
Contrats *cloud* : qualification, gestion des données et sortie de la relation

ALEXANDRE JOTTERAND
Avocat, étude id est avocats Sàrl
CIPP/E, CIPM

Table des matières

I. Introduction	2
II. Notions et caractéristiques	4
A. Définition du <i>cloud computing</i>	4
B. Modèles de services <i>cloud</i>	4
C. Modèles de déploiement	5
D. Caractéristiques retenues.....	6
III. La résiliation des contrats <i>cloud</i>	7
A. Introduction.....	7
B. Qualification juridique du contrat <i>cloud</i>	8
C. La résiliation en tout temps sans motif	11
1. Application de l'art. 404 CO ?.....	11
2. Excursus : la résiliation selon les règles du contrat de maintenance et d'outsourcing	12
D. Résiliation des contrats de durée pour justes motifs	13
E. Résiliation pour imprévision (<i>clausula rebus sic stantibus</i>).....	15
F. Résiliation des contrats pour inexécution	16
IV. Les enjeux pratiques et techniques liés à la sortie des contrats <i>cloud</i>	17
A. La continuité des opérations et la réversibilité.....	17
B. Le phénomène du « <i>Vendor Lock-In</i> ».....	18
C. L'accès aux données et leur portabilité.....	19
1. Notions.....	19
2. Le droit d'accès contractuel.....	21
3. Le droit d'accès légal.....	22
a) Introduction	22
b) L'obligation de restitution dans les contrats de service	23
c) Législation sur la protection des données	26
aa) Droit d'accès	26
bb) Droit à la portabilité des données	27

4. Excursus : le projet de règlement européen sur les données (« Data Act »)	29
a) Introduction	29
b) Droit de sortie (« <i>switching right</i> »)	30
V. Conclusion	31
VI. Bibliographie	32
A. Ouvrages et articles	32
B. Documents	33

I. Introduction

L'informatique en nuage, ou « *cloud computing* »¹, a connu ces dernières années un essor fulgurant en raison des nombreux avantages qu'on lui reconnaît. Le *cloud* permet des économies d'investissement importantes, puisqu'il n'est plus nécessaire d'acquérir le matériel et les logiciels nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure informatique. Le principe du paiement à la demande (*pay-as-you-go*) permet de rapidement accroître son utilisation des ressources quand (et uniquement quand) cela devient nécessaire (phase dite de *scaling*). Les craintes liées aux risques en matière de sécurité et, dans une certaine mesure, de conformité légale se sont au demeurant réduites².

Ces arguments ont poussé de nombreuses entreprises et organisations à se tourner vers des solutions *cloud*. Durant le processus d'acquisition, les problématiques juridiques liées à l'exploitation de la solution *cloud* sont en principe dûment analysées (ou devraient l'être) dans le cadre d'une « stratégie *cloud* ». Il est par contre plus rare que les problématiques liées à la sortie de la relation fassent l'objet d'une analyse approfondie. Or, une sortie de la relation *cloud* n'est ni hypothétique ni simple. La sortie d'une relation *cloud* pose en effet toute une série de problèmes, à la fois juridiques et pratiques/techniques. Toute stratégie *cloud* devrait en conséquence prendre en considération les problématiques liées à la sortie de la relation (l'« *exit* »). Sans cela, il peut s'avérer difficile de « corriger le tir » par la suite.

Fondamentalement, un client peut poursuivre deux objectifs dans le cadre de la sortie d'un service *cloud* : changer de prestataire ou réintégrer l'infrastructure à l'interne (ou sur une solution contrôlée par lui). S'agissant de ce second

¹ Par simplification, nous nous référons simplement au « *cloud* » dans cet article pour désigner l'informatique en nuage.

² La validation du *cloud* dans le secteur bancaire est un exemple parlant : cf. ASB, Guide *cloud*.

scénario, il peut paraître contre-intuitif à l'ère du « *cloud first* » d'imaginer un tel retour en arrière. Le recul dont on dispose désormais sur le *cloud* nous offre toutefois une image plus complète du cycle de vie du *cloud* et de son impact sur l'entreprise. Il semblerait ainsi que si le *cloud* tient clairement ses promesses économiques au début du parcours d'une entreprise (phase de croissance), la pression qu'il exerce sur les marges peut commencer à l'emporter sur les avantages à mesure que l'entreprise évolue et que sa croissance ralentit. Cette tendance du *cloud* à être de moins en moins avantageux économiquement sur le long terme a été désignée le « paradoxe du *cloud* »³.

C'est semble-t-il, le motif qui a poussé la société *Dropbox* (qui fournit la solution de stockage en ligne du même nom) à rapatrier en 2016/2017 la majorité des données de ses utilisateurs depuis les serveurs d'*Amazon Web Services* où elles étaient hébergées vers des serveurs contrôlés par *Dropbox*. Ce rapatriement aurait permis à la société d'économiser 75 millions de dollars américains sur deux ans⁴. Au-delà de cet exemple, il est évalué que le rapatriement du *cloud* vers des solutions sur site (ou contrôlées) peut entraîner une réduction représentant d'un tiers à la moitié du coût d'exécution sur le *cloud*⁵. Ainsi, les motifs économiques qui ont poussé l'organisation à se diriger vers le *cloud* pourraient donc bien, à terme, être ceux qui conduisent à décider de le quitter. Une sortie du *cloud* est en tout état de cause moins hypothétique que ce qui pourrait être intuitivement envisagé.

Après avoir introduit les notions et concepts importants du *cloud* en lien avec la présente thématique (*infra* II.), nous nous focaliserons dans cette contribution sur les problématiques liées à la résiliation des contrats *cloud* (*infra* IV.). Pour ce faire, il est tout d'abord nécessaire de s'arrêter sur la qualification juridique du contrat (*infra* III.), puis sur les problématiques liées à l'accès et au portage des données, enjeu fondamental de cette thématique (*infra* IV.C.).

³ WANG/CASADO.

⁴ Le rapatriement représentait 600 pétabits de données clients. Voir WANG/CASADO et <<https://www.geekwire.com/2018/dropbox-saved-almost-75-million-two-years-building-tech-infrastructure/>> (consulté le 20 avril 2022).

⁵ WANG/CASADO.

II. Notions et caractéristiques

A. Définition du *cloud computing*

Conformément à la définition du *US National Institute of Standards and Technology* (NIST)⁶, le *cloud* est un modèle qui permet un accès réseau pratique et sur demande à des ressources informatiques configurables (par exemple le stockage, le traitement, la mémoire, la bande passante du réseau, les machines virtuelles, des applications ou des services) qui sont mises en commun pour nombreux utilisateurs. L'accès à ces ressources est rapide et ne requiert pas d'interaction formelle avec le prestataire de services.

Le *cloud* peut se présenter selon trois modèles de services et quatre modèles de déploiement différents.

B. Modèles de services *cloud*

Les trois modèles « classiques » de services *cloud* sont les suivants :

- *Software as a Service (SaaS)* : dans le cadre du modèle *SaaS* (p. ex. *Zoom*, *Dropbox*, *Office 365*, *Salesforce*), le client a principalement accès à distance aux fonctionnalités d'une application. Cette situation se rapproche de la licence qui est concédée pour l'utilisation d'une application téléchargée sur le poste ou le réseau de l'utilisateur. La suite logicielle de Microsoft peut par exemple être soit téléchargée en local – auquel cas une licence d'utilisation « classique » est accordée (*Office 2021*) – soit utilisée sur le *cloud* (*Office 365*)⁷. Dans le cadre du *SaaS*, le client exploite sa propre infrastructure informatique pour accéder au service, qui est distincte de celle sur laquelle le prestataire fait fonctionner l'application⁸. Le modèle *SaaS*

⁶ Disponible sous : <<https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-145/final>> (consulté le 20 avril 2022).

⁷ En droit américain, une distinction fondamentale est apportée entre le téléchargement de l'application sur le poste de l'utilisateur, qui implique l'octroi d'une licence, de l'accès à distance via un réseau aux fonctionnalités du logiciel, qui ne requiert pas de licence mais un droit d'accès et d'utilisation. Cette distinction nous semble moins pertinente en droit suisse, compte tenu du large cadre des droits exclusifs de l'auteur prévus à l'art. 10 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA), RS 231.1.

⁸ Le prestataire est responsable de l'application et des serveurs, réseaux, systèmes d'exploitation et de la capacité de stockage.

impliquera en règle générale un hébergement des données chez le prestataire de services⁹. Le modèle correspond à ce qui était auparavant appelé ASP (*Application Service Provider*)¹⁰.

- *Platform as a Service (PaaS)* : dans le cadre du modèle *PaaS* (p. ex. *Microsoft Azure App Services, AWS Elastic*), le client déploie sur l'infrastructure *cloud* ses propres applications, dont il assume la responsabilité. Le prestataire reste cependant responsable de l'infrastructure sur laquelle l'application est déployée (réseaux, serveurs, systèmes d'exploitation et stockage). Ce modèle de service est principalement utilisé par des prestataires informatiques qui veulent déployer sur le *cloud* leurs propres applications.
- *Infrastructure as a Service (IaaS)* : dans le modèle *IaaS* (p. ex. *Microsoft Azure, Amazon Web Services, Google Compute Engine*), le prestataire de services fournit la puissance de calcul, l'espace de stockage, les réseaux et d'autres ressources informatiques fondamentales (qui sont, dans le *cloud public*¹¹, partagées entre tous les utilisateurs). Le client exploite par-dessus cette infrastructure ses propres systèmes d'exploitation et applications, dont il assume la responsabilité.

Ces trois modèles ont donné lieu par la suite à la tendance du *XaaS* ou *everything as a service*. Initialement, cette notion désigne toute fonctionnalité qui est fournie à distance (*as a service*) via une infrastructure *cloud*. Sans exhaustivité, citons le *Desktop as a Service (DaaS)*, le *Database as a Service (DBaaS)* ou encore le *Storage as a Service (STaaS)*. Si certains usages sont légitimes, car concrétisant des fonctionnalités nouvelles, d'autres ont une portée uniquement marketing et non juridique, parfois complètement déconnectée de l'informatique en nuage. Ainsi, le *Hardware as a Service* sera en principe une simple location de matériel.

L'univers du *XaaS* est ainsi infini et peut recouvrir des concepts très différents. Nous nous limiterons dans cette contribution aux trois modèles de service *cloud* classiques décrits ci-avant. S'agissant des autres modèles de services, une analyse au cas par cas sera nécessaire.

C. Modèles de déploiement

Conformément à sa définition classique, le *cloud* peut être déployé de différentes manières. Le modèle de déploiement « standard » du *cloud* est le **cloud public**, dans le cadre duquel un prestataire met à disposition d'un grand

⁹ Pour le détail, voir ANCELLE/FERDJANI, p. 139.

¹⁰ DE WERRA, Contrats, p. 114 ; JACCARD/ROBERT, p. 101-102.

¹¹ *Infra* II.C.

nombre de clients une infrastructure *cloud*. *Microsoft*, *Google* et *Amazon* offrent tous trois des *cloud* publics.

Par opposition, une organisation peut elle-même exploiter (ou faire exploiter) sa propre infrastructure *cloud* au moyen d'un **cloud privé**. Il existe ainsi des différences majeures entre le *cloud* public et privé. En particulier, à la différence du *cloud* privé, le *cloud* public implique de confier certaines activités à un prestataire externe ; il s'agit donc d'une forme d'*outsourcing*¹².

Enfin, il existe des modèles de **cloud hybrides**, mélangeant *cloud* privé et public¹³. Le *cloud* hybride permet de rechercher les avantages respectifs des autres modèles, par exemple en conservant ses données ou activités sensibles sur un *cloud* privé, tout en bénéficiant de l'élasticité du *cloud* public pour ses autres activités.

La notion de *cloud* hybride doit être distinguée de celle de **multicloud**, qui fait référence au choix de recourir aux services de différents prestataires *cloud* au lieu d'un seul. Le *multicloud* permet notamment de limiter le risque de « *vendor lock-in* » qui sera discuté ci-après¹⁴.

D. Caractéristiques retenues

Il ressort des explications ci-avant que la notion de « contrat *cloud* » regroupe en réalité différents modèles de services et de déploiement, qui peuvent couvrir une large variété de prestations.

Nous relevons toutefois les caractéristiques suivantes :

- Caractéristique 1 : tous les contrats *cloud* impliquent l'accès à distance à une infrastructure informatique, en particulier à des applications, des serveurs, de la puissance de calcul et des espaces d'hébergement. Cette infrastructure n'est pas en tant que telle *mise à disposition* du client, car le prestataire en conserve la maîtrise et la possession exclusive. Le prestataire met à disposition ses fonctionnalités (notamment la capacité de traiter et stocker l'information), sous une forme gérée et modulable. L'élément fondamental est ainsi moins la location de machines et d'espaces de stockage, que la responsabilité de leur gestion sûre et efficiente¹⁵.

¹² Cf. *infra* II.D, caractéristique 2.

¹³ À noter que d'autres modèles peuvent exister, p. ex. le *cloud* communautaire.

¹⁴ *Infra* IV.B.

¹⁵ Le client qui recherche uniquement à stocker des données pourra faire l'acquisition à moindre coût d'un espace de stockage. Ce qu'il recherche en optant pour le *cloud* est un service (complexe) qui comprend le stockage des données, l'accessibilité des données, ainsi que la gestion flexible et sûre de la fonctionnalité.

- Caractéristique 2 : le client va *externaliser* la gestion et le contrôle de cette infrastructure à un tiers. Le *cloud* est ainsi une forme d'*outsourcing*¹⁶.
- Caractéristique 3 : les fonctionnalités qui sont mises à disposition comprendront non seulement du matériel (puissance de calcul et espace de stockage), mais également le droit d'accès et d'utilisation des fonctionnalités de logiciels informatiques (licence)¹⁷. Schématiquement, l'on peut retenir que cette composante de licence sera en règle générale prépondérante dans le modèle *SaaS* et plus secondaire dans les modèles *PaaS* et *IaaS*. Une analyse au cas par cas sera toutefois nécessaire.
- Caractéristique 4 : le prestataire fournira toute une série de services. Certains services feront partie intégrante de la prestation principale (caractéristique 1), comme la maintenance de l'infrastructure et son raccord aux réseaux internet et électrique. D'autres services pourront être fournis de manière plus indépendante, comme le support (*helpdesk*), la migration de données, l'implémentation, la configuration, ou des formations, *etc.*
- Caractéristique 5 : les contrats *cloud* seront en principe conclus pour une certaine durée, qui peut être déterminée ou indéterminée. Suivant les circonstances, cette durée aura un intérêt pour les deux parties. Le client aura en effet intérêt à s'assurer que le prestataire ne puisse pas résilier du jour au lendemain le contrat¹⁸.
- Caractéristique 6 : la confiance entre les parties jouera un rôle plus ou moins important en fonction des circonstances. Le client externalisera en effet potentiellement la gestion de données sensibles (au sens large du terme) et/ou des fonctions importantes pour son activité, ce qui implique une certaine confiance du client envers son prestataire.
- Caractéristique 7 : les contrats *cloud* peuvent faire l'objet d'accord de niveaux de services (SLA) pour mesurer la conformité du prestataire avec ses obligations¹⁹.

III. La résiliation des contrats *cloud*

A. Introduction

Un contrat peut toujours être résilié conformément aux règles qui y sont stipulées (résiliation conventionnelle des contrats). Cet aspect ne pose

¹⁶ ANCELLE/FERDJANI, p. 140. Sauf en cas de modèle de *cloud* purement privé (*Supra* II.C).

¹⁷ Plus spécifiquement, il s'agit généralement dans le modèle *SaaS* de la mise à disposition des fonctionnalités du logiciel, auxquelles l'utilisateur accède à distance.

¹⁸ *Infra* IV.A.

¹⁹ Sur les contrats SLA, voir : DE WERRA, Contrats ; GILLIÉRON.

guère de problème. L'on relèvera uniquement que le contrat peut prévoir une courte durée de résiliation (p. ex. 30 jours, voire en tout temps sans préavis) ou au contraire un long délai de résiliation (une ou plusieurs années), ou encore une durée initiale du contrat durant laquelle le contrat ne peut pas être résilié²⁰.

Lorsque le délai de résiliation contractuel est long, il devient utile de rechercher s'il est possible de mettre fin de manière anticipée au contrat en raison d'un motif juridique impératif. Ces motifs juridiques dépendront en partie de la nature du contrat et de sa qualification juridique, qu'il est donc nécessaire de rechercher. Les contrats pourront toutefois souvent être résiliés pour des motifs juridiques indépendants du rattachement du contrat à un contrat nommé, raison pour laquelle les tribunaux renoncent parfois à sa qualification précise²¹.

B. Qualification juridique du contrat *cloud*

Les contrats *cloud* entrent dans la catégorie plus générale des *contrats informatiques*. Ce terme fait toutefois référence à la technologie sous-tendant ce type de convention et peut s'appliquer à des relations juridiques très variées. La qualification juridique d'un contrat informatique dépendra donc des circonstances particulières de chaque cas et une classification *in abstracto* n'est pas possible²².

Il ressort de la jurisprudence topique que les contrats portant sur des prestations informatiques sont le plus souvent qualifiés de contrats innommés²³ et plus spécifiquement de contrats mixtes (*gemischten Verträge*) lorsqu'ils combinent plusieurs contrats nommés, respectivement de contrats *sui generis* (*Verträge eigener Art*) lorsqu'ils prévoient des prestations qui n'existent pas dans la législation²⁴.

Il n'existe à notre connaissance pas de décision portant spécifiquement sur la qualification et le régime de résiliation de contrats *cloud*. Les tribunaux se sont par contre prononcés sur des thématiques qui s'en rapprochent :

- Le contrat intitulé « Hébergement Infogéré » ayant pour objet la mise à disposition de logiciels (par l'intermédiaire de licences *Microsoft*) dans un serveur virtuel, la mise à disposition d'une infrastructure matérielle et la mise à disposition d'un espace de stockage a été qualifié en première instance

²⁰ Selon l'expérience de l'auteur, la durée des contrats *cloud* a plutôt tendance à se raccourcir.

²¹ Notamment : TF, arrêts 4A_573/2020 et 4A_575/2020 du 11 octobre 2021, c. 4.2.

²² ATF 124 III 456 c. 4, JdT 2000 I 172.

²³ Cf. les références citées ci-après et HEUSLER/MATHYS, p. 254-255.

²⁴ JACCARD/ROBERT, p. 98.

de contrat de licence²⁵. En appel, le Tribunal cantonal vaudois semble considérer que bien que la première prestation remplisse les caractéristiques du contrat de licence, les deux autres impliquent plutôt une mise à disposition de serveurs et d'un espace de stockage, qui se rapprochent des prestations caractéristiques du bail²⁶. Le Tribunal laisse toutefois la question de la qualification du contrat ouverte, la résiliation devant de toute manière être appréciée selon les règles des art. 97 ss CO²⁷.

- Le contrat ayant pour objet l'installation, l'utilisation et la maintenance d'un système de divertissement pour un hôtel a été qualifié de contrat mixte réunissant les traits d'un *contrat de bail* (vu la cession de l'usage d'un important matériel sujet à restitution, moyennant paiement d'un forfait mensuel), d'un *contrat de licence* (eu égard à la remise sous licence de logiciels spécifiques), d'un *contrat d'entreprise* (impliquant l'installation du système dans les locaux de la cliente) et, enfin, d'un *contrat de maintenance sui generis* (réglementant l'assistance à fournir durant toute la durée du contrat)²⁸.
- Un contrat portant sur la mise à disposition d'un espace physique de stockage (armoires informatiques) alimenté par courant électrique et muni d'une connexion VPN, permettant ainsi au client d'y stocker ses propres serveurs et d'accéder à distance aux données hébergées sur ceux-ci, a été qualifié de *contrat mixte* réunissant les traits d'un *contrat de dépôt* s'agissant de la mise à disposition de l'espace physique et d'un *contrat d'entreprise de durée* (contrat innommé) pour ce qui concerne la connectivité fournie. Selon la Cour de justice de Genève, la prestation principale ne relève en effet ni du contrat de bail « *compte tenu du fait qu'elle n'impliquait pas un transfert de possession, qui constitue un élément essentiel de ce type de contrat* », ni d'un contrat de mandat, en l'absence de relation de confiance particulière entre les parties²⁹.
- Le contrat portant sur la livraison d'un système informatique composé de matériel et de logiciel doit être soumis aux règles du contrat de vente lorsque les prestations du prestataire ne comprennent ni l'élaboration de projets pour l'ensemble du système ni le développement des applications³⁰. Les règles du contrat d'entreprise sont par contre applicables lorsque la

²⁵ Le jugement de première instance est résumé dans la partie « en fait » de TC/VD, arrêt HC/2018/1159 du 21 décembre 2018.

²⁶ TC/VD, arrêt HC/2018/1159 du 21 décembre 2018, c. 4.3.

²⁷ Sur ce sujet, cf. *infra* III.F.

²⁸ TF, arrêts 4A_573/2020 et 4A_575/2020 du 11 octobre 2021 (voir également CJ/GE, arrêt ACJC/1256/2020 du 1^{er} septembre 2020, c. 2.3).

²⁹ CJ/GE, arrêt ACJC/1083/2020 du 14 juillet 2020, c. 2.2.

³⁰ ATF 124 III 456 c. 4, JdT 2000 I 172.

livraison comporte d'importantes adaptations et individualisations du logiciel³¹.

- Dans un cas concernant la conception et l'élaboration d'une plateforme informatique, la Cour civile du canton du Jura a renoncé à trancher entre la qualification de contrat d'entreprise ou de contrat de mandat, relevant que l'obligation de résultat était un indice fort de rapprochement avec le contrat d'entreprise, mais notant au passage que la rémunération sous forme de tarif horaire était également un indice fort de rapprochement avec le mandat³².

Ces jurisprudences donnent des pistes concernant la qualification des contrats *cloud*, mais pas des règles. Sur cette base, et conformément aux sept caractéristiques retenues ci-avant³³, l'on retiendra que les contrats relatifs au *cloud* seront le plus souvent qualifiés de *contrats mixtes de durée*, qui contiendront, selon les circonstances concrètes du cas d'espèce : (i) des éléments du contrat de licence (droit d'utilisation des fonctionnalités d'un logiciel), (ii) du contrat d'entreprise³⁴ (en cas de prestation de projet avec obligations de résultat), du contrat de maintenance³⁵, et du mandat (notamment pour les prestations de conseil et autres services sans obligation de résultat). Un rapprochement avec le contrat de bail (ou le bail à ferme) devra s'apprécier avec extrême réserve, du fait que le contrat de bail se caractérise par le transfert de possession d'une chose ; or, si l'informatique en nuage implique fondamentalement dans la chaîne de valeur du service l'utilisation de serveurs physiques, il n'y aura pas de transfert de la possession de ceux-ci³⁶.

Lorsqu'on se trouve confronté à un contrat mixte, il n'est généralement pas possible d'en dégager un contrat type aux éléments spécifiques clairs, ni de dire une fois pour toutes à quelles normes légales il doit être soumis. Il faut au contraire déterminer pour chaque question litigieuse quelles règles légales appliquer, selon le « centre de gravité des relations contractuelles »³⁷.

³¹ TF, arrêt 4C.393/2006 du 27 avril 2007 c. 3.1.

³² TC/JU, arrêt CC/97/2015 du 7 janvier 2016, c. 4.1.

³³ *Supra* II.D.

³⁴ Plus spécifiquement, un contrat d'entreprise de durée (*sui generis*).

³⁵ *Infra* III.C.2.

³⁶ Voir la caractéristique 2 (*Supra* II.D) ; arrêt précité ACJC/1083/2020, c. 2.2 ; JACCARD/ROBERT, p. 101-102 ; *contra* : MÉTILLE, p. 620, selon qui le contrat portant sur l'hébergement des données informatiques contre rémunération se rapproche *a priori* du contrat de bail à loyer, ou plus vraisemblablement du contrat de bail à ferme.

³⁷ ATF 131 III 528, c. 7.1.1.

C. La résiliation en tout temps sans motif

1. Application de l'art. 404 CO ?

La loi autorise dans certains cas les cocontractants à mettre un terme au contrat sans motif, le plus souvent sans délai et sans devoir indemniser le cocontractant pour le dommage qui pourrait en résulter. On parle d'un « droit » de résilier le contrat. Ce droit existe notamment dans le contrat de mandat, pour autant que la résiliation n'intervienne pas en temps inopportun (art. 404 CO).

Le Tribunal fédéral maintient jusqu'à présent que la règle de l'art. 404 CO est de droit impératif³⁸. La règle permet donc à chaque partie de résilier unilatéralement le contrat sans délai – cela même si les parties ont convenu d'une durée – sans motif et sans avoir à indemniser l'autre partie. Cette jurisprudence est d'autant plus importante que la loi confère au contrat de mandat un caractère supplétif : ainsi, « *les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats* » (art. 394 al. 2 CO).

Comme exposé ci-avant, les contrats *cloud* seront le plus généralement qualifiés de contrats mixtes, remplissant les caractéristiques de plusieurs contrats nommés (mandat, entreprise) ou *sui generis* (licence, maintenance). Sur le principe, une résiliation conformément aux règles de l'art. 404 CO est envisageable si le centre de gravité du contrat se rapproche du mandat. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs retenu que l'art. 404 CO peut également s'appliquer de manière impérative aux contrats de service mixtes si les règles sur le mandat semblent appropriées compte tenu de l'engagement des parties dans le temps³⁹. L'application des règles du mandat (en lien ici avec la question de la résiliation) présuppose toutefois une relation de confiance tellement intense entre les parties qu'il serait déraisonnable de maintenir le contrat lorsque la confiance fait défaut⁴⁰.

La règle de l'art. 404 CO ne s'appliquera en revanche pas aux contrats d'entreprise de durée, contrats *sui generis* et non mixtes⁴¹. La qualification du contrat d'entreprise de durée s'imposera notamment si le lien de confiance entre les parties se rapproche du lien de confiance normal entre les parties d'un contrat

³⁸ Cette jurisprudence est critiquée. Il n'est donc pas impossible que le Tribunal fédéral saisisse l'opportunité d'une prochaine affaire qui lui serait soumise pour renverser sa jurisprudence. Pour une analyse détaillée de la position du Tribunal fédéral sur l'art. 404 CO et des controverses à ce sujet, voir CARRON, p. 225.

³⁹ TF, arrêt 4A_141/2011 du 6 juillet 2011, c. 2.2. Ce critère fait écho aux caractéristiques 5 et 6 que nous avons retenues (*Supra* II.D).

⁴⁰ TF, arrêt 4A_146/2016 du 18 juillet 2016, c. 4.4.

⁴¹ ATF 120 V 299, c. 4b).

d'entreprise classique⁴². La règle de l'art. 404 CO ne s'appliquera pas non plus à notre avis aux relations *cloud* dont le centre de gravité se rapproche du contrat de licence⁴³.

Il ressort de la casuistique ci-avant⁴⁴ que les tribunaux ont généralement tendance à exclure l'application de l'art. 404 CO aux contrats informatiques, niant l'existence un rapport de confiance particulier. Tout contrat *cloud* implique toutefois une certaine confiance du client en son prestataire, dont l'importance dépendra fortement des circonstances⁴⁵. L'application de l'art. 404 CO devra donc être analysée au cas par cas, et ne saurait être d'emblée exclue.

2. *Excursus : la résiliation selon les règles du contrat de maintenance et d'outsourcing*

Les contrats *cloud* comprendront souvent des prestations qui se rapprochent du contrat de maintenance et du contrat d'*outsourcing*⁴⁶. Ces deux contrats ayant fait l'objet de développements jurisprudentiels et doctrinaux, il convient d'en rappeler certains principes.

Le contrat de maintenance (ou d'entretien) désigne le contrat par lequel une partie s'engage à l'égard d'une autre, contre rémunération, à contrôler un objet et à le maintenir en état de fonctionner⁴⁷. Dans la mesure où l'obligation d'exécuter l'ouvrage (la maintenance) ne s'éteint pas lorsqu'elle est accomplie, mais subsiste jusqu'à l'échéance du contrat, il s'agit d'un contrat d'entreprise ayant une durée indéterminée, qui est pour ce motif qualifié de contrat innommé *sui generis*⁴⁸. Un tel contrat ne peut en principe être résilié ni selon l'art. 377 CO ni selon l'art. 404 CO⁴⁹. Dans un arrêt récent, la Cour de justice du canton de Genève a rattaché au contrat de maintenance les prestations d'un *contrat forfaitaire de prestations informatiques* qui portaient notamment sur l'accès 24/7 à un *Service Desk*, le *monitoring* 24/7 des serveurs et des équipements de sécurité, l'assistance pour la maintenance et le dépannage des contrôles à distance et des interventions sur site, ainsi que la garantie de bon fonctionnement de bases de données⁵⁰.

⁴² Arrêt précité 4A_146/2016, c. 4.4.

⁴³ Voir la caractéristique 3 (*Supra* II.D).

⁴⁴ *Supra* III.B.

⁴⁵ Voir la caractéristique 6 (*Supra* II.D).

⁴⁶ Voir les caractéristiques 2 et 4 (*Supra* II.D).

⁴⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, N 3549.

⁴⁸ ATF 130 III 458, c. 4 ; CJ/GE, arrêt ACJC/585/2018 du 24 avril 2018, c. 4.1.

⁴⁹ TF, arrêt 4C.139/2005 du 29 mars 2006, c. 2.2 ; arrêt précité ACJC/1256/2020, c. 2.1.5.

⁵⁰ Arrêt précité ACJC/585/2018, c. 4.1.

L'*outsourcing* informatique – qui est une des caractéristiques du *cloud*⁵¹ – consiste à confier la gestion de l'entier ou de portions du système d'information d'une entreprise à un prestataire externe. Le contrat d'*outsourcing* informatique conclu de manière durable pour des prestations récurrentes est qualifié de contrat mixte pouvant contenir des éléments du contrat de vente, du contrat d'entreprise, du mandat ou du contrat de bail (avec réserve selon nous sur ce dernier point)⁵². Les règles sur la résiliation de ce type de contrats se rapprochent typiquement du contrat de maintenance, excluant en principe (comme de manière générale tous les contrats d'entreprise de durée)⁵³ une résiliation selon la règle de l'art. 404 CO. Une solution opposée n'est par principe toutefois pas exclue en cas de rapport de confiance particulier⁵⁴.

D. Résiliation des contrats de durée pour justes motifs

En dépit de l'absence de disposition générale sur la résiliation des contrats de durée dans le Code des obligations, le Tribunal fédéral a reconnu un droit de résiliation pour justes motifs, applicable à l'ensemble des contrats de durée, y compris aux contrats informatiques⁵⁵. Ce droit permet de se départir du contrat avant le terme prévu par le contrat. Il n'est pas possible de le supprimer, ni de le restreindre contractuellement. Les parties peuvent toutefois l'étendre à des circonstances qui ne constituent pas des justes motifs au sens de la loi⁵⁶.

La résiliation pour justes motifs déroge au principe de la fidélité contractuelle. Elle n'est dès lors admise que de manière restrictive. Dans l'appréciation des conditions de la résiliation, le juge tient compte généralement des principes de proportionnalité et de subsidiarité⁵⁷.

Le droit de résiliation des contrats de durée pour justes motifs nécessite la réalisation de deux conditions : (i) être en présence d'un *contrat de durée*, et (ii) disposer d'un *juste motif* de résiliation.

Le contrat de durée est un contrat dont la prestation caractéristique est durable⁵⁸, ce qui est le cas lorsque son étendue est fonction de la période durant laquelle

⁵¹ Voir la caractéristique 2 (*Supra* II.D).

⁵² MORSCHER, p. 86-87. Ce point est toutefois controversé, certains auteurs estimant qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* (voir SCHMID, N 103 ss).

⁵³ Cf. *Supra* III.C.1.

⁵⁴ Arrêt précité 4A_146/2016, c. 4.4.

⁵⁵ Arrêts précités 4A_573/2020, 4A_575/2020, c. 6.1 ; arrêt précité ACJC/1256/2020, c. 3.1.1 ; SCHMID, N 863 ; WERRO, p. 672.

⁵⁶ VENTURI-ZEN-RUFFINEN (SJ), p. 2-3.

⁵⁷ VENTURI-ZEN-RUFFINEN (SJ), p. 3.

⁵⁸ VENTURI-ZEN-RUFFINEN (SJ), p. 8.

elle doit être fournie (et non pas de sa nature)⁵⁹. Conformément à la « caractéristique 5 » retenue ci-avant (*supra* II.D), les contrats *cloud* seront en principe qualifiables de contrats de durée⁶⁰.

La résiliation ne peut intervenir qu'en raison de circonstances faisant que la continuation des rapports contractuels ne peut plus raisonnablement être exigée au regard du principe de la bonne foi⁶¹. Selon la conception actuelle, c'est la protection de la personnalité au sens de l'art. 27 CC (d'un individu ou d'une entreprise) qui joue un rôle de premier plan dans la question de la résiliation anticipée pour justes motifs des contrats de durée : la partie intéressée doit pouvoir se libérer de ses obligations parce que la continuation de la relation contractuelle constituerait une restriction excessive aux droits de sa personnalité.

Le juste motif doit relever d'un changement de circonstances depuis la conclusion du contrat et être qualifiable de *grave*, tant d'un point de vue objectif que subjectif⁶² :

- La gravité objective est appréciée conformément aux règles de la bonne foi, de sorte que le motif sera objectivement grave si on peut attendre d'un tiers raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, qu'il résilie le contrat⁶³. Quelques critères permettent d'apprécier la gravité objective, notamment la durée déjà écoulée du contrat ou l'existence d'un rapport de confiance particulier⁶⁴. Une faute du destinataire de la résiliation sera prise en compte, mais n'est pas en soi exigée. À titre d'exemple, la Cour de justice de Genève a récemment reconnu le défaut de sauvegarde de serveurs, impliquant un risque important de perte de données, comme un motif grave fondant la résiliation pour justes motifs⁶⁵.
- La gravité subjective implique que le motif invoqué soit effectivement insupportable du point de vue de la partie qui s'en prévaut. Le fait de tarder à résilier un contrat ou le fait de manifester sa volonté de poursuivre la relation contractuelle moyennant une modification de ses termes, sont des indices permettant de conclure au défaut de gravité subjective⁶⁶. En effet, dans ces situations, il est souvent considéré que la partie concernée ne peut plus se prévaloir du caractère insupportable de la continuation du contrat⁶⁷.

⁵⁹ VENTURI-ZEN-RUFFINEN (thèse), p. 7.

⁶⁰ La doctrine qualifie en général le contrat d'*outsourcing*/infogérance de contrat de durée, pour des motifs qui sont assimilables au contrat *cloud* (SCHMID, p. 24-53, N 96).

⁶¹ CHERPILLOD, p. 97.

⁶² VENTURI-ZEN-RUFFINEN (SJ), p. 12.

⁶³ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁵ CJ/GE, arrêt ACJC/359/2018 du 20 mars 2018, c. 3.2.1.

⁶⁶ VENTURI-ZEN-RUFFINEN (SJ), p. 20.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 21.

Dans une affaire récente, les tribunaux ont retenu qu'une résiliation pour juste motif d'un contrat portant sur des prestations de maintenance informatique n'était pas fondée, au motif notamment que le client avait toléré pendant une durée prolongée les défauts qu'il a par la suite invoqués pour justifier sa résiliation⁶⁸. Cet exemple démontre la difficulté que rencontrent souvent les clients qui, après avoir cherché à « sauver les meubles » pendant une période prolongée en maintenant la relation, se retrouvent dans une position défavorable au moment de la résiliation. Il ne faut pas oublier que la sortie d'un contrat *cloud* est compliquée, et que le client peut se trouver en partie bloqué (*locked-in*) chez un prestataire⁶⁹. Dans de telles circonstances, la résiliation du contrat est envisagée par le client comme *ultima ratio*, qu'il va chercher à éviter par tous les moyens. La gravité subjective peut alors à notre avis découler du fait que tous les moyens alternatifs ont été épuisés.

En résumé, une résiliation des contrats *cloud* pour juste motif est sur le principe ouverte, à condition de pouvoir démontrer l'existence d'un juste motif objectivement et subjectivement grave qui découle d'un changement de circonstances. Ces critères devront être appliqués à l'aune du cas d'espèce. La partie qui souhaite se réserver la possibilité de résilier le contrat sur ce motif devra prendre garde à ne pas donner l'impression qu'elle tolère la situation, faute de quoi elle risque d'être forclose dans son droit.

E. Résiliation pour imprévision (*clausula rebus sic stantibus*)

La théorie de l'imprévision, ou *clausula rebus sic stantibus*, permet à la partie qui s'en prévaut de se dégager partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances, ayant pour effet de créer une disproportion si grave entre sa prestation et la contre-prestation de l'autre partie que le maintien du contrat se révélerait abusif⁷⁰.

Les deux conditions suivantes doivent être réalisées :

- Une modification inévitable et imprévisible des circonstances. Le principe *clausula rebus sic stantibus* est seulement applicable si des événements nouveaux et extraordinaires sont survenus, qui n'existaient pas au moment où les parties ont conclu leur accord et ce sans intervention de la partie qui s'en prévaut⁷¹. Afin d'apprécier la prévisibilité de ces événements, il

⁶⁸ Arrêt précité ACJC/1256/2020, c. 3.3.

⁶⁹ *Infra* IV.B.

⁷⁰ GABELLON, p. 215.

⁷¹ *Ibid.*, p. 220.

convient de déterminer si un contractant averti et diligent aurait raisonnablement pu les anticiper, d'après l'expérience générale de la vie et le cours ordinaire des choses⁷².

- Un déséquilibre excessif entre les parties. Il doit résulter de la survenance de ces événements un déséquilibre excessif entre les prestations des parties (disproportion évidente entre l'exécution de la prestation par le débiteur et l'utilité de la contre-prestation reçue)⁷³.

Enfin, l'équilibre doit être rompu au point que l'exécution de sa prestation par la partie qui l'invoque ne peut plus être exigée, en vertu du principe de la bonne foi dans les affaires⁷⁴.

Pour autant que les conditions soient remplies, une résiliation d'un contrat *cloud* pour imprévision sera ainsi possible.

F. Résiliation des contrats pour inexécution

Les contrats *cloud* peuvent enfin être résiliés pour inexécution en vertu des articles 107 al. 2 et 109 CO lorsque le débiteur de la prestation ne s'exécute pas ou s'exécute de manière insatisfaisante (demeure qualifiée)⁷⁵.

La demeure qualifiée exige avant toute chose une inexécution du contrat. Cette inexécution n'a pas besoin d'être « grave », contrairement à ce qui vaut pour la résiliation pour justes motifs⁷⁶. Il faut néanmoins que l'inexécution soit continue et que le cocontractant ait octroyé un délai d'exécution supplémentaire. Selon l'art. 108 CO, la fixation d'un délai supplémentaire n'est toutefois pas nécessaire lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet (ch. 1), lorsque, par suite de la demeure du débiteur, l'exécution de l'obligation est devenue sans utilité pour le créancier (ch. 2) ou lorsque le contrat prévoit que l'exécution doit avoir lieu exactement à un terme fixé ou dans un délai déterminé.

Il conviendra de prendre en compte dans ce cadre les règles que les parties auront éventuellement définies dans des accords de services (SLA), qui ont pour fonction de permettre aux parties de déterminer et mesurer la qualité des services fournis. Les SLA peuvent couvrir différentes prestations, comme la disponibilité du service, la fréquence des sauvegardes ou la résolution des problèmes affectant les services⁷⁷. Ces SLA pourront notamment prévoir le

⁷² *Ibid.*, p. 221.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Pour un cas d'application, voir arrêt précité HC/2018/1159, c. 5.1.

⁷⁶ *Supra* III.C.

⁷⁷ GILLIÉRON.

niveau de défaillance (ou sa fréquence) à partir duquel une résiliation « pour justes motifs » est autorisée. À titre d'exemple, un contrat *SaaS* pourra stipuler que le client est en droit de se départir du contrat pour « *material breach* » (violation grave) si les niveaux de disponibilité du service sont en deçà des niveaux fixés pendant trois mois d'affilés, ou pendant quatre mois sur une période de 6 mois.

La demeure qualifiée n'exclut pas le droit de résilier un contrat de durée pour justes motifs. Les deux voies sont alternatives : lorsqu'une partie viole le contrat et que la violation est suffisamment grave pour constituer un juste motif de résiliation, le créancier peut soit résilier le contrat pour justes motifs, soit exercer les droits tirés de la demeure qualifiée⁷⁸.

IV. Les enjeux pratiques et techniques liés à la sortie des contrats *cloud*

A. La continuité des opérations et la réversibilité

Comme toutes les prestations d'*outsourcing*, le recours à des services dans le *cloud* fait porter un risque sur la continuité des opérations de l'organisation dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat par le prestataire⁷⁹. Ainsi, la possibilité ménagée contractuellement pour le prestataire de résilier le contrat ou de cesser de fournir ses services est susceptible d'entraîner de graves conséquences pour le client, selon la criticité du service fourni. Le client doit tenir compte de ce risque dans le cadre de sa stratégie *cloud* et prendre les mesures appropriées compte tenu de l'ensemble des circonstances.

La réputation et la confiance que l'on place dans le prestataire seront souvent déterminantes. En l'absence de ces éléments, le client devra s'assurer de pouvoir facilement transitionner vers les services d'un nouveau prestataire (ou les assumer à l'interne). Or, comme nous l'évoquerons ci-après, une telle transition peut en pratique être complexe pour de nombreuses raisons. Celles-ci touchent notamment à l'accès et au caractère portable des données⁸⁰. Il faut également prendre en compte le temps nécessaire à la transition vers un nouveau prestataire, qui impliquera souvent un processus de négociation contractuelle plus ou moins complexe, voire une procédure d'appel d'offres obligatoires pour les organisations qui y sont soumises. Dans ces circonstances, il est le plus souvent illusoire de pouvoir transitionner du jour au lendemain

⁷⁸ VENTURI-ZEN-RUFFINEN (SJ), p. 8.

⁷⁹ Le même risque surgit en cas de cessation du service, ou si les services ne correspondent pas aux attentes minimales du client.

⁸⁰ *Infra* IV.C.

d'un service à un autre. La situation est toutefois quelque peu plus simple lorsque l'organisation utilise déjà (dans une moindre mesure) les services du second fournisseur vers lequel elle souhaite déplacer ses charges de travail⁸¹.

C'est dans ce contexte que les *clauses de réversibilité* prennent toute leur importance. Celles-ci sont relativement usuelles dans les contrats informatiques, notamment les contrats d'*outsourcing*⁸² et visent à permettre une réinternalisation du service par l'organisation ou une reprise par un tiers. Suivant ce qui est stipulé dans le contrat, la réversibilité peut s'appliquer en cas de résiliation ordinaire du contrat, ou alors en cas de résiliation extraordinaire⁸³. La portée de la clause dépendra des circonstances mais peut couvrir les éléments suivants :

- la continuation des services et la prolongation des droits d'utilisation (licence) pendant une période de transition ;
- la mise à disposition pendant cette période, de manière payante ou gratuite, de certaines informations ou accès ;
- la conservation des données afin de permettre leur récupération, et
- des services spécifiques d'assistance, p. ex. pour la transformation et/ou la migration des données.

Si les parties n'ont pas prévu de clause de réversibilité, ou si celle-ci est lacunaire, des questions complexes d'interprétation du contrat se poseront afin de déterminer si le prestataire est tenu à certaines prestations, et si oui, à quelles conditions.

B. Le phénomène du « *Vendor Lock-In* »

On parle du phénomène de « *vendor lock-in* » pour décrire la dépendance technologique des clients face à leur prestataire de services *cloud* : confrontés à la complexité pratique (et au coût) que représenterait un changement de prestataire informatique, les clients se retrouvent verrouillés (*locked-in*) chez un prestataire⁸⁴. Ceci est généralement causé par l'absence d'interopérabilité entre les différents prestataires *cloud*. À titre d'exemple, les applications développées pour une plateforme *IaaS* ou *PaaS* ne seront potentiellement pas

⁸¹ C'est justement l'un des aspects des stratégies mutlicloud, cf. *Supra* II.C. La notion de « charge de travail », de l'anglais « *workload* » fait référence à la quantité de traitement que l'infrastructure informatique doit effectuer à un moment donné.

⁸² ANCELLE/FERDJANI, p. 156 ; MÉTILLE, p. 620. Il s'agit d'une exigence réglementaire dans le domaine bancaire : cf. FINMA, Circulaire 2018/3, § 18.1 qui impose de garantir la « réintégration ordonnée de la fonction externalisée ».

⁸³ Pour les différents motifs de résiliation, cf. *Supra* III.

⁸⁴ ANCELLE/FERDJANI, p. 155 ; OPARA-MARTINS/SAHANDI/TIAN, p. 2.

compatibles avec la technologie d'un concurrent, impliquant d'importantes modifications en cas de transition.

Le phénomène du *vendor lock-in* peut également restreindre la capacité du client à récupérer ses données, respectivement à les « porter » d'un service à un autre : en effet, si les données ne sont disponibles que dans un format incompatible avec le nouveau service, elles seront *de facto* inexploitable. Il en va de même si les données sont incomplètes, car fournies sans celles nécessaires à leur exploitation (comme le paramétrage ou les métadonnées).

Concrètement, cela signifie que le droit de résilier le contrat (sur une base contractuelle ou légale) ne sera que d'une maigre utilité au client qui techniquement ne peut pas récupérer les données dont il a besoin dans un format exploitable pour lui⁸⁵.

C. L'accès aux données et leur portabilité

1. Notions

La notion de donnée (tout comme celle d'information) est complexe. Sans rentrer dans des considérations qui dépasseraient le cadre de cette contribution, l'on retiendra que le terme « donnée numérique » regroupe toute information enregistrée dans un format lisible par une machine et capable d'un traitement automatisé⁸⁶. Conformément à cette définition, la donnée numérique est composée tout d'abord d'un niveau syntaxique, c'est-à-dire de l'expression de l'information en langage informatique (une suite de « 0 » et de « 1 »⁸⁷). La donnée numérique aura également souvent (mais pas nécessairement) un niveau sémantique, qui se rapporte à la signification de l'information⁸⁸. Une donnée numérique peut fournir des informations sur une donnée numérique (par exemple son format, son auteur, quand elle a été créée, par qui, *etc.*) : c'est ce que l'on nomme les métadonnées. Ces métadonnées seront souvent intégrées dans le niveau syntaxique de la donnée à laquelle elles se rapportent pour former un tout.

⁸⁵ ANCELLE/FERDJANI, p. 155.

⁸⁶ ALI-ELI Principles for a Data Economy, art. 3(1)(b) ; PICHONNAZ, p. 436. La définition n'est toutefois pas limitée à la donnée stockée (*data in rest*) et englobe également la donnée en cours de transmission (*data in transit*) ou en cours d'utilisation (*data in use*).

⁸⁷ Pour l'informatique actuelle. Cela évoluera avec le *quantum computing*.

⁸⁸ La définition de donnée comme représentation d'une information est malheureuse. La donnée n'a pas nécessairement de sens. Pour tirer une information d'une donnée, il faut que la donnée soit exprimée dans une syntaxe correctement assemblée et compréhensible, et qu'on l'interprète pour lui donner signification (FLORIDI, p. 16).

Les données sont souvent développées de manière dynamique sur la base d'autres données ou de facteurs externes. L'on peut distinguer, hormis les données primaires développées directement et seulement par leur détenteur :

- Les « **données fournies** » (*provided data*), qui sont fournies par un tiers, par exemple le client d'un service *cloud* ;
- Les « **données observées** » (*observed data*), qui sont produites par le prestataire de services en observant l'utilisation du service. En lien avec les services *cloud*, leurs prestataires ont tendance à collecter de nombreuses données sur l'utilisation qui est faite du service. Il peut s'agir de la fréquence et de l'intensité de l'utilisation, de l'accès à certaines informations, *etc.*, et
- Les « **données dérivées** » ou « **données inférées** » (*derived data/inferred data*), qui sont générées par le traitement d'autres données et comprennent des données agrégées et des données déduites d'autres données (données primaires, fournies ou observées) à l'aide de règles de décision externes⁸⁹. Dans le cadre de services *cloud*, de nombreuses données sont générées lors de l'utilisation du service. Il peut s'agir de métadonnées, de paramètres de configuration, de paramètres de sécurité, de description des droits d'accès et de journaux d'accès au service, *etc.*⁹⁰

La notion de données numériques est ainsi *multidimensionnelle*, tant dans la structure (syntaxique et sémantique) que dans le type d'informations (données primaires, données secondaires et métadonnées). Cet aspect doit être pris en considération dans l'analyse des prétentions légales à leur restitution.

Il faut encore distinguer la donnée en tant que telle (dans son sens syntaxique et éventuellement sémantique) de sa manifestation physique sur un support particulier. La donnée étant non exclusive, elle peut être copiée un nombre illimité de fois sans perte d'utilité. Pour être en présence d'une copie, il faut toutefois que la syntaxe de la donnée reste inchangée. En cas de modifications, mêmes mineures, il y aura création d'un ensemble de données différent (*données dérivées*).

⁸⁹ ALI-ELI Principles for a Data Economy, art. 3(1)(i). FLORIDI, p. 20 regroupe ces données sous la notion de « données secondaires ». À la suite des ALI-ELI Principles for a Data Economy (*cf.* p. 34), nous ne différencions pas entre données dérivées et données inférées.

⁹⁰ *Cf.* art. 24 al. 1 let. b de la Proposition de loi EU sur les données.

2. Le droit d'accès contractuel

Les parties sont (relativement) libres de ménager contractuellement le droit d'accès du client aux données⁹¹. Il est toutefois usuel que les contrats relatifs à des services *cloud* prévoient les droits suivants :

- Une clause imposant au prestataire de restituer à son client les données fournies par celui-ci dans le cadre de l'exécution des services. Il est d'usage de nommer ce type de données les « données client » (*Customer Data*). Ce droit à la restitution est souvent prévu dans la clause de confidentialité du contrat, raison pour laquelle ces données sont parfois désignées données confidentielles⁹². La portée exacte de la notion de données client ou données confidentielles dépendra de ce que le contrat prévoit, qu'il conviendra le cas échéant d'interpréter conformément aux règles usuelles. En principe, cette notion couvrira toutes les *données fournies* par le client, mais pas nécessairement les données générées par son utilisation des services (*données observées* ou *données dérivées*).
- En cas de rapport de sous-traitance, une obligation similaire est mise à la charge du prestataire en ce qui concerne les données personnelles fournies par le client. Les règles applicables aux données personnelles font souvent l'objet de volumineux *data processing agreements*, qui reprennent les exigences de l'art. 28 RGPD⁹³, dont en particulier l'art. 28 al. 3 let. g RGPD qui concerne la restitution ou suppression des données au terme de la prestation de service.

Si ces clauses peuvent *a priori* donner l'impression de protéger le client de manière adéquate, tel ne sera pas nécessairement le cas. En particulier, les clauses ne traiteront en général pas du format dans lequel les données client doivent être remises, ni le prix que le client doit payer pour les obtenir. Au demeurant, afin de pouvoir porter les données vers un nouveau service, le client pourra avoir besoin, en sus des données (personnelles ou non) qu'il a fournies, également de certaines *données dérivées* qui sont nécessaires à leur exploitation, par exemple le paramétrage, les métadonnées, *etc.*

⁹¹ Sous réserve de normes impératives, *cf. infra* IV.C.3. Il faut distinguer le droit d'accès contractuel du droit d'accès légal.

⁹² Il convient d'être prudent avec cette construction. La notion de données confidentielles est en général définie de manière restrictive et exclut p. ex. les données publiquement connues. Ainsi, une clause qui autorise le client à réceptionner ses données confidentielles pourrait de la sorte exclure toute ou partie des informations communiquées par le client qui ne sont pas d'une nature confidentielle.

⁹³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du 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 directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données).

Les parties seront en conséquence bien inspirées de traiter *a minima* les points suivants dans leur contrat⁹⁴ :

- l'étendue du droit d'accès aux données (quelles données peuvent être demandées) ;
- le format des données ;
- les modalités de transfert ;
- la durée pendant laquelle les données seront accessibles, et
- les règles sur l'effacement des données.

3. *Le droit d'accès légal*

a) **Introduction**

Ce chapitre décrit les droits légaux qui peuvent être revendiqués pour accéder aux données détenues par un prestataire *cloud*, à défaut de prétentions plus étendues prévues dans le contrat.

Il convient de mentionner d'emblée qu'il n'existe pas à l'heure actuelle en Suisse de droit de propriété sur les données en tant que telles⁹⁵ que le client pourrait revendiquer⁹⁶. Lorsque les données fournies, observées ou dérivées contiennent des informations se rapportant à des personnes identifiées ou identifiables, il s'agira de données personnelles (art. 3a LPD⁹⁷/art. 5b nLPD⁹⁸). Les personnes concernées disposeront de droits sur ces données (découlant de leur droit à l'autodétermination informationnelle)⁹⁹. Les données peuvent également être créées de manière anonyme ou être anonymisées ultérieurement. Ces données non personnelles – qui sont parfois qualifiées de *données techniques*¹⁰⁰ – ne sont pas définies en droit suisse et ne sont pas soumises à un statut juridique particulier. Elles ne font ainsi l'objet d'aucun droit subjectif absolu, mais d'une maîtrise de fait. Le titulaire originaire de ces données sera ainsi celui qui a initialement la maîtrise de fait sur l'information (le détenteur de secret

⁹⁴ Il s'agit d'une exigence pour les prestataires *cloud* se conformant à la *Cloud Controls Matrix* (voir CCM, contrôle IPY-04). Ces éléments pourront être intégrés dans la clause de réversibilité (*Supra* IV.A).

⁹⁵ DE WERRA, *Entreprise*, p. 371.

⁹⁶ Dans son niveau sémantique, l'information qui se rapporte à la donnée peut faire l'objet d'une protection par une loi spéciale, comme par exemple le droit d'auteur, le brevet d'invention ou le secret d'affaires.

⁹⁷ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), RS 235.1.

⁹⁸ Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (FF 2020 7397).

⁹⁹ *Infra* IV.C.3.c).

¹⁰⁰ DE WERRA, *Entreprise*, p. 366. À noter que la notion de données techniques est parfois employée pour désigner les données générées dans le cadre de l'utilisation du service (p. ex. des logs informatiques), lesquelles peuvent contenir des données personnelles.

d'affaires, le producteur d'une base de données)¹⁰¹. En lien avec les services *cloud*, le titulaire originaire des données observées et des données dérivées sera en conséquence le prestataire du service. La personne qui a participé à la génération de ces données¹⁰², parce qu'elle a fourni les données primaires ou parce que les données se rapportent à elle, ne disposera ainsi pas d'une prétention *in rem* sur celles-ci.

Enfin, la portée du droit d'accès peut varier : il convient de différencier le droit à la restitution du droit à la portabilité des données (ou droit au portage des données). Fondamentalement, le droit à la portabilité est un droit plus étendu que le (simple) droit à la restitution, puisqu'il permet d'obtenir les données dans un format facilitant (en théorie en tout cas) la portabilité du service. Un droit à la restitution des données est notamment prévu dans le Code des obligations pour les contrats de service¹⁰³. Il n'existe par contre pas de droit général à la portabilité des données numériques détenues par un prestataire *cloud*¹⁰⁴.

b) L'obligation de restitution dans les contrats de service

Le Code des obligations contient principalement des règles sur l'obligation de restitution dans le contrat d'entreprise (art. 365 al. 2 *in fine* CO) et le contrat de mandat (art. 400 al. 1 CO)¹⁰⁵. Comme nous l'avons vu¹⁰⁶, les contrats *cloud* seront le plus souvent qualifiés de contrats mixtes contenant, selon les circonstances concrètes du cas d'espèce, des éléments de différents contrats nommés ou *sui generis* (principalement : contrat de licence, d'entreprise de durée, de maintenance et du mandat). Pour déterminer si les règles de l'art. 365 al. 2 *in fine* CO ou de l'art. 400 al. 1 CO s'appliquent, il faut rechercher dans le cas concret le centre de gravité du contrat par rapport à la présente thématique¹⁰⁷. L'obligation de restitution selon ces normes constitue en principe une

¹⁰¹ BENHAMOU/TRAN, p. 583.

¹⁰² Les ALI-ELI Principles for a Data Economy introduisent la notion intéressante de *co-generated data* pour décrire ce type de données et proposent d'octroyer certains droits aux co-générateurs.

¹⁰³ *Infra* IV.C.3.b).

¹⁰⁴ Contrairement à ce qui sera prévu en droit européen, *cf. infra* IV.C.4. Le seul droit dont l'introduction est prévue est le droit à la portabilité des données personnelles (*cf. infra* IV.C.3.c)bb).

¹⁰⁵ L'art. 475 CO applicable au contrat de dépôt autorise également le déposant à réclamer en tout temps la chose déposée, avec ses accroissements, même si un terme a été fixé pour la durée du dépôt. Il est également admis que la fin du contrat de licence entraîne l'obligation de restituer ce qui a été reçu (TERCIER/BIERI/CARRON, N 7373).

¹⁰⁶ *Supra* III.B.

¹⁰⁷ ATF 131 III 528, c. 7.1.1.

obligation impérative à laquelle on ne peut renoncer valablement¹⁰⁸. Cela dépendra toutefois de la qualification du contrat retenue, les tribunaux disposant d'une marge de manœuvre importante en présence de contrats mixtes¹⁰⁹.

Les prétentions en restitution selon les deux dispositions précitées ne se recourent pas intégralement, l'obligation de restitution de l'art. 365 al. 2 *in fine* CO ayant une portée plus restreinte que celle fondée sur l'art. 400 al. 1 CO¹¹⁰. Cela étant, toutes deux concéderont à notre avis, dans les situations qui nous concernent, le droit pour le client de récupérer les données numériques qu'il a transmises au prestataire *cloud* (données fournies)¹¹¹, droit qui sera en principe déjà stipulé dans le contrat¹¹².

Les questions plus complexes à trancher concernent (i) la portée exacte du droit à la restitution et (ii) ses modalités spécifiques, notamment quant au format des données et au prix de transfert.

Le texte de l'art. 400 al. 1 CO mentionne que le mandataire est tenu à restituer « *tout ce qu'il a reçu [du chef de sa gestion], à quelque titre que ce soit* ». Cette obligation couvre non seulement ce que le mandataire a reçu du mandant ou de tiers, mais également ce qu'il a *créé lui-même par l'exécution du mandat dans l'intérêt du client*, par exemple les rapports, les plans ou les données informatiques¹¹³. L'obligation de restitution a été limitée par la jurisprudence aux documents relatifs aux affaires traitées dans l'intérêt du client, ce qui exclut les documents purement internes, les notes, *etc.*¹¹⁴.

Pour cette raison, l'art. 400 al. 1 CO¹¹⁵ n'inclura à notre avis pas de droit d'obtenir les *données dérivées* qui auront été créées par le prestataire dans le cadre de la fourniture du service *cloud*, sauf dans des cas limités si celles-ci ont été créées « *par l'exécution du mandat dans l'intérêt du client* »¹¹⁶. Il en va de même des *données observées*, qui seront exclues du champ de l'art. 400 al. 1 CO sauf si elles ont été générées dans l'intérêt du client (p. ex. sous la forme de rapports d'activités destinés au client pour maîtriser son utilisation du

¹⁰⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4480.

¹⁰⁹ Arrêt précité 4A_141/2011 du 6 juillet 2011, c. 2.2.

¹¹⁰ Pour une analyse détaillée, voir BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1306-1307.

¹¹¹ La portée de l'art. 365 al. 2 *in fine* CO en lien avec les contrats d'entreprise atypiques est discutée. Cette controverse ne concerne toutefois pas les contrats d'entreprise de durée, qui constitue la construction juridique pertinente dans notre cas (BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1306-1307 et *supra* III.C).

¹¹² *Supra* IV.C.2.

¹¹³ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4493.

¹¹⁴ ATF 122 IV 322, c. 3 aa.

¹¹⁵ Ce qui vaut à notre avis également pour l'art. 365 al. 2 *in fine* CO.

¹¹⁶ L'on peut songer par exemple à des métadonnées ou d'autres structurations des données effectuées à la demande du client.

service), ce qui ne sera en principe pas le cas des données collectées par le prestataire pour gérer et améliorer la fourniture du service.

La loi n'impose pas le format dans lequel les données devront être restituées. Celui-ci dépendra donc de l'accord des parties, ou à défaut du principe de bonne foi. Selon BENHAMOU/TRAN, les données remises devront être utilisables et pouvoir être lues par l'utilisateur sans utiliser de services additionnels du prestataire, ceci afin de ne pas vider de sa substance le droit du client à la restitution. Cette affirmation doit à notre avis être nuancée. Comme exposé¹¹⁷, chaque prestataire informatique a développé sa propre technologie propriétaire qui ne sera pas nécessairement compatible avec celle des autres prestataires. L'obligation de rendre les données utilisables pourrait nécessiter selon les circonstances des activités additionnelles du prestataire pour transformer les données. Or, l'on ne saurait transformer l'obligation de restitution prévue à l'art. 400 al. 1 CO en véritable droit au portage des données, qui n'existe en l'état pas en droit suisse¹¹⁸. Les parties demeurent toutefois libres de convenir de telles prestations notamment dans une clause de réversibilité¹¹⁹.

S'agissant du prix, le droit à la restitution doit en principe pouvoir s'exercer sans frais supplémentaires, le prix du service devant inclure toutes les obligations, y compris l'obligation légale de restitution¹²⁰. Les parties demeurent toutefois libres à notre avis de définir contractuellement de quelle manière les services sont facturés, notamment en définissant des prix pour l'activité de transfert des données. Il est d'ailleurs courant que les prestataires de services *cloud* ne facturent pas le transfert des données vers le *cloud* (« *ingress* »), mais facturent la « sortie » des données (« *egress* »). À noter que cette sortie des données ne concerne pas uniquement la fin du contrat, mais s'applique chaque fois que des données quittent le réseau du prestataire vers un emplacement externe, par exemple lorsque des applications écrivent des données sur le réseau local du client¹²¹.

Le prestataire ne pourra en principe pas s'opposer à la restitution en vertu d'un droit de rétention réel (art. 895 CC), dans la mesure où ce droit ne peut porter que sur des choses réalisables par nature (art. 896 al. 1 CO)¹²², ce qui n'inclura pas les données numériques du client. Le prestataire pourra uniquement s'opposer à la transmission des données sur la base de l'art. 82 CO si

¹¹⁷ *Supra* IV.B.

¹¹⁸ Concernant le droit à la portabilité des données personnelles qui sera instauré par la nLPD, cf. *infra* IV.C.3.c)bb).

¹¹⁹ *Supra* IV.A.

¹²⁰ BENHAMOU/TRAN, p. 585.

¹²¹ Pour AWS, voir <<https://aws.amazon.com/fr/blogs/architecture/overview-of-data-transfer-costs-for-common-architectures/>> (consulté le 20 avril 2022).

¹²² ATF 122 IV 322, c. 3c, JdT 1998 IV 129 ; cf. ég. BENHAMOU/TRAN (n. 69), p. 585.

l'obligation de paiement s'inscrit dans un rapport d'échange au sens de l'art. 82 CO avec les services fournis pour la restitution des données¹²³.

c) Législation sur la protection des données

aa) Droit d'accès

La LPD confère à la personne concernée un droit d'accès à ses données personnelles (art. 8 LPD). La nouvelle LPD maintient ce droit de manière légèrement modifiée (art. 25 à 27 nLPD). Le droit d'accès de l'art. 8 LPD/25 nLPD est large puisqu'il concerne potentiellement toutes les données détenues par le prestataire *cloud*, qu'il s'agisse de *données fournies, observées* ou *dérivées*. Ce droit connaît toutefois des limitations importantes :

- Le droit ne peut porter que sur des données personnelles, soit « *toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable* » (art. 3a LPD¹²⁴). Ceci exclut ainsi les données techniques, ainsi que les données personnelles anonymisées¹²⁵. À noter que les logs informatiques, métadonnées et autres données générées dans le cadre de l'utilisation du service pourront contenir des données personnelles, sans que cela soit nécessairement le cas. Il n'en demeure pas moins que le droit d'accès de la LPD est fondamentalement incomplet.
- Le titulaire du droit d'accès est la personne concernée, ce qui exclura à compter de l'entrée en vigueur de la LPD révisée l'ensemble des personnes morales (art. 5 let. a nLPD). Les personnes morales devront toutefois s'assurer contractuellement un accès suffisant aux données personnelles des tiers (par exemple leurs clients ou employés) qu'elles transmettent au prestataire *cloud*, afin de pouvoir se conformer à leurs propres obligations découlant de la LPD.
- Le but fondamental du droit d'accès est de permettre à la personne concernée de faire valoir ses droits en matière de protection des données notamment en lui permettant de vérifier si le traitement respecte les principes fixés par la loi¹²⁶. La demande d'accès peut être refusée si elle

¹²³ *Contra* : BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1310, qui estiment qu'une opposition sur la base de l'art. 82 CO ne sera jamais possible.

¹²⁴ Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD), RS 235.1.

¹²⁵ Il existe une controverse en droit suisse concernant la nature des données pseudonymisées transmises à un tiers ne disposant pas de la clé de déchiffrement. Selon certains, ces données ne constituent pas des données personnelles pour le tiers. Sur ce sujet, cf. JOTTERAND, chapitre 4, (N 49 ss).

¹²⁶ ATF 138 III 425, SJ 2013 I 81, c. 5.3.

visé d'autres fins, en application du principe de l'interdiction de l'abus de droit¹²⁷.

Si le débiteur du droit d'accès doit communiquer les renseignements par écrit sous une forme compréhensible et prendre les mesures de sécurité nécessaires (trier les données et caviarder les autres données), il reste libre de choisir le format et n'a aucune obligation de restituer telles quelles les données ni de garantir la portabilité et l'interopérabilité des données¹²⁸.

bb) Droit à la portabilité des données

La nLPD prévoit à son article 28 un droit à la portabilité des données (appelé « *Droit à la remise ou à la transmission des données personnelles* »). À la différence du droit d'accès, ce droit ne vise pas à vérifier le respect des exigences de la LPD, mais à permettre à la personne concernée de transmettre ses données d'un système de traitement automatisé à un autre.

L'art. 28 nLPD reprend *grosso modo* le contenu de l'art. 20 RGPD. Le titulaire du droit sera la personne concernée, ce qui exclut les entreprises utilisant le *cloud* qui ne bénéficient pas directement de ce droit. Son exercice est soumis à deux conditions : (i) que le responsable du traitement traite les données personnelles de manière automatisée et (ii) que les données personnelles soient traitées avec le consentement de la personne concernée ou en relation directe avec la conclusion, ou l'exécution d'un contrat entre elle et le responsable du traitement. Ces conditions seront en principe réalisées dans le cadre de contrats *cloud* conclus avec des consommateurs (B2C)¹²⁹. Le droit à la portabilité peut être limité pour les mêmes motifs que le droit d'accès (art. 29 al. 1 *cum* 26 nLPD).

De manière similaire à ce qui vaut pour le droit d'accès, le droit à la portabilité est fortement limité dans son champ d'application puisqu'il ne porte que sur des données personnelles, ce qui exclut toutes les données non personnelles qui pourraient être nécessaires au portage du service. Au demeurant, le titulaire pourra requérir uniquement la portabilité des données personnelles *qu'il a communiquées* au prestataire *cloud*, ce qui inclut celles simplement « rendues accessibles » (art. 5 let. e nLPD) par la personne concernée, mais exclut notamment les *données dérivées* générées par le prestataire. À noter que dans le cadre de l'application du RGPD, le Groupe de travail Article 29 (prédécesseur du Comité européen de la protection des données) a élargi la notion de « *données*

¹²⁷ TF, arrêt 4A_277/2020 du 18 novembre 2020, c. 5.

¹²⁸ BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1312.

¹²⁹ Ce qui ne sera pas le cas des données collectées dans le cadre de relations B2B. Une personne morale ne pourrait de toute manière pas faire valoir ce droit.

fournies » pour couvrir non seulement les données activement et sciemment fournies par la personne concernée, mais également les *données observées* qui ont été collectées dans le cadre de l'utilisation du service ou du dispositif (par exemple l'historique de recherche, les données relatives au trafic et les données de localisation d'une personne ou des données brutes comme le rythme cardiaque enregistré par une montre connectée)¹³⁰. Bien que cette position soit controversée en droit européen¹³¹, le Conseil fédéral a expressément repris cette solution à l'art. 20 de l'Ordonnance sur la protection des données du 31 août 2022, qui prévoit que le droit à la portabilité porte sur « *les données que le responsable du traitement a collectées au sujet de la personne concernée et qui concernent son comportement dans le cadre de l'utilisation d'un service ou d'un appareil* » mais pas sur les « *données personnelles que celui-ci a générées en évaluant les données personnelles mises à disposition ou observées* ». Ainsi, les données *indirectement* communiquées ou rendues accessibles par l'utilisateur du service seront couvertes par le droit à la portabilité, même si elles constituent fondamentalement des *données observées* plutôt que des *données fournies*. Il en va par exemple des données brutes sur la santé observées au moyen d'une montre connectée portée par l'utilisateur.

Le droit à la portabilité confère à la personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement les données « *sous un format électronique couramment utilisé* », par quoi il faut à notre avis entendre (à la suite du droit européen), un format ouvert permettant leur réutilisation, ce qui inclut notamment les formats XML, JSON ou CSV (mais en principe pas le format PDF)¹³². Ce droit n'a ainsi pas pour effet d'éliminer les différences de formats utilisés entre les prestataires actifs sur le marché du *cloud*¹³³. Le responsable du traitement peut valablement offrir de fournir les données dans l'un de ces formats, sans que la personne concernée puisse exiger de les recevoir dans un format spécifique ou au moyen d'une interface de programmation (API)¹³⁴.

¹³⁰ Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, p. 12.

¹³¹ Pour un résumé de la controverse : Tribunal de district d'Amsterdam, décision C/13/687315/HA RK 20-207 du 11 mars 2021, § 4.75 (qui concerne une demande de portabilité émise contre la société *Uber* par des chauffeurs).

¹³² Le rapport explicatif du Conseil fédéral du 31 août 2022 concernant l'OPDo, p. 46, mentionne les formats ouverts ou permettant l'interopérabilité tels que XML et JSON pour les grandes quantités de données ou CSV, ODT, ODS, *etc.*, mais pas les formats difficiles à traiter (p. ex. images ou PDF). Pour le droit européen, *cf.* les lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, p. 21. Une communication de fichiers PDF n'est toutefois pas fondamentalement exclue, *cf.* décision précitée, C/13/687315/HA RK 20-207, § 4.81.

¹³³ ANCELLE/FERDJANI, p. 155-156.

¹³⁴ Décision précitée C/13/687315/HA RK 20-207, § 4.80.

En définitive, malgré les bonnes intentions, l'utilité du droit à la portabilité fondé sur l'art. 28n LPD sera en principe limitée, en particulier pour les entreprises utilisatrices de services *cloud*¹³⁵.

4. *Excursus : le projet de règlement européen sur les données (« Data Act »)*

a) **Introduction**

La Commission européenne a publié le 23 février 2022 sa Proposition de règlement sur les données (*Data Act*)¹³⁶. Le texte est ambitieux et vise à instaurer :

- des règles permettant aux utilisateurs d'appareils connectés d'accéder aux données générées par ces derniers et de partager ces données avec des tiers pour fournir d'autres services ;
- des règles protégeant les PME en limitant la portée des clauses contractuelles excessives imposées par une partie ayant un pouvoir de négociation nettement plus fort ;
- des moyens pour les organismes du secteur public d'accéder et d'utiliser les données détenues par le secteur privé qui sont nécessaires dans des circonstances exceptionnelles, notamment en cas d'urgence publique.
- des règles visant à permettre aux entreprises et aux individus de plus facilement changer de prestataire de services *cloud* (« *switching right* »), et
- des limitations pour le transfert hors de l'Union européenne de données non personnelles, fortement inspirées de celles prévues par le RGPD.

Nous nous focaliserons ci-après sur les règles concernant le changement de prestataire de services *cloud* (« *switching right* »), qui font l'objet du chapitre VI (art. 23 à 26) de la Proposition de règlement sur les données. Ces règles s'imposeront à tout service de traitement de données, soit : tout « *service numérique [...] fourni à un client, qui permet une administration à la demande et un large accès à distance à un ensemble modulable et élastique de ressources informatiques partagées de nature centralisée, distribuée ou fortement distribuée* » (Art. 2 al. 12 de la Proposition de règlement sur les données). On

¹³⁵ Du même avis : ANCELLE/FERDJANI, p. 155-156.

¹³⁶ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données), SEC (2022) 81 final du 23 février 2022, accessible sous <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM%3A2022%3A68%3AFIN>> (consulté le 20 avril 2022) (cité : « Proposition de règlement sur les données »).

retrouve ici les caractéristiques principales du *cloud* (accès à la demande à un ensemble paramétrable de ressources informatiques partagées)¹³⁷.

b) Droit de sortie (« *switching right* »)

Les articles 23 à 25 de la Proposition de règlement sur les données instaurent un véritable droit de sortie du *cloud* (ou de changement de prestataire), en :

- interdisant notamment les clauses contractuelles prévoyant un délai de résiliation de plus de 30 jours ;
- imposant durant cette période une obligation d'assistance à charge du prestataire¹³⁸, et en
- conférant au client – qui peut être un individu ou une personne morale – le droit d'obtenir (en principe sous 30 jours) non seulement « *toutes les données importées par le client* » (donc les données fournies), mais également toutes « *les données et métadonnées créées par le client et par l'utilisation du service pendant la période où le service a été fourni, y compris, mais sans s'y limiter, les paramètres de configuration, les paramètres de sécurité, les droits d'accès et les journaux d'accès au service* »¹³⁹.

Cette disposition instaure ainsi un droit d'accès et de portage non seulement des *données fournies*, mais également des *données générées* qui sont nécessaires à leur exploitation.

Après une période de transition de trois ans suivant l'entrée en vigueur de la loi, les prestataires de services ne pourront plus imposer de paiement au client pour la procédure de changement de prestataire¹⁴⁰. Ce droit devra donc être accordé gratuitement, ce qui constitue un changement de paradigme important.

Enfin, les prestataires de service *cloud* devront prendre des mesures assurant une meilleure interopérabilité de leurs services, respectivement d'assurer une équivalence fonctionnelle dans l'utilisation du nouveau service (art. 26 de la Proposition de règlement sur les données). Ces règles dépendront du modèle de service offert (*SaaS, IaaS, PaaS*)¹⁴¹. En l'absence de spécifications d'interopérabilité existantes, les prestataires de services *SaaS* devront exporter les « *les formats de données et structures de données pertinents, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine* ».

¹³⁷ *Supra* II.

¹³⁸ Art. 24 al. 1 let. a de la Proposition de règlement sur les données.

¹³⁹ Art. 24 al. 1 let. b de la Proposition de règlement sur les données.

¹⁴⁰ Art. 25 de la Proposition de règlement sur les données.

¹⁴¹ Sur la notion : *Supra* II.B.

V. Conclusion

Nous vivons dans une période d'*intensité technologique*, pour reprendre le terme employé par Satya NADELLA, le CEO de *Microsoft*, lors d'une conférence à Londres en 2018¹⁴². Aujourd'hui, le succès d'une entreprise ou d'une organisation ne dépend plus uniquement de ces propres capacités internes, mais de son aptitude à tirer le meilleur des technologies existantes. L'adoption du *cloud* s'inscrit dans cette dynamique : le basculement vers le *cloud* n'est le plus souvent plus seulement considéré comme un simple avantage, mais comme une nécessité.

Cela ne signifie toutefois pas qu'il faille se lancer tête baissée dans le *cloud*. Loin de là. S'il est aujourd'hui nécessaire d'entrer dans le *cloud*, il faudra un jour nécessairement sortir de la relation. Cette « sortie » pourra prendre diverses formes (simple changement de prestataire, réintégration *sur site*, ou plus probablement basculement sur un *cloud* privé¹⁴³). Or, la sortie du *cloud* pourra se révéler complexe et coûteuse si elle n'a pas été correctement planifiée. En sus des aspects propres à la résiliation du contrat *cloud*¹⁴⁴, la sortie du *cloud* posera de nombreux problèmes pratiques, en particulier celui de l'accès aux données qui sont nécessaires au portage du service¹⁴⁵.

Certes, des développements sont en cours au niveau européen pour faciliter cette transition¹⁴⁶, mais rien n'est prévu actuellement en Suisse. Le client – s'il n'a pas stipulé dans le contrat les clauses nécessaires à la réintégration ordonnée du service, notamment par le biais d'une clause de réversibilité¹⁴⁷ – devra se contenter de dispositions légales souvent lacunaires¹⁴⁸.

¹⁴² <<https://news.microsoft.com/en-gb/2018/11/07/microsoft-ceo-satya-nadella-on-fuelling-tech-intensity-in-the-uk/>> (consulté le 20 avril 2022).

¹⁴³ *Supra* II.C.

¹⁴⁴ *Supra* III.

¹⁴⁵ *Supra* IV.C.

¹⁴⁶ *Supra* IV.C.4.

¹⁴⁷ *Supra* IV.A.

¹⁴⁸ *Supra* IV.C.3.

VI. Bibliographie

A. Ouvrages et articles

Juliette ANCELLE/Karim FERDJANI, Les contrats informatiques : état des lieux et questions choisies, *in* : Alexandre RICH/Damiano CANAPA (éd.) CEDIDAC, Droit et économie numérique, Lausanne 2021, p. 131-158 ; **Yaniv BENHAMOU/Laurent TRAN**, Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité, *sic !* 2016, p. 571 ; **Yaniv BENHAMOU/Guillaume BRAIDI/Arnaud NUSSBAUMER**, La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien, *PJA* 11/2017, p. 1302 ; **Maxence CARRON**, Le mandat de durée : état de la jurisprudence sur l'art. 404 CO et perspectives, *DC* 2018, p. 225 ; **Ivan CHERPILLOD**, La fin des contrats de durée, CEDIDAC, Lausanne 1988 ; **Jacques DE WERRA**, Entreprises et Big Data : peut-on forcer les entreprises à partager leurs données non personnelles (par des licences obligatoires ou des licences « FRAND ») ?, *RSDA* 2020, vol. 92, no. 4, p. 365-392 (cité : DE WERRA, Entreprise) ; **Jacques DE WERRA**, Les contrats de niveau de service, *in* : Internet 2005 : travaux des journées d'étude, CEDIDAC, Lausanne 2005, p. 110-148 (cité : DE WERRA, Contrats) ; **Luciano FLORIDI**, Philosophical Conceptions of Information, *in* : Giovanni SOMMARUGA (éd.), Formal Theories of Information, LNCS 5363, p. 13-53, 2009 ; **Adrien GABELLON**, La théorie de l'imprévision ou l'adaptation du contrat par le juge, *in* : Lukas HECKENDORN URSCHELER/Karen TOPAZ DRUCKMAN (éd.), Les difficultés économiques en droit, Genève/Zürich/Bâle 2015, p. 216 ss ; **Philippe GILLIÉRON**, Service Level Agreements (SLA) *in* : Cloud-based agreements, Best practices from a practitioner's standpoint, *Jusletter IT* 23 mai 2019 ; **Bernhard HEUSLER/Roland MATHYS**, IT-Vertragsrecht, Zürich 2004 ; **Michel JACCARD/Vincent ROBERT**, Les contrats informatiques, *in* : Pascal PICHONNAZ/Franz WERRO (éds), La pratique contractuelle : actualités et perspectives, Genève 2009, p. 95-125 ; **Alexandre JOTTERAND**, Personal Data or Anonymous Data: where to draw the lines (and why)?, *Jusletter* 15 août 2022 ; **Sylvain MÉTILLE**, L'utilisation de l'informatique en nuage par l'administration publique, *PJA* 2019, p. 609 ss ; **Lukas MORSCHER**, Leistungsbescrieb, Gewährleistung und Haftung in IT Verträgen, *in* : Florian S. JÖRG/Oliver ARTER (éds), IT-Verträge, Berne 2007 ; **Alexander SCHMID**, Der IT-Outsourcingvertrag im schweizerischen Recht Hauptleistungspflichten, Leistungsstörungen und Vertragsgestaltung, *ITSL* n° 6 2019 ; **Justice OPARA-MARTINS/Reza SAHANDI/Feng TIAN**, Critical analysis of vendor lock-in and its impact on *cloud computing* migration : a business perspective, *Journal of cloud computing*, 5 (2016) ; **Pascal PICHONNAZ**, Le concept de maîtrise exclusive des données numériques : Quelques réflexions discursives, *RDS/ZSR* 140 (2021), p. 427 ; **Pierre TERCIER/Laurent BIERI/Blaise CARRON**, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Schulthess, Zürich 2016 ; **Marie-Noëlle VENTURI-ZEN-RUFFINEN**, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, thèse Fribourg, 2007 (cité : VENTURI-ZEN-RUFFINEN (thèse)) ; **Marie-Noëlle VENTURI-ZEN-RUFFINEN**, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, *SJ* 2008 II, p. 1 (cité : VENTURI-ZEN-RUFFINEN (SJ)) ; **Sarah WANG/Martin CASADO**, The Cost of Cloud, a Trillion Dollar Paradox, 27 mai 2021 (<<https://a16z.com/2021/05/27/cost-of-cloud-paradox-market-cap-cloud-lifecycle-scale-growth-repatriation-optimization/>>, consulté le 20 avril 2022) ; **Franz WERRO**, Le droit des contrats, 2^e éd., Stämpfli, Berne 2019.

B. Documents

ALI-ELI, Principles for a Data Economy – Data Transactions and Data Rights – ELI Final Council Draft, septembre 2021 (cité : « ALI-ELI Principles for a Data Economy ») (accessible sous : <https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ALI-ELI_Principles_for_a_Data_Economy_Final_Council_Draft.pdf>, consulté le 20 avril 2022) ; **Association suisse des banquiers (ASB)**, Guide « Cloud », Recommandations pour sécuriser le *cloud banking*, 2^e éd., Juin 2020 (<https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/7/b/7/e/7b7eab588cc461aa494d7b38b4c7281255ad71a8/ASB_Guide_Cloud_2020_FR.pdf>, consulté le 20 avril 2022) (cité : ASB, Guide cloud) ; **Cloud Security Alliance (CSA)**, *Cloud Controls Matrix*, v.4.0.5 2022 (accessible sous <<https://cloudsecurityalliance.org/research/cloud-controls-matrix/>>, consulté le 20 avril 2022) (cité : CCM) ; **FINMA**, Circulaire 2018/3 Outsourcing, version du 4 novembre 2020 (cité : FINMA, Circulaire 2018/3) ; **Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données**, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, adoptées le 13 décembre 2016 (version révisée et adoptée le 5 avril 2017) ; **Conseil fédéral**, Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois, FF 2017 6565 ss.