

**Assemblée générale**

Distr. générale
20 juin 2014
français
Original: anglais/français

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-septième session
New York, 7-18 juillet 2014

**Travaux futurs prévus et travaux futurs possibles
– Quatrième partie**

**Proposition du Gouvernement canadien: travaux futurs possibles
dans le domaine du commerce électronique – questions juridiques
touchant la fourniture d’informatique nuagique**

Note du Secrétariat

1. En vue de la quarante-septième session de la Commission, le Gouvernement canadien a soumis au Secrétariat une proposition à l’appui des travaux qui seront menés dans le domaine de l’informatique en nuage. Les versions française et anglaise de cette note ont été soumises au Secrétariat le 19 juin 2014. Le texte reçu par le Secrétariat est reproduit en annexe à la présente note sous la forme dans laquelle il a été reçu.



Annexe

I. Introduction

1. Conformément au mandat de la quarante-quatrième session de la Commission en 2011, le Groupe de travail IV sur le commerce électronique (le Groupe de travail) a mené ses travaux sur les documents transférables électroniques, y compris certains aspects d'autres sujets qualifiés comme méritant l'attention de la CNUDCI, tels que la gestion de l'identité, l'utilisation de dispositifs mobiles en matière de commerce électronique et l'utilisation d'un portail électronique unique¹. Dans le cadre de la quarante-septième session de la Commission, le Groupe de travail rend compte des travaux réalisés lors de ses quarante-huitième et quarante-neuvième sessions. Le travail progresse sur les dispositions types pour les documents transférables électroniques. Ainsi, il est peut-être temps pour la Commission d'envisager la réalisation d'autres travaux dans le domaine du commerce électronique.

II. Informatique en nuage et questions juridiques connexes dans un contexte transfrontalier

2. Au cours des dernières années, l'informatique en nuage a progressé rapidement et est maintenant largement utilisée dans de nombreux secteurs d'activités d'affaires et par les institutions publiques. L'informatique en nuage peut être définie, de manière générique, comme un service informatique (par exemple l'hébergement de données ou le traitement de données) offert par l'intermédiaire de l'Internet. Il est parfois difficile pour le profane du domaine de s'imaginer que l'informatique nuagique nécessite des configurations variables d'ordinateurs (ou réseau d'ordinateurs) appelés serveurs. Les utilisateurs obtiennent l'accès après une procédure d'authentification et peuvent utiliser la puissance de traitement du serveur pour travailler sur une application, stocker des données, ou exécuter quelque autre tâche informatique. Le nom d'"informatique nuagique" provient du fait que les fonctions informatiques offertes ne sont pas exécutées sur l'ordinateur personnel d'un individu ou sur le réseau informatique d'une entreprise, mais plutôt ailleurs par le truchement de l'Internet. L'informatique en nuage réduit le besoin de réseaux informatiques internes, de serveurs et même d'ordinateurs personnels car, au lieu d'utiliser ces appareils ou ces réseaux, les applications et les capacités informatiques du fournisseur de services sont utilisées. L'utilisation de l'informatique en nuage peut faciliter grandement la conduite des affaires en diminuant les coûts et en augmentant la mobilité des utilisateurs.

3. Malgré les avantages de l'informatique en nuage, les entreprises peuvent être réticentes à l'utiliser pour des raisons de fiabilité, de sécurité de l'information confidentielle, telle les secrets commerciaux, d'absence de la présence physique du fournisseur de services dans le ressort, de clauses contractuelles trop favorables au fournisseur de services, de contraintes inhérentes au modèle proposé par les fournisseurs de services qui ne remplissent pas les exigences légales du client, et bien d'autres raisons.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17), par. 238 et 239.*

III. Pourquoi des travaux visant à relever les questions juridiques liées à l'informatique nuagique seraient-ils utiles?

4. Compte tenu de l'importance de l'informatique en nuage dans le monde des affaires d'aujourd'hui et de son utilisation accrue à l'échelle nationale et dans le contexte transfrontalier, il serait utile que la CNUDCI effectue des travaux sur les questions juridiques touchant les parties aux ententes d'informatique en nuage. Une recension des risques juridiques associés à la conclusion d'une entente d'informatique en nuage pourrait être utile aux parties privées dans la protection de leurs intérêts et dans l'évaluation de la conduite de leurs affaires. L'étude des services d'informatique en nuage transfrontaliers par la CNUDCI pourrait aussi contribuer au développement du commerce international en réduisant ou aplanissant les obstacles au commerce international ou en servant à identifier les occasions d'harmonisation des pratiques et des lois.

5. L'informatique en nuage soulève un grand nombre de questions contractuelles ainsi que d'autres questions juridiques. Les droits de la propriété intellectuelle sur les logiciels et la protection des renseignements personnels, y compris la détermination de la loi applicable en matière de protection de la vie privée, ont été identifiés comme posant des difficultés importantes en pratique. Malgré cela, la portée de cette proposition exclut la propriété intellectuelle et la vie privée et est limitée aux questions contractuelles concernant les hôtes, les clients et les utilisateurs de l'informatique en nuage et aux questions de compétence s'y rapportant. La proposition de travail sur l'informatique en nuage vise seulement la préparation d'un document identifiant les questions juridiques touchant les relations contractuelles afférentes aux ententes d'informatique en nuage et qui surviennent dans ce contexte. Le document pourrait servir de base à la préparation d'un aide-mémoire ou d'une liste plus détaillée d'éléments à étudier par les utilisateurs, un peu comme l'*Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)*, *Reconnaître et prévenir la fraude commerciale: indicateurs de fraude commerciale (2013)*, ou le *Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992)*. Les paragraphes qui suivent donnent un aperçu des questions qui pourraient être à l'étude. Cette liste de questions illustre les aspects contractuels qui pourraient être considérés et est non exhaustive.

6. Premièrement, quelles sont les obligations et les responsabilités de chaque participant relativement à l'informatique en nuage? Les exigences relatives à la sécurité des services infonuagiques ne sont pas réglementées, sont sujettes aux déclarations dont le client typique ne peut vérifier la véracité et sont contenues dans des contrats qu'il peut être difficile d'exécuter en pratique étant donné l'emplacement où sont situés les serveurs et les liens avec des serveurs non identifiables. Ceci soulève des questions quant à l'observance des obligations issues du droit national et leurs caractères parfois contradictoires. Les obligations et les responsabilités peuvent-elles être appliquées et attribuées dans un contexte transfrontalier? Quelles obligations incombent au fournisseur de services en relation à la préservation de l'intégrité des données? Quels remèdes sont disponibles lorsque l'intégrité de l'information a été compromise? Est-ce qu'un cadre de réflexion pourrait être offert aux fournisseurs de services et aux clients pour l'évaluation et la négociation d'obligations contractuelles? Par exemple, quelles obligations

s'imposent au fournisseur de services lorsqu'il y a des pertes commerciales résultant de l'indisponibilité d'un service? Sous quelles conditions est-ce qu'un contrat d'informatique en nuage peut-il être résilié? Qu'en est-il des données lorsque le contrat est résilié?

7. Deuxièmement, un accès sécurisé aux serveurs en nuage exige l'établissement de protocoles de gestion de l'identité. Il semble largement accepté que tout système de gestion de l'identité est fondé en bonne partie sur un cadre contractuel. Ce dernier attribue des obligations, des risques et des responsabilités. Cependant, est-ce que quelconque cadre contractuel est acceptable ou devrait-on établir des pratiques exemplaires? En outre, que prévoit la législation interne des États relativement aux protocoles acceptés de gestion de l'identité? Quelles pratiques sont considérées comme raisonnables par les tribunaux et lesquelles sont considérées comme négligentes?

8. Troisièmement, l'hébergement de données est régi par une entente contractuelle entre le fournisseur de services et une personne, le client, souhaitant rendre accessible les données hébergées en nuage à un groupe donné d'utilisateurs (ordinairement des employés ou clients). Ces contrats sont généralement des contrats types préparés par des fournisseurs de services mais peuvent également être négociés entre les parties. Qui est propriétaire des données dans ces ententes? Bien qu'ils ne soient pas généralement parties aux ententes contractuelles, les utilisateurs peuvent voir leurs droits et leurs obligations affectés par l'informatique en nuage (c'est-à-dire, dans les cas où les renseignements personnels sont entrés et stockés ou où les utilisateurs négligents donnent accès aux données à des tiers non autorisés). Comment les tiers et les informations relatives aux tiers sont-ils affectés par une entente infonuagique?

9. Quatrièmement, l'entente de services infonuagiques peut également soulever des questions de droit international privé. Ces questions peuvent survenir à l'égard de divers aspects des contrats qui, pour différentes raisons, ne sont pas assujettis à la même loi. (Par exemple, dans certaines situations, les utilisateurs ne sont pas parties aux ententes de services et ne sont donc pas assujettis à une clause sur le droit applicable dans l'entente de services. Dans d'autres situations, par l'application de la politique publique dans divers États, notamment la législation relative à la protection des consommateurs, la législation relative à la protection de la vie privée et celle relative à la protection des renseignements confidentiels, différentes lois entrent en jeu.) Ces questions risquent de devenir de plus en plus présentes, ainsi que de plus en plus complexes, étant donné que les fournisseurs de services infonuagiques utilisent des places d'affaires dans plusieurs ressorts pour leurs serveurs et autres opérations.

10. De façon similaire, l'interaction entre le choix du tribunal compétent et les règles en matière de compétence d'une part, et la politique publique et les facteurs de rattachement utilisés pour déterminer la compétence d'un tribunal d'autre part, pourrait entraîner d'importants défis dans la pratique. Par exemple, le choix de la loi applicable et du tribunal compétent entre le fournisseur de services et le client indiquant l'État A priverait-il valablement de leur compétence les tribunaux nationaux de l'État B où se trouve un utilisateur? De manière plus générale, l'hôte devrait-il être tenu de divulguer des renseignements même s'il n'a qu'un lien limité avec l'autre État où l'ordonnance de divulgation est rendue?

11. Cinquièmement, quelles pratiques et mesures efficaces visant à limiter les risques devraient être mises en place par les fournisseurs de services? Par exemple, les fournisseurs de services devraient-ils être encouragés d'offrir un accès à plusieurs fonctions comportant des niveaux d'accès variables (c'est-à-dire seulement certains utilisateurs ont accès à l'ensemble des informations confidentielles d'une personne)? Devraient-ils être tenus d'informer les clients potentiels de la disponibilité ou non de telles garanties et fonctions d'accès multiples? Devraient-ils être titulaires d'une assurance responsabilité et qui devrait être responsable d'assurer un ou certains risques? Est-ce que l'informatique en nuage est différente dans le contexte gouvernemental de celle du contexte privé et est-ce que des critères différents devraient s'appliquer? Est-ce que le fournisseur de service devrait être requis de divulguer que l'accès aux données pourrait être accordé aux autorités d'un État dans l'exercice de ses pouvoirs spéciaux d'enquête? Est-ce que l'existence de lois protégeant l'information personnelle et le respect de ces lois par les fournisseurs de services sont suffisants pour exonérer le fournisseur de sa responsabilité?

IV. Les travaux futurs de la CNUDCI

12. La Commission pourrait demander au Secrétariat de recueillir des renseignements relatifs à l'informatique en nuage et particulièrement l'hébergement de données, SaaS (software as a service) ainsi que d'autres services informatiques en nuage et de préparer un document exposant les pratiques actuelles. S'il y a lieu, le document pourrait souligner les risques susceptibles de découler des pratiques en cours en matière de conflits de lois, du manque de dispositions législatives dans les lois nationales donnant effet aux ententes sur l'informatique en nuage, et du manque d'harmonisation des lois internes. Ce travail pourrait être effectué en collaboration avec la Conférence de La Haye. Le document pourrait indiquer où l'élaboration de pratiques exemplaires est nécessaire compte tenu de l'absence effective de recours judiciaires, d'un déséquilibre perçu entre les droits et les obligations des participants à l'informatique en nuage ou dans d'autres cas. Enfin, le document pourrait indiquer les travaux réalisés par d'autres organisations dans le domaine de l'informatique en nuage, notamment en matière de vie privée et de protection des renseignements personnels, en vue de cibler les lacunes du cadre de droit commercial international. Le document pourrait ensuite être utilisé par le Groupe de travail pour relever les questions qui nécessitent des solutions législatives pratiques ou d'autres solutions et pour discuter de possibles travaux futurs.