SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER

Bureaux intégrés

AIX-EN-PROVENCE
BORDEAUX - CAEN
CLERMONT-FERRAND
GRENOBLE - LE HAVRE - LYON
MARSEILLE - ROUEN
SAINT-ETIENNE
SAINT-DENIS (La Réunion)
TOULOUSE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHREÏN
BELGIQUE - BIRMANIE
BOLIVIE - BRÉSIL - BULGARIE
CAMBODGE - CAMEROUN
CHILI - CHINE - CHYPRE
COLOMBIE - COREE DU SUD
COSTA RICA - CÔTE D'IVOIRE
EGYPTE - EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - LUXEMBOURG
MAROC - NICARAGUA
OMAN - PANAMA
PARAGUAY - PÉROU
PORTUGAL - RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM

Conventions transnationales

www.simonassocies.com
www.lettredunumerique.com

DATA / DONNÉES PERSONNELLES

Statut du DPO salarié : quelques précisions
Question écrite n°02896 de M. Raynal – JO Sénat du 25 janvier 2018

Ce qu'il faut retenir :

Le délégué à la protection des données ne bénéficie pas du statut de salarié protégé au sens du droit du travail. Cependant, il bénéficie d'une protection dans l'exercice de ses fonctions, garantie par le RGPD entré en application le 25 mai 2018.

Pour approfondir :

En application de l'article 39 du RGPD, le délégué à la protection des données a pour mission de veiller au respect de la réglementation en matière de protection des données, de conseiller et informer le responsable de traitement, et de coopérer avec l'autorité de contrôle, la CNIL.

Il est donc impératif, afin qu'il puisse exercer ses missions stratégiques de manière efficace au sein de l'entreprise ou administration à laquelle il est rattaché, qu'il dispose d'une certaine indépendance et autorité pour échapper à d'éventuelles pressions exercées par le responsable de traitement.

C'est la raison pour laquelle Monsieur Le Sénateur Claude RAYNAL a interrogé Madame Muriel PENICAUD, ministre du Travail, sur le statut des délégués à la protection des données, à la faveur d'une question écrite n°02896 publiée au Jo Sénat du 25 janvier 2019 afin de connaître les dispositifs mis en place pour protéger au mieux le DPO salarié.

Le Ministère du Travail a répondu à cette question à la faveur d'une réponse ministérielle publiée au JO Sénat le 7 février 2019. Il a alors été rappelé que l'article 38 paragraphe 3 du RGPD garantissait au délégué à la protection des données son indépendance et sa protection, puisqu'il prévoit : « *Le responsable du traitement et le sous- traitant veillent à ce que le délégué à la protection des données ne reçoive aucune instruction en qui concerne l'exercice des missions. Le délégué à la protection des données ne peut être relevé de ses fonctions ou pénalisé par le responsable de traitement ou le sous-traitant pour l'exercice de ses fonctions.* »

Le G29, devenu le Comité européen de la protection des données (CEPD) – organe européen consultatif réunissant l'ensemble des autorités de contrôle européennes (CNIL et ses homologues) a précisé, dans ses lignes directrices que : « *les sanctions peuvent prendre des formes diverses et peuvent être directes ou indirectes. Il peut s'agir, par exemple, d'absence de promotion, ou de retard dans la promotion, de freins à l'avancement de la carrière ou du refus de l'octroi d'avantages dont bénéficient d'autres travailleurs. Il n'est pas nécessaire que ces sanctions soient effectivement mises en œuvre, une simple menace suffit pour autant qu'elle soit utilisée pour sanctionner le DPD pour des motifs liés à ses activités de DPD.* »

Le Ministère du travail est venu ainsi confirmer la position de la CNIL selon laquelle le délégué à la protection des données, lorsqu'il est salarié de l'entreprise ne bénéficie pas du statut protecteur conféré, notamment, aux élus du personnel et délégués syndicaux. Il est donc parfaitement établi que le délégué à la protection des données, s'il bénéficie d'une certaine protection dans l'exercice de ses missions, n'est cependant pas assimilé à un salarié protégé au sens du droit du travail.

A rapprocher : Art. 37 à 39 du RGPD – Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Usage d'une dénomination à titre d'identifiant et non comme simple indicateur de référencement
Cass. com., 23 janvier 2019, n°17-18.693

Ce qu'il faut retenir :

L'usage d'une dénomination afin de désigner des produits ou des gammes vendus sous une marque, est un usage du signe comme indicateur de l'origine des produits et, en conséquence, susceptible de porter atteinte à une marque antérieure.

Pour approfondir :

La première condition pour établir une contrefaçon de marque consiste à établir que la personne poursuivie fait un usage du signe litigieux portant atteinte à la fonction de la marque qui est de garantir l'identité d'origine des produits. En d'autres termes, le prétendu contrefacteur doit faire un usage du signe litigieux à titre de marque.

C'est par ce biais que la société Roche Bobois, poursuivie pour des faits de contrefaçon de la marque Caravane par l'usage de la dénomination Karawan, tentait de se défendre.

En particulier, elle invoquait le fait que pour les enseignes d'ameublement il est usuel d'attribuer des dénominations aux produits ou aux gammes vendus sous leur marque afin d'en faciliter le référencement et que le consommateur ne perçoit pas ces dénominations comme un indicateur d'origine, cette fonction étant assurée par la marque des enseignes.

La Cour de cassation approuve l'analyse des juges du fond qui ont considéré que le signe litigieux « karawan » était utilisé par l'enseigne afin de distinguer et d'individualiser ses produits auprès du consommateur et non d'assurer un simple référencement, et que la présence de la marque « Roche Bobois » et la commercialisation des produits dans un magasin dédié à cette marque n'étaient pas de nature à retirer au signe litigieux sa fonction d'indicateur d'origine.

Les juges se sont fondés sur le fait que le signe « Karawan » figurait en grosses lettres capitales, en haut des affiches de présentation des produits, tandis que la dénomination « Roche Bobois » était présente, écrite en lettres plus petites, tout en bas de l'affiche, de sorte qu'elle se trouvait éclipsée par le signe litigieux, que celui-ci était en outre reproduit sur les présentoirs et sur les catalogues diffusés au public et que, sur le moteur de recherches Google, les mots-clés « canapés » et « Karawan » dirigent immédiatement vers la gamme des produits litigieux, de sorte que le signe « Karawan » est prééminent sur des publicités que le consommateur découvre en dehors des lieux de commercialisation dédiés à la marque « Roche Bobois ».

A rapprocher : article L.713-3 b) du Code de la propriété intellectuelle

De la difficulté à établir le caractère distinctif d'une marque

CA Paris, 15 janvier 2019, RG n°17/16677

Ce qu'il faut retenir :

Une marque verbale composée de termes anglais, faisant partie du langage de base pour un francophone, descriptifs des services rendus n'est pas distinctive.

Pour approfondir :

Par cet arrêt, statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris se prononce sur le caractère distinctif de la marque « rent a car ».

La cour rappelle le texte de l'article L711-2 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel :

> « *Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés.*
> *Sont dépourvus de caractère distinctif :*
> *a) Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ;*
> *b) Les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ;*
> *c) Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle.*
> *Le caractère distinctif peut, sauf dans le cas prévu au c, être acquis par l'usage*. »

L'arrêt se fonde également sur un arrêt rendu le 9 mars 2006 par la CJUE (aff. C-421/04, Matratzen Concord) qui a précisé que l'article 3 § 1, sous b) et c), de la Directive sur les marques ne *« s'oppose pas à l'enregistrement dans un État membre, en tant que marque nationale, d'un vocable emprunté à la langue d'un autre État membre dans laquelle il est dépourvu de caractère distinctif ou est descriptif des produits ou des services pour lesquels l'enregistrement est demandé, à moins que les milieux intéressés dans l'État membre dans lequel l'enregistrement est demandé soient aptes à identifier la signification de ce vocable ».*

Les juges relèvent que la marque verbale « rent a car » est composée de termes qui signifient en langue anglaise « louer une voiture » laquelle constitue la description des produits et services désignés à l'enregistrement de la marque ou les évoque directement. En outre, les juges constatent que de nombreuses marques antérieures à la marque litigieuse sont composées des termes « rent a car ».

Or, le consommateur français moyen amené à recourir aux services de location de véhicule dispose de connaissances basiques en anglais et les termes « rent » et « car » font partie du vocabulaire de base en anglais connus dès les premiers mois d'apprentissage de la langue anglaise.

Les juges en concluent que la marque « rent a car » était dépourvue de caractère distinctif au jour de son dépôt. Faisant défaut au jour du dépôt, ce caractère distinctif avait-il pu être acquis par l'usage du signe ?

Les juges vont encore répondre négativement aux motifs que les pièces versées aux débats concernaient en particulier la marque semi-figurative (composée de l'élément verbal Rent a car) tandis que, par ailleurs, il était établi que l'expression « rent a car » était largement utilisée sur le marché par d'autres acteurs économiques démontrant son caractère descriptif.

Aussi, la société RENT A CAR ne démontre pas que, *« malgré l'usage intensif qu'elle fait de sa marque semi-figurative englobant sa marque verbale, cette marque verbale est devenue apte, dans l'esprit du consommateur moyen de la catégorie des produits en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à identifier les produits et services désignés à son enregistrement comme provenant de la société RENT A CAR ».*

A rapprocher : art. L.711-2 du CPI

SERVICES NUMÉRIQUES

Site internet : la fausse mention du directeur de la publication sanctionnée pénalement

Cass. crim., 22 janvier 2019, n°18-81.779

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation rappelle les dispositions de la Loi pour La Confiance dans l'Economie Numérique (art. 6 LCEN) selon lesquelles la mention du directeur de la publication d'un site internet fait partie des mentions légales obligatoires.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 janvier 2019, a confirmé l'arrêt d'appel de la cour d'appel de Paris du 18 janvier 2018, qui avait condamné à trois mois d'emprisonnement avec sursis et 5 000 € d'amende le véritable éditeur d'un site internet qui ne se présentait pas comme tel.

Pour approfondir

Le Procureur de la République avait été interpelé sur le fait que le site d'une association présentait comme directeur de la publication, et directeur adjoint de la publication des personnes physiques incarcérées, l'une ayant été condamnée à une peine de réclusion criminelle à perpétuité et la seconde à une peine de 30 ans de réclusion criminelle. Il était donc loisible de s'interroger sur la capacité de ces personnes à accéder à internet et d'exercer de manière effective les missions qui leur étaient ainsi confiées.

Le Président de l'Association éditant ledit site internet a donc été cité à comparaître devant le tribunal correctionnel de Paris pour répondre des faits de non-respect des dispositions de l'article 6 de la LCEN, et plus précisément d'absence d'identification.

Cet article dispose en son paragraphe III :

> *« III.-1. Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert :*
> *a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;*
> *b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;*
> *c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'**article 93-2 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 précitée** ;*
> *d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I. »*

Et l'alinéa 2 du paragraphe VI de ce même article prévoit :

> *« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende le fait, pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale exerçant l'activité définie au III, de ne pas avoir respecté les prescriptions de ce même article. »*

En l'espèce, l'enquête menée avait permis de mettre à jour que le Président de l'association gérait seul le site internet, compte tenu de l'impossibilité de fait pour les directeurs de publication désignés d'exercer leurs responsabilités, et que le président, représentant statutaire de l'association, en était donc le véritable éditeur.

La sanction peut paraître sévère au premier abord. Toutefois, elle s'explique par les éléments contextuels du dossier : le président de l'association avait un casier judiciaire portant 6 condamnations pour infractions de presse, absence à l'audience du tribunal correctionnel, …

La Cour de cassation, **dans cet arrêt récent**, rappelle ainsi que le directeur de la publication d'un site internet édité par une personne morale est, de droit, son représentant légal.

Cette mention fait partie des mentions légales obligatoires devant apparaître sur un site internet, dont le manquement est sanctionné pénalement.

A rapprocher : Loi LCEN du 21 juin 2004

CONTENUS ILLICITES / E-RÉPUTATION

Site internet : l'hébergeur contraint de rendre inaccessible un site internet illicite
TGI Versailles, 26 février 2019

Ce qu'il faut retenir :

Le tribunal de grande instance de Versailles a enjoint à l'hébergeur français OVH d'avoir à rendre inaccessible en France un site espagnol dont le contenu était illicite comme proposant des services de gestation pour autrui à des français.

Les juges rappellent donc que la personne qui met à disposition du public des services de communication en ligne, qui n'agit pas promptement pour rendre inaccessible un contenu illicite dès qu'il en a connaissance, méconnaît les obligations découlant de l'article 6 de la LCEN et engage ainsi sa responsabilité.

Pour approfondir :

Le site internet d'une société espagnole proposait des prestations de gestation pour autrui à destination d'un public notamment français, dès lors que le site était accessible en France.

Une association de défense des droits des enfants établie en France avait alors pris soin d'aviser l'hébergeur de ce que le contenu du site était illicite comme proposant des prestations prohibées par le Code pénal en France.

La société OVH avait cru pouvoir avancer l'argument, selon lequel cette activité n'était pas illégale en Espagne, pour ne pas donner suite à la demande de suppression de contenu formée par l'association.

Cette dernière a donc saisi le tribunal de grande instance de Versailles pour faire valoir ses droits et obtenir non seulement que le site ou son contenu soit rendu inaccessible en France, mais encore l'allocation de dommages en réparation du préjudice subi.

Le tribunal a rappelé que cette activité était pénalement répréhensible en France au visa des dispositions de l'article 227-12 du Code pénal et punie d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende. Les juges ont donc considéré que, dans la mesure où le site litigieux permettait à des ressortissants français de recourir aux services de gestation pour autrui prohibés en France, son contenu était illicite.

Ils en ont déduit que, une fois avisé du caractère délictueux de l'activité proposée sur un site accessible en France, il appartenait à l'hébergeur d'agir promptement pour prendre toutes mesures permettant de rendre le site inaccessible en France.

Tel n'ayant pas été le cas, le tribunal a jugé que la société OVH avait engagé sa responsabilité civile délictuelle en contrevenant aux dispositions de l'article 6 de la LCEN qui imposent :

> *« 2. Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. »*

La société OVH s'est vu enjoindre d'avoir à rendre le contenu du site inaccessible en France, et a été condamnée à verser 3 000 € à titre de dommages et intérêts à l'association de défense des droits des enfants.

Ainsi, il est une nouvelle fois rappelé que les intermédiaires techniques ont une responsabilité quant aux contenus mis à la disposition du public grâce aux services qu'ils proposent, laquelle est issue d'une directive de la Communauté européenne n°2000/31CE du Parlement Européen et de son conseil suivant décision du 12 juin 2000, transposée en droit français par la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique n°2004-575 en date du 21 juin 2004.

Cette loi impose aux hébergeurs, ainsi qu'à tous les prestataires techniques, une obligation générale de prudence et de vigilance quant à la nature des contenus dont ils facilitent la mise en ligne. Si cette responsabilité est subsidiaire, les éditeurs de contenu étant naturellement en première ligne, elle leur impose, en toute hypothèse, de supprimer les contenus ou les rendre inaccessibles dès qu'ils ont été avisés de leur caractère illicite, et ce promptement.

A rapprocher : Loi LCEN du 21 juin 2004 ; Art. 227-12 du Code pénal

STARTUP ET LEGALTECHS / TENDANCES

L'Intelligence artificielle selon le Parlement européen

Résolution du Parlement européen du 12 février 2019 sur une politique industrielle européenne globale sur l'intelligence artificielle et la robotique

Le Parlement européen vient d'adopter le 12 février 2019 une Résolution sur l'intelligence artificielle (ci-après IA), quasiment deux ans jour pour jour après sa Résolution du 16 février 2017 concernant les règles de droit civil sur la robotique (au premier chef de ses visas) ; qualifié de « *l'une des technologies stratégiques du 21ème siècle* » (pt. D), le sujet apparaît suffisamment urgent pour que la Résolution souligne, à plusieurs reprises, la nécessité de rattraper le retard européen « *vis-à-vis de l'Amérique du Nord et de l'Asie* » (pt. AF et I).

Du point de vue des PME (auxquelles une section 3.1.7 est consacrée), le Parlement européen considère que l'IA peut « *renforcer la compétitivité de l'industrie et des petites et moyennes entreprises* » (pt. F), en permettant « *une meilleure adaptation aux besoins des consommateurs* » (pt. Q) ; cela vaut en de nombreux domaines « *tels que la médecine, les finances, la biologie, l'énergie, l'industrie, la chimie ou le secteur public* » notamment (pt. T).

Cette Résolution est l'occasion de faire le point sur les modalités de protection de l'IA (1), ainsi que sur leurs limites actuelles (2).

1. Protection de l'IA : droit des bases de données et des logiciels

Le Parlement européen insiste sur le fait que « *les régimes et doctrines juridiques existants peuvent s'appliquer en l'état à ce domaine* », de sorte qu'aucune nouvelle législation particulière n'est pour l'instant envisagée (pt. 136) ; diverses dispositions peuvent effectivement d'ores et déjà régir les sources comme le fonctionnement de l'IA.

En premier lieu, sur ce qui alimente de manière indispensable l'IA, à savoir les bases de données lui permettant de fonctionner, celles-ci font l'objet d'une protection spécifique au sein de l'Union européenne depuis la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996, transposée aux articles L.341-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ; soulignons que lesdites bases doivent en outre désormais se conformer au Règlement RGPD 2016/679 du 27 avril 2016 si elles impliquent le traitement de données personnelles (voir les précédents articles sur le sujet : **Entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données le 24 mai 2018** ; **Les données personnelles et le droit français**).

En second lieu, sur l'essence même de l'IA, celle-ci relève du droit des logiciels, lesquels sont protégés en droit européen depuis la Directive 91/250 du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991, notamment transposée aux articles L.122-6 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ; cette protection est ainsi intégrée depuis près de trente ans aux droits d'auteur, traités par le premier livre dudit Code.

C'est donc sans envisager de prendre dans l'immédiat de nouvelles dispositions spécifiques pour l'IA que le Parlement appréhende la matière, tout en préconisant tout de même des réévaluations régulières de la législation « *afin de s'assurer qu'elle soit adaptée à son objectif* » (pt. 114), ainsi que des bilans pour « *contrôler la pertinence et l'efficacité des règles en matière de propriété intellectuelle* » (pt. 136).

2. Contrôle de l'IA : fiabilité des sources et gestion d'exploitation

Le Parlement souligne à plusieurs reprises la priorité humaine sur le système informatique, posant un principe « *de responsabilité selon lequel l'humain contrôle la machine* » (pt. AK), ou encore qualifiant l'IA « *d'outil utile pour compléter l'action humaine et pour améliorer ses performances et réduire les erreurs* », sans avoir vocation à la remplacer (pt. 152) ; cela s'illustre tant au niveau de la collecte des données qu'au niveau de leur traitement.

En amont, conscient qu'un système informatique ne sera pas nécessairement capable d'apprécier le degré d'authenticité d'une information, le Parlement invite par exemple la Commission « *à veiller à ce que toute personne qui produit des documents ou des vidéos synthétiques comportant des trucages vidéo élaborés ou toute autre vidéo synthétique réaliste déclare explicitement qu'il ne s'agit pas d'un original* » (pt. 178) ; il convient, plus généralement, de veiller ainsi à ce que l'IA ne parte pas de postulats erronés si l'on veut s'assurer ensuite de son bon fonctionnement.

En aval, et à titre d'illustration au niveau du traitement des données, le Parlement « *fait observer que les technologies de l'IA destinées aux systèmes d'armes automatisés doivent continuer à faire l'objet d'une approche dans laquelle l'homme reste aux commandes* » (pt. 150) ; il était apparemment utile de le préciser…

Ainsi, les aspects éthiques, auxquels la présente Résolution consacre un chapitre entier (5.), apparaissent-ils omniprésents dans la réflexion du Parlement européen qui prône « *une technologie centrée sur l'homme* » (5.1), tentant de se distinguer en cela notamment des systèmes de crédit social fondés sur l'exploitation d'analyses comportementales adoptés par d'autres pays (pt. 13 et 146).

Si la Résolution du Parlement du 12 février 2019 souligne l'urgence qu'il y a désormais à s'adapter aux codes de l'IA en Europe, les prochaines générations devront quant à elles quasiment en faire une seconde langue vivante, ce qui est d'ores et déjà envisagé par le biais de « *l'acquisition des compétences numériques, y compris la programmation, dans l'éducation et la formation, depuis l'enseignement fondamental jusqu'à l'apprentissage tout au long de la vie* » (pt. 8), le Parlement invitant « *instamment les États membres à moderniser leur système d'éducation… et à faire en sorte que les services professionnels de l'Union soient compétitifs à l'échelle internationale dans les décennies à venir* » (pt. 121).

Après la course à l'information, c'est donc désormais celle à la formation qui est lancée avec l'IA, laquelle pourrait même avoir pris un peu d'avance en la matière, la Résolution indiquant notamment « *reconnaître que les algorithmes d'apprentissage automatiques sont entraînés pour apprendre par eux-mêmes...* » (pt. 160).

L'incubateur d'entreprise, un vecteur de croissance durable sur des marchés en pleine évolution

L'*Open Innovation*, ou innovation ouverte, est une expression formulée dans les années 2000 (*Open Innovation : The New Imperative for Creating and Profiting from Technology, Henry Chesbrough, 2003*), désignant l'ouverture de l'entreprise à une diversité d'acteurs innovants externes ou internes, hors R&D (*la R&D fait référence à un processus d'innovation fermée, en opposition directe avec l'open innovation*). Ce processus se développe de manière exponentielle depuis les années 2010 en France, du fait de la mutation induite par le passage à l'ère numérique, qui a poussé les acteurs historiques à s'ouvrir pour rester compétitifs et s'assurer une croissance durable sur des marchés économiques ''disruptés'' par l'arrivée de *pure players* proposant des solutions intégralement connectées.

Différentes stratégies d'*open innovation* existent pour les entreprises désireuses de se connecter à l'écosystème de l'innovation lié à leur secteur d'activité, tout en réduisant les coûts liés à la R&D, et en partageant les risques inhérents à tout processus d'innovation. La couveuse, la pépinière, l'incubateur ou l'accélérateur d'entreprise sont des exemples parmi de nombreux autres.

Dans cette myriade de solutions, l'incubateur d'entreprise, structure d'accompagnement proposant des moyens techniques (savoir-faire), financiers et une mise en réseau, est un format plébiscité pour sa capacité à générer des synergies entre l'entreprise incubatrice et la *start up* incubée. Encore faut-il actionner les bons leviers, qui plus est dans le bon ordre.

Les préalables à tout processus d'*open innovation* au sein d'une entreprise sont la transformation numérique et l'acculturation des collaborateurs au travail collaboratif, c'est-à-dire une horizontalité et une agilité dans l'articulation des équipes en interne, propices à la créativité. Ces prérequis ne sont toutefois pas suffisants pour assurer l'efficacité d'un incubateur.

Les témoignages d'entreprises ayant fondé leur incubateur se multiplient, insistant sur la nécessité de préparer chaque étape d'incubation, *a fortiori* la phase préalable à l'incubation, de la détection/qualification de projets innovants à l'intégration du programme.

La contractualisation de la collaboration est une clé de succès importante car cela permet de mettre en avant les intérêts de chaque parti, la complémentarité des projets, tout en définissant le cadre et les limites de l'incubation. C'est à ce stade que l'entreprise et la *start up* assurent l'adéquation de leurs objectifs et obligations respectifs.

Une fois le cadre stratégique, les indicateurs de suivi et critères d'évaluation précis établis, l'incubation peut alors opérer, sous la forme d'une collaboration au quotidien, rapide et rythmée, ponctuée de jalons concrets, assurant une accélération permanente.

Si l'incubation est un vecteur potentiel de différentiation concurrentielle pour l'entreprise, il convient cependant d'assimiler le fait que tout processus d'innovation implique une prise de risque. La possibilité d'échec est une variable à intégrer dans le processus d'*open innovation* de l'entreprise, de manière à assurer un bilan global positif.

Simon Associés et SA Innovation Lab Services (SAILS) ont développé un « Kit incubator » destiné aux entreprises et aux start up. Cette solution allie à la fois une vision opérationnelle et business, selon un cahier des charges et des prérequis déterminés, tout en tenant compte de contraintes juridiques qui doivent être traitées pour assurer la sécurité des relations et des échanges entre l'entreprise et la *start up*. N'hésitez pas à écrire à **kitincubator@simonassocies.com**.

Volet numérique du projet de loi santé
Projet de loi relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé,
Assemblée nationale, n°1681, 13 février 2019

Ce qu'il faut retenir :

Le projet de loi santé, présenté en Conseil des ministres le 13 février 2019, encourage la transformation numérique du système de santé en déployant divers outils et services numériques tant au profit des patients que des professionnels de santé (plateforme de données de santé, espace numérique de santé, télésoin, prescription dématérialisée, etc.).

Pour approfondir :

Porté par la ministre des Solidarités et de la Santé, **le projet de loi relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé** a été présenté en Conseil des ministres le 13 février dernier. Celui-ci met en place une partie des mesures qui avaient été annoncées par le Président de la République en septembre 2018 dans le cadre du plan « Ma Santé 2022 ».

Plusieurs dispositions du projet de loi sont notamment consacrées à la transformation numérique de notre système de santé. A l'heure du virage numérique, le développement de la e-santé constitue en effet une ambition affichée des pouvoirs publics, tel qu'en témoigne le titre III du projet de loi, intitulé « Développer l'ambition numérique en santé », qui porte sur les éléments suivants :

- La création d'une plateforme de données de santé remplaçant l'actuel institut national des données de santé

Le projet de loi prévoit tout d'abord la mise en place d'une « *plateforme de données de santé* » qui se substituera à l'actuel institut national des données de santé (INDS) (*Projet de loi, chapitre I, art. 11*). Celui-ci aura pour mission de « *réunir, organiser et mettre à disposition les données du système national des données de santé* » (SNDS). Par ailleurs, ce SNDS sera enrichi des données collectées lors des actes pris en charge par l'Assurance maladie.

Cette plateforme, véritable concrétisation du Heath Data Hub du plan « Ma Santé 2022 », permettra ainsi de favoriser l'utilisation et de multiplier les possibilités d'exploitation des données de santé en recherche clinique, mais aussi en matière d'innovation et de développement des méthodes d'intelligence artificielle.

- L'ouverture d'un espace numérique de santé pour tout usager de santé

L'une des mesures phares du projet de loi santé consiste à créer un espace numérique de santé (ENS) au profit de chaque usager de santé d'ici le 1er janvier 2022 (*Projet de loi, chapitre II, art. 12*).

Cet ENS prendra la forme d'un compte personnel, unique, sécurisé et accessible en ligne par chaque usager du système de santé dès sa naissance. Il accédera aux outils et services numériques de santé, notamment à une messagerie sécurisée afin qu'il puisse échanger avec divers professionnels de santé, ainsi qu'à diverses applications de santé référencées. Il s'agira également de lui permettre d'avoir accès et de gérer l'ensemble de ses données de santé, notamment son dossier médical partagé (DMP), ou encore les données relatives au remboursement de ses dépenses de santé.

En outre, il est prévu que l'usager sera seul « gestionnaire et utilisateur » de son ENS, celui-ci pouvant décider d'en proposer l'accès temporaire ou définitif à un professionnel de santé ou au contraire de clôturer à tout moment cet espace.

La mise en place de cet ENS a pour ambition de faire du patient un acteur majeur de son parcours de santé.

- Le développement de la télésanté

Le projet de loi santé opte également pour un déploiement effectif de la télésanté par le renforcement de la télémédecine des professionnels médicaux et la mise en place du télésoin pour les professionnels paramédicaux (*Projet de loi, chapitre III, art. 13*).

La télémédecine est d'ores et déjà prévue par le Code de la santé publique (***Code de la santé publique, art. L.6316-1***). Pour autant, cette pratique demeure à ce jour réservée aux professionnels de santé médicaux. Tenant compte de cette exclusivité, le projet de loi prévoit la mise en place d'une procédure de télésoins à destination des professionnels de santé paramédicaux. Grâce au télésoin, les pharmaciens et divers auxiliaires médicaux (tels que les infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, orthophonistes, orthoptistes, etc.) seront désormais autorisés à pratiquer à distance, en complément de la télémédecine réservée aux professions médicales.

Il pourra alors s'agir de l'accompagnement, par les infirmiers, des effets secondaires de chimiothérapies orales, ou encore de la téléorthophonie et téléorthoptie, etc.

En permettant la prise en charge des patients à distance par des pharmaciens et des auxiliaires médicaux, cette mesure répond à la nécessité d'améliorer l'accès aux soins et la coordination des soins entre les professionnels de santé médicaux et paramédicaux.

- La modernisation de la prescription dématérialisée

Le projet de loi propose en dernier lieu de moderniser la procédure de prescription dématérialisée afin que celui-ci devienne « l'unique vecteur de prescription » (*Projet de loi, chapitre III, art. 14*).

A ce titre, la communication de la prescription ne sera plus cantonnée au seul courriel et l'obligation d'examen clinique préalable mise en place par l'article 34 de **la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie** sera supprimée. Le cadre juridique de la prescription dématérialisée sera donc considérablement allégé.

En outre, le Gouvernement sera habilité à prendre, par voie d'ordonnances, toutes les mesures propres à encourager la e-prescription.

La modernisation de la prescription dématérialisée permettra ainsi d'améliorer la qualité des soins, notamment s'agissant des vérifications automatiques susceptibles de détecter des incompatibilités de prescription, tout en garantissant une coordination des soins entre les différents professionnels de santé.

A rapprocher : Ma santé 2022 : un engagement collectif (Ministère des Solidarités et de la Santé)

Compétitions eSport : Quelles responsabilités en cas de dysfonctionnement technique ?

Ce qu'il faut retenir :

Depuis la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, la compétition de jeux vidéo est définie comme la compétition *« qui confronte, à partir d'un jeu vidéo, au moins deux joueurs ou équipes de joueurs pour un score ou une victoire »* (*CSI,. art. L.321-8, al. 2*).
Certaines des conditions d'organisation de ces compétitions sont désormais encadrées par le décret n°2017-871 du 9 mai 2017 relatif à l'organisation des compétitions de jeux vidéo.
Pour autant, des vides juridiques subsistent. Tel est le cas du contentieux de la responsabilité applicable en cas de dysfonctionnement dans le déroulement des compétitions eSport. En l'absence de régime légal en la matière, il convient de faire application du droit commun de la responsabilité civile, tout en tenant compte des dispositions contractuelles applicables à ce domaine particulier (règles imposées par les éditeurs de jeux, règlement de fonctionnement des compétitions, contrats de fourniture d'accès à internet, etc.).

Pour approfondir :

- **L'identification des dysfonctionnements**

L'organisation de compétitions eSport suppose l'utilisation de différents outils numériques essentiels au bon déroulement de l'événement. Pour autant, ces outils, hardware ou software, peuvent connaître certains dysfonctionnements.

Tout d'abord, il peut s'agir de dysfonctionnements affectant directement le réseau sur lequel les joueurs sont connectés pour jouer, à savoir un réseau internet ou à défaut, un réseau local LAN-party. La permanence de la connexion au réseau est indispensable au processus de jeu durant les différentes parties et plus largement, pendant toute la durée de la compétition.

Or, de nombreux incidents et problèmes techniques peuvent affecter cette connexion et conduire à une interruption temporaire, voire définitive, de la rencontre. Tel est le cas par exemple lors d'encombrement ou de panne de réseau, de virus informatique, de piratage ou d'intrusion malveillante, ou plus généralement de tout autre type de bug informatique.

Ensuite, il peut s'agir de dysfonctionnements atteignant plus spécifiquement les logiciels de jeux vidéo. Au même titre que la connexion au réseau, le logiciel de jeux vidéo est le support de la compétition eSport.

Enfin, il peut s'agir de dysfonctionnements affectant les périphériques informatiques et matériels de jeux vidéo. Chaque joueur doit en effet être équipé, afin de participer à la compétition, d'un matériel adéquat et de plusieurs périphériques, fournis par l'organisateur de la compétition ou qui lui sont personnels (consoles, manettes, ordinateurs, écrans, claviers, souris, pads, casques, autres accessoires divers, etc.). Or, il n'est pas rare que ces matériels et périphériques dysfonctionnent, empêchant les participants de poursuivre la compétition dans des conditions adaptées et leur causant nécessairement un préjudice.

- **L'identification des responsables**

Après avoir déterminé l'origine du dysfonctionnement affectant le déroulé de la compétition, il convient d'identifier le responsable, qui peut être :

- l'organisateur de la compétition, tenu d'assurer la tenue et le bon déroulement de la compétition ;
- le fournisseur d'accès à internet (FAI), chargé d'assurer la permanence et la sécurité de la connexion au réseau ;
- l'éditeur de logiciel de jeux vidéo, tenu de fournir un logiciel adapté et exempt de dysfonctionnements ;
- les fabricants ou fournisseurs de matériel de jeux vidéo, chargés de transmettre des périphériques propres à leur utilisation dans le cadre d'une compétition eSport et exempts de vice.

- **L'identification des fondements de responsabilité**

Afin d'obtenir indemnisation du préjudice subi du fait de ce dysfonctionnement, encore faut-il s'intéresser aux fondements de responsabilité envisageables.

La victime du dysfonctionnement peut être liée par un contrat avec le responsable. Tel est le cas du règlement de fonctionnement entre l'organisateur de la compétition et le joueur, du contrat de licence utilisateur final entre l'éditeur du logiciel et l'organisateur de la compétition, du contrat de fourniture de réseau internet entre le FAI et l'organisateur de la compétition, etc. Lorsqu'un contrat a été conclu, la responsabilité contractuelle peut être engagée sur plusieurs fondements :

- L'inexécution de l'obligation de délivrance conforme (***Code civil, art. 1604***) ;

- La garantie des vices cachés (***Code civil, art. 1641***) ;

- Plus largement l'inexécution de toute autre obligation contractuelle (sécurité, fiabilité du réseau, etc.) (***Code civil, art. 1231 et s.***).

Lorsque les intéressés ne sont pas liés par un contrat, la responsabilité est délictuelle. Elle peut être engagée notamment sur le fondement du fait des choses (***Code civil, art. 1242, al. 1***). La responsabilité du fait des produits défectueux peut également s'appliquer dès lors que le produit en question n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre (***Code civil, art. 1245-3***), qu'un contrat ait été ou non conclu entre les intéressés (***Code civil, art. 1245***). Tel serait le cas en cas d'implosion d'un périphérique utilisé durant la partie de jeu (ordinateur, manette, écran, etc.) qui causerait un dommage à un ou plusieurs participants.

- **Les obstacles à l'engagement de la responsabilité civile**

Engager la responsabilité de la personne à laquelle le dysfonctionnement est imputable peut toutefois se heurter à deux séries d'obstacles.

- Les clauses limitatives ou élusives de responsabilité

Lorsque la responsabilité est de nature contractuelle, il n'est pas rare que soit intégrée au contrat une clause limitative ou élusive de responsabilité. De nombreux règlements de fonctionnement de compétition eSport mentionnent des clauses de ce type. La responsabilité peut être écarté sous réserve que cette clause ne soit pas considérée comme abusive parce qu'elle est opposée à un joueur non-professionnel, consommateur **au sens de l'article du Code de la consommation** (***Code de la consommation, art. R212-1, 6°***), ou parce qu'elle s'insère dans un contrat d'adhésion (***Code civil, art. 1171***),

- La force majeure ou la cause étrangère présentant les caractéristiques de la force majeure

L'intéressé peut également s'exonérer de sa responsabilité lorsqu'il parvient à démontrer que le dysfonctionnement est dû à un événement de force majeure, c'est-à-dire un événement extérieur, imprévisible et irrésistible (catastrophes naturelles, événements météorologiques imprévisibles, incendies, etc.)

Sur ce point, il convient cependant de rappeler que le FAI est soumis à une responsabilité de plein droit s'agissant de la bonne exécution des obligations résultant du contrat (***LCEN, art. 15, I, al. 1***), et ne peut s'en défaire qu'en prouvant la faute de l'acheteur, le fait imprévisible et insurmontable d'un tiers étranger à la fourniture de la prestation ou un cas de force majeure (***LCEN, art. 15, I, al. 2***). Son obligation étant de résultat, il ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou élusive de responsabilité (***Cass. civ. 1ère, 19 novembre 2009, n°08-21.645***).

Ainsi, malgré l'absence de régime légal spécifique en la matière, l'étude des responsabilités encourues en cas de dysfonctionnement technique ne doit pas être négligée par les intéressés. Plus encore, ces problématiques doivent alerter les organisateurs de compétitions eSport ainsi que les participants et les amener, afin d'éviter toute difficulté et tout éventuel contentieux en cas de survenance d'un dysfonctionnement technique, à s'interroger sur la portée des contrats conclus et des règlements de fonctionnement applicables. Elles doivent également les conduire à anticiper, préalablement à l'organisation des compétitions, les solutions pouvant être trouvées.

A rapprocher : CSI,. art. L.321-8, al. 2 ; Code civil, art. 1604 ; Code civil, art. 1641 ; Code civil, art. 1231 et s ; Code civil, art. 1242 ; Code de la consommation, art. R212-1, 6° ; Code civil, art. 1171 ; LCEN, art. 15 ; Cass. civ. 1ère, 19 novembre 2009, n°08-21.645

***

ACTUALITÉ NUMÉRIQUE SIMON ASSOCIÉS

MARS 2019

Espionnage économique : comment s'en prémunir ?
Matinale organisée par le MEDEF LYON-RHONE et SIMON ASSOCIES
21 mars 2019 – Lyon
En savoir plus et s'inscrire

DPO externe : un outil collaboratif pour piloter efficacement la conformité de vos clients
Webinar organisé par VISIATIV et SIMON ASSOCIES
26 mars 2019 – Live
En savoir plus et s'inscrire

Cybersécurité et Compliance : un enjeu stratégique pour l'entreprise et ses dirigeants
Matinale organisée par SIMON ASSOCIES, en partenariat avec ZIWIT
28 mars 2019 - Paris
En savoir plus et s'inscrire