

Titre III du PJL SREN

Les positions et propositions d'Eurocloud

Notes préliminaires :

Il est essentiel que le texte français soit rédigé au plus proche du texte européen pour des raisons évidentes.

Il s'agit en effet à l'origine d'un texte européen d'application directe, le Data Act, visant la régulation d'un marché a minima européen, voire mondial. Toute transposition, a fortiori non imposée pour un règlement européen, devra a minima être parfaitement fidèle au texte, sauf à créer une situation d'incertitude juridique en France.

En outre , il n'est pas compliqué pour un client de déplacer ses infrastructures de l'autre côté de la frontière ou de solliciter d'autres fournisseurs européens. Toute disposition qui serait plus contraignante en France pour les clients se traduirait par des effets d'éviction préjudiciables.

Pour les mêmes raisons et de façon plus cruciale encore, comme l'a souligné l'Autorité de la Concurrence, les dispositions nouvelles d'initiative française doivent être effectivement pro-concurrentielles et favorables au client.

Eurocloud relève donc qu'il existe à ce stade de la rédaction des différences significatives dans les termes et notions retenues comme socle des textes européens et français. Eurocloud suggère ainsi de rapprocher les deux rédactions en synchronisant en particulier davantage les définitions. Eurocloud s'attache aussi à défendre une rédaction efficiente des dispositions nouvelles et propose la suppression d'articles préjudiciables à l'écosystème. Pour autant, Eurocloud se réjouit que certaines dispositions nouvelles comme celle des Licences équitables aient été introduites et s'attend à ce qu'elles soient ici renforcées dans leur application potentielle.

I - DÉFINITIONS

1) *Données exportables :*

Si le terme retenu par le texte français "d'informatique en nuage" (Art 7) qui diffère de "Data processing" pour le texte européen (Considérant 71 a) ne semble pas

poser de problème a priori, l'absence de définition des données exportables dans le texte français nous semble plus préjudiciable.

En effet, la notion de Données exportables est absente du texte or cela semble une clé de voûte des conditions de possibilités de transfert visées dans le Data act qui met en oeuvre notamment :

- Un devoir d'information du fournisseur quant au périmètre des données exportables
- Une protection de la propriété intellectuelle des données du fournisseur
- La notion d'équivalence fonctionnelle en fonction de la notion préalablement définie de "données exportables" (voir plus bas).

Il faut donc à notre sens introduire cette définition dans le titre III.

Textes :

Data act / Considérant 71b :

*The source provider of data processing services should **inform the customer in advance of the scope of the data that can be exported** once he or she decides to switch to a different service provided by another provider of data processing services or to move to an on-premise infrastructure.*

*The exportable data should **exclude any data of data processing service provider that is protected by intellectual property rights or constitutes trade secrets of that provider, third party's assets or data related to the integrity and security of the service, the export of which will expose the data processing service provider to cybersecurity vulnerabilities.***

En outre, le III de l'article 7 s'appuie sur la notion de données sans plus de précision : « III. – *Il est interdit à tout fournisseur de services d'informatique en nuage de facturer, dans le cadre des contrats qu'il conclut avec une personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, des frais au titre du transfert de **données** vers les infrastructures de cette personne ou vers celles mises à disposition, directement ou indirectement, par un autre fournisseur.*

2) Équivalence fonctionnelle :

Premièrement, le périmètre visé par l'équivalence fonctionnelle n'est pas très clair dans le texte français. Dans le texte européen (Considérant 72b), il se limite clairement au IAAS (Infrastructure As A Service) qui est une composante d'infrastructure de l'informatique en nuage. Dans le texte français, on semble seulement devoir le déduire de la mise en oeuvre de l'interopérabilité définie à l'art 9 qui vise en effet l'infrastructure.

Deuxièmement, le texte français s'écarte du Data Act avec la mention de « *niveaux équivalents de performance, de sécurité, de résilience opérationnelle et de qualité*

que le service d'origine », exigence qui est contradictoire avec la notion de "minimum de fonctionnalités" et le fait qu'il ne s'agit pas pour le fournisseur de reconstruire l'infrastructure ailleurs pour son client selon le Data Act. Les éléments de performance et de sécurité constituent de fait des critères de différenciation de qualité de service entre les concurrents, qu'un fournisseur ne saurait devoir garantir pour une offre qui lui est étrangère.

Il faut donc aligner les définitions de périmètre visé et les niveaux d'exigence requis.

Textes :

Définition dans l'art 2 du Data act

'functional equivalence' means re-establishing on the basis of the customer's exportable data and digital assets, a minimum level of functionality in the environment of a new data processing service of the same service type after the switching process, where the destination service delivers materially comparable outcome in response to the same input for shared features supplied to the customer under the contractual agreement;

Formulation de limite au IAAS dans le 72b : *This Regulation does not constitute an obligation of facilitating functional equivalence for data processing service providers other than those offering services of the IaaS delivery model.*

SREN Titre III - Art 8 interop , le 1. 3° : « Équivalence fonctionnelle » : un niveau minimal de fonctionnalité assuré dans l'environnement d'un nouveau service d'informatique en nuage après le changement de fournisseur, de manière à garantir aux utilisateurs un usage des éléments essentiels du service à des niveaux équivalents de performance, de sécurité, de résilience opérationnelle et de qualité que le service d'origine au moment de la résiliation du contrat.

Art 9 Interop III. – Les fournisseurs de services d'informatique en nuage dont les services correspondent à des ressources informatiques modulables et variables limitées à des éléments d'infrastructure tels que les serveurs, les réseaux et les ressources virtuelles nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure, sans donner accès aux services, aux logiciels et aux applications d'exploitation qui sont stockés, traités ou déployés sur ces éléments d'infrastructure, prennent les mesures en leur pouvoir afin de faciliter une équivalence fonctionnelle dans l'utilisation du service de destination, lorsqu'il couvre le même type de fonctionnalités.

II - FRAIS DE TRANSFERT

La notion de “frais de transfert” retenue par le texte français recoupe imparfaitement celle de “switching costs” du texte européen qui fait explicitement référence à un changement de fournisseur.

Elle doit donc à défaut être précisée davantage et évoquer explicitement ce qu’elle exclut.

Il faut ainsi à notre sens en exclure les transferts internes, c’est-à-dire sur des infrastructures propres au fournisseur. Il est normal que, dans le cadre précis d’une transparence tarifaire, le fournisseur facture des demandes spécifiques de transferts qui occupent de la bande passante de l’infrastructure du fournisseur, à la différence des frais pour un changement de fournisseur qui ne pourront plus être facturés comme le prévoit le Data act.

Enfin, il faut préciser le calendrier en relation avec celui que fixe le data act qui prévoit que des frais pourront encore être facturés pendant 3 ans après son entrée en vigueur.

Textes :

Titre III Art 7.

« III. – Il est interdit à tout fournisseur de services d’informatique en nuage de facturer, dans le cadre des contrats qu’il conclut avec une personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, des frais au titre du transfert de données vers les infrastructures de cette personne ou vers celles mises à disposition, directement ou indirectement, par un autre fournisseur.

Rappel de la durée de période de grâce à clarifier en relation au texte européen.

Art 7 « Les frais liés à un changement de fournisseur de services d’informatique en nuage, autres que ceux mentionnés au premier alinéa du présent III, sont autorisés jusqu’à la date mentionnée au II de l’article 36 de la loi n° du visant à sécuriser et réguler l’espace numérique, sous réserve que la facturation se limite aux coûts réels directement liés à ce changement et soit communiquée de façon transparente aux utilisateurs.

III - INTEROPÉRABILITÉ

Il est impératif que toute élaboration de normes d’interopérabilité se réfère au cadre européen d’élaboration de normes et attende a minima les actes délégués du Data Act. En outre, il existe un cadre européen d’élaboration de normes que le Data act souhaite voir initier des démarches à l’initiative des entreprises, faute de quoi la

Commission européenne prendrait l'initiative de démarches. Or l'article 9 du texte français semble vouloir donner dans sa rédaction une primauté à la démarche d'autorités françaises, en l'occurrence l'Arcep. Rappelons qu'il s'agit d'un marché a minima européen au sein duquel des normes nationales n'auraient pas de sens.

Textes :

Titre III- Art 9 : *Pour l'édition de ces spécifications, l'autorité mentionnée au premier alinéa du présent I tient compte des spécificités propres aux infrastructures, aux plateformes et aux logiciels de services d'informatique en nuage. Elle peut, à cet effet, demander à un ou à plusieurs organismes de normalisation de lui faire des propositions. Elle veille également à la bonne articulation de ces spécifications avec celles éventuellement édictées par les autorités compétentes des autres États membres de l'Union européenne ou figurant au sein des codes de conduite européens relatifs aux services d'informatique en nuage.*

Data Act Considérant 75

To facilitate interoperability and switching between data processing services, In particular, standard contractual clauses are beneficial to increase confidence in data processing services, to create a more balanced relationship between users and providers of data processing services and to improve legal certainty on the conditions that apply for switching to other data processing services. In this light, users and providers of data processing services should consider the use of standard contractual clauses or other selfregulatory compliance tools provided that they fully reflect the requirements of Chapter VI and relevant provisions of Chapter VIII of this Regulation, developed by relevant bodies or expert groups established under Union law

IV - DISPOSITIONS NOUVELLES

- Avoirs

Il s'agit d'une initiative française de délimitation des crédits, et il convient de rappeler qu'elle ne doit pas conduire à inciter des clients en France à passer leurs infrastructures et services de l'autre côté de la frontière... Il a été souligné par l'Autorité de la concurrence dans son avis que ces crédits constituent un élément de fluidité du marché favorable à la concurrence, que cela permet aux nouveaux offreurs de se faire connaître, aux clients de tester de nouvelles fonctionnalités sans engagement. Les startups dont les modèles d'affaires se stabilisent dans la durée sont en outre très demandeuses de ces possibilités offertes et n'utilisent parfois pleinement que tardivement ces possibilités. Il convient donc d'être particulièrement attentifs à ne pas pénaliser, ni les acteurs français du Cloud, ni leur clients, en mettant en place un remède créant une situation plus préjudiciable que précédemment.

Pour cette raison Eurocloud émet des réserves importantes sur son opportunité et souhaiterait que la durée limite soit portée à deux ans si la disposition était maintenue. Afin d'assurer la cohérence de ce dispositif avec les ambitions européennes et françaises de concurrence sur le marché au bénéfice de l'innovation des utilisateurs de cloud, les crédits proposés devraient

- exclure les offres qui factureraient des frais de transfert pour quitter un fournisseur
- être ouverts aux offres nouvelles sur le marché (depuis moins de deux ans par exemple, notamment pour en permettre le test notamment),
- assortir les offres existantes depuis longtemps (plus de 2 ans par exemple), de conditions d'ouverture (API disponibles) pour éviter les risques d'enfermement client.

- Licences équitables

Extrait de l'Avis n° 23-A-08 du 29 juin 2023 portant sur le fonctionnement concurrentiel de l'informatique en nuage (« cloud ») de l'Autorité de la Concurrence

Point 532, p156

" Comme indiqué plus avant, il est notamment ressorti de l'instruction que certaines licences logicielles nécessaires à la fourniture de services cloud spécifiques deviennent, par le moyen de pratiques tarifaires ou commerciales, excessivement onéreuses pour le fournisseur client qui n'est plus en mesure de s'approvisionner chez son éditeur de logiciel (voir Partie IV. B. 1). Ainsi, par effet de levier, un éditeur en position dominante sur un logiciel pourrait évincer une partie de la concurrence pour conquérir la clientèle sur les services cloud."

Pour atteindre les objectifs poursuivis par le *Projet de Loi pour Sécuriser le Numérique*, à savoir garantir une meilleure concurrence entre les acteurs du marché des services d'informatique en nuage tout en permettant aux entreprises françaises de bénéficier des meilleurs services, il est important de mettre fin aux pratiques déloyales et abusives de licences de logiciels d'entreprise qui conduisent à des choix réduits et à des prix plus élevés pour les clients des services informatiques en nuage et les utilisateurs de logiciels d'entreprise.

Les entreprises françaises, mais aussi les administrations publiques, dépendent largement des logiciels d'entreprise pour gérer leurs opérations au quotidien. Les éditeurs de ces logiciels jouent donc un rôle central dans l'économie numérique avec la capacité, par des pratiques commerciales déloyales, d'affecter un grand nombre d'organisations et leurs utilisateurs.

Aujourd'hui certains éditeurs de logiciels qui offrent également des services d'informatique en nuage utilisent leurs contrats de licence de logiciel d'entreprise pour restreindre les options des clients des services informatiques en nuage et leur imposer leurs propres services. Ces pratiques ont été [établies et analysées](#) par le Professeur Frédéric Jenny,

Président du Comité Concurrence de l'OCDE dans son rapport d'octobre 2021. Le rapport met à jour de nombreuses pratiques déloyales, telles que des offres liées, groupées et des prix discriminatoires dans les contrats de licences logicielles. Une [étude plus récente](#) du Prof. Jenny vient confirmer de manière chiffrée ces éléments.

A noter aussi que les logiciels utilisés « sur les prémisses » ou installés sur des services de cloud ne sont pas couverts par le DMA ni le Data Act. Or ces logiciels constituent encore aujourd'hui et pour les années à venir, le principal usage et outils des entreprises.

Dès lors, il convient de compléter l'amendement du Sénat de l'Article 7 pour éviter toute possibilité de contournement de la loi et mettre fin aux pratiques de 'lock-in' logicielles déloyales de certains éditeurs auxquelles sont sujettes les entreprises françaises et les administrations publiques, ne y faisant une référence explicite aux logiciels d'entreprises.

Il convient en effet d'assurer [« l'octroi de licences logicielles équitables pour les clients utilisant le cloud »](#), pour les utilisateurs de services cloud et l'ouverture concurrentielle du marché.

- **Article 10 bis A**

Les Obligations imposées par cet article nous semblent disproportionnées et inadaptées au regard du contexte :

- Cette disposition ne figure pas dans Data act qui n'invite pas non plus chaque Etat européen à engager solitairement de telles démarches au niveau national

- C'est un sujet sur lequel le Gouvernement s'est déjà prononcé sans ambiguïté en défaveur (Examen de la LPM).

Il y a des négociations en cours au niveau européen et ce serait donner un signe évident que la France veut quoiqu'il ne soit faire cavalier seul sur le sujet.

- A noter que sur les données de santé citées, nous disposons déjà en France d'une certification exigeante -dite HDS- qui va en outre être remise à jour

- Il convient également de se reporter aux travaux de Gaia X et EUCS.

- **Article 10 bis nouveau :**

- L'adresse physique d'un Data center n'a pas être une donnée publique pour des raisons évidentes de sécurité s'agissant d'une infrastructure physique critique. Il peut être concevable de préciser la région en revanche.

- La disposition du 2° visant **“L'existence d'un risque d'accès gouvernemental”** aux données de l'utilisateur du service d'informatique en nuage nous semble inadaptée et pour le moins difficile à qualifier : S'agit-il d'un risque de sécurité, d'une risque d'espionnage, d'un risque juridique ? :

comment un fournisseur, quel qu'il soit, pourrait-il s'engager sur ces différents points, à supposer qu'ils soient précisés, dans un environnement international actuellement aussi peu stabilisé sur ces différents sujets ?
