

La Lettre du Numérique

L'actualité juridique et économique des acteurs du numérique par Simon Associés

SEPTEMBRE-OCTOBRE 2021

SOMMAIRE

PARIS - NANTES - LYON
MONTPELLIER - LILLE

Bureaux intégrés

AIX-EN-PROVENCE
BLOIS - BORDEAUX
CLERMONT-FERRAND
LE HAVRE - MARSEILLE - METZ
NANCY - NICE - ROUEN - TOURS

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHRÉÏN
BANGLADESH - BELGIQUE
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
CORÉE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ
EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS - GRECE
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - KAZAKHSTAN
KOWEÏT - LUXEMBOURG
MADAGASCAR - MALTE
MAROC - MEXIQUE - NICARAGUA
OMAN - PANAMA - PARAGUAY
PÉROU - PORTUGAL - QATAR
RD CONGO - RÉPUBLIQUE
DOMINICAINE - SENEGAL
SINGAPOUR - SUISSE - THAÏLANDE
TUNISIE - URUGUAY
VENEZUELA - VIETNAM
ZIMBABWE

Conventions transnationales

DATA / DONNÉES PERSONNELLES

La valorisation de la donnée restera-t-elle l'apanage des G.A.F.A.M. ?

Journal du Management Juridique n°84

p. 2

SERVICES NUMÉRIQUES

La Doctrine « cloud au centre » sur l'usage de l'informatique en nuage au sein de l'État va-t-elle profiter au G.A.F.A.M. ?

Circulaire n° 6282-SG du 5 juillet 2021 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'État

p. 4

CONTENUS ILLICITES / E-RÉPUTATION

Condamnation à hauteur de trois millions d'euros pour des faits de contrefaçon de logiciel

Tribunal judiciaire de Marseille, 23 septembre 2021, n°16/03736 GENERIX/ ACSEP et autres

p. 5

www.simonassociés.com

www.lettredunumerique.com



DATA / DONNÉES PERSONNELLES

La valorisation de la donnée restera-t-elle l'apanage des G.A.F.A.M. ?

Journal du Management Juridique n°84

Ce qu'il faut retenir :

L'explosion du volume des données informatiques, du fait du développement de l'Internet et des nouvelles technologies de l'information, a ouvert de nouveaux horizons aux entreprises. Certaines utilisent déjà une partie de ces données pour prédire le comportement des consommateurs et améliorer leur offre de produits et services.

Pour approfondir :

De l'autre côté de l'Atlantique des sociétés comme Google, Facebook, Amazon, Apple, Microsoft, (désignés collectivement GAFAM) ont investi depuis de nombreuses années dans l'analyse de données. Quand elles ne mènent pas elles-mêmes ces analyses en interne, les entreprises peuvent les sous-traiter à des sociétés spécialisées, qui fleurissent aujourd'hui dans le monde entier.

Ainsi l'Intelligence Artificielle, qui est fondée sur l'analyse des données, en est la parfaite illustration et sera un enjeu majeur pour ces prochaines années. Le *McKinsey Global Institute* a publié fin 2018 une étude, "*Notes from the AI Frontier : Modeling the impact of AI on the world Economy*" sur l'adoption de l'Intelligence Artificielle par les entreprises et son impact sur l'économie, les marchés et la concurrence. À horizon 2030, le groupe de tête des entreprises ayant investi fortement en Intelligence Artificielle (et d'une manière générale ayant valorisé ses données) peut espérer un bond de 120 % de ses cash flows. A l'opposé les entreprises n'ayant pas fait cet effort subiront une érosion de plus de 20 % de leurs revenus. Selon cette même étude, les bénéficiaires pour les meilleurs se feront ressentir bien avant 2030 accentuant progressivement l'écart.

En tout état de cause cette démarche de valorisation de la donnée peut-elle être une marque de différenciation sur le marché ? On peut répondre oui, parce que les entreprises européennes n'ont plus le choix. Elles sont obligées de se démarquer des GAFAM.

Aussi après avoir rappelé ce que recouvre la valorisation de la donnée dans les entreprises (I.) nous proposerons des pistes de réflexions pour imaginer des modèles de valorisation (II.)

I. LES DONNÉES PEUVENT-ELLES ÊTRE UN ACTIF DE L'ENTREPRISE ?

Même s'il est plus facile de valoriser des données personnelles de prospects et clients qui peuvent être directement étudiées et utilisées, tout jeu de données peut être valorisé. Mais l'exercice n'est pas aisé et ce malgré les réflexions qui s'organisent au niveau des normes internationales que sont l'*International Accounting Standards* (IAS) et l'*International Financial Reporting Standards* (IFRS).

Force est de constater, qu'à ce stade, aucun consensus sur la valorisation des données n'existe. Si les règles d'immobilisation des moyens de constitution de bases de données existent depuis longtemps, la data en elle-même ne fait pas l'objet de règles comptables de valorisation.

En d'autres termes, il n'existe pas de règle reconnue de tous, de valorisation des données. Les raisons sont multiples, mais sont principalement dues au fait qu'il n'existe que peu de matérialisation et de documentation de cet actif.

Tout comme pour la valorisation d'une marque, les professionnels craignent ainsi des valorisations totalement fantaisistes, sur des bases irréelles. En revanche, rien n'interdit de procéder à une « valorisation financière », c'est-à-dire à la valorisation d'un actif, un produit ou un service, sur un marché déterminé dépendant simplement de l'offre et de la demande. La valorisation financière est donc le prix qu'un acteur du marché est prêt à payer pour obtenir ledit actif.

C'est exactement ce que font les actionnaires d'une société quand ils souhaitent faire une levée de fonds ou de cession : une valorisation de leur entreprise. Cette valorisation financière n'a pas d'aspect comptable et n'existe pas au sein du bilan. Ainsi Facebook en 2012, 8 ans après sa création par Mark Zuckerberg et 3 autres étudiants d'HARVARD, entre en Bourse sur la base d'une valorisation supérieure à 100 milliards de dollars. Cette valorisation a été établie sur le potentiel économique que pouvait représenter le réseau social dans la collecte de données. Très concrètement et formellement, la valorisation financière d'une société est établie à partir d'un

document émanant soit d'une profession réglementée, comme un expert-comptable ou une banque d'affaire, afin de rendre opposable cette valorisation, soit d'une entreprise non réglementée si on n'a pas besoin d'opposabilité de la valorisation de l'entreprise concernée.

Il en sera exactement de même pour la valorisation de données.

II. INVENTER DES MODÈLES DE VALORISATION À PARTIR DE CRITÈRES OBJECTIFS D'ANALYSE

Pour valoriser financièrement les données de l'entreprise il faut appuyer le raisonnement sur des critères objectifs d'analyse à partir desquels pourront être construits des modèles d'évaluation.

Dans une première réflexion nous avons recensé 3 critères de valorisation qui serviront de support pour construire un modèle économique de la valorisation de la donnée :

- la donnée doit être organisée ;
- la donnée doit être conforme à la législation ;
- la donnée doit être sécurisée

A. UNE DONNÉE SÉCURISÉE

Une donnée organisée est une donnée qui procure à l'entreprise un avantage concurrentiel qui présuppose une bonne compréhension du client et de ses attentes.

La démarche pertinente d'un projet de valorisation de données, qu'il soit Big Data ou non, consiste dans un premier temps à identifier les données susceptibles de contribuer à créer cet avantage concurrentiel.

Dans cette première phase qui consiste en réalité à faire l'inventaire des données de l'entreprise, on mobilisera essentiellement des ressources de la Direction des Services d'Information, si elle existe ou bien un prestataire externe, qui prendront garde à n'écarter aucune donnée a priori au prétexte qu'elle ne revêtirait pas d'intérêt.

B. UNE DONNÉE CONFORME À LA LÉGISLATION

Le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) doit être compris comme un catalyseur permettant aux entreprises de se différencier et permettre également de créer un avantage concurrentiel.

Le RGPD n'est pas qu'une contrainte. C'est également le moyen pour l'entreprise de promouvoir des règles éthiques qui favorisent l'émergence d'un système de confiance, garantissant une création de valeur et une innovation responsable et respectueuse des clients, à

partir de l'exploitation des données. Car s'il s'agit désormais de faire du business autour de la donnée, où qu'elle se situe, et de créer de nouveaux produits et services à partir de son exploitation, cela impose d'être agile dans la valorisation et la sécurisation de cet actif stratégique, tout en ayant une gestion responsable et éthique, qui favorise la confiance. Du point de vue économique, le traitement des données personnelles est un atout concurrentiel majeur pour les entreprises que le législateur européen a pris garde de ne pas entraver. Les entreprises se voient ainsi autorisées à fournir différents niveaux de service selon les données transmises par le consommateur et l'appréciation qu'en auront fait les algorithmes. De même, le refus par un consommateur que l'on collecte ses données pourra entraîner légalement des conséquences sur la qualité des services qui lui seront fournis, s'il y a accès.

Cette mise en conformité de la donnée au regard de la législation et notamment du RGPD peut non seulement limiter, voire éliminer le risque juridique, mais aussi et surtout organiser un rapport de confiance dans son écosystème notamment auprès de ses clients mais aussi de ses prestataires et fournisseurs.

C. UNE DONNÉE SÉCURISÉE

C'est le critère qui est le plus délicat à mettre en œuvre. C'est la raison pour laquelle l'entreprise va devoir se doter de moyens techniques pour démontrer que la donnée qu'elle prétend valoriser est une donnée sécurisée.

Le Système d'Information d'une entreprise est devenu stratégique, sa sécurité est primordiale et ses données doivent être :

- **Disponibles** à tout moment, et quelle que soit sa localisation géographique,
- **Intègres**, c'est-à-dire justes et complètes,
- **Confidentielles**, seules les personnes autorisées doivent y avoir accès.

Ce sont principalement ces 3 caractéristiques qui permettent de mesurer la sécurité d'un Système d'Information.

Aujourd'hui l'entreprise donne accès à son Système d'Information à beaucoup de personnes (salariés, fournisseurs, clients, ...), avec de nombreux types de matériels différents (PC, tablettes, smartphones, objets connectés, ...) et partout (domicile, hall de gare, voiture, restaurant, ...). Ce sont autant de portes par

lesquelles on peut entrer à l'intérieur du système d'information. Le phénomène la cybercriminalité est en très forte hausse. Il ne se passe pas de jour où les médias annoncent des « violations de données », même dans les entreprises les mieux armées pour sécuriser leur environnement.

Aussi, l'entreprise qui peut démontrer une vraie politique de protection de sa donnée va rassurer ses éventuels investisseurs.

À partir de ces 3 critères de valorisation de la donnée il est désormais possible de réfléchir à des méthodes de valorisation qui, comme pour la valorisation des marques, viendraient appliquer des notations dans l'appréciation de chaque critère permettant une valorisation objective qui pourrait être inscrite au bilan de l'entreprise.

Quoi qu'il en soit l'approche culturelle de la donnée et de sa gouvernance est fondamentale pour intéresser tous les acteurs à la valeur de la donnée au sein d'une même entreprise mais aussi, et surtout, les investisseurs qui souhaitent investir dans ladite entreprise.

A rapprocher : « La valorisation des données, un enjeu si mal maîtrisé », 1er octobre 2019 ; "Notes from the AI Frontier : Modeling the impact of AI on the world Economy", septembre 2018

SERVICES NUMÉRIQUES

La Doctrine « cloud au centre » sur l'usage de l'informatique en nuage au sein de l'État va-t-elle profiter au G.A.F.A.M. ?

Circulaire n° 6282-SG du 5 juillet 2021 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'État

Ce qu'il faut retenir :

L'informatique en nuage (Cloud Computing) constitue un levier essentiel de la transformation numérique de l'État et des territoires prioritaires du Gouvernement actuel pour la modernisation et la simplification de l'action publique au service des citoyens français.

Un groupe de jeunes développeurs de logiciels adaptés à l'informatique en nuage s'alarment, dans une tribune au « Monde », de l'incapacité des

pouvoirs publics à faire confiance aux jeunes entreprises de la tech française et à préférer les G.A.F.A.M.

Pour approfondir :

Dans la précédente Lettre du Cabinet SIMON ASSOCIÉS nous vous avons présenté l'ambitieuse stratégie nationale pour un cloud de confiance pour répondre aux inquiétudes sur « l'extraterritorialité » de lois américaines comme le Cloud Act ou le Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA), qui peuvent permettre à la justice ou aux services de renseignement américains d'accéder aux données hébergées hors des États-Unis. Par cette initiative, Bruno LE MAIRE, ministre de l'économie, Cédric O, secrétaire d'État au numérique, et Amélie de MONTCHALIN ministre de la transformation et de la fonction publiques, souhaitent que les données et les services de l'État soient hébergés et exploités sur un Cloud « protégé contre toute réglementation extracommunautaire » et qui sera labellisé « Cloud de confiance ».

Cette stratégie s'articule autour de 3 piliers que sont le label Cloud de confiance, la politique « Cloud au centre » des administrations et enfin une politique industrielle mise en œuvre dans le prolongement de France Relance.

Dans le prolongement de cette annonce et notamment concernant la doctrine « Cloud au centre » le 5 juillet 2021 le Premier ministre Jean CASTEX a pris une circulaire auprès de services des ministères pour les inviter voire les « exhorter » à accélérer la transformation numérique de l'État en mettant au centre de cette transformation l'informatique en nuage (Cloud Computing) qui :

« Constitue un levier essentiel de cette transformation numérique. Elle permet le développement et la montée en charge rapides de services numériques selon les méthodes les plus avancées et pour un coût maîtrisé.

Cette modernisation de l'action publique voulu par le Premier ministre est en droite ligne avec sa précédente circulaire du 8 novembre 2018 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'État doit être accélérée.

Avec l'adoption de la doctrine « Cloud au centre », le Gouvernement fait du Cloud un prérequis pour tout nouveau projet numérique au sein de l'État, afin

d'accélérer la transformation publique au bénéfice des usagers.

Eu égard à l'urgence pour mener à bien cette transformation le gouvernement est conscient que des services Cloud les plus performants au monde sont édités par des entreprises extra européennes :

« Ces services pourront également être labellisés sous certaines conditions portant notamment sur l'entité opérant ces services et sur la localisation des données.

Les services pourront être licenciés par des entreprises du monde entier et notamment en provenance des Etats-Unis permettant ainsi aux entreprises et administrations françaises de bénéficier des services les plus innovants.

Cette solution technique intermédiaire désignée par le gouvernement lui-même « offres hybrides » génère des inquiétudes notamment sur la réalité de la souveraineté numérique de la France.

Ainsi un groupe de jeunes développeurs de technologie mise en œuvre sur l'informatique en nuage se sont interrogés dans une tribune au « Monde », de l'incapacité des pouvoirs publics à faire confiance aux jeunes entreprises de la tech française voire européenne et à préférer les G.A.F.A.M.

Ces jeunes ingénieurs reprochent au gouvernement et plus particulièrement au ministère de l'économie de faire la part belle aux G.A.F.A.M. faisant fi de l'engagement des acteurs du Cloud français.

« C'est un aveu de capitulation de s'en remettre aux G.A.F.A.M »

Pour illustrer les inquiétudes des industriels français Alexandre PIQUART cite Quentin ADAM l'éditeur français de Clever Cloud qui estime que la bataille des couches logicielles d'utilisation des infrastructures cloud n'est pas perdue et qui déclarait le 28 mai 2021 au site Next INpact : « Abandonner maintenant alors que tout reste à faire serait une erreur stratégique majeure.

Pour le cabinet de Cédric O secrétaire d'Etat chargé de la Transition numérique et des Communications électroniques La solution « hybride » avec licence représente déjà « un changement de paradigme » pour les géants américains, habitués à maîtriser toute la chaîne.

Une des premières réalisations d'offre hybride a été annoncée le 6 octobre 2021 par GOOGLE et THALES pour créer une entité chargée de développer « une offre cloud souverain ». Dans cette même annonce Google dit viser avec Thales les structures publiques mais aussi les entreprises nationales d'infrastructures critiques en France, dans la finance, les communications ou l'énergie et, plus largement, toutes les entreprises. « Nous pensons qu'à terme l'activité de Google dans le cloud en France passera majoritairement par ce type d'alliance avec des acteurs locaux comme Thales », dit M. Thomas KURIAN Président Directeur Général de GOOGLE CLOUD.

Une déclaration qui ne devrait pas rassurer ceux qui s'inquiètent du risque de dépendance d'un partenaire français aux fournisseurs américains le tout sous « l'impulsion » du gouvernement français qui y voit un moyen d'accélérer la transformation numérique de l'Etat.

A rapprocher : « Les entreprises françaises de la tech [...] dans la mise en place d'une réelle stratégie de souveraineté numérique » *Le Monde*, 27 juin 2021 (réservé aux abonnés) ; « Le gouvernement annonce sa stratégie nationale pour le Cloud » *Dossier de Presse*, numerique.gouv.fr, 17 mai 2021 ; *Circulaire n° 6282-SG du 5 juillet 2021 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'Etat* ; *Circulaire du 8 novembre 2018 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'Etat*

CONTENUS ILLICITES / E-RÉPUTATION

Condamnation à hauteur de trois millions d'euros pour des faits de contrefaçon de logiciel

Tribunal judiciaire de Marseille, 23 septembre 2021, n°16/03736 GENERIX/ ACSEP et autres

Ce qu'il faut retenir :

Par un jugement en date du 23 septembre 2021, le tribunal judiciaire de Marseille a condamné une société pour contrefaçon des codes sources d'un logiciel à hauteur de 3 millions d'euros.

Pour approfondir :

Au-delà du montant particulièrement élevé de cette condamnation, le jugement commenté présente de

nombreux enseignements en matière de contrefaçon des codes sources d'un logiciel par les anciens salariés de la société titulaire des droits sur ledit logiciel.

En effet, le tribunal judiciaire de Marseille confirme l'application du droit d'auteur aux codes sources d'un logiciel, traite de la question de leur originalité au sens du droit d'auteur et examine la question de leur titularité. Dans ce contexte, la décision témoigne du caractère particulièrement stratégique du dépôt des solutions logicielles auprès de l'Agence de la Protection des Programmes (« APP »).

En l'espèce, la solution visée est un progiciel de gestion des entrepôts intitulé « WMS INFOLOG » et édité par la société INFOLOG SOLUTIONS. Cette société fait par ailleurs l'objet, en 2010, d'une absorption par la société GENERIX par le biais d'une transmission universelle de patrimoine.

En 2011, une société exerçant la même activité, la société ACSEP est créée par l'ancien responsable du support solutions de la société INFOLOG SOLUTIONS. La société GENERIX apprend alors que plusieurs de ses salariés ont rejoint la société ACSEP et que certains clients ont cessé leur collaboration en cours pour se tourner vers cette dernière.

Après avoir établi un constat d'huissier, la société GENERIX a assigné la société ACSEP ainsi que ses anciens salariés pour contrefaçon des codes sources du logiciel et pour concurrence déloyale.

Le tribunal judiciaire de Marseille a rappelé dans son jugement en date du 23 septembre 2021 que les logiciels (y compris le matériel de conception préparatoire) au titre de l'article L.112-2, 13° du code de la propriété intellectuelle, constituaient des œuvres de l'esprit, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet. En effet la juridiction précise que « le code source d'un logiciel est une forme d'expression de celui-ci qui mérite par conséquent la protection des droits d'auteurs ».

En l'espèce, la société GENERIX produit les codes sources du logiciel WMS et les trois programmes sources qui le composent tels que déposés à l'APP, permettant ainsi l'identification de l'œuvre contrefaite. Par ailleurs, il est rappelé que l'œuvre appartient, au titre de l'article L.113-1 du code de la propriété intellectuelle, à celui ou ceux sous le nom duquel l'œuvre est divulguée. Dès lors, une personne peut en être investie si elle commercialise sans équivoque une œuvre sous son nom.

La juridiction estime, après avoir constaté lesdits dépôts des codes sources et la commercialisation de la solution que « la société GENERIX est donc titulaire des droits sur cette œuvre, qui constitue une œuvre originale, et fondée à en défendre la protection. »

Dès lors, il apparaît que la société ACSEP, en reproduisant le code source de la société GENERIX a effectué des actes de contrefaçon puisqu'il n'existe aucune convention autorisant la société ACSEP à reproduire, en tout ou partie, les logiciels en question. Afin d'évaluer le montant de la condamnation, la juridiction se fonde sur l'article L.331-1-3 et L.331-1-4 du code de la propriété intellectuelle. Le tribunal judiciaire de Marseille condamne la société ACSEP à payer à la société GENERIX :

- La somme de 2.054.806, 06 euros au titre du manque à gagner en raison de la résiliation de nombreux contrats par des clients de GENERIX. Cette dernière, produit à cet effet des lettres de résiliation de clients au moment de l'apparition des faits de contrefaçon.

- La somme de 814.000 euros au titre des économies réalisées par la société ACSEP. En effet, il a été estimé que ce montant correspondait à la valeur comptable de la recherche et développement du progiciel contrefait.

- La somme de 50.000 euros au titre du préjudice moral de la société GENERIX. Par ailleurs, le tribunal judiciaire a ordonné la cessation des faits de contrefaçon et la suppression par la société ACSEP des codes sources.

Enfin, il doit être souligné que société ACSEP a également été condamnée au paiement de la somme de 30.000 euros au titre de la concurrence déloyale.

A rapprocher : Tribunal judiciaire de Marseille, jugement du 23 Septembre 2021 ; « Trois millions d'euros pour contrefaçon des codes sources d'un logiciel » Legalis, 04 octobre 2021 ; Code de la propriété intellectuelle, Article L112-2 ; Code de la propriété intellectuelle, Article L113-1
