

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La cybersécurité dans les contrats informatiques

Cruquenaire, Alexandre

Published in:

Penser, écrire et interpréter le droit

Publication date:

2022

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A 2022, La cybersécurité dans les contrats informatiques: une application fertile de la notion d'obligation essentielle. dans *Penser, écrire et interpréter le droit: liber amicorum Xavier Thunis*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, pp. 313-329.

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.

La cybersécurité dans les contrats informatiques : une application fertile de la notion d'obligation essentielle

Alexandre CRUQUENAIRE¹

Avocat au barreau de Namur

Chargé de cours invité à l'UNamur – CRIDS

1. Afin d'évoquer le parcours académique et scientifique du Professeur Xavier Thunis, il nous semblait naturel de nous tourner vers un thème de droit des obligations. Notre propos consistera dès lors à emprunter la voie balisée par son excellente contribution sur la notion d'obligation essentielle², afin d'en explorer les méandres liés aux récents développements relatifs à la cybersécurité.

La présente contribution s'articulera dès lors en trois parties. Nous aborderons tout d'abord la notion d'obligation essentielle et tenterons d'en identifier les critères de délimitation (Section 1). Ensuite, nous soulignerons l'importance cruciale de la cybersécurité dans l'économie numérique et les contrats qui s'y rapportent (Section 2). Enfin, sur cette double base, nous développerons les motifs pour lesquels une part importante des obligations relatives à la cybersécurité devraient être qualifiées d'obligations essentielles des contrats informatiques (Section 3).

¹ a.cruquenaire@lexing.be.

² X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 521-542.

SECTION 1. – Contours flous de la notion d'obligation essentielle

2. La notion d'obligation essentielle est fréquemment invoquée en droit des obligations, mais sa portée précise est nettement moins discutée. Plusieurs éléments nous paraissent déterminants dans cette qualification de certaines obligations contractuelles comme « essentielles », et, par opposition, des autres obligations du même contrat comme « secondaires »³.

L'objet du contrat constitue une évidence, un incontournable point de bascule dans la distinction entre ce qui est essentiel de ce qui ne l'est pas. Il convient d'ajouter à cet égard que l'objet du contrat doit s'envisager d'une manière subjective, par référence à la commune intention des parties, et non selon une conception purement objective liée à la catégorie à laquelle appartient le contrat concerné. Il y a donc lieu de faire une incursion dans la démarche d'interprétation du contrat, afin de conférer à l'objet contractuel sa juste mesure. Au-delà de l'interprétation des volontés individuelles, il convient également de compléter le contenu des obligations essentielles telles qu'expressément stipulées par toutes les suites qui en découlent selon les usages ou l'équité⁴. Enfin, la notion d'économie du contrat est aussi parfois convoquée pour identifier les obligations essentielles.

3. À l'instar de Xavier Thunis, il nous semble que la notion d'obligation essentielle est étroitement liée à l'objet du contrat⁵. La notion d'objet est toutefois elle-même équivoque, désignant tantôt l'ensemble des obligations du contrat, tantôt le contenu de l'obligation caractéristique du contrat⁶. C'est ce dernier sens qui est généralement retenu, l'objet se référant au contenu de l'obligation caractéristique du contrat, ce à quoi s'engage le débiteur, la prestation promise⁷.

³ Nous préférons le terme « secondaire », car il reflète mieux l'importance moindre des obligations concernées. Le terme « accessoire » est en effet parfois utilisé, mais il nous semble trompeur, car des éléments obligationnels accessoires devraient pouvoir compléter le contenu des obligations essentielles, conformément au principe énoncé à l'article 1135 de l'ancien Code civil. Certains de ces éléments accessoires pouvant toutefois être considérés comme « essentiels ». Voy. *infra* à ce sujet.

⁴ Art. 1135 ancien C. civ. (art. 5.71 nouveau C. civ.).

⁵ X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *op. cit.*, pp. 529-530.

⁶ En ce sens, voy. P.A. FORIERS, « L'objet », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 65.

⁷ P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éditions du Jeune Barreau, 1984, p. 102.

L'obligation essentielle s'identifie donc immédiatement avec les engagements qui sont caractéristiques du type de contrat concerné⁸.

La référence à l'objet renvoie toutefois aux principes d'interprétation du contrat⁹. La délimitation de l'objet ne peut en effet s'arrêter à des catégories abstraites de contrats, mais doit pleinement prendre en compte la volonté des parties quant aux éléments clés de leur relation contractuelle. Les différentes règles d'interprétation permettent donc de préciser la portée de l'objet du contrat, sur la base de la commune intention des parties ou, à défaut, d'une solution interprétative préférentielle¹⁰. L'identification des obligations essentielles passe donc nécessairement par l'analyse de l'objet contractuel, tel que voulu par les parties contractantes.

4. Au-delà des principes d'interprétation au sens strict, il convient de ne pas perdre de vue que l'objet du contrat peut également être précisé par le biais de l'article 1135 de l'ancien Code civil¹¹. Les stipulations expresses de l'acte doivent en effet être complétées par toutes les suites qui découlent de l'usage et de l'équité. Selon la jurisprudence belge, afin de pouvoir compléter le contrat, les usages doivent être admis d'une manière générale et constante dans un milieu professionnel et/ou une région¹². Si l'usage s'impose aux parties, c'est en vertu de la loi (art. 1135 ancien C. civ.) et non de leur volonté (exprimée ou implicite)¹³. Cela ne signifie toutefois pas que la volonté des parties est inopérante en la matière. Il est ainsi admis que les usages peuvent être écartés du champ contractuel par

⁸ X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *op. cit.*, p. 524 (soulignant que « [la] détermination des éléments objectivement essentiels dépend du type de contrat [...] », mais précisant aussitôt qu'il convient d'ajouter aux éléments objectivement essentiels, les « [...] éléments normalement accessoires élevés par la volonté des parties au rang d'éléments essentiels [...] »).

⁹ P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 67.

¹⁰ A. CRUQUENAIRE, « Le paradoxe de l'œuf et de la poule : réflexions sur les liens entre l'objet et l'interprétation du contrat », in *Liber Amicorum P.A. Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 302-305, n° 4 et n° 5.

¹¹ *Ibid.*, p. 305.

¹² En ce sens, voy. Cass., 1^{re} ch., 9 décembre 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 989 ; Cass., 1^{re} ch., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 224 ; Cass., 1^{re} ch., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 217 ; Mons, 1^{re} ch., 6 avril 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 71 ; Bruxelles, 2^e ch., 6 juin 1973, *J.T.*, 1973, p. 571. Cf. égal. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 181 ; R. KRUIHOF, « Overzicht van rechtspraak (1974-1980): Verbintenissen », *T.P.R.*, 1983, p. 601 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 283.

¹³ P.A. FORIERS, « Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980) », *R.D.C.*, 1983, p. 126.

les parties¹⁴. L'usage revêt donc un caractère supplétif. Précisons enfin que l'usage doit en outre constituer une suite des obligations expressément stipulées entre les parties, compte tenu de leur nature¹⁵.

Dans le contexte d'une identification des obligations essentielles, il nous semble pertinent de rappeler l'arrêt de la Cour de cassation qui avait inclus dans l'obligation d'installation d'une chaudière contractée par un entrepreneur, l'obligation découlant du bon usage de placer une protection spécifique entre le corps de chauffe et le sol (plancher) en matière inflammable, malgré l'absence de stipulation expresse dans le contrat¹⁶. Cette décision confirme l'incorporation des bonnes pratiques du métier lorsqu'elles se rapportent à l'une des obligations expressément stipulées. Selon nous, la notion d'obligation essentielle devrait être étendue à ces bonnes pratiques.

Par rapport à la nature supplétive des suites contractuelles, cette incorporation pourrait prêter à discussion lorsque l'on évoque les clauses limitatives de responsabilité. Si l'on admet que les usages sont incorporés dans le contenu de l'obligation essentielle, cela signifie que serait inefficace une clause limitative de responsabilité qui tendrait à les neutraliser en cas de non-respect par le débiteur de l'obligation. La clause limitative de responsabilité ne devrait-elle pas, dans ce cas, être vue comme une manifestation de la volonté des parties d'écarter les bonnes pratiques du champ contractuel (la règle contenue dans l'article 1135 de l'ancien Code civil étant supplétive) ? La réponse doit être nuancée, car l'intention des parties lorsqu'elles définissent le contenu obligationnel du contrat ne coïncide pas nécessairement avec l'intention des parties lorsqu'elles définissent les conséquences d'un manquement aux obligations souscrites. La

¹⁴ En ce sens, voy. Cass., 3^e ch., 13 février 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 665 (violation de l'article 1135 en ce que le juge du fond a pris en compte un usage alors que des clauses contractuelles réglaient la question couverte par l'usage concerné) ; Cass., 1^{re} ch., 16 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 718 ; Bruxelles, 5^e ch., 27 mai 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 239 (admettant une dérogation tacite aux usages fondée sur des éléments tirés des pourparlers précontractuels). Voy. aussi : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 323 ; Y. PICOD, « Contrats et obligations : effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions », *Juris-Classeur*, Civil, Art. 1134 et 1135, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 17 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations », *op. cit.*, p. 181 ; R. KRUIHOF, « Overzicht van rechtspraak (1974-1980): Verbintenissen », *op. cit.*, p. 601 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 460.

¹⁵ Sur le lien entre usages et nature des obligations expressément stipulées, voy. C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Bibliothèque de Droit privé, t. 460, Paris, LGDJ, 2006.

¹⁶ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 601-602.

clause limitative de responsabilité ne devrait pouvoir neutraliser l'incorporation d'une bonne pratique dans le contenu obligationnel du contrat qu'en présence d'une clause exprimant clairement une intention d'écarter les bonnes pratiques du champ contractuel. En cas de doute sur cette intention d'exclure les bonnes pratiques, il nous semble indispensable de préserver leur incorporation dans le champ contractuel, car le droit supplétif constitue une norme applicable à défaut d'une intention certaine des parties contractantes de s'en écarter¹⁷.

Ainsi, dans un contrat de transfert de technologies, si l'objet de l'obligation du concédant est définie au sens strict comme un transfert de savoir-faire, les éléments essentiels devraient s'envisager d'une manière plus étendue. Ainsi, l'obligation essentielle du concédant consiste à préparer des supports permettant une acquisition par le preneur de licence du savoir-faire visé, mais ce transfert matériel peut être inefficace sans un écolage par le concédant, compte tenu de sa maîtrise de l'objet du transfert. Dans ce contexte, comme le souligne Bernard Van Brabant, c'est la nécessité des éléments considérés en vue de permettre une exploitation effective du savoir-faire qui justifie que la combinaison support et formation soit constitutive de l'obligation essentielle du contrat¹⁸. Cet exemple illustre la nécessité d'une conception ouverte de l'obligation essentielle, qui prenne en compte l'objet contractuel dans toutes ses dimensions et non au sens strict. Le lien fort entre l'obligation essentielle et l'objet du contrat, d'une part, et l'intention des parties, d'autre part, apparaît immédiatement dans cet impératif d'intégrer à l'obligation essentielle les éléments nécessaires selon la volonté des parties. Ces éléments complémentaires de formation pourraient toutefois être écartés par des clauses contractuelles expresses, s'il en ressort clairement que l'intention des parties était de ne pas les inclure dans le champ contractuel¹⁹.

¹⁷ En ce sens, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 235, n° 297. Sur la notion de règle supplétive et son articulation avec la volonté des parties, voy. spéc. C. PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, Bibliothèque de Droit privé, t. 421, Paris, LGDJ, 2004, p. 581.

¹⁸ B. VAN BRABANT, « Les contrats relatifs au savoir-faire et autres secrets d'affaires », in *Les contrats commerciaux en pratique*, C.U.P., vol. 169, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 207-208.

¹⁹ Compte tenu, par exemple, de l'expertise du preneur de licence, ou de circonstances particulières propres à la transaction concernée (par exemple, en cas de transfert opéré dans le cadre de la liquidation d'une entreprise qui ne dispose donc plus du personnel permettant d'assurer la formation).

5. Dans la recherche des obligations essentielles, la notion d'économie du contrat est parfois utilisée. Cette notion renvoie à la structure du contrat²⁰, au cœur de la convention²¹. Elle est déterminée par une analyse objective du contenu de la convention, basée non pas sur la volonté des parties, mais plutôt sur les attentes principales des contractants compte tenu de la nature, du type du contrat²². Cette référence aux attentes principales doit être soulignée, car elle indique indiscutablement une proximité particulière avec la notion d'obligation essentielle²³. Toutefois, la notion d'économie contractuelle s'identifie à ce point à une conception stricte de l'objet du contrat que l'utilité pratique de cette notion nous semble douteuse²⁴.

6. La notion d'obligation essentielle devrait donc être contextualisée, envisagée par rapport au contenu obligationnel du contrat dans toutes ses dimensions²⁵ : obligations liées à la nature de la convention (approche objective), obligations considérées comme essentielles par les parties (approche basée sur l'intention commune), obligations complémentaires liées à l'un des éléments clés de la relation contractuelle (découlant des bonnes pratiques habituelles du secteur notamment), obligations importantes en raison de circonstances particulières propres à la convention.

²⁰ En ce sens, voy. D. PHILIPPE, « Économie contractuelle, cause, erreur et interprétation du contrat », in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Anvers, Kluwer, 2002, pp. 295-296.

²¹ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *J.C.P.*, 2001, Étude, p. 423 (définissant aussi la notion comme « ce qui est nécessaire à la réalisation de ce que les parties exprimeraient en une poignée de mots s'il leur fallait résumer le contrat », tout en soulignant l'inutilité de définir ce concept avec précision) ; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *R.G.D.C.*, 2000, p. 481 ; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 633. Cf. aussi J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Bibliothèque de Droit privé, t. 311, Paris, LGDJ, 1999, p. 327 (voyant dans la référence à l'économie du contrat un lien entre recherche de la volonté des parties et analyse de la convention fondée sur la raison).

²² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, Bibliothèque de Droit privé, t. 408, Paris, LGDJ, 2004, p. 150 et p. 158. Dans le même sens, D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, *op. cit.*, p. 635.

²³ En ce sens, voy. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 156 ; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *op. cit.*, p. 425.

²⁴ Soulignant l'ambiguïté de la notion d'économie du contrat, voy. X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *op. cit.*, p. 530. Pour un point de vue critique sur la notion d'économie contractuelle, voy. J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.*, 2000, chron., p. 383.

²⁵ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, pp. 79-80, n° 102.

SECTION 2. – La cybersécurité comme un enjeu clé de l'économie numérique

7. Le développement de l'économie numérique place la cybersécurité au centre des enjeux. En effet, comme la Commission européenne l'identifiait déjà en 2013, de nombreux services critiques pour la vie socio-économique sont contrôlés par des acteurs privés et les menaces ne sont pas cantonnées géographiquement. Il est donc crucial de promouvoir un niveau élevé de cybersécurité, afin de soutenir la confiance en l'économie numérique²⁶.

L'Union européenne a récemment adopté plusieurs textes posant les bases de la réglementation sur la cybersécurité²⁷. En outre, la Commission européenne et le Haut Représentant de l'Union pour les Affaires étrangères et la Sécurité ont présenté une stratégie de cybersécurité visant à affirmer le rôle de l'Union dans le développement de services et outils numériques sûrs et dans la lutte contre les cyberattaques²⁸.

²⁶ Commission européenne et Haute Représentante de l'Union pour les Affaires étrangères et la sécurité, Communication conjointe au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, *Stratégie de cybersécurité de l'Union européenne : un cyberspace ouvert, sûr et sécurisé*, JOIN (2013) 1 Final, 7 février 2013, disponible sur le site officiel de l'Union européenne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013JC0001&from=HU>, p. 6.

²⁷ Dir. 2013/40/UE Parlement européen et Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, *JOUE*, 14 août 2013, L218, p. 8 ; dir. (UE) 2016/1148 Parlement européen et Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, *JOUE*, 19 juillet 2016, L194, p. 1 ; régl. (UE) 2019/881 Parlement européen et Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'ENISA (Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité) et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications, et abrogeant le règlement (UE) n° 526/2013 (règlement sur la cybersécurité), *JOUE*, 7 juin 2019, L151, p. 15.

²⁸ European Commission and High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament and the Council, *The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade*, JOIN(2020) 18 Final, 16 décembre 2020, disponible en ligne à l'adresse <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/cybersecurity-strategy>.

8. La prise en compte de la sécurité dans la réglementation des services numériques se traduit par des textes de deux types²⁹ : d'une part, des textes ciblés en fonction de la nature des services et des risques particuliers qui leur sont propres³⁰, et, d'autre part, des obligations de portée plus transversale visant tout type de services³¹.

La sécurité absolue étant une vue de l'esprit, c'est logiquement selon une démarche de gestion des risques que les textes réglementaires envisagent la cybersécurité. Les obligations relatives à la sécurité couvrent tout d'abord l'aspect préventif, c'est-à-dire la limitation du risque d'incident de sécurité (par une réduction de la probabilité de survenance et/ou par des mesures visant à en atténuer les conséquences s'il devait survenir). Ensuite, certaines obligations sont également imposées dans le cadre de la gestion d'un incident de sécurité (approche curative visant à mettre fin à l'incident, empêcher sa propagation et/ou réparer les dommages causés).

9. Compte tenu de l'inefficacité de mesures de sécurité imposées d'une manière linéaire, indépendamment des risques particuliers de chaque cas d'espèce, les obligations légales de cybersécurité définissent un standard ouvert d'obligation, imposant de mettre en œuvre toutes les mesures techniques et organisationnelles « proportionnées aux risques de sécurité concernés »³², en tenant compte « de l'état des connaissances, des coûts de mise en œuvre et de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques »³³. Ces obligations doivent naturel-

²⁹ À ce sujet, voy. A. CRUQUENAIRE, « La cybersécurité, un enjeu à la croisée des stratégies européennes », in *Liber Amicorum Denis Philippe*, Bruxelles, Larcier, 2022 (à paraître).

³⁰ Voy. ainsi règl. (UE) n° 910/2014 Parlement européen et Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *JOUE*, 28 août 2014, L257, p. 73 ; dir. (UE) 2015/2366 Parlement européen et Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les dir. 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règl. (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la dir. 2007/64/CE, *JOUE*, 23 décembre 2015, L337, p. 35.

³¹ Voy. not. règl. (UE) 2016/679 Parlement européen et Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la dir. 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, 4 mai 2016, L119, p. 1 ; dir. (UE) 2016/1148 Parlement européen et Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, *JOUE*, 19 juillet 2016, L194, p. 1.

³² Voy., par exemple, dir. 2015/2366, consid. 91 et art. 95. Voy. aussi la loi belge de transposition de la directive NIS : L. 7 avril 2019 établissant un cadre pour la sécurité des réseaux et des systèmes d'information d'intérêt général pour la sécurité publique, *M.B.*, 3 mai 2019, p. 42857, art. 20.

³³ Art. 32 RGPD.

lement être répercutées dans les contrats à conclure par les entités dont les activités entrent dans leur champ d'application, afin de pouvoir s'y conformer.

10. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'obligation de sécurité contenue dans le RGPD impose au responsable du traitement qui transfère des données en dehors de l'Espace économique européen de prendre aussi en considération les risques juridiques liés à la réglementation du pays de destination des données quant à un possible accès du gouvernement local aux données transférées³⁴. Les obligations de sécurité peuvent dès lors aller bien au-delà de la seule dimension technique³⁵.

11. Dans le cadre de la gestion des incidents de sécurité, des obligations spécifiques sont parfois imposées concernant la notification des incidents à des autorités de contrôle³⁶.

Dans une perspective de lutte coordonnée contre les attaques, les obligations de notification s'envisagent de plus en plus comme des obligations de partage, afin de permettre aux autres acteurs intéressés de prendre connaissance des vulnérabilités et menaces et de pouvoir mieux les anticiper³⁷.

³⁴ C.J.U.E., 16 juillet 2020, *Schrems II*, C-311/18, disponible sur le site web de la Cour à l'adresse <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2D00F54CAD11920FB869F437734443DA?text=&docid=228677&page=Index=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4559398>.

³⁵ Sur les limites et difficultés pratiques de l'exercice d'évaluation juridique imposé par la jurisprudence de la C.J.U.E., voy. T. ESPEEL, E. COLSON et A. CRUQUENAIRE, « International data transfers under GDPR: applicable requirements and practical implementation », *D.A.O.R.*, 2022/1, n° 141, pp. 19-42.

³⁶ Concernant les opérateurs de services essentiels, voy. L. 7 avril 2019 établissant un cadre pour la sécurité des réseaux et des systèmes d'information d'intérêt général pour la sécurité publique, *M.B.*, 3 mai 2019, p. 42857, art. 24 (notification « sans retard »).

³⁷ Ainsi, la proposition de directive NIS 2 envisage la création d'une base de vulnérabilités (art. 6) et une obligation de *reporting* des incidents et des menaces (art. 20). Voy. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, repealing Directive (EU) 2016/1148, 16 décembre 2020, disponible sur le site de la Commission européenne à l'adresse <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-directive-measures-high-common-level-cybersecurity-across-union>.

Le suivi efficace des incidents requiert en outre une politique de gestion spécifique, ce qui est également imposé par les textes en matière de cybersécurité, tantôt explicitement³⁸, tantôt implicitement³⁹.

Des obligations de réparation des conséquences de l'incident sont aussi prévues⁴⁰.

12. Dans la mise en œuvre de ces obligations de sécurité, l'on perçoit immédiatement que la collaboration des fournisseurs constitue un point crucial, car les failles de sécurité peuvent trouver leur origine dans des vulnérabilités de leurs produits ou services⁴¹. Il est donc logique que les obligations de sécurité englobent les relations avec les fournisseurs et sous-traitants⁴². La proposition de directive NIS 2 vise d'ailleurs à imposer que les mesures appropriées englobent la sécurité tout au long de la chaîne d'approvisionnement en précisant les relations entre les différentes entités

³⁸ Dir. 2015/2366, art. 95 : « Les États membres veillent à ce que les prestataires de services de paiement établissent un cadre prévoyant des mesures d'atténuation et des mécanismes de contrôle appropriés en vue de gérer les risques opérationnels et de sécurité, liés aux services de paiement qu'ils fournissent. Ce cadre prévoit que les prestataires de services de paiement établissent et maintiennent des *procédures efficaces de gestion des incidents*, y compris pour la détection et la classification des incidents opérationnels et de sécurité majeurs » (nous soulignons).

³⁹ Voy. art. 28 loi de transposition de la directive NIS, qui énonce que la gestion des incidents est de la responsabilité des opérateurs de services essentiels, mais en indiquant par ailleurs que la « gestion d'incident » se réfère à « toutes les procédures utiles à la détection, à l'analyse et au confinement d'un incident et toutes les procédures utiles à l'intervention en cas d'incident » (définition de gestion d'incident). De même, le RGPD ne l'exige pas explicitement, mais cela découle d'une manière certaine de la combinaison des articles 33 (violation de données) et 5 (principe d'*accountability*), aux exigences desquels il n'est pas possible de se conformer sans procédure de gestion des incidents de sécurité.

⁴⁰ Voy. ainsi art. 82 RGPD. Pour un aperçu critique, voy. K. ROSIER et A. DELFORGE, « Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD », in *Le Règlement général sur la protection des données – Analyse approfondie*, coll. CRIDS, n° 44, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 679-681.

⁴¹ En ce sens, voy. F. DUMORTIER, « La sécurité des traitements de données, les analyses d'impact et les violations de données », in *Le Règlement général sur la protection des données – Analyse approfondie*, coll. CRIDS, n° 44, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 176.

⁴² Voy. ainsi art. 32 RGPD, qui vise explicitement le responsable du traitement et le sous-traitant, en imposant à ce dernier une obligation légale de sécurité distincte de celle du responsable du traitement. L'article 28 du RGPD ajoute que le choix du sous-traitant doit être guidé par les garanties que celui-ci offre quant à la conformité aux exigences légales (notamment de sécurité) et impose une formalisation des garanties dans un contrat ou un autre acte juridique qui doit prévoir l'engagement du sous-traitant d'adopter toutes les mesures requises au titre de l'article 32 du RGPD.

selon leurs rôles respectifs⁴³. L'intégration de ces contraintes de cybersécurité dans les contrats conclus par les destinataires de ces obligations constitue donc une question pratique décisive.

SECTION 3. – Obligations de sécurité considérées comme essentielles

13. L'importance prise par la cybersécurité dans le développement de l'économie numérique devrait logiquement se traduire par une qualification de nombreuses obligations de sécurité en obligations essentielles.

14. **L'obligation légale.** Lorsque l'obligation de sécurité contenue dans le contrat est la traduction directe d'une obligation légale pesant sur l'une au moins des parties, la qualification en obligation essentielle ne peut faire aucun doute.

Ainsi, les obligations de sécurité imposées au sous-traitant devraient être vues comme des obligations essentielles⁴⁴. En effet, dans la mesure où il existe une contrainte légale de convenir de certaines dispositions

⁴³ Voy art. 18.2, d), proposition de directive NIS 2, qui vise « *supply chain security including security-related aspects concerning the relationships between each entity and its suppliers or service providers such as providers of data storage and processing services or managed security services* ».

⁴⁴ L'article 28 du RGPD énonce que « [l]e traitement par un sous-traitant est régi par un contrat ou un autre acte juridique au titre du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, qui lie le sous-traitant à l'égard du responsable du traitement, définit l'objet et la durée du traitement, la nature et la finalité du traitement, le type de données à caractère personnel et les catégories de personnes concernées, et les obligations et les droits du responsable du traitement. Ce contrat ou cet autre acte juridique prévoit, notamment, que le sous-traitant : a) [...] ; b) veille à ce que les personnes autorisées à traiter les données à caractère personnel s'engagent à respecter la confidentialité ou soient soumises à une obligation légale appropriée de confidentialité ; c) prend toutes les mesures requises en vertu de l'article 32 ; d) [...] ; e) tient compte de la nature du traitement, aide le responsable du traitement, par des mesures techniques et organisationnelles appropriées, dans toute la mesure du possible, à s'acquitter de son obligation de donner suite aux demandes dont les personnes concernées le saisissent en vue d'exercer leurs droits prévus au chapitre III ; f) aide le responsable du traitement à garantir le respect des obligations prévues aux articles 32 à 36, compte tenu de la nature du traitement et des informations à la disposition du sous-traitant ; g) selon le choix du responsable du traitement, supprime toutes les données à caractère personnel ou les renvoie au responsable du traitement au terme de la prestation de services relatifs au traitement, et détruit les copies existantes, à moins que le droit de l'Union ou le droit de l'État membre n'exige la conservation des données à caractère personnel ; et h) met à la disposition du responsable du traitement toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect des

dans le contrat de sous-traitance, le caractère essentiel des obligations relatives à la sécurité⁴⁵ ne peut être sujet à discussion. La situation sera moins nette lorsque l'obligation contenue dans le RGPD laisse une marge d'interprétation dans la mise en œuvre de l'obligation légale de prévoir certaines modalités. Ainsi, lorsque l'article 28 du RGPD impose que le contrat de sous-traitance prévoiè l'obligation pour le sous-traitant d'assister le responsable du traitement afin de se conformer aux obligations en matière de sécurité et d'analyse d'impact, le degré de cette assistance peut varier selon la volonté des parties. L'assistance nécessaire au respect des obligations du responsable du traitement devrait relever d'une obligation essentielle. Par contre⁴⁶, l'assistance simplement utile au responsable du traitement ne devrait sans doute pas être qualifiée d'obligation essentielle, compte tenu de la marge d'interprétation laissée par le législateur aux parties contractantes⁴⁷.

15. La répercussion d'une obligation légale ou d'une contrainte spéciale. Devraient être qualifiées d'essentielles les obligations de sécurité qui, bien que ne constituant pas une clause légalement obligatoire, contribuent directement à placer l'une des parties dans une position plus sûre quant à son aptitude à remplir une obligation légale de sécurité qui pèse sur elle, ou une contrainte spécifique à laquelle cette partie est soumise.

Tel sera le cas lorsque le destinataire d'une obligation légale de sécurité veille, dans un contrat lié aux tâches couvertes par cette obligation légale, à insérer une clause répercutant partiellement le contenu de cette obligation légale à son cocontractant.

Dans ce cas, le destinataire de l'obligation légale se trouve en effet dans une situation qui lui impose de prendre certaines dispositions assurant qu'il n'entre pas dans une collaboration dont les modalités pourraient compromettre le respect de son obligation légale. L'obligation contractuelle de sécurité insérée dans le contrat devrait alors être vue comme essentielle.

obligations prévues au présent article et pour permettre la réalisation d'audits, y compris des inspections, par le responsable du traitement ou un autre auditeur qu'il a mandaté, et contribuer à ces audits ».

⁴⁵ Et à la confidentialité.

⁴⁶ À moins que l'intention des parties soit d'en faire une obligation essentielle.

⁴⁷ Les parties pourraient toutefois convenir d'en faire des éléments déterminants de leur consentement, ce qui devrait alors conduire à qualifier les obligations liées d'essentielles. Mais dans ce cas, c'est la volonté spécifique des parties qui déterminera cette qualification. Voy. *infra*, pts 15 et 18.

Cette qualification d'obligation essentielle pourrait toutefois être discutée si l'existence de l'obligation légale de sécurité n'est pas connue⁴⁸ de l'autre partie. Il est donc prudent d'insérer une référence à ces obligations légales dans le préambule du contrat, afin de confirmer l'importance de l'aspect sécurité dans l'intention des parties et faire ainsi entrer dans le champ contractuel le caractère essentiel de ces exigences de sécurité. À défaut d'une telle mention expresse, le caractère essentiel des obligations contractuelles de sécurité pourrait s'appuyer sur le profil du débiteur de ces obligations contractuelles. Ainsi, lorsque le débiteur desdites obligations est un prestataire spécialisé, il pourrait être censé avoir une bonne connaissance du secteur et/ou des activités auxquelles s'attachent les obligations légales liées⁴⁹. Dans ce cas, le caractère essentiel des obligations de sécurité devrait être entré dans le champ contractuel, même en l'absence de disposition expresse s'y référant.

La clarté des dispositions contractuelles devrait donc permettre de consolider l'éventuel caractère essentiel des obligations de sécurité.

16. Les obligations de sécurité étroitement liées à l'objet contractuel. Certaines obligations devraient être qualifiées d'essentielles, car elles participent du contenu de base d'un type de contrat déterminé, ou relèvent de la nature même des services faisant l'objet du contrat.

Ainsi, la fourniture d'un logiciel gestion de caisse devrait comporter des protections spécifiques contre les modifications de données après clôture des opérations enregistrées.

De même, les systèmes d'accès au dossier patient dans un logiciel hospitalier doivent impérativement reposer sur des mécanismes de contrôle des accès (*logs*), compte tenu du type de données que ces logiciels sont appelés à traiter.

Dans ces hypothèses, la prise en compte de l'objet du contrat conduit à intégrer les obligations de sécurité qui y sont étroitement attachées au sein des obligations essentielles de la convention concernée.

17. Les obligations de sécurité liées aux bonnes pratiques. Certaines obligations de sécurité peuvent s'incorporer au contrat en tant que suites des obligations principales stipulées. Leur qualification en obligations « essentielles » est-elle pour autant automatique du seul fait de cette incorporation ?

⁴⁸ Ou censée connue.

⁴⁹ Ainsi, un prestataire spécialiste du secteur hospitalier ne pourra prétendre ignorer les contraintes liées à la mise en œuvre de la Directive NIS, s'agissant de services essentiels au sens de cette réglementation.

À première vue, l'on pourrait penser que oui. En effet, s'il est d'usage de se conformer à des contraintes de sécurité afin de remplir certaines obligations expressément stipulées, il serait logique que ces usages ou bonnes pratiques reçoivent, en tant que compléments des obligations principales, une qualification identique à celle de l'obligation dont ils constituent une suite. Le caractère « essentiel » dépendra donc de l'obligation principale dont ils sont une suite. Si ces usages ou bonnes pratiques liés à la sécurité s'attachent à une obligation qui n'est elle-même pas à considérer comme « essentielle », les obligations de sécurité ne devraient pas pouvoir revendiquer cette qualification.

Il convient en outre de rappeler que le principe énoncé à l'article 1135 de l'ancien Code civil relève du droit supplétif. Il ne s'oppose donc pas à ce que, de commun accord, les parties décident d'écarter du champ contractuel des obligations complémentaires qui, par défaut, devraient être considérées comme des suites des obligations principales. Les principes régissant l'interprétation du contrat devraient à cet égard permettre de déterminer une éventuelle volonté d'écarter les usages liés à la sécurité⁵⁰.

Toutefois, il convient de demeurer nuancé quant à la conclusion à tirer d'une analyse de la volonté des parties. En effet, lorsque l'obligation principale est « essentielle » afin de réaliser l'objet contractuel, une volonté des parties d'écarter les suites de cette obligation essentielle ne devrait-elle pas être neutralisée afin de préserver le contenu de cette obligation essentielle ? Si le caractère essentiel de l'obligation principale découle de l'intention des parties⁵¹, alors il nous semblerait logique que l'écartement des suites contractuelles soit admis, car reposant sur le même fondement juridique. Si, par contre, le caractère essentiel de l'obligation principale repose davantage sur la nature de la convention conclue⁵², une exclusion des suites de cette obligation principale pourrait davantage être discutée. Dans les deux cas évoqués, c'est l'intention des parties qui détermine l'objet contractuel et ce qui doit y être inclus en tant qu'obligations principales. L'écartement des bonnes pratiques (obligations complémentaires) dépendra dès lors de l'intention des parties quant à l'objet du contrat. S'il est établi que ses contours ne doivent pas, de la volonté des parties, inclure certains usages, le caractère essentiel des obligations principales ne

⁵⁰ Sur le double rôle de la volonté des parties (dans la définition de l'objet contractuel et dans le choix d'écarter certains éléments obligationnels potentiellement essentiels qui seraient fondés sur des usages), voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 278-279, n° 379 et n° 380.

⁵¹ Obligation considérée comme « essentielle » par les parties alors qu'elle ne l'est pas nécessairement sur la seule base de la nature de la convention conclue.

⁵² Voy. *supra*, concernant les obligations qualifiées d'« essentielles » car étant caractéristiques d'un type de contrat (analyse « objective » de la convention).

permettra pas de priver d'effets la volonté d'écarter les usages qui pourraient compléter ces obligations en vertu de l'article 1135 de l'ancien Code civil.

Ainsi, si l'on peut considérer que la réalisation de *backups* de données par un hébergeur *Cloud*, afin de garantir la disponibilité des données stockées, constitue une bonne pratique, l'inclusion dans le champ contractuel ne devrait pas être impérative, en particulier lorsqu'il s'agit de services à bas coûts. Si l'inclusion implicite de la bonne pratique découle du mécanisme de l'article 1135 de l'ancien Code civil, le caractère essentiel de l'obligation de *backup* n'est pas évident et devrait dépendre de la commune intention des parties.

Par contre, il nous semble que relève de la qualification d'obligation essentielle celle d'assurer un contrôle d'accès conforme aux règles de l'art pour un logiciel hospitalier. Le type de logiciel et la nature des données traitées nécessitent une sécurisation des accès. Le respect des bonnes pratiques n'est ici pas une option, mais une obligation découlant de la finalité du logiciel concerné, qui impose d'englober ces contraintes de sécurité dans les éléments essentiels du contrat. Une volonté des parties d'écarter toute obligation de sécurité des accès devrait être assimilée à une atteinte à la substance de l'une des obligations essentielles du contrat de licence de logiciel hospitalier. Plus fondamentalement, l'obligation de sécurité revêt un caractère essentiel au motif qu'elle repose sur les obligations de sécurité contenues dans le RGPD⁵³.

Les exemples évoqués indiquent bien la difficulté de définir les limites des obligations essentielles par rapport à l'inclusion des usages et bonnes pratiques. Cela rend d'autant plus nécessaire la rédaction de clauses explicites, qui permettront de couper court à toute discussion sur le caractère essentiel des obligations de sécurité.

18. Les obligations de sécurité spécialement convenues. Les obligations de sécurité peuvent, au-delà de contraintes légales plus ou moins explicites, résulter de la volonté des parties. Cela peut, par exemple, être inspiré par des règles internes à l'une des parties, ou la nature sensible de données échangées dans le cadre de la collaboration.

L'on peut probablement distinguer deux cas de figure. D'une part, les obligations liées à des besoins ou contraintes spéciales, qui justifieront alors une qualification des obligations de sécurité en obligations essentielles⁵⁴.

⁵³ Art. 32 (obligation d'assurer une sécurité appropriée) et art. 25 (obligation de se conformer au principe de « *privacy by design* »).

⁵⁴ Pour autant que les contraintes concernées et le caractère essentiel qui en découle soient entrés dans le champ contractuel. À cet égard, voy. *supra*, n° 15.

D'autre part, les obligations de sécurité imposées comme des clauses de style, par l'une des parties disposant d'un pouvoir de négociation plus étendu. Le caractère essentiel desdites obligations de sécurité ne devrait alors pas être reconnu, à défaut de volonté des parties en ce sens ou d'éléments de contexte contractuel permettant d'asseoir ce caractère essentiel.

19. L'impact de la réglementation sur les clauses abusives. Par une loi du 4 avril 2019, le législateur belge a introduit un mécanisme de contrôle et de sanction des clauses abusives dans les relations entre entreprises (B2B)⁵⁵. En vertu de l'article VI.91/3 du Code de droit économique, « toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ». Toutefois, cette même disposition ajoute que le contrôle des éventuels abus « ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

Afin qu'une clause soit invalidée, il convient d'établir un déséquilibre « manifeste » entre les droits et obligations des parties, en comparant leurs situations avec ou sans la clause litigieuse⁵⁶.

En ce qui concerne les obligations de sécurité, se pose tout d'abord la question du lien potentiellement étroit avec l'objet contractuel. Lorsque les obligations analysées participent de l'essence même du contrat concerné, il conviendrait d'écarter le contrôle d'un éventuel abus⁵⁷. Par rapport à certaines obligations de sécurité, l'on pourrait donc justifier de l'absence d'un tel contrôle⁵⁸.

Lorsqu'il y a lieu de procéder à un contrôle du caractère abusif d'une clause de sécurité, il conviendra de vérifier si cette obligation crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. Cela pourrait être le cas lorsque la clause de sécurité a pour effet de reporter sur l'une des parties des contraintes de sécurité manifestement anormales. Dans

⁵⁵ L. 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50066.

⁵⁶ Rappelant les limites du contrôle marginal porté par ce dispositif légal, voy. R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (Première partie) », *J.T.*, 2020/16, pp. 273 et s., n° 16.

⁵⁷ *Ibid.*, n° 18 (se référant notamment à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de clauses abusives B2C).

⁵⁸ Voy. *supra*, concernant les obligations de sécurité qui peuvent s'incorporer aux obligations principales définissant l'objet du contrat.

les limites d'un contrôle marginal, il va de soi que le caractère manifestement anormal ne pourra être établi au regard de contraintes qui doivent être qualifiées d'obligations essentielles de la partie débitrice. Si les clauses contenant des obligations de sécurité devaient être qualifiées d'abusives, elles seront réputées nulles. Le contrat devrait, par contre, subsister, à moins qu'il soit établi qu'il ne puisse survivre sans ces clauses⁵⁹. Le juge pourrait toutefois préférer une réduction de la portée de la clause abusive, pour autant que dans cette version ainsi réduite elle demeure conforme à l'intention des parties⁶⁰.

L'impact de la législation sur les clauses abusives nous semble donc *a priori* relativement limité.

Conclusion

20. La notion d'obligation essentielle invite à une prise en compte attentive de la commune intention des parties contractantes, en particulier telle qu'elle s'exprime au travers de la définition de l'objet du contrat.

Le domaine de la cybersécurité constitue une illustration intéressante, permettant d'évaluer les conditions de la mise en œuvre de cette notion et ses effets pratiques sur les relations contractuelles.

Le professeur Thunis a été un acteur essentiel de la Faculté de Droit de Namur. Il a apporté une contribution tout aussi essentielle à la formation de nombreux étudiants. Bon vent, Xavier, et au plaisir de te croiser lors de prochains événements facultaires, même non essentiels !

⁵⁹ Art. VI.91/6 C.D.E.

⁶⁰ R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (seconde partie) », *J.T.*, 2020/17, pp. 301 et s., n° 36.