

Cloud computing et gratuité : quel coût pour le consommateur ?

Qualification juridique, étude des modes de rémunération
et examen de la relation contractuelle

Mémoire réalisé par
Cédric Denuit

Promoteur
Hervé Jacquemin

Année académique 2015-2016
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 107 à 114 du Règlement général des études et des examens de l'Université.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation, quelle qu'en soit l'ampleur, le cas échéant par le biais d'une traduction, des idées ou énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées, de même que l'utilisation de représentations graphiques d'un tiers, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement au sein de la prestation réalisée par l'étudiant.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source mentionnée*.

S'il y a eu plagiat, l'étudiant peut se voir infliger une sanction disciplinaire, en fonction de la gravité des faits. Toute constatation de tricherie et de plagiat opérée par le jury est communiquée au vice-recteur aux affaires étudiantes par le président du jury.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je tiens à remercier mon promoteur, le Professeur Hervé Jacquemin, pour les conseils dispensés tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Je remercie également mes parents, mon frère ainsi que Jean-Christophe pour le temps qu'ils ont bien voulu accorder à la relecture de ce mémoire.

SOMMAIRE

Introduction	3
Titre I ^{er} . Définition du <i>cloud computing</i>	5
Chapitre 1. Notion de <i>cloud computing</i>	5
Chapitre 2. Caractéristiques du <i>cloud computing</i>	6
Chapitre 3. Catégories de <i>cloud computing</i>	7
Titre II. Qualification du contrat de <i>cloud computing</i> et incidence de la gratuité	9
Chapitre 1. Qualification du contrat de <i>cloud computing</i> et dispositions applicables	9
Chapitre 2. Incidence de la gratuité	21
Conclusion	26
Titre III. Modes de rémunération du prestataire d'un service de <i>cloud computing</i> gratuit	27
Sous-titre I. Publicité	28
Chapitre 1. Notions	28
Chapitre 2. Régime général de la publicité	30
Chapitre 3. Règles propres à la publicité en ligne	33
Chapitre 4. Examen des pratiques courantes rencontrées dans le contexte du <i>cloud computing</i>	35
Chapitre 5. En guise de conclusion	39
Sous-titre II. Traitement de données à caractère personnel	39
Chapitre 1. Cadre légal, notion de traitement de données à caractère personnel et champ d'application	40
Chapitre 2. Principes applicables aux traitements de données à caractère personnel et personnes auxquelles ils incombent dans le contexte du <i>cloud computing</i>	48
Chapitre 3. Régime juridique applicable aux <i>cookies</i> – la question du consentement	52
Chapitre 4. Étude d'exemples de services de <i>cloud computing</i> fournis sans contrepartie économique directe du consommateur	55
Chapitre 5. En guise de conclusion	58
Titre IV. Examen de la relation contractuelle – La question des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité	58
Chapitre 1. Définition	59
Chapitre 2. Régime juridique, validité et exceptions	59
Chapitre 3. Application aux contrats de <i>cloud computing</i> conclus avec un consommateur et étude de clauses contractuelles	61
Conclusion	65
Conclusion générale	65
Bibliographie	67
Table des matières	77

INTRODUCTION

1. Le *cloud computing* semble être, dans l'esprit du consommateur, un phénomène assez récent. En vérité, la technologie à la base du *cloud computing* n'est pas neuve. Dans les années 1960 déjà, l'idée que l'on pourrait partager les ressources informatiques était présente à l'esprit de nombreux informaticiens, du fait, notamment, du coût élevé du matériel informatique. Il s'agissait alors de rentabiliser au maximum le matériel en permettant à plusieurs personnes de l'utiliser simultanément, ce que le *time-sharing* finit par rendre possible¹.

Avec le développement de l'Internet, cette même idée a trouvé une application encore plus large : partager des ressources informatiques non plus entre personnes pouvant approcher physiquement le même matériel, mais entre personnes indifféremment réparties dans le monde par le biais du réseau. Jean MOUNET, président de Syntec Informatique, compare cette « nouvelle » manière d'accéder à l'informatique avec l'accès à l'électricité : « on se branche sur une “prise informatique” pour disposer d'applications, de puissance de calcul, de stockage,... sans se préoccuper de la transformation, ni du réseau de distribution, ni de la centrale de production et des ressources primaires nécessaires »². Il s'agit là, selon la Commission européenne, « d'une nouvelle phase d'industrialisation [...] comparable à l'industrialisation de la fourniture d'électricité par les centrales dans le domaine de l'énergie »³.

De manière générale, le *cloud computing* s'inscrit dans une tendance plus large de l'utilisation des ressources informatiques et des technologies de l'information et de la communication⁴ : dans une optique « *as a service* », l'utilisateur, plutôt que de les posséder et donc d'en supporter la charge, préférera user uniquement de ce qui lui est nécessaire, en s'appuyant sur un fournisseur dont le rôle sera de lui fournir le service sollicité, le plus souvent contre paiement. Il s'agit donc d'un mode d'utilisation qui se rapproche plus de la location que de la propriété⁵.

Si les différents avantages offerts par le *cloud computing* intéressent principalement les entreprises, le consommateur n'a pourtant pas tardé à se tourner vers ce nouvel usage des ressource-

¹ Q. F. HASSAN, « Demystifying Cloud Computing », *The Journal of Defense Software Engineering*, 2011, p. 16.

² X., *Le Livre Blanc du Cloud Computing – Tout ce que vous devez savoir sur l'informatique en nuage*, Paris, Syntec Informatique, 2010, p. 2.

³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions du 27 septembre 2012, *Exploiter le potentiel de l'informatique en nuage en Europe*, COM (2012) 529 final, p. 4.

⁴ R. BUYYA, J. BROBERG et A. GOSCINSKI, *Cloud computing : paradigms and principles*, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2011, p. 6.

⁵ J. DE CLAUSSADE, « Enjeux économiques, commerciaux et sociétaux du cloud », *Le cloud computing – L'informatique en nuage*, sous la direction de B. Fauvarque-Closson et C. Zolynski, Paris, Société de législation comparée, 2013, p. 90.

ces informatiques. En effet, étant de plus en plus connecté, et aidé en cela par la pluralité des terminaux lui permettant d'accéder à l'Internet (ordinateurs portables et, surtout, *smartphones* et tablettes), celui-ci s'est vite trouvé confronté à un problème de portabilité des données. Cette difficulté d'accès est aujourd'hui réglée par le *cloud computing*, qui lui permet, en les stockant dans le « nuage », de les consulter par la suite depuis n'importe quel appareil connecté, où qu'il se trouve.

Cette appropriation du *cloud computing* par le consommateur n'est pour autant pas sans soulever de nombreuses questions, qu'il est impossible d'aborder dans leur totalité dans le cadre du présent mémoire. Nous pouvons cependant citer, parmi celles qui ne seront pas étudiées, la question du droit applicable⁶, la propriété (intellectuelle) des données déposées sur une plateforme de *cloud computing* ou encore la question de leur réversibilité⁷.

2. Pour ce mémoire, nous avons décidé de nous concentrer sur une pratique qui semble devenir la norme concernant l'utilisation du *cloud computing* par les consommateurs : la mise à disposition de celui-ci gratuitement, sans qu'aucune rémunération ne soit due par ces derniers.

Le titre I^{er} sera consacré à la notion de *cloud computing*, dont la présentation est essentielle pour la compréhension des développements qui suivront. Nous en présenterons une brève définition (chapitre 1), en donnerons les grandes caractéristiques (chapitre 2) et en distinguerons les différentes catégories (chapitre 3).

Le titre II sera dédié à la qualification du contrat de *cloud computing* conclu avec un consommateur, tant au regard du Code civil que des dispositions européennes aujourd'hui transposées au sein du Code de droit économique (chapitre 1). Nous examinerons ensuite si le fait de délivrer un service de *cloud computing* gratuitement a une incidence sur les qualifications retenues (chapitre 2).

Le titre III abordera l'étude des modes de rémunération d'un fournisseur de *cloud computing* gratuit, lesquels consistent en la publicité (sous-titre I) et le traitement de données à caractère

⁶ Nous renvoyons le lecteur intéressé aux contributions suivantes : C. CUIJPERS, « Toepasselijk privacyrecht in de wolk », *Computerr.*, 2011/3, pp. 115 à 141 ; B. VOLDERS, « IPR in de wolken : het toepasselijke recht op Cloud computing-overeenkomsten », *Computerr.*, 2011/3, pp. 137 à 141 et B. DOCQUIR, « Nouveaux équilibres contractuels dans le contexte de l'informatique dématérialisée », *Le droit des nouvelles technologies et de l'internet*, sous la coordination de B. Docquir, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5 à 62.

⁷ Pour un article sur le sujet, voy. D. FILIPPONE, « Cloud computing : surmonter les pièges de la réversibilité », *Journal du Net*, disponible sur <http://www.journaldunet.com/solutions/dsi/cloud-computing-et-reversibilite.shtml>.

personnel (sous-titre II). Dans les deux cas, nous expliciterons les dispositions étudiées au moyen d'exemples tirés de l'offre existante.

Enfin, le titre IV étudiera les clauses limitatives de responsabilité, fréquentes dans un tel contexte. Après en avoir donné une définition (chapitre 1) et en avoir apprécié la validité (chapitre 2), nous examinerons quelques clauses contractuelles (chapitre 3).

TITRE I^{ER}. DÉFINITION DU *CLOUD COMPUTING*

3. Ce premier titre introductif est consacré à la notion de *cloud computing*. Après en avoir donné une définition (chapitre 1), nous en présenterons ensuite les caractéristiques expliquant le succès qu'il rencontre aujourd'hui (chapitre 2). Enfin, nous dresserons une typologie des différentes catégories de *cloud computing* (chapitre 3).

CHAPITRE 1. NOTION DE *CLOUD COMPUTING*

4. La notion même de « *cloud* » (« nuage » en anglais) permet déjà d'approcher le phénomène du *cloud computing*. Aux yeux du grand public, il s'agit d'inscrire l'utilisation de leur ordinateur dans un réseau⁸, leur permettant d'y stocker des données et éventuellement d'y accéder par le biais d'un autre terminal afin de les consulter ou de les télécharger.

La Commission européenne envisage l'informatique en nuage comme pouvant se résumer « au stockage, au traitement et à l'utilisation de données contenues dans des ordinateurs distants et auxquelles on accède par Internet »⁹. Cette définition met l'accent sur l'utilisation qui est la plus commune auprès du citoyen, à savoir le stockage de données en ligne et leur consultation. En réalité, le *cloud computing* recouvre une réalité beaucoup plus large et complexe que ce que son utilisation par le citoyen lambda pourrait laisser croire.

5. Pour appréhender le phénomène du *cloud computing* dans sa globalité, la définition proposée par le *National Institute of Standards and Technology*¹⁰ (NIST) fait aujourd'hui autorité en la matière. Celui-ci définit le *cloud computing* comme « *a model for enabling ubiquitous,*

⁸ L. FERREIRA PIRES, « Wat is Cloud computing », *Computerr.*, 2011/3, p. 104.

⁹ Communication de la Commission du 27 septembre 2012, précitée, p. 2.

¹⁰ Le *National Institute of Standards and Technology* est une agence du département du Commerce des Etats-Unis.

convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction »¹¹. Il s'agit donc de « l'accès, via le réseau à la demande et en libre service, à des ressources informatiques virtualisées et mutualisées (...) [et] donc d'une externalisation de tout ou partie des outils informatiques »¹².

Cette définition a l'avantage de reprendre les différents éléments caractéristiques du *cloud computing* et déjà de dégager certaines tendances qui entourent la pratique contractuelle du *cloud computing*. Nous pensons ici aux contrats d'adhésion (« *with minimal service provider interaction* »), dont l'usage est très répandu vis-à-vis des consommateurs.

CHAPITRE 2. CARACTÉRISTIQUES DU CLOUD COMPUTING

6. Si nous avons indiqué précédemment que le *cloud computing* n'était en soi ni un phénomène neuf ni une technologie différant substantiellement des autres services du Web 2.0, celui-ci peut toutefois être approché au travers de caractéristiques propres permettant de le distinguer des services susmentionnés.

Toujours selon le NIST, cinq caractéristiques essentielles du *cloud computing* peuvent être dégagées. Nous verrons que ces caractéristiques expliquent le succès actuel du *cloud computing*.

- 1) Le *cloud computing* est un **service sur demande**, qui offre à l'utilisateur l'avantage d'user du service unilatéralement sans avoir à recourir à une intervention humaine préalable du fournisseur¹³.
- 2) L'**accès au réseau** est **omniprésent**, en ce sens que les capacités offertes par le fournisseur sont disponibles partout sur le réseau et accessibles *via* des mécanismes qui promeuvent leur utilisation par différentes plateformes (téléphones mobiles, tablettes, etc.)¹⁴.

¹¹ P. MELL et T. GRANCE, *The NIST Definition of Cloud computing*, Gaithersburg, NIST, 2011, disponible sur <http://csrc.nist.gov/publications/pubs00-145P800-145.pdf>.

¹² G. RUE, « Aspects contractuels du SaaS (partie 1) », *B.S.J.*, 2012/478, p.15.

¹³ P. MELL et T. GRANCE, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ *Ibid.*

- 3) L'offre du service se fait par la **mise en commun de ressources** : le fournisseur sert plusieurs utilisateurs grâce à un modèle multi-entités, permettant une (ré-)assignation de ces ressources selon la demande des clients¹⁵.
- 4) Le *cloud computing* se caractérise également par une **rapide élasticité**, le service s'adaptant rapidement à la demande, ce qui laisse parfois apparaître au client que le service puisse être illimité¹⁶.
- 5) Enfin, le service offert par le *cloud computing* est **mesuré**, en ce sens que les ressources sont automatiquement contrôlées et optimisées en tirant parti d'une capacité de mesure appropriée au type de service¹⁷. Le plus souvent, cette capacité de mesure prend la forme d'un paiement par utilisation.

CHAPITRE 3. CATÉGORIES DE *CLOUD COMPUTING*

7. La définition proposée par le NIST appelle à établir plusieurs distinctions entre différentes formes de *cloud computing* selon les ressources informatiques (*computing ressources*) envisagées.

L'utilisation d'un service de *cloud* peut porter tant sur des programmes (*softwares*) que sur du matériel informatique (*hardware*). Le premier type d'utilisation est sans doute le plus connu du grand public et le plus utilisé : cela peut aller d'une mise à disposition d'un espace de stockage de données¹⁸ à un accès à différentes applications disponibles uniquement en ligne¹⁹. Le second – plus utilisé dans le monde de l'entreprise – a pour objet d'offrir un accès à des serveurs virtuels sur lesquels les clients peuvent exécuter leurs programmes²⁰.

Cette distinction établie, nous pouvons présenter les différentes catégories de *cloud computing* existantes, que l'on classe par niveaux de dématérialisation, qualifiés de niveaux « d'informatique dématérialisée » :

- 1) Le *Software as a Service* (SaaS) voit un fournisseur offrir un accès à ses clients à ses applications dans une structure de *cloud* sur laquelle ceux-ci n'ont aucun

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Par exemple, *Microsoft OneDrive*.

¹⁹ Par exemple, *Office Online*.

²⁰ L. FERREIRA PIRES, *op. cit.*, p. 105.

contrôle²¹. Les applications ainsi proposées ne nécessitent plus d'être installées sur un serveur interne ou un poste de travail appartenant au client²².

- 2) Le *Platform as a Service* (PaaS) permet au client de profiter de l'infrastructure de *cloud* qui lui est offerte pour y développer des applications grâce à – et dans les limites de – différents outils informatiques supportés par la plateforme du fournisseur (langages de programmation, bibliothèques logicielles, etc.)²³.
- 3) L'*Infrastructure as a Service* (IaaS) offre au client l'accès à des serveurs virtuels en vue d'y installer ses propres logiciels et systèmes²⁴.

La classification classique retenue par le NIST permet de recouvrir les différentes utilisations possibles du *cloud computing*. Il est cependant possible de présenter d'autres formes, qui, par la force des choses, ne sont que des applications particulières des trois niveaux principaux. Ainsi en est-il du *Storage as a Service* (STaaS), sans doute le modèle le plus utilisé par les consommateurs, qui constitue la forme la plus simple de *Software as a Service*, dans la mesure où le fournisseur met uniquement à disposition de son client un « espace de stockage sans service logiciel particulier »²⁵. Le *Desktop as a Service* (DEaaS), quant à lui, consiste à fournir un environnement informatique de travail en ligne, tandis que le *Data as a Service* (DAaaS) fournit à l'utilisateur des données nettoyées et enrichies²⁶.

Ces différentes formes de *cloud computing* peuvent, en outre, être distinguées selon leur mode de déploiement²⁷. Il s'agira d'un *cloud* public lorsque celui-ci est accessible à tout utilisateur, d'un *cloud* privé lorsque son accès est réservé à un utilisateur déterminé, d'un *cloud* communautaire lorsque seule une communauté d'utilisateurs partageant des intérêts communs peuvent y avoir accès. Le *cloud* hybride, enfin, est une conjonction de deux modèles ou plus (public, privé, communautaire) qui, tout en restant distincts les uns des autres, sont « amenés à coopérer [et] à partager entre eux des données »²⁸.

²¹ P. MELL et T. GRANCE, *op. cit.*, p. 2.

²² G. RUE, « Aspects contractuels du SaaS (partie 1) », *op. cit.*, p. 15.

²³ P. MELL et T. GRANCE, *op. cit.*, pp. 2 et 3.

²⁴ G. RUE, « Aspects contractuels du 'SaaS' (partie 1) », *op. cit.*, p. 15.

²⁵ *Ibid.* On pense ici, par exemple, à *Dropbox*.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ P. MELL et T. GRANCE, *op. cit.*, p. 3.

²⁸ X., *Le Livre Blanc du Cloud Computing*, *op. cit.*, p. 6.

TITRE II. QUALIFICATION DU CONTRAT DE *CLOUD COMPUTING* ET INCIDENCE DE LA GRATUITÉ

8. Après avoir détaillé et défini le phénomène du *cloud computing* (titre I), il est question dans ce deuxième titre de qualifier le contrat d'informatique dématérialisée. Comme pour toute relation entre deux parties, il est essentiel de procéder à une qualification juridique de celle-ci, car d'elle dépendront les différents règles et principes qui régiront le contrat, de sa formation à son extinction et, surtout, de son exécution et des différents droits et obligations des parties.

Il s'agira dans un premier temps d'examiner la relation contractuelle qui se noue au regard de différentes catégories juridiques de contrats, entre autres eu égard à l'objet du contrat de *cloud computing* et à l'environnement dans lequel il se noue et s'exécute (chapitre 1). Dans un second temps, nous analyserons l'impact d'une caractéristique courante du contrat de *cloud computing* lorsqu'il est conclu avec un consommateur : la gratuité du service. Il sera question de voir si cet élément, d'une part, en fait un contrat à titre gratuit et si, d'autre part, il bouleverse la (les) qualification(s) juridique(s) retenue(s) ainsi que les droits et obligations des parties (chapitre 2).

CHAPITRE 1. QUALIFICATION DU CONTRAT DE *CLOUD COMPUTING* ET DISPOSITIONS APPLICABLES

9. Dans le cadre de ce chapitre, nous essayerons de qualifier juridiquement la relation qui se noue entre l'utilisateur du *cloud computing* et le fournisseur d'un tel service. Pour ce faire, nous rechercherons si le Code civil apporte des éléments de réponse et dans quelle mesure les différentes catégories de contrats nommés permettent de rencontrer le phénomène du *cloud computing* (section 1). Ensuite – et c'est sans doute là l'élément le plus important –, il s'agira d'examiner l'insertion du contrat de *cloud computing* dans la catégorisation des contrats réalisée par la réglementation européenne (section 2).

Section 1. Qualification du contrat de *cloud computing* au regard du Code civil

10. L'objet de cette section est d'identifier les divers rapprochements possibles entre le contrat de *cloud computing* et deux grandes catégories de contrat reprises par le Code civil : le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise.

§1^{er}. Généralités

11. Le Code civil de 1804 n'aborde évidemment pas le contrat de *cloud computing*. Celui-ci n'a donc pas, comme tel, de cadre juridique dédié²⁹. Ainsi sommes-nous en présence d'un contrat innommé³⁰. Par conséquent, les parties sont en principe libres de déterminer quel sera le contenu de leur contrat, sous réserve du respect de l'ordre public et des normes impératives³¹.

Pour autant, la réflexion autour de la qualification du contrat de *cloud computing* ne peut s'arrêter à ce simple constat, auquel cas nous serions alors bien démuni pour pouvoir en étudier le régime juridique de façon plus précise. Il s'agit donc d'examiner comment le contrat de *cloud computing* s'intègre dans la théorie générale des contrats et, surtout, d'analyser de quelle manière les règles spécifiques à certains contrats nommés peuvent lui être appliquées par analogie³².

Cette problématique sera d'autant plus complexe que la qualification juridique retenue pourrait ne pas être identique selon le modèle de *cloud computing* envisagé.

§2. Le *cloud computing*, une forme particulière de dépôt ?

12. Une première prestation offerte par un fournisseur de *cloud* réside dans le stockage et la conservation de données sur la plateforme qu'il met à disposition de son client. Dans la forme la plus simple de *cloud computing* (*Storage as a Service*), il s'agit d'ailleurs de l'essentiel du service offert à l'utilisateur.

S'il l'on se penche sur la définition que donne le Code civil du contrat de dépôt, selon lequel il s'agit d'« un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature »³³, le *Storage as a Service* semble tomber dans cette qualification. En effet, le dépositaire – ici le fournisseur de *cloud* – prend sur lui l'obligation de conserver en ligne les données qui lui sont fournies par le client. Observons déjà³⁴ que si le contrat de dépôt

²⁹ K. WINTERS, C. VANDE VORST et F. HOOGENDIJK, « Cloud computing in de juridische praktijk : een aantal mythes en misverstanden ontmaskerd », *Let's go digital – Le juriste face au numérique / De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 116.

³⁰ Art. 1107 du C. civ.

³¹ J. CLINCK, « *Cloud computing*-overeenkomsten en de aansprakelijkheid van *cloud service providers* : consument in de wolken ? », *Cah. jur.*, 2014/1, p. 102.

³² *Ibid.*

³³ Art. 1915 du C. civ. Notons que si le Code civil emploie le terme d'« acte », le dépôt est bien un « contrat par lequel une personne remet une chose mobilière à une autre, à charge de la garder, et de la restituer à première demande » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 183, n° 180).

³⁴ Nous reviendrons sur la question de la gratuité dans le Chapitre 2.

est « essentiellement gratuit »³⁵, la jurisprudence a néanmoins reconnu la possibilité d'un contrat de dépôt à titre onéreux³⁶. Dans ce cas, les obligations du dépositaire seront soumises à un degré accru de rigueur³⁷ ; nous reviendrons sur cette distinction lors de l'examen détaillé de l'impact de la gratuité.

13. La qualification du contrat de *cloud computing* en contrat de dépôt se heurte cependant à quelques difficultés, notamment dans l'application de certaines dispositions.

Une première réside dans le fait que le Code civil – témoin de son époque – envisage uniquement le dépôt de choses mobilières³⁸, comprises par la doctrine comme se rapportant aux seules choses corporelles³⁹. D'ailleurs, le contrat de dépôt étant un contrat réel, celui-ci ne sera parfait que par la remise de la chose déposée⁴⁰. Or, dans le cadre du *cloud computing*, nous sommes en présence d'un dépôt immatériel, sans appréhension physique des données digitales ainsi déposées dans le chef du fournisseur. L'origine des réticences à la reconnaissance d'un dépôt de choses incorporelles est à trouver dans l'acception retenue par une majorité de la doctrine des choses incorporelles, celles-ci n'étant envisagées que par le prisme des droits de créance⁴¹, que comme « des synonymes de droits sur quelque chose ou quelqu'un »⁴², qui ne sauraient faire l'objet d'un dépôt. Mais, aujourd'hui, « l'immatérialité [...] est désormais passée dans le support »⁴³, qui, bien qu'incorporel, fera lui aussi l'objet de droits réels. Concernant la remise, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de *traditio* matérielle de la chose qu'elle n'existe pas. En effet, elle aura lieu « au moment où les données du client sont déposées et répertoriées par un moyen informatique quelconque sur le nuage qui lui a été attribué »⁴⁴.

En outre, en procédant par analogie avec certains biens particuliers, tels le gaz et l'électricité, relevons que la qualification du contrat de *cloud computing* en contrat de dépôt est d'autant

³⁵ Art. 1917 du C. civ.

³⁶ Voy. Cass, 26 septembre 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 228.

³⁷ Art. 1928, 2°, du C. civ.

³⁸ Art. 1918 du C. civ.

³⁹ Voy., pour une critique de cette interprétation, P.-Y. GAUTIER, « Du contrat de dépôt dématérialisé : l'exemple du *cloud computing* », *La communication numérique, un droit, des droits*, sous la direction de B. Teyssié, Paris, Panthéon-Assas, 2012, pp. 158 et 159.

⁴⁰ Art. 1919, al. 1^{er}, du C. civ.

⁴¹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 159.

⁴² *Ibid.*, p. 160.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, p. 158.

plus envisageable : bien qu'immatériels, ces biens sont pourtant qualifiés de biens corporels, de biens meubles⁴⁵.

Une deuxième difficulté réside dans l'interdiction qui est faite au dépositaire d'user de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant⁴⁶. Nous verrons plus loin qu'en pratique, les données conservées par le fournisseur de *cloud* revêtent pour lui une importance capitale, *a fortiori* lorsqu'il fournit un espace de stockage sans réclamer aucun salaire⁴⁷.

Une troisième et dernière difficulté réside dans l'obligation de restitution caractérisant la fin du contrat de dépôt⁴⁸. En principe, le dépositaire doit rendre au déposant « identiquement même la chose qu'il a reçue », ce qui implique qu'il ne peut plus disposer de la chose déposée. Or, dans le contrat de *cloud computing*, tel n'est pas toujours le cas. En effet, la seule décision du client de récupérer ses données et fermer son compte n'entraîne pas automatiquement la perte des données dans le chef du fournisseur⁴⁹. En outre, le fournisseur va parfois plus loin en limitant son obligation de restitution, jusqu'à conseiller au client de procéder à des *back-ups* réguliers de ses données⁵⁰⁻⁵¹. Enfin, il est des cas dans lesquels le fournisseur se réserve le droit d'utiliser les données alors même que le client a mis fin à son utilisation du service⁵². S'il est en principe interdit au dépositaire d'user de la chose déposée, cette clause ne contrevient toutefois pas aux dispositions applicables en matière de dépôt, dans la mesure où l'autorisation présumée du déposant suffit à écarter cette interdiction⁵³, ce qui sera le cas dans la mesure où le client accepte d'user du service en connaissance de cause.

§3. Un contrat d'entreprise ?

14. Si la qualification de contrat de dépôt est envisageable, n'est-il cependant pas possible d'envisager le contrat de *cloud computing* à l'aune d'une autre catégorie de contrat : le contrat d'entreprise ?

⁴⁵ J. CLINCK, *op. cit.*, p. 104. Voy. également F. VAN NESTE, *Beginnselen van het Belgisch Privaatrecht*, v° "Zakenrecht", boek 1, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 37, n° 22.

⁴⁶ Art. 1930 du C. civ.

⁴⁷ Voy., *infra*, Chapitre 2.

⁴⁸ Art. 1932, al. 1^{er}, du C. civ.

⁴⁹ J. CLINCK, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁰ Ainsi en est-il de Microsoft qui, dans l'article 4.4 de ses conditions générales, indique n'être tenu d'aucune obligation de retourner le contenu du client et conseille à son client d'effectuer des sauvegardes régulières.

⁵¹ Nous reviendrons sur la question de la validité d'une telle clause dans le Titre IV.

⁵² Voy., par exemple, les conditions générales de Google, « Vos contenus et nos services », disponible sur <http://www.google.nl/intl/fr/policies/terms/regional.html> : « Cette autorisation demeure pour toute la durée légale de protection de votre contenu, même si vous cessez d'utiliser nos Services ».

⁵³ Art. 1930 du C. civ.

En effet, selon la complexité du modèle de *cloud computing* envisagé, le fournisseur s'engage souvent à d'autres prestations que la seule conservation des données. Il en est ainsi de la fourniture d'un logiciel par le biais d'applications (*Software as a Service*), de la mise en place d'une infrastructure de développement (*Platform as a Service*) ou encore de la possibilité pour le client d'installer ses propres logiciels et systèmes sur des serveurs virtuels mis à sa disposition (*Infrastructure as a Service*). Dans de tels cas, il apparaît que si la conservation des données constitue bien une prestation offerte à l'utilisateur, celle-ci n'est pas pour autant l'obligation essentielle du contrat : il s'agit plutôt d'un « accessoire nécessaire »⁵⁴ que le fournisseur de *cloud* doit prendre en charge s'il veut pouvoir offrir au client le service attendu. La qualification en contrat de dépôt apparaît dès lors comme étant insuffisante pour rendre compte de l'opération qui se joue entre le client et le fournisseur.

Ainsi, de manière générale, l'obligation du fournisseur est-elle d'offrir à ses clients un accès à ses serveurs et de les laisser faire usage du service proposé⁵⁵. Cette prestation centrale du contrat nous permet de le classer dans la catégorie générique du contrat d'entreprise, dans la mesure où il s'agit d'un contrat « par lequel une personne s'engage moyennant le paiement d'un prix à effectuer un travail intellectuel ou matériel déterminé pour un tiers en posant des actes matériels »⁵⁶.

Si le contrat d'entreprise est en tant que tel un contrat nommé, notons qu'il peut recouvrir quantité de contrats innommés, comme par exemple la fourniture de services informatiques⁵⁷.

§ 4. Appréciation

15. Le contrat de *cloud computing* se trouve à la frontière séparant le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise, dans la mesure où il peut parfois présenter les caractéristiques de ces deux figures contractuelles⁵⁸. Face à une telle situation – et sans rentrer dans les détails – plusieurs solutions sont envisageables, de la qualification unique du contrat au regard de la prestation jugée prééminente (qui sera ici le travail intellectuel et matériel du fournisseur) à la

⁵⁴ D. GRISARD, B. KOHL et R. SALZBURGER, « Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise », *Questions spéciales en droit des contrats*, sous la direction de J.-Fr. Germain, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 115.

⁵⁵ J. CLINCK, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁶ Cass., 3 septembre 2010, R.G. n° C.08.0554.N.

⁵⁷ J. CLINCK, *op. cit.*, p. 103 ; voy. également Comm. Bruxelles (prés.), 7 juin 2006, *RDTI*, 2007/3, p. 373, note A. Cruquenaire.

⁵⁸ Cette difficulté à distinguer le contrat de dépôt du contrat d'entreprise a conduit une doctrine abondante à prôner, *de lege ferenda*, la suppression du caractère spécial du dépôt, *a fortiori* lorsqu'il est rémunéré. Voy., en droit français, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1565 et, dans notre droit, W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, coll. Recht en Onderneming, Bruges, die Keure, 2003, pp. 198 et 199.

qualification distributive, consistant à appliquer cumulativement les règles propres au dépôt et au contrat d'entreprise, en passant par la théorie du contrat *sui generis* entraînant l'application des règles propres aux contrats concernés par analogie⁵⁹.

Pour notre part, nous sommes plutôt partisan de la théorie de la qualification distributive, dans la mesure où elle permet plus de nuances dans l'appréciation de certaines clauses contractuelles, telles les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (voy., *infra*, point 95).

Section 2. Qualification du contrat de *cloud computing* au regard du droit européen

16. Après avoir apprécié le contrat de *cloud computing* d'un point de vue classique et national, penchons-nous maintenant sur la manière dont le droit européen l'appréhende au travers de ses différentes institutions contractuelles.

Dans la mesure où ce mémoire aborde la place et la protection du consommateur dans l'opération de *cloud computing*, nous ne nous intéresserons qu'à la manière dont le droit européen aborde les contrats passés avec un consommateur, d'abord d'une manière générale et ensuite au regard du cadre dans lequel il est conclu et s'exécute.

Même si certaines dispositions légales citées sont nationales, nous avons décidé de les intégrer dans une perspective européenne, dans la mesure où elles trouvent leur origine dans l'effort d'harmonisation des droits nationaux auquel s'attelle la Commission européenne depuis de nombreuses années, notamment par le biais de directives, nombreuses en la matière.

§ 1^{er}. Un contrat de consommation

17. Comme évoqué dans le Titre I, le citoyen n'a pas tardé à s'engouffrer dans le nouveau marché que représente le *cloud computing*. Pour être reconnu comme un consommateur dans l'opération qui se noue entre lui et le fournisseur, il doit être « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁶⁰.

⁵⁹ Voy. D. GRISARD, B. KOHL et R. SALZBURGER, *op. cit.*, p. 121 ainsi que les nombreuses références citées par les auteurs.

⁶⁰ Art. I.1, 2°, du C.D.E ; Art. 2, b), de la directive (CEE) n° 93/13 du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, L.95, 21 avril 1993, p. 29 (ci-après « directive concernant les clauses abusives ») ; Art. 2 (2) de la directive (CE) n° 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L.144, 4 juin 1997, p. 19 (ci-après « directive relative aux contrats à distance ») ; Art. 1 (2), a), de la directive (CE) n° 1999/44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des

En outre, pour que le contrat soit qualifié de contrat de consommation et que le consommateur se voie offrir le bénéfice de la réglementation protectrice qui lui est accordée, celui-ci doit avoir contracté avec un professionnel, c'est-à-dire, au sens du Code de droit économique, une entreprise, définie comme « toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique »⁶¹. Dans le contexte du *cloud computing*, il est évident que le fournisseur sera toujours un professionnel, tant la mise en place du service s'avère à la fois coûteuse et éminemment complexe.

§ 2. Un contrat de prestation de service

18. Même si l'on connaît au niveau européen la distinction entre le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise⁶², il est ici question d'évaluer le contrat de *cloud computing* à l'aune des catégories juridiques habituellement retenues lorsque le contrat est conclu avec un consommateur, à savoir le contrat de vente et le contrat de service.

19. La qualification en contrat de vente⁶³ sera rapidement écartée, dans la mesure où l'objet du contrat de *cloud computing* porte justement sur la possibilité qu'a le consommateur d'utiliser des logiciels en ligne, sans avoir à les acheter préalablement. Il n'y a donc pas, ici, de transfert de propriété du fournisseur de *cloud* au consommateur⁶⁴. La qualification en

garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, L.217, 5 août 1998, p. 18 (ci-après « directive sur certains aspects de la vente ») ; Art. 2 de la directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L.178, 17 juillet 2000, p. 1 (ci-après « directive sur le commerce électronique ») ; Art. 2, a), de la directive (CE) n° 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L.149, 11 juin 2005, p. 22 (ci-après « directive relative aux pratiques commerciales déloyales ») ; Art. 2 (1) de la directive (UE) n° 2011/83 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L.304, 22 novembre 2011, p. 64 (ci-après « directive relative aux droits des consommateurs »).

⁶¹ Art. I.1, 1°, du C.D.E.

⁶² Le Cadre commun de référence contient en effet, dans son Livre IV.C, Chapitre 5, une proposition de réglementation spécifique au contrat de dépôt, distincte de celle s'appliquant à différents types de contrats d'entreprise ; voy. D. GRISARD, B. KOHL et R. SALZBURGER, *op. cit.*, pp. 115 et 116.

⁶³ Soit « tout contrat en vertu duquel l'entreprise transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ceux-ci » (Art. I.8, 33°, du C.D.E et art. 2 (5) de la directive relative aux droits des consommateurs).

⁶⁴ J. CLINCK, *op. cit.*, p. 107.

contrat de vente sera en outre d'autant plus vite exclue que seuls les biens⁶⁵ font l'objet d'un contrat de vente⁶⁶.

20. Aussi le contrat de *cloud computing* sera-t-il plutôt rattaché au contrat ayant pour objet un service, c'est-à-dire « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire »⁶⁷. Ici, la prestation offerte par le fournisseur de *cloud* consiste en différents services qu'il fournit au consommateur, soit majoritairement l'accès à différents logiciels⁶⁸ et la conservation des données nécessaire à leur bon fonctionnement.

§ 3. Un contrat conclu à distance

21. Une autre particularité du contrat de *cloud computing* réside dans le fait qu'il est conclu à distance, directement sur Internet, du moins pour les consommateurs⁶⁹. Par contrat conclu à distance, on entend « tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »⁷⁰.

C'est justement cette conclusion du contrat par une technique de communication à distance⁷¹ qui a justifié l'adoption d'un corps de règles protectrices supplémentaire à l'égard du consommateur, dans le but de garantir « un consentement informé et réfléchi dans son chef », « en réduisant l'asymétrie informationnelle dont le consommateur est supposé souffrir »⁷².

En pratique, la conclusion en ligne d'un contrat de *cloud computing* s'avère extrêmement simple pour le consommateur : pour créer un compte (gratuit), il lui suffit de rentrer ses coor-

⁶⁵ Ceux-ci étant définis comme « tout bien meuble corporel » (art. I.1, 6°, du C.D.E) ou encore comme « tout objet mobilier corporel » (art. 2 (3) de la directive relative aux droits des consommateurs).

⁶⁶ H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne », *R.D.T.I.*, 2014/56, p. 9.

⁶⁷ Art. I.1, 5°, du C.D.E.

⁶⁸ Par exemple, un logiciel de messagerie en ligne (*Gmail*, *Outlook*, etc.) ou encore un logiciel de traitement de texte et d'édition de documents (*GoogleDocs*).

⁶⁹ Comme nous le verrons par la suite, les services de *cloud computing* délivrés au consommateur sont très largement standardisés et ne permettent le plus souvent – si pas toujours – aucune négociation, si bien qu'une rencontre entre parties ne présente, pour le fournisseur, que peu voire pas d'intérêt. Concernant les contrats conclus avec des entreprises, compte tenu de la demande souvent spécifique et des montants en jeu parfois fort élevés, il n'est par contre pas inenvisageable que le contrat soit conclu de manière plus classique, en présence des parties.

⁷⁰ Art. I.8, 15°, du C.D.E ; art. 2 (7) de la directive relative aux droits des consommateurs.

⁷¹ Celle-ci étant définie comme « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée de l'entreprise et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties » (Art. I.8, 16°, du C.D.E. ; art. 2 (4) de la directive sur les contrats à distance).

⁷² H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012, p. 806.

données, un mot de passe, d'accepter les conditions d'utilisation (auxquelles il est renvoyé par un lien hypertexte ou par l'apparition d'une fenêtre de navigation intermédiaire) et de confirmer sa demande⁷³.

§ 4. *Un service de la société de l'information*

22. Si le contrat de *cloud computing* est donc un contrat de service conclu à distance, il est aussi – et surtout – un contrat de « service de la société de l'information ». Cette notion, apparue dans la directive 98/34/CE⁷⁴ telle que modifiée par la directive 98/48/CE⁷⁵, y est définie, en son article 1^{er}, § 2, comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »⁷⁶.

Une première exigence, liée à la rémunération du service, est requise pour que le contrat de *cloud computing* soit considéré comme un service de l'information. Contentons-nous, à ce stade, de considérer que cette condition est rencontrée⁷⁷.

Une deuxième exigence, caractéristique première d'un service de l'information, est que le service est presté à distance, en ce sens qu'il est « fourni sans que les parties soient simultanément présentes »⁷⁸. Sont visées ici toutes les techniques de communication à distance telles que nous les avons déjà définies dans le paragraphe précédent⁷⁹.

Enfin, la prestation doit être demandée par un destinataire, c'est-à-dire « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible »⁸⁰.

Le contrat de *cloud computing* remplit ces deux dernières exigences, dans la mesure où le service qu'il procure est évidemment presté en dehors de la présence simultanée des parties et où c'est bien l'utilisateur du service qui en fait la demande. D'ailleurs, rappelons que, si le

⁷³ Voy., par exemple, la procédure de création d'un compte *Gmail* (disponible sur <https://accounts.google.com/SignUp?service=mail&hl=fr&continue=http%3A%2F%2Fmail.google.com%2Fmail%2F%3Fpc%3Dtopnav-about-fr>) ou encore d'un compte *Dropbox* (disponible sur <https://www.dropbox.com/fr/>).

⁷⁴ Directive (CE) n° 98/34 du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaires techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.C.E.*, L.204, 21 juillet 1998, p. 37 (ci-après « directive relative aux services de la société de l'information »).

⁷⁵ Directive (CE) n°98/48 du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.C.E.*, L.217, p. 18.

⁷⁶ En droit belge, art. I.18, 1°, du C.D.E.

⁷⁷ La question de la contrepartie économique fera en effet l'objet d'une analyse propre. Voy., *infra*, Chapitre 2.

⁷⁸ Art. 1^{er}, §2, premier tiret, de la directive relative aux services de la société de l'information.

⁷⁹ Art. I.8, 16°, du C.D.E ; art. 2 (4) de la directive sur les contrats à distance.

⁸⁰ Art. I.18, 5°, du C.D.E.

cloud computing connaît aujourd'hui un tel succès, c'est précisément parce qu'il permet à l'utilisateur d'en user selon ses besoins et quand il le souhaite, sans devoir dépendre pour cela d'éventuels rapports avec le prestataire de service lui fournissant l'accès à ses serveurs, logiciels, plateformes, etc.

§ 5. Appréciation au regard d'un nouveau concept : le contenu numérique

23. Avec le développement de l'informatique dématérialisée et des services en ligne toujours plus performants, le consommateur ne doit plus nécessairement acquérir physiquement le bien ou à entrer en relation directe avec un prestataire de service pour bénéficier de la prestation qu'il sollicitait. Le droit européen, jusqu'il y a peu, ne visait pas directement la consommation de ce type de contenu – en tout cas par des dispositions distinctes y ayant spécifiquement trait.

Dorénavant, la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs et sa loi de transposition belge remédient à cette lacune en insérant dans la réglementation existante un concept nouveau : le contenu numérique.

Il en est de même d'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques⁸¹ (ci-après « proposition de directive sur les contenus numériques »), qui fait suite au retrait par la Commission européenne d'un projet bien plus ambitieux de règlement portant sur un droit commun européen de la vente⁸².

Le but recherché par l'insertion du concept de contenu numérique est d'assurer une protection renforcée du consommateur de tels contenus, en renforçant l'obligation d'information qui pèse sur l'entreprise⁸³, dans la mesure où la position de faiblesse dans laquelle il est supposé se trouver est aggravée par « les éléments de nature technique [du contenu numérique] que le consommateur moyen ne maîtrise pas nécessairement »⁸⁴.

⁸¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM (2015) 634 final.

⁸² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil pour un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final. Plus précisément, suite à l'échec des négociations sur la proposition de règlement, deux propositions de directives sont maintenant proposées : une première, déjà mentionnée, sur la fourniture de contenus numériques, et une seconde portant sur certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens (COM (2015) 635 final), qui n'entend pas régler le sort des contenus numériques (voy. le considérant n° 13). Ces deux propositions de directive ont pour objectif d'exploiter plus efficacement le potentiel des ventes en ligne au sein de l'Union européenne ; voy. G. RUE, « La Commission propose de moderniser les règles applicables aux contrats de ventes en ligne », *B.S.J.*, 2016/556, p. 11.

⁸³ Art. VI.2, 8° et 9°, du C.D.E.

⁸⁴ H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015/3-4, p. 7.

24. La définition donnée par la directive se révèle être « particulièrement large »⁸⁵, le contenu numérique consistant en « des données produites et fournies sous forme numérique »⁸⁶, que « l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du *streaming*, depuis un support matériel ou par tout autre moyen »⁸⁷. Les exemples ne manquent pas et sont donnés par la directive elle-même ainsi que par les travaux préparatoires de la loi de transposition belge⁸⁸. Ainsi en est-il des « vidéos », « enregistrements audio », « images ou contenus numériques écrits », « jeux numériques », « logiciels », « applications ».

La principale difficulté du contenu numérique est qu'il faut l'envisager au regard des différentes catégories de produits déjà évoquées ci-dessus (voy., *supra*, point 18), à savoir les biens et les services⁸⁹. Cela implique l'application de règles différentes selon le produit envisagé, notamment en matière d'un éventuel droit de rétractation. Pour opérer la distinction, il convient de prendre en considération le mode de fourniture du contenu numérique. S'il est fourni sur un support matériel (CD, DVD), il devra être considéré comme un bien⁹⁰. Dans le contexte du *cloud computing*, tel n'est évidemment pas le cas, puisque le contenu numérique (logiciel, application) est exécuté directement en ligne. Aussi, un contenu numérique non fourni sur un support matériel devra-t-il être considéré comme un service⁹¹⁻⁹². Ainsi, ce seront les dispositions relatives aux biens qui s'appliqueront aux contenus numériques fournis sur un support matériel tandis que ce seront celles relatives aux services qui trouveront à s'appliquer lorsque tel n'est pas le cas, avec, en sus, l'application des dispositions propres aux contenus numériques⁹³.

25. La qualification du contenu numérique faite, il convient de qualifier juridiquement la convention portant sur sa fourniture. A cet égard, il faudra être attentif à certaines différences entre les dispositions du Code de droit économique et celles de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, du fait d'une modification opérée lors de la transposition.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁸⁶ Art. I.8, 35°, du C.D.E. ; art. 2 (11) de la directive relative aux droits des consommateurs. Voy. également art. 2, j), de la proposition de règlement DCEV.

⁸⁷ Considérant n° 19 de la directive relative aux droits des consommateurs.

⁸⁸ Projet de loi portant insertion du livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 3018/001, p. 16.

⁸⁹ H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de produits numériques », *op. cit.*, p. 15.

⁹⁰ Voy. le considérant n°19 de la directive relative aux droits des consommateurs.

⁹¹ H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, p. 16.

⁹² *Ibid.*, pp. 15 et 16. Dans la proposition de règlement DCEV, le législateur européen avait opté pour un régime juridique propre aux contenus numériques, en cessant de les distinguer selon l'existence ou non d'un support matériel.

⁹³ *Ibid.*, p. 16.

La directive, toujours en son considérant n° 19, précise en effet que « les contrats relatifs à des contenus numériques non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme des contrats de vente ni comme des contrats de services ». Ainsi, le contenu numérique fourni sur un support matériel sera l'objet d'un contrat de vente tandis que le contenu numérique non fourni sur un support matériel, hypothèse du *cloud computing*, devra être envisagé comme un « contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel », distinct du contrat de service⁹⁴.

Le législateur belge, dans la loi de transposition, a opté pour une approche plus simple, non sans opérer une modification importante de la solution retenue par la directive⁹⁵. En effet, le contrat portant sur un contenu numérique obéit à la division classique entre contrat de vente et contrat de service : dès que le contenu numérique est fourni sur un support matériel (CD, DVD), sa fourniture devra être considérée comme faisant l'objet d'un contrat de vente, tandis que ce sera la qualification de contrat de service qui devra être retenue s'il n'est pas fourni sur un support matériel⁹⁶.

26. Dans la proposition de directive sur les contenus numériques, une définition plus complexe du contenu numérique a été retenue, celui-ci étant :

- « (a) les données produites et fournies sous forme numérique, par exemple des vidéos, enregistrements audio, applications, jeux numériques et autres logiciels,
- (b) tout service permettant la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies par le consommateur, et
- (c) tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies par d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données »⁹⁷.

La définition est, on le voit, plus large que celle retenue dans la directive 2011/83. Cette acception relève de la volonté de la Commission elle-même, notamment pour lui permettre de « s'adapter aux progrès technologiques rapides et de préserver le caractère évolutif du concept de contenu numérique »⁹⁸. Notons également que la proposition de directive vise directement

⁹⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 3018/001, p. 16.

⁹⁷ Art. 2 (1) de la proposition de directive sur la fourniture de contenu numérique.

⁹⁸ Voy. le considérant n° 11 de la proposition de directive sur la fourniture de contenu numérique.

le *cloud computing* dans la mesure où le contenu numérique « devrait couvrir les services qui permettent la création, le traitement ou le stockage de données ».

Section 3. Conclusion

27. Le contrat de *cloud computing* est une convention dont la qualification s'avère complexe et multiple. Il mobilise en effet plusieurs domaines du droit et appelle l'application cumulative de différents corps de règles émanant d'instruments légaux divers, dont l'interaction n'est pas toujours simple. Cette difficulté se présentera notamment suite aux divergences existantes dans la façon dont les droits européen et belge considèrent le contenu numérique non fourni sur un support matériel : « contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel » pour l'un et contrat de service pour l'autre⁹⁹.

Il y aura lieu de voir comment, à l'avenir, cette problématique sera résolue. Dans cette perspective, l'adoption de la proposition de directive sur la fourniture de contenus numériques pourrait régler la question, celle-ci se montrant plus ambitieuse quant à la réglementation des contenus numériques que la solution adoptée par la directive relative aux droits des consommateurs.

CHAPITRE 2. INCIDENCE DE LA GRATUITÉ

28. La grande majorité des services disponibles sur Internet sont gratuits¹⁰⁰, en ce sens que l'utilisateur-consommateur n'a pas à payer de rémunération à l'entreprise qui les lui fournit pour en bénéficier ; le *cloud computing* n'y fait pas exception.

L'objectif de ce chapitre est de comprendre la gratuité apparente du contrat de *cloud computing* conclu avec un consommateur et d'examiner quelles en sont les conséquences juridiques. Une première section sera dédiée à l'analyse de la gratuité sur Internet tandis qu'une seconde abordera l'impact de celle-ci sur les qualifications retenues lors du chapitre 1.

Section 1. La gratuité, une illusion ?

29. Le développement du Web 2.0 s'est accompagné d'une tendance de plus en plus forte : celle de la gratuité. A ce niveau, les moteurs de recherche, tels *Google* et *Yahoo !*, en sont de

⁹⁹ H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁰ X. WAUTHY, « La gratuité, c'est le vol payant », *Google et les nouveaux services en ligne. Impact sur l'économie du contenu et questions de propriétés intellectuelles*, sous la direction de A. Strowel et J.-P. Triaille, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 61.

parfaits exemples : ceux-ci donnent en effet accès « à un flux d'information gigantesque et ininterrompu, [...] trié, hiérarchisé, traité et donc quasiment directement intelligible et utile »¹⁰¹, tout en ne requérant aucun paiement de la part de l'utilisateur. Ce qui ne laisse d'impressionner et de nous interroger sur le fonctionnement réel de ces services, qui, forcément, doivent être rentables pour le fournisseur¹⁰². C'est donc que leur « fourniture [...] *ne peut pas être totalement gratuite* »¹⁰³.

Sans entrer dans des détails complexes qui nous éloigneraient du sujet, il convient d'en comprendre le fonctionnement économique. Selon les économistes, il s'agit tout d'abord de produits de contenu(s), c'est-à-dire des « bien[s] intangible[s] dont la consommation repose sur un processus intellectuel dans le chef de l'individu »¹⁰⁴ qui les utilise. Ces produits peuvent en outre être qualifiés de biens publics : ils sont non excluables (« il est impossible d'empêcher la consommation du bien par un individu sans en priver du même coup tous les autres individus »¹⁰⁵) et à consommation non rivale (« la consommation du bien par un individu ne réduit en rien les possibilités de consommation du même bien par d'autres individus »¹⁰⁶). Si la qualification du contenu en bien public peut ne pas être retenue lorsqu'il est fixé sur un support matériel, qui permet d'en limiter la consommation¹⁰⁷, la dématérialisation du support sur lequel il est fixé suite aux évolutions technologiques récentes en renforce la dimension de bien public¹⁰⁸. A l'égard de tels biens, « il est [...] impossible de forcer un individu » à en payer la consommation¹⁰⁹.

D'ailleurs, la « gratuité des contenus véhiculés sur Internet semble presque être devenue un droit » pour le consommateur¹¹⁰. Et, dans la mesure où nous sommes face à des « biens à effets de réseaux », dont la valeur « dépend directement du nombre d'utilisateurs »¹¹¹, la gratuité constitue justement un argument pour attirer le consommateur vers le service en question.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² La valeur que l'industrie leur accorde en témoigne largement : comment comprendre sinon les sommes astronomiques mises en jeu pour leur rachat (par exemple, 1,65 milliard de dollars pour le rachat de *Youtube* par *Google*) ?

¹⁰³ X. WAUTHY, *op. cit.*, p. 61. Les mots placés en italique sont de l'auteur.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 54.

¹⁰⁶ *Ibid.* Les œuvres, qui font l'objet d'une protection par le droit d'auteur, sont un exemple de bien à consommation non rivale : ce n'est pas parce qu'un individu X a visionné un film que d'autres individus se voient empêchés de faire de même.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 54.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 61.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 64.

Le financement du service se fera alors par la « vente simultanée », auprès d'un autre client, d'un autre bien, privé cette fois : l'accès à l'audience¹¹². En effet, les services en ligne constituent un marché de choix pour les entreprises désireuses de mettre en valeur leurs produits, d'autant plus que la publicité pourra être ciblée en fonction des préférences du destinataire de la communication commerciale. Si l'utilisateur peut user gratuitement du service, c'est parce que la « structure tarifaire [est] très asymétrique »¹¹³, faisant peser le financement à la seule charge des annonceurs¹¹⁴.

30. Le *cloud computing*, à cet égard, ne fonctionne pas selon une logique différente. Qu'il s'agisse de *Google* (*GoogleDocs*, *GoogleDrive*), *Microsoft* (*Outlook*, *Azure*), *Dropbox*, le consommateur se voit offrir l'opportunité d'utiliser les applications et logiciels proposés sans rien devoir déboursier. Ce qui participe au succès du service, entraînant lui-même une augmentation des recettes tirées de la publicité.

Enfin, une autre source de financement du *cloud computing* réside dans l'activité même des utilisateurs, en particulier de leurs données à caractère personnel, créées ou stockées suite à l'utilisation du service. Ces données revêtent d'ailleurs une importance capitale, dans la mesure où elles pourraient être revendues à prix d'or auprès des annonceurs, leur permettant ainsi de cibler avec plus de précision encore leurs publicités.

Section 2. Impact de l'accès gratuit au service

31. La question de la gratuité du service de *cloud computing* pose, en droit, la question de la qualification de la convention en un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux.

§ 1. Contrat à titre gratuit et contrat à titre onéreux

32. Pour qu'un contrat puisse être qualifié de contrat à titre gratuit, il faut que « l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit »¹¹⁵. A l'inverse, un contrat à titre onéreux, au sens de l'article 1104 du Code civil, verra l'une des parties verser à l'autre l'équivalent de ce que cette dernière lui donne¹¹⁶. L'idée de contrepartie économique est donc centrale : ce n'est que lorsque l'avantage est purement gratuit, désintéressé, ce n'est qu'en l'absence de

¹¹² *Ibid.*, p. 69.

¹¹³ *Ibid.*, p. 68.

¹¹⁴ C'est le modèle choisi par *Google*, où l'ensemble des services sont proposés gratuitement. Cela n'est toutefois pas toujours le cas : dans *SecondLife*, par exemple, il pourra être demandé à l'utilisateur d'investir de l'argent selon l'intensité de son utilisation.

¹¹⁵ Art. 1105 du C. civ.

¹¹⁶ Voy. P. WÉRY, « Les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit », *Rép. not.*, tome IV – Les obligations, livre I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 220, n° 53 et les références citées.

toute contrepartie – qu’il faudra prouver – que le contrat pourra être considéré comme étant conclu à titre gratuit¹¹⁷, d’autant plus que l’on connaît une « présomption d’onérosité des conventions »¹¹⁸.

§ 2. Rémunération et contrepartie économique

33. L’on peut dès lors se demander si l’absence de paiement du destinataire dans le chef du fournisseur de *cloud* suffit, en tant que telle, à exclure l’existence de toute contrepartie économique. En réalité, l’expression de « service presté normalement contre rémunération »¹¹⁹ ne doit pas être comprise d’une manière trop stricte.

34. La Cour de Justice a, très vite, eu à se prononcer sur la gratuité des services fournis au consommateur, d’abord au regard de la notion de service au sens du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne et, ensuite, vis-à-vis du service de la société de l’information.

Dans un arrêt du 26 avril 1988, la Cour précisait que « l’article 60 [57] du traité n’exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient »¹²⁰ pour que l’on soit en présence d’une prestation fournie normalement contre rémunération. Cette jurisprudence a par la suite été confirmée par un arrêt du 27 septembre 1998, lequel précisait en outre, concernant la rémunération, que « sa caractéristique essentielle réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service »¹²¹. La forme de la rémunération importe donc peu, du moment qu’elle constitue la contrepartie économique du service fourni. Cette acception est encore confirmée par un arrêt récent de la Cour de Justice, selon lequel le concept de « rémunération accordée en contrepartie d’une activité [...] ne saurait être entendu au sens strict du versement d’une somme d’argent »¹²².

Concernant les services de la société de l’information, la Cour adopte une jurisprudence analogue à celle retenue pour la notion de service au sens de l’article 57 du Traité. Dans un arrêt du 14 septembre 2014, elle indique en effet que « la notion de “services de la société de l’information” englobe des services fournissant des informations en ligne pour lesquels le prestataire est rémunéré non pas par le destinataire, mais par les revenus générés par des pu-

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Cass. fr., 31 mai 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 69.

¹¹⁹ Pour rappel, une des caractéristiques d’un service de la société de l’information (art. I.18, 1^o, du C.D.E.).

¹²⁰ C.J.C.E., 26 avril 1988 (Bond van Adverteerders e.a. c. Etat néerlandais), C-352/85, point 16.

¹²¹ C.J.C.E., 27 septembre 1998 (Etat belge c. Humbel), 263/86, point 17.

¹²² C.J.U.E., 19 décembre 2013 (Corman-Collins SA c. La maison du Whisky SA), C-9/12, point 39.

blicités diffusées sur un site Internet »¹²³. Elle indique d'ailleurs que la rémunération, entendue en ce sens qu'elle doit être fournie par le destinataire du service lui-même, est exclue par le considérant n° 18 de la directive sur le commerce électronique, lequel « précise que les services de la société de l'information s'étendent, dans la mesure où ils représentent une activité économique, à des services « qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération de données » »¹²⁴.

Autrement dit, « l'expression “contre rémunération” ne fait pas référence aux modalités concrètes de financement du service concerné, mais à l'existence d'une activité ayant un “caractère économique” ou bénéficiant d'une “contrepartie économique” »¹²⁵.

Ainsi, « sont donc visés par ce critère de “contrepartie économique” [...] les services gratuits pour le destinataire, dont le financement est le plus souvent assuré par les communications commerciales »¹²⁶. C'est en effet le financement par de la publicité qui constitue, pour le prestataire de service, la contrepartie économique du service qu'il rend au destinataire.

En conséquence, le contrat de *cloud computing* dont l'exécution ne nécessite aucune rémunération de la part de l'utilisateur ne saurait être compris comme un contrat à titre gratuit, dans la mesure où l'intention libérale qui le caractérise fait défaut. En effet, le fournisseur de *cloud* obtiendra bel et bien une contrepartie économique au service qu'il fournit, sous la forme de recettes publicitaires ou encore grâce à la revente des données¹²⁷ qui sont stockées ou produites par l'utilisateur dans le cadre de son utilisation du service.

35. A cet égard, relevons que le législateur européen entend, à l'avenir, régler le sort des contenus numériques fournis « gratuitement » au consommateur. Au considérant n° 13 de la proposition de directive sur la fourniture de contenu numérique, il observe en effet que, « dans

¹²³ C.J.U.E., 14 septembre 2014 (Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi et Giorgos Sertis), C-291/13, point 30.

¹²⁴ Voy. le point 28 de l'arrêt.

¹²⁵ M. ANTOINE, « L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique », *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, sous la direction de E. Montero, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 3.

¹²⁶ M. ANTOINE, *op. cit.*, p. 3. Voy. également E. MONTERO, M. DUMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 82.

¹²⁷ Une décision française de la Cour d'appel de Pau concernant *Facebook* a récemment indiqué « que la société Facebook ne peut contester que le traitement et l'exploitation par elle de ces données informatiques est une source très importante du financement de ses activités et, dès lors, [que] la prestation de service qu'elle fournit à ses utilisateurs [comporte] une contrepartie financière » (Pau, 23 mars 2012, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3382).

l'économie numérique, les acteurs du marché ont souvent et de plus en plus tendance à considérer les informations concernant les particuliers comme ayant une valeur comparable à celle de l'argent » et que la fourniture du contenu se fait « non pas en échange d'un paiement » mais « en accordant l'accès à des données à caractère personnel ». Face à un tel mode de fourniture, il est considéré que l'applicabilité des règles relatives aux contenus numériques « ne devrait pas dépendre du paiement ou non d'un prix pour le contenu numérique spécifique concerné ».

Toutefois, au considérant n° 14, une distinction est faite selon le mode d'obtention des données et sa finalité. Si les données demandées sont fournies activement par le consommateur et que leur récolte ne se limite pas à assurer le bon fonctionnement du contenu numérique, les règles prévues par la proposition de directive s'y appliqueront. En revanche, il n'en sera pas de même lorsque ces données sont transmises sans intervention du consommateur. Comme exemple, la proposition de directive évoque les informations obtenues au moyen de *cookies*, « même si le consommateur [les] accepte ».

La proposition indique, au considérant n° 22, que cette distinction doit être lue au regard des dispositions en matière de protection de données à caractère personnel (voy., *infra*, point 59), sans toutefois se montrer plus précise quant aux interactions pouvant exister.

CONCLUSION

36. Le contrat de *cloud computing* relève de qualifications juridiques nombreuses. La conséquence première est qu'il devra respecter des dispositions relevant de plusieurs régimes légaux différents, que ce soit en matière de publicité ou de traitement de données à caractère personnel, dont l'application commune fera l'objet du titre III. En matière de relations contractuelles aussi, le *cloud computing* devra répondre de dispositions diverses, dont l'identification – qui ne sera pas toujours aisée – dépendra souvent de la prestation en cause. Nous verrons ainsi quelles sont les règles encadrant les clauses limitatives de responsabilité insérées dans un contrat de *cloud computing* lors du titre IV.

TITRE III. MODES DE RÉMUNÉRATION DU PRESTATAIRE D'UN SERVICE DE *CLOUD COMPUTING* GRATUIT

37. Dans le titre II, nous avons montré comment, à travers une apparence de gratuité, les fournisseurs de *cloud* se rémunéraient, principalement par le biais de publicités et par le traitement des données – qui peuvent être qualifiées de données à caractère personnel – que les utilisateurs stockent dans les serveurs. Si l'on a pu en conclure que le contrat de *cloud computing* conclu avec un consommateur adoptant une telle stratégie commerciale devait bien être envisagé comme un contrat à titre onéreux, il est maintenant question d'analyser le régime juridique applicable à ces modes de rémunération. A leur égard, nous aurons l'occasion d'observer que les règles retenues par le législateur européen répondent à un souci de protection du consommateur.

La publicité sur Internet, comme toute publicité, se doit de respecter certaines exigences relatives aux pratiques loyales en matière commerciale. Mais, de par la multitude de formes qu'elle peut adopter dans le média, d'autres règles, ayant notamment trait à l'identification, devront être observées. De plus, sa spécificité ne s'arrête pas là : il n'est pas rare que la publicité sur Internet soit ciblée, c'est-à-dire adressée « personnellement » au consommateur qui sera amené à la consulter. Cette pratique, dont on comprend assez vite les enjeux qu'elle représente en termes de *marketing*, est rendue possible par le traitement des données de l'internaute par divers procédés techniques (*cookies* principalement) dont ce dernier n'est parfois même pas conscient. Les données qui sont ainsi récoltées peuvent être, dans bien des cas, qualifiées de données à caractère personnel, entraînant alors l'application de la législation relative au traitement de données à caractère personnel. Les liens entre ces deux questions expliquent qu'on les traite au sein d'un même titre.

Nous commencerons par aborder la question de la publicité sur Internet (sous-titre I), en analysant si les principes qui la régissent s'appliquent différemment dans le contexte du *cloud computing*. Ensuite, nous nous intéresserons à la problématique du traitement de données à caractère personnel (sous-titre II), en recensant les règles applicables et les difficultés soulevées par le *cloud computing*. Dans les deux cas, nous illustrerons notre propos au moyen d'exemples tirés de l'offre existante de services de *cloud* auxquels le consommateur a accès sans rémunération directe du fournisseur.

SOUS-TITRE I. PUBLICITÉ

38. Ce premier sous-titre est consacré à la présentation des dispositions applicables en matière de publicité et de son régime. Si le *cloud computing* n'emporte pas l'application de règles qui lui seraient propres, il n'en constitue pas moins un terreau fertile aux messages publicitaires à l'attention des utilisateurs d'un service de *cloud* ; il convient donc d'examiner si les acteurs du marché respectent la réglementation qui leur est applicable.

Après avoir défini la notion de publicité ainsi que quelques notions proches (chapitre 1), nous examinerons le régime légal applicable à toute publicité, quelle que soit la forme adoptée (chapitre 2). Nous étudierons ensuite les dispositions supplémentaires applicables aux publicités en ligne (chapitre 3). Le régime légal étant précisé, nous nous intéresserons aux formes de publicités les plus utilisées dans le contexte du *cloud computing*, en nous appuyant sur des exemples concrets tirés de plateformes de *cloud* sans rémunération directe du fournisseur fréquemment utilisées par le consommateur (chapitre 4).

CHAPITRE 1. NOTIONS

39. Avant d'entamer l'étude du régime juridique applicable à la publicité, il convient de la définir et, si besoin, de la distinguer d'autres notions apparentées.

40. De manière générale, la publicité est définie, au regard du Livre VI du Code de droit économique (pratiques du marché et protection du consommateur) comme étant « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre »¹²⁸. La définition comporte trois éléments : il faut qu'il y ait une communication (1) en provenance d'une entreprise (2) et dont le but doit être de viser à promouvoir la vente de produits (3)¹²⁹. Les mots choisis par le législateur sont volontairement larges, de manière à « embrasser l'ensemble des pratiques publicitaires »¹³⁰, de sorte que « tout message ayant comme but, même indirect, de promouvoir la vente doit être considéré comme étant de la publicité »¹³¹. La promotion *indirecte* peut,

¹²⁸ Art. I.8, 13°, du C.D.E. Voy. également art. 2, a), de la directive (CE) n° 2006/114 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *J.O.U.E.*, L.376, 27 décembre 2012, p. 21 (ci-après « directive en matière de publicité trompeuse et comparative »).

¹²⁹ B. KEIRSBILCK, « Promotionele praktijken ten aanzien van consumenten », *D.C.C.R.*, 2013/100-101, p. 87.

¹³⁰ B. DE NAYER, « La publicité et le marketing sur Internet et la protection des consommateurs en droit belge », *Protection du consommateur, pratiques commerciales et technologies de l'information et des communications*, sous la direction de J. Laffineur, Liège, Anthemis, 2009, p. 35.

¹³¹ *Ibid.*

par exemple, viser toute « communication qui favorise ou renforce l'image de marque de son auteur et qui a ainsi indirectement pour but de promouvoir la vente de ses produits ou services »¹³².

Cette acception de la publicité est rappelée par la Cour de Justice de l'Union européenne dans un arrêt *Belgian Electronic Sorting Technology*, où celle-ci observe que le caractère large de la définition implique que la publicité peut prendre des formes très diversifiées et qu'elle ne se limite donc pas aux formes classiques (affiches, messages publicitaires télévisuels, radiophoniques, etc.)¹³³. Les faits concernaient l'utilisation d'un nom de domaine, qui, selon la Cour, « a manifestement pour but de promouvoir la fourniture des produits ou des services du titulaire du nom de domaine »¹³⁴.

41. Lorsque l'on aborde la publicité dans le cadre des services de l'information et de la communication, une autre notion apparaît : la « **communication commerciale** ». Celle-ci est issue de la directive 2000/31 relative au commerce électronique qui la définit comme étant « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée »¹³⁵. Si les mots retenus sont différents, cette notion s'écarte-t-elle pour autant de celle de publicité ?

Ici encore, l'arrêt *Belgian Electronic Sorting Technology* permet de répondre à la question. La Cour y estime¹³⁶ en effet que ce n'est pas parce que certaines informations et communications ne tombent pas, selon la directive relative au commerce électronique, sous la notion de communication commerciale qu'elles sont, *ipso facto*, exclues de la notion de publicité au sens de la directive en matière de publicité trompeuse et comparative¹³⁷. Le législateur belge, lors de la transposition de la directive sur le commerce électronique, a d'ailleurs purement et simplement assimilé la notion de « communication commerciale » à celle de « publicité »¹³⁸. Depuis l'adoption du Code de droit économique, la définition de la publicité retenue pour le Livre XII (droit de l'économie électronique) témoigne de cette assimilation, dans la mesure où la publicité est définie comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement

¹³² Cass., 2 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 66. Nous soulignons.

¹³³ C.J.U.E., 11 juillet 2013 (*Belgian Electronic Sorting Technology NV c. Bert Peelaers et Visys NV*), C-657/11, point 35.

¹³⁴ Voy. les points 45 à 48.

¹³⁵ Art. 2, f), de la directive relative au commerce électronique.

¹³⁶ C.J.U.E., 11 juillet 2013, précité, points 49 à 51.

¹³⁷ B. KEIRSBILCK, *op. cit.*, pp. 88 et 89.

¹³⁸ Art. 2, 7°, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 (ci-après « LSSI »).

ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise¹³⁹, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée »¹⁴⁰, soit les termes exacts choisis par le législateur européen pour définir le concept de « communication commerciale ».

42. Un troisième concept, celui de « **pratique commerciale** », est à évoquer lorsque la problématique de la publicité est abordée, dans la mesure où, nous y reviendrons par la suite, certaines des règles qui lui sont applicables relèvent plus généralement de la réglementation applicable à toute pratique commerciale. Définie comme étant « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit »¹⁴¹, la pratique commerciale se révèle être particulièrement large, plus encore que les deux concepts précédemment étudiés, qu'elle englobe par ailleurs. Comme le relève la Cour de Justice dans un arrêt rendu en matière d'offre conjointe, cette notion vise tout acte commercial « s'inscrivant clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci »¹⁴². Si la notion vise expressément la publicité et les communications commerciales, elle se révèle plus large dans la mesure où les *actions* et *omissions*, et plus seulement les *communications*, sont également visées. Au fond, comme le relève la Cour de manière constante, le seul critère qui importe est « que la pratique du professionnel [se trouve] en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un bien ou d'un service au consommateur »¹⁴³.

CHAPITRE 2. RÉGIME GÉNÉRAL DE LA PUBLICITÉ

43. Les règles applicables à la publicité peuvent être scindées en deux catégories : le régime général s'appliquant à toute publicité, quels que soient sa forme et son objet, et les régimes particuliers, qui ne réglementent que certaines publicités spécifiques, soit en raison des canaux utilisés (axe horizontal), soit en raison des biens et services qu'elles promeuvent (axe

¹³⁹ Dans cette définition, les mots « ou l'image d'une entreprise » font écho à l'interprétation de la notion de publicité retenue par l'arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 1999, précité, note 132 ; voy. T. VERBIEST, *Les nouvelles obligations en matière de publicité et de marketing réalisées par le biais des nouvelles technologies*, Actes de conférence Vanham & Vanham, 8 mai 2003, p. 9, disponible sur <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/96-1.pdf>.

¹⁴⁰ Art. I.18, 6°, du C.D.E.

¹⁴¹ Art. I.8, 23°, du C.D.E.

¹⁴² C.J.C.E., 23 avril 2009 (VTB-VAB NV c. Total Belgium NV et Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV), C-261/07 et C-299/07, point 51.

¹⁴³ C.J.U.E., 16 avril 2015 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság), C-388/13, point 35 ; C.J.U.E., 14 janvier 2010 (Plus Warenhandels-gesellschaft), C-304/08, point 39.

vertical). Les régimes particuliers réglementant la promotion de certains produits et services (produits du tabac et médicaments anti-tabac, alcool, médicaments et dispositifs médicaux, professions réglementées), dont le développement nous écarterait trop du sujet traité par ce mémoire, ne seront pas abordés¹⁴⁴.

44. Depuis l'adoption de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales¹⁴⁵, la législation belge ne compte plus, en tant que tel, de régime général propre à la publicité. En effet, cette dernière s'est vue être réglementée dans le contexte plus large des pratiques commerciales¹⁴⁶, là où la loi sur les pratiques commerciales et l'information et la protection du consommateur¹⁴⁷ prévoyait, avant modification¹⁴⁸, des dispositions propres¹⁴⁹. Les dispositions aujourd'hui applicables sont reprises au Livre VI du Code de droit économique.

45. Dorénavant réglementée sous le prisme des pratiques commerciales, la publicité se doit de ne pas être une pratique commerciale déloyale¹⁵⁰, dont le régime juridique peut être divisé en trois paliers d'interdictions¹⁵¹.

De manière générale (premier palier), est interdite toute pratique commerciale déloyale, celle-ci étant définie comme étant toute pratique qui « est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou, si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné »¹⁵². Le caractère déloyal s'apprécie *in abstracto*, c'est-à-dire au regard du « consommateur moyen »¹⁵³, et non pas en tenant compte des qualités personnelles du consommateur victime d'une telle pratique¹⁵⁴. Notons que

¹⁴⁴ Nous renvoyons néanmoins le lecteur intéressé à B. DE NAYER, *op. cit.*, pp. 39 à 42, pour une présentation des différentes règles applicables.

¹⁴⁵ Directive (CE) n° 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée, note [60].

¹⁴⁶ B. DE NAYER, *op. cit.*, p. 35. Il subsiste en revanche un régime juridique propre à la publicité comparative, que nous n'aborderons pas dans le cadre du présent mémoire.

¹⁴⁷ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

¹⁴⁸ Par la loi du 5 juin 2007 modifiant la loi 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 21 juin 2007.

¹⁴⁹ Voy., notamment, les articles 22 et 23.

¹⁵⁰ Art. VI.95 du C.D.E.

¹⁵¹ A. PUTTERMANS et L. MARCUS, « L'interdiction des pratiques commerciales déloyales envers les consommateurs », *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, sous la coordination de A. Puttermans, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 39.

¹⁵² Art. VI.93, al.1^{er}, du C.D.E.

¹⁵³ A. PUTTERMANS et L. MARCUS, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁴ B. DE NAYER, *op. cit.*, p. 36.

l'exagération et l'emphase, « qui sont le propre de la publicité »¹⁵⁵, ne suffisent pas, seules, à la rendre déloyale¹⁵⁶.

A côté de cette définition générique de la pratique commerciale déloyale, l'article VI.94 du Code de droit économique dispose que sont également déloyales les pratiques trompeuses et les pratiques agressives (deuxième palier). Les pratiques commerciales trompeuses, qui peuvent consister soit en des pratiques trompeuses¹⁵⁷ soit en des omissions trompeuses¹⁵⁸, ont pour effet, soit activement, soit passivement, d'induire le consommateur en erreur ou de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise si les informations substantielles¹⁵⁹ modifiées ou omises ne l'avaient pas été. Les pratiques commerciales agressives¹⁶⁰, définies à l'article VI.101 du Code de droit économique, sont celles qui « altère[nt] ou [sont] susceptible[s] d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard du produit et, par conséquent, l'amène[nt] ou [sont] susceptible[s] de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Enfin, les articles VI.100 et VI.103 du Code de droit économique listent, respectivement pour les pratiques trompeuses et les pratiques agressives, une série de pratiques commerciales irréfragablement réputées déloyales en toutes circonstances (troisième palier). S'agissant d'interdictions *per se*, aucune appréciation au cas par cas n'est requise¹⁶¹, en ce sens qu'il n'y a pas à vérifier un élément trompeur ou agressif distinct « dès lors que les éléments constitutifs d'une pratique visée par un point de la liste noire sont réunis »¹⁶².

46. Dans le contexte du *cloud computing*, le caractère déloyal d'une publicité s'appréciera surtout au regard des articles VI.93 (pratiques déloyales générales) et VI.97 à VI.100 (pratiques trompeuses) du Code de droit économique. Celle-ci pourrait en effet être contraire aux exigences de la diligence, altérer le comportement économique du consommateur ou encore présenter de fausses informations ou ne pas en mentionner. En revanche, nous ne voyons pas en quoi les dispositions relatives aux pratiques commerciales agressives pourraient trouver à

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Art. VI.93, al. 2, du C.D.E.

¹⁵⁷ Art. VI.97 et VI.98 du C.D.E.

¹⁵⁸ Art. VI.99 du C.D.E.

¹⁵⁹ Il s'agit, par exemple, des caractéristiques principales du produit (disponibilité, avantages, risques éventuels), de son prix, etc.

¹⁶⁰ Art. VI.101 et VI.102 du C.D.E.

¹⁶¹ C.J.U.E., 18 octobre 2012 (Purely Creative Ltd et a. c. Office of Fair Trading), C-428/11, point 46.

¹⁶² A. PUTTERMANS et L. MARCUS, *op. cit.*, p. 55.

s'appliquer, dans la mesure où, par sa présentation, la publicité présente sur une plateforme de *cloud* ne saurait tenir du harcèlement, de la contrainte ou encore faire montre d'une influence injustifiée sur le consommateur, qui pourra toujours décider de ne pas la consulter.

CHAPITRE 3. RÈGLES PROPRES À LA PUBLICITÉ EN LIGNE

47. Lorsque la publicité est présente sur Internet, comme c'est le cas dans le contexte du *cloud computing*, des dispositions supplémentaires devront également être respectées. Deux corps de règles trouveront à s'appliquer : celles relatives à la publicité *stricto sensu*, mais aussi certaines règles relatives aux services de la société de l'information.

Section 1. Un service de la société de l'information et de la communication

48. Nous avons déjà évoqué, lors de la qualification du contrat de *cloud computing* (voy., *supra*, point 22), la notion de service de la société de l'information¹⁶³. Il est à remarquer que la publicité peut elle-même être considérée comme un tel service, à savoir que le fournisseur de *cloud*, à la demande d'un publicitaire, preste un service consistant à lui fournir, sur sa plateforme, un espace destiné à afficher des messages publicitaires, contre rémunération¹⁶⁴. Cela conduit à l'application de l'article XII.6 du Code de droit économique, lequel impose à tout prestataire d'un service de la société de l'information de respecter une obligation de transparence et d'information, c'est-à-dire de communiquer certains renseignements¹⁶⁵. Ici, cette obligation concerne le prestataire du service de *cloud* à l'égard de l'annonceur. Mais certains auteurs estiment que cette disposition vaudrait également à l'égard du consommateur : selon B. De Nayer, « les dispositions relatives à l'information du consommateur [...] devront s'appliquer aux différents intervenants dans la campagne publicitaire », imposant par exemple « à la régie publicitaire qui diffuse les bannières publicitaires dans le site-support [de] fournir [...] un lien permettant un accès aisé aux informations visées par la loi »¹⁶⁶.

¹⁶³ Pour rappel, « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » (Art. I.18, 1°, du C.D.E.).

¹⁶⁴ Comme expliqué au Titre II, il s'agit là, pour le fournisseur de *cloud*, de l'essentiel des revenus générés par son activité lorsqu'il met gratuitement sa plateforme à disposition des internautes.

¹⁶⁵ Soit, entre autres, nom et dénomination sociale, adresse géographique, coordonnées (y compris adresse de messagerie électronique).

¹⁶⁶ B. DE NAYER, *op. cit.*, p. 38.

Section 2. Règles régissant la publicité *stricto sensu*

49. Toute publicité présente sur Internet devra, en sus des dispositions du régime général précédemment vues, répondre aux dispositions prévues par le Livre XII du Code de droit économique, à savoir les articles XII.12 à XII.14. Les articles XII.13 et XII.14, respectivement dédiés à l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité et les publicités fournies par des membres d'une profession réglementée, ne seront pas étudiés dans le cadre de ce mémoire¹⁶⁷.

50. L'article XII.12 prévoit trois grands principes auxquels doit répondre toute publicité présente dans un service de la société de l'information.

Le premier, le principe d'**identification**, veut que le consommateur puisse, à tout moment, identifier facilement une publicité et la distinguer des autres contenus du site qu'il consulte¹⁶⁸. Pour en vérifier le respect, il faut que « dès sa réception, la publicité, étant donné son effet global et y compris sa présentation, [soit] clairement identifiable comme telle »¹⁶⁹. À défaut, une mention « publicité », lisible, apparente et non équivoque doit être indiquée. Dans une brochure explicative, le S.P.F. Économie indique qu'une telle mention ne sera obligatoire que s'il existe un risque de confusion dans le chef du destinataire quant au caractère publicitaire du message¹⁷⁰. Une appréciation au cas par cas sera donc nécessaire.

Le deuxième, à savoir le principe de **transparence**, impose que « la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite [soit] clairement identifiable »¹⁷¹. Il s'agit ici de fournir une série d'informations d'identification, sans nécessité de les faire figurer dans la publicité elle-même¹⁷² : un lien hypertexte peut en effet suffire¹⁷³. Les informations doivent bien entendu être correctes, « sous peine de constituer une pratique commerciale trompeuse »¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Voy. néanmoins, pour une présentation des dispositions applicables à la publicité comparative, B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 297 à 346.

¹⁶⁸ D. PISSOORT, « Publicité et démarchage du consommateur au regard de la vie privée », *J.T.*, 2012, p. 802.

¹⁶⁹ Art. XII.12, 1°, du C.D.E.

¹⁷⁰ S.P.F. Économie, « La légalité du marketing viral », brochure *on line* 2006, disponible sur http://economie.fgov.be/fr/binaries/marketing-viral_brochure_fr_tcm326-36254.pdf, p. 6. Un tel risque de confusion peut par exemple apparaître lorsque la marque promotionnée, plutôt que d'être indiquée dès la réception de la publicité, n'est mentionnée qu'en fin de campagne publicitaire.

¹⁷¹ Art. XII.12, 2°, du C.D.E.

¹⁷² A. CASSART, « Le cadre juridique de la publicité 2.0 », *R.D.T.I.*, 2010/38, p. 22.

¹⁷³ Voy. l'exposé des motifs du Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, 2002-2003, n° 2100/1, p. 37.

¹⁷⁴ A. CASSART, *op. cit.*, p. 22.

Enfin, le principe de **loyauté**, dont le but est d'éviter l'appréhension de données personnelles du consommateur sous couvert d'une participation à des offres promotionnelles ou des concours¹⁷⁵, formule l'obligation d'identifier clairement et de manière non équivoque ces offres et les conditions pour en bénéficier¹⁷⁶ ainsi que les concours ou jeux promotionnels et les conditions pour y participer¹⁷⁷. D'une certaine manière, une telle obligation peut constituer une redite du principe d'interdiction des pratiques commerciales trompeuses¹⁷⁸, le principe de loyauté pouvant être appréhendé comme une particularisation de ce dernier au domaine des services de la société de l'information.

Ce sont surtout les principes d'identification et de transparence, plus que celui de loyauté et les pratiques commerciales déloyales, qui feront l'objet de notre analyse lorsque nous évaluerons la conformité des publicités présentes sur une plateforme de *cloud computing* aux dispositions les régissant (voy., *infra*, points 54 et 55).

CHAPITRE 4. EXAMEN DES PRATIQUES COURANTES RENCONTRÉES DANS LE CONTEXTE DU *CLOUD COMPUTING*

51. Le développement d'Internet auprès du grand public n'a pas échappé aux annonceurs, qui ont évidemment diversifié leurs pratiques publicitaires pour profiter de ce gain de visibilité et toucher une audience toujours plus large, d'autant plus qu'Internet a permis la création de nouvelles formes de publicité, absentes des médias classiques. Nous en présentons d'abord les principales en mettant en exergue celles qui sont le plus souvent rencontrées dans le contexte du *cloud computing* (section 1) pour ensuite les comparer à la pratique (section 2).

Section 1. Présentation des différentes formes de publicité les plus courantes sur les plateformes de *cloud computing*

52. Une première forme de publicité en ligne que l'on retrouve particulièrement sur les plateformes de *cloud computing* est la bannière, encore appelée bandeau publicitaire. Il s'agit d'« un espace d'expression publicitaire occupant une partie de la page web »¹⁷⁹, généralement de taille réduite. Au départ « bannières en dur », celles-ci sont rapidement devenues, avec le développement des technologies, « personnalisées ». « En dur » signifie que la banniè-

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Art. XII.12, 3°, du C.D.E.

¹⁷⁷ Art. XII.12, 4°, du C.D.E.

¹⁷⁸ Voy. D. PISSOORT, *op. cit.*, p. 803.

¹⁷⁹ E. MONTERO, « La publicité en ligne », *Rép. not.*, tome IX – Contrats divers, livre IX, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 200.

re fait partie intégrante de la page web visitée, ce qui implique que la publicité visualisée est la même pour tout internaute, quelle que soit sa navigation¹⁸⁰. Nous avons déjà souligné combien les développements récents d'Internet permettent une personnalisation poussée des informations présentes sur une page Internet ; il en va de même pour la publicité. Ainsi, les bannières personnalisées permettent aux annonceurs de cibler les internautes en fonction de leurs centres d'intérêt, ce qui permet d'accroître les revenus pour le site hébergeur tout en garantissant au publicitaire une certaine utilité à ses efforts de promotion. Mais une telle personnalisation requiert, au préalable, l'acquisition de données concernant les internautes. En pratique, cela est rendu possible par l'utilisation de *cookies*, sur lesquels nous reviendrons dans le sous-titre II consacré au traitement de données à caractère personnel.

Le recours aux messages interstitiels constitue une seconde forme de publicité. Ceux-ci apparaissent « à l'écran durant l'intervalle de temps mort pendant lequel l'internaute patiente entre le moment où il adresse une requête et le moment où la page demandée s'affiche à l'écran »¹⁸¹. L'avantage, pour une telle publicité, profitant de toute l'attention de l'internaute, consiste en une meilleure visibilité. Observons néanmoins que cette pratique est de moins en moins répandue¹⁸², pour deux raisons : la vitesse sans cesse plus rapide des connexions¹⁸³ et, revers de son avantage, le fait que l'internaute, sachant que la page ne se chargera qu'au bout d'un certain laps de temps, détourne le regard.

Enfin, les *pop-ups*, soit ces fenêtres secondaires qui s'affichent devant la fenêtre de navigation principale sans avoir été sollicitées par l'internaute, constituent une dernière forme de publicité généralement utilisée sur les plateformes de *cloud computing*.

Section 2. Analyse d'exemples tirés de l'offre actuelle en matière de services de *cloud computing*

53. Dans la confrontation d'exemples tirés de la pratique aux dispositions vues dans les points ci-dessus, nous nous focaliserons sur le respect des règles propres à la publicité en ligne. En effet, nous faisons le choix d'examiner la forme des publicités plutôt que leur contenu, ce dernier imposant une étude minutieuse des différentes mentions de chacun des exemples proposés au regard des dispositions particulières qui leur seraient applicables selon les produits en-

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Lors de nos différentes consultations des principales plateformes de *cloud computing*, nous n'avons en effet jamais rencontré de messages interstitiels. Ceux-ci sont en revanche présents sur de nombreux sites d'échanges de fichiers dont la diffusion est illégale, notamment en raison de violations du droit d'auteur.

¹⁸³ E. MONTERO, *op. cit.*, p. 201.

visagés. Il en sera de même pour le caractère déloyal d'une pratique commerciale et le respect du principe de loyauté.

Dans l'optique d'embrasser la pratique la plus courante, nous nous en tiendrons à des exemples simples, qui relèvent tous du modèle de *cloud computing* le plus classique et le plus couramment utilisé par les consommateurs : le *Software as a Service*.

54. Le premier exemple proposé consiste à analyser les annonces publicitaires présentes sur le site de messagerie en ligne *Outlook*¹⁸⁴ ; celui-ci est en effet offert sans contrepartie financière directe du consommateur et jouit d'une grande notoriété auprès de celui-ci.

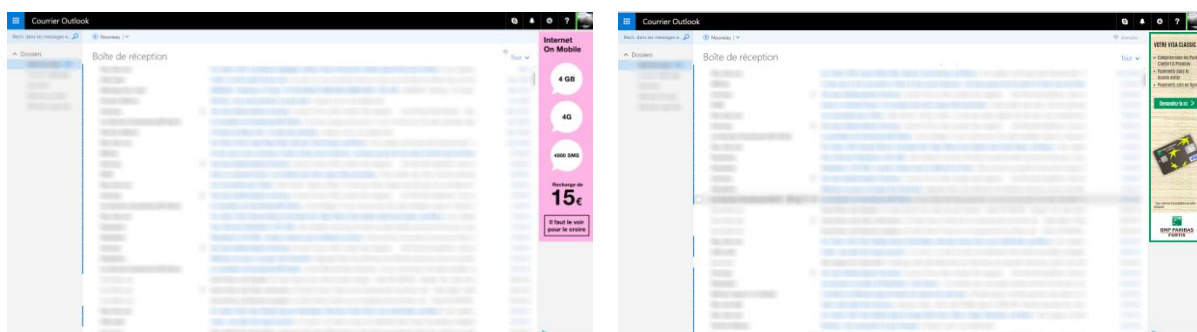


Figure 1 - Exemples tirés du site de messagerie en ligne *Outlook*

Comme on le voit à la Figure 1, il s'agit, dans les deux cas, de bannières : les messages publicitaires sont en effet inscrits dans un espace dédié de taille modeste vis-à-vis du reste de la page. Ces bannières sont en outre personnalisées, les messages affichés lors de deux consultations distinctes promouvant tous deux des produits différents (à gauche, un abonnement téléphonique auprès de l'opérateur *Orange*¹⁸⁵, à droite une offre d'obtention d'une carte Visa par *BNP Paris Fortis*¹⁸⁶).

Le principe d'identification est ici clairement respecté : bénéficiant d'un espace dédié (isolé à droite et en dehors de l'espace dédié au service de messagerie), la publicité est, dès sa réception, clairement identifiable comme telle ; une mention « publicité » n'est donc pas requise.

Le principe de transparence est, lui aussi, respecté, mais d'une manière différente pour chacune des deux publicités. Si la seconde, relative à l'obtention de la carte Visa, opte pour une identification directe de la personne morale pour le compte de laquelle elle est faite – ici *BNP Paris Bas Fortis* –, la première, promouvant des abonnements téléphoniques *Orange*, ne fait

¹⁸⁴ Disponible sur <https://outlook.live.com>.

¹⁸⁵ Renvoyant au lien suivant : https://www.orange.be/fr/produits-et-services/cartes-prepayees/internet-mobile?utm_campaign=iom&utm_source=affiperf&utm_medium=marcom&utm_content=160x600_6.

¹⁸⁶ Renvoyant au lien suivant : <https://www.bnpparibasfortis.be/portal/start.asp>.

aucune référence à l'opérateur. Dans ce dernier cas, comme nous l'avons évoqué plus haut (voy., *supra*, point 50), un lien hypertexte renvoyant aux informations requises est suffisant pour satisfaire à l'obligation de transparence, ce qui est le cas de cette publicité¹⁸⁷.

55. Le second exemple est tiré de la plateforme *WeTransfer*¹⁸⁸, qui permet à ses abonnés d'y transférer des fichiers afin de les envoyer par *mails*, que ce soit à d'autres ou à eux-mêmes. L'apport, comparativement à un service de messagerie plus classique, est que le volume de données pouvant être transféré est plus important¹⁸⁹.

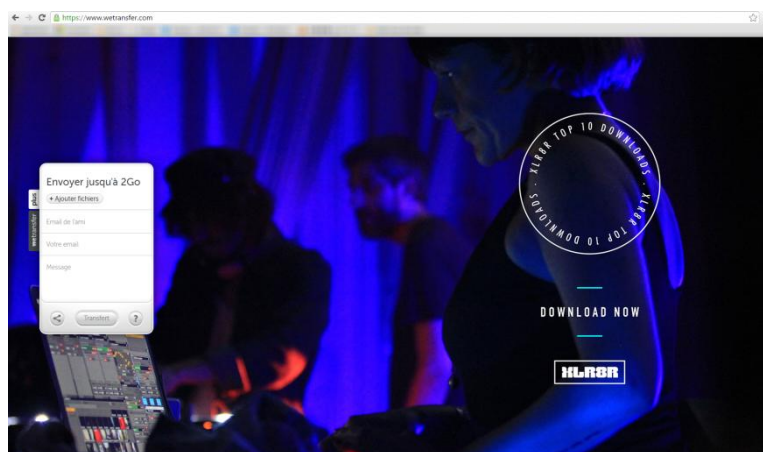


Figure 2 - Exemple tiré de *WeTransfer*

Comme le montre la Figure 2, la publicité présente sur *WeTransfer* adopte une présentation radicalement différente. Là où elle était relativement réduite dans le cas de *Outlook*, elle occupe ici l'intégralité de la page, le service de *cloud* n'étant proposé qu'en surimpression de l'annonce et sur un espace de taille modeste. Ici, la publicité promeut le site web de *XLR8R*¹⁹⁰, un magazine dédié principalement à la scène électronique.

Le principe d'identification est, cette fois aussi, respecté : l'internaute moyen peut en effet facilement distinguer la publicité du contenu de la page, dans la mesure où le nom du service, « *WeTransfer* », n'apparaît que dans la zone de la page qui lui est consacré, le reste de l'espace en étant clairement dissocié.

¹⁸⁷ Voy. le lien précédemment cité, note 185.

¹⁸⁸ Disponible sur <https://www.wetransfer.com/>.

¹⁸⁹ Il est à noter qu'aujourd'hui, la plupart des services de messagerie électronique proposent à leurs utilisateurs d'insérer les fichiers qu'ils souhaitent joindre à leur message directement depuis leurs propres plateformes de *cloud*. Par exemple, *OneDrive* pour *Outlook* ou *Google Drive* pour *Gmail*.

¹⁹⁰ La publicité renvoie au lien suivant : <https://www.xlr8r.com/mp3/2016/06/xlr8rs-top-10-downloads-of-may-2/>.

Le principe de transparence est lui aussi vérifié : la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite, *XLR8R*, apparaît de manière suffisamment lisible, non seulement parce qu'elle est mentionnée dans la seule zone de texte que contient l'annonce publicitaire, mais aussi parce que la police utilisée – en l'occurrence le logo du magazine – est différente de celle employée par le service.

CHAPITRE 5. EN GUISE DE CONCLUSION

56. Comme l'ont montré les différents exemples présentés dans la section précédente, les différentes règles relatives à la publicité en ligne sont généralement bien reçues par les annonceurs et respectées. Les principes d'identification et de transparence, qui visent avant tout à protéger le consommateur, sont d'autant plus respectés qu'ils répondent à un souci de visibilité de la part des annonceurs : indiquer déjà dans la publicité elle-même leur identité met en confiance le consommateur-internaute, qui n'en est ainsi que plus enclin à suivre le lien proposé.

En revanche, aucune des publicités montrées en exemple ou rencontrées lors de nos visites des sites en question n'indiquait, comme le préconisait B. De Nayer, les informations prévues à l'article XII.6 du Code de droit économique, que tout prestataire d'un service de la société de l'information doit renseigner. À titre personnel, nous estimons que réclamer une telle information du consommateur n'est pas nécessaire et pourrait même lui être préjudiciable : en multipliant les renseignements à fournir à tout intervenant de la campagne publicitaire (annonceurs, régie publicitaire), le consommateur se verrait ainsi imposer un nombre de données d'identification fort important et dont la connaissance ne lui est pas utile¹⁹¹ pour décider de suivre ou non le lien proposé par la publicité.

SOUS-TITRE II. TRAITEMENT DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

57. Ce second sous-titre est consacré à la protection des données à caractère personnel que le consommateur peut déposer sur une plateforme de *cloud computing* et à leur traitement. Nous verrons que de telles données peuvent être recueillies dans deux hypothèses distinctes : d'une part, par l'utilisation de *cookies* (notamment destinés, comme nous l'avons vu dans le sous-

¹⁹¹ Nous pensons, par exemple, à la dénomination sociale de la régie publicitaire.

titre précédent, à permettre une publicité ciblée à la personne du consommateur) et, d'autre part, au travers des données que le consommateur dépose sur la plateforme de *cloud computing*. S'il n'existe ici aussi pas de dispositions spécifiques au *cloud computing*, nous verrons cependant que ce dernier n'est pas sans poser certaines difficultés au regard de leur application.

Dans un premier temps, nous présenterons les dispositions légales applicables à la problématique et définirons les concepts de données à caractère personnel et de traitement (chapitre 1). Ensuite, nous nous intéresserons aux grands principes applicables, aux personnes devant les respecter et aux difficultés qui ne manquent pas de survenir quant à leur application dans le contexte du *cloud computing* (chapitre 2). Nous étudierons également l'application du régime juridique aux *cookies*, au travers de la question du consentement (chapitre 3). Enfin, nous observerons si, en pratique, les acteurs du marché respectent les dispositions étudiées (chapitre 4).

CHAPITRE 1. CADRE LÉGAL, NOTION DE TRAITEMENT DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET CHAMP D'APPLICATION

58. Pour que les données présentes sur et recueillies par une plateforme de *cloud computing* tombent dans le champ d'application des législations belge et européenne en matière de traitement de données à caractère personnel, il est nécessaire qu'elles constituent des « données à caractère personnel » faisant l'objet d'un « traitement » (automatisé ou non, en tout ou en partie).

Le présent chapitre, après avoir présenté les dispositions applicables (section 1), sera consacré à l'étude des concepts de « traitement » (section 2) et de « données à caractère personnel » (section 3) et des interrogations qu'ils suscitent dans le contexte du *cloud computing*. Il sera également question d'étudier l'applicabilité des dispositions au travers de l'exception accordée aux traitements effectués dans le cadre d'activités exclusivement personnelles ou domestiques (section 4).

Section 1. Dispositions applicables

59. La problématique du traitement de données à caractère personnel et de la protection de la vie privée est régie tant par des dispositions internes que par des dispositions européennes, prépondérantes en la matière. En droit belge, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protec-

tion de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁹² constitue la législation de base.

Au niveau européen, le texte principal est, à ce jour, la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁹³. À ce jour, dans la mesure où, le 27 avril 2016, le Parlement européen et le Conseil ont adopté un règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁹⁴, applicable à partir du 25 mai 2018 et abrogeant les dispositions de la directive 95/46/CE¹⁹⁵. Nous citerons donc, toutes les fois où cela est possible, les dispositions des deux instruments.

Section 2. Traitement

60. Pour être couvertes par les différentes dispositions visant à protéger les données à caractère personnel, celles-ci doivent faire l'objet d'un traitement, celui-ci étant défini comme « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel »¹⁹⁶.

Le *cloud computing* et les différents procédés nécessaires à son déploiement constituent à n'en pas douter un tel traitement : les informations déposées par l'utilisateur sur la plateforme font en effet l'objet d'un grand nombre des opérations listées, telles que la collecte, l'enregistrement, la conservation ou encore la destruction.

¹⁹² Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993 (ci-après « loi du 8 décembre 1992 »).

¹⁹³ Directive (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L.281, 23 novembre 1995, p. 31 (ci-après « directive 95/46 »).

¹⁹⁴ Règlement (UE) n° 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), *J.O.U.E.*, L.119, 4 mai 2016, p. 1 (ci-après « règlement 2016/679 »).

¹⁹⁵ Voy. art. 99 (2) du règlement 2016/679.

¹⁹⁶ Art. 1, § 2, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 2, b), de la directive 95/46 et art. 4, 5), du règlement 2016/679.

Section 3. Données à caractère personnel

61. Les données à caractère personnel sont « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable »¹⁹⁷, étant entendu qu'est réputée identifiable toute personne qui peut être identifiée directement ou indirectement, que ce soit par référence à un identifiant ou à des éléments spécifiques propres à son identité. Pour évaluer si une personne est identifiable sur base de telles informations, il y a lieu de prendre en considération « l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre [...] pour identifier ladite personne »¹⁹⁸, et ce quelle que soit la personne qui y recourt (responsable du traitement, sous-traitant, toute autre personne)¹⁹⁹.

Une telle qualification peut être retenue tant pour les données recueillies au moyen de *cookies* que celles déposées par le consommateur lui-même sur la plateforme de *cloud computing*, avec certaines nuances toutefois dans le second cas.

§ 1^{er}. Données récoltées au moyen de cookies

62. Les *cookies* sont des « fichier[s] informatique[s] au format texte envoyé[s] par un serveur à l'internaute, via son programme de navigation, et stocké[s], pour une durée déterminée sur sa machine »²⁰⁰. Les *cookies* peuvent être classés en deux grandes catégories : les *cookies first party* et les *cookies third party*. Les premiers « sont mis en place par le même domaine que celui inscrit dans la barre d'adresse du navigateur »²⁰¹ et ont principalement comme finalité de supporter et d'améliorer la navigation de l'internaute²⁰². Les seconds sont, eux, mis en place par des domaines différents et sont le plus souvent utilisés à des fins de profilage pour permettre, entre autres, la publicité ciblée²⁰³. Parmi les données qu'ils enregistrent, certaines peuvent être qualifiées de données à caractère personnel dans la mesure où il est possible d'identifier depuis celles-ci, ne serait-ce qu'indirectement, la personne concernée. Ainsi en est-il de données de localisation²⁰⁴, d'un identifiant en ligne²⁰⁵ ou encore de l'adresse de connexion (adresse IP).

¹⁹⁷ Art. 1, § 1, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 2, a), de la directive 95/46 et art. 4, 1), du règlement 2016/679.

¹⁹⁸ Voy. le considérant n° 26 de la directive 95/46.

¹⁹⁹ B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *R.D.C.*, 2011/10, p. 1004.

²⁰⁰ E. MONTERO, *op. cit.*, p. 197.

²⁰¹ D. PISSOORT, *op. cit.*, p. 803.

²⁰² Il s'agit, par exemple, de *cookies* enregistrant le choix de langue de l'internaute ou le contenu de son panier d'achat, etc.

²⁰³ D. PISSOORT, *op. cit.*, p. 803.

²⁰⁴ Ce qui explique, par exemple, que lors de la consultation de sites étrangers, des publicités promouvant des produits belges s'affichent en bannière.

Par exemple, *WeTransfer*, dans sa politique concernant la vie privée et l'utilisation de *cookies*²⁰⁶, indique que l'utilisation de ces derniers peut servir à traiter des données à caractère personnel :

« WeTransfer also processes data through the use of cookies. (...) When using the WeTransfer service, WeTransfer processes the following personal data:

- i) Your IP-address;
- ii) Your email address;
- iii) Email addresses of the recipients;
- iv) Your personal message for the recipients;
- v) IP-addresses of the downloaders;
- vi) File names, sizes and types; We store some data to make your use of our WeTransfer service possible.
- vii) Country and language settings;
- viii) Browser type and Flash version. »

Nous verrons, lorsque nous étudierons le régime juridique des *cookies*, que si les *cookies first party* ne soulèvent que peu de problèmes au regard de la protection des données – principalement en raison du fait qu'étant majoritairement des *cookies* de session, ils sont effacés à chaque déconnexion de l'utilisateur²⁰⁷ –, il en ira autrement des *cookies third party* qui, pour permettre le profilage des internautes, sont plus intrusifs, notamment en ce qu'ils sont enregistrés sur le disque dur de l'utilisateur, sans être supprimés lors de la déconnexion²⁰⁸ (*cookies* rémanents ou persistants).

§ 2. Données déposées sur la plateforme de cloud computing par le consommateur

63. Pour ce qui est des données que le consommateur dépose lui-même sur la plateforme de *cloud computing*, celles-ci peuvent, en principe, être des données à caractère personnel : il est en effet parfaitement possible que le consommateur y soit clairement identifié (s'agissant par exemple de documents professionnels : identité, fonction, modalités de contact, etc.) ou à tout le moins identifiable. Pour assurer la sécurité des données, celles-ci sont pseudonymisées²⁰⁹, anonymisées voire cryptées. Or, la directive 95/46 précise en son considérant n° 26 « que les principes de la protection [des données] ne s'appliquent pas aux données rendues anonymes

²⁰⁵ Tous deux expressément visés par l'art. 4, 1), du règlement 2016/679.

²⁰⁶ Disponible sur https://www.wetransfer.com/documents/WeTransfer_Privacy_Policy_20160317.pdf.

²⁰⁷ E. MONTERO, *op. cit.*, p. 197.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ La pseudonymisation est dorénavant définie à l'article 4, 5), du règlement 2016/679 comme étant un « traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable ».

d'une manière telle que la personne concernée n'est plus identifiable ». Est-ce à dire, dès lors, qu'aucune protection ne leur est acquise ?

Dans un avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel²¹⁰, le Groupe de l'Article 29 s'était déjà prononcé sur cette question, estimant que de tels procédés peuvent faire perdre aux informations ainsi traitées leur caractère de données à caractère personnel, à la condition « qu'il ne soit effectivement plus possible d'identifier la personne concernée compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce »²¹¹. Parmi ces circonstances, il y a lieu de retenir la finalité du traitement : si celle-ci consiste précisément à identifier la personne concernée, alors l'information conservera sa qualité de donnée à caractère personnelle²¹².

En outre, une autre particularité du *cloud computing* est que les données déposées dans le nuage par l'utilisateur ne sont pas conservées en un endroit unique mais fragmentées et stockées dans des espaces physiques différents²¹³. Ce qui, pour peu qu'elles aient été cryptées préalablement à leur transmission à la plateforme, empêche le fournisseur d'identifier les personnes concernées²¹⁴.

64. On le voit, la notion de données à caractère personnel n'est pas sans poser de réels problèmes d'appréciation dans le contexte complexe que représente le *cloud computing*. La principale raison de ces difficultés est à trouver dans le concept même de données à caractère personnel, que d'aucuns qualifient de binaire – une donnée est ou n'est pas à caractère personnel, selon que la personne concernée est ou n'est pas (in)directement identifiable – et dont le champ d'application peut se révéler être très large²¹⁵. Les procédés mis en œuvre dans le cadre du *cloud computing* s'accommodent difficilement de cette dichotomie : si les données anonymisées ne constituent plus des données à caractère personnel, l'anonymisation consistant précisément à empêcher toute identification du sujet des données en question, les données pseudonymisées le restent dans la plupart des cas²¹⁶, dans la mesure où il est possible de retra-

²¹⁰ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_fr.pdf.

²¹¹ B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *op. cit.*, p. 1004.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*, p. 1005.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ W. KUAN HON, C. MILLARD et I. WALDEN, « The Problem of 'Personal Data' in Cloud Computing : What information is regulated ? – the Cloud of Unknowing », *International Data privacy Law*, Vol. 1, n° 4, 2011, p. 213.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 215.

cer la personne selon la technique de pseudonymisation utilisée²¹⁷. Le considérant n° 26 du règlement 2016/279 précise d'ailleurs que « les données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme des informations concernant une personne physique identifiable ». La conséquence en serait un régime distinct selon les techniques choisies par le gestionnaire de la plateforme de *cloud*, ce qui ajoute encore à la complexité existante du régime de protection des données à caractère personnel.

65. Toutes ces difficultés ont amené certains auteurs à plaider pour une modification de la définition de données à caractère personnel en une notion moins absolutiste²¹⁸, principalement en raison du fait que, suite aux avancées technologiques rendant de plus en plus simple l'identification, « presque toutes les données peuvent être qualifiées [de données à caractère personnel] »²¹⁹. La solution proposée consiste à évaluer le risque d'identification : ce ne serait que si celui-ci est suffisamment réaliste (« *more likely than not* ») que l'information pourrait être qualifiée de donnée à caractère personnel²²⁰. Un tel raisonnement est d'autant plus envisageable que la question de savoir si une information constitue de telles données repose déjà, en partie, sur une appréciation des circonstances spécifiques, dans la mesure où on a égard aux moyens pouvant raisonnablement être mis en œuvre pour identifier la personne concernée.

À cet égard, le règlement 2016/679 représentait l'occasion de moderniser le concept de données à caractère personnel en tenant compte des arguments évoqués ci-dessus. Force est de constater que tel n'a pas été le cas : la nouvelle définition reprend fidèlement les éléments retenus par la directive 95/46, en ajoutant toutefois des références aux identifiants en ligne et aux données de localisation²²¹.

²¹⁷ *Ibid.* C'est le cas de la pseudonymisation réversible qui consiste par exemple à remplacer un nom par un code chiffré, tout en permettant d'effectuer l'opération inverse au moyen d'une clé, au contraire de la pseudonymisation irréversible, dont le but est de rendre impossible toute « ré-identification ».

²¹⁸ Voy. W. KUAN HON, C. MILLARD et I. WALDEN, « The Problem of 'Personal Data'... » *op. cit.*, p. 226 ; B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *op. cit.*, p. 1005 et J.-M. DINANT, *Rapport sur les lacunes de la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel face aux développements technologiques*, T-PD-BUR (2010)09 (I) FINAL, 5 novembre 2010, p. 8.

²¹⁹ W. KUAN HON, C. MILLARD et I. WALDEN, « The Problem of 'Personal Data'... », *op. cit.*, p. 226.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ R. ROBERT et C. GAYREL, « Proposition de règlement sur la protection des données – premiers commentaires », *J.D.E.*, 2012/6, p. 175.

66. Toutes ces considérations ne doivent cependant pas faire perdre de vue les réalités qui sont en jeu dans le contexte des services de *cloud computing* fournis aux consommateurs sans contrepartie économique directe. En effet, si l'on s'en tient à l'avis du Groupe de l'Article 29, selon lequel toutes les circonstances – parmi lesquelles figure la finalité du traitement – doivent être prises en compte, les informations seront le plus souvent qualifiées de données à caractère personnel. Comment pourrait-il en être autrement lorsque la finalité consiste à récolter des données permettant une publicité ciblée à la personne du consommateur, impliquant *de facto* que celui-ci soit, d'une manière ou d'une autre, identifiable ? Poser la question en ces termes permet ainsi d'éviter de tomber dans des distinctions toujours plus ténues et – sinon d'accroître – de garantir la protection des consommateurs, qui représente la raison même de l'adoption des dispositions étudiées.

Section 4. La délicate appréciation de l'exception accordée aux traitements effectués dans le cadre d'activités exclusivement personnelles ou domestiques dans le contexte du *cloud computing*

67. Si les dispositions présentées visent à s'appliquer à tout traitement de données à caractère personnel, quelle que soit la finalité envisagée, il est une exception à leur application : le traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre d'activités exclusivement personnelles ou domestiques²²².

Parmi les exemples d'un tel traitement, la directive 95/46 et le règlement 2016/679 évoquent la correspondance ou encore la tenue de répertoires d'adresses²²³, activités qui sont aujourd'hui de plus en plus exercées par le biais de services de *cloud computing* : en effet, comme le relève B. Docquir, « de plus en plus de particuliers font confiance à un prestataire de *cloud computing* pour leur service de messagerie électronique personnelle »²²⁴. C'est le cas, notamment, de *Outlook*, *Gmail* ou encore *Facebook*, disposant lui aussi d'un service de messagerie privée. Comment apprécier la délicate question de l'application dans un tel contexte²²⁵ ?

²²² Art. 3, § 2, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 3 (2) de la directive 95/46 et art. 2 (2), c), du règlement 2016/679.

²²³ Voy. les considérants n° 12 de la directive 95/46 et n° 18 du règlement 2016/679. L'on peut également penser à la sauvegarde et l'archivage de photos.

²²⁴ B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *op. cit.*, p. 1005.

²²⁵ C. DE TERWANGNE, « L'exception concernant les traitements de données à des fins personnelles et domestiques de la directive 95/46 relative à la protection des données », *R.D.T.I.*, 2015/58, p. 51.

La Cour de Justice, dans un arrêt *Lindqvist*, a précisé la portée de l'exception domestique, qui doit être interprétée de manière stricte, celle-ci visant uniquement les activités « qui s'insèrent dans le cadre de la vie privée ou familiale des particuliers, ce qui n'est manifestement pas le cas du traitement de données à caractère personnel consistant dans leur publication sur Internet de sorte que ces données sont rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes »²²⁶. S'il est vrai que l'arrêt visait la création par M^{me} Lindqvist d'un site web publiquement accessible dans lequel figuraient des informations permettant d'identifier ses collègues, ses enseignements peuvent néanmoins être transposés au contexte du *cloud computing*. En effet, de nombreux services disposent d'outils de partage²²⁷ (*Facebook* en étant l'exemple le plus emblématique) qui peuvent avoir pour conséquence de rendre accessible à un nombre plus ou moins important de personnes une information purement privée (un message ou une adresse électronique par exemple)²²⁸. Cette seule publication a pour effet de faire sortir ces données de la sphère purement personnelle ou domestique, ce qui entraîne alors l'application des dispositions relatives à la protection des données dans la mesure où celles-ci deviennent accessible « à un nombre indéfini de personnes »²²⁹.

68. Si le sort du partage de ces données *via* des services de *cloud computing* est réglé, *quid* alors de celles qui n'y sont que déposées ? Il paraît en effet étrange, si l'on se place du point de vue du consommateur, que les données à caractère personnel traitées dans un cadre purement privé échappent à toute garantie dans le chef du fournisseur du service. À ce sujet, relevons que si le règlement ne modifie en rien les conditions de l'exemption domestique, il précise toutefois qu'il a vocation à s'appliquer aux responsables ou aux sous-traitants qui fournissent les moyens permettant un traitement de données à caractère personnel dans le cadre de telles activités domestiques²³⁰. Cela impliquerait donc que le règlement et les obligations qu'il impose trouvent à s'appliquer d'une manière ou d'une autre, même en cas de traitement à des fins exclusivement domestiques ou personnelles, à la condition toutefois que le responsable du traitement ou le sous-traitant ne soient pas le particulier lui-même. Nous reviendrons sur cette question dans le cadre du chapitre 2.

²²⁶ C.J.C.E., 6 novembre 2003 (*Lindqvist c. Suède*), C-101/01, point 47.

²²⁷ B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *op. cit.*, p. 1006.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Il s'agit là d'une jurisprudence constante de la Cour de Justice, celle-ci reprenant les enseignements de l'arrêt *Lindqvist* dans de nombreuses décisions. Voy., entre autres, C.J.U.E., 11 décembre 2014 (*František Ryněš c. Úřad pro ochranu osobních údajů*), C-212/13, point 30. Voy. également, pour un commentaire de cet arrêt, C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, pp. 48 à 51.

²³⁰ Voy. le considérant n° 18 du règlement 2016/679.

CHAPITRE 2. PRINCIPES APPLICABLES AUX TRAITEMENTS DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET PERSONNES AUXQUELLES ILS INCOMBENT DANS LE CONTEXTE DU *CLOUD COMPUTING*

69. Dans ce chapitre, nous présenterons brièvement les grands principes auxquels doit répondre tout traitement de données à caractère personnel (section 1). Le *cloud computing*, de par ses particularités, présente des difficultés quant à l'identification de la personne à qui ces principes s'imposent ; nous en présenterons les raisons, les critiques à formuler à l'égard du régime ainsi que les éventuelles solutions apportées par le règlement 2016/279 (section 2).

Section 1. Principes applicables à tout traitement de données à caractère personnel

70. Dès lors qu'un traitement de données à caractère personnel entre dans le champ d'application des dispositions vues, le responsable de ce traitement et le sous-traitant éventuel devront répondre de différentes obligations mises en place pour assurer la protection des données du consommateur et son droit à la vie privée ; nous les présentons succinctement.

Le premier principe posé est celui de la licéité du traitement des données à caractère personnel, lequel impose notamment que les données soient traitées de manière licite et loyale²³¹, qu'elles ne puissent être collectées que pour les finalités déterminées²³², qu'elles soient adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités²³³ et qu'elles ne soient conservées que pour la durée nécessaire de réalisation des traitements pour lesquels elles sont collectées et sous une forme permettant l'identification des personnes concernées²³⁴. A ces obligations, le règlement 2016/679 ajoute, dans le texte, celle de transparence²³⁵, déjà largement acceptée, selon laquelle le responsable du traitement doit garantir une information automatique de la personne concernée des différentes opérations qu'il peut poser sur les données²³⁶.

²³¹ Art. 4, 1°, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 6 (1), a), de la directive 95/46 et art. 5 (1), a), du règlement 2016/679.

²³² Art. 4, 2°, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 6 (1), b), de la directive 95/46 et art. 5 (1), b), du règlement 2016/679.

²³³ Art. 4, 3°, de la loi du 8 décembre 1998 ; art. 6 (1), c), de la directive 95/46 et art. 5 (1), c), du règlement 2016/679.

²³⁴ Art. 4, 5°, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 6 (1), e), de la directive 95/46 et art. 5 (1), e), du règlement 2016/679.

²³⁵ Art. 5 (1), a), du règlement 2016/679.

²³⁶ Ainsi en est-il des transferts internationaux des données ou, plus intéressant dans le cadre du *cloud computing*, de l'origine des données dans l'hypothèse où elles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée. Voy. R. ROBERT et C. GAYREL, *op. cit.*, p. 176.

Le deuxième principe, condition de licéité du traitement, est l'obligation, pour le responsable du traitement, d'obtenir préalablement le consentement indubitable de la personne concernée pour la finalité envisagée²³⁷, sauf à se trouver dans les autres hypothèses de fondements légitimes (exécution du contrat, respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis, etc.)²³⁸. Depuis l'adoption du règlement 2016/679, les contours du consentement se sont renforcés ; non seulement est-il défini plus strictement²³⁹, mais les conditions l'entourant ont elles aussi été renforcées : il doit être exprimé de manière distincte²⁴⁰ et la preuve de son obtention doit être apportée par le responsable du traitement²⁴¹.

Un troisième principe, intégré par le règlement 2016/679, est celui de la responsabilité du responsable du traitement (*accountability*). Ce concept, qui doit être distingué de celui de la responsabilité légale (*liability*) déjà existant, vise « l'obligation pour le responsable de traitement de mettre en œuvre des mesures appropriées et efficaces pour garantir le respect des principes et obligations définies dans le règlement »²⁴², dont il devra apporter la démonstration.

Enfin, le responsable du traitement doit assurer à la personne concernée qu'elle puisse exercer efficacement les droits qui lui sont reconnus (droit à recevoir une information, droit d'accès, droit de rectification et droit à l'effacement, droit à la limitation du traitement, droit d'opposition²⁴³).

Section 2. Identification du responsable du traitement et du sous-traitant dans le contexte du *cloud computing*

71. Le respect des différentes obligations vues dans la section précédente repose sur le responsable du traitement, dont l'identification – cruciale – n'est pas sans poser des difficultés dans le contexte du *cloud computing*. Les développements qui suivent ne traitent que d'une

²³⁷ Art. 5, a), de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 7, a), de la directive 95/46 et art. 6 (1), a), du règlement 2016/679.

²³⁸ Art. 5, b) à f), de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 7, b) à f), de la directive 95/46 et art. 6 (1), b) à f), du règlement 2016/679.

²³⁹ Le consentement est « tout manifestement de volonté, libre, spécifique, informée **et explicite** par laquelle la personne concernée accepte, **par une déclaration ou par un acte positif univoque**, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (art. 1, § 8, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 2, h), de la directive 95/46 et art. 4, 11), du règlement 2016/679) ; les mots en gras sont les ajouts du texte du règlement.

²⁴⁰ Art. 7 (2) du règlement 2016/679.

²⁴¹ Art. 7 (1) du règlement 2016/679.

²⁴² R. ROBERT et C. GAYREL, *op. cit.*, p. 177.

²⁴³ Art. 9 à 12 de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 12 à 15 de la directive 95/46 et art. 12 à 23 du règlement 2016/679.

catégorie de *cloud computing*, le *Software as a Service*, du fait de l'importance de son utilisation par le consommateur vis-à-vis des autres modèles²⁴⁴.

72. Le responsable du traitement est défini comme « la personne physique ou morale [...] qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel »²⁴⁵. Au regard de cette définition, ce n'est donc pas le fournisseur d'un service de *cloud* qui doit être identifié comme le responsable du traitement, mais bien le client lui-même. En effet, comme le relève le groupe de l'Article 29, c'est bel et bien le client qui « détermine l'objectif final du traitement, [...] décide de l'externalisation de ce traitement et de la délégation de tout ou partie des activités de traitement à une organisation externe »²⁴⁶. C'est donc sur le client que reposera le respect des principes présentés précédemment.

Ce constat, bien que légalement justifié²⁴⁷, se révèle surprenant, *a fortiori* lorsque le client est un consommateur bénéficiant d'un service de *cloud computing* sans rémunération directe du fournisseur. Deux raisons essentielles témoignent de la sévérité de la solution. La première est à trouver dans la formation du contrat de *cloud computing* et sa conclusion par les parties : le consommateur n'a en effet peu voire bien souvent aucune influence dans la négociation du contrat²⁴⁸, dans la mesure où celui-ci est un contrat d'adhésion, auquel il ne peut que souscrire en acceptant les conditions générales qui lui sont proposées par le fournisseur du service²⁴⁹. Si bien qu'en pratique, le choix des moyens pour effectuer le traitement lui échappe complètement. La seconde relève des conséquences de sa qualité quant à la responsabilité qu'il doit supporter, principalement celle liée aux mesures techniques et organisationnelles nécessaires pour assurer un traitement conforme aux dispositions en matière de protection des données²⁵⁰, qu'il lui est impossible de mettre en œuvre. A cet égard, le règlement renforce encore la sévé-

²⁴⁴ Les modèles *Platform as a Service* et *Infrastructure as a Service* seront d'autant plus écartés que l'intervention du fournisseur de *cloud* vis-à-vis des données y est très réduite, ce qui amène d'ailleurs certains auteurs à s'interroger sur l'éventualité même de les considérer comme sous-traitants ; voy. W. KUAN, HON, C. MILLARD et I. WALDEN, « Who is responsible for 'Personal Data' in Cloud Computing ? The Cloud of Unknowing, Part 2 », *Legal Studies Research Paper*, n° 77/2011, Queen Mary University of London, School of Law, p. 21.

²⁴⁵ Art. 2, § 4, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 2, d), de la directive 95/46 et art. 4, 7), du règlement 2016/679.

²⁴⁶ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 05/2012 sur l'informatique en nuage, WP 196, 1^{er} juillet 2012, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_fr.pdf.

²⁴⁷ J.G.L. VAN DER WEES, « De verantwoordelijke en de bewerker in de cloud », *Computerr.*, 2011/3, p. 109.

²⁴⁸ S. PEYROU, « Cloud computing et protection des données dans l'Union européenne : dissiper le brouillard du doute pour que le ciel européen ne soit pas sans nuage », *Rev. aff. eur.*, 2014/1, p. 170.

²⁴⁹ Le plus souvent, il lui sera demandé de cocher une case, par laquelle il reconnaît avoir lu les conditions générales et y adhérer.

²⁵⁰ S. PEYROU, *op. cit.*, p.170.

rité de la solution, puisqu'il impose au responsable du traitement, non plus seulement de respecter les obligations que les textes mettent à sa charge, mais aussi de démontrer que le traitement y est conforme. Parfaitement justifiable dans le chef d'un responsable du traitement professionnel, ce renforcement des obligations paraît peu pertinent dans celui du consommateur²⁵¹.

Un avis du groupe de l'Article 29, pour qui la notion de responsable du traitement est avant tout fonctionnelle, entérine cette solution, y compris à l'égard des consommateurs, estimant que « le faible poids contractuel d'un petit responsable du traitement face à d'importants prestataires de services ne doit pas lui servir de justification pour accepter des clauses et conditions contractuelles contraires à la législation sur la protection des données »²⁵². Le particulier, le plus souvent profane, aurait donc à comparer minutieusement les conditions générales avec les dispositions légales et estimer si et dans quelle mesure elles leur sont conformes. Obligation pour le moins lourde quand on sait avec quelle légèreté les conditions générales sont le plus souvent acceptées...

73. Si le consommateur, client du service, est responsable du traitement, qu'en est-il alors de son fournisseur ? Echapperait-il à toute obligation en matière de protection des données ? La réponse à cette question sera négative, car les dispositions en matière de protection des données connaissent un dernier type d'acteur : le sous-traitant. Celui-ci est défini comme étant « la personne physique ou morale [...] qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement »²⁵³. Dans le cadre du SaaS, le fournisseur du service de *cloud computing* peut être qualifié comme tel, car c'est bel et bien lui qui traite, à la demande de l'utilisateur, les données à caractère personnel. Aussi devra-t-il respecter l'ensemble des dispositions applicables à tout sous-traitant²⁵⁴.

Cependant, même si le fournisseur est sous-traitant, le client reste tenu des obligations que lui impose sa qualité de responsable du traitement, ce qui, lorsque ce dernier est un consommateur, se révèle lourd. Aussi d'aucuns, cherchant à trouver des solutions permettant de faire peser sur le prestataire d'un service de *cloud computing* un engagement plus fort, tendent à considérer que l'utilisateur et le fournisseur sont en réalité « cocontrôleurs », coresponsables

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, Avis 1/2010 sur les notions de «responsable du traitement» et de «sous-traitant», WP 169, 16 février 2010, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_fr.pdf.

²⁵³ Art. 1, § 5, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 2, e), de la directive 95/46 et art. 4, 8), du règlement 2016/679.

²⁵⁴ Art. 16, § 1^{er}, 3^o et 4^o, et §§ 3 et 4, de la loi du 8 décembre 1992 ; art. 16 et 17 (3) de la directive 95/46 et art. 28 et 29 du règlement 2016/679.

du traitement, « et où les obligations de chacun seraient déterminées par voie d'accord »²⁵⁵. Cette proposition, en plus d'être difficilement réalisable en pratique – si ce n'est par le développement de clauses contractuelles types²⁵⁶ – ne remporte pas l'adhésion de la doctrine, certains auteurs estimant la solution peu cohérente au regard des dispositions applicables, dans la mesure où « seule une délégation de pouvoir de décision sur des questions fondamentales pour la licéité du traitement »²⁵⁷ au fournisseur du service en ferait un coresponsable, ce qui n'est pas le cas en pratique²⁵⁸. D'autres encore plaident pour une refonte complète du régime, considérant que les fournisseurs d'un service de *cloud computing* se cantonnant à un rôle purement technique devraient être considérés comme des intermédiaires neutres bénéficiant d'un régime de responsabilité allégée, à l'image de ce que prévoit la directive 2000/31 sur le commerce électronique en faveur de certains intermédiaires de l'Internet²⁵⁹.

74. Enfin, insistons sur le fait que la solution dégagée – un consommateur responsable du traitement et un fournisseur sous-traitant – ne vaut que dans l'hypothèse où ce dernier n'accède pas aux données pour en faire un usage autre que celui pour lequel il est mandaté²⁶⁰. En pratique, il n'est pas rare que les fournisseurs usent des données selon des finalités autres que celles demandées par l'utilisateur. Nous pensons ici au *marketing* qui, comme nous l'avons montré précédemment, constitue l'une des sources principales de financement du secteur. Dans une telle hypothèse, le fournisseur – ou le tiers traitant les données – sort de son simple rôle de sous-traitant en assumant des responsabilités dans la prise de décisions concernant la finalité du traitement et devient alors responsable du traitement²⁶¹. Nous verrons ce qu'il en est lorsque nous observerons, au cours du chapitre 4, des exemples tirés de l'offre existante.

CHAPITRE 3. RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX *COOKIES* – LA QUESTION DU CONSENTEMENT

75. Dans ce chapitre, nous examinerons quelles sont les dispositions réglementant les *cookies* (section 1) pour ensuite étudier le régime juridique qui leur est applicable, en nous focalisant

²⁵⁵ S. PEYROU, *op. cit.*, p. 170. Voy. également J.G.L. VAN DER WEES, *op. cit.*, p. 110.

²⁵⁶ Que la Commission européenne appelle d'ailleurs de ses vœux ; voy. Communication de la Commission du 27 septembre 2012, précitée, note 3, pp. 21 et s.

²⁵⁷ B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *op. cit.*, p. 1010.

²⁵⁸ En effet, l'existence d'options limitatives quant à la durée de conservation et la sauvegarde des données ne suffit pas pour considérer que le client a délégué son pouvoir de décision.

²⁵⁹ W. KUON, HUON, C. MILLARD et I. WALDEN, « Who is responsible for 'Personal Data'... », *op. cit.*, p. 21.

²⁶⁰ B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *op. cit.*, p. 1009.

²⁶¹ *Ibid.*

sur la problématique du consentement, qui appelle à des développements particuliers dans ce contexte (section 2).

Section 1. Dispositions applicables

76. Comme nous l'avons déjà évoqué, les *cookies* peuvent constituer un traitement de données à caractère personnel ; les dispositions de la loi du 8 décembre 1992, de la directive 95/46 et, lorsqu'il entrera en vigueur, du règlement 2016/679 seront donc d'application. À ces textes s'ajoutent également, pour ce qui nous concerne, la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques²⁶² et la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques²⁶³ qu'elle transpose.

Section 2. Le consentement de l'internaute à l'utilisation de *cookies*

77. Comme il a déjà été explicité ci-dessus (voy., *supra*, point 70), tout traitement de données à caractère personnel nécessite le consentement préalable et indubitable de la personne concernée. Les *cookies* n'échappent pas à cette règle, mais l'appréciation de ce consentement sera fonction des types de *cookies* utilisés. Une particularité des *cookies* est que le consentement du visiteur d'une page web sera également requis lorsque les *cookies* ne traitent pas des données à caractère personnel²⁶⁴ dans certaines hypothèses, telles le stockage d'information dans les équipements terminaux d'un utilisateur. Le consentement visé doit être entendu de la même manière que celui défini par les dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel²⁶⁵.

Pour autant, un consentement ne sera pas toujours requis. En effet, la directive 2002/58 prévoit un régime d'exemption du consentement lorsque les *cookies* sont « strictement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur »²⁶⁶. Le Groupe de l'Article 29 estime, pour qu'une telle exemption

²⁶² Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005 (ci-après « L.C.E. »).

²⁶³ Directive (CE) n° 2002/58 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.C.E.*, L.201, 31 juillet 2002, p. 37 (ci-après « directive 2002/58 »).

²⁶⁴ Art. 129 de la L.C.E.

²⁶⁵ Art. 2, f), et considérant n° 17 de la directive 2002/58.

²⁶⁶ Art. 5 (3) de la directive 2002/58.

soit acquise, que le *cookie* soit en relation directe avec le but pour lequel il est utilisé et qu'il soit voué à disparaître dès qu'il n'est plus nécessaire²⁶⁷.

La règle, telle qu'énoncée, amène à faire la distinction entre, d'une part, les *cookies* de session et persistants et, d'autre part, les *cookies first party* et *third party*. Les *cookies first party*, soit ceux déployés par le fournisseur du service, sont le plus souvent des *cookies* de session et, à ce titre, répondent aux conditions de l'exemption : ils sont en effet strictement nécessaires au service requis par l'utilisateur et disparaissent de son terminal lors de la déconnexion. S'il devait advenir qu'ils traitent des données à caractère personnel, un consentement tacite basé sur une information claire de leur présence devrait suffire²⁶⁸. Les *cookies third party*, par contre, ne sont pas déployés par l'exploitant du site²⁶⁹ mais par un tiers – qui sera donc responsable du traitement des données collectées par les *cookies* – et ne sont dès lors pas strictement nécessaires. Ne bénéficiant pas de l'exemption, leur déploiement sera soumis au consentement de l'utilisateur.

78. Ce consentement, pour être licite, doit être spécifique et basé sur une information appropriée, préalable au traitement, résulter de la manifestation de la volonté de l'utilisateur et être donné librement. Si ces conditions seront rencontrées par l'acceptation des conditions générales des services de *cloud computing* pour ce qui est du traitement des données stockées et sa finalité, qu'en est-il pour l'utilisation de *cookies* ?

Concernant l'exigence d'information claire et précise, la solution ne s'écarte guère de ce que la loi sur la protection de la vie privée impose : il faut informer l'utilisateur du site de la finalité du traitement, des moyens qui sont mis en œuvre pour l'atteindre et de ses droits²⁷⁰. Particularisée aux *cookies*, cette obligation impose d'informer le visiteur de la page des types de *cookies* qui y sont présents ainsi que leur but²⁷¹.

Le consentement doit être préalable au traitement des données, ce qui interdit que tout *cookie* soit déployé ou lu avant que l'internaute n'ait eu la possibilité de le manifester.

²⁶⁷ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies, WP 194, 7 juin 2012, p. 5, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_fr.pdf.

²⁶⁸ Voy., en ce sens, D. PISSOORT, *op. cit.*, p. 804.

²⁶⁹ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 4/2012, précité, p. 4.

²⁷⁰ D. PISSOORT, *op. cit.*, p. 803.

²⁷¹ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, document de travail 02/2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies, WP 208, 2 octobre 2013, p. 3, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_fr.pdf.

Par manifestation de la volonté, on entend tout acte positif ou tout autre comportement actif²⁷² par lequel l'utilisateur marque de manière non ambiguë accepter l'utilisation des *cookies*. Tel serait le cas en cliquant sur une mention « J'accepte » en début de navigation sur le site ou dans une boîte de dialogue, à la condition que la présentation qui en est faite montre clairement les conséquences de cette action²⁷³.

Enfin, le choix doit être libre, en ce sens que l'utilisateur doit pouvoir opter librement pour les *cookies* qu'il souhaite utiliser et ceux qu'il souhaite refuser²⁷⁴. Ce choix doit être réel ; aussi « s'il ne peut pas refuser et, pour bénéficier du site, doit accepter tous les cookies, son consentement ne peut être considéré comme libre et ne sera pas valide »²⁷⁵. La pratique consistant à conditionner l'utilisation d'un site à l'application de tous les cookies ne respecte donc pas la liberté de choix²⁷⁶. Cette solution s'appuie sur la directive 95/46²⁷⁷ qui, en son article 6 (1), c), pose le principe selon lequel les données traitées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées²⁷⁸. Ainsi, l'utilisateur doit se voir proposer un réel choix quant à ces *cookies*, qui peuvent être disproportionnés au regard du contexte.

CHAPITRE 4. ÉTUDE D'EXEMPLES DE SERVICES DE *CLOUD COMPUTING* FOURNIS SANS CONTREPARTIE ÉCONOMIQUE DIRECTE DU CONSOMMATEUR

79. Ce dernier chapitre est l'occasion de confronter les dispositions étudiées en matière de protection des données à caractère personnel à l'offre existante. Pour ce faire, nous présenterons deux exemples de services de *cloud computing* SaaS fournis au consommateur sans contrepartie financière directe. Deux questions seront étudiées : le fournisseur de la plateforme, s'il peut être qualifié de responsable ou sous-traitant, respecte-t-il les obligations auxquelles il est soumis ? Les règles en matière de consentement à l'utilisation de *cookies* sont-elles appliquées ?

²⁷² Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, document de travail 02/2013, précité, p. 4.

²⁷³ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, document de travail 02/2013, précité, pp. 5 et 6. Il ne faudrait pas que le consentement puisse être déduit du simple fait, pour l'utilisateur, de suivre le lien destiné à lui fournir une information complète sur les *cookies* utilisés par le site.

²⁷⁴ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, document de travail 02/2013, précité, p. 5.

²⁷⁵ E. CRUYSMANS, J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Règles spécifiques aux relations entre personnes concernées et responsables de traitements : la question du consentement », *Le droit commun des contrats – Questions choisies*, sous la coordination de Rafaël Jafferli, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 10.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ À laquelle renvoie le considérant n° 10 de la directive 2002/58.

²⁷⁸ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, document de travail 02/2013, précité, pp. 5 et 6.

Section 1. Premier exemple : *Hubic*

80. *Hubic* est une plateforme de *cloud computing* permettant au particulier d'y déposer gratuitement, pour une capacité limitée, des fichiers.

81. *Hubic*, amené à conserver des données personnelles concernant ses clients, indique, à l'Article 7 de ses conditions générales²⁷⁹, la finalité de ce traitement, à savoir « répondre à ses obligations réglementaires et judiciaires » et s'interdit de les communiquer à des tiers. Il y précise également les droits que peuvent exercer les clients, qui reprennent les droits qu'a toute personne concernée (droit d'accès, de rectification et de suppression) quant à ses données.

Les conditions générales insistent également sur le fait que le client peut être lui-même responsable du traitement de données à caractère personnel qu'il pourrait être également amené à traiter dans le cadre de l'utilisation du service.

82. Concernant les *cookies*, la plateforme respecte la première obligation d'information de l'utilisateur, la page d'accueil²⁸⁰ comportant un espace indiquant qu'« en continuant sur ce site, vous [l'utilisateur] acceptez l'utilisation des cookies afin d'assurer le bon déroulement de votre visite et de réaliser des statistiques d'audience », en renvoyant ensuite *via* un lien hypertexte à la politique d'utilisation des *cookies*²⁸¹, qui détaille les différents types de *cookies* présents sur la plateforme et leur finalité. Le message se termine par la faculté de consentir au moyen d'un bouton « Ok ».

Le moment auquel est demandé le consentement répond également aux exigences, car il se fait avant que les *cookies* présents sur le site ne soient mis en œuvre. La forme, pour rappel un acte positif, est également respectée, dans la mesure où c'est à l'internaute d'indiquer, par la pression du bouton, avoir accepté l'utilisation des *cookies*.

Pour être libre, nous avons vu que le choix devait permettre à l'utilisateur d'accepter l'utilisation des *cookies first party* tout en refusant celle des *cookies third party*. *Hubic*, dans sa politique d'utilisation des *cookies*, distingue les *cookies first party* et *third party* en permettant, pour ces derniers, de les désactiver en renvoyant aux options mises en place par le navigateur internet de l'utilisateur. À cet égard, le considérant n° 66 de la directive

²⁷⁹ Disponibles sur https://hubic.com/fr/contracts/Contrat_hubiC_2014.pdf.

²⁸⁰ <https://hubic.com/fr/>.

²⁸¹ Disponible sur <https://hubic.com/fr/politique-utilisation-cookies>.

2009/136/CE²⁸² modifiant la directive 2002/58 indique que le consentement de l'utilisateur peut être exprimé par le paramétrage de son navigateur. Le groupe de l'Article 29 apprécie sévèrement cette manière d'obtenir le consentement, considérant que si les paramètres sont préconfigurés pour accepter tous les *cookies*, le consentement ne serait pas valablement obtenu²⁸³. Nous avons vérifié si les exigences du groupe de l'Article 29 étaient suivies au moyen de deux navigateurs différents (*Google Chrome* et *Microsoft Edge*) qui, bien que disposant d'options plus avancées²⁸⁴, étaient tous deux paramétrés sur « Autoriser le stockage de données locales » et « Ne pas bloquer les *cookies* ».

En conséquence, nous pouvons estimer que, pour ce qui le concerne, *Hubic* respecte les exigences en matière d'utilisation de *cookies*. L'appréciation pour les *cookies third party* est néanmoins plus délicate, si tant est que l'on souscrive pleinement à l'avis du Groupe de l'Article 29, auquel nous ne pouvons pas pleinement adhérer : nous estimons en effet que le consommateur, se voyant offrir la faculté de paramétrer son navigateur, dispose d'un choix suffisamment libre et, qu'en décidant de ne pas modifier les paramètres, il a pu le poser de manière effective.

Section 2. Second exemple : *ADrive*

83. *ADrive* est, lui aussi, une plateforme de stockage de données dans le *cloud* fourni gratuitement au consommateur.

84. La Politique concernant la vie privée d'*ADrive*²⁸⁵ indique la finalité du traitement des données à caractère personnel²⁸⁶. À cet égard, *ADrive* ne présente pas de particularités par rapport à l'exemple précédent, aussi renvoyons-nous aux développements qui lui ont été consacrés.

²⁸² Directive (CE) n° 2009/136 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, L.337, 18 décembre 2009, p. 11.

²⁸³ Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, p. 17, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_fr.pdf.

²⁸⁴ Bloquer tous les *cookies* tiers, en autoriser certains seulement en définissant des choix, etc.

²⁸⁵ Disponible sur <http://www.adrive.com/privacy>.

²⁸⁶ « A. Information Collection and Use. ADrive is the sole owner of the information collected from its users. Except as required by law, subpoena, or court order, ADrive will not sell, share, or rent this information to others except as permitted by this Privacy Policy ».

85. Bien que prévoyant, dans sa Politique concernant la vie privée²⁸⁷, que la plateforme fait usage de *cookies*, y compris *third party*, nous n'avons relevé aucune mention claire sur la page d'accueil²⁸⁸ indiquant de tel usage et y renvoyant. Les exigences en matière de consentement à l'utilisation de *cookies* ne sont donc pas rencontrées.

CHAPITRE 5. EN GUISE DE CONCLUSION

86. La protection des données à caractère personnel connaît un régime juridique complexe, que ne facilitent en rien les nouvelles technologies de l'information et de la communication, qui sèment le trouble sur des notions jusqu'alors clairement définies et appliquées. À n'en pas douter, le *cloud computing* répond de cette tendance et rend plus que jamais nécessaire une adaptation – si pas des textes – de l'interprétation des notions qui y sont reconnues. S'il est vrai que le souci de protection du consommateur doit rester la priorité, il ne faudrait pas non plus tomber dans l'excès inverse et faire peser sur les fournisseurs d'un tel service et les autres intervenants des règles dont l'application entraîne des difficultés et des lourdeurs qui retireraient tout l'attrait que présentent les formules qu'ils ont développées.

TITRE IV. EXAMEN DE LA RELATION CONTRACTUELLE – LA QUESTION DES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ

87. Les contrats de *cloud computing* conclus avec un consommateur sont, on l'a dit, des contrats d'adhésion auxquels celui-ci ne peut qu'adhérer, sans aucune marge de négociation quant aux clauses qui y sont inscrites. Partant, il est logique, pour le fournisseur du service, de stipuler des clauses qui lui soient favorables, bien souvent au détriment du consommateur et, parfois, en contravention des dispositions légales réglant la matière.

Parmi les clauses stipulées en faveur du fournisseur, il n'est pas rare de trouver, insérées dans les conditions générales d'utilisation du service, des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. En effet, le fournisseur sera attentif à limiter voire écarter toute responsabilité

²⁸⁷ « Some of ADrive's business partners use cookies and other technologies for purposes such as serving ads and measuring advertising effectiveness », ou encore « M. Advertising. If You are a Personal Basic Account User, we use third-party advertising companies to serve ads when You visit our website ».

²⁸⁸ <http://www.adrive.com/>.

éventuelle, qui, du fait notamment du nombre très important de contrats conclus avec les consommateurs, pourrait avoir des répercussions particulièrement lourdes si elle venait à être retenue.

Après avoir donné une définition des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (chapitre 1) et en avoir présenté succinctement le régime juridique, la validité et ses exceptions (chapitre 2), nous observerons quelles sont les règles auxquelles elles doivent répondre lorsqu'elles sont insérées dans un contrat de *cloud computing* conclu avec un consommateur, en nous appuyant sur des exemples de clauses contractuelles (chapitre 3).

CHAPITRE 1. DÉFINITION

88. Une clause limitative ou exonératoire de responsabilité peut être définie comme étant « une clause par laquelle une partie se libère en tout ou en partie de la responsabilité contractuelle qui repose sur elle »²⁸⁹. Tandis que la clause exonératoire vise à supprimer toute responsabilité du débiteur, la clause limitative vise à limiter les conséquences de l'inexécution de son obligation. Cette seconde peut jouer à deux niveaux différents : soit elle s'attache à encadrer les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du débiteur (par exemple en étendant la définition légale de la notion de force majeure), soit elle porte sur les effets de la responsabilité du débiteur une fois celle-ci engagée (par exemple en limitant le montant des dommages et intérêts auxquels le créancier a droit)²⁹⁰.

CHAPITRE 2. RÉGIME JURIDIQUE, VALIDITÉ ET EXCEPTIONS

89. De manière générale, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont en principe valides, dans la mesure où les « règles [...] relatives à la responsabilité contractuelle sont, en règle, supplétives de la volonté »²⁹¹ ; les parties à une convention peuvent donc y déroger. Cette validité de principe est toutefois soumise à une double condition : la partie subis-

²⁸⁹ J. CLINCK, *op. cit.*, p. 112.

²⁹⁰ P. WÉRY, *Droits des obligations – Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 736.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 740. Voy., pour une reconnaissance du principe par la jurisprudence, Cass., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, p. 13.

sant la clause doit en avoir eu connaissance et l'avoir acceptée avant la conclusion du contrat²⁹².

Pour en justifier la validité, la doctrine préconise de replacer la clause « dans le contexte plus large de l'économie contractuelle »²⁹³, c'est-à-dire de l'apprécier au regard de l'équilibre entre les prestations réciproques des parties. Par exemple, la clause peut être la conséquence de ce qu'une des parties accepte, au profit de l'autre, une diminution du prix. À cet égard, le fait pour un fournisseur de *cloud computing* – quand bien même dispose-t-il d'autres sources de rémunération – d'offrir son service en acceptant que le consommateur ne lui paie rien peut justifier d'accepter dans son chef une responsabilité plus légère dans les cas où le service effectivement rendu n'est pas conforme à ses engagements.

90. Cette validité connaît toutefois de nombreuses exceptions ; nous nous intéressons à deux d'entre elles.

La première a trait à l'obligation essentielle du contrat, à laquelle il n'est pas permis de porter atteinte. La Cour de cassation considère en effet, depuis un arrêt du 25 septembre 1959, que sont nulles les clauses ayant pour effet « d'anéantir l'obligation contractée par le débiteur »²⁹⁴. L'obligation essentielle du contrat peut être comprise comme étant son objet premier, pour lequel le contrat a été conclu. Son identification n'est pas chose aisée et dépend, en grande partie, de la qualification du contrat et de la nature de l'obligation – de moyen ou de résultat – voulue par les parties.

La seconde tient de ce que le contrat de *cloud computing*, tel que nous l'avons abordé dans le cadre de ce mémoire, peut être qualifié de contrat de consommation lorsque le client du service est un particulier agissant à des fins privées. Dans pareil cas, de nombreuses dispositions, parmi lesquelles le Livre VI du Code de droit économique, restreignent la liberté contractuelle en encadrant strictement les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité au travers d'une liste noire de clauses considérées en toute hypothèse comme étant abusives²⁹⁵.

91. Si une clause limitative ou exonératoire de responsabilité vient à contrevenir à ces règles, elle sera nulle²⁹⁶. En principe, « seule la clause litigieuse est mise à néant »²⁹⁷. En matière de

²⁹² M. GOUDEN, « Aménagements contractuels de la responsabilité », *La rédaction des contrats internationaux*, sous la direction de D. Philippe, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 59.

²⁹³ P. WÉRY, *Droit des obligations...*, *op. cit.*, p. 740.

²⁹⁴ Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113.

²⁹⁵ Art. VI.83, 13°, 25° et 30°, du C.D.E.

²⁹⁶ Art. VI.84, § 1^{er}, al. 1^{er}, du C.D.E.

contrat de consommation cependant, celui-ci ne sera plus contraignant s'il ne peut subsister sans la clause jugée abusive²⁹⁸.

CHAPITRE 3. APPLICATION AUX CONTRATS DE *CLOUD COMPUTING* CONCLUS AVEC UN CONSOMMATEUR ET ÉTUDE DE CLAUSES CONTRACTUELLES

92. Dans ce chapitre, nous confronterons les principes vus ci-dessus aux pratiques rencontrées dans le contexte du *cloud computing*. Pour ce faire, nous présenterons des clauses contractuelles fréquemment rencontrées et les commenterons.

Section 1. Clauses excluant la responsabilité du prestataire d'un service de *cloud computing* en cas de perte des données

93. Parmi les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité régulièrement insérées dans les conditions générales, il est fréquent de rencontrer des clauses excluant la responsabilité du fournisseur d'un service de *cloud computing* en cas de perte de données. En voici quelques exemples :

1) "14. DISCLAIMER OF WARRANTIES.

ADrive SERVICES AND MATERIALS AND THIRD PARTY CONTENT ACCESSIBLE IN CONNECTION THEREWITH ARE PROVIDED "AS IS" AND "AS AVAILABLE", AND, EXCEPT AS EXPRESSLY PROVIDED HEREIN, WITHOUT WARRANTIES OF ANY KIND. (...) Without limiting the generality of the foregoing, **ADrive does not warrant** that the functions and/or services of ADrive Services or ADrive related services, **Storage Data**, hardware, sites, software, data or other material **will be uninterrupted or error-free, or that defects will be detected or corrected**. Neither ADrive nor any third party Storage Data provider warrants that any service, software, Storage Data or the methods by which they are made available will be free of viruses or similar contamination or destructive features. You expressly agree to solely assume the entire risk as to the quality and performance of the ADrive Services and the accuracy or completeness of Storage Data. ADrive does not warrant or make any representations regarding the use or the results of the use of its services, software, Storage Data, the materials, functions, data or services in or provided by ADrive, its affiliates or its Users in terms of accuracy, reliability, or otherwise. (...)

15. LIMITATION OF LIABILITY.

YOU AGREE THAT, EXCEPT AS OTHERWISE EXPRESSLY PROVIDED IN THIS AGREEMENT, **UNDER NO CIRCUMSTANCES, INCLUDING (BUT NOT LIMITED TO) NEGLIGENCE, SHALL ADRIVE BE LIABLE FOR ANY DAMAGES** (INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, DIRECT, ACTUAL, INCIDENTAL, INDIRECT, SPECIAL, PUNITIVE, OR CONSEQUENTIAL DAMAGES) **THAT RELATE TO OR RESULT FROM THE USE OF, THE INABILITY TO USE, OR THE CORRUPTION OF STORAGE**

²⁹⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations...*, op. cit., p. 328.

²⁹⁸ Art. VI.84, § 1^{er}, al. 2, du C.D.E. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations...*, op. cit., p. 328.

DATA, OR OTHER DATA STORED ON, STORED IN, RETRIEVED FROM, ACQUIRED, TRANSMITTED OR TRANSFERRED THROUGH ADRIVE SERVICES, EVEN IF ADRIVE OR ITS REPRESENTATIVES HAVE BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES. THE TOTAL LIABILITY OF ADRIVE, ITS DISTRIBUTORS, LICENSORS, AND RESELLERS FOR ANY DAMAGE OR CLAIM ARISING FROM USE OF THE SERVICES OR THE ACCOMPANYING DOCUMENTATION SHALL NOT EXCEED THE AMOUNT ACTUALLY PAID OVER THE PRECEDING TWELVE (12) MONTHS BY YOU FOR THE SOFTWARE. ADRIVE RECOMMENDS THAT **ANY USER OF THE ADRIVE SERVICES MAINTAIN AN ALTERNATIVE STORAGE MEDIUM** TO ENSURE THAT DATA IS BACKED UP TO MULTIPLE LOCATIONS. If applicable law does not allow the limitation or exclusion of liability or incidental or consequential damages, certain of the above limitations or exclusions may not apply to You.”²⁹⁹

2) “Disclaimer. **WeTransfer provides its Service “AS-IS”**, without warranty of any kind. Without limiting the foregoing, WeTransfer explicitly disclaims any warranties of merchantability, fitness for a particular purpose and non-infringement. WeTransfer makes no warranty that the Service is available on an uninterrupted, secure or error-free basis. Your use of the Service is at Your own risk. You acknowledge and agree that **WeTransfer is not responsible for any damages** to Your computer system or the computer system of any third party that result from use of the Service **and is not responsible for any failure of the Service to store, transfer or delete a file or for the corruption or loss of any data, information or content contained in a file.**”³⁰⁰

94. Différents points de ces clauses méritent de retenir notre attention.

Tout d’abord, toutes deux précisent la portée des obligations à charge du fournisseur du service, qui ne sont que des obligations de moyen, étant entendu que ce dernier s’engage à tout mettre en œuvre pour offrir le service, sans aucune garantie quant au sort des données. Remarquons qu’une telle clause se trouve à la frontière entre la clause limitative ou exonératoire de responsabilité et la clause définissant le contenu obligationnel du contrat³⁰¹. La validité d’une telle clause n’est pas à remettre en cause, du moment qu’elle ne porte pas atteinte à l’essence même du contrat, à son obligation principale.

Ensuite, pour compléter cette première clause, il est également indiqué qu’en aucun cas le fournisseur ne sera responsable pour toute perte de données. Dans le premier des deux exemples, la clause va même plus loin en faisant peser sur l’utilisateur la charge d’effectuer lui-même des copies des données qu’il a déposées dans le *cloud* !

95. Pour apprécier ces deux points, il convient de revenir sur la qualification du contrat de *cloud computing*. Nous avons déjà montré, dans le Titre II, combien la qualification d’un contrat de *cloud computing* pouvait être complexe, en raison notamment de la diversité des

²⁹⁹ Conditions générales d’ADrive, disponibles sur <http://www.adrive.com/terms>.

³⁰⁰ Conditions générales de WeTransfer, disponibles sur https://www.wetransfer.com/documents/WeTransfer_Terms_20160317.pdf.

³⁰¹ K. DE VULDER et B. BRUYNDONCX, « Aansprakelijkheidsclausules in de cloud », *Computerr.*, 2011/3, p. 127.

prestations que propose le fournisseur du service (mise à disposition d'une plateforme, stockage de données). Nous avons alors opté pour la théorie de la qualification distributive, consistant à appliquer à chacune des obligations le régime juridique du contrat dont elle représente la prestation caractéristique. Ici, le stockage des données devra répondre du régime du contrat de dépôt, dont l'obligation essentielle consiste en la conservation des données que le client y dépose.

Si le dépositaire n'est en principe tenu que d'une obligation de garde somme toute assez légère lorsque le contrat est conclu à titre gratuit³⁰², il en est tout autre lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu à titre onéreux, le Code civil imposant d'apprécier le soin apporté à la garde avec plus de rigueur³⁰³. Comme nous l'avons montré précédemment (voy., *supra*, points 32 à 34), le contrat de *cloud computing* conclu avec un consommateur, bien qu'en apparence gratuit, relève bien de cette seconde catégorie.

Aussi estimons-nous que de telles clauses portent atteinte à l'obligation essentielle du contrat de dépôt consistant dans la garde de la chose et la restitution de celle-ci à la demande du déposant. En ne prenant pas à sa charge l'obligation de restituer les données à la demande de l'utilisateur et en excluant toute responsabilité en cas de perte des données, le fournisseur d'un service de *cloud computing* vide de sa substance le contrat qu'il a conclu avec le consommateur³⁰⁴, *a fortiori* quand il revient à ce dernier d'effectuer lui-même des sauvegardes.

Lorsque le contrat est conclu avec un consommateur, l'article VI.83, 13°, du Code de droit économique, en disposant qu'est abusive la clause qui a « pour effet de libérer l'entreprise de sa responsabilité [...] du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat », ne prévoit pas une solution différente.

Section 2. Clauses limitant le montant des dommages et intérêts dus au débiteur

96. Dans les cas où la responsabilité du fournisseur du service de *cloud computing* est engagée, soit que les conditions générales ne l'excluent pas, soit que la clause exonératoire a été invalidée, le consommateur n'aura pour autant pas toujours droit à obtenir une réparation in-

³⁰² L'article 1927 du Code civil n'imposant au dépositaire que d'apporter à la garde de la chose qui lui est confiée les mêmes soins que ceux qu'il apporte aux choses lui appartenant (appréciation *in concreto*).

³⁰³ Art. 1928, 2°, du C. civ. (appréciation *in abstracto*).

³⁰⁴ Dans le même sens, voy. K. DE VULDER et B. BRUYNDONCKX, « Aansprakelijkheidsclausules in de cloud », *op. cit.*, p. 127 ; K. DE VULDER et A. DIERICK, « Contracteren in de cloud », *op. cit.*, p. 134 ; B. DOCQUIR, « Nouveaux équilibres contractuels dans le contexte de l'informatique dématérialisée », *op. cit.*, p. 14 et J. CLINCK, *op. cit.*, p. 115.

tégrale de son dommage, dans la mesure où des clauses limitant le montant des dommages et intérêts qui lui seraient dus sont fréquemment stipulées. En voici deux exemples :

1) « En tout état de cause, **le montant des dommages et intérêts** qui pourraient être mis à la charge de OVH, si sa responsabilité était engagée, **sera limité au montant des sommes effectivement versées** par le Client à OVH pour la période considérée ou facturées au Client par OVH ou au montant des sommes correspondant au prix de la prestation, pour la part du Service pour laquelle la responsabilité de OVH a été retenue. Sera pris en considération le montant le plus faible de ces sommes. **Dans le cadre d'une offre gratuite, ce montant sera automatiquement limité à cinq (05) euros TTC.** »³⁰⁵

2) « Indemnity and Liability
(...) In the event WeTransfer is liable for damage under mandatory law, **WeTransfer's aggregate liability** to You for any and all claims arising out of or in connection with the use of the Service **will in no event exceed one hundred euro (€100) per incident.** »³⁰⁶

L'objet de telles clauses est, le plus souvent, de limiter l'indemnisation du client aux sommes qu'il a effectivement payées pour l'utilisation des services³⁰⁷. Ce qui, dans l'hypothèse d'un service fourni au consommateur sans rémunération directe de sa part, aurait pour conséquence que celui-ci ne bénéficierait, *de facto*, d'aucune indemnisation³⁰⁸. Est-ce à dire que le fournisseur pourrait valablement s'en exonérer parce qu'il offre le service « gratuitement » ?

S'il existe des arguments allant dans ce sens³⁰⁹, rappelons qu'un tel contrat de *cloud computing* n'est pas conclu à titre gratuit, ce qui rend difficilement justifiable une telle exclusion d'indemnisation.

97. Pour échapper à une telle incertitude, de nombreuses conditions générales prévoient cependant un plafond lorsque le service est offert gratuitement (exemple 1), tandis que d'autres prévoient un plafond dans tous les cas (exemple 2). Si de telles clauses sont en principe valables, un plafond négligeable pourrait vider le contrat de sa substance³¹⁰ ou contrevenir à l'article VI.83, 30°, du Code de droit économique. En effet, celui-ci doit être apprécié au regard de l'ampleur du dommage subi par le consommateur victime de l'inexécution. Se posent alors de délicates questions d'évaluation – quelle est la valeur du compte ou quelle est celle

³⁰⁵ Conditions générales de *Hubic*, disponibles sur https://hubic.com/fr/contracts/Contrat_hubiC_2013.pdf.

³⁰⁶ Conditions générales de *WeTransfer*.

³⁰⁷ Voy. J. CLINCK, *op. cit.*, p. 114 pour qui, face à de telles conditions, le consommateur est en effet libre de ne pas user du service et de s'orienter vers un autre fournisseur plus scrupuleux de son indemnisation. Il ne pourrait également pas attendre que des efforts équivalents à ceux qui seraient consentis si le service était payant le soient lorsqu'il est délivré « gratuitement ».

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ K. DE VULDER et A. DIERICK, « *Cloud computing overeenkomsten, een nieuwe trend* », *Recht en elektronische handel*, sous la direction de P. Van Eecke, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 187.

des données qui ont été perdues ? – auxquelles il n'est possible de répondre qu'au cas par cas³¹¹. À cet égard, sans doute la première clause illustrée sera-t-elle annulée, une somme de cinq euros pouvant être jugée insuffisante dans de nombreux cas, à l'inverse de la seconde, dont le plafond plus élevé (cent euros) pourrait être considéré comme suffisamment important que pour indemniser valablement le consommateur.

CONCLUSION

98. Nous avons vu au moyen des quelques clauses illustrées que l'offre actuelle en matière de *cloud computing* aux consommateurs leur est le plus souvent défavorable quant à l'indemnisation de son dommage résultant de la perte de ses données, la responsabilité du fournisseur étant le plus souvent exclue ou limitée. S'il est vrai que nombre de ces clauses ne sont en réalité pas valides et donc nulles, peu de consommateurs chercheront à s'en prévaloir, du fait notamment de l'incertitude quant au montant réel de l'indemnisation à laquelle ils auraient droit.

C'est pourquoi il est ici aussi primordial, comme le préconise la Commission européenne³¹², de voir se développer des clauses contractuelles types réglant la question de la responsabilité du fournisseur et de l'étendue de l'indemnisation du consommateur.

CONCLUSION GÉNÉRALE

99. Le *cloud computing* est devenu, en quelques années seulement, un produit de grande consommation, utilisé par un nombre toujours plus important de particuliers. Aussi n'est-il pas étonnant de constater que les acteurs présents sur le marché des technologies de l'information n'ont pas tardé à développer des formules répondant à leurs besoins.

Parmi ceux-ci, la volonté toujours plus affirmée de ne pas payer pour le service offert a rendu nécessaire une adaptation des modèles économiques pratiqués jusqu'alors, en développant des modes de rémunération alternatifs, parmi lesquels la publicité et le traitement de données (à caractère personnel).

³¹¹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 165.

³¹² Voy. Communication de la Commission du 27 septembre 2012, précitée, note 3, pp. 21 et s.

Nous avons observé que si le *cloud computing* ne répond pas de normes qui lui seraient propres, il n'en reste pas moins soumis à un corps législatif et réglementaire important et, il est vrai, particulièrement complexe (pluralité des dispositions, difficultés d'application).

Aussi la Commission européenne est-elle engagée, depuis plusieurs années déjà, dans une profonde réflexion entourant le contexte du *cloud computing*. Ce dernier présente en effet de nombreux avantages, auxquels correspondent des enjeux économiques colossaux³¹³ mais, aussi, une certaine méfiance dans le chef des consommateurs. Un travail d'harmonisation des législations nationales et de modernisation des dispositions européennes semble, plus que jamais, la condition nécessaire à son développement.

Si un pas a été franchi par l'adoption d'un règlement sur la protection des données et par la proposition de directives en matière de contenus numériques et de vente, force est de constater que celui-ci semble encore bien timide et n'a pas encore permis d'évacuer certaines des difficultés que pose le *cloud computing*. En outre, la relation contractuelle qui se noue entre le consommateur et le fournisseur d'un service de *cloud computing* n'a, en dehors d'appels appuyés aux acteurs du secteur au développement de clauses types, pas encore fait l'objet d'une attention plus poussée, constituant ainsi un frein supplémentaire à son expansion.

En conséquence, une attention particulière devra être portée aux nouvelles dispositions qui ne manqueront certainement pas de voir le jour dans les années à venir, en ayant toujours à l'esprit leur interaction avec les normes existantes, leur capacité à résoudre les difficultés évoquées tout au long de ce mémoire et la nécessaire protection du consommateur.

³¹³ La Commission européenne estime à 2,1 millions le nombre d'emplois créés d'ici 2020 grâce à l'informatique en nuage et à 957 milliards d'euros son effet sur le PIB de l'Union européenne ; voy. Communication de la Commission du 27 septembre 2012, précitée, pp. 2 et 3.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

- au niveau européen

Dispositions réglementaires

- Directive (CEE) n° 93/13 du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, L.95, 21 avril 1993, p. 29.
- Directive (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L.281, 23 novembre 1995, p. 31.
- Directive (CE) n° 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L.144, 4 juin 1997, p. 19.
- Directive (CE) n° 98/34 du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaires techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.C.E.*, L.204, 21 juillet 1998, p. 37.
- Directive (CE) n° 98/48 du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.C.E.*, L.217, 5 août 1998, p. 18.
- Directive (CE) n° 99/44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, L.171, 7 juillet 1999, p. 12.
- Directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L.178, 17 juillet 2000, p. 1.
- Directive (CE) n° 2002/58 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.C.E.*, L.201, 31 juillet 2002, p. 37.

- Directive (CE) n° 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L.149, 11 juin 2005, p. 22.
- Directive (CE) n°2006/114 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *J.O.U.E.*, L.376, 27 décembre 2012, p. 21.
- Directive (CE) n° 2009/136 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, L.337, 18 décembre 2009, p. 11.
- Directive (UE) n° 2011/83 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L.304, 22 novembre 2011, p. 64.
- 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), *J.O.U.E.*, L.119, 4 mai 2016, p. 1.

Propositions de textes réglementaires et autres documents

- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil pour un droit commun européen de la vente, *COM (2011) 635 final*.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, *COM (2015) 634 final*.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM (2015), 635 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions du 27 septembre 2012, *Exploiter le potentiel de l'informatique en nuage en Europe*, COM (2012) 529 final.
- Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_fr.pdf.
- Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, Avis 1/2010 sur les notions de «responsable du traitement» et de «sous-traitant», WP 169, 16 février 2010, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_fr.pdf.
- Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_fr.pdf.
- Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies, WP 194, 7 juin 2012, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_fr.pdf.
- Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, avis 05/2012 sur l'informatique en nuage, WP 196, 1^{er} juillet 2012, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_fr.pdf.
- Groupe de travail 'Article 29' sur la protection des données, document de travail 02/2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies, WP 208, 2 octobre 2013, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_fr.pdf.

- au niveau national

Dispositions légales et réglementaires

- Code civil, articles 1105 à 1107 et 1915 à 1948.

- Code de droit économique, livres I, VI et XII.
- Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, telle que modifiée par la loi du 5 juin 2007, *M.B.*, 21 juin 2007.
- Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.
- Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.
- Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

Travaux préparatoires

- Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 50-2100/1.
- Projet de loi portant insertion du livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-3018/1.

JURISPRUDENCE

- européenne

- C.J.C.E., 26 avril 1988 (Bond van Adverteerders e.a. c. Etat néerlandais), C-352/85.
- C.J.C.E., 27 septembre 1998 (Etat belge c. Humbel), C-263/86.
- C.J.C.E., 6 novembre 2003 (Lindqvist c. Suède), C-101/01
- C.J.C.E., 23 avril 2009 (VTB-VAB NV c. Total Belgium NV et Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV), C-261/07 et C-299/07.
- C.J.U.E., 14 janvier 2010 (Plus Warenhandels-gesellschaft), C-304/08.
- C.J.U.E., 18 octobre 2012 (Purely Creative Ltd et a. c. Office of Fair Trading), C-428/11

- C.J.U.E., 11 juillet 2013 (Belgian Electronic Sorting Technology c. Bert Peelaers et Visys NV), C-657/11.
- C.J.U.E., 19 décembre 2013 (Corman-Collins SA c. La maison du Whisky SA), C-9/12.
- C.J.U.E., 14 septembre 2014 (Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi et Giorgos Sertis, C-291/13.
- C.J.U.E., 11 décembre 2014 (František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů), C-212/13
- C.J.U.E., 16 avril 2015 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság), C-388/13.

- belge

- Cass., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, pp. 128 à 143.
- Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113.
- Cass., 2 novembre 1999, *J.T.*, 2000/3, pp. 64 à 66.
- Cass., 3 septembre 2010, R.G. n° C.08.0554.N.
- Comm. Bruxelles (prés.), 7 juin 2006, *RDTI*, 2007/3, p. 373, note A. Cruquenaire.

- française

- Cass. fr., 31 mai 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 69.
- Pau, 23 mars 2012, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3382.

DOCTRINE

- ANTOINE, M., « L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique », *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, sous la direction de E. Montero, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 1 à 29.
- BOMSEL, O., *Gratuit ! : Du déploiement de l'économie numérique*, Paris, Folio Actuel, 2007.

- BUYYA, R., BROBERG, J. et GOSCINSKI, A., *Cloud computing : paradigms and principles*, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2011, 637 p.
- CASSART, A., « Le cadre juridique de la publicité 2.0 », *R.D.T.I.*, 2010/38, pp. 19 à 30.
- CHANTEPIE, G., « L'inexécution du contrat de *cloud computing* », *R.L.D.I.*, 2013, n° 98.
- CLINCK, J., « *Cloud computing*-overeenkomsten en de aansprakelijkheid van *cloud service providers* : consument in de wolken ? », *Cah. jur.*, 2014/1, pp.101 à 117.
- CRUYSMANS, E., PUYRAIMOND, J.-F. et STROWEL, A., « Règles spécifiques aux relations entre personnes concernées et responsables de traitements : la question du consentement », *Le droit commun des contrats – Questions choisies*, sous la coordination de Rafaël Jafferali, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 47 à 68.
- CUIJPERS, C., « Toepasselijk privacyrecht in de wolk », *Computerr.*, 2011/3, pp. 115 à 141.
- CUNNINGHAM, A. et REED, C., « Caveat Consumer ? – Consumer protection and Cloud Computing Part 1 – Issues of Definition in the Cloud », *Legal Studies Research Paper*, n° 130/2013, Queen Mary University of London, School of Law, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2202758>.
- DEGRAVE, E., « La protection des données à caractère personnel enfin réformée », *J.D.E.*, 2016/4, pp. 136 à 138.
- DE NAYER, B., « La publicité et le marketing sur Internet et la protection du consommateur en droit belge », *Protection du consommateur, pratiques commerciales et technologies de l'information et des communications*, sous la direction de J. Laffineur, Liège, Anthemis, 2009, pp. 33 à 58.
- DE TERWANGNE, C., « L'exception concernant les traitements de données à des fins personnelles et domestiques de la directive 95/46 relative à la protection des données », *R.D.T.I.*, 2015/58, pp. 45 à 51.
- DE VULDER, K., « Cloud computing : hype of realiteit », *Juristenkrant*, 2011, pp. 10 et 11.
- DE VULDER, K. et BRUYNDONCKX, B., « Aansprakelijkheidsclausules in de cloud », *Computerr.*, 2011/3, pp. 123 à 128.

- DE VULDER, K. et DIERICK, A., « Cloud computing contracten, een nieuwe trend », *Recht en elektronische handel*, sous la direction de P. Van Eecke, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 143 à 196.
- IDEM, « Contracteren in de cloud », *Computerr.*, 2011/3, pp. 129 à 136.
- DINANT, J.-M., *Rapport sur les lacunes de la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel face aux développements technologiques*, T-PD-BUR(2010)09 (I) FINAL, 5 novembre 2010.
- DOCQUIR, B., « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *R.D.C – T.B.M.*, 2011/10, pp. 1000 à 1015.
- IDEM, « Le cloud computing, la 'nouvelle frontière' du commerce électronique ? », *J.T.*, 2012, pp. 848 à 851.
- IDEM, « Nouveaux équilibres contractuels dans le contexte de l'informatique dématérialisée », *Le droit des nouvelles technologies et de l'internet*, sous la coordination de B. Docquir, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5 à 62.
- FAUVARQUE-COSSON, B. et ZOLYNSKI, C. (sous la direction de), *Le cloud computing. L'informatique en nuage*, Paris, Société de législation comparée, 2014, 160 p.
- FERREIRA PIRES, L., « Qu'est-ce que le cloud computing ? », *Computerr.*, 2011/3, pp. 104 à 107.
- GAUTIER, P.-Y., « Du contrat de dépôt dématérialisé : l'exemple du *cloud computing* », *La communication numérique, un droit, des droits*, sous la direction de B. Teyssié, Paris, Panthéon-Assas, 2012, pp. 157 à 166.
- GOOSSENS, W., *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, coll. *Recht en Onderneming*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 198 et 199.
- GOUDEN, M., « Aménagements contractuels de la responsabilité », *La rédaction des contrats internationaux*, sous la direction de D. Philippe, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 47 à 76.
- HASSAN, Q. F., « Demystifying Cloud Computing », *The Journal of Defense Software Engineering*, 2011, pp. 16 à 21.
- HUET, J., *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1565.

- JACQUEMIN, H., « Digital Content and Consumer Protection within European Law », *Virtual Goods '10*, sous la direction de A. Arnab et J.-N. Colin, Namur, PUN, 2010, pp. 41 à 57.
- IDEM, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J. T.*, 2012, pp. 805 à 809.
- IDEM, « Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne », *R.D.T.I.*, 2014/56, pp. 5 à 22.
- IDEM, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015/3-4, pp. 5 à 33.
- KEIRSBILCK, B., « Promotionele praktijken ten aanzien van consumenten », *D.C.C.R.*, 2013/100-101, pp. 85 à 95.
- KUAN HON, W., MILLARD, C. et WALDEN, I., « The problem of 'personal data' in cloud computing : what information is regulated ? – the cloud of unknowing », *International Data Privacy Law*, Vol. 1, n° 4, 2011, pp. 211 à 228.
- IDEM, « Who is responsible for 'personal data' in cloud computing – the cloud of unknowing, part 2 », *International Data privacy law*, Vol. 2, n°1, 2012, pp. 3 à 18. Également disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1794130 (*Legal Research Studies Paper*, n° 77/2011, Queen Mary University of London, School of Law, 31 p).
- MELL, P. et GRANCE, T., *The NIST definition of Cloud Computing*, Gaithersburg, NIST, 2011, disponible sur <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>.
- MONTERO, E., « La publicité en ligne », *Rép. not.*, tome IX – Contrats divers, livre IX, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 194 à 209.
- MONTERO, E., DUMOULIN, M. et LAZARO, C., « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81 à 95.
- MOUFFE, B., *Le droit de la publicité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 297 à 346.
- PEYROU, S., « Cloud computing et protection des données dans l'Union européenne : dissiper le brouillard du doute pour que le ciel européen ne soit pas sans nuage », *Rev. aff. eur.*, 2014/1, pp. 165 à 174.

- PISSOORT, D., « Publicité et démarchage du consommateur au regard de la protection de la vie privée », *J.T.*, 2012, pp. 802 à 805.
- PUTTERMANS, A. et MARCUS, L. « L'interdiction des pratiques commerciales déloyales envers les consommateurs », *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, sous la coordination de A. Puttermans, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 11 à 68.
- ROBERT, R. et GAYREL, C., « Proposition de règlement sur la protection des données – premiers commentaires », *J.D.E.*, 2012/6, pp. 173 à 181.
- RUE, G., « Aspects contractuels du 'SaaS' (partie 1), *B.S.J.*, 2012/478, p. 15.
- IDEM, « Aspects contractuels du 'SaaS' (partie 2), *B.S.J.*, 2012/479, p. 15
- IDEM, « Aspects contractuels du 'SaaS' (partie 3), *B.S.J.*, 2012/480, p. 15.
- IDEM, « La Commission propose de moderniser les règles applicables aux contrats de ventes en ligne », *B.S.J.*, 2016/556, p. 11.
- VANDENDRIESSCHE, C., « Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI van het wetboek Economisch recht », *Le nouveau code de droit économique/Het nieuwe wetboek van economisch recht*, sous la coordination de A. Tallon, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 163 à 216.
- VAN DER WEES, J.G.L., « De verantwoordelijke en de berwerker in de cloud », *Computerr.*, 2011/3, pp. 108 à 114.
- VAN GYSEGHEM, J.-M., « Cloud computing et protection des données à caractère personnel : mise en ménage possible ? », *R.D.T.I.*, 2011/1, n°42, pp. 35 à 50.
- VERBIEST, B., *Les nouvelles obligations en matière de publicité et de marketing réalisées par le biais des nouvelles technologies*, Actes de conférence Vanham & Vanham, 8 mai 2003 disponible sur <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/96-1.pdf>.
- VOLDERS, B., « IPR in de wolken: het toepasselijke recht op Cloud computing-overeenkomsten », *Computerr.*, 2011/3, pp. 137 à 141.
- WAUTHY, X., « La gratuité, c'est le vol payant ! Google, le web 2.0 et le modèle économique gratuit : une industrie à réguler ? », *Google et les nouveaux services en ligne. Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, sous la direction de A. Strowel et J.-P. Triaille, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 51 à 82.

- WÉRY, P., « Les contrats de services gratuits », *Knelpunten Dienstcontracten*, sous la direction de T. Billeman et A. Verbeke, Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 59 à 92.
- IDEM, « Les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit », *Rép. not.*, tome IV – Les obligations, livre I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 219 à 224.
- IDEM, *Droits des obligations – Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 736 à 746.
- WINTERS, K., VANDEN VORST, C. et HOOGENDIJK, F., « Cloud computing in de juridische praktijk : een aantal mythes en misverstanden ontmaskerd », *Let's go digital – Le juriste face au digital / De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 101 à 134.
- X., *Le Livre Blanc du Cloud Computing – Tout ce que vous devez savoir sur l'informatique en nuage*, Paris, Syntec Informatique, 2010, 20 p.

AUTRES SOURCES

- S.P.F. Économie, « La légalité du marketing viral », brochure *on line* 2006, disponible sur http://economie.fgov.be/fr/binaries/marketing-viral_brochure_fr_tcm326-36254.pdf.
- FILIPPONE, D., « Cloud computing : surmonter les pièges de la réversibilité », *Journal du Net*, disponible sur <http://www.journaldunet.com/solutions/dsi/cloud-computing-et-reversibilite.shtml>.
- Conditions générales de *ADrive*, disponibles sur <http://www.adrive.com/terms> et Politique concernant la vie privée, disponible sur <http://www.adrive.com/privacy>.
- Conditions générales de *Hubic*, disponibles sur https://hubic.com/fr/contracts/Contrat_hubiC_2013.pdf.
- Conditions générales de *WeTransfer*, disponibles sur https://www.wetransfer.com/documents/WeTransfer_Terms_20160317.pdf et Politique concernant la vie privée, disponible sur https://www.wetransfer.com/documents/WeTransfer_Privacy_Policy_20160317.pdf.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
TITRE I ^{er} . DÉFINITION DU <i>CLOUD COMPUTING</i>	5
CHAPITRE 1. NOTION DE <i>CLOUD COMPUTING</i>	5
CHAPITRE 2. CARACTÉRISTIQUES DU <i>CLOUD COMPUTING</i>	6
CHAPITRE 3. CATÉGORIES DE <i>CLOUD COMPUTING</i>	7
TITRE II. QUALIFICATION DU CONTRAT DE <i>CLOUD COMPUTING</i> ET INCIDENCE DE LA GRATUITÉ.....	9
CHAPITRE 1. QUALIFICATION DU CONTRAT DE <i>CLOUD COMPUTING</i> ET DISPOSITIONS APPLICABLES .	9
Section 1. Qualification du contrat de <i>cloud computing</i> au regard du Code civil	9
§1 ^{er} . Généralités.....	10
§2. Le cloud computing, une forme particulière de dépôt ?	10
§3. Un contrat d'entreprise ?	12
§ 4. Appréciation	13
Section 2. Qualification du contrat de <i>cloud computing</i> au regard du droit européen	14
§ 1 ^{er} . Un contrat de consommation.....	14
§ 2. Un contrat de prestation de service	15
§ 3. Un contrat conclu à distance.....	16
§ 4. Un service de la société de l'information	17
§ 5. Appréciation au regard d'un nouveau concept : le contenu numérique	18
Section 3. Conclusion.....	21
CHAPITRE 2. INCIDENCE DE LA GRATUITÉ.....	21
Section 1. La gratuité, une illusion ?	21
Section 2. Impact de l'accès gratuit au service.....	23
§ 1. Contrat à titre gratuit et contrat à titre onéreux	23
§ 2. Rémunération et contrepartie économique	24
CONCLUSION	26
TITRE III. MODES DE RÉMUNÉRATION DU PRESTATAIRE D'UN SERVICE DE <i>CLOUD COMPUTING</i> GRATUIT	27
SOUS-TITRE I. PUBLICITÉ.....	28
CHAPITRE 1. NOTIONS	28
CHAPITRE 2. RÉGIME GÉNÉRAL DE LA PUBLICITÉ	30
CHAPITRE 3. RÈGLES PROPRES À LA PUBLICITÉ EN LIGNE	33
Section 1. Un service de la société de l'information et de la communication.....	33
Section 2. Règles régissant la publicité <i>stricto sensu</i>	34

CHAPITRE 4. EXAMEN DES PRATIQUES COURANTES RENCONTRÉES DANS LE CONTEXTE DU <i>CLOUD COMPUTING</i>	35
Section 1. Présentation des différentes formes de publicité les plus courantes sur les plateformes de <i>cloud computing</i>	35
Section 2. Analyse d'exemples tirés de l'offre actuelle en matière de services de <i>cloud computing</i>	36
CHAPITRE 5. EN GUISE DE CONCLUSION.....	39
SOUS-TITRE II. TRAITEMENT DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL.....	39
CHAPITRE 1. CADRE LÉGAL, NOTION DE TRAITEMENT DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET CHAMP D'APPLICATION	40
Section 1. Dispositions applicables	40
Section 2. Traitement	41
Section 3. Données à caractère personnel	42
§ 1 ^{er} . Données récoltées au moyen de cookies	42
§ 2. Données déposées sur la plateforme de cloud computing par le consommateur.....	43
Section 4. La délicate appréciation de l'exception accordée aux traitements effectués dans le cadre d'activités exclusivement personnelles ou domestiques dans le contexte du <i>cloud computing</i>	46
CHAPITRE 2. PRINCIPES APPLICABLES AUX TRAITEMENTS DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET PERSONNES AUXQUELLES ILS INCOMBENT DANS LE CONTEXTE DU <i>CLOUD COMPUTING</i>	48
Section 1. Principes applicables à tout traitement de données à caractère personnel.....	48
Section 2. Identification du responsable du traitement et du sous-traitant dans le contexte du <i>cloud computing</i>	49
CHAPITRE 3. RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX COOKIES – LA QUESTION DU CONSENTEMENT ..	52
Section 1. Dispositions applicables	53
Section 2. Le consentement de l'internaute à l'utilisation de <i>cookies</i>	53
CHAPITRE 4. ÉTUDE D'EXEMPLES DE SERVICES DE <i>CLOUD COMPUTING</i> FOURNIS SANS CONTREPARTIE ÉCONOMIQUE DIRECTE DU CONSOMMATEUR	55
Section 1. Premier exemple : <i>Hubic</i>	56
Section 2. Second exemple : <i>ADrive</i>	57
CHAPITRE 5. EN GUISE DE CONCLUSION.....	58
TITRE IV. EXAMEN DE LA RELATION CONTRACTUELLE – LA QUESTION DES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ	58
CHAPITRE 1. DÉFINITION	59
CHAPITRE 2. RÉGIME JURIDIQUE, VALIDITÉ ET EXCEPTIONS	59
CHAPITRE 3. APPLICATION AUX CONTRATS DE <i>CLOUD COMPUTING</i> CONCLUS AVEC UN CONSOMMATEUR ET ÉTUDE DE CLAUSES CONTRACTUELLES	61
Section 1. Clauses excluant la responsabilité du prestataire d'un service de <i>cloud computing</i> en cas de perte des données.....	61

Section 2. Clauses limitant le montant des dommages et intérêts dus au débiteur.....	63
CONCLUSION	65
CONCLUSION GÉNÉRALE	65
BIBLIOGRAPHIE	67
TABLE DES MATIÈRES.....	77

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

