

Les contrats d'informatique dématérialisée

prestataire de service titulaire de l'autorisation de l'autorité de régulation, celle du lieu d'établissement du prestataire étranger éventuellement sous-traitant étant écartée.

Conclusion :

Le défi auquel est confrontée l'autorité de régulation du fait du rangement de l'informatique en nuage dans les services de télécommunications soumis à autorisation est assurément élevé.

Il s'agit pour elle de prévoir un cahier des charges, c'est à dire des conditions d'établissement et d'exploitation du service, suffisamment attractives pour encourager l'investissement dans ce type d'activité, mais suffisamment attentives dans le même temps et aux droits des usagers qui vont y recourir et à l'impérative soumission de ces opérateurs aux exigences de la sécurité des systèmes algériens d'information exposés par l'externalisation, notamment à l'étranger, aux risques d'intrusion et d'atteinte à leur intégrité.

Il importe d'ajouter que le besoin pour ce type de service n'est plus à démontrer. En atteste l'existence récente d'offres lancées en Algérie, avant la parution du décret exécutif⁴⁵les soumettant à autorisation, par des prestataires qui proposent déjà la délivrance de ce service en Algérie⁴⁶

Cela souligne combien est urgente pour la préservation des droits sus-indiqués, l'édiction d'un cahier des charges pour ce service afin de doter ces prestataires et d'autres candidats à venir d'une autorisation les mettant en conformité avec la réglementation.

45-décret n° 15-320 du 13 décembre 2015 fixant le régime d'exploitation applicable à chaque type de réseaux, y compris radioélectriques et aux différents services de télécommunications, op.cit, supra, note n°1

46- Voir par exemple, <http://www.softlayer.com/fr/info/cloud-servers>, <https://www.ayrade.com/plateforme-de-stockage/>, <http://issal.dz/a-propos/>

Un système d'alerte en cas d'atteinte proche des niveaux de consommation convenus devrait être prévu par le contrat à cet endroit.

Ce type de stipulation est en droite ligne du reste de l'obligation de conseil due par le prestataire qui se verra ainsi exonéré ici d'un manquement à celle-ci, du seul fait de l'avertissement qu'il aura notifié à son client quant à l'imminent dépassement de consommation qu'il a pu enregistrer grâce à un tel mécanisme.

Le prix du par le client facturé périodiquement par le prestataire est ainsi fondé sur la variable de la consommation qui consiste en la quantité de données stockées, la bande passante, la puissance de calcul convenue, nombre d'utilisateurs connectés etc.

• **La clause de modification unilatérale**

Pour étrange qu'elle puisse paraître, cette clause est très souvent usitée dans les contrats portant sur l'externalisation des données informatiques⁴⁴. Cela peut aisément se comprendre si l'on a égard à la complexité et à l'évolutivité des services d'externalisation informatique.

Une telle clause permet au client de modifier unilatéralement l'étendue des prestations fournies ou de choisir d'autres options prévues par le contrat.

Elle permet au prestataire d'opérer les adaptations nécessaires de son infrastructure technique.

Ces modifications auront un impact possible sur le prix contractuel qu'il conviendra d'adapter en conséquence.

La clause de loi applicable et d'élection de for

Dans le cas où aucune interdiction de principe n'est émise par le régulateur des télécommunications ou dans le cas où celui-ci aura opté pour une autorisation sélective de de l'externalisation des données des clients du prestataire de cloud, cette clause est recommandée à l'effet de donner contractuellement compétence au tribunal et la loi du pays où est établi le

44- Lamy, Droit du numérique, op.cit. n°962, A. Cruquenaire et A. Cassart, L'évolutivité des services en cloud : difficultés juridiques et solutions contractuelles, Revue Lamy droit de l'immatériel (RLDI), 2013, PP.108-114.

Les contrats d'informatique dématérialisée

Il est question de s'assurer que le prestataire respecte l'engagement de niveau de qualité de service souscrit dans le « service level agreement » et qu'il se conforme aux normes de sécurité convenues.

L'assurance d'un niveau de qualité de service ne dépend pas que des seuls audits.

Encore faut-il que le prestataire se soit assuré, en amont, des droits qu'il possède sur les moyens logiques de sa prestation.

La clause de propriété intellectuelle

Celle-ci s'avère nécessaire lorsque les technologies utilisées appartiennent au prestataire du cloud.

Il faut en effet dans un tel cas, prévoir dans le contrat une sous-licence sur les logiciels standards utilisés pour le cloud et une licence pour le logiciel, le programme et l'application qui a été conçue par le prestataire pour le client du cloud qui doit être au courant grâce à cette clause des modalités de l'usage des applications qui sont réduites en l'occurrence et généralement par le contrat, sous peine de contrefaçon, au seul droit au pilotage à distance par ledit client, des fonctionnalités convenues.

Le prestataire se prémunira aussi par des stipulations l'exonérant et le garantissant contre toute poursuite en contrefaçon résultant de la substance des données appartenant au client et stockées chez lui en raison du transfert auquel donne lieu le contrat .

De même est-il recommandé d'y spécifier qu'en revanche, le prestataire de cloud n'acquiert aucun droit de propriété intellectuelle sur les applications et les données que le client lui a transférées à la faveur du contrat.

• La clause financière

le client doit pouvoir s'assurer qu'il ne dépasse pas le seuil de consommation convenue car les clauses fréquemment insérées dans ces contrats, que ce soit pour la fourniture d'un espace de stockage par le prestataire, des capacités de calcul des ordinateurs et serveurs pour les applications du client qu'il utilise ont pour caractéristique de calculer le montant du paiement selon l'usage ou la consommation.

Assurer la continuité du service est rassurant pour le client. Encore faut-il qu'il ait été d'un niveau sinon élevé, pour le moins acceptable. C'est l'objet de la clause de qualité attendue.

- **La clause de qualité de service attendue.**

L'insertion du service de cloud computing dans les services de télécommunications, le rend justiciable du sort fait à ces derniers par les cahiers des charges nés de la réglementation consécutive aux réformes du secteur, qui mues par une préoccupation davantage attentive aux attentes des usagers, font de la qualité de service l'un des must de toute réglementation d'un service.

Il serait donc tout à fait indiqué ici qu'une clause du cahier des charges qu'imposera l'autorité de régulation y fasse droit en reprenant la substance des développements évoqués plus haut⁴³

L'importance de l'assurance d'un niveau de qualité de service explique du reste que le prestataire accepte contractuellement à se soumettre à des audits.

- **La clause d'audit**

L'insertion d'une telle clause est une conséquence de la précédente dont elle constitue un mécanisme de suivi d'exécution de l'engagement qui y est pris par le prestataire.

Elle consiste à prévoir à échéances régulières la pratique d'audits par une personne tierce indépendante de la qualité du service rendu par le prestataire de cloud.

Il s'agit de compenser quelque peu par là, la dépossession et la perte de contrôle qui en résulte de ses données par le client qui peut ainsi s'assurer du sort qui est fait à celles-ci du fait du traitement que leur applique le prestataire.

proposent jusqu'à des formules de plan-type, à cet égard, OEDC, OCDE, managed services, modèle de plan de réversibilité, juillet 2013, 7 pages, www.oecd.org/.../OCDE%20MS%20-%20DCE%20-%20Modèle%20de%20Plan%20d

43- V. supra pp18-19 et la bibliographie citée aux notes n°28, 29, 30, 31 et 32

Les contrats d'informatique dématérialisée

Le rôle du régulateur est ici peut être de veiller par une clause du cahier des charges, à ce que de tels principes puissent recevoir application de façon directe en en faisant obligation au prestataire titulaire de l'autorisation lui-même.

• La clause de réversibilité

On retrouve ici une obligation familière du contrat de dépôt, si l'on recourt au droit commun pour y rechercher le fondement à une clause essentielle et sensible que la pratique, toujours rationnelle dans les comportements des sujets de droit, notamment parmi ceux-ci les agents économiques, impose.

L'externalisation des données induites par le contrat de cloud computing fait de leur réversibilité une clause essentielle qui garantit au client du cloud de pouvoir reprendre le contrôle exclusif des données et applications qu'il a délocalisées en s'assurant à cet effet, de la coopération technique du prestataire de cloud.

Bien qu'évidente, à l'issue normale ou contentieuse du contrat, cette clause doit être prévue qui permettra au client « de reprendre ou faire reprendre son informatique externalisée par un autre prestataire, afin d'assurer la continuité de l'activité sans dégradation de la qualité » est-il souvent stipulé dans les contrats⁴⁰

La restitution des données s'effectue dans la plupart des cas par le truchement de fichiers intermédiaires dits « type fichiers plats »⁴¹, dont l'utilité est de procurer une protection de la propriété intellectuelle du savoir faire du prestataire de cloud mais dont l'inconvénient est d'engendrer des surcoûts injustes au client lorsque celui-ci décide de mettre fin au contrat non parce qu'il a de lui-même changé de système mais lorsqu'il est contraint de demander la restitution à la suite d'un incident dont le prestataire est responsable parce qu'il a gravement manqué à ses obligations en la matière.

Il est indiqué à cet égard de prévoir un véritable plan de réversibilité inséré dans les annexes techniques du contrat détaillant les modalités et conditions de restitution sous un format exploitable des données nécessaire à la reprise du service par un autre prestataire ou par le client lui-même⁴²

40- Lamy, Droit du numérique, idem, n°959

41-ibid

42- Ainsi des organisations internationales comme l'OCDE, le recommandent fortement et

toujours loisible aux parties et notamment au client qui se doit de l'exiger, si le régulateur ne juge pas opportun de l'imposer, de se prémunir par une clause contenant des stipulations en ce sens.

Il a été observé que l'atteinte d'un niveau égal de protection des données personnelles était « l'une des difficultés majeures de la mise en place de contrats d'informatique dématérialisée »³⁸

La distribution des rôles entre les parties est une précaution essentielle pour assurer le respect des dispositions légales.

Leur défaut en Algérie, pour ce qui concerne cette matière peut inciter le régulateur à émettre des normes de comportement minimales qui consistent en l'information par le client des personnes physiques concernées de l'usage qui est fait de leurs données personnelles.

L'Autorité de régulation peut à ce titre obliger le prestataire de cloud à soumettre à autorisation spécifique tout projet de délocalisation à l'étranger de données qui lui sont confiées par son client, afin qu'il soit vérifié si les prestations qui y sont fournies assurent un niveau de protection suffisant de ces dernières.

Il serait à tout le moins ici indiqué de s'inspirer de la réglementation européenne qui, sans interdire le transfert des données hors de l'Union européenne, renforce les garanties pour les personnes physiques et morales dont les données sont traitées par le client du prestataire de cloud en responsabilisant outre le client, le prestataire choisi par ce dernier pour prendre en charge l'externalisation, c'est à dire, entre autres, le prestataire de services de cloud.³⁹

Le responsable du traitement devra choisir un prestataire de cloud présentant les garanties suffisantes de ce point de vue et insérera obligatoirement dans le contrat, une clause obligeant le prestataire de cloud à respecter la légalité et la confidentialité du traitement des données personnelles de façon à ce qu'en cas d'accident affectant les données, il puisse être considéré comme coresponsable.

³⁸- Lamy, droit du numérique, op.cit., n° 958

³⁹-Ibid ;

Les contrats d'informatique dématérialisée

prestataire. Cette perte naturelle de maîtrise des ses données incite le client à demander et à imposer une clause de confidentialité et ce dans la mesure où le personnel du prestataire a la possibilité du fait de son intervention sur les données et informations du client, d'y avoir accès et, possiblement, de les divulguer.

Aussi la communication des informations du client au prestataire qu'implique nécessairement ce service appelle un encadrement strict par le biais d'une clause « détaillée et rigoureuse »³⁶ de confidentialité.

Cette clause porte en général sur cinq thématiques minimales

- L'affirmation de principe par les parties du caractère confidentiel de toutes les données hébergées chez le prestataire ainsi que des traitements et opérations réalisés par le client sur et par le biais des serveurs et de l'infrastructure du fournisseur du service
- L'interdiction au prestataire de prendre connaissance du contenu hébergé au-delà de ce que nécessite strictement sa prestation.
- Le prestataire doit s'engager à faire respecter par ses salariés et commettants qui doivent être instruits en s'y tenant strictement, de ne communiquer à aucune personne non autorisée ou de ne laisser accéder personne qui ne le soit, aux données et informations confidentielles du client.
- S'engager à mettre en œuvre les moyens techniques appropriés pour assurer cette confidentialité, en renvoyant aux modalités techniques détaillées figurant le plus souvent, en raison de leur longueur, en annexe.
- Enfin les contrats imposent au prestataire de prévenir son client de tout incident soupçonné d'avoir affecté la confidentialité des données qui lui sont confiées.

• la clause de protection des données personnelles :

Dans la mesure où cette thématique est aussi une préoccupation de régulateur, il est souhaitable que l'autorité de régulation³⁷ impose comme une clause obligatoire par le biais du cahier des charges. Néanmoins Il reste

³⁶- Selon les termes utilisés par Lamy, idem, n° 957

³⁷-v.supra, II.ii.i, p. 8,

La protection du bénéficiaire ou client du cloud peut provenir des clauses fréquemment insérées dans la pratique des pays qui en ont une expérience ancienne dans l'infogérance³⁴ d'abord, et dans le cloud computing, plus récemment.

II.ii.ii.ii : les clauses contractuelles nées de la technique de l'infogérance et du cloud computing ;

Ces clauses nombreuses imposées par la pratique sont celles qu'impose la définition du périmètre des prestations du fournisseur du service cloud, la confidentialité des données hébergées chez le prestataire de cloud, celle relative à l'audit, celle dite de réversibilité

• **un objet précis :**

Une pratique avertie tend à éviter, afin de délimiter précisément « le périmètre d'applications et de services que le prestataire accepte de prendre à sa charge pour le compte de son client »³⁵ bénéficiaire du cloud, les libellés génériques pour la clause stipulant l'objet du contrat.

Il est préféré de plus en plus avant le renvoi toujours nécessaire à des annexes techniques plus détaillées, une clause plus prolixe détaillant d'emblée au fronton du contrat les grandes prestations attendues du prestataire qui s'engage ce faisant, à les réaliser.

On y énumérera volontiers entre autres, la prestation d'hébergement, celle de fourniture d'applications en ligne, les prestations accessoires comme celle d'infogérance, de paramétrage de développement dédié, de fourniture d'accès au réseau, de maintenance, de service WEB, d'hébergement de serveurs de messagerie etc.

On y précisera aussi le type de cloud souhaité (cloud public, cloud privé ou enfin cloud partagé)

• **la clause de confidentialité**

Cette clause s'impose du fait de la nature de ce contrat qui est d'opérer une externalisation des applications et données du client sur les serveurs du

34- V SUPRA, la définition de l'infogérance, p

35- Lamy, droit du numérique, op.cit. n°954

Les contrats d'informatique dématérialisée

des attentes du maître de l'ouvrage client. La longueur et la technicité de cette clause la rend justiciable du procédé de l'annexe, partie intégrante du contrat.

Dans les pays où ce service est fréquemment proposé et usité, les parties et notamment le client, peuvent utilement s'inspirer de la documentation d'organismes spécialisés tels que l'Autorité nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI) en France³¹.

Celle-ci a également publié en 2014 un « référentiel de qualification de prestataires de services sécurisés d'informatique en nuage (cloud computing)-référentiel d'exigences, 30 juillet 2014)³²

- Autre clause de non moindre importance en relation comme celle qui vient d'être décrite, avec le secret et la confidentialité devant entourer les données destinées à l'hébergement, la clause de protection des données personnelles.

La protection des données personnelles est une préoccupation cardinale dans le monde de l'informatique, et a fortiori dans celui de l'informatique en nuage pour les raisons plus haut évoquées de délocalisation des données et de perte subséquente de leur maîtrise qu'elle induit.

L'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, chargée d'élaborer le cahier des charges du service du cloud ou l'Organe de prévention de la cybercriminalité créé par la loi n° 09-04 du 5 août 2009 sur la cybercriminalité³³ et dont l'article 14 confie entre autres à celui-ci la mission de « dynamisation et la coordination des opérations de prévention et de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication », pourraient dans le cadre de leurs attributions émettre de telles recommandations, sinon pour la première en faire une clause du contrat à y insérer, sans aller bien entendu dans tous ces détails qui restent pour nombre d'entre eux du domaine de la volonté des parties.

31-Maîtriser les risques d'infogérance, et notamment le chapitre 4 intitulé « le plan d'assurance sécurité », cité par Lamy, droit numérique, ibid.

32-https://www.ssi.gouv.fr/uploads/IMG/pdf/cloud_referentiel_exigences_anssi.pdf

33- JO n° 47 du 16 août 2009, p.4

C'est ainsi que la plupart des contrats de cloud computing mettent en place ce que la pratique a appelé un « service level agreement »²⁹ c'est-à-dire une clause de qualité du service attendu.

Cela se présente sous la forme d'un document consignait les éléments précis de la qualité du service attendu, à savoir modalités du service, ses performances en temps de réponse et temps de transmission des données, la disponibilité des applications en précisant à cet égard les horaires d'ouverture et de fermeture, les périodes durant lequel le service est indisponible le cas échéant.

Y sont précisés ainsi, le seuil garanti quant à la disponibilité de l'application, la fréquence des « back up » (sauvegardes informatiques régulières des données transmises), la vitesse de transfert des données, les délais de restauration des données et des applications, le temps maximum d'interruption accidentelle, la performance et la sécurité du système, les procédures, les méthodes et la fréquence des audits et les outils de contrôle de ces éléments ainsi que en cas de défaillance subséquente constatée, les procédures de plainte mises à la disposition du client, minutieusement décrites comme la formulation modèle de la plainte, (personne à contacter les procédures d'urgence, le temps maximal de réponse à la plainte), les outils de support à ces process (helpdesk, nombre d'opérateurs devant être disponibles, durant quelle tranche horaire durant cette phase appelée phase du « reporting », tous engagements qui s'expliquent dans le contexte d'externalisation, et donc de perte de maîtrise du client sur ses données, qu'est l'informatique en nuage.

Cette clause est susceptible de contenir un mécanisme de sanctions contractuelles s'analysant juridiquement en clause pénale, parfaitement licite du reste, mais dont le calibrage doit sauvegarder un équilibre subtil, c'est-à-dire être assez dissuasive pour le prestataire sans ôter à l'engagement de ce dernier son intérêt.³⁰

C'est donc une clause tout à fait essentielle à laquelle les parties doivent accorder une attention toute particulière dans la mesure où elle conditionne la mise en jeu de la responsabilité du prestataire de cloud et donne la mesure

29- V. Lamy, droit du numérique, op.cit.n° 955 et s.

30-Ibid

Les contrats d'informatique dématérialisée

L'article 549 le définit en effet comme suit :

« Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel l'une des parties s'engage à exécuter un ouvrage ou à accomplir un travail moyennant une rémunération que l'autre partie s'engage à lui payer »

Le prestataire de cloud est bien dans la posture de la partie qui s'engage à exécuter un ouvrage ou à accomplir un travail moyennant une rémunération que son client s'engage à lui payer.

Le caractère large de cette définition permet d'insérer sans problème dans la catégorie des contrats d'entreprise, le contrat de cloud computing.

Il se trouve justement que la prestation caractéristique du contrat d'entreprise est à chercher, écrivent des auteurs « dans les obligations de l'entrepreneur, et dont la principale d'entre elles qui est de réaliser l'ouvrage dû et attendu »²⁸.

De plus, quand bien même le contrat comporterait des obligations ressortissant au contrat de louage de choses, ici la mise à disposition de son serveur ou d'un espace d'hébergement des données du prestataire de cloud, l'unité de l'opération commande de ranger la diversité des prestations du contrat sous la bannière de sa prestation caractéristique, savoir de réaliser l'ouvrage attendu qu'est la gestion délocalisée du système d'information de l'entreprise cliente qui se décomposent, outre l'hébergement, en plusieurs autres obligations qui sont, entre autres, le conseil, le faire savoir et le savoir faire, l'administration de la base de données, la maintenance des logiciels etc. ainsi que décrit supra.

Dans ces conditions, la partie réceptrice de la prestation, ici l'entreprise cliente, se verra jouir de nombre des protections que lui confère le contrat d'entreprise et qui se résument dans l'obligation pour le prestataire de livrer son ouvrage aux dates et dans les qualités indiquées.

28- François CollartDutilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Paris, Dalloz, 1996, n° 697, P.559

maintenance ou de sauvegarde, de même qu'en outre, l'accès à l'application est opéré grâce à un service de communication à distance sécurisé, ce qui est une prestation à caractère technique consubstantielle de ce contrat et nécessaire à son exécution, dont doit disposer naturellement, sous peine d'inexécution de tout le contrat, le client.

Le prestataire s'engage à des performances et à la disponibilité du service.

Ces prestations sont toutes celles connues, de la grande catégorie « type » du contrat de prestations de services dont le code civil dessine le régime juridique au titre des contrats dits « nommés » aux articles 549 à 570 gouvernant une sous catégorie de ce type d'accords, le contrat d'entreprise.

En effet, tout comme y procède le prestataire dans le contrat informatique, son confrère dans le contrat de cloud, (prolongement via Internet de contrat informatique), s'engage souvent à réaliser au profit du client une série de travaux de nature technique à une fin ou pour une durée déterminée qui peuvent être le conseil, l'assistance technique, la maintenance de matériel ou de logiciel, sans compter la tâche d'assurer pour le compte de son client des fonctions d'hébergement de serveurs, de sauvegarde de données ou de façon plus poussée d'externalisation avancée de son système informatique comme c'est le cas de l'infogérance ou du cloud computing.

Le contrat de prestation de services, et notamment sa déclinaison de contrat d'entreprise est toute indiquée pour abriter une partie ou l'ensemble de ces prestations, car dans tous les cas le prestataire s'engage à mener de façon indépendante un louage d'ouvrage. Et, bien entendu, la qualification ou l'appellation donnée par les parties à leur opération ne doit pas lier ni tromper l'interprète qui doit se conformer aux prescriptions légales qui lui fournissent la qualification du contrat selon l'analyse des prestations auxquelles s'engagent les parties et notamment les nombreuses obligations de faire y contenues.

Le code civil définit du reste le contrat d'entreprise d'une manière qui lui permet d'accueillir aisément dans son champ d'application le contrat de cloud computing

Les contrats d'informatique dématérialisée

En tout état de cause, il serait opportun, à partir de la revue précédente des risques qu'encourt le client du cloud de voir quelles clauses seraient souhaitables dans ces contrats pour parer aux risques susdits.

Prescriptions obligatoires du cahier des charges ou clauses contractuelles convenues entre les parties, dans le cas où l'autorité de régulation opérerait pour un encadrement a minima du service, un certain nombre de principes doivent émailler le contenu de la convention de cloud, susceptibles de parer aux risques encourus en maintenant un juste équilibre des charges du contrat et un respect minimum des droits de l'utilisateur de même qu'un minimum d'obligations à la charge du client bénéficiaire du cloud le rendant apte à bénéficier des garanties protectrices recherchées.

II.ii.ii) Les clauses contractuelles d'un statut protecteur et sécurisant :

Le statut protecteur tient d'abord à la nature juridique du contrat dont il résulte un régime juridique contraignant pour le prestataire (II.ii.ii.i). Il tient ensuite des clauses que la pratique a inaugurées et consolidées dans le domaine de l'infogérance sous d'autres cieux et que, soit le régulateur des télécommunications, à la faveur d'un cahier des charges directif inspiré de ceux d'autres services de télécommunications, soit les solutions fournies par le droit commun des pratiques commerciales et de la consommation, soit un peu de tout cela à la fois, imposeront au contrat (II.ii.ii.ii)

II.ii.ii.i) : La protection résultant de la nature juridique du contrat : le contrat de cloud computing : contrat d'entreprise :

C'est la qualification communément admise en droit de l'informatique et elle a tout lieu de s'imposer ici car elle est emblématique de toutes les spécificités du contrat de cloud. Nombre d'auteurs en conviennent du reste.²⁷

L'argumentaire des auteurs repose sur le fait qu'un noyau dur d'obligations inhérentes à ce contrat se résume dans le contrat d'entreprise.

En effet, la possibilité offerte au bénéficiaire du cloud de jouir des applications et des espaces de stockage du prestataire de cloud est toujours et nécessairement agrémentée de prestations de conseil, de formation, de

27- Voir la bibliographie citée à l'appui de cette qualification par LAMY, droit du numérique, op.cit., n°950

à l'égard de ses usagers 24, alignant en cela sa politique juridique sur celle que le gouvernement adopte dans les cahiers des charges des licences qui sont, il faut le rappeler, l'œuvre de ce dernier²⁵.

Est-il possible au cahier des charges d'aller plus loin et d'obliger en outre les opérateurs à soumettre à l'autorité de régulation tout contrat de cloud computing pour validation comme il en est de l'interconnexion ou de la déclaration préalable obligatoire à cette institution, par un titulaire d'autorisation de réseau privé, de tout contrat mettant à disposition leurs capacités excédentaires à des opérateurs titulaires de licence?²⁶

Dans la mesure où il s'agit d'un service soumis à autorisation, n'y a-t-il pas opportunité d'une vérification préalable d'abord, mais aussi périodique après l'octroi de l'autorisation, par les services de l'autorité de régulation, de la possession par le candidat à l'autorisation, des capacités et moyens dont il dispose ?

Le caractère intuitu personae de l'autorisation que l'on peut aisément inférer de son caractère incessible, milite fortement en faveur d'une telle clause dans le cahier des charges

24- Voir par exemple le cahier des charges du service de fourniture de l'internet, décision n°51 du 3 avril 2016, portant cahier des charges définissant les conditions et les modalités d'établissement et l'exploitation de services de fourniture d'accès à internet, article 12 intitulé obligations du titulaire http://www.arpt.dz/fr/doc/reg/dec/2016/DEC_N51_03_04_2016.pdf

25- Article 33 de la loi n° 2000-03 du 5 août 2000, op.cit., qui prévoit que Art. 33. —« *La licence délivrée pour une durée préalablement fixée dans le cahier des charges fait l'objet d'un décret qui fixe notamment les garanties qui en découlent.* » souligné par nous.

26- Article 4 dernier tiret du décret exécutif n° 15-320, op.cit., rédigé ainsi : « *les services de mise à disposition de capacités de transmission de signaux de télécommunications, quelle qu'en soient les modalités juridiques, par le titulaire d'une autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau privé, au sens de l'article 8 de la loi n° 2000-03 du 5 Jomada El Oula 1421 correspondant 5 août 2000, susvisée, au bénéfice d'un opérateur titulaire d'une licence délivrée conformément à l'article 2 du présent décret.*

Cette déclaration, accompagnée d'une copie de la convention de mise à disposition, est faite par le titulaire

de l'autorisation dans les quinze (15) jours suivant la date de signature de la convention par lettre recommandée avec accusé de réception au siège de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications. Cette déclaration a pour objet de à disposition, les conditions d'établissement et

d'exploitation du réseau privé continuent d'exister ».

Les contrats d'informatique dématérialisée

un règlement privé émis sous fausse bannière contractuelle. C'est pourquoi, il est bon de s'imprégner ici de l'esprit qui anime tous les cahiers des charges de la téléphonie et des services de télécommunications et se traduit par des dispositions protectrices imposées au prestataire quant à la qualité du service et à sa continuité. De même qu'il est utile de rappeler au prestataire dans ledit cahier qui n'est bien sûr pas le vecteur de leur caractère contraignant, les dispositions des lois de protection du consommateur et de prohibition des clauses abusives²⁰. Toutes dispositions inspirées au demeurant de leur matrice principielle qu'est le code civil²¹

Approfondissant l'analyse, la loi sur les pratiques commerciales²² donne une définition du contrat d'adhésion qui n'en circonscrit pas le champ aux seuls engagements sans négociation mais étend le champ de celle-ci au cas des contrats où la négociation est réduite à « la portion congrue »²³. Ce qui a tout lieu de se produire pour le contrat de cloud computing où c'est plutôt la marge de négociation qui pâtira de la différence de puissance économique et de savoir faire des parties.

La pratique antérieure de l'autorité de régulation pour ce qui a trait à ses propres cahiers des charges est révélatrice de la propension de cette dernière à imposer nombre de clauses à même de baliser le comportement de l'opérateur

conditions générales et les abonnements sont proposés à l'adhésion des petits consommateurs, G.Farjat, droit privé de l'économie, Paris, Thémis, 1975 unique et dernière édition du reste, pp.110 et s.

20-Respectivement, loi n° 9-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, jora n°15 du 8 mars 2009, P.10, loi n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, jora n° 41 du 27 juin 2004, p.3 modifiée et complétée par la loi n° 10-06 du 15 août 2010 jora n° 46 du 18 août 2010, p.10, et le décret exécutif n° 06-306 du 10 septembre 2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives, jora n°56 du 11 septembre 2006, p. 15,

21- Article 70, 110 et 111, qui offrent un fondement, dans les contrats d'adhésion, à l'intervention du juge qui peut en annuler une clause léonine (article 110) et tirer d'une clause obscure de ces derniers, une interprétation profitant à l'adhérent (article 111). En ce sens, A. Bencheneb, Le droit algérien des contrats, Données fondamentales, Alger, AJED éditions, N°s 48 à 50.

22-Op.cit

23-A.Bencheneb, *ibid*,

- **Celle relative aux Prescriptions exigées pour la défense nationale et la sécurité publique** aux termes de laquelle « Le titulaire est tenu de répondre positivement et dans les plus brefs délais aux injonctions des autorités compétentes en vue de respecter les prescriptions exigées par la défense nationale, la sécurité publique, et les prérogatives de l'autorité judiciaire en mettant en œuvre les moyens nécessaires, en particulier en ce qui concerne l'apport de son concours, en permettant (...) l'accès aux fichiers et autres informations détenues par le titulaire, aux organismes traitant au niveau national des questions de protection et de sécurité de systèmes de télécommunications ;¹⁶

- **Celle relative au cryptage et chiffage** selon laquelle si le prestataire peut procéder pour ses propres signaux et/ou proposer à ses abonnés un service de cryptage dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur, il est tenu cependant, de déposer auprès de l'Autorité de régulation les procédés et les moyens de chiffage et de cryptage des signaux préalablement à la mise en service de ces systèmes »¹⁷

Sur un tout autre plan, Il importe d'observer que la logique de l'adhésion est fortement susceptible d'imposer sa marque au contrat que proposera le prestataire de cloud. Le code civil évoque explicitement du reste en son article 70 ce concept doctrinal¹⁸ consacré par la jurisprudence française pour désigner les situations contractuelles dans lequel la négociation fait défaut et où l'acceptation est donnée en bloc¹⁹, menaçant le contrat de se transformer

public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de fourniture de services de télécommunications au public, JORADP n° 38 du 29 mai 2002, p.20

¹⁶-ibid.

¹⁷- Ibid.

¹⁸- V. Saleilles, Déclaration de volonté, 1901 P.129, cité par Carbonnier, droit civil, 4, Les obligations, Paris, Themis, 13^{ème} édition, n°15

¹⁹- Carbonnier, idem, n°13, commentant l'article 1135 du code civil français, « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » et dont le libellé est repris par l'article 107 du code civil : « (...) il n'y a qu'une fraction du contrat (...), qui entre sous le champ lumineux de la volonté ; le reste, qui demeure dans l'ombre, n'en est pas moins tenu pour consenti –*tacitement* consenti, (...) consenti par le seul silence, par le seul fait de n'avoir pas dit le contraire... »

Voir aussi sur cette question appelée très justement « la collectivisation » du droit des contrats consécutive à l'apparition de grands cocontractants comme les sociétés de service dont les

Les contrats d'informatique dématérialisée

télécommunications et les conditions de la protection de la vie privée et des informations nominatives des usagers sous peine des sanctions prévues à l'article 127 de la présente loi »

Ces sanctions ne s'appliquent pas seulement aux agents des opérateurs mais aussi aux tiers, c'est-à-dire aux intrus qui se seraient introduits frauduleusement dans les réseaux et auraient ainsi attenté.

L'autorité de régulation n'est donc pas démunie en fait de dispositions d'ordre public à rappeler au prestataire de cloud dans son cahier des charges.

Elle peut ainsi rappeler au prestataire de cloud de respecter comme le fait le cahier des charges de la téléphonie, les données personnelles qu'abrite la base de données que lui confie son client, de s'assurer que son personnel veille à ce que la confidentialité attachée aux informations charriées par les flux de données qu'abritent ses serveurs et provenant de ses clients ne soient divulgués à quiconque et que, lorsque le service de cloud est délivré à partir de serveurs situés en Algérie, la seule exception légale à ce principe reste celle introduite par la loi sur la cybercriminalité qui impose aux fournisseurs de service, en son article 4, de fournir assistance aux autorités chargées des enquêtes judiciaires. Le cahier des charges peut reprendre à cette occasion les principales dispositions de cette loi sur ces aspects.

Elle aura certainement, de même, à imposer au prestataire de cloud de respecter les dispositions relatives à la défense nationale et la sécurité publique sur le modèle de ce qui a cours dans les cahiers des charges d'autres opérateurs de télécommunications.

Ainsi les prescriptions suivantes trouveront naturellement leur place :

- **Celle relative à la neutralité des services** par laquelle le « titulaire garantit que ses services sont neutres vis-à-vis du contenu des informations transmises sur son réseau » et selon laquelle « Il s'oblige à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de son personnel vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau » et qu' « A cet effet, il offre les services sans discrimination, quelle que soit la nature des messages transmis et (...) prend les dispositions utiles pour en assurer l'intégrité. »¹⁵

15- A titre d'exemple parmi les cahiers des charges du même type, celui de l'opérateur Algérie Télécom Mobile, annexé au décret n° 02-186 du 26 mai 2002 portant approbation, à titre de régularisation, de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau

Ces dispositions édictent des commandements concrets de comportement, censés le mettre en conformité avec des commandements de principe édictés par la « « législation en vigueur » ».

S'il s'agit de la constitution, celle-ci contient en effet un certain nombre de principes en matière de protection de la vie privée du citoyen mais qui ne suffisent manifestement pas à offrir un corpus de règles en la matière. Tout au plus s'agit-il d'un socle de règles de valeur supérieure parce que constitutionnelles à partir duquel le législateur peut construire le corpus légal dédié à cette matière essentielle consubstantielle de la citoyenneté.

L'article 46 de la Constitution proclame ainsi que la vie privée et l'honneur du citoyen sont inviolables et protégés par la loi de même qu'est garanti le secret de la correspondance et de la communication privées, sous toutes leurs formes. Aucune atteinte à ces droits n'est tolérée sans une réquisition motivée de l'autorité judiciaire. La loi punit toute violation de cette disposition. Plus précisément pour la matière qui nous préoccupe ici, il est solennellement affirmé dans le même article que « la protection des personnes physiques dans le traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental garanti par la loi qui en punit la violation »

Ce droit est garanti concurremment en pouvant y faire exception s'il ya lieu, au droit qu'édicte la constitution en son article 51 en faveur du citoyen d'obtenir et de faire circuler des informations, documents, statistiques car, rappelle le Constituant « l'exercice de ce droit ne peut porter atteinte à la vie privée, aux droits d'autrui, aux intérêts légitimes des entreprises et aux exigences de la sécurité nationale. « La loi détermine les modalités d'exercice de ce droit »,est ilconclu.

C'est certainement sur ce socle constitutionnel que nombre de dispositions légales dont celles de la loi régissant les télécommunications¹⁴ ont été édictées en cette matière.

L'article 59 de la loi s'en fait l'écho en disposant que : « les opérateurs bénéficiaires de licence ou d'autorisation ainsi que leurs employés sont tenus de respecter le secret des correspondances émises par la voie des

14- Loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, op.cit.,

Les contrats d'informatique dématérialisée

Cet article impose au titulaire de la licence une obligation concrète de prendre des mesures pour assurer la protection et confidentialité des informations qu'il détient sur ses abonnés en respectant les dispositions légales et réglementaires en vigueur. Aucun détail n'est cependant donné sur ces dispositions légales et réglementaires qui commanderaient cette posture générale de l'opérateur à l'égard des données nominatives de ses abonnés. Pas plus qu'on ne comprend, tant le texte est ésotérique, s'il ne s'agit pas en fait d'une protection de confidentialité dans les limites des dispositions légales et réglementaires qui permettraient l'édiction d'un annuaire universel contenant certaines de ces informations.

Le titulaire de la licence est également assujéti selon l'article 21.3 , en matière de protection des données personnelles de ses abonnés, à l'obligation de veiller à assurer la confidentialité des communications de ces derniers et il s'engage à ce titre à prendre les mesures permettant d'assurer la confidentialité des informations qu'il détient sur les usagers du Réseau 4G et la confidentialité de leurs communications et à ne pas permettre la mise en place de dispositifs en vue de l'interception ou du contrôle des communications téléphoniques, liaisons, conversations et échanges électroniques sans l'autorisation préalable de L'Autorité judiciaire, conformément à la législation en vigueur.

De plus, le Titulaire est tenu de porter à la connaissance de ses agents, les obligations auxquelles ils sont assujéttis et les sanctions qu'ils encourent en cas de non-respect du secret des communications vocales et des données.

Enfin l'opérateur est assujéti au principe de neutralité des services qui l'oblige selon l'article 21.4 du même document à garantir que ses services sont neutres vis-à-vis du contenu des informations transmises sur son réseau. Il s'oblige également à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de son personnel vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau. A cet effet, il offre les services sans discrimination, quelle que soit la nature des messages transmis et il prend les dispositions utiles pour en assurer l'intégrité »

La détention, la révélation ou la divulgation ou l'utilisation des données obtenues grâce à la commission de ces infractions est aussi punie.

Ce sont des textes qui poursuivent et répriment la fraude informatique au sens large. Leur présence dans le code pénal n'est rien que de très normal car la répression de ces délits s'impose à l'évidence à l'heure où les informations sur les personnes privées et publiques empruntent la forme automatisée que lui confère l'informatique.

De même, un texte de loi sur la cybercriminalité de 2009¹³, poursuit pour les réprimer, les infractions liées aux technologies de l'information et de la communication définies par le texte comme « les infractions portant atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données telles que définies par le code pénal ainsi que toute autre infraction commise ou dont la commission est facilitée par un système informatique ou un système de communication électronique ».

Les cahiers des charges accompagnant les décrets d'octroi de licence de télécommunications se font du reste l'écho de la nécessaire protection des données des usagers générées par ces derniers du fait de l'utilisation de leur ligne téléphonique.

Ainsi le cahier des charges de la licence de téléphonie mobile de 4^{ème} génération accompagnant le décret d'octroi de la licence pour l'établissement d'un réseau public dans cette technologie et la délivrance au public des services y afférents indique :

Article 21.2.2 Protection des informations nominatives

Le Titulaire prend les mesures propres à assurer la protection et la confidentialité des informations

nominatives qu'il détient, qu'il traite ou qu'il inscrit sur le module d'identification des abonnés ou de ses clients détenteurs d'une carte SIM ou USIM prépayée ou post payée, dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur.

13- Loi n° 09-04 du 5 août 2009 (JO n° 47 du 16 août 2009,p.4 article 2,a

Les contrats d'informatique dématérialisée

L'accord des parties, comme tout juriste le sait, ne transcende jamais l'ordre public. Celui-ci prévaut sur leur accord lorsque ce dernier attente à des règles impératives qui déterminent unilatéralement leur irrésistible application quand bien même l'accord des parties stipulerait le contraire, ce « contraire » étant évacué dans la rubrique du non écrit, préservant le reste de l'accord de la nullité.

C'est ici qu'un cahier des charges peut imposer des commandements d'agir que le contrat de cloud ne saurait éluder.

L'Autorité de régulation est dotée au détour d'un article de la loi 2000-0310 du pouvoir de fixer les conditions dans lesquelles un service soumis à autorisation, peut être établi et exploité¹¹

Du fait qu'il n'existe pas de législation consacrée à l'informatique qui puisse lui fournir quelque secours force lui sera de convoquer et de rappeler par leur évocation expresse dans le cahier des charges qu'elle élaborera, quelques textes épars qui évoquent l'informatique au détour d'une législation dont ce n'est pas l'objet spécifique.

Le premier texte qui évoque l'informatique est le code pénal qu'une modification datant de 2004¹² a enrichi de l'incrimination spécifique du délit d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données à l'effet de le réprimer.

Ces atteintes sont multiples.-

Elles consistent en l'accession et le maintien frauduleux dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données, ou en la tentative de le faire, en la suppression ou la modification de données contenues dans ledit système en l'introduction frauduleuse de données dans celui-ci. De même que sont poursuivies les atteintes consistant à concevoir, collecter, diffuser et commercialiser les données permettant d'accomplir de telles infractions.

10- Article 39 de la loi 2000-03 du 5 août 2000, op.cit.

11- Voir supra au I.i, le rappel des divers régimes d'exploitation introduits par cette loi, Vaussi pour de plus amples détails sur les missions de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications, notre article, de quelques aspects juridiques saillants de la réforme de la poste et des télécommunications, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 2008, n°3, P.52

12-loi n° 04-15 du 10 novembre 2004 (JO n° 71, p.10),

Un autre point sensible pouvant susciter lui aussi des appréhensions compréhensibles, est celui de la protection des données personnelles que peuvent receler les fichiers hébergés. En outre, facteur de complication, la possibilité que soient hébergées les données du client ailleurs qu'en Algérie n'est pas une hypothèse d'école. Le prestataire devrait être sollicité sur ce point par le client qui peut exiger une information précise sur la localisation des ressources car il est dans la nature du cloud de répartir les données de ses clients en plusieurs lieux d'hébergement sollicités par le prestataire alternativement selon les besoins et une gestion souple et mutualisée des serveurs dont il dispose en plusieurs points du globe. De même que le recours inévitable à des sous-traitants peut nuire au caractère hautement intuitu personae de ce contrat.

Ce sont ces dangers que la réglementation doit pouvoir appréhender, si elle avait le mérite d'exister, et qu'à défaut, le régulateur doit a minima prendre en charge sans pour autant empiéter sur la liberté contractuelle qui demeure de rigueur et que les clauses des engagements souscrits par les parties doivent traduire.

II.ii les réponses juridiques possibles :

Celles-ci sont de deux ordres.

Il faut réserver une place importante à ce que l'ordre public impose en la matière et que des normes impératives transcrivent. Le lieu idoine de telles normes est bien sur le cahier des charges qui accompagnera l'autorisation accordée au prestataire. (II.ii.i)

L'autre réponse est de l'ordre du face à face contractuel dont l'accord des parties doit se faire écho non seulement sur ces aspects mais aussi sur d'autres thématiques plus en rapport avec le droit classique des contrats qui fournira aux parties les solutions idoines qu'une analyse de la nature juridique de ce contrat fournira. (II.ii.ii)

II.ii.i Le champ possible de l'intervention réglementaire de l'autorité de régulation ou l'ordre public du cloud

de « développer et fournir des services de poste et de télécommunications de qualité, assurés dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires dans un environnement concurrentiel tout en garantissant l'intérêt général »⁸, donne mission pour ce faire au régulateur des télécommunications de veiller à ce que la concurrence soit promue ou rétablie sur le marché des télécommunications dans laquelle cette nouvelle activité va se déployer, en prenant toutes les mesures propres à y parvenir.⁹

Mais plus important que tout, il importe de connaître les réponses juridiques qu'une réglementation de ce service doit apporter lorsqu'on a identifié les risques que l'informatique en nuage fait encourir aux utilisateurs.

II) les réponses juridiques aux risques encourus

Ces réponses juridiques (II.ii) dépendent de l'identification préalable des risques et dangers que cette gestion délocalisée des données d'autrui implique pour le client de tels services. (II.i)

II.i) Les risques que court l'utilisateur des services cloud

La pratique a enregistré un certain nombre de dangers guettant les intérêts du client et qui sont de trois types.

Le recours à ce service par le client entraîne forcément pour celui-ci la perte de maîtrise technique de son système d'information et la délocalisation chez autrui qui les hébergera de ses données. Il est donc tout à fait légitime que les clients du cloud expriment quelques appréhensions et puissent exiger des protections contractuelles efficaces à même de compenser cette perte de contrôle. Se dessinent déjà, en creux, des stipulations d'engagements rigoureux de confidentialité et des démonstrations par le prestataire de ses capacités techniques et managériales en la matière. A cela s'ajoute, du fait de cette délocalisation, le risque de dépendance technologique à des éditeurs de logiciels.

8- Loi n° 2000-03 du 5 août 2000, op. cit., article 1^{er}.

9-ibid., article 13 : « Art. 13. — *L'autorité de régulation a pour missions :*

—de veiller à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur les marchés postal et des télécommunications en prenant toutes mesures nécessaires afin de promouvoir ou de rétablir la concurrence sur ces marchés ;(...) »

On chercherait en vain ici ce qui pourrait justifier que la constitution et l'exploitation de fichiers informatiques relève de la réglementation des télécommunications et, partant, des services de télécommunications soumis à la régulation d'institutions que ce droit aurait suscitées.

Il semble bien ici que, comme c'est le cas pour les services d'audiotex⁷ qui sont des services de télécommunications en raison du procédé de télécommunications utilisé pour assurer leur fourniture, l'enveloppe prime sur le contenu qu'elle contient et commande l'application du droit qui lui est propre.

Le droit des télécommunications intègre les services d'informatique en nuage dans les services de télécommunications dont il range l'établissement et l'exploitation dans le régime de l'autorisation qui est le domaine d'intervention propre de l'autorité de régulation qui est appelée de ce fait à en fixer les conditions de délivrance et d'exploitation.

Celle-ci doit puiser dans le droit en vigueur les normes devant régir ces conditions et émettre le cahier des charges qui doit accompagner les autorisations qu'elle octroiera.

Cette quête de normes doit pour s'exercer s'appuyer sur l'existant légal et réglementaire quand bien même il serait lacunaire en s'inspirant des grandes directions offertes par les principes légaux en vigueur.

Et tout d'abord ce qui est dans la législation le propre même du droit des télécommunications, savoir, le respect par les opérateurs autorisés, de la concurrence car tel est un des leitmotiv de la loi 2000-03 du 5 août 2000 qui après avoir affirmé à son fronton qu'elle a « pour objectifs, notamment

7- Le décret n°15-320, op.cit, range en son article 3 alinéa 1, quatrième tiret, dans les services de télécommunications soumis à autorisation, des services dits à valeur ajoutée utilisant des procédés de télécommunications (service téléphonique ou de messages courts dits « SMS »), délivrés par des opérateurs qui organisent par ce biais diverses prestations de jeux interactifs, d'information du public des usagers qui y recourent. Il y a ici aussi une absorption des règles de l'encadrement de contenu informatif et ludique par le droit des télécommunications qui confie la régulation de ces services à l'autorité de régulation des télécommunications qui a comme de juste émis un cahier des charges comportant les conditions de délivrance de ces services..Le seul lien avec les télécommunications est ici aussi le procédé technique véhiculant les contenus ludiques ou informatifs.

Les contrats d'informatique dématérialisée

Le contenu quant à lui relève d'autres domaines de l'activité humaine, ceux de la création notamment ou ceux de l'informatique pour la manière et les conditions dont il est informatisé, stocké et hébergé.

La constitution et l'exploitation de bases de données informatiques, car c'est de cela qu'il s'agit pour le décret qui les vise implicitement en utilisant l'expression « stockage et hébergement de contenu informatisé », relève d'autres sphères du droit, et pour l'instant, faute, à ce jour, en Algérie, d'un droit de l'informatique proprement dit, du droit commun et des législations spécifiques à l'activité économique d'une manière générale, mais non du droit des télécommunications au sens où l'entend la loi 2000-03 précitée.

« Services de télécommunications : toute prestation incluant la transmission ou l'acheminement de signaux ou une combinaison de ces fonctions par des procédés de télécommunications » c'est-à-dire, si l'on s'en tient à la définition précitée de télécommunications par des procédés permettant la « transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques. »

Cette définition du service des télécommunications aurait pour effet de conférer aux télécommunications et donc au droit qui la gouverne un pouvoir attractif entraînant dans sa sphère toute prestation qui inclurait l'utilisation des télécommunications.

Ainsi, quand bien même une activité, ici, « les services d'hébergement et de stockage de contenu informatisé au profit d'utilisateurs distants » », relèverait par principe de son droit matrice, celui de l'informatique, pour ce qui est de son objet stricto sensu, le fait qu'ils s'effectuent « dans le cadre des services dits d'informatique en nuage ou « cloud computing » », les rend justiciables du droit des télécommunications, en raison du procédé de transmission, émission, réception qu'est l'internet, service de télécommunications s'il en est, nécessairement utilisé dans l'informatique en nuage.

Mais est-ce bien au régulateur des télécommunications de mettre en œuvre des principes que la loi 2000-03 ne contient pas et ne peut contenir en raison de son objet, et dont la prudence d'un bon père de famille pour un acteur de l'informatique en nuage enjoint le respect ?

télématique, l'informatique, en tant que telle, est un domaine distinct des télécommunications et son approche par le droit relève d'une catégorie de normes regroupées sous le vocable de droit de l'informatique dont la préoccupation est notamment, mais pas seulement, de définir les conditions de constitution et d'exploitation des bases de données sous l'angle de la protection des données personnelles.

Il s'ensuit que l'introduction subreptice d'activités relevant de ce droit, dans le champ d'application du droit des télécommunications peut légitimement surprendre.

Il importe de revenir à la loi 2000-03 qui, dans le glossaire qu'elle pose en son article 8 définit les télécommunications de façon très classique, reprenant en cela non seulement la définition du code des postes et télécommunications de 1975 qu'elle prend soin d'abroger dans ses dispositions finales mais aussi la définition qu'en propose l'union internationale des télécommunications.

L'article 8 de la loi dispose en son 21ème tiret

« Télécommunications : toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques. »

Il faut retenir ici qu'il résulte d'une telle définition que l'objet du droit des télécommunications n'est pas le signe, l'image, l'écrit, le son ou le renseignement, mais l'opération de transmission de ces derniers, c'est-à-dire les activités assurant techniquement la transmission, l'émission ou la réception..... de ces écrits images et sons.

La conception et la fabrication de ces sons, images et écrits et la manière dont ils sont hébergés et stockés relèvent plutôt du droit des contenus que la loi prend bien soin, en son article 1er d'écarter de son champ par la disposition expresse suivante :

« La présente loi s'applique aux activités postales et de télécommunications et ce y compris la radiodiffusion et la télédiffusion pour ce qui concerne la transmission, l'émission et la réception à l'exclusion du contenu qui obéit à un cadre législatif et réglementaire approprié. »

Les contrats d'informatique dématérialisée

Tout service ne relevant d'aucun des trois régimes précédents, parce que non visé dans les listes exhaustives précitées, est librement établi et exploité sous réserve, est-il précisé, de l'agrément des équipements terminaux qu'il utilise.(article 5 du décret).

La tâche de l'autorité de régulation s'annonce ardue.

Il lui importe à partir de la directive générale du décret de définir le concept introduit puis d'en élaborer avec précision le régime d'établissement et d'exploitation.

Cette tâche devrait être facilitée par le fait que préalablement consultée par le ministre sur tout texte réglementaire en relation avec la poste et les télécommunications ainsi qu'en dispose la loi en son article 13 déroulant les missions de l'institution, celle-ci a nécessairement quelque idée de la question et surtout du sens dans lequel tout cela doit être régulé.

Sans préjuger des dispositions que l'autorité de régulation prendra à l'effet d'assurer la régulation de ce nouveau service, il n'est pas inutile, avant que d'aborder la définition et la teneur possible des conditions d'établissement et d'exploitation qui seront émises, de s'interroger, car cela ne semble pas évident à première vue, sur la pertinence du classement de ce service dans ceux relevant des télécommunications et donc de sa présence dans un décret d'application de la loi 2000-03 du 5 août 2000 étant précisé que ce décret a pour office de préciser les régimes dans lesquels doivent être établis et exploités, les réseaux et services de télécommunications dont il fournit limitativement, dans le même temps la liste nominative.

Le décret en cause a donc pris le parti délibéré, en le citant nommément dans le champ de la régulation des télécommunications, de considérer « les services d'hébergement et de stockage de contenu informatisé au profit d'utilisateurs distants dans le cadre des services dits d'informatique en nuage ou « cloud computing », comme des services de télécommunications.

En sont-ils vraiment ?

Telle est la première interrogation qui vient à l'esprit, lorsqu'on est averti qu'en dépit des liens qu'elle peut tisser avec les télécommunications ou la

Il s'ensuit que le droit des télécommunications se désintéresse ou devrait le faire, de l'informatique à distance lorsqu'elle n'emprunte pas pour ce faire un procédé de télécommunications.

I.ii L'interpellation nécessaire et par défaut du droit des télécommunications

Décrété service de télécommunications, l'hébergement et le stockage à distance de contenu informatisé, au profit d'utilisateurs distants dans le cadre des services dits d'informatique en nuage ou « cloud computing », il est nécessaire de connaître son statut dans les régimes d'exploitation instaurés par la loi 2000-03 précitée.

Il importe de savoir en premier lieu que la loi 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles relatives à la poste et aux télécommunications range les services de télécommunications dans plusieurs régimes d'établissement et d'exploitation.

Le premier de ces régimes, le plus lourd du reste parce que le plus régulé, est celui de la licence octroyée par décret exécutif à la suite d'un appel à la concurrence et dans lequel est rangé principalement l'établissement et l'exploitation de réseau de télécommunications ouverts au public et délivrant entre autres des services de téléphonie. Ce décret exécutif est accompagné du cahier des charges comportant les conditions d'établissement et d'exploitation du réseau.

Le second régime est celui de l'autorisation dont la délivrance est dévolue par la même loi à l'autorité de régulation instituée en son article 10.

Les conditions d'établissement et d'exploitation des services soumis à autorisation sont fixés par l'autorité de régulation renseigne l'article 39 de ladite loi.

Il s'ensuit que les cahiers des charges comportant ces conditions sont ainsi l'œuvre de cette institution qui possède une compétence pleine en la matière.

Le troisième régime est celui de la simple déclaration dont le décret précité comporte en annexe une liste limitative.

I.i.ii) Les éléments de définition de la réglementation

Le décret précité comporte en creux dans l'intitulé même des services introduits sous l'appellation « (...)services d'hébergement et de stockage de contenu informatisé au profit d'utilisateurs distants dans le cadre des services dits d'informatique en nuage ou « cloud computing », quelques éléments de définition.

Ainsi, certains des éléments que comporte cet intitulé se retrouvent bien dans celle, usuelle, qui vient d'être examinée plus haut dans la mesure où l'on y retrouve l'élément relatif à l'hébergement et au stockage de contenu informatisé, la qualité d'utilisateur distant du client utilisateur, et les services d'informatique.

C'est une définition involontaire puisque tel n'est pas l'objet de l'ajout de ce service par le décret qui se contente de le mentionner parmi les services soumis à autorisation du régulateur des télécommunications, mais elle renseigne sur le fait que, réglementation exprimant un besoin, elle y procède avec le pragmatisme qui consiste à désigner un phénomène en ligne qui transfère des contenus informatisés vers des utilisateurs distants à travers Internet, véhicule qui distingue l'informatique en nuage d'autres procédés de gestion à distance tels que l'infogérance qui offre les mêmes services gestion délocalisée du système d'information d'autrui sans le secours de moyens de télécommunications tels qu'Internet.⁶

Cette définition réglementaire, ou ce qui en tient lieu, énumère donc suffisamment d'éléments pour prétendre cibler les services de cloud à travers l'utilisateur distant qui est le client y recourant, l'hébergement et le stockage de contenus informatisés qui est généré nécessairement par la gestion à distance dans ses serveurs des contenus des tiers clients.

Clairement, le décret semblerait évoquer implicitement ici l'infogérance, mais dans la mesure où il situe ces opérations dans le contexte de l'informatique en nuage, il limite visiblement son champ d'application au service de cloud computing.

6- Sur l'infogérance voir supra note n°2, les définitions proposées par les auteurs

Cette typologie a pu s'établir et se construire à partir des différences qui séparent ces diverses modalités du service.

Elle ne doit cependant pas faire perdre de vue les éléments sur lesquels ces divers types se rejoignent, à savoir les caractères communs les unissant qui sont principalement la délocalisation des services offerts et l'hébergement à distance des données de l'entreprise qui recourt à ce type de services.

Les avantages que cette forme de services procure aux entreprises sont indéniables.

Ces avantages sont une réduction des coûts pour l'entreprise qui y recourt quelle que soit la taille de celle-ci dans la mesure où elle la dispense d'investir dans l'achat de logiciels, l'acquisition de matériel informatique et sa maintenance, qui sont pris en charge par le prestataire de cloud fournissant une solution globale qui permet au bénéficiaire du service, moyennant le paiement des seuls coûts d'usage des moyens et infrastructures techniques mises contractuellement à sa disposition. Le caractère compétitif et donc modique de ces coûts provient du fait que le prestataire mutualise ses éléments d'infrastructure entre divers bénéficiaires.

Dans l'énumération des avantages du cloud, il faut citer la simplification de la gestion qui a pour vertu d'exonérer le bénéficiaire des contraintes et de la maintenance des ressources informatiques internes et des dépenses de formation inhérentes, pour lui permettre de se consacrer à son métier de base.

Le cloud assure aussi comme avantages au client une meilleure disponibilité de ses applications de n'importe quel endroit où l'utilisateur autorisé à y accéder parmi ses employés se trouve, pourvu qu'une connexion internet accessible lui soit assurée car il est exigé contractuellement que le prestataire mette en place les contrôles nécessaires à procurer cette assurance raisonnable d'accès dans des conditions normales et similaires à celles qui sont stipulées dans les conditions générales exposées et les contrats proposés par le prestataire de service.

A cette définition usuelle dont le simple énoncé des éléments a permis de donner un avant-goût de certains des problèmes juridiques qui ne manqueront pas d'émailler la délivrance de ce service, il n'est pas inutile de confronter celle du décret précité.

Les contrats d'informatique dématérialisée

Le service d'informatique en nuage est l'exploitation de la puissance de calcul ou de stockage de serveurs informatiques distants par l'intermédiaire d'un réseau, généralement internet. Ces serveurs sont loués à la demande, le plus souvent par tranche d'utilisation selon des critères techniques (puissance, bande passante, etc.) mais également au forfait.

Selon la définition du National Institute of Standards and Technology (NIST), le cloud computing est l'accès via un réseau de télécommunications, à la demande et en libre-service, à des ressources informatiques partagées configurables. Il s'agit donc d'une délocalisation de l'infrastructure informatique.

Les grandes entreprises du secteur informatique font la promotion du cloud computing, qui constitue un important changement de paradigme des systèmes informatiques, jusque-là constitués de serveurs situés au sein même de l'entreprise.

Le cloud se décline en outre en une typologie de services distincts.

Il existe le Cloud dit de « software as a service » connu sous l'acronyme SaaS qui porte sur une offre de logiciels en ligne comme il en irait d'un service de messagerie ou d'un logiciel de bureautique.

Le cloud se retrouve aussi sous une forme dite « platform as a service » plus communément abrégée PaaS, dans lequel le prestataire de cloud offre des applications intégrées en ligne comme une ERP⁵ à l'effet d'unifier le système d'information du client par l'intégration des différentes fonctions de l'entreprise du client autour d'une base de données unique.

On le retrouve enfin sous la forme dite « Infrastructure as a service » (IaaS) qui, comme son nom l'indique a trait à une offre d'infrastructures en ligne proposant la mise à disposition par le prestataire de cloud au profit du client, de ses ressources informatiques virtuelles en calcul ou stockage en ligne comme les serveurs, les processeurs et son infrastructure réseau.

5- acronyme de l'expression anglaise « Enterprise Resource Planning », qui se présente comme un logiciel de gestion intégré, du système d'information de l'entreprise, permettant un partage des données entre tous ses services et départements.

s'assurer dans un premier temps de la pertinence de son encadrement par le droit des télécommunications à la lumière de sa définition (I) avant que d'analyser le régime juridique correspondant à cette activité notamment aux risques que le cloud computing recèle (II)

I - Le cloud computing, service de télécommunications ?

La réponse à la question titre, implique de définir préalablement le cloud computing (I.i) afin d'en déduire la pertinence de son rangement dans les services de télécommunications (I.ii).

I .i) la définition du cloud computing

Le texte du décret précité recèle quelques éléments de définition qu'il n'est pas inutile d'examiner(I.ii) afin de le confronter à la définition communément admise dans les pays qui ont connu l'émergence puis le développement de ce service.(I.i)

I.i.i) la définition usuelle du cloud computing :

Le cloud computing ou informatique en nuage se définit comme l'activité regroupant « toutes les nouvelles formes d'hébergement de données et d'applications proposées par les prestataires de services en système d'information »³. La Commission européenne indique quant à elle qu'il s'agit de tout ce qui a trait au stockage, au traitement et à l'utilisation des données contenues dans des ordinateurs distants et auxquelles on accède par Internet »⁴

Il s'agit d'une forme particulière de gérance de l'informatique, dans laquelle l'emplacement et le fonctionnement dans le nuage ne sont pas portés à la connaissance des clients.

Philippe LETOURNEAU, les contrats informatiques, Paris, Dalloz, p.150, la définit quant à lui comme « un contrat *sui generis*, cumulant la location (de matériel informatique N.D.A.) , à titre principal, et toutes sortes de prestations accessoires, la gestion du parc informatique, sa maintenance, sa mise à jour, voire la formation des utilisateurs. »

3- Le Lamy, droit du numérique, Paris, Wolters Kluwer, 2016, p.658, n° 944

4- « Exploiter le potentiel de l'informatique en nuage en Europe », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM (2012)529 final, 27 septembre 2012, P.21

Les contrats d'informatique dématérialisée (Cloud Computing), entre régulation et protection contractuelle.

Dr M'hamed Toufik Bessai

Maître de conférences à la Faculté de droit
de l'Université d'Alger 1

A la liste limitative des services de télécommunications soumis à régulation, le décret n° 15-320 du 13 décembre 2015 fixant le régime d'exploitation applicable à chaque type de réseaux, y compris radioélectriques et aux différents services de télécommunications ¹, vient d'ajouter les services d'hébergement et de stockage de contenu informatisé au profit d'utilisateurs distants dans le cadre des services dits d'informatique en nuage ou « cloud computing ».

C'est là un service tout à fait nouveau dans l'encadrement juridique existant des activités relevant des technologies de l'information et des télécommunications en Algérie.

Dans la mesure où cette activité est un prolongement de ce que l'on dénomme l'infogérance², service informatique par excellence, il importe de

1-Joradp n° 68 du 27 décembre 2015, p.10

2- Sur l'infogérance voir Lamy, droit du numérique, op.cit, qui définit l'infogérance comme « un service (...) résultat de l'intégration d'un ensemble de services élémentaires, visant à confier à un partenaire informatique tout ou partie d'un système d'information du client dans le cadre d'un contrat pluriannuel, à base forfaitaire avec un niveau de services et une durée définie (Norme AFNOR XP Z 67 -801- 1) et qui ajoute que SYNTEC (chambre patronale des sociétés de service et d'ingénierie informatique le définit comme un « Ensemble d'activités de services consistant en la prise en charge partielle ou totale de la fonction informatique d'une entreprise. La SSII peut reprendre avec ou sans délocalisation tout ou partie des ressources informatiques pour assurer la gestion de l'activité informatique correspondante dans le cadre d'une relation pluriannuelle avec un engagement sur les résultats.