



Cloud : Bien contractualiser pour bien maîtriser

Garance MATHIAS (Cabinet MATHIAS AVOCATS)

Les enjeux du *cloud computing*



- ③ « **Le contrat est, avec la responsabilité, le point d'ancrage le moins incertain de notre civilisation juridique.** ». Pr. J. Carbonnier

- ③ Qu'est-ce que l'externalisation ?
 - Choix stratégique de l'entreprise

- ③ Quels impacts ?
 - Organiser la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise

- ③ Quelles conséquences ?
 - Négociation contractuelle impérative avec intervention du juriste dès la phase de conception du projet Cloud

- ③ Pourquoi négocier ?
 - La prévention s'avérera beaucoup plus constructive que des éventuels contentieux (aléa judiciaire) pour l'entreprise.

Réflexe n° 1 :

Bien décrire les prestations de *cloud computing*



© Accès aux solutions logicielles et aux données

- Sécurité et confidentialité des données
- Définition et remise de codes d'accès
- Conditions d'utilisation du réseau
- Format de transmission des données
- Reprise éventuelle de l'historique des données
- Outils d'interface utilisés
- ...

Réflexe n° 2 : Négociateur en partenariat avec la DSI / RSSI



© Hébergement

- Pas d'hébergement obligatoire des données du client sur les serveurs du prestataire
 - À titre secondaire ou transitoire, possibilité de stocker directement chez le prestataire tout ou partie des données
- Descriptif des prestations réalisées au titre de l'hébergement
 - Annexe
 - Cahier technique
 - Proposition commerciale présentée par le prestataire et acceptée par le client et auquel le contrat peut renvoyer

© Sauvegarde

- Précision des conditions de sauvegarde et de sécurité des données
- Aménagement de la fréquence et des modes de sauvegarde à l'activité et à la structure du client

Réflexe n° 2 : Négocier en partenariat avec la DSI / RSSI



© Archivage des données

- Description des prestations d'archivage le plus précisément possible

© Maintenance

- Conditions de maintenance liées aux licences concédées par l'éditeur du ou des logiciels
 - Contrat entre éditeur et prestataire Cloud : engagement de l'éditeur quant à une prestation de maintenance corrective et/ou évolutive
 - Question à traiter en amont avec l'éditeur : possibilité pour l'éditeur d'intervenir en cas de défaillance du prestataire Cloud
- Maintenance évolutive : dépend de ce que le prestataire a pu négocier en amont avec l'éditeur des solutions logicielles hébergées
- Délais d'intervention : préciser que les délais sont impératifs car, dans le cas contraire, la jurisprudence considère que ceux-ci sont formulés à titre indicatif
- Éventuelle formation du personnel du client par le prestataire

Réflexe n° 2 : Négocier en partenariat avec la DSI / RSSI



© Engagement de disponibilité et de performance

- Mise en place de niveaux de service (délais d'intervention, garantie de service, etc.) avec des éventuelles pénalités à la charge du prestataire en cas de manquement
 - Outils permettant, au fil de la relation contractuelle, d'améliorer le service fourni par le prestataire

© Continuité du service

- Définition de la qualité de la prestation de service
 - Qualité et performance : délai de réalisation des obligations, outils de mesure et droit d'audit
 - Convention de niveau de service (SLA)
 - Éléments préventifs et curatifs : audit des plans de back up et de continuité
- Responsabilité de la connexion
 - Sur qui porte la responsabilité de la connexion, de sa performance et de sa sécurité ?
 - Le prestataire ne pourra exclure sa responsabilité que pour la partie strictement publique (Internet)
 - Il incombera au prestataire de sécuriser l'accès (procédures d'alerte et redondance en cas de panne)
 - Audit technique et contractuel des solutions de connexions
- Phase de test

Réflexe n° 3 : Anticiper la sous-traitance en cascade



© Gestion des sous-traitants du prestataire

- Contrats dits « miroirs » à mettre en place avec les sous-traitants
 - Contraintes et engagements assumés par le prestataire repris dans leur intégralité
- Prévoir la présence des sous-traitants aux réunions des différents comités pilotant le projet Cloud
- Dans l'hypothèse d'une délocalisation des prestations sous-traitées ou de recours à de la main d'œuvre étrangère, penser à inclure une clause de respect des normes et des procédures applicables.

Réflexe n° 4 : Encadrer la responsabilité des parties



© Garanties et responsabilités

- Traditionnelle garantie d'éviction : le prestataire garantit au client qu'il dispose de tous les droits nécessaires pour lui concéder un droit d'utilisation sur le logiciel en mode Cloud
- Garantie classique de l'utilisation des logiciels « en l'état » et exclusions et/ou limitations habituelles de garanties et/ou de responsabilité

© Résiliation

- Procédure classique et délai de préavis lorsqu'une des parties a manqué à ses obligations
- Enjeux de la résiliation : aménagement impératif des conséquences de la résiliation

Réflexe n° 5 : Anticiper la fin du contrat de *cloud computing*



© Inaccessibilité

- Clause majeure d'un contrat Cloud
- Aucune disposition légale en matière de réversibilité/ inaccessibilité, ni beaucoup de jurisprudence
 - Bénéficiaire d'une bonne réversibilité au moment de la conclusion d'un contrat Cloud, c'est préserver pour l'avenir le patrimoine de l'entreprise
- Objectifs
 - Pas un retour à la situation initiale sinon risque de perte des améliorations
 - Remise au client des éléments concédés mais également des éléments enrichis, c'est-à-dire dans l'état dans lequel ils se trouvent au jour où le contrat prend fin
- Conditions de reprise du projet en cas d'échec : possibilité de poursuivre le projet avec un autre prestataire, ou, exceptionnellement, reprendre son activité avec ses anciens outils, débarrassés des ajouts ou extensions (logiciels, bases de données, interfaces et autres) devenus inutiles du fait du non-aboutissement du projet
- Prévoir des audits réguliers de la part du client afin de vérifier que les conditions permettant la mise en œuvre éventuelle des opérations de réversibilité sont bien respectées

Réflexe n° 6 : Appréhender le contexte international



© Droit applicable au contrat

- Harmonisation du bloc européen mais chaque système de droit conserve ses spécificités :
 - Lois impératives qui priment sur les contrats différentes d'un pays à l'autre
 - Ex. : stipulation valable en droit anglo-saxon, comme une exclusion de responsabilité, non conforme au droit français
 - Jurisprudence variable d'un pays à l'autre

© Compétence territoriale

- Mise en cohérence du contrat avec le droit choisi dès lors que les parties n'optent pas pour l'arbitrage
- Choix du droit et de la juridiction : véritable réflexion stratégique
 - Prise en compte de la taille respective des contractants
 - Prise en compte de l'existence ou non d'implantations de l'un ou de l'autre dans le pays où la décision sera rendue
 - Prise en compte de la facilité d'obtention de l'exequatur de la décision dans le pays de l'autre partie

Réflexe n° 7 : Anticiper les cas spécifiques des prestataires américains avec l'adoption du *Cloud Act*



© Qui est concerné ?

- Toute société américaine au sens du droit américain (société incorporée aux États-Unis ainsi que les sociétés contrôlées par elle) doit communiquer aux autorités américaines, sur leur demande, les données de communication placées sous son contrôle sans considération du lieu où ces données se trouvent stockées.

© Quels accords internationaux ?

- Possibilité pour le gouvernement des États-Unis de signer avec des gouvernements étrangers des accords internationaux permettant aux autorités respectives de chaque pays de demander directement aux fournisseurs de services de communication, traitement et stockage électroniques de données relevant de la juridiction de l'autre la divulgation des données les intéressant, sans avoir à passer par les procédures beaucoup plus longues et contraignantes des commissions rogatoires internationales.
- Le texte du *Cloud Act* ne permet pas de dire si un tel accord pourra être signé avec l'Union Européenne plutôt qu'avec les États Membres individuellement.

Réflexe n° 7 : Anticiper les cas spécifiques des prestataires américains avec l'adoption du *Cloud Act*



© Hypothèse d'une demande de communication par les autorités américaines :

- Uniquement dans le cadre de procédures judiciaires et si elles disposent d'un mandat (warrant) en ce sens, c'est-à-dire un titre délivré par une juridiction

© Possibilité de contestation devant une juridiction de première instance ou d'appel :

- Notamment si la divulgation des données concernées conduit le fournisseur à méconnaître la législation d'un pays étranger et l'expose à des sanctions

Critiques :

L'opposition est laissée à la seule discrétion des fournisseurs de services de communication électronique ou hébergeurs

Pas d'obligation de notifier les personnes dont les données seraient communiquées

Merci de votre attention

Des questions ?

Tél. : 01 43 80 02 01

E-mail :

contact@avocats-mathias.com
gmathias@avocats-mathias.com