

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'évolutivité des service en cloud

Cruquenaire, Alexandre; Cassart, Alexandre

Published in:
Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Cruquenaire, A & Cassart, A 2013, 'L'évolutivité des service en cloud: difficultés juridiques et solutions contractuelles', *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, numéro 98, pp. 108-114.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'évolutivité des services en cloud : difficultés juridiques et solutions contractuelles

Par Alexandre CRUQUENAIRE

Avocat
Philippe & Partners, Lexing – Belgique
Maître de conférences à l'Université de Namur
(Crids)

Et Alexandre CASSART

Avocat
Philippe & Partners, Lexing – Belgique

→ RLDI 3271

Le succès des solutions de *cloud computing* est bâti en grande partie sur les avantages que ces solutions informatiques présentent en termes de flexibilité. En revanche, une fois le contrat parvenu à son terme, la souplesse peut soudain faire défaut, chacun ayant des intérêts divergents lorsqu'il s'agit de sortir du contrat. La première partie de cette étude s'attache à analyser la manière dont cette flexibilité peut se traduire dans un contrat par essence « figé ». La seconde partie aborde la fin du contrat et la question de la réversibilité des solutions *cloud*, en particulier concernant les données confiées au prestataire *cloud*.

I. – L'ÉVOLUTIVITÉ EN COURS DE CONTRAT : LES AMÉNAGEMENTS CONTRACTUELS PERMETTANT D'ADAPTER UNE SOLUTION CLOUD DANS LE TEMPS

Les promoteurs des solutions de *cloud computing* mettent régulièrement en avant les avantages liés à la grande flexibilité de ces formules, réputées s'adapter immédiatement aux besoins fluctuants des utilisateurs. Toutefois, la rigueur et le formalisme contractuel s'accroissent mal de la souplesse voulue par les prestataires et leurs clients.

Puisqu'il est peu compatible avec les exigences de la vie des affaires de conclure un nouveau contrat à chaque modification des services fournis, le contrat initial devrait prévoir les mécanismes susceptibles de faire évoluer le cadre conventionnel au gré des circonstances⁽¹⁾. Par ailleurs, si le contrat doit pouvoir être modifié pour répondre aux demandes des clients, les prestataires doivent également être mis en mesure de modifier leurs services de manière à toujours utiliser la technologie la plus adaptée⁽²⁾.

Plusieurs approches sont possibles pour atteindre cet objectif. Le contrat peut prévoir une définition souple de son objet (A), peut permettre à l'une des parties de modifier unilatéralement l'objet du contrat (B) ou encore peut modéliser les conditions dans lesquelles le contrat sera renégocié (C).

A. – Définition souple de l'objet

L'article 1108 du Code civil impose que le contrat porte sur un objet certain. Cet objet ne doit pas nécessairement être précisément déterminé à la conclusion du contrat, mais doit à tout le moins être déterminable, ce qui suppose que le contrat comporte des éléments objectifs – indépendants de la volonté des parties – permettant de définir ledit objet⁽³⁾.

Les contrats de *cloud* peuvent exploiter cette relative liberté dans leur rédaction, afin de garantir la flexibilité du service à l'égard du client (1°), mais également la possibilité, pour le prestataire, de choisir la technologie qui lui semble la plus appropriée (2°).

1°/ Le paiement à la consommation

Le terme « *cloud* » couvre un vaste champ de solutions informatiques très différentes. Toutefois, qu'il s'agisse de fournir de l'espace de stockage, de la puissance de calcul pour les applications propres du client ou un logiciel en particulier, ces solutions présentent généralement la caractéristique d'être élastiques, c'est-à-dire extensibles ou compressibles à l'envi⁽⁴⁾.

Ces solutions se prêtent donc à des formules de type « paiement à la consommation ». Dans cette hypothèse, le contrat prévoit

(1) Debras J., *Cloud computing. Aspects juridiques de la contractualisation de la fourniture de services et du traitement des données*, *Expertises* 2011, p. 17.

(2) Turner M., Smith A., *IT Outsourcing. The challenge of changing technology in IT outsourcing agreements*, *Computer Law & Security Report*, vol. 18, n° 3, 2002, p. 181.

(3) Van Ommeslaghe P., *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, t. 1, p. 284.

(4) *The NIST Definition of Cloud Computing*, NIST, sept. 2011, 800-145, p. 2, <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>> ; Iglesias R., Nicholls R., Travis A., *Private Clouds with No Silver Lining : Legal Risk in Private Cloud Services*, *Comm. & strat.*, n° 85, 1st Q., 2012, p. 129.



un prix fondé sur une variable consommable (quantité de données stockées, bande passante, puissance de calcul dédiée, utilisateurs connectés...) et le prestataire se livre à une facturation périodique. Ce type de contrat, qui se rencontre régulièrement dans d'autres secteurs professionnels, est tout à fait valide et permet une flexibilité maximale au client, celui-ci ne payant que ce qu'il a effectivement consommé.

Le prestataire et le client doivent toutefois être attentifs au fait que l'augmentation de la consommation, surtout lorsqu'elle intervient de manière transparente à l'égard du client, peut entraîner des factures portant sur des montants très élevés⁽⁵⁾.

En cas de contestation, le prestataire de service pourrait alors éventuellement se voir reprocher un manquement à son devoir de conseil, en ce qu'il n'a pas averti son cocontractant de l'augmentation inhabituelle de sa consommation. Le devoir de conseil du prestataire de service informatique⁽⁶⁾ repose sur le principe de l'exécution de bonne foi du contrat énoncé à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Ce principe doit être compris comme une norme objective prescrivant de se comporter d'une manière loyale. La doctrine et la jurisprudence en ont déduit une série d'obligations s'imposant aux parties contractantes, indépendamment de leur volonté effective⁽⁷⁾. Ces obligations complémentaires sont inspirées de la thèse du « microcosme contractuel » de Demogue⁽⁸⁾, selon laquelle le contrat crée une communauté entre les parties, ce qui induit une nécessaire solidarité entre elles⁽⁹⁾. La détermination des éventuelles obligations découlant du principe d'exécution de bonne foi repose sur le critère général de la collaboration que l'on peut attendre entre parties contractantes raisonnables placées dans le même contexte contractuel. Ainsi, en matière d'information du client, l'intensité de l'obligation pesant sur le prestataire est fonction de la complexité technique de l'objet du contrat⁽¹⁰⁾ ainsi que de la compétence technique du client⁽¹¹⁾.

(5) Lebeau-Marianna D., Vermynck E.-C., Le passage au *cloud computing* : une nécessaire coopération entre l'informatique et le juridique afin de ne pas rester dans les nuages, RLDI 2011/69, n° 2287, p. 55.

(6) De Coster T., Van Asbroeck B., *Outsourcing van IT-diensten. 6 sleutelementen van de dienstenovereenkomst*, CJ, n° 1/2004, p. 107.

(7) Fagnart J.-L., L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion, RCJB 1986, p. 290. Romain J.-F., Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel, in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, p. 95 ; Van Ommeslaghe P., L'exécution de bonne foi, principe général de droit ?, RGDC 1987, p. 104.

(8) Voir Demogue R., *Traité des obligations en général*, Rousseau, Paris, 1931, t. VI, n°s 3 et s.

(9) Picod Y., Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 1989, t. 208, p. 101 ; Mestre J., D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ. 1986, p. 101.

(10) Anvers, 7 juin 1988, RDC 1989, p. 614.

(11) CA Paris, 25^e ch. A, 18 juin 1998, Juris-Data, n° 022296 ; T. com. Créteil, 1^{er} ch., 16 juin 1998, et la note de L. Costes, *Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, déc. 1998, H, p. 26, cité par Montero É., *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 64.

Dès lors qu'il n'est pas possible de se dégager entièrement de son devoir de conseil par le biais d'une clause conventionnelle⁽¹²⁾, le prestataire sera prudent de prévoir un mécanisme d'avertissement en cas de dépassement d'un seuil de consommation à fixer dans le contrat.

2°/ La définition fonctionnelle du service

Dans le cas des solutions *cloud*, le prestataire conserve la mainmise sur l'infrastructure informatique qu'il met à disposition des clients. Il doit donc pouvoir intervenir sur cette infrastructure et modifier la technologie utilisée – matérielle et surtout logicielle – afin, notamment, de la mettre à jour. Un des intérêts des solutions *cloud* étant le partage de l'infrastructure selon les besoins des différents clients, l'on imagine mal un prestataire devoir déployer des technologies différentes sur ses machines en fonction des contrats qui le lient. Cette question se pose avec moins d'acuité dans l'hypothèse de la fourniture d'un logiciel particulier à distance, puisque la partie logicielle reste identique et mise à jour. Le client ne sera normalement pas impacté par une éventuelle modification matérielle, celle-ci se déployant d'une manière transparente pour lui.



Dans le cas des solutions cloud, le prestataire conserve la mainmise sur l'infrastructure informatique qu'il met à disposition des clients

Dans d'autres types de services *cloud*, le client pourrait, en revanche, avoir un intérêt à refuser toute modification de la technologie utilisée par le prestataire, afin de ne pas mettre en péril son flux de travail. Une des voies ouvertes au prestataire pour éviter ces situations de blocage est de définir son service d'une manière fonctionnelle et non par référence à une ou plusieurs technologies spécifiques. Cette définition fonctionnelle n'exonère toutefois pas le prestataire de détailler et de s'engager à respecter des niveaux de service⁽¹³⁾, lesquels peuvent être tout à fait définis sans référence à une technologie particulière.

B. – La décision unilatérale

Afin d'atteindre juridiquement la flexibilité technique et commerciale inhérente au *cloud*, de nombreux contrats permettent à une des parties de définir ou de modifier unilatéralement certains aspects du contrat⁽¹⁴⁾ sans passer par une lourde procédure de demande de modification⁽¹⁵⁾.

(12) Montero É., *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 64.

(13) Voir notamment, à ce sujet, de Keyser D., de Vulder K., *Strategische outsourcing : een analyse van de contractuele aanpak*, Kluwer, Malines, 2004, p. 239 et s. ; de Vulder K., Dierick A., *Contracteren in de cloud*, *Computerrecht*, juin 2011, p. 131-132.

(14) Kuan Hon W., Millard C., Walden I., *Negotiating cloud contracts : looking at clouds from both sides now*, *Stan. Tech. L. Rev.*, 2012, vol. 16, n° 1, p. 125.

(15) De Coster T., Van Asbroeck B., *Outsourcing van IT-diensten. 6 sleutelementen van de dienstenovereenkomst*, CJ, n° 1/2004, p. 114.

Il peut paraître étrange⁽¹⁶⁾ de laisser contractuellement à une partie le droit de déterminer – et de modifier⁽¹⁷⁾ en cours d'exécution – unilatéralement l'objet du contrat. Le procédé – généralement désigné par sa traduction néerlandaise « *partijbeslissing* » – est pourtant accepté en droit positif⁽¹⁸⁾. La décision de la partie peut se fonder sur une disposition légale, un usage ou une clause contractuelle. Elle est ouverte tant au débiteur⁽¹⁹⁾ de l'obligation qu'au créancier et peut même porter sur une obligation essentielle du contrat⁽²⁰⁾.

Il ne s'agit pas de se lier pieds et poings au bon vouloir de son co-contractant. La décision unilatérale doit se faire dans les limites de la bonne foi, sous le contrôle marginal du juge⁽²¹⁾ et, le cas échéant, dans les limites fixées contractuellement.

Du point de vue du client, le contrat lui permet généralement de modifier unilatéralement le périmètre des prestations fournies par le prestataire ou d'opter pour une série d'options définies au préalable, tout en fixant le coût de ces prestations et options complémentaires. Afin de conserver une flexibilité maximale, ces modifications sont le plus souvent demandées et fournies automatiquement via l'infrastructure technique du prestataire. Des aménagements procéduraux plus complexes peuvent toutefois être mis en place, si le prestataire n'est pas en mesure de modifier automatiquement ses prestations à la demande nouvelle.

Du point de vue du prestataire, le recours à des clauses prévoyant une modification unilatérale du contrat peut lui permettre d'adapter son infrastructure technique à sa guise, tout en fournissant une définition plus précise à un client ne se satisfaisant pas d'une définition fonctionnelle du service proposé. Dans les contrats standard, le prestataire se réserve généralement le droit de modifier unilatéralement l'infrastructure technique, au risque toutefois de porter atteinte à un élément essentiel du contrat. Les contrats négociés prévoient plutôt une possibilité de modification unilatérale sur une série d'éléments techniques considérés comme mineurs, les modifications cardinales du contrat étant soumises, selon les cas, à une simple information du client ou à son approbation préalable⁽²²⁾.

Enfin, les clauses autorisant la décision unilatérale doivent prévoir l'impact de ces modifications sur le prix du contrat. Différentes formules sont envisageables⁽²³⁾. Le contrat pourrait ainsi prévoir les prix – éventuellement accompagnés d'une clause d'indexation permettant de s'inscrire dans la durée – de tout l'éventail des modifications dès le départ. Il pourrait également être convenu que la modification du prix soit liée à l'augmentation des coûts pour le prestataire ou à l'amélioration du service pour le client. Enfin, le prix pourrait également être fixé sur la base du prix du marché, le contrat définissant alors la méthodologie pour choisir et comparer les prix proposés par les concurrents pour des prestations équivalentes. Ce type de clause, dite de « *benchmarking* », peut d'ailleurs être utilisé, non seulement dans le but de revoir régulièrement la conformité du contrat avec les conditions du marché, mais également la conformité technique avec les règles de l'art⁽²⁴⁾.

C. – Les clauses de négociation

Les contrats complexes de cloud mettant en présence deux parties d'un poids économique équivalent prévoient souvent des clauses de négociation détaillées. Ces négociations peuvent être initiées par le souhait de l'une des parties de redéfinir le périmètre du contrat ou par un changement de circonstances dans l'exécution.

Le contrat résultant d'une rencontre de consentements, l'intérêt d'une clause encadrant une négociation peut paraître limité. Soit les parties souhaitent toujours trouver un accord constructif et elles négocieront naturellement, soit toute confiance est rompue et la négociation est, dès lors, vaine. Cependant, en aménageant le *modus operandi* de la négociation, ces clauses permettent aux parties d'éviter un litige sur des points mineurs d'organisation et favorisent psychologiquement la recherche d'une solution constructive⁽²⁵⁾.

Par ailleurs, les mécanismes de règlement des conflits prennent une importance particulière dans le cas des contrats internationaux, eu égard à la complexité des procédures contentieuses dans ces hypothèses⁽²⁶⁾.

Outre les éléments déclencheurs et les aspects pratiques, les clauses de négociation devraient également prévoir l'aménagement de la continuité des prestations pendant la discussion⁽²⁷⁾, la disparition éventuelle des éléments entraînant la renégociation du contrat et la procédure à respecter en cas d'échec des négocia-

(16) Bien que le professeur Demogue ait déjà soutenu l'idée d'un principe de modification unilatérale implicite dans certains contrats, in *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, RTD civ. 1907, p. 624 et s.

(17) Van Ommeslaghe P., *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, t. I, p. 293.

(18) Wéry P., *Droit des obligations*, Tome 1 : Théorie générale du contrat, Larcier, Bruxelles, 2010, n° 292.

(19) Foriers P.A., *Pacta sunt servanda*, in *Le droit des affaires en évolution – La modification unilatérale du contrat*, Bruylant-Kluwer, Bruxelles-Anvers, 2003, n° 30-31, p. 32-34.

(20) Foriers P.A., *L'objet et la cause du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, p. 134.

(21) Van Ommeslaghe P., *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, t. I, p. 289 ; Ronse J., *Marginal toetsing in het privaatrecht*, TPR 1977, p. 207 et s.

(22) Kuan Hon W., Millard C. et Walden I., *Negotiating cloud contracts : looking at clouds from both sides now*, *Stan. Tech. L. Rev.*, 2012, vol. 16, n° 1, p. 125-126.

(23) Turner M., Smith A., *IT Outsourcing. The challenge of changing technology in IT outsourcing agreements*, *Computer Law & Security Report*, vol. 18, n° 3, 2002, p. 183-185.

(24) Triaille J.-P. et Robert R., *Les contrats informatiques*, in *Traité pratique de droit commercial*, Kluwer, Waterloo, 2009, p. 120-121.

(25) De Coster T. et Van Asbroeck B., *Outsourcing van IT-diensten. 6 sleutelementen van de dienstovereenkomst*, CJ, n°1/2004, p. 110 ; Delforge C., *Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée et au caractère intégratif*, in Fontaine M. (ss. dir.), *Les aspects juridiques de l'outsourcing*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 107 et s.

(26) Triaille J.-P., *L'outsourcing du développement de logiciels vers des pays à bas salaire*, RDTI 20/2004, p. 33.

(27) De Coster T. et Van Asbroeck B., *Outsourcing van IT-diensten. 6 sleutelementen van de dienstovereenkomst*, CJ, n° 1/2004, p. 110.



tions⁽²⁸⁾. Dans cette dernière hypothèse, le contrat prévoit soit un mécanisme de tierce décision, soit la liquidation du contrat.

II. – L'ÉVOLUTIVITÉ EN FIN DE CONTRAT : LES MODALITÉS DE SORTIE D'UNE SOLUTION CLOUD

Le choix d'externaliser une solution informatique dans le *cloud* implique une perte de maîtrise sur cette solution durant la période contractuelle et pose nécessairement la question des modalités de récupération de cette maîtrise à l'issue du contrat⁽²⁹⁾. Les données et informations constituent des éléments clés pour les entreprises. L'enjeu de la réversibilité est donc essentiel⁽³⁰⁾. À défaut de sécurité sur ce plan, le choix du *cloud* emportera d'importants risques stratégiques. Il est donc également dans l'intérêt des prestataires *cloud* de dégager des solutions équilibrées permettant de rassurer le client et de préserver la rentabilité de leurs activités.

Le choix d'externaliser une solution informatique dans le cloud implique une perte de maîtrise sur cette solution durant la période contractuelle et pose nécessairement la question des modalités de récupération de cette maîtrise à l'issue du contrat

Après un bref rappel des principes du droit commun des contrats (A), nous analyserons la question de la sortie d'une solution *cloud* à partir de l'hypothèse fréquente de la récupération des données du client (B).

A. – Les obligations des parties en fin de contrat : bref rappel des principes du droit commun

Au-delà des engagements explicitement pris dans le cadre des dispositions convenues entre les parties, des obligations s'imposent aux contractants lorsque le contrat prend fin. L'on identifie principalement deux fondements juridiques à ces obligations postcontractuelles implicites. Il y a, d'une part, le principe d'exécution de bonne foi, et, d'autre part, les suites contractuelles portées par l'article 1135 du Code civil.

(28) Philippe D., Introduction au contrat d'*outsourcing* et règlement alternatif des conflits dans ce contrat, CJ, n° 3/2002, p. 42 ; Philippe D., Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme. Après-midi d'étude du 27 janvier 2009 relatif aux contrats internationaux, p. 12, <www.philippelaw.eu/UploadDirectory/User-Files/files/Les%20clauses%20relatives%20au%20changement%20de%20circonstances.pdf>.

(29) Sordet E. et Milchior R., Le *cloud computing*, un objet juridique non identifié ?, *Comm. com. électr.* 2011, n° 11, étude n° 20, p. 14.

(30) À ce propos, voir *Unleashing the potential of Cloud Computing in Europe*, Communication de la Commission et du Parlement européen, COM (2012) 529 Final, 27 sept. 2012, <http://ec.europa.eu/information_society/activities/cloudcomputing/docs/com/com_cloud.pdf>, p. 10 (soulignant le caractère crucial des questions de la portabilité des données et de la réversibilité). Voir égal. Cigref, *Fondamentaux du cloud computing*. Le point de vue des grandes entreprises, mars 2013, <www.cigref.fr> (qui met bien en lumière l'importance de régler la question de la réversibilité des solutions *cloud*).

Le devoir de loyauté contractuelle, qui découle du principe de l'exécution de bonne foi, joue également au moment de la fin du contrat⁽³¹⁾. La solution est logique. En effet, si l'on est tenu à un certain égard vis-à-vis des intérêts de son cocontractant, il convient que cet égard demeure au moment – crucial – de la rupture des relations contractuelles. Le principe de l'exécution de bonne foi implique donc que les facultés légales ou conventionnelles de rompre le contrat soient exercées d'une manière raisonnable⁽³²⁾.

En vertu de l'article 1135 du Code civil, « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Cette disposition vise à compléter le contenu contractuel⁽³³⁾, par les obligations issues de trois sources : l'équité, l'usage ou la loi. Cette disposition permet au juge d'ajouter des obligations à celles qui ont été expressément stipulées par les parties. Elle ne peut être invoquée qu'en dernier ressort, c'est-à-dire lorsque la volonté des parties n'est pas décelable, en présence d'une lacune du contrat⁽³⁴⁾. Elle constitue un instrument de justice contractuelle par la consécration de la nature de l'obligation, qui assure *a priori* la cohérence de l'acte juridique⁽³⁵⁾. Les suites contractuelles susceptibles d'être imposées aux parties doivent donc découler directement de la nature de l'obligation stipulée. L'équité ou l'usage n'est par conséquent qu'un « simple médiateur des prolongements "justes" (...) qu'une obligation recèle en considération de sa nature (...) »⁽³⁶⁾. Il convient donc de compléter les obligations expressément stipulées par les suites qu'elles recèlent selon leur nature. Cela permet notamment d'incorporer les règles de l'art au champ contractuel⁽³⁷⁾.

B. – Les obligations des parties en fin de contrat : applications en matière de services *cloud*

Afin de déterminer la portée des devoirs de collaboration en fin de contrat de services *cloud*, il convient de prendre en considération le type de contrat⁽³⁸⁾, la nature technique des services prestés

(31) Fontaine M., Bonne foi, contrats de longue durée, contrats relationnels, in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Kluwer, Bruxelles, 2000, p. 547 ; Romain J.-F., Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel, in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, p. 51.

(32) Stijns S., Van Gerven D. et Wéry P., *Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)*, JT, 1996, p. 702.

(33) Carbonnier J., *Droit civil – Les obligations*, PUF, coll. « Thémis droit privé », Paris, 16^e éd., 1992, p. 71.

(34) En ce sens, voir not. Albiges C., De l'équité en droit privé, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 2000, t. 329, p. 307 ; et Mazeaud J., H. et L. et Chabas F., *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, vol. 1, t. II, 1998, p. 337.

(35) Mouly-Guillemaud C., Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 2006, t. 460, p. 548-549.

(36) Précité, p. 204.

(37) Labarthe F. et Noblot C., *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, coll. « Traité des contrats », Paris, 2008, p. 291.

(38) Picod Y., *Contrats et obligations : effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions*, J.-Cl., Civ., art. 1134 et 1135, 1999, n° 46.

et l'éventuelle inégalité entre les parties en termes de maîtrise de l'information⁽³⁹⁾. Ces critères conduisent le plus souvent à une appréciation défavorable aux prestataires informatiques.

Compte tenu des limites de la présente contribution, nos développements n'aborderont pas l'ensemble des obligations de fin de contrat *cloud*⁽⁴⁰⁾, mais seront centrés sur la détermination des obligations afférentes à la récupération des données du client.

1°/ Le sort des données du client en fin de contrat de services cloud selon le droit commun

La qualification juridique des services *cloud* n'est pas aisée. Ce débat n'apporte toutefois pas d'argument décisif quant à la récupération des données et nous nous limiterons, dès lors, à deux brèves observations. La qualification de contrat de dépôt – qui aurait impliqué une obligation de résultat de restitution des données – est généralement écartée, car les éléments caractéristiques de cette catégorie de contrat ne sont pas présents⁽⁴¹⁾. Ensuite, on retient généralement pour les contrats *cloud* la qualification de contrats de services⁽⁴²⁾, ce qui, compte tenu de la pauvreté du régime juridique du contrat d'entreprise, nous renvoie de facto au droit commun des contrats.

Lorsque l'on examine la portée des obligations en fin de contrat de services *cloud*, une précision terminologique s'impose, afin de distinguer la récupération et la migration de données. La récupération consiste à « simplement » restituer au client les données temporairement hébergées chez le prestataire *cloud*⁽⁴³⁾. En revanche, la migration de données consiste à transférer les données du client de l'environnement (matériel et/ou logiciel) faisant l'objet du contrat prenant fin vers un nouvel environnement. Les responsabilités du prestataire sont nettement plus lourdes dans le cadre d'une migration, puisqu'il doit non seulement extraire les données de leur environnement actuel, mais en outre réimplanter ces données dans leur nouvel environnement⁽⁴⁴⁾.

Bien que la nature des droits du client sur ses données demeure incertaine⁽⁴⁵⁾, le principe de la récupération des données par le client à la fin du contrat de services informatiques n'est plus sérieusement discuté⁽⁴⁶⁾. Ce principe nous semble d'autant plus évident que la valeur économique des données est devenue essentielle pour une entreprise. Il a d'ailleurs été récemment consacré par une loi luxembourgeoise du 9 juillet 2013 modifiant le Code de commerce, en vue de reconnaître le droit pour le client d'un prestataire failli de récupérer ses « biens meubles incorporels non fongibles »⁽⁴⁷⁾ en possession du failli⁽⁴⁸⁾.

Lorsqu'on a admis le principe de la récupération, demeure la question des modalités de celle-ci. L'intérêt du client à récupérer ses données doit ici être mis en balance avec l'intérêt du prestataire à protéger son savoir-faire⁽⁴⁹⁾. En effet, lorsque les services *cloud* portent sur l'utilisation d'un système de gestion de bases de données, des modalités de restitution impliquant une divulgation de la

formatique source (matériel et logiciel) pour pouvoir les utiliser sur autre système cible ».

(39) Précité, n° 47. Voir aussi Vivant M. (ss dir.), *Lamy Droit du numérique 2012*, n° 894.

(40) À propos des précautions à envisager par le client en cas de sortie d'un contrat d'infogérance (*outsourcing*) en général, voir not. : Cordier G., *La clause de réversibilité : retour aux sources de l'outsourcing*, *Comm. com. électr.* 2008, fiche pratique n° 5 ; Burnett R. et Klinger P., *Drafting and negotiating computer contracts*, Tottel Publishing, Londres, 2nd édition, 2005, p. 398-400.

(41) Sur les arguments en défaveur de la qualification de contrat de dépôt, voir Glansdorff F., *Les obligations de restitution*, in *Questions spéciales en droit des contrats*, Larquier, Bruxelles, 2010, p. 88 ; Coppens F., *La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles*, DAOR, 2009, p. 418-419.

(42) En ce sens, voir not. Vivant M. (ss dir.), *Lamy Droit du numérique 2012*, n° 1071 ; Montero É., *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Larquier, Bruxelles, 2005, p. 130-131, n° 81 ; Dupuis-Toubol F. et Vergne F., *Le contrat de Facilities Management*, JCP E 1993, n° 225, p. 111.

(43) Ainsi que leur effacement chez le prestataire originaire, qui n'est naturellement pas censé les conserver au-delà de la restitution.

(44) Wikipedia définit la migration informatique comme l'opération qui « vise à modifier l'ensemble des données gérées par un système in-

(45) À ce propos, voir Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17.037, <www.courdecassation.fr>. Cet arrêt consacre la nullité (pour objet illicite) d'une convention de vente d'un fichier de clientèle non déclaré à la Cnil. La Cour n'y aborde pas la question de la nature des droits sur les données, puisque non visée dans le pourvoi. Bien qu'elle ne soit nullement motivée sur ce point, la décision attaquée retient la qualification de contrat de vente (CA Rennes, 17 janv. n° 10/07599, <www.blog-lamon-associes.com/wp-content/uploads/2013/06/CA_rennes_17_01_2012_fichier_clients1.pdf>). Cette qualification implique le transfert d'un droit de propriété sur le fichier de données clients, et, par corollaire, la reconnaissance (implicite) d'un droit de propriété sur ledit fichier. S'il mérite d'être relevé dans ce débat, l'arrêt de la Cour d'appel doit toutefois être lu avec réserve, à défaut de motivation sur ce point. La question déborde toutefois l'objet de la présente contribution. À cet égard, voir not. Henrotte J.-F et Casart A., *Le droit de propriété sur ses données : un droit de l'homme numérique*, Rapport au 57^e congrès de l'Association internationale des avocats, Macao, nov. 2013, à paraître. Voir égal. *infra* à propos de la disposition nouvelle de l'article 567 du Code de commerce luxembourgeois qui consacre au bénéfice du propriétaire des données un droit de revendication (les données étant considérées comme des biens meubles incorporels) auprès du failli qui les aurait en sa possession.

(46) Coppens F., *La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles* DAOR, 2009, p. 419. Voir aussi *Oberlandesgericht Dusseldorf*, 27 sept. 2012, <www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2012/1_6_U_241_11_Urteil_20120927.html> (consacrant le droit du client à récupérer ses données en cas de faillite du prestataire les hébergeant).

(47) Ce qui inclut, selon la volonté du législateur, les données informatiques et, en particulier, celles hébergées chez un prestataire de services *cloud*. Voir le projet de loi n° 6485 portant modification de l'article 567 du Code de commerce, Rapport de la Commission juridique, 10 avr. 2013, Chambre des députés, session ordinaire 2012-2013, <www.chd.lu/wps/PA_RoleEtendu/FTSByteServingServletImpl/?path=/export/exped/sexdpata/Mag/119/229/121288.pdf>.

(48) Loi du 9 juillet 2013 portant modification de l'article 567 du Code de commerce, *Mémorial*, 18 juill. 2013, p. 2578 (<www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2013/0124/a124.pdf>).

(49) Delforge C., *Le contrat d'outsourcing*, in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., titre IX, livre 94, p. 59-60, n° 1060.



structure de la base de données concernée mettraient en péril le savoir-faire et la protection des droits de propriété intellectuelle du prestataire. Le recours – fréquent dans la pratique – à des fichiers intermédiaires (de type fichiers plats) permet de restituer les données sous une forme exploitable en vue d'une réinjection dans un nouveau système de gestion de bases de données tout en préservant les intérêts légitimes du prestataire. De la sorte, on arrive à une conciliation raisonnable des intérêts respectifs des parties⁽⁵⁰⁾.

La question des modalités de récupération des données devient donc souvent l'enjeu essentiel du débat entre le client et son prestataire cloud⁽⁵¹⁾. D'autant que le choix des modalités de restitution n'est économiquement pas anodin. À cet égard, on observera que, dans un litige relatif à la récupération de fichiers de données de l'UMP, le Tribunal de grande instance de Nanterre a rappelé fort opportunément l'impérieuse prise en compte par le prestataire sortant des intérêts de son ex-client, lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités pratiques de récupération des données de ce dernier⁽⁵²⁾.

La solution du fichier plat intermédiaire, qui nous semble la plus indiquée en vue d'arbitrer équitablement les intérêts en présence, comporte l'inconvénient d'un surcoût pour le client. Son nouveau prestataire devra en effet se livrer à une analyse plus approfondie des fichiers de données en vue de préserver, lors de leur réinjection dans le nouveau système, la cohérence des données par rapport à leur environnement⁽⁵³⁾. Le surcoût que cela engendre devrait, à défaut de clause contractuelle spécifique, être supporté par le client qui a pris la décision de changer de système. La collaboration loyale du prestataire initial à la mise en œuvre de la fin du contrat ne peut aller jusqu'à lui imposer de supporter ce surcoût. À cet égard, on observera d'ailleurs la solution retenue par le législateur luxembourgeois. En effet, le nouveau texte de l'article 567 du Code de commerce luxembourgeois dispose que « les biens meubles incorporels non fongibles en possession du failli ou détenus par lui peuvent être revendiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu'ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure, les frais afférents étant à charge du revendiquant ». Le coût de l'opération de restitution est à la charge du client, en dépit du fait que la décision de mettre fin au contrat lui a été dictée par la faillite du prestataire. Il est dès lors tentant d'en conclure *a fortiori* à la prise en charge des coûts liés aux opérations dépassant la simple restitution des données

sous un format lisible et communément exploitable. On ne peut toutefois exclure qu'en raison de circonstances particulières, liées au contexte contractuel ou au contexte de la rupture du contrat de *cloud*, que ce surcoût doive être pris en charge par le prestataire initial. On songe spécialement à l'hypothèse d'une résolution du contrat de services liée à des manquements graves du prestataire à ses obligations.



En l'absence de disposition contractuelle particulière, une obligation du prestataire cloud quant à la migration des données nous semble discutable

En l'absence de disposition contractuelle particulière, une obligation du prestataire *cloud* quant à la migration des données nous semble discutable. En effet, comme indiqué ci-avant, la migration suppose la réimplantation des données du client dans un nouveau système. Une telle opération est délicate, car elle implique que l'on assure dans ce nouvel environnement non seulement l'intégrité des données, mais également le maintien de la cohérence de l'ensemble qu'elles constituent. Les obligations de collaboration imposées aux parties en vertu du principe d'exécution de bonne foi dépendent de la nature des liens entre les parties et du type de contrat⁽⁵⁴⁾. Ainsi, il nous paraît logique que le client qui souhaite apporter des modifications à son système informatique via un nouveau prestataire s'assure auprès de ce dernier (et non du prestataire initial) du maintien des fonctionnalités du système une fois les modifications apportées⁽⁵⁵⁾. En défaveur d'une obligation de migration à charge du prestataire d'origine, on doit encore observer que la migration est d'autant plus délicate à mettre en œuvre pour lui que le nouveau prestataire n'est généralement pas disposé à lui divulguer l'architecture de la base de données de destination, car lui aussi souhaite protéger son savoir-faire vis-à-vis d'un concurrent⁽⁵⁶⁾. Ici encore, cette analyse devrait être nuancée en présence de circonstances particulières, spécialement en cas de rupture liée à des manquements graves du prestataire initial à ses obligations. Si l'on est encore loin d'une obligation de migration des données, on notera un arrêt de la Cour de cassation française qui, sur la base de l'exception liée aux nécessités de l'interopérabilité⁽⁵⁷⁾, valide les actes de reproduction d'un logiciel de gestion de base de données effectués par le nouveau prestataire en vue d'assurer la migration des données du client vers une application concurrente⁽⁵⁸⁾. Cette décision confirme l'opportunité d'organiser la collaboration du prestataire à la réversibilité de sa solution *cloud*, afin d'assurer une solution équilibrée dans l'intérêt des deux parties.

(50) En ce sens, voir. Prés. civ. Bruxelles, référé, 5 mars 2007, DAOR, 2009, p. 408 (soulignant la nécessité de retenir une solution préservant les droits de propriété intellectuelle et le savoir-faire du prestataire), note Coppens F.

(51) En ce sens, voir Le Tourneau P., Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2012, p. 352.

(52) TGI Nanterre, réf., 30 nov. 2012, <www.legalis.net>.

(53) Cette notion de cohérence des données peut être illustrée par un exemple simple. Imaginons que, dans la base d'origine, le code « langue » est paramétré en valeur « 1 » pour le français, « 2 » pour l'anglais et « 3 » pour l'allemand, tandis que la base de destination utilise des valeurs de « 1 » pour l'anglais et « 2 » pour le français (l'allemand n'étant pas repris). Dans cette hypothèse, il convient de définir des règles de conversion des données afin de conserver la cohérence de la base de données après son transfert dans le nouveau système.

(54) Stijns S., Van Gerven D. et Wéry P., Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995), JT, 1996, p. 702.

(55) En ce sens, voir Liège, 24 juin 1999, RDC 2001, p. 525.

(56) Cette double nécessité de protection du savoir-faire conforte notre conviction que la restitution des données via un fichier intermédiaire accompagné d'une documentation minimale constitue la solution la plus équilibrée au regard des différents intérêts en présence.

(57) Article L. 122-6-1-IV du Code de la propriété intellectuelle.

(58) Cass. civ., 20 oct. 2011, Bull. civ. I, 2011, n° 170.

2°/ Les solutions contractuelles réglant le sort des données du client en fin de contrat de services cloud

Une analyse récente des pratiques contractuelles des prestataires de cloud montre trois tendances en matière de récupération des données⁽⁵⁹⁾. Certains prestataires conservent les données du client durant une période limitée après l'expiration du contrat, afin de permettre au client de les récupérer. D'autres précisent dans leurs conditions générales que les données sont immédiatement effacées à la fin du contrat. Enfin, une troisième catégorie de prestataires opte pour une solution intermédiaire, en refusant tout engagement de préservation des données au-delà de la fin du contrat, tout en n'indiquant pas que les données seront effacées⁽⁶⁰⁾.

La liberté contractuelle en la matière n'est pas totale, puisque la bonne foi constitue une obligation essentielle à laquelle les clauses contractuelles ne peuvent pas porter atteinte⁽⁶¹⁾. S'il est donc possible de limiter la portée des engagements du prestataire cloud quant à la restitution des données du client, ces éventuelles restrictions doivent demeurer raisonnables. Certaines des pratiques contractuelles précitées pourraient donc être contestées. Toutefois, d'un point de vue pratique, une telle contestation n'apporte le plus souvent pas de solution satisfaisante au client, d'autant que l'éventuelle exécution forcée d'une décision judiciaire posera des difficultés lorsque le prestataire est établi à l'étranger. Il est donc crucial d'aménager contractuellement des solutions équilibrées par rapport aux intérêts légitimes des deux parties.

La rédaction d'une clause de réversibilité devrait envisager d'une manière aussi précise que possible les principaux aspects d'une solution de récupération de données, à savoir en particulier : délais et modalités de fourniture des données,

format du fichier de restitution, documentation, collaboration attendue du client, modalités pour assistance complémentaire éventuelle.

La documentation constitue un élément clé. Elle est en effet nécessaire en vue de clarifier l'identification des données contenues dans le fichier intermédiaire comprenant les données restituées (fichier de type plat). Le sujet est sensible, dans la mesure où une documentation trop détaillée dévoile des éléments de savoir-faire du prestataire. Il convient donc de préciser clairement ce qui est fourni, afin de couper court à toute discussion. La limite en deçà de laquelle le prestataire ne peut aller se situe au niveau de ce qui est nécessaire pour identifier les données en vue de les réexploiter dans un autre système.

En ce qui concerne les modalités de fourniture du fichier de restitution, il convient de régler les responsabilités éventuelles en termes de dégradation, perte, d'accès non autorisé et/ou de détournement du fichier lors du processus de transmission.

La collaboration du client est nécessaire, notamment pour identifier les destinataires du fichier de restitution, organiser la mise à disposition d'un réceptacle pour le fichier de restitution... Il est important pour le prestataire de préciser les éléments indispensables au bon déroulement des opérations, afin que les retards imputables à d'éventuelles légèretés du client ne puissent lui être reprochés.

Il est fréquent qu'en cours de processus de restitution ou de migration, le client ait besoin d'une assistance complémentaire du prestataire. Les modalités de cette assistance, en termes de délais, personnes ressources, coûts et responsabilités doivent être précisées, afin d'éviter toute crispation inutile dans un processus où le temps est compté.

CONCLUSION

Sur un plan commercial, les fournisseurs cloud mettent en avant la flexibilité de leurs solutions. D'un point de vue juridique, la flexibilité est moins évidente, d'autant que des intérêts divergents apparaissent rapidement.

Le droit des contrats permet d'imposer un certain degré de flexibilité au prestataire cloud, mais les limites de cette flexibilité sont relativement floues, car elles reposent sur des concepts juridiques laissant une grande marge d'appréciation au juge.

Il est dès lors de l'intérêt des deux parties au contrat de services cloud d'aménager contractuellement les modalités d'évolution des services fournis, afin d'assurer une clarté et une sécurité juridique maximales à leur collaboration. ■

(59) Bradshaw C., Millard C. et Walden I., *Contracts for Cloud : Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, Queen Mary University of London, *Legal Studies Research Paper* n° 63/2010, <<http://www.cloudlegal.ccls.qmul.ac.uk/>>, p. 23-26>.

(60) Bien que la question déborde notre propos, soulignons que lorsque les données concernées sont des données à caractère personnel relatives à des tiers, la question de leur effacement est d'autant plus délicate qu'elle doit être envisagée en considération des droits des tiers (droit d'accès, de rectification et d'effacement).

(61) En ce sens, voir Labarthe F. et Noblot C., *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, coll. « *Traité des contrats* », Paris, 2008, p. 571 (à propos de l'obligation de collaboration) ; Romain J.-F., *Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel*, in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, p. 101.

2°/ Les solutions contractuelles réglant le sort des données du client en fin de contrat de services cloud

Une analyse récente des pratiques contractuelles des prestataires de cloud montre trois tendances en matière de récupération des données⁽⁵⁹⁾. Certains prestataires conservent les données du client durant une période limitée après l'expiration du contrat, afin de permettre au client de les récupérer. D'autres précisent dans leurs conditions générales que les données sont immédiatement effacées à la fin du contrat. Enfin, une troisième catégorie de prestataires opte pour une solution intermédiaire, en refusant tout engagement de préservation des données au-delà de la fin du contrat, tout en n'indiquant pas que les données seront effacées⁽⁶⁰⁾.

La liberté contractuelle en la matière n'est pas totale, puisque la bonne foi constitue une obligation essentielle à laquelle les clauses contractuelles ne peuvent pas porter atteinte⁽⁶¹⁾. S'il est donc possible de limiter la portée des engagements du prestataire cloud quant à la restitution des données du client, ces éventuelles restrictions doivent demeurer raisonnables. Certaines des pratiques contractuelles précitées pourraient donc être contestées. Toutefois, d'un point de vue pratique, une telle contestation n'apporte le plus souvent pas de solution satisfaisante au client, d'autant que l'éventuelle exécution forcée d'une décision judiciaire posera des difficultés lorsque le prestataire est établi à l'étranger. Il est donc crucial d'aménager contractuellement des solutions équilibrées par rapport aux intérêts légitimes des deux parties.

La rédaction d'une clause de réversibilité devrait envisager d'une manière aussi précise que possible les principaux aspects d'une solution de récupération de données, à savoir en particulier : délais et modalités de fourniture des données,

format du fichier de restitution, documentation, collaboration attendue du client, modalités pour assistance complémentaire éventuelle.

La documentation constitue un élément clé. Elle est en effet nécessaire en vue de clarifier l'identification des données contenues dans le fichier intermédiaire comprenant les données restituées (fichier de type plat). Le sujet est sensible, dans la mesure où une documentation trop détaillée dévoile des éléments de savoir-faire du prestataire. Il convient donc de préciser clairement ce qui est fourni, afin de couper court à toute discussion. La limite en deçà de laquelle le prestataire ne peut aller se situe au niveau de ce qui est nécessaire pour identifier les données en vue de les réexploiter dans un autre système.

En ce qui concerne les modalités de fourniture du fichier de restitution, il convient de régler les responsabilités éventuelles en termes de dégradation, perte, d'accès non autorisé et/ou de détournement du fichier lors du processus de transmission.

La collaboration du client est nécessaire, notamment pour identifier les destinataires du fichier de restitution, organiser la mise à disposition d'un réceptacle pour le fichier de restitution... Il est important pour le prestataire de préciser les éléments indispensables au bon déroulement des opérations, afin que les retards imputables à d'éventuelles légèretés du client ne puissent lui être reprochés.

Il est fréquent qu'en cours de processus de restitution ou de migration, le client ait besoin d'une assistance complémentaire du prestataire. Les modalités de cette assistance, en termes de délais, personnes ressources, coûts et responsabilités doivent être précisées, afin d'éviter toute crispation inutile dans un processus où le temps est compté.

CONCLUSION

Sur un plan commercial, les fournisseurs cloud mettent en avant la flexibilité de leurs solutions. D'un point de vue juridique, la flexibilité est moins évidente, d'autant que des intérêts divergents apparaissent rapidement.

Le droit des contrats permet d'imposer un certain degré de flexibilité au prestataire cloud, mais les limites de cette flexibilité sont relativement floues, car elles reposent sur des concepts juridiques laissant une grande marge d'appréciation au juge.

Il est dès lors de l'intérêt des deux parties au contrat de services cloud d'aménager contractuellement les modalités d'évolution des services fournis, afin d'assurer une clarté et une sécurité juridique maximales à leur collaboration. ■

(59) Bradshaw C., Millard C. et Walden I., *Contracts for Cloud : Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, Queen Mary University of London, *Legal Studies Research Paper* n° 63/2010, <<http://www.cloudlegal.ccls.qmul.ac.uk/>>, p. 23-26>.

(60) Bien que la question déborde notre propos, soulignons que lorsque les données concernées sont des données à caractère personnel relatives à des tiers, la question de leur effacement est d'autant plus délicate qu'elle doit être envisagée en considération des droits des tiers (droit d'accès, de rectification et d'effacement).

(61) En ce sens, voir Labarthe F. et Noblot C., *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, coll. « *Traité des contrats* », Paris, 2008, p. 571 (à propos de l'obligation de collaboration) ; Romain J.-F., *Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel*, in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, p. 101.