



Ateliers Cloud Computing / ADIJ [Atelier n°2]

*Solutions aux risques juridiques et catalogue des
meilleures pratiques contractuelles*

Co-animés par Helle Frank Jul-Hansen, Béatrice Delmas-
Linel et David Feldman

Atelier n° 2

Le 21 octobre 2010, Maison du Barreau, Paris

Invités Témoins :

- 1- Corinne Caillaud, Directrice juridique Microsoft France
- 2- Maria Gomri, Senior Legal Counsel, Google France
- 3- Isabelle Cadiou, Responsable juridique, Sanofi-Aventis

Thème : **Identifier les problématiques juridiques rencontrées par les prestataires de services Cloud Computing et les entreprises clientes, avec le témoignage des représentants de Microsoft, Google et Sanofi-Aventis, ainsi que des participants à l'atelier.**

Synthèse

Lors de la première réunion, nous avons retenu que le *Cloud Computing* représente une rupture technologique dont l'impact potentiel au niveau mondial en matière de modèle technologique et économique serait à l' hauteur de celui de la mise en place de l'Internet. Nous nous souviendrons notamment du commentaire selon lequel « les entreprises qui iront dans le *cloud* ne reviendront plus en arrière », tant les avantages de ce nouveau mode de consommation de l'informatique sont indéniables !

Lors de notre deuxième réunion, l'expression qui a marqué les esprits est sans doute le commentaire selon lequel en matière de contractualisation autour de services de *Cloud Computing*, « la peinture est encore fraîche » !

Effectivement, les prestataires et les entreprises clientes font actuellement face à une variété de problématiques juridiques, sinon nouvelles, au moins mises en relief, voire exacerbées par le modèle de *Cloud Computing* compte tenu de l'ampleur du potentiel d'externalisation de systèmes informatiques par les entreprises clientes à venir.

Nous reprenons ci-dessous les points de discussion les plus marquants de la réunion, en remerciant à nouveau nos invités pour leurs témoignages de qualité.

Vous trouverez également sur notre blog le plan que nous avons utilisé lors de la réunion pour encadrer la discussion avec nos invités témoins et que nous comptons utiliser désormais pour les futurs invités qui apporteront leurs témoignages dans les prochaines réunions de notre atelier.

1/ Quelles sont les entreprises clientes concernées par les offres de *Cloud Computing* de nos invités-témoins ?

La cible couvre toutes les tailles et tous les types d'entreprise, TPE, PME et groupes plus importants. Parmi cette clientèle figurent aussi bien des entreprises privées que publiques.

Le modèle de *Cloud Computing*, repose notamment sur le principe de mutualisation des ressources ayant pour conséquence une baisse des prix pour l'entreprise cliente. Ce modèle est très intéressant pour les PME qui peuvent ainsi bénéficier d'offres performantes à un prix très intéressant.

Du constat des prestataires témoins, avec l'émergence du *Cloud Computing* les appels d'offres ne se limitent plus uniquement aux seules spécifications techniques et comprennent une dimension juridique notamment au sujet de la protection de données personnelles.

2/ Quels sont, d'après nos invités-témoins, les obstacles liés à l'adoption du modèle de *Cloud Computing* ?

Le principal obstacle que rencontrent les prestataires est en fait celui de la communication : à savoir parvenir à convaincre les entreprises clientes que par exemple le fait d'abandonner leurs données « dans les nuages » n'est peut être pas plus risqué, voire même plus sûr, que d'en disposer en interne, dans leurs propres locaux sur un serveur non-dupliqué, avec des protections de mots de passe insuffisants ou de les héberger dans le cadre d'un projet d'externalisation classique chez un prestataire susceptible de défaillir et tomber en faillite.

Adaptée aux juristes, cette problématique revient à rassurer l'entreprise cliente en offrant un contrat clair et transparent et en expliquant les choix pouvant être faits pour la localisation géographique des serveurs

hébergeant les données, la sécurité des données, la réversibilité et la confidentialité.

3/ Quel type de contrat les prestataires présents ont-ils retenu ?

Deux approches nous ont été présentées.

D'une part, l'approche qui consiste à proposer un contrat qui reste adaptable dans le cadre d'une négociation en fonction du contexte et des demandes/craintes des entreprises clientes. Il est à noter qu'en raison des craintes des entreprises clientes quant au modèle du *Cloud Computing*, ces négociations s'avèrent complexes et l'effort de communication important.

D'autre part, une approche moins « classique » avec un contrat standard au contenu évolutif :

- l'objet du contrat n'est ainsi plus déterminé mais déterminable ;
- la nature et le niveau des prestations offertes ne sont pas définis précisément. Le contrat renvoie principalement à des *Services Level Agreements* (SLA) disponibles en ligne et susceptibles d'évoluer à tout moment pour prendre en compte notamment les évolutions technologiques dont peuvent bénéficier les utilisateurs.

Ce type de contrat est de courte durée, au contenu modifiable par des avenants en ligne. L'entreprise cliente reste maîtresse de la décision soit d'accepter l'avenant ou de cesser d'utiliser le service.

Ces contrats sont des contrats d'adhésion.

Au regard des approches contractuelles présentées, la réalité du niveau de négociations possibles entre le prestataire et le client a suscité un débat parmi les participants. La tarification et les limitations de responsabilité du prestataire sont-elles réellement négociables ? De même, les participants se sont interrogés sur le seuil lié au poids financier d'un contrat de *Cloud Computing* à partir duquel une négociation s'opère réellement.

Les deux prestataires témoins ont rappelé les enjeux du modèle économique du *Cloud Computing*, qui pousse à une nécessaire standardisation permettant de traiter la masse des utilisateurs.

4/ A quelle loi le contrat est-il soumis ?

Il s'agit d'une question fondamentale si un transfert de données personnelles est effectué, puisque la réglementation diffère selon les pays de départ et de destination des données. Microsoft soumet ses contrats aux droits irlandais (les serveurs sont basés en Irlande) ou français (droit local).

A l'inverse Google opère une différenciation entre service et contrat : le service est régi par le droit américain car créé par Google Inc. (nous avons compris que les serveurs sont partout dans le monde, sauf en Europe, mais même au pôle Nord), alors que le contrat lui-même est soumis au droit français.

Cette question du droit applicable a suscité beaucoup de discussions, notamment du point de vue de la représentante de la CNIL, et fera sans nul doute l'objet d'autres discussions à l'occasion de la réunion d'atelier qui sera dédiée au traitement des données personnelles dans le Cloud.

5/ Le modèle de *Cloud-Computing* laisse-t-il la place à de la customisation (des développements spécifiques) ?

Le *Cloud Computing* est-il compatible avec les besoins spécifiques exprimés par les entreprises clientes, notamment dans le cadre d'applications métiers ?

Au niveau des services SaaS déployé dans un cloud public : pour certains participants, la réponse est assurément négative. *Cloud Computing* et customisation seraient antinomiques, puisque seule la mutualisation des ressources est à même de faire baisser les prix.

D'autres participants ont considérés que les offres de *Cloud Computing* peuvent être customisables dans une certaine mesure. L'un des enjeux majeurs pour l'avenir serait de parvenir à proposer une offre flexible et évolutive offrant ces facultés de customisation et de réversibilité. En pratique, la customisation ne résiderait en définitive que dans la possibilité d'activer ou de désactiver des options. Une fois testées chez certains clients pilotes, ces options pourront être mises à disposition de l'ensemble des clients, car elles seront déjà disponibles dans le produit standard. A l'inverse, des options initialement offertes peuvent être abandonnées, symbole du caractère évolutif des offres du *Cloud Computing*.

Notre deuxième réunion s'est concentrée sur les offres proposées par Microsoft et Google. Les participants ont cependant estimé que les problématiques juridiques liées aux *Cloud Computing* seront aggravées dans le cadre d'offres de *Cloud Computing* qui se feront en matière d'applications métier. Lors d'une prochaine réunion, l'atelier souhaite faire témoigner des acteurs de ce secteur.

6/ Quelle est la motivation des entreprises clientes lors de la décision de migrer vers une solution *Cloud Computing* ?

Sanofi-Aventis a expliqué que dans le cadre d'un projet d'externalisation de ses systèmes informatiques actuellement en cours, le groupe réfléchit naturellement sur la migration vers une solution de *Cloud Computing*. La motivation étant principalement dictée par des considérations d'optimisation des coûts d'exploitation.

7/ Sur un plan rédactionnel, l'émergence de services de *Cloud Computing* peut-elle également être l'occasion de réviser et d'optimiser les pratiques contractuelles en matière des contrats d'externalisation informatique classiques ?

Une discussion spontanée avec la salle a porté sur la nécessité de simplifier les contrats informatiques en règle générale et d'être davantage pragmatique dans la négociation et la rédaction de ces contrats, de manière à ne pas « polluer » l'exécution de ces contrats avec des considérations inadaptées ou des recours qui ne seraient pas réellement susceptibles d'être mises en œuvre tant dans la mise en œuvre du projet (Ex. niveau injustifié de complexité du SLA) qu'en cas de litige (Ex. les clauses d'audits trop ambitieuses qui ne seront jamais mises en œuvre ?).

8/ En conclusion, discussion avec les participants sur les problématiques juridiques et contractuels qui auraient besoin d'être prioritairement traitées pour créer un cadre contractuel équilibré et favorable à l'adoption des offres de *Cloud Computing* :

Lors de la réunion, nous avons arrêté la liste suivante :

- Protection de données personnelles
- Confidentialité
- Sécurité
- Protection des données (sauvegarde)
- Niveaux de services (« SLA »)
- Interopérabilité
- Réversibilité (changement de prestataire ou défaillance du prestataire)
- Droit applicable et juridiction(s) compétente(s) (Territorialité)
- Prix (éléments déclencheurs d'une facturation et révision)
- Durée des relations contractuelles
- Customisation, développements spécifiques et paramétrage (notamment pour les applications métiers) v. standardisation
- Responsabilité du prestataire
- Propriété intellectuelle
- Sous-traitance et décomposition de la chaîne de valeur classique
- Questions spécifiques liées au *Cloud Computing* dans le cadre de marchés publics

Nous constatons que les problématiques retenues par les participants ne sont pas nouvelles sur le plan juridique. Néanmoins, elles nécessitent une adaptation des acquis issus des contrats informatique classiques au nouveau modèle technologique et économique que constitue le *Cloud Computing*.

Lors de nos prochaines réunions, nous nous efforcerons de traiter chacune de ces problématiques de façon détaillée afin d'aboutir à des recommandations de meilleures pratiques pour l'ensemble des questions juridiques et contractuelles liées au *Cloud Computing*. Cette liste pourra bien évidemment évoluer en fonction de nos débats et des témoignages à venir.

Prochaine réunion de l'Atelier :

Jeudi 2 décembre 2010, de 17h30 à 20h30 à l'Espace Hamelin, 17 rue de l'Amiral Hamelin, 75116 Paris