

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le recours à un tiers archiver

Coppens, François; Demoulin, Marie

*Published in:*

L'archivage électronique et le droit

*Publication date:*

2012

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Coppens, F & Demoulin, M 2012, Le recours à un tiers archiver: un contrat sur mesure. dans *L'archivage électronique et le droit*. Collection du CRIDS, numéro 34, Larcier , Bruxelles, pp. 133-157.

### 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.

# CHAPITRE V

## Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure

François COPPENS\* et Marie DEMOULIN\*\*

### Introduction

Les organisations souhaitant tenter l'aventure de l'archivage électronique voudront souvent confier cette tâche à un prestataire de services spécialisé. Les avantages attendus de ce type de solution sont connus : accès aux dernières technologies, mutualisation des coûts sur un ensemble de clients et possibilité de s'occuper du *core-business* de l'organisation sans s'encombrer de tâches annexes.

La présente contribution envisage l'archivage électronique dans une perspective contractuelle. Son objectif sera double. Dans un premier temps, elle tentera de déterminer le régime de droit commun du contrat d'archivage électronique, sur la base des législations spécifiques et du droit des obligations. Les obligations légales du prestataire de services d'archivage, supplétives ou impératives, y seront explicitées.

Dans un second temps, nous formulerons un certain nombre de considérations et de conseils pratiques concernant la rédaction de contrats d'archivage électronique. La formulation des obligations du prestataire, la limitation de sa responsabilité, le sort des droits intellectuels sur les données archivées ou les traitements de données à caractère personnel annexes y seront abordés, ainsi que quelques clauses spécifiques fréquentes dans les contrats informatiques et pertinentes dans le contexte de l'archivage électronique.

---

\* Chercheur au Centre de recherche information, droit et société (C.R.I.D.S.) de l'Université de Namur (F.U.N.D.P.) et avocat.

\*\* Chercheuse, doctorante et assistante au Centre de recherche information, droit et société (C.R.I.D.S.) de l'Université de Namur (F.U.N.D.P.), membre fondatrice de FedISA Belgium.

## SECTION 1. – Le régime juridique du contrat d'archivage électronique

### § 1. (Absence de) régime légal spécifique

Les problèmes juridiques généraux posés par l'archivage électronique ont déjà été développés par M. Demoulin dans le présent ouvrage (voy. *supra*, Chap. I). En synthèse, ils concernent, d'une part, l'aptitude des systèmes d'archivage électronique à remplir valablement des obligations légales ou réglementaires d'archivage et, d'autre part, la valeur probatoire des documents conservés au moyen de tels systèmes. Dans les deux cas, les réponses sont largement incertaines et laissées *in fine* à l'appréciation des cours et tribunaux.

Une telle incertitude est difficilement compatible avec le caractère prudent et anticipatif d'une démarche d'archivage. Cette situation a ému le législateur qui a adopté, en 2007, une loi<sup>1</sup> censée assurer la sécurité juridique de l'archivage électronique et de certains autres services dits « de confiance » dont le développement apparaissait également handicapé par l'absence de régime légal (horodatage électronique, recommandé électronique, blocage transitoire des sommes versées).

Le régime envisagé devait fonctionner à deux niveaux. Une première série d'obligations, très générales, étaient mises à charge de tous les prestataires de services visés par la loi. Ensuite, des obligations plus spécifiques étaient édictées pour chacun des prestataires de services. La particularité de ce second niveau d'obligations était son caractère optionnel. Les prestataires pouvaient librement choisir de s'y soumettre ou non. En échange du respect de ces obligations optionnelles, les services fournis se voyaient reconnaître certaines qualités du point de vue juridique. En ce qui concerne l'archivage électronique, par exemple, il s'agissait de la reconnaissance de la valeur probatoire des archives électroniques et de leur aptitude à remplir des obligations légales ou réglementaires d'archivage. Des possibilités de contrôles, soit volontaires (accréditation préalable), soit *a posteriori* par l'administration, complétaient le mécanisme.

Malheureusement, ce système était destiné à rester lettre morte. Tirailé entre la difficulté à trouver un consensus sur le texte et l'envie de légiférer rapidement, le législateur décida de séparer le projet en plusieurs parties. Seules les dispositions concernant les définitions et les obligations générales applicables à tous les prestataires de services furent adoptées (art. 2 à 10 de la loi). Quant aux obligations spécifiques et, surtout, aux clarifi-

cations sur la valeur juridique des services de confiance, leur adoption fut confiée au Roi par une délégation expirant le 1<sup>er</sup> décembre 2007 (art. 16 de la loi). Ces dispositions n'ont jamais été adoptées dans le délai d'habilitation. Quoiqu'il en soit, leur validité aurait été très précaire, étant donné que la constitutionnalité d'une telle habilitation était, à juste titre, clairement contestée par l'avis préalable du Conseil d'État<sup>2</sup>.

Que reste-t-il, dès lors, du régime légal des services d'archivage électronique? Essentiellement une définition, à savoir un « service de conservation des données électroniques, normalement contre rémunération et à la demande d'un destinataire du service, la conservation de ces données électroniques étant un élément essentiel du service offert » (art. 2), et une série d'obligations générales: impartialité (art. 4), interdiction de détourner les données conservées (art. 5), mesures de sécurité (art. 6), informations à donner aux clients (art. 7), obligation d'employer du personnel compétent et soumis à une obligation de confidentialité (art. 8 et 9), ressources financières suffisantes et assurance appropriée (art. 10).

On note toutefois qu'un projet serait actuellement en préparation au sein de l'administration afin de remédier à la situation et de finaliser le cadre juridique des services d'archivage. Le sort de la loi du 15 mai 2007 est à cet égard assez incertain, dans la mesure où la tentation est grande de procéder purement et simplement à son abrogation. Une possibilité serait en effet d'intégrer le nouveau dispositif relatif à l'archivage électronique dans la loi du 9 juillet 2001 sur les signatures électroniques et les prestataires de services de certification<sup>3</sup>.

Quoiqu'il en soit, le contrat d'archivage électronique reste pour l'heure très largement soumis au droit commun des obligations, qu'il conviendra de compléter, selon les circonstances, par les autres régimes généraux éventuellement applicables: pratiques du commerce, protection du consommateur, droit des contrats à distance ou encore réglementation des services de la société de l'information.

### § 2. Droit commun du contrat d'archivage électronique

#### A. Qualification du contrat

En l'absence d'un régime spécifique complet, il convient de retourner aux figures classiques du droit civil pour déterminer le droit commun du

<sup>2</sup> Projet de loi fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, Avis C.E., Sect. législat., Doc. parl., Ch., n° 51 – 2802/001, pp. 29-31.

<sup>3</sup> Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, M.B., 29 juillet 2001.

<sup>1</sup> Loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, M.B., 17 mai 2007.

contrat d'archivage électronique. Nous envisagerons essentiellement le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise.

### a) Le Contrat de dépôt

Le contrat de dépôt est régi par les articles 1915 à 1948 du Code civil. C'est « un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à charge de la garder et de la restituer en nature ». C'est *a priori* la qualification la plus adaptée au contrat d'archivage traditionnel, par lequel le déposant confie ses documents à un archiviste, à charge pour ce dernier de les conserver et de les restituer en cas de besoin ou à l'expiration du contrat.

En est-il de même pour le contrat d'archivage électronique? Certes, l'obligation de garde et de restitution de l'objet du contrat par le dépositaire est bien l'élément principal du contrat, sans lequel il ne peut se concevoir de dépôt<sup>4</sup>. En revanche, le contrat de dépôt ne peut porter que sur des choses mobilières<sup>5</sup>; les meubles incorporels en sont en principe exclus. Or, des données informatiques s'accommodent mal de la qualification de biens corporels<sup>6</sup>, même si la question fait débat en doctrine.

En outre, le dépôt est un contrat réel, qui se forme par la remise de la chose<sup>7</sup> (tradition) par le déposant au dépositaire. La tradition réelle, *in corpore*, suppose la remise effective de la chose par le déposant au dépositaire. La tradition feinte, *de brevi manu*, répond à l'hypothèse dans laquelle le dépositaire détient déjà la chose à un autre titre, rendant ainsi une tradition réelle inutile<sup>8</sup>. Dans ce cas, seul le titre auquel le dépositaire détient la chose est modifié. Il reste que, pour être valablement formé, le contrat de dépôt suppose nécessairement une dépossession de la chose de la part du déposant, au profit du dépositaire, ce qui se conçoit difficilement à propos de données informatiques.

Enfin, un dépôt se limite en principe à la garde d'une chose en vue de sa restitution. Le dépositaire n'est pas censé utiliser l'objet du dépôt ou poser des actes en vue de le modifier, transformer ou manipuler, au-delà de ce qui est strictement nécessaire à sa conservation. Si cela ne pose aucun problème dans un contrat d'archivage traditionnel, il en va souvent autrement en ce qui concerne son équivalent numérique.

<sup>4</sup> M.-F. DE POVER, « Le dépôt », *Rép. not.*, t. IX, Liv. I, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 25.

<sup>5</sup> Art. 1918, C. civ.

<sup>6</sup> Dans ce sens, E. MONTERO, « La responsabilité civile du fait des bases de données », *Namur, P.U.*, 1998, p. 259. *Contra*, J.-P. TRAILLE, « Responsabilité du fait des produits: logiciels, banques de données et informations », *D.I.T.*, 1990/4, p. 37-42; 1991/1, p. 30-33.

<sup>7</sup> Art. 1919, C. civ.

<sup>8</sup> B. KOHL, D. GRISARD et R. SALZBURGER, « Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise », in *Questions spéciales en droit des contrats* (J.-F. GERMAIN dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 124.

En effet, une part non négligeable des obligations de l'archiviste électronique consiste précisément à manipuler les données qui font l'objet du contrat. Il peut s'agir d'en réaliser des copies, d'en modifier le format, de transformer un support physique en information numérique, d'y adjoindre une série d'informations (métadonnées), de les signer électroniquement, etc. Dès lors que, en matière numérique, l'accent est davantage mis sur l'intégrité et la lisibilité du contenu que sur celles du support, ces manipulations peuvent être tout à fait nécessaires.

Pour ces raisons, il nous semble que la qualification de contrat de dépôt s'accorde mal au contrat d'archivage électronique.

### b) Le contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise, ou contrat *de louage d'ouvrage* selon les termes un peu désuets du Code civil, est « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (art. 1710, C. civ.). On le définit habituellement comme une convention par laquelle une partie, dénommée entrepreneur, s'engage vis-à-vis d'une autre, dénommée maître de l'ouvrage, à effectuer, moyennant le paiement d'un prix, un travail déterminé d'ordre matériel ou intellectuel, sans aliéner son indépendance dans l'exécution matérielle de ses engagements et sans disposer d'un quelconque pouvoir de représentation<sup>9</sup>.

Contrairement au contrat de dépôt, le contrat d'entreprise est un contrat consensuel dont la formation ne nécessite en principe pas de formalités particulières, sauf si le législateur en a disposé autrement dans des cas particuliers. Ainsi, ni le mode de formation ni l'objet du contrat d'entreprise, à savoir des prestations d'ordre matériel et/ou intellectuel à fournir par l'entrepreneur, ne s'opposent à une telle qualification à propos du contrat d'archivage électronique de données.

En l'absence de régime plus spécifique, il nous semble donc que les prestations fournies dans le cadre d'un service d'archivage électronique doivent s'analyser comme relevant du régime du contrat d'entreprise.

### c) Qualifications additionnelles

Un contrat d'archivage électronique peut en outre être assorti d'autres qualifications, dont le régime s'appliquera additionnellement et régira certains aspects de la relation entre les parties.

Ainsi, un contrat d'archivage électronique proposé à des consommateurs sera considéré comme un contrat de service au sens de la loi

<sup>9</sup> B. B. KOHL, D. GRISARD et R. SALZBURGER, « Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise », *op. cit.*, p. 124

du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs et devra en respecter les dispositions protectrices, notamment en évitant les clauses abusives. Si le contrat est conclu à distance, ce qui sera généralement le cas des services fournis sur Internet, les dispositions de la section 2 de la même loi seront en outre d'application.

S'il est fourni par un professionnel, le service d'archivage électronique sera également soumis à la loi du 26 mars 2010 sur les services, qui impose essentiellement des obligations d'information.

Un service d'archivage électronique fourni «normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service» sera qualifié de service de la société de l'information par l'article 2, 1°, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. Le prestataire sera soumis à quelques obligations d'information et de transparence s'il s'adresse à des consommateurs.

Si ce service consiste, en outre, à «stocker des informations fournies par un destinataire du service», ce qui sera le cas de la quasi-totalité des contrats d'archivage électronique, l'article 20 de la même loi qualifie le service d'activité d'hébergement et exonère le fournisseur de toute responsabilité pour les informations stockées, à condition :

- « 1° qu'il n'ait pas une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information ; ou
- 2° qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure » [consistant à informer le procureur du Roi, NDLA].

L'article 21 précise encore que le prestataire n'a aucune obligation générale de surveiller les informations qu'il transmet ou stocke, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

## B. Obligations principales du tiers archiveur

Le régime général du contrat d'entreprise soumet le prestataire à trois obligations principales : une obligation d'information, une obligation de délivrance et une obligation de garantie.

L'obligation d'information du fournisseur professionnel comprend également les obligations de renseignement, de conseil et de mise en garde, parfois présentées distinctement<sup>10</sup>.

L'obligation de renseignement oblige celle des deux parties qui est la mieux informée à informer l'autre de tout fait ou élément dont l'importance est déterminante<sup>11</sup>. Cette obligation de renseignement découle du principe de bonne foi entre les parties. Dans ce cadre, le fournisseur professionnel est bien entendu censé disposer de l'information adéquate sur les services qu'il propose. Il devra donc informer objectivement son client des caractéristiques, conditions d'utilisation, performances et contraintes du système en fonction des besoins exprimés ou non, des attentes et ressources financières de son client<sup>12</sup>. On parlera d'obligation de conseil.

L'obligation de renseignement a pour corollaire l'obligation de s'informer, c'est-à-dire de récolter les informations pertinentes auprès de son client, et de s'assurer que les attentes du client sont bien comprises et formulées. Elle est mise en balance avec l'obligation symétrique du client d'informer le fournisseur sur ses attentes et sa situation. Ces obligations seront évaluées d'autant plus strictement que les parties disposent d'une compétence approfondie dans le domaine concerné.

L'obligation de délivrance oblige le fournisseur à fournir les produits ou services commandés. Il se doit en outre de livrer une « chose conforme », c'est-à-dire des services correspondants aux stipulations contractuelles<sup>13</sup>. Dans la mesure où le contrat d'archivage électronique concerne des prestations au jour le jour et pas la livraison d'un produit (matériel ou logiciel) fini, il sera difficile d'organiser une procédure de réception avec des tests de conformité et une acceptation formelle<sup>14</sup>. On préférera donc éventuellement se réserver par contrat le droit d'auditer les services fournis afin de vérifier leur conformité (cf. *infra*).

L'obligation de garantie s'applique au contrat d'entreprise en vertu de l'article 1721 du Code civil<sup>15</sup> et protège le destinataire du service contre les vices cachés, qui comprennent notamment les défauts ne permettant pas d'utiliser un service de manière conforme à son usage normal ou à

<sup>10</sup> Voy. «Droit de l'informatique et des réseaux», *R.L.D.I.*, 2008, n° 858.

<sup>11</sup> Voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 17.

<sup>12</sup> Voy. Comm. Charleroi, 18 décembre 1981, *J.T.*, 1983, p. 285, et note Y. POUCKET et P. ULLMAN, cités par E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., n° 17.

<sup>13</sup> Liège, 24 juin 1999, *R.D.C.*, 2001, p. 525.

<sup>14</sup> À propos de cette procédure dans le contexte informatique, voy. J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, «Les contrats informatiques», in *Traité pratique de droit commercial*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Waterloo, Kluwer, 2009.

<sup>15</sup> Voy. Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125.

l'usage auquel le client la destinait<sup>16</sup>. Des données archivées qui auraient été rendues illisibles seraient, par exemple, considérées comme affectées d'un vice caché. Le régime légal de la garantie, qui oblige à agir à bref délai et permet essentiellement une réduction de prix ou une restitution contre remboursement, est toutefois mal adapté à la matière où le client recherche avant tout une correction effective des défauts constatés. Pour ces raisons, on privilégiera dans la plupart des cas une garantie conventionnelle, assortie de remèdes spécifiques.

## SECTION 2. – Clauses importantes d'un contrat d'archivage électronique

### § 1. Risques et enjeux

La présente section vise à mettre en exergue quelques caractéristiques importantes du contrat d'archivage électronique, les risques principaux que comporte une telle opération et la manière dont les parties peuvent contractuellement les circonscrire.

Le contrat d'archivage électronique est, en général, un contrat de longue durée. Dans la mesure où son objet vise la conservation de documents et de données pendant une période relativement longue, une succession de contrats courts fait peu de sens. C'est d'autant plus vrai que la transition d'un archiveur à un autre peut se révéler délicate. Il est donc nécessaire de prévoir une certaine souplesse pour permettre au contrat de « vivre sa vie » avec l'évolution des techniques, du marché et des besoins des parties, la vérité du jour n'étant pas nécessairement celle du lendemain.

Le contrat d'archivage électronique peut également se révéler relativement complexe et technique, en tout cas sensiblement plus que son équivalent physique. Là où il s'agissait essentiellement d'entreposer des caisses de documents dans de bonnes conditions de sécurité et de conservation, le passage au numérique impose des opérations de traçage des accès et des modifications au document, de sécurisation informatique, de modification de format ou encore de migration d'un support à un autre. La prise en compte de cette complexité technique peut justifier des arbitrages contractuels entre les responsabilités des différentes parties qui diffèrent des habitudes héritées de l'archivage physique.

En effet, le contrat d'archivage électronique, comme de nombreux contrats informatiques, se caractérise par une dépendance importante du client vis-à-vis du prestataire archiveur. Celui-ci se voit confier une double

emprise sur les données archivées: Intellectuelle, d'une part, car il a la maîtrise technique des équipements et logiciels utilisés; matérielle d'autre part, si les données sont hébergées par des équipements informatiques qu'il contrôle ou possède. Paradoxalement, cette perte de maîtrise est précisément un des avantages recherchés en ayant recours à un prestataire spécialisé, dont on attend que les compétences en matière d'archivage électronique soient à la fois plus poussées et moins chères que le maintien de telles connaissances à l'intérieur d'une organisation dont ce n'est pas la vocation première. Ce transfert de responsabilités vers le prestataire doit cependant être adéquatement encadré contractuellement pour éviter au client de se retrouver dans une position d'infériorité très inconfortable.

Enfin, dans la mesure où il implique un transfert de données et pas un déplacement physique de lourdes caisses de documents, l'archivage électronique est beaucoup moins sensible aux distances que son équivalent physique. Il n'est ni plus difficile ni plus coûteux de transférer des données vers les États-Unis ou vers l'Inde que vers la Belgique. Le contrat d'archivage électronique peut dès lors acquérir facilement une dimension internationale. Cela est également vrai pour les solutions d'archivage par Internet (on parle aussi d'archivage « dans le cloud »), où le lieu géographique du centre de stockage n'est parfois même pas connu du client. Cette dimension internationale peut pourtant avoir un impact important et nécessiter un encadrement adéquat, par exemple, lorsque les données archivées sont ou contiennent des données à caractère personnel ou lorsque la personne ou l'organisation dont les données sont archivées sont soumises à des obligations réglementaires qui limitent les possibilités d'archivage à l'étranger.

### § 2. Les obligations du tiers archiveur

#### A. Généralités

On retiendra des développements qui précèdent que l'archivage électronique n'est, pour l'essentiel, pas encore soumis à un régime juridique propre et contraignant. Il est surtout soumis au droit commun des obligations et en particulier celui du contrat d'entreprise, très largement supplétif. Il est donc utile de définir et caractériser contractuellement les obligations stipulées par l'archiveur de données électroniques.

Les obligations générales imposées aux prestataires de services de confiance par les articles 4 à 10 de la loi du 15 mai 2007, déjà évoquées plus haut, peuvent tout d'abord être rappelées dans un cadre contractuel. Cela peut être utile dans la mesure où la loi ne les a pas assorties de sanction. Un tel rappel n'est toutefois pas indispensable, puisque le non-respect de ces normes générales devra être considéré comme un man-

<sup>16</sup> Voy., pour une application, Comm. Bruxelles, 25 février 2000, A.J.T., 1999-2000, p. 843.

quement au devoir général de professionnalisme et de prudence de l'archiviste, qui constitue en soi une faute contractuelle. Il reste que l'inscription de ces obligations dans le contrat aura pour effet, outre une fonction pédagogique parfois bienvenue, de se prémunir de toute modification ou abrogation future de la loi (ce qui n'est pas à exclure, vu son caractère très imparfait) et de soumettre leur violation à d'éventuelles sanctions contractuelles spécifiquement stipulées.

La loi de 2007, dans le projet initial de ses concepteurs, devait également faire peser certaines obligations spécifiques et optionnelles sur les épaules des prestataires d'archivage électronique qui souhaitaient offrir un service d'archivage « qualifié » aux qualités juridiques reconnues. Ces propositions de dispositions spécifiques ne figuraient pas dans le projet de loi adopté par le parlement et sont issues de travaux universitaires qui n'ont pas été publiés<sup>17</sup>. Si elles n'ont dès lors aucune existence ni valeur légale ou réglementaire, elles peuvent en revanche prendre tout leur sens dans un cadre contractuel, où les parties leur donneraient force obligatoire. Nous reprendrons dès lors ci-après la substance de ces propositions.

### B. Maintien de la lisibilité des données archivées

Lorsqu'il s'agit d'archivage électronique, il ne suffit pas de conserver des données sur le long terme. Encore faut-il que les données demeurent lisibles en vue d'une consultation ultérieure. La durée pendant laquelle cette lisibilité doit être maintenue est très variable selon les besoins du destinataire du service et les exigences légales ou réglementaires de conservation de documents, dont le prestataire n'a pas nécessairement connaissance. Il appartient donc au destinataire du service d'indiquer au prestataire d'archivage électronique la durée pendant laquelle il souhaite que ses documents soient conservés sous une forme lisible. Cela n'empêche toutefois pas le prestataire de fournir un éventuel service de conseil à cet égard.

Une telle obligation pourrait être rédigée comme suit : « Le prestataire de services d'archivage électronique prend les mesures nécessaires au maintien de la lisibilité des données pendant la durée de conservation convenue avec le destinataire du service ».

<sup>17</sup> Nous faisons ici référence aux travaux préparatoires réalisés en 2006 par le C.R.I.D.S. – Centre de recherche information, droit et société (à l'époque, C.R.I.D. – Centre de recherches informatiques et droit) des F.U.N.D.P. et en partic. par Y. COUL, M. DEMOULIN, R. MARCHETTI et E. MONTERO, dont les développements qui suivent sont très largement inspirés.

### C. Préservation de l'intégrité des données archivées

Le prestataire de services d'archivage électronique doit mettre en œuvre des moyens nécessaires afin de préserver les documents conservés de toute altération ou modification de contenu, lors de la conservation, de la consultation ou du transfert des données électroniques.

Cette préservation de l'intégrité du document doit s'entendre, d'un point de vue juridique, de manière raisonnable. En informatique, l'exigence d'intégrité des données signifie en principe qu'aucun *bit* de données ne peut être modifié d'aucune manière. Or, dans le cadre de l'activité d'archivage électronique, il est fréquent et normal de « modifier » les données archivées, sans porter atteinte au contenu du document lui-même, en changeant, par exemple, le format du fichier électronique ou en transférant ce dernier sur un autre support, afin de faciliter leur traitement, leur conservation et leur lisibilité à plus long terme. Une telle opération a nécessairement pour effet de modifier les données électroniques afférentes au document archivé et doit être autorisée, à condition de ne pas altérer son contenu informationnel. D'un point de vue juridique, la question cruciale est le maintien de l'intégrité du contenu du document. Si cette intégrité est garantie, peu importe que le document ait dû changer de support ou de format pour les besoins de l'archivage électronique. En décider autrement reviendrait à compliquer considérablement la tâche des prestataires de services d'archivage électronique, qui seraient contraints de conserver pendant parfois plusieurs décennies des documents sous leur format et leur support original, au risque de ne pouvoir satisfaire à leur obligation de maintenir la lisibilité du document, par ailleurs essentielle.

S'il est permis au prestataire de modifier le format ou le support du document, il lui est recommandé de se montrer vigilant en ce qui concerne les documents signés électroniquement ou chiffrés, afin que les qualités inhérentes à la signature ou à la cryptographie ne soient pas altérées.

Il convient de préciser ici que le maintien de l'intégrité des données peut, dans certains cas, ne pas être souhaité en tant que tel par le destinataire du service, singulièrement lorsque celui-ci souhaite conserver la possibilité d'accéder aux documents et de les modifier. Il ne s'agira alors plus à proprement parler d'un système d'archivage électronique, mais plutôt d'une solution de gestion électronique de documents<sup>18</sup>. La différence entre les deux notions est importante et aura certainement un impact sur la valeur probatoire reconnue aux documents ainsi conservés. Sur un plan pratique, on conseillera souvent le recours aux deux systèmes en parallèle,

<sup>18</sup> En anglais, on parle de *document management*, par opposition au *record management* qui correspond à notre notion de l'archivage électronique.

l'un pour créer, chercher, modifier et utiliser les documents et l'autre pour en conserver des versions figées. Sur un plan contractuel, on veillera à soigneusement identifier le cas de figure retenu et à refléter ce choix dans les obligations de l'archiveur.

Une telle obligation, dans le cadre d'un contrat d'archivage électronique, peut être rédigée comme suit :

« Le prestataire de services d'archivage électronique met en œuvre des moyens nécessaires en vue d'empêcher, lors de la conservation, de la consultation ou du transfert, toute modification des données électroniques conservées, sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique ».

#### D. Contrôle et traçage des opérations effectuées sur les données

Durant sa durée de conservation, une archive électronique peut être soumise à un certain nombre d'opérations normales : consultation, modification, vérification de la lisibilité, migration... Inversement, des opérations anormales peuvent être effectuées si une personne non autorisée accède aux données, les consulte, les modifie ou les détruit, et ce, malgré les mesures de protection contre tout accès non autorisé que tous les prestataires de services de confiance doivent déjà prendre en vertu de l'article 6 de la loi du 15 mai 2007.

Normale ou frauduleuse, toute opération effectuée sur les données confiées au prestataire de services d'archivage électronique doit être repérée et, dans la mesure du possible, son auteur doit être identifié. Un processus d'identification peut aisément être mis en place lorsque l'opération est normale. Par contre, lorsqu'une personne non autorisée s'introduit dans le système, il y a fort à parier qu'elle n'ait guère de difficultés à contourner également les processus d'identification. Cette distinction peut avoir un impact sur la rigueur avec laquelle sera évalué le respect par le prestataire de cette obligation dans un cas particulier.

Ces informations doivent être datées et enregistrées, afin de disposer d'un historique complet tout au long de la période de conservation. Cet historique pourra en effet s'avérer précieux, tant pour le prestataire que pour le destinataire du service, afin d'établir, par exemple, que toutes les obligations légales ont bien été remplies, que les données ont été frauduleusement altérées ou, au contraire, qu'elles n'ont fait l'objet d'aucune modification. Il sera donc très utile pour convaincre un juge de la valeur probante d'une archive électronique, si celle-ci est contestée.

La datation des opérations effectuées sur les données doit être opérée au moyen d'un système d'horodatage électronique. En l'absence d'un

cadre légal spécifique à un tel service (pour les mêmes raisons que pour l'archivage électronique), on se référera aux règles de l'art.

L'historique des opérations effectuées ne doit enfin être accessible qu'aux personnes autorisées, afin d'éviter, par exemple, qu'un intrus ne modifie non seulement les documents archivés, mais également l'historique des opérations, de sorte que la modification n'y apparaisse pas.

Les obligations du prestataire pourront être formalisées comme suit :

« Le prestataire de services d'archivage électronique met en œuvre les moyens nécessaires en vue de détecter les opérations, normales ou frauduleuses, effectuées sur les données. Il veille, dans la mesure du possible, à permettre l'identification des auteurs de telles opérations.

Il enregistre ces informations, veille à leur datation dans les règles de l'art et conserve ces enregistrements pendant toute la durée de conservation des données concernées.

Il veille à ce que ces enregistrements ne soient accessibles qu'aux personnes autorisées ».

#### E. Nature des obligations du tiers archiveur

Outre la fixation du contenu des obligations du tiers archiveur, la détermination de leur nature ou de leur « intensité » est d'une importance cruciale.

Comme souvent en matière informatique, la preuve d'un manquement peut être malaisée à rapporter et le recours à une expertise s'impose fréquemment pour déterminer les causes d'une défaillance d'un système, d'un accès non autorisé ou de la destruction d'un fichier. Cette procédure génère des coûts et délais importants, sans nécessairement aboutir à des certitudes. On comprend dès lors que les aspects probatoires de la relation entre les parties fassent l'objet d'une attention particulière et que la charge de la preuve soit un enjeu important et parfois âprement discuté.

Or, la qualification des responsabilités du prestataire comme obligations de moyens ou de résultats est de première importance sur le plan probatoire, car elle détermine quelle partie supporte le risque de la preuve quand l'origine du dommage ne peut être identifiée avec certitude<sup>19</sup>. C'est également à cette partie que reviendra, le cas échéant, l'initiative de lancer des procédures d'expertise et d'en avancer les coûts afin de tenter d'établir, selon les cas, la défaillance de son cocontractant ou l'absence de tort dans son propre chef.

<sup>19</sup> P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, Liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, n<sup>os</sup> 547 à 571.

Lorsque l'obligation est de résultat, il suffit au créancier lésé de montrer que le résultat escompté n'a pas été atteint. Il appartiendra alors au débiteur, présumé en tort, de s'exonérer de sa faute, ce qu'il ne peut faire qu'en prouvant l'existence d'une cause étrangère libératoire. Si l'obligation est de moyen, le créancier devra prouver, outre l'absence de résultats escomptés, que le débiteur n'a pas mis en œuvre les moyens nécessaires pour y parvenir ou, en d'autres termes, qu'il n'a pas agi avec le soin et la diligence que l'on est en droit d'attendre d'un professionnel placé dans les mêmes circonstances. On s'en doute, ce dernier exercice s'avère, pour un créancier déçu, nettement plus délicat que le premier.

La nature d'une obligation dépend de trois critères s'appliquant subsidiairement. Le premier est la loi, qui précise parfois si une obligation est de moyen ou de résultat. Le second est la volonté des parties telle qu'elle découle de leurs conventions. Si celle-ci est parfois exprimée très explicitement, elle peut aussi se déduire de douloureux efforts d'interprétation. Enfin, dans le silence des parties, les tribunaux rechercheront leur volonté présumée à travers différents critères objectifs, le plus communément admis étant l'existence et l'importance d'aléas dans l'exécution des obligations du débiteur<sup>20</sup>. Signalons toutefois que la volonté des parties peut modifier la qualification légale d'une obligation, celle-ci étant généralement d'ordre supplétif.

Le contrat d'archivage électronique n'étant pas régi par une loi spécifique, il revient aux parties de qualifier les obligations qu'elles stipulent. Il leur est conseillé de le faire explicitement afin d'éviter des controverses ultérieures sur l'interprétation du texte.

Il est possible de qualifier toutes les obligations du prestataire de services d'obligations de moyen, ou de résultat. Ces positions caricaturales, donnant un net avantage à l'une ou l'autre des parties, feront néanmoins rarement consensus dans une négociation équilibrée. Des solutions plus nuancées seront alors à privilégier, ce qui peut essentiellement se faire à deux niveaux.

Premièrement, les différentes obligations du prestataire peuvent être distinguées l'une de l'autre et un traitement individualisé peut leur être appliqué. Le prestataire peut ainsi accepter de prendre des engagements de résultat sur certaines obligations seulement, dont il estime avoir une maîtrise suffisante. Du côté du destinataire du service, on accordera généralement plus d'importance à certains aspects de la relation contractuelle, pour lesquels on exigera des obligations de résultat; à l'inverse, on pourra adopter une certaine souplesse pour des aspects plus accessoires.

<sup>20</sup> P. Wéry, « La théorie générale du contrat », *op. cit.*, n° 549.

Deuxièmement, il peut exister un moyen terme entre l'obligation de moyen et l'obligation de résultat. Généralement qualifiée d'obligation « de résultat atténuée », elle est semblable à l'obligation de résultat par la présomption de faute qu'elle fait peser sur le prestataire si le résultat escompté n'est pas atteint. Elle s'en distingue toutefois par les possibilités offertes au débiteur pour échapper à une mise en cause de sa responsabilité: outre une cause étrangère libératoire, il lui est également permis de démontrer l'absence de faute dans son chef. Ainsi, la charge de la preuve pèse toujours sur le prestataire, qui pourra toutefois se dégager de sa responsabilité dans des situations qui ne remplissent pas les conditions strictes de la force majeure, mais contre lesquels il peut prouver qu'il avait mis en œuvre les moyens raisonnables pour se prémunir, de sorte que leur survenance ne révèle pas de faute dans son chef.

Dans le cas plus spécifique de l'archivage électronique, il nous paraît raisonnable que les obligations du prestataire de garantir la lisibilité et l'intégrité des données soient qualifiées d'obligations de résultat ou de résultat atténuées. Ce sont en effet des obligations d'une importance capitale pour le destinataire du service, qui perdrait tout intérêt à archiver des données s'il récupère celles-ci dans un état qui ne permet pas de les lire ou si elles ont été altérées. En outre, la bonne conservation des données et le maintien de leur intégrité et de leur lisibilité sont clairement dans la sphère de maîtrise du prestataire, qui contrôle les logiciels et équipements utilisés pour l'archivage. Il paraît donc équitable qu'il supporte également la charge de la preuve en cas de défaillance.

Les obligations de maintien de la lisibilité et de l'intégrité des données peuvent ainsi être complétées, par exemple, comme suit:

« Le prestataire est présumé en faute jusqu'à preuve du contraire si les données qui lui sont confiées ne sont plus lisibles pendant cette durée ».

« Le prestataire est présumé en faute jusqu'à preuve du contraire si les données qui lui sont confiées sont modifiées, sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique ».

### § 3. *Benchmarking*: assurer la compétitivité au fil du temps

Si les conditions techniques et économiques offertes par un prestataire de services conviennent au destinataire au moment de la signature du contrat, ce dernier souhaitera qu'il en soit de même pendant toute sa durée. Il voudra dès lors s'assurer que les services proposés et leur prix puissent évoluer au fil de l'évolution des techniques et du marché et ne soient pas, après quelque temps, surévalués par rapport à l'offre actuelle de services similaires.

La procédure contractuelle de *benchmarking* vise à encadrer la renégociation des conditions du contrat en proposant une évaluation qui se veut indépendante et objective de l'adéquation par rapport au marché actuel des conditions initialement stipulées. Cette étude sera en général confiée à un consultant indépendant qui réalisera une étude de marché des services similaires offerts par des concurrents.

On prendra soin, lors de la rédaction d'une telle clause, d'en préciser les modalités, qui peuvent être relativement nombreuses<sup>21</sup>. Ainsi, les possibilités de mettre en œuvre cette procédure (par quelle partie et à quel moment), la répartition des coûts engendrés (paiement par une partie, partage entre elles ou encore détermination *a posteriori* en fonction du résultat de l'étude), modalités de désignation du consultant, identification des concurrents du prestataire dont les services seront comparés à ceux qui font l'objet du contrat (quel marché géographique et quel marché de produit pertinents) sont autant de questions qu'il importe de trancher.

Le plus délicat sera généralement de fixer les effets et conséquences de l'analyse de *benchmark*, singulièrement si celle-ci révèle que les prix pratiqués par le prestataire sont trop élevés par rapport au marché. Différentes solutions existent, allant d'une simple faculté de renégociation à une adaptation automatique des prix aux conditions normales du marché, en passant par des baisses de prix partiellement corrélées au surcoût actuellement payé. On peut également prévoir des solutions mixtes, s'appliquant, par exemple, par « paliers » de différence entre le prix actuellement payé et le prix du marché<sup>22</sup>. Il peut également être utile de prévoir une possibilité de sortie du contrat et ses modalités si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord au terme de l'exercice.

#### § 4. Audit des services fournis

Une clause d'audit peut se justifier dans les contrats d'archivage électronique de longue durée où le prestataire de services a la maîtrise des systèmes utilisés pour l'archivage, par exemple lorsque les services sont fournis à distance et hébergés sur les serveurs du prestataire. Une telle clause permettra au destinataire du service de vérifier, en ayant accès aux locaux et/ou aux documents et systèmes informatiques du prestataire, si ce dernier respecte le contrat.

<sup>21</sup> J.-P. TRIALLE et R. ROBERT, « Les contrats informatiques », in *Traité pratique de droit commercial*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Waterloo, Kluwer, n° 1420.

<sup>22</sup> Par ex., une simple faculté de renégociation si le surcoût n'excède pas 10% du prix du marché et une adaptation automatique du prix en cas de surcoût plus important.

Cette clause pourra également être introduite à la demande du prestataire dans les cas où celui-ci fournit des logiciels au client. Elle lui permettra de vérifier ou de faire vérifier par un tiers désigné si les conditions de licence fixées pour l'utilisation des logiciels (nombre d'utilisateurs, nombre de serveurs, etc.) sont respectées par le client.

Comme en ce qui concerne la clause de *benchmarking*, on prendra soin de définir contractuellement les modalités d'exercice du droit d'audit. Seront ainsi précisées les possibilités pour chacune des parties de demander un audit (à tout moment, seulement à certaines périodes, une fois par an maximum...), l'étendue des informations auxquelles l'auditeur peut avoir accès, la répartition des éventuels frais engendrés, qui peut éventuellement dépendre du résultat de l'audit (p. ex., la partie qui demande l'audit avance les frais et ceux-ci sont mis à charge de la partie auditée si l'exercice révèle des manquements autres qu'insignifiants dans son chef) et les conséquences d'un audit négatif (mesures de correction et éventuelles pénalités ou sanctions additionnelles). Si l'audit est effectué par un auditeur indépendant, on prendra également soin d'établir les modalités de sa désignation et de rappeler les obligations de confidentialité auxquelles il sera soumis.

#### § 5. Responsabilité du fournisseur et cas de force majeure

Les limitations ou exonérations de responsabilité sont probablement la raison principale pour laquelle un prestataire de services aura intérêt à préférer un contrat écrit en bonne et due forme à une relation commerciale tacite moins formalisée. Ces dispositions font généralement l'objet d'intenses discussions au cours des négociations contractuelles.

Avant d'examiner certaines clauses limitatives de responsabilité, il convient de préciser les quelques limites légales et jurisprudentielles que les parties ne peuvent pas franchir dans leur détermination.

Comme toute clause contractuelle, une limitation de responsabilité ne peut bien entendu pas être contraire à l'ordre public ou à une norme légale d'ordre public, sous peine de nullité. Elle ne peut ensuite pas exonérer l'auteur d'un dol de sa responsabilité<sup>23</sup>. Selon la Cour de cassation, le caractère volontaire d'une faute ne suffit pas à la qualifier de dol; encore faut-il que l'auteur ait effectivement eu conscience que la faute aurait pu commettre un dommage<sup>24</sup>. La faute lourde n'est pas assimilée à un dol<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et d'Internet*, op. cit., n° 48.

<sup>24</sup> Cass., 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 92; R.D.C., 1995, p. 232, note M. GODFRROID.

<sup>25</sup> Cass., 25 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 944; Cass., 25 septembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 144.

et peut donc faire l'objet d'une exonération de responsabilité, à condition toutefois que celle-ci soit stipulée expressément dans le contrat ou que la volonté des parties d'exclure la faute lourde des causes de responsabilité y apparaisse clairement<sup>26</sup>.

La jurisprudence refuse encore les clauses qui, par une limitation de responsabilité, ont pour effet de porter atteinte à une obligation essentielle du contrat. Une « obligation » pour laquelle le débiteur ne peut en aucun cas voir sa responsabilité engagée n'a en effet d'obligatoire que le nom. Les Cours et tribunaux annuleront donc toute clause qui viderait de cette manière le contrat de sa substance. Enfin, signalons pour mémoire le régime des clauses abusives prévu aux articles 73 et 74 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur qui encadre plus strictement les limitations de responsabilités admissibles dans un contrat entre un professionnel et un consommateur.

La problématique des limitations de responsabilité est plus large que la simple définition d'un plafond de responsabilité. De nombreuses clauses peuvent avoir une influence sur la détermination des fautes, l'étendue des dommages indemnisables, la charge de la preuve ou les sanctions, qui sont autant de variables délimitant le périmètre de la responsabilité potentielle du prestataire de services.

Ainsi, la qualification des obligations du prestataire de services comme obligations de moyen ou de résultat aura une influence déterminante sur la charge de la preuve en cas d'inexécution<sup>27</sup>. Sans constituer, en tant que telle, une limitation de responsabilité, ces clauses ont un impact à ne pas négliger sur les possibilités de mettre en cause la responsabilité d'un prestataire de services et sur les chances de succès d'une telle action.

Dans la même veine, une clause de « parfaite information » par laquelle le destinataire du service reconnaît avoir été parfaitement informé par le prestataire des différentes possibilités techniques, des risques potentiels ou encore de l'adéquation entre la solution proposée et ses besoins, constituera en pratique une exonération de responsabilité en faveur du prestataire de services pour toutes les conséquences d'un défaut d'information ou d'une mauvaise détermination des besoins du client.

Plus classiquement, les parties peuvent exclure certains actes fautifs du périmètre de la responsabilité. Elles peuvent, par exemple, convenir que la responsabilité du prestataire ne peut être engagée par une faute légère et occasionnelle dans son chef.

<sup>26</sup> J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, « Les contrats informatiques », *op. cit.*, n° 1389.

<sup>27</sup> *Cf. supra*, § 2, E.

Elles peuvent encore agir sur la nature ou le montant des dommages indemnisables. Le montant maximal exigible par une partie en réparation de toutes les fautes contractuelles de la partie défallante est ainsi couramment plafonné, ce qui permet au débiteur (et à ses assureurs) d'évaluer le montant total de sa responsabilité potentielle. Il est également courant d'exclure la réparation de certains types de dommage, parmi lesquels sont souvent cités le manque à gagner, les espérances de gain ou encore les pertes de données, les pertes financières et les autres dommages indirects.

Que l'on ne s'y trompe pas : le principe de non-réparation des dommages indirects est fixé par l'article 1151 du Code civil qui définit les dommages directs comme « ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » ; c'est donc une question de lien causal et pas de nature des dommages soufferts<sup>28</sup>. Une perte de gain peut, selon les circonstances, s'analyser comme un dommage direct ou indirect selon qu'elle découle immédiatement et directement ou pas d'une faute contractuelle. Une liste contractuelle de « dommages indirects » exonérés doit donc bien s'analyser comme une limitation de responsabilité et pas comme un simple appel du droit commun.

On sera évidemment attentifs à la rédaction de telles clauses dans le contexte de l'archivage électronique. En particulier, une exclusion des pertes de données du périmètre des dommages indemnisables ne peut y être admise, dès lors que la conservation de données est l'objectif principal du contrat. Une telle exclusion devrait, à notre avis, être déclarée nulle, comme toutes les limitations de responsabilité qui vident le contrat de sa substance.

Enfin, les cas de force majeure sont les événements externes, imprévisibles et insurmontables qui empêchent une partie d'honorer ses obligations. Lorsque ces conditions sont remplies, l'inexécution qui en résulte n'engage pas la responsabilité du débiteur défallant. Ici aussi, il est courant de trouver dans les contrats une liste d'actes qualifiés « de force majeure » qui ne rempliraient pas nécessairement les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. On sera donc attentifs à la rédaction de telles clauses, surtout dans un contexte d'archivage électronique où l'on attend du prestataire qu'il prenne des précautions importantes pour réduire les risques et les conséquences d'accidents potentiels. Il semble dès lors inacceptable de qualifier systématiquement de cas de force majeure une panne d'électricité ou un incendie, contre lesquels le prestataire était censé se prémunir et qui ne devraient pouvoir être considérés comme des cas de force majeure que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.

<sup>28</sup> Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155 ; *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 179, *J.T.*, 1986, p. 600, *R.C.J.B.*, 1988, p. 41, note M. VAN QUICKENBORNE.

## § 6. Le sort des droits intellectuels

Les droits intellectuels en jeu dans une relation d'archivage électronique concernent deux hypothèses distinctes. Il peut s'agir soit de droits intellectuels sur les solutions d'archivage utilisées par le prestataire (essentiellement des logiciels et éventuellement du matériel), soit des droits intellectuels sur les données et documents archivés eux-mêmes.

Les premiers ne posent pas de problèmes particuliers. Si les systèmes et technologies du prestataire sont mis à la disposition du client, ils le seront selon un contrat de licence classique<sup>29</sup> et le contexte de l'archivage électronique n'amène pas, en soi, de difficultés supplémentaires.

Le sort des droits intellectuels sur les données archivées nécessite quelques clauses adaptées, dans la mesure où le prestataire de services sera amené à poser des actes de reproduction et/ou de modification, potentiellement couverts par ces droits. Le destinataire du service voudra rappeler qu'il est et reste titulaire des droits intellectuels sur les documents archivés (à condition que de tels droits existent) et détailler les actes qu'il autorise le fournisseur à poser dans le cadre de sa mission d'archivage. En outre, si le destinataire du service est la personne physique qui a créé les œuvres en question, ces clauses de licence devront respecter les conditions de forme imposées par l'article 3 de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins<sup>30</sup>. Rappelons toutefois que ces règles ne sont pas d'application si le donneur de licence est un titulaire dérivé ayant acquis les droits du créateur original, ce qui est par exemple nécessairement le cas des personnes morales.

En tant que preneur de licence, le prestataire de services d'archivage électronique souhaitera, quant à lui, formaliser une garantie d'éviction. Il est en effet théoriquement susceptible d'engager sa responsabilité civile ou pénale à l'égard de tiers si les données archivées violent des droits intellectuels ou présentent un caractère illicite, et voudra par conséquent s'assurer un recours contre le destinataire du service dans ces cas. Signalements cependant qu'une éventuelle action de tiers dirigée contre un prestataire de services d'archivage fournis à distance et par voie électronique pourrait rapidement tourner court. L'archivageur pourrait, dans ce cas, être considéré comme un prestataire de services d'hébergement au sens de l'article 20 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des

<sup>29</sup> Voy., p. ex., E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et d'Internet, op. cit.*, et J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, « Les contrats informatiques », *op. cit.*

<sup>30</sup> Sur les règles contractuelles dans le domaine du droit d'auteur, cf. not. A. CRAQUE-NAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007.

services de la société de l'information et, partant, bénéficier d'une exonération complète de responsabilité pour les informations stockées<sup>31</sup>.

## § 7. Traitements de données à caractère personnel

Les documents archivés électroniquement contiendront souvent des données à caractère personnel, vu la définition très large de cette notion<sup>32</sup>. Ainsi, des e-mails, même professionnels, des listes de clients ou des contrats mentionnant l'identité des signataires sont autant d'informations qui tomberont dans le champ d'application très large de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après « loi vie privée »).

Dès lors qu'un prestataire de services d'archivage électronique sera amené à enregistrer, copier ou signer électroniquement ces documents, à en modifier le format ou à les effacer au terme de la période d'archivage, il sera considéré, au sens de la loi vie privée, comme un sous-traitant<sup>33</sup> effectuant des traitements de données à caractère personnel<sup>34</sup> pour le compte du destinataire du service, appelé responsable du traitement<sup>35</sup>. Pour davantage de développements sur l'application de ces principes dans le cadre d'une opération d'archivage électronique, nous renvoyons

<sup>31</sup> E. MONTERO, « Les responsabilités liées au Web 2.0 », *R.D.T.I.*, n° 32/2008, p. 363.

<sup>32</sup> Voir l'art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel : « on entend par "données à caractère personnel" toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable, désignée ci-après "personne concernée"; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

<sup>33</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 5 : « Par "sous-traitant", on entend la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement et est autre que la personne qui, placée sous l'autorité directe du responsable du traitement, est habilitée à traiter les données ».

<sup>34</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 2 : « Par "traitement", on entend toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel ».

<sup>35</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 4 : « Par "responsable du traitement", on entend la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel ».

également à la contribution de R. Robert dans le présent ouvrage (*supra*, Chap. III).

Dans une telle situation, l'article 16, § 1, de la loi vie privée impose au responsable de traitement de choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements. Il oblige également les parties à stipuler certaines mentions par écrit dans le contrat qui les lie<sup>36</sup>.

Dès lors, le contrat devra :

- fixer la responsabilité du sous-traitant à l'égard du responsable du traitement ;
- préciser que toute personne agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou celle du sous-traitant, ainsi que le sous-traitant lui-même, qui accède à des données à caractère personnel, ne peut les traiter que sur instruction du responsable du traitement, sauf en cas d'une obligation imposée par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ;
- mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements qui sont demandées au sous-traitant.

Cette dernière obligation se traduira dans les faits par une description des mesures de sécurité organisationnelles, humaines et techniques que le prestataire de services d'archivage électronique sera amené à prendre afin de garantir la sécurité des données traitées. Dès lors que le destinataire du service sera, *in fine*, responsable de tout traitement non autorisé en sa qualité de responsable de traitement, il lui sera également indispensable de s'assurer un recours contre le prestataire de services si un tel traitement est causé par la faute de ce dernier.

Ces règles seront applicables tant que le processus d'archivage électronique n'implique le transfert de données que vers des pays membres de l'Espace économique européen ou des pays offrant un niveau de protection adéquat au sens de la Directive 95/46/CE<sup>37</sup>. En revanche, le transfert de données vers un pays tiers ne sera permis qu'à condition de respecter

<sup>36</sup> Voy. M.-H. BOULANGER, T. LEONARD, C. DE TERWANGNE, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel : La loi du 8 décembre 1992 », *J.T.*, 1993, n° 5675, pp. 369-388.

<sup>37</sup> Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31. La liste des pays reconnus comme offrant un niveau de protection adéquat est tenue à jour par la Commission européenne sur son site Internet : [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/international-transfers/adequacy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/international-transfers/adequacy/index_en.htm).

l'une des conditions, fort strictes, prévues par l'article 22 de la loi vie privée.

Toutefois, si tel n'est pas le cas, il sera encore possible de conclure, entre le prestataire et le destinataire du service, un contrat type établi par la Commission européenne afin d'encadrer un transfert international de données<sup>38</sup>.

À défaut d'utiliser de telles clauses et en dehors des cas où le transfert est autorisé en vertu de l'article 22 de la loi vie privée, il reste la possibilité donnée au Roi, après avis de la Commission de la protection de la vie privée, d'autoriser un transfert ou un ensemble de transferts internationaux de données à caractère personnel, lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants. Il semble néanmoins que le Roi n'ait pas, à ce jour, mis en œuvre cette possibilité.

#### § 8. La fin du contrat et l'encadrement de la réversibilité

La récupération des données archivées est bien entendu une préoccupation majeure du client, à plus forte raison en fin de contrat. C'est toutefois un moment où la bonne entente entre les parties risque d'être quelque peu écornée, par exemple, si le client décide de faire appel à un prestataire concurrent ou encore s'il a été mis fin au contrat pour faute d'une partie. Il sera donc prudent d'organiser les modalités de transfert des données dès la négociation du contrat d'archivage électronique.

Une première précaution indispensable sera la mention expresse du droit du client de récupérer les données archivées à tout moment, sans que le prestataire puisse lui opposer un quelconque droit de rétention. Si une telle mesure peut paraître évidente, nous doutons cependant que le droit commun suffise à la consacrer. Ni le droit de propriété (inapplicable aux biens incorporels), ni la propriété intellectuelle (dont les conditions de protection ne seront pas nécessairement remplies dans tous les cas et qui ne consacre pas de droit de restitution) n'apportent de solution satisfaisante en l'espèce, pas plus que l'obligation de restitution inhérente au contrat de dépôt puisque cette qualification ne sied qu'imparfaitement

<sup>38</sup> Déc. n° 2010/87/ de la Commission du 5 février 2010 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil.

au contrat d'archivage électronique (cf. *supra*)<sup>39</sup>. Il est donc prudent de formaliser l'obligation de restitution du prestataire. Cette obligation sera de préférence inconditionnelle, à moins de s'exposer à un risque de « prise d'otage » des données en vue, par exemple, de garantir le paiement d'indemnités ou de dissuader le destinataire de mettre fin au service.

Une telle clause pourrait être rédigée comme suit :

« Lorsque le contrat d'archivage électronique prend fin, pour quelque motif que ce soit, le prestataire de services d'archivage électronique ne peut opposer au destinataire du service un quelconque droit de rétention des données ».

Si le destinataire souhaite se voir restituer ses données, encore faut-il qu'elles soient utilisables, c'est-à-dire lisibles et exploitables par le biais de matériel et de logiciels informatiques. Ceci est en principe garanti par l'obligation première du prestataire de maintenir la lisibilité des données (cf. *supra*), mais dépendra également de la capacité technique du destinataire du service à lire ces données au jour de la restitution. Nous pensons surtout ici au cas où il serait nécessaire d'utiliser des logiciels ou des formats de données propres au prestataire de services pour lire les archives. Afin de s'en prémunir, on précisera soit le format (de préférence standard et ouvert) dans lequel les données devront être conservées, soit l'obligation pour le prestataire de convertir les archives dans un tel format, soit encore une licence accordée par le prestataire au client permettant à ce dernier de continuer à utiliser sa technologie après l'expiration du contrat.

Enfin, l'obligation de restitution couvrira également des données accessoires, qui auront dans la plupart des cas été générées par le prestataire lui-même. Nous pensons principalement à toutes les métadonnées qui permettent de retracer les opérations d'archivages effectuées (accès, modifications, datation, etc.) et qui sont indispensables pour établir l'intégrité des archives.

Selon la complexité de la solution d'archivage choisie et la délicatesse des opérations de migration à envisager en fin de contrat, on pourra éventuellement prévoir, en outre :

- que le fournisseur maintienne à jour une documentation détaillée, que le client aura le droit de recevoir, sur les services d'archivage fournis et la manière dont le fournisseur les assure ;

<sup>39</sup> Pour de plus amples développements, voy. F. COPPENS, « La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles », note sous Prés. Civ. Bruxelles (réf.), 5 mars 2007, D.A.O.R., n° 92, pp. 40B-424.

- l'établissement par les parties, avant la fin du contrat, d'un plan détaillé (« plan de retransmission ») décrivant les opérations nécessaires à la migration des archives et les obligations des parties y afférentes ;
- une obligation générale du fournisseur de coopérer de bonne foi aux opérations de sortie du contrat (qui ne doivent bien sûr pas nécessairement être fournies gratuitement) ;
- une procédure de réception des prestations de retransmission du fournisseur (avec paiement partiellement différé des prestations) ;
- une obligation pour le fournisseur de conserver une copie de sauvegarde des données archivées jusqu'à la bonne fin des opérations de migration.

## Conclusion

Le contrat d'archivage électronique doit être vu avant tout comme un contrat de services informatiques entre un prestataire professionnel et un client. Comme d'autres contrats de ce type, il présente pour le client des risques de perte de maîtrise et de dépendance qu'il faut circonscrire correctement pour retirer du contrat les bénéfices escomptés.

En l'absence (dans l'attente ?) d'un régime légal spécifique pour les services d'archivage électronique, le droit commun semble insuffisant à de nombreux points de vue pour encadrer une relation de ce type. En définissant très généralement les obligations des parties et en fournissant des remèdes parfois peu adaptés aux problèmes spécifiques qui peuvent survenir, le régime du contrat d'entreprise est mal armé pour régir un projet informatique à long terme, comme l'est l'archivage électronique.

Les parties seront dès lors bien inspirées de profiter de son caractère très largement supplétif pour se tailler une relation contractuelle sur mesure, adaptée aux spécificités de leurs besoins, risques et attentes.