



Vous avez dit "mutation" ?

Fabrice Perbost
Sabine Lipovetsky



Identifier et évaluer les risques, cette mission est bien celle de l'avocat, mais son rôle ne s'arrête pas là : il lui revient ensuite de rendre possible la mise en œuvre d'une solution adaptée à la problématique que lui soumet son client. Cette conception du conseil qui conjugue réalisme et dynamisme, n'est pas à proprement parler novatrice : elle aurait pu tout aussi bien être développée par Fabrice Perbost et Sabine Lipovetsky au lendemain de leur prestation de serment ou voici sept ans, lorsqu'Expertises les rencontra pour la première fois dans le cadre de leur collaboration au cabinet Khan & associés. Si les objectifs généraux restent inchangés, ce sont les conditions mêmes du marché qui ont évolué, notamment du fait de grandes tendances comme la communautarisation des contenus ou la dématérialisation ; avec des questionnements inédits. Des textes nouveaux sont apparus, qu'il faut tenter d'appliquer aux nouvelles circonstances. Le "duo professionnel", doté dorénavant du statut d'associé, s'occupe toujours de propriété intellectuelle, de gestion de contenus, de rédaction et de négociation des contrats, de contentieux de contrefaçon, mais le mouvement du droit et des techniques impacte nécessairement le travail juridique. L'internet d'aujourd'hui encadré par de nouvelles législations vient à peine de produire le web 2.0 qu'il faut envisager le web 3.0. Il est déjà devenu difficile d'appliquer les régimes antérieurs aux acteurs qui ne cessent d'apparaître.

Les avocats d'aujourd'hui sont bien des mutants, mais ne le sont-ils pas depuis les débuts de l'informatique ? C'est lorsqu'ils prendront des positions et des postures tranquilles qu'il faudra se dire que les temps ont bien changé.

Monique Linglet : Nous nous sommes rencontrés tous les trois en l'an 2000 alors que vous étiez tous deux déjà chez Kahn & associés : nous avons donc aujourd'hui plus de sept années de vie professionnelle à synthétiser. Sans présumer de ce que vous allez en révéler, je note qu'entre-temps, en 2004 précisément, Fabrice Perbost déclarait à Legalbiznext : "les avocats IP/IT sont des mutants". De son côté, Sabine me

faisait savoir récemment qu'elle s'honorait d'une "mutation" dans sa vie professionnelle. L'évolution de votre vie professionnelle est-elle à vos yeux d'une ampleur telle que nous puissions conserver ce vocabulaire sans abus de langage ?

Fabrice Perbost : Mes propos d'alors paraient d'un constat qui n'a rien perdu de son actualité : les juristes, notamment les avocats spécialisés en IP/IT sont au croisement de

deux cultures : l'anglo-saxonne et l'euro-péenne. Ce fait génère des conséquences directes sur nos méthodes de travail et de conseil. Les contrats qui en résultent ne sont ni des contrats anglo-saxons, ni des contrats européens, mais des hybrides. Les premiers sont ostentatoires et paranoïaques, excessivement détaillés.

M.L. Les seconds sont sobres et précis.

F.P. C'est cela, mais aussi parfois trop abstraits. Les avocats que nous sommes, pétris de culture européenne, n'en sont pas moins influencés par leurs homologues américains.

M.L. Le résultat obtenu est ainsi l'expression de la demande de votre clientèle.

F.P. Complètement. Nous nous adaptons aussi au marché. La rédaction des contrats elle-même s'est modifiée.

M.L. Avez-vous achevé votre "mutation" ?

F.P. Pour ce qui concerne notre génération, oui. La prochaine acceptera la situation telle qu'elle se présentera à elle.

M.L. Avez-vous l'impression que les besoins formulés par vos clients tendent à se stabiliser ? Ou s'agit-il toujours d'une effervescence multiforme ?

Sabine Lipovetsky : Nous avons affaire à un renouvellement permanent reflétant l'évolution des technologies. De nouvelles tendances se font jour, liées à la communautarisation des contenus et à la dématérialisation, ce qui impacte inévitablement notre travail juridique. Nous venons à peine d'aborder le web 2.0, que se profile déjà le web 3.0. Face aux enjeux économiques, la dématérialisation se démocratise et se concrétise à travers une multitude de nouvelles applications, en ce compris les procédures juridiques et le bulletin de paie. Apparaissent aussi des acteurs porteurs

Les nouvelles tendances que sont la communautarisation des contenus et la dématérialisation se concrétisent à travers de multiples applications qui impactent le travail juridique.

de problématiques inédites. A relever enfin l'influence des préoccupations environnementales et de la naissance de nouvelles technologies énergétiques comme l'éolien. Les besoins de nos clients ne cessent d'évoluer et notre pratique également du même coup.

M.L. Tous ces mouvements ne sont pourtant pas de même ampleur que ceux qui se sont produits lors de la grande époque de la "bulle internet". Le milieu s'est assagi depuis.

S.L. Les choses se sont calmées, mais les questions ne sont pas moins nombreuses aujourd'hui que celles qui se posaient à cette époque. Les textes étaient peu nombreux alors, si bien qu'on a fait appel à des constructions juridiques. Il est difficile d'appliquer les régimes antérieurs aux acteurs tels qu'ils existent actuellement : on en est toujours à tenter de définir le champ de leurs responsabilités.

F.P. Je pense que le secteur connaît la même euphorie et le même dynamisme que voici 10 ans.

M.L. Cette exubérance ne s'accompagne plus toutefois des folles levées de fond qui ont illustré la période passée

F.P. Vous avez raison, l'approche financière est devenue plus saine. La grande différence porte sur notre travail : si nous disposons aujourd'hui de textes, il nous faut déjà observer que certains sont périmés. Prenons l'exemple de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 : à la lumière des jurisprudences MySpace, Dailymotion et Wikipédia, il est évident que ce cadre est devenu trop rigide. Le fournisseur d'accès, l'hébergeur et l'éditeur : voici une logique qui ne couvre pas toutes les situations. Cette loi du 21 juin 2004 avait appréhendé un certain nombre de relations pour envisager le C to C et les nouveaux acteurs de l'e-commerce de l'époque qu'étaient les sites de ventes aux enchères ou de petites annonces. Mais elle n'avait pas envisagé l'internet communau-

taire, c'est-à-dire ce qu'on vit aujourd'hui. Malgré les nouveaux textes, les problématiques se posent avec autant d'acuité.

S.L. Deux régimes de responsabilité sont susceptibles de s'appliquer aux acteurs du web 2.0, résultant de la qualification, variable, de leur activité. Les jurisprudences récentes leur font porter un statut soit d'éditeur soit d'hébergeur adoptant un raisonnement qui n'est pas uniforme à ce jour. Nous conseillons à nos clients d'être vigilants au vu des incertitudes existantes et les aidons à organiser leur activité de la manière qui leur fait prendre le moins de risques, sans toutefois dénaturer leur business model.

M.L. Ce faisant, vous êtes dans votre rôle de juriste.

S.L. Bien sûr : comment pourrions nous oublier la jurisprudence ? Nous espérons une stabilisation jurisprudentielle prochaine. Elle viendra sans doute des quelques décisions d'appel que nous attendons aujourd'hui.

F.P. Je reviens sur votre évocation du rôle du juriste : il ne se limite pas à l'identification et l'évaluation du risque, il impose de trouver la solution. Il ne suffit pas de poser des questions, il faut aussi y répondre. Le juriste est à cet instant interpellé, interrogé et sollicité.

S.L. Notre rôle n'est pas négatif, il consiste au contraire à aider notre client à "continuer de faire". C'est cette approche que nous adoptons lorsque nous intervenons sur un projet de dématérialisation. Nous proposons une démarche et des solutions adaptées aux besoins et contraintes de l'entreprise, pour le maintien de la force probante et de la fonction justificative des documents, et ce en dépit des incertitudes juridiques qui peuvent exister. Notre analyse est très fortement reliée aux aspects économiques, techniques et organisationnels. Nous aidons nos clients à définir les contours de leurs projets, qui sont de plus en plus nombreux, et à les mettre en oeuvre.

M.L. Ne pourrait-on dire que votre rôle est d'explicitier avec votre client ce qu'est pour lui le risque supportable ?

F.P. Oui ; il faut identifier les risques juridiques et les évaluer, c'est-à-dire déterminer la gravité de leurs conséquences, et la probabilité de leur survenance, et enfin trouver des solutions en les minimisant autant que faire se peut. Parfois les réponses sont incertaines mais il y a toujours des réponses. En aucune façon on ne peut parler de zones de non-droit, de vide juridique ou de lacunes, sauf à renvoyer à une conception ultra-positiviste et exégétique du droit, consistant à raisonner uniquement à partir de ce qui est écrit.

La question s'est posée dans ces termes quand, au tout début d'internet, on ne savait pas si les enchères en ligne étaient autorisées ou pas. Nous avons été consultés à cette époque par plusieurs moteurs de recherche, le monopole des commissaires priseurs existait toujours, puis les choses ont changé. Ce qui ne signifie pas que le problème soit réglé : il revient au contraire de manière cyclique (en témoigne l'action en justice récente des maisons d'enchères à l'encontre d'eBay), doté de quelques particularités nouvelles, mais faisant appel à la même démarche intellectuelle.

S.L. Il en va de même pour les jeux d'argent sur internet, puisque l'évolution au niveau communautaire pourrait faire penser que l'interdiction absolue de naguère n'est plus aussi prégnante. La Commission européenne exige l'ouverture à la concurrence. Elle a adressé à la France un avis motivé sur les restrictions apportées par sa législation à l'organisation des paris sur les courses hippiques et les pronostics sportifs et, en particulier, sur leur offre à distance. De son côté, la Cour de cassation a considéré, dans l'arrêt Zeturf du 10 juillet 2007, qu'une restriction à la libre prestation de services, telle que le monopole accordé au PMU, ne peut être justifiée que si elle est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à prévenir l'exploitation des jeux de hasard à des fins criminelles ou frauduleuses. A défaut, le monopole exercé par le PMU est susceptible de constituer une atteinte au principe de la libre prestation de services en vigueur dans l'Union européenne.

Dans ce contexte, certains acteurs s'interrogent sur le devenir des règles légales et sont tentés d'en faire tout simplement abs-

traction, bien que la législation comporte toujours les interdictions qui ont conduit à des condamnations.

F.P. En 1999, on se posait déjà ces questions. Le droit n'échappe pas aux mouvements de mode. L'évolution juridique est rarement harmonieuse, le hasard joue autant de rôle que la nécessité.

M.L. La constance dans l'interrogation : c'est presque une vocation ! Sous cet angle le rôle des avocats IP/IT a très peu "muté".

F.P. C'est vrai. Mais notre vie professionnelle, à Sabine et à moi, a pourtant connu un changement depuis notre dernière rencontre : aujourd'hui, nous sommes tous deux associés au sein du département Technologies/Propriété intellectuelle/Commercial/Media du cabinet Kahn & associés.

M.L. Depuis, votre duo nage dans les eaux de l'égalité.

F.P. Cet aspect est anecdotique : seul compte le fait que nous travaillions en harmonie depuis sept ans.

S.L. Nous constituons un duo pérenne et équilibré.

M.L. Quelles évolutions pour le cabinet lui-même ?

S.L. Nous sommes aujourd'hui dans un processus d'expansion, tous départements confondus. Ceci est directement lié aux nombreuses opérations dans lesquelles le cabinet Kahn & associés intervient actuellement. A titre d'exemple, notre département, qui est aujourd'hui composé de sept avocats travaillant à temps plein, est en phase de recrutement de deux nouveaux collaborateurs.

F.P. Un autre aspect me paraît digne d'être souligné : le contentieux représente une part de notre activité beaucoup plus importante à ce jour.

M.L. Quels sont les domaines qui vous sollicitent le plus ?

S.L. Nos dossiers en propriété intellectuelle sont de plus en plus nombreux à tous les niveaux. Notre intervention couvre notamment la mise en place de la stratégie de la gestion du portefeuille de titres de propriété intellectuelle et de la gestion du contenu, la rédaction et la négociation des contrats, la défense des droits de propriété intellectuelle et les contentieux en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale. L'essor du jeu en ligne a, par

Nous gérons nos dossiers de propriété intellectuelle de manière transversale, c'est-à-dire en traitant à la fois les aspects IP, IT et éventuellement contentieux, contrairement aux cabinets anglo-saxons qui segmentent.

ailleurs, inévitablement un impact sur notre activité, tout comme la multiplication des projets de dématérialisation. Nous continuons bien sûr à être très sollicités en matière de protection des données personnelles et de vie privée et sur toutes les pratiques commerciales de nos clients, telles que les pratiques tarifaires et les opérations promotionnelles ou publicitaires.

M.L. Est-ce que le développement de l'activité de contentieux a modifié la clientèle de votre département ?

S.L. Oui, elle s'est élargie, puisque nous avons justement intégré des entreprises qui s'adressent à nous pour notre compétence en matière de propriété intellectuelle. Nous avons à intervenir aussi bien pour des entreprises dédiées aux technologies de l'information et de l'audiovisuel que pour des clients appartenant à des secteurs plus traditionnels, comme le luxe, la mode, l'architecture, le packaging ou le jouet.

F.P. C'est ce qui nous distingue de bien des cabinets anglo-saxons qui s'implantent en France. Certes, ils ont des départements dédiés aux mêmes domaines que ceux que nous traitons. Mais ils segmentent : les questions IP sont distinguées de celles qui relèvent de l'IT, et le contentieux renvoie encore à une autre catégorie. Il est hors de question que nous travaillions sur ce modèle, extrêmement frustrant pour le client. Celui-ci est fournisseur de matériels, éditeur de logiciels, mais il participe à des marchés publics et privés, il fait du commerce, en général et il faut l'éclairer sur les manières de procéder surtout s'il est étranger.

M.L. Il se trouve privé de la compréhension générale de la situation.

S.L. Faute de cette appréhension globale, il serait très difficile de conseiller utilement.

M.L. Votre ligne de fond, c'est la propriété intellectuelle. Et puis il y a les "tendances" dont vous me parlez tout à l'heure.

S.L. Elles sont liées à l'actualité, aux nou-

veaux acteurs, à l'évolution des technologies ou aux préoccupations économiques.

Le mouvement du droit a par exemple un impact sur les jeux d'argent puisque nombreux sont ceux qui espèrent s'affranchir des prescriptions légales. Quant à la nouvelle loi de lutte contre la contrefaçon, elle devrait renforcer notre pratique dans le domaine du contentieux.

M.L. Voici une quinzaine d'années, l'opinion générale redoutant que l'émergence du réseau ne suscite une vague d'immoralité, pornographie et délation mêlées. Nous ne sommes, me semble-t-il, pas plus dépravés que dans les années 70. Mais il existe toujours un courant récurrent de méfiance envers le nouveau support ; comme si les tribunaux n'avaient pas fait savoir clairement que tout n'est pas permis sur internet.

F.P. Vous avez raison : il faut relativiser, ne pas tout mélanger et éviter toute "démonisation" et "satanisation". Beaucoup de ces craintes et phobies qui sont excessives et relèvent du fantasme comportent un aspect affectif et passionnel qui a tendance à fausser le débat. Dénoncer internet en s'appuyant sur ses seules dimensions terrifiantes risque d'empêcher tout débat et transformer des positions réactionnaires en arguments progressistes. Il ne faudrait pas que le vertige l'emporte sur l'analyse. Mais ce constat de base ne dispense pas de la vigilance. Le réseau n'est pas exempt de manifestations caractérisées d'archaïsme, sinon même de tendances proprement régressives qui produisent délations et calomnies. Cycliquement, on déplore des rumeurs sur internet, ce dont on ne saurait s'étonner puisqu'il s'agit d'une formidable caisse de résonance. Or, historiquement, malgré quelques exceptions, le droit - et donc le juriste - a toujours marqué une certaine défiance à l'égard de la rumeur.

M.L. Autre explication : l'"amateurisme" en ligne, c'est-à-dire le phénomène qui veut

Il ne faut jamais oublier qu'internet, caisse de résonance, favorise naturellement la rumeur.

Il faudrait encadrer cet effet, et non pas l'institutionnaliser.

que des gens sans compétences particulières puissent intervenir directement dans le débat public.

F.P. C'est très observable dans le web 2.0, l'internet participatif et associatif. Il ne faut pas porter de jugement univoque sur ce phénomène : la rumeur peut se transformer en buzz, en marketing viral, c'est la force de l'internet de pouvoir faire qu'un élément péjoratif devienne mélioratif.

M.L. Un buzz s'apparente au pouls de la société. Il n'a pas de traduction immédiate possible, mais il "dit" quelque chose sur le monde qui nous entoure.

F.P. Je suis d'accord avec vous. Au-delà de la rumeur se situe la dénonciation, elle aussi ambiguë. J'ai en tête l'exemple de la police du Var qui a mis en place un site internet destiné à recueillir des informations sur les auteurs de malversations locales ; un autre a été créé pour désigner les élèves sans papiers.

M.L. La Cnil elle-même a mis en oeuvre une rubrique "témoignage". Cette pudeur lexicale n'évacue pas tout malaise.

S.L. Ce n'est pas propre à internet mais internet facilite la démarche.

M.L. Internet banalise et rend ainsi acceptable ce qui est équivoque.

F.P. Apporter un témoignage négatif, c'est presque la logique d'internet. Ce qui est effrayant, compte tenu du poids de l'histoire et de notre mémoire collective, c'est que le législateur puisse formaliser cette tendance de fait. En témoignent les dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui imposent à chaque fournisseur d'hébergement de mettre en place un dispositif permettant à toute personne de porter à sa connaissance des contenus jugés illicites. Cela fait penser aux boîtes aux lettres de dénonciation qui existaient en Italie du Nord, et plus particulièrement à Venise, à la Renaissance ; elles étaient fixées sur les façades des immeubles officiels où les citoyens pouvaient glisser une lettre de dénonciation.

Dans les domaines fiscal et douanier, la délation est aussi reconnue par la République, voire rémunérée, et constitue une pratique courante. Ce peut être également la procédure de clémence en droit de la concurrence, qui incite une entreprise membre d'une entente à dénoncer ses concurrents pour obtenir un allègement de peine ou une exonération totale des sanctions, si elle contribue à établir la réalité de la pratique prohibée. Il est dérangeant qu'une telle ambiguïté soit institutionnalisée.

M.L. Le côté technique du système lui confère une forme d'absolution au titre de la modernité.

S.L. Alors que nous savons tous désormais que la technique n'est pas neutre. Et il ne faut pas oublier que l'arsenal répressif existe : on a notamment le droit de réponse et la possibilité de censurer tout ce qui serait diffamatoire. Ceci étant dit, il est parfois difficile de réagir à certains appels à témoignages d'associations de consommateurs telles que l'UFC Que Choisir, qui préqualifie en quelque sorte les actes reprochés à une entreprise en proposant d'adresser les commentaires à une adresse électronique composée du terme arnaque.

F.P. N'oublions pas les "lignes d'alerte professionnelle" ; elles sont typiquement l'exemple d'un produit anglo-saxon qui s'est heurté à l'approche française. Mais la Cnil n'a pas refusé le principe consistant à dénoncer les malversations au sein de l'entreprise. En tout cas, elle n'a pu l'empêcher et elle s'est contentée de l'encadrer.

S.L. La Cnil a dû accepter un compromis. Il est incontestable qu'existe aujourd'hui un univers électronique de délation. La Cnil mène aujourd'hui des travaux d'étude, auxquels nous entendons participer, sur la procédure américaine dite de "Discovery" et les injonctions d'autorités administratives américaines adressées à des sociétés françaises. Il s'agit de trouver le point d'équilibre entre les intérêts en cause. N'oublions pas que la France reste le pays le plus protecteur en matière de données personnelles.

M.L. Certains de vos clients sont-ils concernés par ces sujets ?

S.L. De nombreuses sociétés françaises reçoivent des demandes de communication d'informations dans le cadre de procédures américaines, visant notamment à obtenir copie des disques durs de salariés et de leurs messageries électroniques. Ces demandes sont par exemple émises dans le cadre de procédures administratives initiées par les autorités américaines ou d'enquêtes relatives à de possibles infractions à la loi américaine. Il convient dès lors de mettre en place le cadre de l'extraction automatisée de courriers et documents électroniques aux fins de satisfaire aux injonctions de production de preuve. Appréhender les différentes obligations légales applicables en France à cet égard, est souvent source de difficultés pour une entreprise, qu'elle soit française ou étrangère.

M.L. En l'espèce, l'information est si abondante qu'on peut d'ores et déjà présumer qu'une atteinte à la loi Informatique et Libertés est commise en toute connaissance de cause.

S.L. Non, pas forcément. Certaines procédures judiciaires ou enquêtes administratives, font parfois l'obligation de communiquer des informations en probable infraction des règles applicables en matière de protection des données personnelles. Certaines entreprises n'ont absolument pas mesuré l'importance des obligations qu'elles ont au regard de la loi Informatique et Libertés.

M.L. Un grand groupe peut sous-évaluer l'ampleur des mesures à prendre, mais il ne saurait plus évoquer son ignorance de manière crédible.

S.L. L'expérience que j'en ai manifeste que l'atteinte est plus souvent provoquée par l'absence de prise de conscience que par la volonté de ne pas faire.

F.P. Chaque citoyen par ailleurs sait qu'il y a un principe. Il existe des garde-fous ; et c'est au droit de les fixer et de les faire respecter, sauf à estimer que le droit, comme mode de régulation sociale, a vécu ; le droit doit dicter ce qui doit être et non suivre passivement ce qui est. Pour cela, le juriste devra faire preuve d'imagination.

Propos recueillis
par **Monique LINGLET**