

Externalisation

Contrat d'outsourcing : une figure contractuelle complexe

Les projets d'externalisation et d'outsourcing s'accompagnent d'un risque majeur : la forte situation de dépendance du client à l'égard de son prestataire. Ces contrats exigent donc une approche particulièrement pragmatique, proche des opérationnels, et une forte anticipation des risques prévisibles.

UN PROJET D'EXTERNALISATION ou d'outsourcing s'entend à géométrie variable : il s'agit pour une entreprise de confier la gestion et l'exploitation de tout ou partie de son système informatique à un prestataire, avec ou sans délocalisation. C'est dire qu'il est multiforme avec toutefois pour objectif commun de permettre à l'entreprise infogérée de se recentrer sur son cœur d'activité, tout en bénéficiant d'une technologie évolutive et d'une réduction des coûts relatifs à son système d'information, surtout lorsqu'elle opte pour des solutions mutualisées.

TRANSFÉRER LES RESSOURCES TECHNIQUES ET HUMAINES DU CLIENT

Dénommé aussi contrat de *facilities management*, le contrat d'infogérance a souvent été qualifié à tort de sous-traitance informatique, alors que la loi du 21 décembre 1975 définit la sous-traitance comme un sous-contrat par lequel le prestataire confie une partie de son marché à un autre prestataire (le sous-traitant). En effet, le contrat d'infogérance s'analyse juridiquement comme un contrat d'entreprise (ou louage d'ouvrage) au sens de l'article 1710 du Code civil.

Sans envisager tous les aspects contractuels, il convient de

mettre en exergue quelques points clés auxquels les cocontractants doivent être particulièrement attentifs.

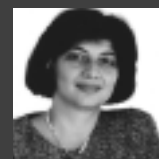
Le plus souvent, c'est sur la base du cahier des charges que le prestataire formule sa proposition de services. Or, la reprise des éléments concernés par l'infogérance peut révéler quelques difficultés.

Sur le plan technique, il n'est pas rare de constater que certains éléments logiciels sont insuffisamment documentés, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de logiciels spécifiques. Il est également possible que certains logiciels soient exploités dans une version obsolète, en tous les cas non garantie par un contrat de maintenance ou d'assistance.

Ces constats ont progressivement conduit les prestataires à émettre leur proposition sous réserve d'un audit de contrôle et de vérification. Cet « état des lieux » doit conduire à répertorier contradictoirement les éléments concernés par l'opération d'infogérance. D'un point de vue juridique, il permet de vérifier les contrats associés, qu'il s'agisse des contrats de licence ou des contrats de support, en particulier les clauses de cessibilité des droits relatifs aux logiciels. En effet, le transfert des ressources techniques du client peut être assujéti à des formalités juridiques. Ainsi, s'agissant des

contrats de licence ou encore de maintenance, le changement de bénéficiaire peut être soumis au respect d'un formalisme : l'accord préalable du donneur de licence ou encore du mainteneur, voire dans certains cas, le paiement d'une redevance complémentaire.

Cette étape liminaire doit conduire à stabiliser le périmètre concerné par l'infogérance. Deux cas de figure sont à prévoir : soit l'audit confirme les éléments d'information communiqués par le client, au besoin avec quelques aménagements complémentaires mais sans remise en cause de l'offre du prestataire, soit l'audit révèle un écart qui peut conduire à une remise en question des termes de la proposition du prestataire. Il est donc prudent d'anticiper cette difficulté en prévoyant que, dans le premier cas, le résultat de l'audit emporte engagement des deux parties pour la phase subséquente, et dans le deuxième cas, à défaut de trouver un accord, chacune des parties reprendra sa liberté. Dans tous les cas, il sera utile de prévoir dès cette étape, un engagement de confidentialité et les conséquences de la fin de contrat, notamment la restitution des élé-



**CHRISTIANE
FÉRAL-SCHUHL**
Avocat associé
Cabinet Salans

ments confiés à l'autre partie.

Sur le plan des ressources humaines, la décision de confier la gestion du système informatique à un prestataire suppose de s'interroger sur le sort du personnel affecté antérieurement à l'audit système. Lorsque le transfert de tout ou partie de l'équipe informatique du client intervient, en cas d'infogérance délocalisée, les dispositions impératives du droit social ont vocation à s'appliquer. L'article L. 122-12 du Code du travail impose au prestataire de reprendre l'ensemble des salariés si l'infogérance constitue le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et poursuivant son activité. En pratique, il convient d'ana-

ne pas laisser se créer un faisceau de présomption sur la nature, vraie ou fausse, de la sous-traitance. Le contrat devra donc être tout particulièrement explicite sur certains points, notamment les raisons du recours à la facturation en régie, et si possible ne pas en faire l'unique mode de calcul du prix, le rattachement technique et hiérarchique au prestataire (il conviendra également que les faits corroborent la réalité de ce rattachement), le caractère prévisible et contrôlable de la durée des prestations...

Indépendamment de ces éléments, la définition claire des prestations à accomplir reste l'unique et seul vrai rempart pour défendre la validité de son contrat. Il impor-

sible, exige la plus grande vigilance et, en cas de constat d'échec du projet, la mise en œuvre immédiate de la réversibilité (retour à l'ancien système). Par ailleurs, cette phase suppose la récupération de l'historique. Comme il n'est pas toujours facile de récupérer l'intégralité des données de l'ancien système, il convient d'anticiper cette difficulté en désignant qui assumera la charge de cette opération, tout particulièrement dans l'hypothèse où une saisie manuelle s'imposerait.

En phase d'exploitation, la continuité du service est le plus souvent garantie par référence à des indicateurs concernant notamment l'accessibilité aux services, leur disponibilité et le temps de réponse. Les parties doivent se mettre d'accord pour fixer les niveaux d'engagement du prestataire, assortis généralement de pénalités en cas de non-respect. Cependant, pour une mise en œuvre efficace, il importe de retenir des critères d'appréciation objectifs. Les obligations peuvent alors être de résultats.

Une période transitoire est généralement prévue pour permettre au prestataire d'atteindre progressivement le niveau de qualité exigé. Mais comme sa réactivité, en cas de dysfonctionnement ou de dégradation du service, est un élément essentiel du dispositif, le contrat doit prévoir ses conditions d'intervention et les délais de remise en ordre de marche du système.

En matière bancaire, il est également prudent de prévoir une clause détaillant les mesures que le prestataire devra techniquement mettre en œuvre pour garantir la sécurité du système (par exemple, sauvegardes physiques et logiques, archivages des logiciels et des données, activation de groupes électrogènes, etc.). Cette obligation de sécurité est cruciale, d'autant plus que, s'agissant des établissements bancaires, elle constitue une obligation légale prévue par le Code monétaire et financier. Visée par l'article 14 du règlement CRBF n° 97-02, la sécurité des systèmes

“ Dans l'hypothèse où l'infogérance est réalisée sur le site du client, il convient de prendre garde à ce que l'opération ne puisse pas être requalifiée en délit de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre. ”

lyser minutieusement les conditions et les modalités du transfert d'activité au regard des critères posés par la jurisprudence. Les tribunaux avaient traditionnellement tendance à appliquer largement l'article L. 122-12 dans un souci de protection de l'emploi. Mais depuis quelque temps, on constate que certaines juridictions écartent l'application de l'article précité lorsque l'opération pénalise les salariés. Si l'article L. 122-12 ne reçoit pas application, le transfert du personnel doit faire l'objet de libres négociations entre les parties sur chaque transfert individuel qui correspondra alors à une réembauche.

Dans l'hypothèse où l'infogérance est réalisée sur le site du client, il convient de prendre garde à ce que l'opération ne puisse pas être requalifiée en délit de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre. Pour échapper aux risques de poursuites, il importe de

te donc de vérifier que le contrat permet de mesurer et contrôler que ce qui devait être accompli ou livré l'a bien été, et qu'il définit les responsabilités en cas d'inexécution.

GARANTIR LA CONTINUITÉ DU SERVICE ET LA SÉCURITÉ

La continuité du service doit constituer une préoccupation majeure du client à toutes les étapes du projet d'infogérance.

À cet effet, le contrat doit prévoir le basculement de l'ancien système au nouveau, sans interruption de l'exploitation. Or, une telle opération exige le plus souvent un point d'arrêt. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'il n'est pas possible de prévoir une mise en exploitation progressive, il est impératif de convenir contractuellement des périodes pendant lesquelles pourra se faire le basculement, par exemple, de nuit, les week-ends,... Cette phase, extrêmement sen-

d'information des établissements de crédit doit garantir aux clients l'intégrité et la confidentialité de leurs données bancaires, ainsi que de leurs données nominatives. Sur ce point, le prestataire peut être considéré comme le sous-traitant du maître du fichier, et, partant, soumis à l'obligation légale de sécurité des fichiers prévue par la loi du 6 janvier 1978 et sanctionnée pénalement. Parallèlement, le prestataire doit s'engager par une clause de confidentialité à ne pas divulguer les informations et les données dont il aurait pu avoir connaissance au cours de l'exécution du contrat.

Il faut encore se préoccuper de la fin de la relation avec l'infogérant, quelle qu'en soit la raison (sa disparition, sa défaillance...). Que le client opte pour la « transférabilité » (transfert vers un autre prestataire) ou la réversibilité (retour à une solution interne propre au client), il doit pouvoir accéder sans difficulté au système infogéré (attention aux clauses de non-concurrence qui peuvent interdire à un autre prestataire d'intervenir sur le système) et récupérer l'intégralité des éléments du système ou, à défaut, par exemple dans le cas d'une infogérance mutualisée, obtenir une liste à jour et exhaustive de ces éléments. Il convient donc d'anticiper le scénario à mettre en œuvre et de prévoir les conditions, notamment financières, d'assistance du prestataire, de transfert des équipements et/ou des logiciels, y compris de la documentation associée et des sauvegardes... Cette clause mérite une attention particulière dans la mesure où elle constitue l'élément clé permettant au client de retrouver la maîtrise de son système informatique soit directement, soit par l'intermédiaire d'un autre prestataire.

MAÎTRISER LES COÛTS

Dans un contrat d'entreprise, le prix n'a pas à être déterminé, il suffit qu'il soit déterminable. En pratique, les contrats d'infogérance stipulent soit un prix global et forfaitaire correspondant à des ser-

vices bien définis, soit un prix simplement déterminable fondé sur des unités d'œuvre, dépendant alors des prestations demandées par le client et des volumes traités. Le contrat d'infogérance ayant en général une durée longue, sa problématique la plus aiguë concerne son évolution et celle corrélative du prix. En effet, en cours d'exécution du contrat, la technologie informatique s'améliore inéluctablement et les besoins du client peuvent évoluer (augmentation ou diminution). Cet aspect évolutif doit impérativement être pris en compte par le contrat. Ainsi, il convient de prévoir une clause d'évolutivité, définissant les initiatives que chacune des parties est libre de prendre comme, par exemple, la possibilité pour le prestataire de renouveler le matériel ou mettre à jour les logiciels, à condition qu'il n'en résulte aucune dégradation des performances. Cette clause devra également décrire dans quelles conditions le client pourra demander à bénéficier d'un nouveau service, de nouvelles fonctionnalités, ou au contraire réduire le périmètre des services assurés par le prestataire. Cette évolution de l'objet du contrat a nécessairement un impact sur le prix qui devra tenir compte des modifications résultant des progrès technologiques ou de l'évolution du périmètre des services, mais également de l'évolution du marché des technologies de l'informatique et des télécommunications. C'est pourquoi, il convient de stipuler une clause d'évolution de prix rendant celui-ci déterminable au cours de l'exécution du contrat, même en cas d'évolution de celui-ci.

En pratique, une actualisation mathématique et automatique est fréquemment stipulée au moyen d'une clause de révision du prix, correspondant à une indexation de celui-ci sur la base de l'indice Syntec. Les cocontractants peuvent également prévoir une clause de *hardship* (ou clause de déséqui-

libre économique) qui permet de gérer les conséquences d'imprévions contractuelles. Cette clause pourra être mise en œuvre par la partie qui subit le déséquilibre économique, elle déclenchera alors une renégociation du contrat (périmètre des services et révision du prix). À défaut de rééquilibrage, le contrat pourra être résilié. En pratique, peut également être stipulée une clause de *benchmarking*. Cette clause prévoit une procédure permettant aux parties d'opérer une comparaison entre les prix des services d'infogérance constatés en moyenne sur le marché à partir d'un panel représentatif de prestataires. La finalité de cette disposition est de permettre une évolution du prix du contrat en cours d'exécution soit de façon automatique, soit après une renégociation entre les parties.

CONCLUSION

En forme de synthèse, on rappellera que la réussite d'un projet d'infogérance exige la plus grande collaboration entre les parties et, en marge du contrat, une veille juridique et technologique. Contrairement à l'idée répandue selon laquelle un bon contrat s'oublie au fond d'un tiroir, le contrat d'infogérance est avant tout un mode opératoire visant à répondre, au quotidien, aux multiples incidents qui ont vocation à surgir.

Par ailleurs, le succès de l'infogérance conduit de plus en plus souvent à externaliser à l'étranger tout ou partie des services, notamment en Chine ou en Inde. C'est dire qu'il s'agit d'une figure contractuelle de plus en plus complexe, à raison notamment des conséquences fiscales et sociales qui en résultent.

Enfin, rappelons qu'au-delà de la transparence des relations qui constitue la meilleure garantie permettant aux parties de conduire à bonne fin de tels projets, c'est l'alliance du juriste et de l'opérationnel de terrain qui permettra de faire émerger les solutions les plus constructives. ■