliquent la mise en œuvre de moyens importants pour tenter d'identifier un individu. Certes, les adresses IP reliées à un abonnement nominatif désignent le titulaire de l'abonnement, mais elles ne sont pas à même d'identifier l'utilisateur effectif. et même les adresses IP reliées à un abonnement nominatif ne sont pas unanimement qualifiées de donnée à caractère personnel. La fonction identificatrice de l'adresse IP varie donc nécessairement.

Pourtant, à la lecture de l'article 2 de la loi *Informatique et Libertés*, la nature de l'adresse IP paraît évidente : « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un

⁵ Alterman H. et Perbost F., La collecte et l'utilisation des adresses IP dans le contexte des Lois HADOPI, in *Revue de Jurisprudence commerciale*, Septembre/Octobre 2009 - Numéro 5, p. 322

ou plusieurs éléments qui lui sont propres [...] ». Si l'on suit cette définition, l'adresse IP est un numéro permettant l'identification d'un ordinateur et donc du titulaire d'un abonnement ; ce serait donc une donnée personnelle. C'est oublier l'ambiguïté de l'utilisation de la notion qui tend à confondre titulaire de l'abonnement et utilisateur effectif de la connexion, ambiguïté que l'on retrouve dans le droit positif.

B. L'imparfaite qualification : l'adresse IP, une notion ambiguë

Il est en effet difficile de tirer un enseignement clair quant à la nature juridique de l'adresse IP à la lecture du droit positif. Pendant longtemps, ni la loi ni la Cour de Cassation ne tranchèrent la question. Certes, le groupe de l'Article 29⁶ plaidait en faveur de la qualification de donnée personnelle.⁷ De même, la réglementation applicable aux données de trafic, définies comme « *les informations rendues disponibles par les procédés de communication électronique, susceptibles d'être enregistrées par l'opérateur à l'occasion des communications électroniques dont il assure la transmission* »,⁸ allait dans le sens de la qualification de l'adresse IP comme une donnée personnelle puisque l'article 5 de la

Directive Européenne du 15 mars 2006⁹ relatif à la conservation des données permettant l'identification d'auteurs d'infractions, vise expressément l'adresse IP.

Force est de constater néanmoins qu'aujourd'hui la jurisprudence en la matière reste loin d'être univoque. Bien qu'aucun arbitrage de la Cour de Cassation ne soit intervenu, jusqu'en 2007, l'adresse IP était analysée comme une donnée personnelle, tant par les juridictions civiles¹⁰ que par le Conseil d'Etat.¹¹ D'après cette jurisprudence, dès lors que l'adresse IP permet d'identifier une personne en désignant sans doute possible un ordinateur précis, elle permet d'identifier une personne physique, le titulaire de l'abonnement internet correspondant.

Une telle qualification emporte de lourdes conséquences. Elle signifie que le régime protecteur de la loi *Informatique et Libertés* s'applique en matière de collecte et de traitement des adresses IP. En particulier, il est nécessaire de demander une autorisation préalable à la CNIL

⁹ Directive n° 2006/24/CE du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive n° 2002/58/CE

¹⁰ TGI Saint Briec, 6 septembre 2007, Ministère Public c. J-P, publié sur <http://www.legalis.net> ; TGI Bobigny, 15ème chambre, 14 décembre 2006, Laurent F. c. SACEM et autres

¹¹ CE, 23 mai 2007, SACEM et autres, LP juillet-août 2007, n° 243.III.141-146

⁶ Comité consultatif qui réunit les présidents des autorités de protection des données personnelles des Etats membres de l'Union

⁷ Avis n° 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel adopté le 20 juin 2007, WP 136

⁸ Décret n° 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques

pour relever les adresses IP. A défaut, toute collecte est nulle. Aussi, paradoxalement en définissant l'adresse IP comme une donnée à caractère personnel, donc comme un moyen d'identification certain, le juge rend nulles les procédures de collecte non autorisées et renforce donc, par ricochet, la protection de l'internaute.

Très favorable à l'internaute, cette unité est aujourd'hui remise en cause. L'analyse retenue depuis 2007 par la Cour d'Appel de Paris¹² est claire : l'adresse IP ne permet pas l'identification de l'utilisateur de l'ordinateur en cause. De façon plus ambiguë, le 13 janvier 2009, la Cour de Cassation¹³ a considéré que le relevé d'adresses IP effectué par un agent assermenté d'une société de gestion collective qui prend ensuite contact avec le fournisseur d'accès afin de découvrir l'identité du titulaire de l'abonnement internet correspondant ne constituent pas « *un traitement de données à caractère personnel relatif à des infractions* ». ¹⁴ La question de la qualification de l'adresse IP comme donnée à

caractère personnel n'est pas directement tranchée par cette décision, dont le centre de gravité est plus orienté vers la notion de « *traitement de données* ».

Il n'en résulte pas moins qu'une société de gestion collective de droit d'auteurs peut donc collecter les adresses IP des ordinateurs utilisés par des contrefacteurs sur internet et les transmettre au juge judiciaire sans avoir obtenu d'autorisation préalable de la CNIL. En tout état de cause, l'article 9-4 de la loi *Informatique et Libertés* autorise les sociétés de gestion collective à procéder à de tels traitements. En revanche, tel n'est pas le cas pour un titulaire de droit en l'absence de disposition légale spécifique, ce qui rend tout son intérêt à la question de la qualification de l'adresse IP. Si l'on devait considérer que l'adresse IP n'est pas une donnée à caractère personnel, sa collecte ne constituerait jamais un traitement à caractère personnel. La défense des droits de propriété intellectuelle primerait alors indubitablement sur la protection de la vie privée.

Telle ne semble pas être la position retenue par le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 2009 relative à la loi HADOPI I, selon laquelle « *l'autorisation donnée à des personnes privées de collecter les données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne conduit à la mise en œuvre par ces personnes privées, d'un traitement de données à caractère personnel relatives à des infractions* ». Implicitement, c'est bien l'adresse IP qui est visée sous l'expression « *données permettant indirectement*

¹² CA Paris, 27 avril 2007, sous CA Rennes, 3ème chambre, 23 juin 2008, Légipresse n°255 - Octobre 2008, p. 185; CA Paris, 15 mai 2007, sous CA Rennes, 3ème chambre, 23 juin 2008, Légipresse n°255 - Octobre 2008, p. 185 ; CA Paris, 12ème chambre, pôle 5, 1er février 2010, Cyrille S. c. SACEM et SDRM, publié sur <http://www.legalis.net>

¹³ Crim. 13 janvier 2009, SACEM et SDRM c. Cyrille Y., pourvoi n° 08-84.088 cassant CA Rennes, 3ème chambre, 22 mai 2008, C.S. c. SACEM, sous CA Rennes, 3ème chambre, 23 juin 2008, Légipresse n° 255 - Octobre 2008, p. 185

¹⁴ Décision n° DC 2009-580 du Conseil Constitutionnel du 10 juin 2009, publié sur <http://www.legalis.net>

d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne » et dont la collecte est assimilée à un traitement de données à caractère personnel.

Parallèlement, il est intéressant de relever l'analyse faite par les juridictions civiles des données couvertes par l'obligation de conservation des données de nature à permettre l'identification de l'éditeur, obligation qui incombe à l'hébergeur vertu de l'article 6-II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004.¹⁵ Le Tribunal de grande instance de Paris¹⁶ a en effet considéré qu' « *en détenant et en conservant l'email ainsi que l'adresse IP des éditeurs* », YouTube avait rempli son obligation et donc que ces informations permettaient d'identifier une personne précise. Aucune prise de position ne permet donc de clore définitivement le débat à l'heure actuelle, ce qui a conduit le législateur à se saisir de la qualification de l'adresse IP.

II. QUEL AVENIR POUR L'ADRESSE IP ?

Si le statut de l'adresse IP est aujourd'hui fluctuant, il n'en demeure pas moins que les lois HADOPI¹⁷ consacrent l'adresse IP comme

¹⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

¹⁶ Ordonnance en référé en date du 5 mars 2009, Roland Magdane et autres c. YouTube

¹⁷ Voir note n° 4 et loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet

moyen d'identification opérationnel (A). Il s'agit donc désormais de savoir quel cadre juridique appliquer à l'adresse IP (B) afin que la protection des droits de propriété intellectuelle ne s'opère pas au détriment des droits fondamentaux garantis à chacun.

A. L'adresse IP, un moyen d'identification opérationnel

Aucune loi, pas même les lois HADOPI, ne règle le statut de l'adresse IP. Nul doute pourtant que celle-ci est désormais présentée comme un moyen concret d'identification. Les lois HADOPI ont en effet octroyé aux agents de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi), « *le pouvoir de constater les faits susceptibles de constituer des infractions* ».¹⁸ Cela signifie en pratique le droit de se connecter aux réseaux « peer to peer » et de collecter des données, parmi lesquelles les adresses IP, au même titre que les sociétés de gestion collective, qui bénéficient de ce droit en vertu de l'article 9-4 de la loi Informatique et Libertés comme rappelé ci-dessus.

¹⁸ Article 1 de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet : « [...] Art. L. 331-21-1.-Les membres de la commission de protection des droits, ainsi que ses agents habilités et assermentés devant l'autorité judiciaire mentionnés à l'article L. 331-21, peuvent constater les faits susceptibles de constituer des infractions prévues au présent titre lorsqu'elles sont punies de la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne mentionnée aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 [...] »

Notons toutefois que le champ d'intervention des agents de la Commission de protection des droits de l'Hadopi est beaucoup plus large que celui prévu à l'article 9-4 précité. La collecte d'une adresse IP a en effet une double fonction pour les agents de l'Hadopi. Ces derniers ont, d'une part, la possibilité de constater les faits constitutifs d'une négligence caractérisée à l'obligation de surveillance¹⁹ pesant désormais sur le titulaire de l'abonnement, pouvant aboutir à une procédure devant le Tribunal de Police, et punie par la suspension de l'accès internet.²⁰ Leur mission concerne, d'autre part, les faits permettant de caractériser les infractions de contrefaçon de droit d'auteur et de droits voisins commises en ligne²¹ qui s'inscrivent dans le cadre de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale.²²

L'adresse IP constitue donc le cœur du dispositif des lois HADOPI, ce qui en fait un concept juridiquement opérationnel. Or, en l'absence d'unifi-

cation du statut de l'adresse IP, deux risques persistent : soit l'annulation massive des procédures par les tribunaux faisant du dispositif HADOPI une coquille vide, soit l'absence de garde-fous à la protection des données personnelles.

B. Vers un cadre juridique pour l'adresse IP

L'année 2010 a amorcé un tournant vers la clarification du statut de l'adresse IP puisque le Sénat a adopté, le 23 mars 2010, la proposition de loi n° 2387 « *visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique* ». ²³ Actuellement l'objet d'une première lecture devant l'Assemblée Nationale, cette proposition de loi vise à apporter les adaptations nécessaires au cadre législatif issu de la loi *Informatique et Libertés* afin de renforcer les garanties existant dans ce domaine. Le principal apport au regard de l'adresse IP est l'article 2 de la proposition en vertu duquel « *tout numéro identifiant le titulaire d'un accès à Internet et à des services de communication au public en ligne* » constitue une donnée à caractère personnel. L'adresse IP serait ainsi intégrée au champ de l'article 2 de la loi *Informatique et Libertés* et sa collecte deviendrait, sans contestation possible, soumise à la protection de cette loi, qui requiert une autorisation de la CNIL.

Cet article a fait l'objet de nombreuses critiques lors des discussions au Sénat. Les sénateurs ont relevé que sa rédaction était trop générale dans la mesure où l'adresse IP ne permet pas systé-

¹⁹ Article L.336-3 du Code de la Propriété Intellectuelle : « *La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise* ».

²⁰ Article L. 335-7-1 du Code de la Propriété Intellectuelle

²¹ Articles L. 335-2, L. 335-3, L. 335-4 et L. 335-7 du Code de la Propriété Intellectuelle

²² Article 495-6-1 du Code de procédure pénale

²³ Loi qui transpose partiellement la directive n° 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 relative au traitement des données personnelles et aux communications électroniques

matiquement d'identifier la personne physique utilisatrice de l'ordinateur. En outre, l'adoption de cet article engendrerait certainement une élévation importante du coût des traitements de données relatifs aux adresses IP. Une proposition d'amendement visant à la suppression de l'article 2 de la proposition a même été déposée par le Gouvernement mais n'a finalement pas eu de suite. Si la proposition de loi est adoptée, le statut de l'adresse IP pourrait donc être définitivement réglé.

Cette qualification n'emporte pour autant pas consécration de l'adresse IP dans une fonction identificatrice de l'utilisateur effectif. En effet, à peine envisage-t-on de s'avancer dans cette voie que reviennent les interrogations sur la fiabilité technique de l'adresse IP comme identifiant. C'est pourquoi le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure n° 1697, déposé le 27 mai 2009, dit LOPPSI II, prévoit, à l'article 2, la création d'un délit d'usurpation d'identité numérique²⁴ qui, au regard de la souplesse de la définition, pourrait

comprendre l'usurpation d'adresse IP et serait puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende.

La qualification de l'adresse IP et son utilisation à des fins d'identification cristallisent ainsi les tensions relatives à l'appréhension de l'innovation par le droit. Entre la vitalité économique procurée par l'innovation et la protection juridique nécessaire à chaque citoyen, la régulation d'internet cherche un équilibre à la fois acceptable, juste et efficace. Or, la nature même d'internet, réseau global par essence, constitue un défi supplémentaire à la réponse législative, classiquement nationale, générale et intemporelle. Au-delà de l'adaptation du droit, c'est donc la possibilité d'une réponse coordonnée à des problématiques globales et la recherche du lieu de la régulation efficace qu'internet interroge. ■

²⁴ Art. 222-16-1 du Code pénal (projet) : « *le fait d'utiliser, de manière réitérée, sur un réseau de communication électronique l'identité d'un tiers ou des données qui lui sont personnelles, en vue de troubler la tranquillité de cette personne ou d'autrui* »

EVE MATRINGE

La mise en œuvre du principe de précaution à travers différentes législations relatives aux antennes de téléphonie portable



Eve Matringe est docteur en droit privé, chercheur et enseignante au CDPF, Centre de Droit Privé Fondamental de l'université de Strasbourg.

Il existe actuellement un fort courant de protestations s'agissant de l'implantation des antennes relais qui se traduit par des actions en justice, soit pour contester devant la juridiction administrative les autorisations d'implantation nouvelle ou la modification d'installations déjà existantes, soit pour demander aux juridictions civiles cessation et réparation du trouble engendré par les antennes existantes. Le principe de précaution est alors invoqué par les plaideurs, et ce, dans différents pays. Il s'agit donc d'examiner si les pratiques des autres pays (Belgique, Suisse, Luxembourg) ne donnent pas des éléments de réponse à une problématique française.¹

I. CADRE LEGAL

Le principe de précaution est sans doute tant invoqué parce qu'il est mal compris. Le terme de principe n'est pas clair et désigne des normes juridiques obligatoires comme des règles éthiques.²

¹ Une comparaison des réglementations européennes a été effectuée à l'occasion d'une Table ronde « radiofréquences, santé, environnement » (avril/mai 2009), sous l'égide du Ministère de la santé et des sports.

² Ph. KOURILSKY & G. VINEY, 15 octobre 1999, Le principe de précaution, rapport au Premier ministre, La documentation française, p. 8.

Mais il a été affirmé par les différents législateurs nationaux, dans des textes à valeur constitutionnelle, et mis en œuvre parfois explicitement par la jurisprudence même en l'absence de mention expresse dans la législation nationale.³ Le principe de précaution est apparu dans les années 1980 dans le cadre de la protection internationale de l'environnement.⁴ Depuis, il a été étendu à la santé humaine. Ce principe, tel qu'il est compris par les juristes signifie qu'en présence d'une incertitude sur l'existence d'un risque de dommage, il convient de prendre les mesures raisonnables permettant à la fois de bénéficier du progrès technologique que représente l'activité en cause et de préserver l'environnement et la santé humaine. Il implique donc d'agir pour acquérir des

³ V. par ex. Cour administrative du Luxembourg, 14 juillet 2009, n°23857C et 23871C : le litige porte notamment sur le déclassement des antennes dans une catégorie ne nécessitant pas de recourir à la procédure plus lourde d'autorisation antérieurement prévue. La Cour relève que ce déclassement n'a pas été opéré dans le cadre des buts visés par le législateur, à savoir le principe de précaution, et que dès lors, ce déclassement est nul.

⁴ Ph. KOURILSKY & G. VINEY, op. cit.

certitudes,⁵ non de sursoir à toute innovation en attendant la preuve définitive de son innocuité.⁶

A. Les normes communautaires

La politique de l'Union européenne en matière d'environnement est fondée sur le principe de précaution⁷ et par conséquent, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. En matière de rayonnement non ionisant, il existe une recommandation du Conseil en date du 12 juillet 1999,⁸ fondée sur les préconisations de l'ICNIRP.⁹ Dix huit Etats membres ont mis en place la limitation de l'exposition du public

⁵ Ib.

⁶ O. GODARD, Le principe de précaution n'est pas un catastrophisme, Cahier n° 2006-04.

⁷ Article 174 TCE. P. RAMBAUD, Un nouveau principe du droit communautaire : le principe de précaution, in *Mélanges Paul Sabourin, Bruylant*, Bruxelles, 2001, pp. 311-325.

⁸ Recommandation du Conseil en date du 12 juillet 1999 (1999/519/CE) relative à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques (de 0 Hz à 300 GHz), JOEU du 30 juillet 1999, L 199, pp. 59 à 70.

⁹ International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection. Cet organisme dépend de l'OMS.

par voie réglementaire¹⁰ ou sous forme de recommandations.¹¹ Certains pays membres de l'Union européenne sont plus restrictifs et ont fixé des seuils inférieurs,¹² de même que la Suisse et le Lichtenstein.¹³

B. Les normes nationales

En droit français, le principe de précaution a été consacré dans la Charte de l'environnement¹⁴ à laquelle a été reconnue valeur constitutionnelle.¹⁵

¹⁰ Allemagne, Autriche, Espagne, Estonie, Finlande, France, Hongrie, Portugal, République Tchèque, Slovaquie, Roumanie.

¹¹ Danemark, Irlande, Lettonie, Malte, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède.

¹² Belgique, Italie, Luxembourg, Grèce, Pologne, Lituanie, Bulgarie, Slovénie.

¹³ Les valeurs limites d'exposition sont fixées en fonction de l'intensité du champ électrique en volts par mètre (V/m) et de la fréquence en hertz (Hz). Cf. Le tableau comparatif des différents pays réalisé dans le cadre de la Table ronde « radiofréquences, santé, environnement » (avril/mai 2009), sous l'égide du Ministère de la santé et des sports.

¹⁴ Charte de l'environnement, article 5 : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par l'application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

¹⁵ Cons. const. 19 juin, n°2008-564, JO 26 juin 2008, p. 10228, texte n°3, cons. 18, rec. p. 313. V. aussi CE,

Toutefois, ce texte précise que la concrétisation du principe de précaution relève du législateur.¹⁶ S'agissant des valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques, le décret no2002-775 du 3 mai 2002 transpose en droit français les seuils de la recommandation européenne du 12 juillet 1999.¹⁷

En droit suisse, le principe de précaution est ancré aux articles 1er alinéa 2 et 11 alinéa 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement¹⁸ et concrétisé en matière d'antenne relais par les règles et limitations posées par l'ORNI.²⁰ Selon le

Ass. 3 octobre 2008 n°297-931.

¹⁶ Toutefois, le Conseil d'Etat a affirmé dans un arrêt du 19 juillet 2010, no328687 (à paraître au Lebon), à propos de l'article 5 de la Charte de l'environnement que « ces dernières dispositions qui n'appellent pas de dispositions législatives ou réglementaires en précisant les modalités de mise en oeuvre s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ».

¹⁷ Recommandation du Conseil en date du 12 juillet 1999 (1999/519/CE) précitée.

¹⁸ Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983, (LPE), RS 814. 01. Aux termes de l'article 13 LPE, le Conseil fédéral est tenu d'édicter par voie d'ordonnance des valeurs limites d'immissions pour l'évaluation des atteintes nuisibles ou incommodes.

¹⁹ Selon l'article 74 de la Constitution suisse, la Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes et veille à prévenir ces atteintes.

²⁰ Ordonnance du 23 Décembre 1999 sur la protection contre le rayonnement non ionisant (RS 814.710). Selon l'article 92 de la Constitution suisse, les télécommunications

Tribunal fédéral, le législateur concrétise implicitement le principe de précaution en conférant aux autorités compétentes la possibilité d'agir, même en cas d'incertitude scientifique, par des mesures qui paraissent propres à empêcher la réalisation d'un risque d'après l'état de la science et de l'expérience conformément au principe de proportionnalité garanti par l'article 5 alinéa 2 de la constitution, à condition que leur coût soit en rapport avec le bénéfice escompté.²¹ Le Tribunal fédéral a fermement rejeté les actions contre l'implantation d'antennes en soulignant que les limites fixées par la réglementation étaient inférieures à celles existant dans les autres pays européens et que les connaissances scientifiques actuelles ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un danger pour la santé.²²

En droit luxembourgeois, le principe de précaution n'est pas expressément consacré par la loi mais il a inspiré le législateur car la loi du 10 juin 1999 relative aux établissements classés dis-

relèvent de la compétence de la Confédération, qui veille à ce qu'un service universel suffisant en télécommunications soit assuré à des prix raisonnables dans toutes les régions du pays. Le cadre légal est fixé par la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC), entrée en vigueur le 1er janvier 1998.

²¹ ATF 132 II 305 : des éleveurs reprochaient à la Confédération de n'avoir pas adopté suffisamment tôt des mesures d'interdiction des farines animales, entraînant ainsi un risque de contamination par la vache folle. Ils invoquaient le principe de précaution pour reprocher à la Confédération de n'avoir agi pour obtenir un risque zéro.

²² TF, 3 avril 2007, no1A.191/2006.

pose que « les autorisations fixent les conditions d'aménagement et d'exploitation qui sont jugées nécessaires pour la protection des intérêts visés à l'article 1er de la présente loi, en tenant compte des meilleures techniques disponibles, dont l'applicabilité et la disponibilité n'entraînent pas de coûts excessifs ». ²³ Ce texte a été modifié par un règlement grand-ducal du 1er août 2007 afin de permettre aux opérateurs de téléphonie mobile de bénéficier d'une procédure simplifiée d'autorisation d'implantation pour les antennes. Se fondant sur la ratio legis du texte de 1999, à savoir la protection de la santé humaine et non l'amélioration des conditions d'intervention des opérateurs, la Cour administrative du Luxembourg ²⁴ a annulé ce déclassement. La même décision fonde l'intérêt à agir des requérants sur le principe de précaution, ceux-ci étant en droit de redouter un risque de dommage en l'état des connaissances scientifiques.

En droit belge, l'autorité fédérale a compétence en matière de santé publique et d'environnement, garantis au titre des libertés fondamentales par l'article 23 de la constitution fédérale. Toutefois, un arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique du 15 janvier 2009 a décidé que la fixation du niveau de champ mesuré in situ dû aux antennes de réseaux de communication électroniques

relevait de la compétence des Régions. ²⁵ La garantie des droits constitutionnels à la protection de la santé et à un environnement sain entraîne la reconnaissance du principe de précaution. ²⁶ Ce dernier n'a pas été expressément consacré mais inspire le législateur comme le souligne le Conseil d'Etat belge. ²⁷ Le Conseil d'Etat a décidé que même en l'absence d'effet direct de certains droits fondamentaux garantis par la Constitution, tel le droit à un environnement sain garanti par l'article 23 de la Constitution, le risque d'atteinte à un tel droit fondamental faisait naître une présomption d'existence d'un préjudice

²⁵ Cour constitutionnelle belge, Arrêt n°2/2009 du 15 janvier 2009. Jusqu'alors, l'autorité fédérale était compétente pour fixer des normes d'exposition, entre autres pour l'exposition aux ondes radio provenant des antennes d'émission (arrêté royal du 10 août 2005). Seules deux régions ont pour le moment adopté une réglementation : la Wallonie (Circulaire ministérielle relative à l'installation ou à la modification des stations-relais de téléphonie mobile, publiée au Moniteur belge le 28 janvier 2009, p. 6443 et s.) et Bruxelles-capitale (Ordonnance du 1er mars 2007 relative à la protection de l'environnement contre les éventuels effets nocifs provoqués par les radiations non ionisantes).

²⁶ V. entre autres : CE belge, 5 octobre 1994, Grégoire, no49440 ; CE, 20 août 1999, Venter, no82130, Amén., 2000, p. 32 à 37, obs. N. DE SADELEER, Les droits constitutionnels à la protection de la santé et à un environnement sain emportent la reconnaissance du principe de précaution.

²⁷ Conseil d'Etat, section d'administration, 16 février 2007, arrêt no167.936, réf. A.173.953/XIII-4199: « il y a lieu de se référer à la norme d'exposition en matière de santé publique fixée, notamment sur la base du principe de précaution ».

²³ Loi du 10 juin 1999, article 13, al. 1er, §.1.

²⁴ CAA Luxembourg, 14 juillet 2009, n°23857C et 23871C.

grave et difficilement réparable.^{28,29}

II. LA PRATIQUE FRANCAISE

A. Les décisions de justice

Le principe de précaution a été récemment mis en avant en France en matière d'antenne relais par la Cour d'appel de Versailles,³⁰ suivi par d'autres juridictions du fond qui s'estiment compétentes pour juger le trouble de voisinage occasionné par les ondes.³¹ Pourtant, les juridictions adminis-

²⁸ Le « préjudice grave et difficilement réparable » permet au juge administratif de suspendre un acte administratif.

²⁹ Conseil d'Etat belge, 6 mars 2000, Baeten et Moreale c/Région wallonne, arrêt n°85.836 : « Considérant qu'il ressort des documents versés aux débats que l'influence des ondes provoquées par une antenne de téléphonie mobile fait l'objet de controverses dans les milieux médicaux, qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de trancher une telle controverse, on peut seulement constater qu'il existe des éléments permettant raisonnablement de suspecter un risque pour la santé, [...] ; que si ce risque ne peut être affirmé avec certitude, il ne peut non plus être exclu, que pour que le Conseil d'Etat puisse suspendre un acte attaqué, [...] il suffit que le risque de préjudice soit plausible, qu'il en va ainsi en l'espèce [...], que le risque en cause pèse à la fois sur le droit à la protection de la santé protégé par l'article 23, alinéa 3, 2° de la Constitution et sur le droit à la protection d'un environnement sain protégé par le 3° du même alinéa... Considérant que, ayant trait à des droits fondamentaux, le préjudice dont le risque doit être considéré comme établi, est grave, qu'il est, par nature, difficilement réparable... ». V. aussi P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3e édition, Larcier, Bruxelles, 2008, n°391.

³⁰ CA Versailles, Ch. 14, 4 février 2009, RG n° 08/08775.

³¹ CA Paris, Pôle 1, ch. 4, 1er Octobre 2010, RG no10/04654 ; TGI de Créteil, Ordonnance de référé, 11 août 2009, RG no09/658, Puybaret et a. c/ SA Orange France : *JurisData* n° 2009-007359 : « En prenant le risque de causer des dommages à la santé de Monsieur P. et de Monsieur L., âgés respectivement de 71 et 83 ans, personnes particulièrement vulnérables, ainsi qu'à l'ensemble des occupants de l'im-

meuble, la SA ORANGE contrevient tant au devoir de prudence qu'au principe de précaution qui s'imposent tous deux en la matière... Ce comportement de la SA ORANGE crée un trouble manifestement illicite aux requérants qu'ils convient de faire cesser en vertu des dispositions de l'article 809 alinéa 1 du Code de Procédure Civile. ». En sens contraire, CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 6 Avril 2010, No09/22226, Monsieur X. c/S.A. BOUYGUES TELECOM : la preuve du trouble de voisinage n'est pas rapportée.

meuble, la SA ORANGE contrevient tant au devoir de prudence qu'au principe de précaution qui s'imposent tous deux en la matière... Ce comportement de la SA ORANGE crée un trouble manifestement illicite aux requérants qu'ils convient de faire cesser en vertu des dispositions de l'article 809 alinéa 1 du Code de Procédure Civile. ». En sens contraire, CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 6 Avril 2010, No09/22226, Monsieur X. c/S.A. BOUYGUES TELECOM : la preuve du trouble de voisinage n'est pas rapportée.

³² CE, 11 juin 2004, n°248443, n°248452, n°251470 et n°251484, Cne de Saint-Maur des Fossés, RDI 2004, p. 350, note Y. JEGOUZO. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler maintes fois que « en l'absence d'éléments de nature à accréditer l'hypothèse, en l'état des connaissances scientifiques, de risques pour la santé publique pouvant résulter de l'exposition au public aux champs électromagnétiques émis par les antennes de relais de téléphonie mobile », les communes n'étaient pas en droit de refuser l'implantation d'antennes relais. Pour un exemple récent, v. CE, section, 19 juillet 2010, no328687 (à paraître au Lebon).

³³ CE, section, 19 juillet 2010, no328687 (précité).

³⁴ V. par ex. TA Strasbourg, aff. 0703160, Mme S. c/ Ville de Forbach et SA Orange France : la requête contestant une autorisation d'implantation d'antenne a été introduite en juin 2007 pour être rejetée le 27 avril 2010.

³⁵ Toutefois, les juridictions judiciaires n'ont pas de position unifiée. Pour un relevé de jurisprudence, lire

différence de réglementation avec les autres pays européens imposant des seuils beaucoup plus bas.³⁶

B. L'absence de réelle négociation sociale du risque

Tel qu'il a été conçu à l'origine, le principe de précaution n'est pas un principe d'inaction tant que l'absence de risque n'est pas prouvée mais une incitation à la négociation sociale du risque. Il s'agit plus d'une procédure permettant l'appréciation et l'acceptation du rapport risque-avantage que d'une norme juridique isolée. Plus qu'une norme, le principe de précaution est un ensemble de règles caractérisant un comportement face à une incertitude, une théorie de l'action en présence d'un risque. A l'occasion du rapport français consacré au principe de précaution,³⁷ ce comportement a été résumé par un ensemble de dix règles.³⁸

S. SABATIER, Le principe de précaution : quelle incidence pour les acteurs privés ? Bulletin de droit de l'environnement industriel, 2009/9, n°23.

³⁶ La Cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 4 février 2009, relève la différence entre les normes françaises et celles d'autres pays européens pour en conclure que « *Considérant que, si la réalisation du risque reste hypothétique, il ressort de la lecture des contributions et publications scientifiques produites aux débats et des positions législatives divergentes entre les pays, que l'incertitude sur l'inocuité d'une exposition aux ondes émises par les antennes relais, demeure et qu'elle peut être qualifiée de sérieuse et raisonnable* ».

³⁷ Ph. KOURILSKY & G. VINEY, Le principe de précaution, rapport au Premier ministre, La documentation française, 99, Paris.

³⁸ Ib. p. 27 : « 1) Tout risque doit être défini, évalué et gradué. 2) L'analyse des risques doit comparer les différents scénarios d'action et d'inaction. 3) Toute analyse de risque doit comporter une analyse économique qui doit déboucher sur une étude coût/bénéfice (au sens large) préalable à la prise de décision. 4) Les structures d'évaluation des risques doivent être

Les litiges actuels montrent que dans les pays où ces règles n'ont pas été observées, le contentieux se développe, que les différents acteurs du problème n'ont pas joué le jeu, ce qui entraîne une réaction hostile qui se traduit par une dénatura-tion du principe de précaution³⁹ par les juridictions afin de répondre aux attentes légitimes de la population.⁴⁰ En effet, la justification des seuils maximaux d'exposition par un avis de l'OMS, institution dont l'indépendance vis-à-vis des lobbys est contestée,⁴¹ ne permet pas de rassurer le citoyen inquiet. Les autres instances officielles de réglementation et de contrôle se voient contaminées par ce soupçon et ne sont plus considérées

indépendantes mais coordonnées. 5) Les décisions, doivent, autant qu'il est possible, être révisables et les solutions adoptées réversibles et proportionnées. 6) Sortir de l'incertitude impose une obligation de recherche. 7) Les circuits de décisions et les dispositions sécuritaires doivent être fiables. 9) Les évaluations, les décisions et leur suivi, ainsi que les dispositifs qui y contribuent, doivent être transparents, ce qui impose l'étiquetage et la traçabilité. 10) Le public doit être informé au mieux et son degré de participation ajusté par le pouvoir politique ».

³⁹ La doctrine a aussi parlé du « forçage de la responsabilité pour trouble du voisinage », v. par ex. S. SABATIER, Le principe de précaution : : quelle incidence pour les acteurs privés ? Bull. de dr. de l'envir. industriel, 2009/9, n°23.

⁴⁰ Un auteur remarque d'ailleurs qu'au lieu de fonder la responsabilité sur le trouble (discutable) de voisinage, il vaudrait mieux retenir le défaut d'observation des procédures concrétisant le principe de précaution : M. BOUTONNET, Le risque, condition « de droit » de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution, D. 2009, p. 819.

⁴¹ V. à propos du traitement de la grippe H1N1, les articles critiques du British Medical Journal, spécialement l'article de J. ZAROCOSTAS, External committee is to look at criticisms of WHO's management of H1N1 pandemic, BMJ, 28 avril 2010. Un rapport de l'inspection générale des affaires sociales et de l'inspection générale de l'environnement de 2006 indique que sur 10 experts de l'AFSSE ayant participé au rapport publié en juin 2005, 4 avait un lien avec des opérateurs, tandis que le coordinateur d'analyse de l'OMS était accusé par 43 chercheurs d'avoir perçu de l'argent des opérateurs.

comme des experts indépendants par la population. Les réglementations et les contrôles sont réalisées par les instances nationales lesquelles souffrent d'un déficit de confiance. Il est également à noter que les tentatives maladroites d'implantation d'antennes dans des zones où vivent des populations n'ayant pas la maîtrise de leur environnement (locataires^{42,43}) ou dépourvues des informations nécessaires pour prendre une décision éclairée⁴⁴ entretiennent le fantasme d'un Etat prêt à sacrifier ses citoyens de seconde zone.

En outre, l'on peut constater en France sur le site de l'Agence nationale des fréquences des mesures datant des années 2000, non réactualisées, et lesdites mesures ne sont pas forcément effectuées par l'agence,⁴⁵ de sorte que leur exactitude peut être mise en cause. Il n'y a donc pas de réel contrôle sur l'exposition aux ondes émises par les

⁴² CA Amiens, 1ère chambre, 1ère section, 9 octobre 2008, RG no07/02127.

⁴³ E. SARAF, Ils obligent leur HLM à retirer quinze antennes-relais, La Provence 7 mai 2009.

⁴⁴ CA Nîmes, 1re chambre civile B, 15 janvier 2008, RG no05/02527 : SFR a démarché un propriétaire pour installer une antenne sur son immeuble; celui-ci demande l'annulation de la convention pour dol en reprochant à SFR de lui avoir caché les polémiques sanitaires sur l'exposition aux antennes-relais. La Cour de cassation (Cass. civ. 1re, 30 mars 2005, n°04-11831, Bull. n°160) puis la Cour d'appel décident d'appliquer les dispositions du Code de la consommation relative au démarchage à domicile.

⁴⁵ L'article 42 de la loi no2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement a mis en place un dispositif de surveillance et de mesure des ondes électromagnétiques menées par des organismes indépendants accrédités. Ces dispositifs seront financés par un fonds indépendant alimenté par la contribution des opérateurs de réseau émettant des ondes électromagnétiques. Ces mesures seront transmises à l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail et à l'Agence nationale des fréquences qui les publieront.

antennes relais ni de réelle transparence vis-à-vis de la population. Comparativement, en Suisse, l'Office de l'hygiène de l'air des deux Bâle surveille 24 heures sur 24 la charge de rayonnement non ionisant à haute fréquence au moyen de mesures en continu consultable en ligne.⁴⁶

Enfin, il est à noter que les autorités françaises laissent les administrations locales affronter sans soutien le public affolé ce qui conduit à des décisions de refus d'implantations d'antennes ensuite annulées par les juridictions administratives, alors que la Suisse, par exemple, a élaboré un Guide en matière de téléphonie mobile afin d'accompagner les communes dans ce domaine.^{47,48}

Conclusion

Au lieu de faire perdre du temps et de l'argent aux différents acteurs que sont les communes, les opérateurs et les juridictions, ne vaudrait-il pas mieux élaborer des procédures de concertation, prendre en considération les inquiétudes de la population, sans mentir sur l'existence d'une incertitude scientifique et en donnant aux responsables des arguments pour justifier objectivement leur choix ? Les législations étrangères fixent souvent des seuils plus bas pour les lieux d'habitation, afin de tenir compte des craintes de la population, ce qui induit une plus grande fer-

⁴⁶ <http://nisbl.innetag.ch/>

⁴⁷ Téléphonie mobile : guide à l'intention des communes et des villes, édité par l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) et a., Berne, 2010.

⁴⁸ Il convient de préciser qu'il existe également un Guide des bonnes pratiques entre maires et opérateurs, co-édité par l'AMF (association des maires de France) et l'AFOM (association française des opérateurs mobiles), 28 avril 2004. Toutefois, ce Guide ne souffre pas la comparaison avec son homologue suisse d'abord au niveau quantitatif (13 pages contre 60 pages pour le guide suisse), ensuite au niveau qualitatif.

meté des juridictions en cas de litige. En France, un calcul devrait pouvoir être fait entre le coût engendré par les procès et le coût qu'impliquerait tant l'abaissement des seuils d'exposition que la concertation avec la population à l'instar de ce qui est expérimenté dans les villes pilotes comme Strasbourg.

L'exposition accrue de la population aux rayonnements non ionisants est une conséquence d'un choix d'équipement en infrastructure de téléphonie mobile. Dès lors, il ne devrait pas être si difficile, alors que presque toute la population dispose et utilise un portable, de faire accepter ce qui en est la contrepartie inévitable, quitte à abaisser certains seuils pour apaiser les craintes les plus vives.⁴⁹ ■

⁴⁹ V. pour une description de l'évolution de la politique belge en ce sens, N. SCHIFFINO, C. DEBLANDER et J. DAGNIES, Entre gouvernance, démocratie et changement d'échelles : la régulation publique de la téléphonie mobile en Belgique, [VertigO], La revue électronique en sciences de l'environnement, vol. 9, n° 1, 2009, consultable en ligne : <http://id.erudit.org/iderudit/039938ar>.

Pays	900 MHz	1800 MHz	2100MHz	
Belgique (hors Wallonie et Bruxelles)	20,6 V/m	29,1 V/m		Dans toutes les zones accessibles au public.
Bruxelles ville	3 V/m			Dans les lieux de séjour.
Wallonie	3 V/m			
France	41 V/m	58 V/m	61V/m	En tout lieu où des personnes peuvent séjourner.
Luxembourg	3 V/m			
Suisse	4 V/m	6 V/m		Dans les lieux où des personnes séjournent pendant une période prolongée.

MACIEJ MURMYLO

Marchés publics, laboratoire de la modernisation de l'Etat



Étudiant en Master 2 « Droit de la propriété intellectuelle » à Sciences Po

L'auteur a travaillé pendant deux ans au GIP e-bourgogne et à l'Adetef sur des projets européens d'e-procurement

Dans le contexte de la Stratégie de Lisbonne¹ et de la codification du droit relatif à la commande publique (2001), le cadre juridique français ne cesse d'évoluer pour encourager, entre autres, la dématérialisation des procédures de passation de marchés. Retour sur la complexe intégration des nouvelles technologies d'information et de communication aux dispositifs de la performance administrative, dans la continuité de l'article « L'écologie de l'achat public » de Nicolas Garderes.

Les commandes de travaux, de biens et de services réalisées par les organismes publics et parapublics représentent plus de 10% du produit intérieur brut en France,² sachant que les collectivités territoriales sont les plus grands investisseurs en la matière. Ainsi, les marchés publics constituent un des premiers viviers économiques pour les TPE et PME locales. Cependant, l'éparpillement des appels d'offre et leur lourdeur administrative ne restent pas sans influence sur l'attribution des marchés : celle-ci

peut s'avérer infructueuse ou trop onéreuse à défaut de participation suffisante des entreprises, hésitantes face aux difficultés administratives. Dans ce sens, la directive 2004/18/CE invite les pays à tirer profit des techniques d'achat électroniques dans le but de rendre plus ouvertes et transparentes les dites procédures, mais sans en dessiner des contours précis.

Le législateur français a rendu obligatoire, la capacité technique de recevoir par voie électronique des candidatures et des offres aux marchés formalisés³ à partir du 1er janvier 2005 et depuis se suivent des modifications de ce dispositif. On parle d'ailleurs d'un mouvement vers le « zéro papier » : d'après les objectifs chiffrés dans la déclaration ministérielle de Manchester,⁴ 100% des appels d'offre doivent être publiés en ligne et le taux de réponses « dématérialisées » pour les marchés formalisés doit atteindre 50%. Or, à l'échéance de ce programme, la France n'est selon les estimations qu'à quelques pourcent de

¹ Pour une définition: http://europa.eu/scadplus/glossary/lisbon_strategy_fr.htm

² http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/autr_text_2.html

³ D'après les normes européennes, tout marché dépassant un seuil de fournitures et de services de 193 000 € pour les collectivités territoriales et de 125 000 € pour l'Etat.

⁴ http://ec.europa.eu/information_society/activities/egovernment/docs/pdf/manchester_declaration.pdf

réponses électroniques pour les marchés formalisés.

S'il est permis d'observer que les modifications successives du Code des marchés publics reflètent une approche graduelle adoptée par le législateur en vue de promouvoir les nouvelles technologies dans la commande publique (I), cette démarche n'est pas aujourd'hui exempte d'imperfections pouvant éclairer les résultats mitigés observés (II).

1. Marchés publics électroniques en évolution

La frénésie caractérisant les récentes évolutions du Code des marchés publics est révélatrice de l'importance attachée à ce volet de l'action de l'Etat. Si la réduction des charges administratives en est la ratio legis (1.1), le régime de la commande publique dématérialisée s'avère en réalité davantage un facteur de complexité (1.2).

1.1 Consécration légale des consultations électroniques

La bonne utilisation du denier public exige des règles spécifiques de passation des marchés vues comme des garde-fous contre la mauvaise gestion et les pots-de-vin. Par mimétisme vis-à-vis du secteur privé et du fait des gains réalisables grâce à l'e-commerce, l'idée de dématérialiser les flux d'information liés à la commande publique via des plateformes informatiques s'est imposée naturellement. Toutefois, les bénéfices ne sauraient se limiter au seul aspect financier, les NTIC renforçant également la communication, la transparence et la traçabilité avec, en plus, une réduction

sensible de la consommation du papier.⁵

1.1.1 Droit communautaire

A l'instar des pays scandinaves, certains Etats se sont très tôt lancés dans la refonte de leur loi pour rendre possible la dématérialisation de l'achat public. Mais c'est avec la directive 2004/18/CE qu'en vertu de la compétence sur l'harmonisation du marché commun, un véritable processus européen a été lancé. Le droit communautaire a ainsi introduit le principe d'égalité entre moyens électroniques et moyens classiques de communication sur les procédures de passation des marchés.

En application de l'article 42 assorti de l'annexe X sur les exigences relatives aux dispositifs de réception électronique, les moyens techniques doivent garantir l'intégralité des informations transmises, ainsi que la confidentialité des candidatures et des offres. Ils ne peuvent pas par ailleurs être discriminatoires.

Les seuils communautaires délimitant les régimes et leur corollaire – le caractère obligatoire des NTIC pour les différents types de marchés – sont revus par la Commission chaque année.⁶

⁵ Cliquer c'est acheter, cliquer c'est vendre <http://www.telecom.gouv.fr/rubriques-menu/entreprises-economie-numerique/dematérialisation-marchés-publics/cliquer-est-acheter-652.html>

⁶ http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22009_fr.htm

1.1.2 Droit français

La directive a été transposée en droit français par un décret du 1er août 2006 portant le nouveau code des marchés publics. Ce texte a repris l'article 56 sur les communications et échanges d'informations par voie électronique du code de 2004. Ainsi, entré en vigueur le 1er janvier 2005, le dispositif sur la capacité technique à réceptionner les candidatures et les offres électroniques est non seulement maintenu mais est en outre dépassé. En effet, cinq ans plus tard, il devient loisible à l'administration d'imposer la réponse électronique à un appel d'offre formalisé. Qui plus est, l'achat des matériels et services informatique est désormais obligatoirement dématérialisé. Mais ce n'est pas la fin des changements puisque, dès le 1er janvier 2012, un acheteur public ne pourra pas refuser une offre électronique, dès lors que sa valeur dépasse 90 000 €.⁷

Par ailleurs, le 10 février dernier, le Conseil d'Etat a jugé non écrit⁸ le relèvement de 4 000 à 20 000 € des seuils des procédures adaptées aux motifs d'atteintes à la liberté d'accès à la commande publique, à l'égalité de traitement des candidats et à la transparence des procédures. Est donc annulé le décret visant à accélérer l'attribution des contrats, destiné à aider les PME en temps de crise en assouplissant les règles de publicité en ligne, pour des marchés de petite envergure.

1.2 Conditions de forme des consultations électroniques

Dans le cadre des marchés publics, le mode de transmission de données entre l'administration et

l'entreprise doit être par définition neutre. L'achat dématérialisé doit logiquement obéir au même corps de règles du fond que les procédures papiers. La forme en revanche fait preuve de divers aménagements indispensables en vue d'instaurer une certaine confiance en la voie électronique. Pour autant, la notion de neutralité ne rime pas nécessairement avec une indifférence par rapport aux contraintes légales. En effet, dans certains cas, les plateformes virtuelles permettent de satisfaire à l'exigence de publicité sans avoir recours à certains tuyaux classiques mais payants, tel que l'apparition dans un journal de presse régionale.

1.2.1 Pouvoir adjudicateur

La liste des documents susceptibles d'être dématérialisés n'étant pas limitative depuis 2006, on citera notamment les dossiers de consultation entreprises (DCE) avec le règlement, les cahiers de charge, ainsi que les renseignements complémentaires.

Pour les marchés⁹ d'un montant supérieur à 90 000€, l'acheteur public doit publier tous ses avis de publicité sur son profil d'acheteur, c'est-à-dire sur la plateforme. Pour les marchés à procédure adaptée (MAPA) qui vont de 4 000€ à 90 000€, l'obligation de publicité peut être satisfaite par une publication sur la plateforme plutôt qu'à travers des publicités dans les journaux locaux. Pour les marchés de gré-à-gré inférieur à 4 000 €, le formalisme réduit à son strict minimum ainsi que l'obligation restreinte de mise en concurrence n'interdisent pas la dématérialisation, mais n'y encouragent pas non plus faute de contrainte légale. La démarche relative aux deux dernières procédures, essentiellement fondée sur le seul volontarisme, a été d'autant plus sujette à

⁷ Dématérialisation des marchés publics – guide pratique

⁸ Décision n° 329100

⁹ Guide pratique pour la réponse des PME à la commande publique <http://www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/guidepratique-050208.pdf>

de vives critiques que ces deux procédures incluent une majorité des marchés.

1.2.2 Soumissionnaire

Un pré requis évident pour les entreprises est de disposer d'un matériel informatique, d'une connexion haut débit ainsi que d'un savoir-faire en la matière. Ces conditions n'ont d'ailleurs rien de spécifique aux procédures dématérialisées et sont même aujourd'hui inhérentes à toute activité économique. L'acquisition d'une signature électronique, indispensable pour signer la candidature et l'acte d'engagement transmis par voie électronique, est en revanche une démarche supplémentaire relativement onéreuse.¹⁰

Le DCE téléchargé, l'entreprise peut, le cas échéant, imprimer les documents et les retourner sous format papier, ou bien adresser par voie électronique sa candidature avec la réponse.

Il convient enfin de mentionner que dans le cadre des échanges dématérialisés l'entreprise peut avoir recours à une copie de sauvegarde. L'arrêté d'application du 14 décembre 2009 précise que cette copie préalablement identifiée, conforme à l'envoi principal et placée sous pli scellé peut remédier aux aléas de l'informatique.

2. Une dématérialisation de la commande publique en inadéquation avec ?

Les six années qui se sont écoulées depuis l'introduction en France des plateformes virtuelles de marchés publics permettent d'en dresser un premier bilan. En dépit des modifications fréquentes

du Code, les dispositifs mis en place se heurtent à des critiques de nature économique (2.1) mais répondent tant bien que mal aux objectifs politiques (2.2).

2.1. Démarche insatisfaisante pour les entreprises

Contrairement aux attentes, les destinataires des solutions de dématérialisation se sont montrés relativement hostiles à cette nouvelle voie de communication avec le pouvoir adjudicateur. Pour n'en prendre qu'un exemple, la plateforme mise en place par l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie (ACFCI)¹¹ pour l'ensemble des CCI n'a jamais connu de véritable succès malgré sa qualité technologique. L'explication de ce phénomène peut résider dans un régime juridique inadapté, entraînant un déploiement imparfait.

2.1.1 Régime

En vertu du principe de la libre administration des collectivités territoriales, affirmé dans la Constitution, les organismes soumis au Code ont eu le choix entre différents prestataires de service pour la livraison d'une plateforme électronique relative à la gestion des marchés publics.¹² Certes, s'est opéré un mouvement de regroupement autour de solutions proposées par quelques sociétés de services en ingénierie informatique. Cela n'a eu toutefois que peu d'intérêt pour les petites entreprises, dans le sens où les plateformes se caractérisaient par des ergonomies différentes et des services somme toute peu pertinents au niveau local, car souvent pensés pour le niveau national.

¹¹ Désormais remplacée par la plateforme de l'Etat

¹² On citera notamment www.achatpublic.com, www.marchesonline.com, www.achat-national.com et <http://www.edi-tender.com/>

¹⁰ Le prix intègre le coût initial du support physique (px. clé USB) et les frais annuels d'un certificat variant entre 70 et 130 €

Il est opportun de mentionner l'apparition récente de sites agréant l'ensemble des appels d'offre régionaux et, surtout, la Place de marché interministérielle,¹³ développée sous licence open-source et interopérable avec des solutions analogues adoptées auparavant par plusieurs entités publiques en France.¹⁴ Cette tendance permettra peut-être de briser le cercle vicieux selon lequel un faible nombre d'appels d'offre sur une plate-forme donnée génère peu de visiteurs, ce qui n'incite pas l'administration à privilégier l'*e-procurement*.

De surcroît, si la consultation, la réponse et l'attribution d'un marché peuvent être théoriquement réalisées sur Internet, la chaîne n'est pas entièrement dématérialisée, notamment en ce qui concerne le contrôle de légalité, le suivi de réalisation et la facturation. Cela conduit encore trop souvent à réimprimer les documents et peut devenir un élément rédhibitoire pour les adopteurs précoces. Dans la même ligne d'arguments on peut citer l'inexistence des e-services annexes (e.g. interface avec l'URSSAF) qui pourraient inciter davantage d'opérateurs à s'inscrire et à utiliser les plateformes qui deviendraient, à terme, des guichets uniques.

2.1.2 Déploiement

Du point de vue sociologique, on constate une forte résistance organisationnelle à l'abandon du papier au profit des procédures dématérialisées, d'autant que la démarche relève en l'occurrence largement du volontariat. Il était erroné de croire que les agents rationnels iraient massivement utiliser la voie élec-

tronique, alors même qu'elle n'apportait pas ou peu de valeur ajoutée à leur travail quotidien.

A défaut d'incitations et compte tenu de la complexité de la matière, la démarche a en effet souffert de l'image négative d'une spéculative simplification des charges administratives, in fine davantage subie que choisie. Il n'en reste pas moins que dans certains cas rares, comme en Bretagne ou en Bourgogne, où la formation et l'accompagnement ont été inscrits dans la durée et accessibles, la confiance des entreprises a généré un effet de taille et une utilité effective des plateformes de la commande publique. La contrainte légale étant assez faible, il semblerait que l'importance de la conduite de changement avait été sous-estimée.

2.2. Démarche lacunaire pour le marché commun

De façon globale, la réforme initiée par la Commission paraît inachevée, si l'on considère non seulement la médiocrité des différents résultats nationaux¹⁵ mais également l'inexistence des mécanismes transfrontaliers. Ce statut quo résulte d'outils d'harmonisations qui, bien que choisis, ont une efficacité discutable. Dans la réalité, le développement des plateformes européennes des marchés publics reste donc difficile.

2.2.1 Droit mou

Dans le contexte des ambitieux objectifs de Lisbonne, la Commission s'est dotée de moyens conséquents dans le domaine de la commande publique. En effet, la DG Société de l'information gérait sous le 6e Programme-Cadre plusieurs projets européens, et continue de le faire sous le 7e. Le plus important

¹³ www.marches-publics.gouv.fr lancé en novembre 2008

¹⁴ 18 Conseils régionaux, 35 Conseils généraux, 50 grandes villes et agglomérations

¹⁵ Et, au demeurant, ces résultats sont souvent inférieurs à ceux obtenus en France.

programme en la matière est aujourd'hui le Pan-European Public Procurement On-Line¹⁶ (Peppol), chiffré à 30 M € et réunissant 12 pays. Cette expérimentation, difficile de part la forte hétérogénéité des législations et usages nationaux, doit servir de démonstration, voire préfigurer la future architecture européenne, avant même que les choix politiques ne soient opérés.

On notera en outre la volonté d'encourager des échanges entre des professionnels d'un secteur formés dans des pays différents.¹⁷ Cette volonté se manifeste également par de nombreuses conférences sur le sujet et par l'accent mis sur le partage des bonnes pratiques.¹⁸

Il est intéressant de relever également que les marchés publics dématérialisés figurent parmi les priorités de la nouvelle Stratégie pour numérique pour l'Europe i2020¹⁹ et font actuellement l'objet d'une consultation publique. Il serait heureux qu'un nouveau coup d'envoi soit donné au mouvement en des termes davantage contraignants, afin d'induire un approfondissement de l'e-procurement.

2.2.2 Commande transfrontalière

L'aboutissement de la dématérialisation des marchés publics en Europe serait la possibilité pour

¹⁶ www.peppol.eu

¹⁷ The e-procurement map <http://www.epractice.eu/en/library/347270>

¹⁸ Communauté e-procurement sur le site européen de partage de bonnes pratiques en e-administration : <http://www.epractice.eu/community/eprocurement>

¹⁹ http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/index_en.htm

une entreprise hongroise, par exemple, de répondre par voie électronique à un appel d'offre portugais. Se pose tout de suite la question de la barrière linguistique, qui peut être évacuée dans une certaine mesure grâce au Vocabulaire Commun pour les marchés publics de l'Union européenne (Common Procurement Vocabulary, CPV) et aux solutions de traduction automatique.

La difficulté juridique pratique demeure les lacunes relatives à l'interopérabilité permettant des échanges entre les systèmes nationaux via des métadonnées. La signature électronique en est une illustration, dans le sens où la directive 1999/93/CE a laissé le soin à chaque pays de définir souverainement le taux de sécurité requis pour chaque procédure et de choisir les tiers de confiance. Par conséquent, nonobstant des différences techniques négligeables, les signatures électroniques restent nationales et, aujourd'hui, ne peuvent pas certifier l'identité du soumissionnaire dans les marchés publics internationaux.

Force est de constater que la dématérialisation des marchés publics tant en France qu'au niveau européen est loin de générer les résultats escomptés. On peut regretter notamment que la priorité soit donnée aux marchés de grande envergure et qu'en parallèle la signature électronique paraisse encore inaccessible et non interopérable en Europe. Il ne faut pas oublier une sensibilisation et une formation à ce nouvel outil informatique encore embryonnaires. En d'autres termes, la vision d'ensemble ne saurait être complète que si l'on associe à des explications légales des considérations sur la conduite de projets informatiques, en l'occurrence peu orientée vers l'utilisateur. Enfin, l'informatique ne sera pas la panacée

pour des procédures intrinsèquement complexes. Reste aujourd'hui à savoir par quel biais et à quel niveau ce chantier d'envergure sera poursuivi afin qu'un réel changement s'opère et permette des améliorations quantitatives et qualitatives dans l'administration publique. ■

CONFÉRENCES

LOÏC JOURDAIN

Procédure AMF : Regards critiques sur les avancées réalisées par la loi de réglementation bancaire et financière

Conférence tenue à Sciences Po Paris le
Mercredi 17 novembre 2010

Comprendre la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 oblige à un effort de mémoire. Il est essentiel, en effet, de se souvenir du contexte économique et politique qui a mené à l'adoption de cette loi.

Le contexte économique tout d'abord. Lors du semestre 2007, suite à la crise des subprimes, la France assiste au retournement du marché immobilier américain et les premières difficultés sur les marchés financiers apparaissent. Loin de se résorber, ces difficultés financières s'internationalisent au cours du deuxième semestre 2007 puis, en 2008, ce sont les valorisations sur l'ensemble des marchés qui sont touchées. Après la faillite de Lehman Brothers et de plusieurs banques d'investissement américaines, c'est une crise bancaire mondiale qui fait suite à la crise financière.

Le contexte politique est fortement marqué par ces crises successives. À ce titre, Pascal Lamy, président de l'OMC, déclarait le 1er octobre 2008 : « En matière financière, c'est peu dire que les événements depuis plus d'un an ont montré l'absence de régulation internationale efficace ». La coupable de ces crises est toute désignée : c'est la dérégulation. Le mot est prononcé. Face à ces accusations et à la dégradation continuelle de

l'économie, les Etats sont invités à réagir, à renforcer la régulation du système financier et des marchés.

C'est ainsi que, le 16 septembre 2009, Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, a présenté en Conseil des ministres un projet de loi concernant la régulation bancaire et financière. Ce projet a abouti à la loi de régulation bancaire et financière, promulguée le 22 octobre 2010, et finalement publiée au Journal Officiel le 23 octobre.

Cette loi du 22 octobre 2010 se déploie en deux volets : le texte vise d'une part à la supervision des acteurs et des marchés financiers, et soutient d'autre part le financement de l'économie en vue d'accompagner la reprise économique. On notera en particulier que la loi prévoit l'encadrement des ventes à découvert par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), la modification du délai de règlement livraison des titres et l'autorisation de l'AMF de contrôler et sanctionner les agences de notation et de crédit. De plus, l'AMF dispose désormais d'un pouvoir de transaction et ses montants maximaux de sanctions sont rehaussés (atteignant ainsi 100 millions d'euros). L'AMF est donc pensée comme la cheville-ouvière de cette réforme législative.

Il restait donc à s'interroger sur ce texte qui vient d'être promulgué et en particulier sur le rôle de l'AMF dans ce dispositif. C'est pourquoi l'AJSP a voulu organiser au plus tôt une conférence à Sciences Po qui a eu lieu le 17 novembre 2010 dans l'amphithéâtre Albert Sorel. Étaient présents pour cette table ronde : Me Frank Martin Laprade, avocat associé du cabinet Jeantet & Associés et qui fut auditionné par le Sénat pour le projet de loi : il a conduit les débats entre Mme Bénédicte Garrigues, responsable contentieux de la direction juridique du Crédit Agricole ; Me Martine Samuelian, avocat associée du cabinet Jeantet & Associés ; Mme Marielle Cohen-Branche, membre de la commission des sanctions de l'AMF qui intervient en son nom propre et non celui de l'AMF ; et M. Yann Paclot, Professeur de droit à l'Université Paris XI.

Me Laprade introduit le débat en rappelant que la procédure AMF au regard de la loi de réglementation bancaire et financière. Elle vise à la fois à corriger certaines des lacunes identifiées à l'occasion de la crise des subprimes mais aussi à pallier les carences identifiées lors de certaines affaires retentissantes. On pense naturellement à l'affaire EADS pour laquelle la commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers avait rendu sa décision le 17 décembre 2009. En effet, la loi

de réglementation bancaire et financière tente de fournir au régulateur l'occasion de faire évoluer les conditions dans lesquelles l'AMF assume l'une de ses fonctions majeures : la surveillance et la sanction des manquements commis.

Pour cela Me Laprade évoque deux axes principaux autour desquels s'articule la réforme : d'une part, l'élaboration d'une charte des enquêtes et l'ouverture d'une procédure de discussion préalable à la notification des griefs (courrier circonstancié) ; d'autre part, la création d'un mécanisme de transactions appelé « composition administrative » permettant d'échapper aux sanctions dont le montant maximum peut désormais atteindre 100 millions d'euros.

Concernant le premier volet de la procédure AMF - la charte des enquêtes et la procédure de pré-notification de griefs - Maître Samuelian nous rappelle la situation actuelle. Selon elle, il ne faut pas oublier qu'il existe deux services d'enquête différents. L'un est le service de contrôle (le CEPIM dirigé par Mme Marguerite Yates) en charge de mener les contrôles sur pièces et sur place des prestataires de service d'investissement, en vue de s'assurer du respect par ceux-ci de leurs obligations professionnelles. Elles sont fixées par des règles telles que les ratios

règlementaires ou les règles de bonne conduite. L'autre est le service d'enquête (le DESM dirigé par H. Dallerac) chargé des enquêtes sur les abus de marché. Or, Me Samuelian note qu'il existe une charte de contrôle depuis quatre ans alors qu'il n'existait, avant la réforme, pas de charte des enquêtes. Ainsi, à la suite des dossiers épineux dont l'AMF a dû s'emparer, la nécessité d'élaborer une charte des enquêtes a été renforcée. On pense naturellement à l'affaire EADS, lors de laquelle l'AMF s'est vue opposer de nombreux griefs, tels que comme la constitution de dossiers à charge, des raccourcis adoptés dans la démonstration du faisceau d'indices relatifs à la détention de l'information privilégiée ainsi que des conflits d'intérêts potentiels. Face à ces attaques, on comprend la nécessité d'élaborer une charte des enquêtes et une procédure de pré-notification des griefs pour encadrer la procédure. C'est à l'issue de ce rappel que Mme Brigitte Garrigues évoque le projet de charte des enquêtes et l'instauration de phase semi-contradictoire issue de la loi de réglementation bancaire et financière. Selon Brigitte Garrigues, la charte - bien que non publiée à ce jour - pose les principes généraux des droits et obligations des inspecteurs de l'AMF selon trois axes : l'exigence d'impartialité (R.621-33 du Code Monétaire et Financier) face au risque de conflit d'intérêt, le respect du secret professionnel et finalement l'obligation de transmission au Parquet en cas d'infraction. Bien que cette charte ne vienne que formaliser des obligations déjà existantes, elle a le mérite d'informer clairement les personnes sollicitées. Me Samuelian parle ainsi d'une véritable tentative de rééquilibrage entre les droits des enquêteurs et les droits de la défense. Les

personnes sollicitées lors de la phase d'enquête sont maintenant en mesure de vérifier l'identité des enquêteurs, d'être informées de l'objet de l'enquête, d'être assistées d'un conseil et un procès-verbal est établi après chaque audition (avec liste des pièces et consignation des explications fournies de manière spontanée).

En somme, résume Mme Brigitte Garrigues, le cadre juridique des dossiers d'enquête vise quatre objectifs principaux. D'abord, il s'agit d'assurer la cohérence et la lisibilité du dossier d'enquête en sélectionnant les pièces qui ne violent pas les principes de loyauté et d'égalité des armes et ne portent pas atteinte aux droits de la défense. L'enquête vise également à respecter un principe de transparence : un sommaire détaillé des pièces annexées et des pièces écartés est communiqué. Ensuite, le principe de sécurité juridique est placé au cœur des dossiers d'enquête. Finalement, on rappelle que l'exigence de confidentialité doit être garantie en particulier au niveau des correspondances et des consultations d'avocats.

Mme Brigitte Garrigues ajoute que des règles de bonne conduite viennent compléter le dispositif et sont applicables tant aux enquêteurs qu'aux personnes sollicitées. Les enquêteurs sont notamment soumis au respect des principes qui gouvernent les actes d'enquête (impartialité et proportionnalité), à l'explication du contexte et des actes d'enquête, à un comportement professionnel, neutre et loyal et doivent agir avec diligence. Me Samuelian quant à elle, met en avant les règles de bonne conduite applicables aux personnes sollicitées : répondre aux questions po-

sées avec loyauté, coopérer avec les enquêteurs, communiquer les documents, fichiers et explications dans des délais raisonnables et enfin conserver une attitude neutre, professionnelle et courtoise.

Pour cette première phase de la procédure AMF les intervenants s'accordent à dire que l'on ne pourra évaluer les apports de la charte des enquêtes et de la pré-notification des griefs qu'en fonction de leur portée pratique. Il convient donc d'être vigilant sur la tournure que prennent ces nouvelles modalités dans les mois qui viennent. Le deuxième volet de la procédure AMF est lui réformé à la fois par l'introduction d'une « composition administrative » et par des modifications dans la procédure de sanction. Aux yeux de Me Laprade, la Commission des Opérations de Bourse puis l'AMF ont longtemps voulu se doter d'un pouvoir de transaction tel qu'on peut le voir à l'étranger (on pense notamment à la Securities and Exchange Commission aux États-Unis). Cependant l'articulation du pouvoir de transaction semble délicate tant la force de frappe de l'AMF est décuplée. D'ailleurs, l'introduction d'une procédure de transaction pouvait sembler compromettre l'impératif de régulation - et donc de dissuasion par la sanction - rendu nécessaire par la crise. C'est la raison pour laquelle Mme Christine Lagarde n'était pas favorable à ce pouvoir de transaction. Il a donc fallu mettre en place des verrous législatifs suffisamment forts pour qu'il soit accepté.

Mme Marielle Cohen-Branche, membre de la commission des sanctions de l'AMF, s'attache donc d'abord à décrire le champ d'application

de la « composition administrative ». Il apparaît qu'elle sera utilisée qu'en cas manquement aux obligations professionnelles des Prestataires de Services d'Investissement (PSI) et ceux qui leurs sont attachés. La composition administrative ne pourra donc pas concerner les personnes physiques ni les abus de marché. A son tour, Mme Brigitte Garrigues décrit cadre juridique de la composition administrative. Dans un premier temps on devra observer une proposition transmise aux personnes concernées lors de l'envoi de la notification de griefs (L.621-14-1 du Code Monétaire et Financier). Toutefois, le simple fait de transiger ne vaut pas nécessairement reconnaissance de responsabilité. Cette opposition entre transaction et responsabilité pourrait sembler paradoxale : on n'accepte pas de payer si l'on s'estime non responsable des manquements reprochés. Elle répond en réalité à des préoccupations de droit. En effet, si la transaction valait reconnaissance de responsabilité, elle pourrait servir de base à indemnisation au civil pour les victimes, ce qui en affaiblirait incontestablement la portée. Dans un second temps la composition administrative devra faire l'objet d'une Homologation par la Commission des Sanctions remarque le Professeur Paclot, il ajoute d'ailleurs que de fortes questions se posent quant à la nature du contrôle. Des problèmes de confidentialité se posent également. Me Samuelian s'interroge sur la réalité de cette confidentialité des transactions publiées car, bien que rendues anonymes dans la mesure, les faits tels qu'ils sont présentés par l'AMF suffisent souvent à reconnaître la société concernée.

On devine ainsi que les conditions dans les-

quelles cette composition administrative sera en pratique mise en œuvre conditionneront son avenir. Me Laprade évoque la possibilité d'une institution mort-née.

Si la composition administrative répond à un désir de longue date de se doter d'un pouvoir de transaction, les modifications de la procédure de sanction répondent pour leur part aux critiques virulentes formulées lors de l'affaire EADS. Pour cette raison, les séances de la commission des sanctions sont maintenant publiques pour plus de transparence.

La première interrogation de la réforme de la procédure de sanction porte sur l'étendue de la reprise en main par le collège. En effet, la transaction prend nécessairement la forme d'une amende, et interdit par définition le prononcé ultérieur d'une sanction administrative. Mme Marielle Cohen-Branche note d'abord l'importance du Président de l'AMF bien que son rôle soit à nuancer face aux prérogatives du collège : les « décisions prononcées par la commission des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours par les personnes concernées et par le président de l'AMF, après accord du collège » déclare-t-elle. Le Professeur Paclot note que l'intervention officielle de l'autorité de poursuite se fera au travers d'un représentant du collège qui s'exprimera en réclamant des sanctions.

En dernier lieu c'est la multiplication par dix du plafond forfaitaire de sanction qui est mis en question. Le Professeur Paclot insiste sur l'étrangeté de cette modification puisque la commission des sanctions n'avait pas encore eu l'occasion d'expérimenter la précédente augmentation (en 2008 le plafond était ainsi passé à 10 millions d'euros, contre 1,5 million précédemment).

En conclusion, ces regards critiques exposés par chacun des intervenants au cours du colloque mettent en avant le caractère éminemment ambivalent de la loi de réglementation bancaire et financière. Pourtant dans le même temps les intervenants ont souligné de nombreux écueils dans lesquels cette nouvelle procédure AMF pourrait tomber. Tant sur la charte de l'enquête que sur la composition administrative les acteurs devront être vigilants sur les conditions pratiques de mise en place des procédures AMF. Enfin, il est à noter que cette loi a été imprégnée d'un grand désir de clarification de la part du législateur. Cette vision explicite et cohérente dans la répartition des rôles des différents organes et la conduite des procédures de l'AMF ne pourra donc être, a priori, que bénéfique pour l'ensemble des acteurs concernés. ■

ARTHUR MILLERAND

Quel avenir pour la garde à vue ?

La récente décision du Conseil Constitutionnel (30 juillet 2010, dec. n° 2010-14/22) suivie des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 14 octobre 2010 (aff. Brusco c. France, n° 1466/2007) et de la Cour de cassation du 19 octobre 2010 ont mis en lumière les carences du système français actuel de garde à vue. L'échéance pour la réforme a été fixée par le Conseil Constitutionnel à juillet 2011, ce qui laisse peu de temps au gouvernement français pour réagir.

C'est dans le cadre de ce débat de société que l'Association des Élèves et Diplômés Juristes (AJSP) a invité les principaux acteurs de la chaîne judiciaire pour débattre des enjeux de la réforme et de l'avenir de la garde à vue. Les débats entre Jean-Claude MARIN, Procureur de la République de Paris, Frank NATALI, avocat, membre du Conseil National des Barreaux et ancien Président de la Conférence des Bâtonniers, Richard SRECKI, commissaire divisionnaire à la direction centrale de la police judiciaire ont été conduits par Pierre RANCE, chroniqueur judiciaire (Europe 1).

Pierre RANCE introduit le débat en rappelant qu'il y a eu environ 800.000 gardes à vue en France en 2009 ainsi qu'en mettant en avant les grandes décisions de justice récentes en la matière. En mettant en rapport tous ces éléments au regard de la date butoir de juillet 2011, la garde à vue apparaît comme un chantier immense recelant de nombreux points de désaccord entre les

différentes professions concernées par le mécanisme.

Richard SRECKI, commissaire de police et membre du syndicat des commissaires de la police nationale (SCPN), prend le premier la parole pour faire part de la pratique de la garde à vue pour les policiers. Une réflexion liminaire le conduit à déplorer qu'un débat qui devrait être uniquement technique « soit devenu politique, voire polémique ». En effet, selon lui, seule la garde à vue est dans le collimateur d'une réforme qui devrait être plus générale. Pour rappel, l'officier de police judiciaire (OPJ) est presque toujours seul à l'initiative de la garde à vue, même si les magistrats ont les mêmes prérogatives (article 41 du Code de Procédure Pénale) comme le rappelle Jean-Claude MARIN. Le commissaire de police met en avant que les policiers sont favorables à l'encadrement de la garde à vue et à en diminuer à la fois le nombre et la durée. Cette procédure très formalisée est longue et harassante pour les fonctionnaires de police ce qui, ajouté à la culture du résultat mise en place par le gouvernement, rend leur tâche très compliquée et épuisante. Richard SRECKI ne manque pas de rappeler que l'augmentation du nombre de gardes à vue résulte aussi de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui affirme que toute privation de liberté doit être une garde à vue afin que la personne concernée puisse bénéficier des droits qui y sont attachés. Enfin pour conclure cette première prise de parole, le commissaire lâche une question qui suscitera de nombreuses

réactions. Celle-ci concerne le rôle de l'avocat dans le projet de réforme puisqu'il faut s'interroger sur le point de savoir si l'avocat est un auxiliaire de la justice oeuvrant à la manifestation de la vérité ou alors un simple défenseur des intérêts de son client. Cela revient à se demander si l'avocat avec ses exigences toujours plus grandes de formalisme et de contradictoire ne serait pas en train de devenir un frein aux enquêtes ?

La parole passe alors à Jean-Claude MARIN qui insiste sur le dispositif important de contrôle des gardes à vue par les magistrats du parquet. En effet, à Paris, des magistrats sont joignables 7 jours sur 7 et 24 h sur 24 pour répondre aux officiers de police judiciaire concernant les fins, prolongations ou autres décisions relatives aux gardes à vue en cours. Le Procureur de la République de Paris revient rapidement sur l'importance de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et surtout sur son imprégnation de droit anglo-saxon. Dans ce système, il existe une phase (courte) purement policière sans intervention de l'avocat puis une phase judiciaire contradictoire. Or, en France, cette distinction n'existe pas et il faudra faire attention à la place donnée à l'avocat dans la réforme. En effet, il faut éviter l'angélisme et, comme le rappelle justement Jean-Claude MARIN « les crimes ne sont pas poursuivis avec des idées de poète ». Avant de céder la parole, le Procureur Marin revient sur la question des régimes dérogatoires de garde à vue pour les crimes les plus graves comme le terrorisme ou le trafic international de stupéfiant. En effet, il lui semble impératif de former des avocats pour intervenir dans ces situations spécifiques et ainsi éviter que de jeunes avocats

soient pris dans des rapports de force qu'ils ne peuvent maîtriser. Le Procureur MARIN évoque ici les moyens de pressions et d'influence que sont capables d'exercer les criminels chevronnés sur des avocats.

C'est enfin Frank NATALI qui prend la parole pour conclure ce premier temps du débat. Avant de prendre position sur les enjeux précédemment évoqués, il tient à revenir sur l'origine historique de la garde à vue. En effet, dans la Constitution de 1791 toute personne arrêtée devait être immédiatement présentée à un juge. Or, la pratique a vu naître cette période où l'individu était « gardé à vue » en raison du délai pour le présenter à un juge. Ensuite cette période s'est transformée en période d'interrogatoire pour les enquêteurs. Ce n'est qu'avec la Constitution de 1958 que cette garde à vue est réglementée et depuis son régime fut maintes fois amendé. Il est important de garder cette évolution à l'esprit puisque l'avocat est devenu essentiel dans cette période particulière. Aujourd'hui, au début de la garde à vue, l'avocat peut s'entretenir 30 minutes avec son client et faire une note si besoin mais il n'aura pas accès à la procédure. Sa vision de la situation ainsi que sa marge de manœuvre est dès lors grandement réduite par les règles en vigueur. Cependant, au regard de l'article 6 de la Convention de Sauvegarde Européenne des Droits de l'Homme, cette période d'enquête, qui s'apparente à une mise en accusation, doit s'accompagner de droits pour l'individu mis en cause afin que l'avocat puisse effectuer « un travail effectif ». Frank NATALI répond ensuite à la remarque de Jean-Claude MARIN sur les régimes dérogatoires. Selon lui, ils ne doivent pas être maintenus puisque la vraie

force d'une enquête ne réside plus dans les aveux éventuellement obtenus mais dans la solidité du dossier présenté aux magistrats. Ainsi, il faut limiter autant que possible la phase policière pour passer dès que possible à la phase contradictoire. Après cette première prise de parole dynamique des intervenants, Pierre RANCE fait le point sur les sujets qui ont été abordés en récapitulant chacun des points de vue afin de pouvoir aborder une séance d'interaction avec la salle.

La première question porte sur l'audition libre - proposition de l'avant-projet de réforme - et sur l'éventuelle présence de l'avocat lors de cette période. Richard SRECKI prend le premier la parole en expliquant que l'individu appelé se présente et a alors le choix : soit il se soumet seul aux questions, soit il demande à être mis en garde à vue pour pouvoir bénéficier des droits attachés à ce régime. Par conséquent, il n'apparaît pas souhaitable que l'avocat intervienne à ce stade puisque ce serait rallonger inutilement la procédure et qu'en tout état de cause, l'individu peut choisir de bénéficier des droits du gardé à vue. À cela Frank NATALI répond qu'il faut sans doute sortir du cliché de l'avocat procédurier qui cherche à faire échec aux initiatives policières. En effet, la présence de l'avocat ne rime pas nécessairement avec rallongement des délais de la procédure. Certes répond alors le commissaire SRECKI mais quel serait la plus value de sa présence lors de l'audition libre ? Maître NATALI répond à cela que la présence de l'avocat donnerait de la force et plus de poids aux dépositions ainsi recueillies par les enquêteurs.

Après cette première question, un autre auditeur

prend la parole en demandant à Jean-Claude MARIN quels sont les espoirs et les craintes du parquet dans cette réforme, notamment à propos des régimes spéciaux de garde à vue. Le Procureur de la République commence en défendant à nouveau l'existence des régimes dérogatoires de garde à vue. En effet, dans les affaires les plus graves, les actes d'enquêtes, comme les perquisitions, sont très longs et les gardés à vue très coriaces. Ainsi, selon lui, ce serait une grosse erreur de considérer la suppression des régimes dérogatoires comme une avancée pour la lutte contre le crime. À ce propos, il lance une information intéressante : « Depuis que les avocats interviennent dans ce type d'affaires, le taux d'élucidation a chuté ». Le deuxième pan de sa réponse concerne la nécessité de clarifier le rôle du parquet par le biais de cette réforme. En effet, au regard de la jurisprudence de la CourEDH le parquet n'est pas une autorité judiciaire, or la garde à vue doit être contrôlée par un juge. Dès lors, si le statut du parquet n'est pas modifié, le Jean-Claude MARIN affirme que la charge du contrôle des gardes à vue serait déplacée sur les juges d'instruction, ce qu'ils ne peuvent pas faire.

Enfin une troisième question a été posée et concerne la mise en œuvre budgétaire de la réforme de la garde à vue. Jean-Claude MARIN dans ses prises de paroles avait déjà mis en relief cette problématique et c'est Frank NATALI qui prend la parole pour répondre à cette interrogation. En effet, une plus grande présence de l'avocat signifie plus de commis d'office à rémunérer - en effet il faut rappeler que 85% des gardes à vue concerne des avocats rémunérés

grâce à l'aide juridictionnelle. Pour cet avocat, ancien bâtonnier de l'Essonne et membre actuel du Conseil National des Barreaux, cette réforme est une chance historique de remodeler les structures de la procédure pénale française. En effet, c'est l'occasion de pouvoir mettre en place un système pouvant améliorer le service public de

la justice en permettant à chacun d'être défendu au mieux quel que soit son état de fortune. Il faut donc dépasser le débat politique et idéologique pour se focaliser uniquement sur la mise en œuvre pratique de cette réforme. ■

Appel à Contribution Droit et Ethique des Affaires

Crise financière, golden parachutes,... la décennie qui s'achève a été marquée par de nombreux scandales, dont les fondements ont mis en évidence certains dysfonctionnements du monde des affaires. Il semble que l'heure de la moralisation de ce monde si particulier ait sonné. C'est dans ce contexte que la Revue a décidé de consacrer son prochain numéro aux relations entre droit et éthique dans la vie des affaires.

Ce numéro aura notamment pour objet d'étudier comment la morale et l'éthique s'immiscent peu à peu dans le champ du droit (ex : le droit de la concurrence et les diverses dispositions prévues telles que la loi NRE, le mécanisme des smokings guns ou encore les procédures d'engagement de l'Autorité de la Concurrence...), la pratique des professionnels du droit (ex : l'éthique professionnelle et les obligations déontologiques dans le monde judiciaire) et la stratégie des entreprises (responsabilité sociale des entreprises, compliance, responsabilité pénale des dirigeants...).

Les contributions portant davantage sur l'aspect économique de la problématique (ex. transparence des règles prudentielles, rôle des autorités de régulation, propositions de réformes du SMI...) et plus théoriques (ex. courant du solidarisme dans les contrats...) seront au cœur de

notre dossier, dont la portée sera résolument interdisciplinaire.

Si vous souhaitez participer à ce numéro, nous vous remercions de nous écrire à revue@ajsp.fr :

- au plus vite et avant le 1er mars 2011 pour nous soumettre au plus vite le thème de votre article ;
- les articles devront être envoyés avant le 1er avril 2011.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons donc avec grand plaisir vos contributions.

Les responsables de la Revue des Juristes de
Sciences Po

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLOMÉS
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)

ISSN 2111-4293

27 RUE SAINT GUILLAUME - 75007 PARIS

EMAIL : REVUE@AJSP.FR

SITE : [HTTP://AJSP.FR](http://AJSP.FR)

- DIRECTEUR DE PUBLICATION :

ALEXANDRE KOENIG

- SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER :

VALÉRIE-LAURE BÉNABOU

- COMITÉ DE RÉDACTION :

DOROTHÉE BRUGÈRE, STEFAN MONAGHAN,
JULIE QUAIS

- RÉALISATION GRAPHIQUE :

SERGEY ALEKHIN