

Université Paris Sud - Faculté Jean Monnet
Master 2 Recherche Droit de l'innovation, Communication et Culture

MEMOIRE

Le contrat d'infogérance

Augustin VARNAV

Sous la direction du **Monsieur le Professeur Stéphane LEMARCHAND**

2004-2005

Plan du mémoire

Introduction

Première partie. La formation du contrat

A. Phase précontractuelle

1. Offre
 - a. l'audit interne
 - b. la sélection du partenaire
2. Les pourparlers
 - a. La valeur juridique
 - b. La liberté de contracter

B. Les conditions de validité du contrat

1. Le consentement
2. La capacité des parties
2. La cause
3. L'objet

Deuxième partie. L'exécution du contrat

A. Les obligations des parties

1. Les obligations du prestataire
 - a. L'obligation de sécurité
 - b. L'obligation d'exécuter la prestation conformément aux performances et délais précisés
2. Les obligations du client
 - a. L'obligation de payer le prix
 - b. L'obligation de collaboration
 - c. Les obligations par rapport au traitement automatisé des données à caractère personnel

B. La fin du contrat

1. Les possibilités de sortie du contrat
2. La réversibilité

Conclusion

Introduction

« Vous ne possédez pas de centrale électrique pour répondre à vos besoins en matière d'électricité. Pourquoi posséder des équipements informatiques pour répondre à vos besoins en matière informatique ? »¹

Parmi les professionnels de l'informatique on emploie parfois plusieurs termes pour nommer l'activité de l'entreprise qui confie la gestion et l'exploitation de tout ou partie de son système informatique à un prestataire, avec ou sans délocalisation. Il s'agit de sous-traitance, infogérance, *facilities management*, *outsourcing*, externalisation, utilisés parfois tous dans le même contexte. Parmi tous, le mot *outsourcing* semble retenir la plupart des suffrages, même si son sens est un peu plus large.

Les dictionnaires de langue anglaise définissent le mot *outsourcing* comme le paiement (ou l'achat), par une entreprise, d'une partie de son travail effectué par un prestataire extérieur. Dans ce sens, le mot est utilisé avec le même sens que le mot français *externalisation*, signifiant le fait de confier une activité secondaire ou une tâche à un prestataire extérieur. Dans le domaine hôtelier par exemple, on peut externaliser le service de nettoyage. Mais si on regarde la composition du mot, on voit qu'il est formé de deux parties (*out* et *source*) qui peuvent avoir des significations particulières pour le domaine informatique. C'est-à-dire, la signification spécifique du mot est la fourniture de codes sources par un prestataire extérieur.

¹ Slogan publicitaire paru dans le magazine Computerworld (1991) - Martin Marietta Corp.

En ce sens, le dictionnaire de termes juridiques *Black's Law* (7^e édition) définit le contrat d'*outsourcing* comme le contrat par lequel on confie substantiellement toutes les besoins d'une activité économique à un autre prestataire, notamment dans le domaine informatique². On est maintenant dans le périmètre de la notion d'*infogérance*. Le « Dictionnaire de l'infogérance »³ définit le terme comme « la prise en charge de l'informatique d'une entreprise par une société de service spécialisée ». En effet, l'externalisation des services informatiques signifie confier à un tiers la gestion de cette activité. Pourtant, les frontières entre l'externalisation et l'infogérance telles que définies ci-dessus tendent à se diminuer avec l'évolution de la technologie (et surtout de l'informatique), car aujourd'hui de plus en plus des activités, externalisées ou non, repose sur des systèmes d'information.

L'expression *facilities management* est plus complexe, car il s'agit aujourd'hui d'une profession distincte menée à soutenir les entreprises dans leurs démarches de diminuer les coûts en intégrant des activités multidisciplinaires dans un environnement économique. Dans ce processus, l'*outsourcing* des activités non essentielles (*non-core activities*) est seulement une composante, tant dans son acception large que dans son sens restreint⁴.

En ce qui concerne la sous-traitance, le législateur est très clair en définissant le mot dans le premier article de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance⁵, comme étant « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant (*Mots remplacés, L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, art. 6, 1°*) <l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage> ». La loi précise que ses dispositions seront appliquées aussi aux opérations

² Outsourcing agreement : an agreement to handle substantially all of a party's business requirement, esp. in the areas of data processing and information management (*Black's Law Dictionary*, 7th edition, West Group 1999)

³ Pierre Laigle, *Dictionnaire de l'infogérance*, Hermes Science Publications, Paris 2000, p. 9

⁴ Voir les définitions élaborées par *International Facility Management Association*, 1 E. Greenway Plaza, Suite 1100 • Houston, TX • 77046-0194 USA, et par *The British Institute of Facilities Management* (<http://www.bifm.org.uk>), membre de l'IFMA

⁵ Publiée dans le Journal Officiel du 3 janv. 1976

de transport. De ce point de vue, on peut légèrement exclure le terme de sous-traitance de notre démarche. Pour un argument contraire, on pourra affirmer que la loi citée définit la sous-traitance seulement « au sens de la présente loi ». La confusion avec la sous-traitance est alimentée aussi par l'emploi d'un autre terme, celui de *offshoring*, utilisé, notamment dans l'industrie informatique, par rapport à la délocalisation d'une partie de la production logicielle. La réalisation du travail peut-être sous-traité par la SSII qui a accepté la commande à une entreprise spécialisée⁶.

Le Conseil Economique et Social définit aussi la sous-traitance dans un rapport paru au Journal Officiel du 26 avril 1973 : « La sous-traitance est l'opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli une partie des actes de production ou des services dont elle conservera la responsabilité économique finale ». En prenant en compte cette définition de la sous-traitance, nous considérons que une distinction importante entre celle-ci et l'externalisation est le niveau d'indépendance du prestataire et l'étendu de ses obligations. Ainsi, le sous-traitant n'a pas la gestion du projet, comme dans le cas du prestataire infogérant. Dans la sous-traitance on n'attend pas de la part du prestataire des investissements et du progrès technique, comme dans le cas du contrat d'infogérance.

Dans un arrêt de la chambre sociale de 26 mai 2004, la Cour de Cassation a réalisé une distinction nette entre externalisation et sous-traitance des services généraux : « Attendu qu'envisageant d'externaliser un certain nombre de services généraux relevant jusqu'alors des sociétés constituant l'unité économique et sociale EMAP, [...] que les services généraux n'avaient pas de comptabilité analytique ou budgétaire, ne disposaient pas d'actifs propres, de stocks ou d'éléments incorporels qui seraient transférés ; que la responsable des services généraux n'était pas transférée, qu'il s'agissait donc non du transfert d'une activité économique, mais de la sous-traitance d'activités... »⁷

⁶ Cour de appel de Paris, 25 janv. 2002, Sté Marben GL c/Sté Cap Gemini, Comm. com, électr. 2002, n° 87, obs. L. Grynbaum

⁷ Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-17642, Comité d'entreprise de l'Unité économique et sociale EMAP France et autres c/ société EMAP France, société anonyme et autres

Dans le cadre de la notion de sous-traitance, il faut analyser de la même manière la notion de *contracting*, délimitée de celle de *outsourcing* par le degré d'autonomie du prestataire, et qui concerne le contrat où le commettant conserve le contrôle du procès et le pouvoir d'indiquer aux fournisseurs les modalités de déroulement du travail⁸.

Pour aller plus loin, il faut aussi distinguer l'externalisation des notions de *downsizing* et *reengineering*.

Le *downsizing* consiste à renoncer définitivement à une activité, par licenciement ou cession. Dans le contrat d'infogérance on ne renonce pas à une activité, mais seulement à sa gestion.

Le *reengineering* est une opération de restructuration, qui peut impliquer ou non l'externalisation, pour améliorer les performances de l'entreprise. L'externalisation peut avoir lieu sans qu'un processus de restructuration totale de l'entreprise puisse être engagé.

L'infogérance étant un type particulier d'externalisation, une analyse générale de la dernière notion est nécessaire pour identifier les aspects juridiques du contrat d'infogérance.

Les différents types d'externalisation sont délimités selon les différentes situations concrètes de l'entreprise. Ainsi, l'activité dont la gestion sera confiée à un prestataire extérieur peut exister déjà ou non dans l'entreprise. De la même manière, cette activité peut être plus ou moins stratégique par rapport au rapprochement du « cœur du métier » (*core activity*).

Dans le cas de l'informatique, rarement on pourra observer un contrat d'externalisation sans que cette activité n'ait pas été avant en interne, par exemple dans le cas des entreprises nouvelles. Mais comme l'informatique est entrée petit à petit dans les entreprises, la plupart des contrats d'infogérance présupposent ainsi des conditions contractuelles beaucoup plus complexes.

Le rapprochement de l'informatique du « cœur du métier » est différent d'une entreprise à l'autre. Il y a des cas où l'informatique (ou une partie du département) est

⁸ Giancarlo Defazio, *Outsourcing : notion et aspects juridiques, phases contractuelles*, EGPA 2004 Annual Conference

très éloignée de l'objectif principal de l'entreprise, qui peut donc la confier à un prestataire sans trop de soucis. C'est le cas de Euro Disneyland qui a confié la gestion de la base de données de clients personnes physiques à un prestataire extérieur. Quand des opérations informatiques sont trop importantes pour l'activité ou la stratégie de l'entreprise, elles sont gardées en interne. C'est le cas de la même entreprise de loisirs, qui gère elle-même la base de donnée des partenaires commerciaux.

Parfois, les opérations stratégiques sont aussi externalisées, et peuvent s'avérer un grand succès commercial. C'est le cas d'externalisation informatique chez Les Galeries Lafayette, de juillet 1999. L'entreprise crée à cette occasion en partenariat avec IBM a « exporté » ses services informatiques aux autres grandes surfaces, rendant beaucoup plus profitable une activité réalisée jusqu'au là en interne, avec presque les mêmes coûts. De la même manière, les banques et les autres institutions financières utilisent l'externalisation des systèmes informatiques d'une manière sélective, pour ne pas mettre en danger leurs opérations sensibles.

Les motifs qui sont à la base de l'externalisation sont des objectifs économiques censés à faire évoluer une entreprise dans le contexte actuel. Ces objectifs sont importants car ils sont à la base du contrat d'externalisation. La loi est ensuite appelée pour corriger certaines dérives possibles, notamment sur le plan social. De la même manière, les risques de l'externalisation demandent un regard attentif sur les clauses du contrat.

L'externalisation est devenu une nécessité avec la mondialisation des marchés. Pour résister sur le marché, les entreprises doivent devenir plus compétitives, et ça on le traduit par une offre de produits ou des services de qualité mais à des prix qui font face à la concurrence. En dehors de la qualité de la production, aussi importante, les prix sont directement liés aux coûts de production, c'est-à-dire à la productivité. La productivité, quant à elle, donne la performance globale de l'entreprise et est déterminée par un complexe de facteurs, dont les salaires, les matières premières, les investissements et l'organisation générale de l'activité. Chaque élément est quantifié dans une équation qui donne l'indice des performances de l'entreprise. Prenant un exemple, la délocalisation en Asie accroît les investissements mais assure des salaires

plus bas, et le l'addition peut donner un résultat intéressant pour le manager ou le propriétaire.

L'externalisation, avec ou sans délocalisation, *nearshore* ou *offshore*, est devenu alors une solution raisonnable pour améliorer la productivité et les résultats généraux de l'entreprise. En réaffirmant le principe de spécialisation des différents départements de l'entreprise, l'externalisation d'un d'entre eux est appelé à améliorer ses résultats, qui ensuite vont contribuer à la performance globale de l'entreprise. Ainsi, les managers cherchent à obtenir la réduction des coûts de l'activité externalisée, accompagnée par l'amélioration de ses performances et de sa gestion, autant qu'un recentrage sur le « cœur de l'entreprise ». Mais pour atteindre ces objectives, il faut passer par une procédure de sélection du prestataire, qui diffère en fonction de la stratégie suivie, avec les avantages et les risques afférents (appel d'offres, avec ou sans présélection, sélection directe).

Les risques de l'externalisation sont nombreux, mais certains ont une fréquence plus significative. La sous-performance du prestataire peut mettre en danger l'activité principale de l'entreprise, d'autant plus que l'activité prise en charge par le prestataire soit proche du « cœur du métier ». Cette rapproche rend aussi une dépendance envers le prestataire, même si en théorie on a toujours la possibilité de ramener l'activité en interne ou de la confier à un autre prestataire. L'externalisation, plus elle est exhaustive, plus elle détermine une perte de savoir-faire et des compétences, qui renforcent la dépendance envers le prestataire. Le risque social est, lui aussi, à prendre en compte, car l'externalisation est accompagné dans la plupart de cas par un transfert de personnel.

Ces risques varient selon différents critères. Comme on a déjà mentionné, le rapprochement de l'activité externalisée du « cœur du métier » est l'un d'entre eux. Un autre critère est le niveau de performance de l'activité réalisée en interne, comparé avec le niveau de performance du meilleur prestataire du marché. Les coûts de transaction montrent le degré de réversibilité ou transférabilité, donc la possibilité d'être ou non piégé par la dépendance. Ces critères sont aussi déterminants pour la prise de décision en ce qui concerne l'externalisation. Les clauses contractuelles doivent être ainsi adaptées pour anticiper les éventuels conflits.

Les activités le plus simple à externaliser sont en dehors du « cœur du métier ». En théorie, si le système informatique est un accessoire à l'activité principale, son externalisation ne peut que profiter à l'entreprise dans son ensemble. Ainsi, l'entreprise externalisatrice pourra réallouer les ressources financières économisées dans le « cœur de métier ». D'habitude, les tâches répétitives à faible valeur ajoutée sont les premières externalisées. Plus on s'approche du « cœur de métier », plus le succès de l'externalisation est mis en question. Ainsi, la détermination exacte de l'activité principale de l'entreprise est une phase essentielle dans la préparation de l'opération d'externalisation. Plus concrètement, il faut déterminer avec précision l'impact de l'informatique pour l'activité de l'entreprise. C'est une décision managériale, qui doit prendre en compte des critères objectifs d'évaluation, en tenant compte de la valeur de l'activité pour l'entreprise et de ses avantages concurrentiels.

Le critère du niveau de performance de l'activité à externaliser est analysé avant la prise de décision, mais aussi pendant le déroulement du contrat. Deux situations peuvent être envisagées : le déroulement de l'activité en interne est plus coûteux que chez le meilleur prestataire sur le marché, ou bien les performances de l'activité en interne sont au moins à ce niveau. Dans la première situation, l'externalisation envers ce prestataire est à envisager. Une clause de benchmarking assure le respect, par le prestataire, des conditions de qualité pendant le déroulement du contrat. Dans le deuxième cas, établir une filiale qui pourra, finalement, assurer le même service aux autres entreprises, est une solution plus profitable, comme dans le cas déjà cité des Galeries Lafayette.

Les coûts de transaction et les coûts opérationnels du contrat doivent être prévisibles pour que l'externalisation soit en succès. Un audit pourra déterminer les éventuelles économies obtenues et le bénéfice après la déduction des coûts d'externalisation. Dans le domaine informatique, dans la plupart des cas, les coûts du prestataire sont nettement inférieurs aux coûts de l'exécution en interne car les énormes investissements demandés par la constante évolution de la technique sont utilisées pour plusieurs clients. De plus, la position dominante de certains systèmes d'opération commerciales (tels que MS Windows, Unix, etc.) diminue les coûts du prestataire. A l'inverse, l'utilisation de logiciels spécifiques, voire propriétaire, complique

l'externalisation et rends les coûts de transaction plus élevés. Les coûts de transaction varient aussi selon la taille de l'entreprise ; c'est plus coûteux pour une grande entreprise d'externaliser, mais les économies sont aussi importantes. Du point de vue juridique, même si une partie de ce coût est représenté par des prix pour des prestations ou des équipements, en fonction de la qualification du contrat, ils pourront ne pas être déterminés.

Sur le terrain de la responsabilité, le prestataire est tenu à répondre personnellement pour ses actes. Si le contrat d'externalisation du service juridique de l'entreprise contient une clause de représentativité, dans le cas de l'informatique on ne retrouve pas les éléments du mandat. Cette distinction est aussi importante par rapport à la qualification de l'obligation : dans l'externalisation du service informatique, le prestataire a une obligation de résultat.

D'après les éléments énoncés jusqu'à présent, nous pouvons délimiter quelques caractéristiques générales du contrat d'externalisation informatique, nécessaires dans l'analyse de sa qualification juridique. D'abord, on a observé que le prestataire contracte nécessairement une obligation de faire, par opposition à l'obligation de donner. Ensuite, il a un degré prononcé d'autonomie dans la façon d'accomplir ses obligations. Enfin, le prestataire agit personnellement, et il n'est pas un représentant du client.

Ces éléments forment la définition du contrat d'externalisation informatique. En effet, il s'agit d'une convention par laquelle une personne s'oblige contre une rémunération à exécuter pour l'autre partie, un travail déterminé, sans la représenter et de façon indépendante. Il s'agit d'un contrat de louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, régi par l'art. 1710 et 1779 et suiv. C. civ.

Pour le caractère du contrat d'entreprise en général, il est soit un contrat civil, soit un contrat commercial. Le contrat d'externalisation informatique est un contrat commercial, car les deux parties sont des commerçants et le travail à effectuer concerne le commerce du prestataire. Dans ce contrat, le prestataire est *l'entrepreneur*, mais il est fréquemment désigné sous le vocable d'ouvrier par le Code civil. Le client est appelé aussi *maître d'ouvrage*. Il faut le distinguer du maître d'œuvre, que l'on rencontre le plus souvent dans le cadre d'une entreprise de construction, étant lui-même un entrepreneur

dont la mission consiste à diriger, coordonner le travail des autres entrepreneurs qu'il a même souvent choisis. Il n'est donc pas celui pour qui le travail est exécuté, mais au contraire un participant à cette réalisation. Il est lui-même lié au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage qui l'oblige à concevoir l'ensemble de la construction d'un immeuble et à en assurer la réalisation.

L'entrepreneur ou locateur d'ouvrage peut, sauf si le travail ne peut être effectué que par lui-même, traiter avec d'autres personnes pour la réalisation d'une partie de l'ouvrage. En effet, selon la stratégie d'externalisation, cette répartition est parfois même souhaitable. Un seul prestataire peut être choisi pour gérer la relation avec plusieurs prestataires qui traitent des tâches de moindre ampleur⁹.

Le contrat d'externalisation informatique contient une obligation de faire. C'est une caractéristique essentielle du contrat, même si parfois des obligations de ne pas faire ou de donner sont retrouvées en tant qu'accessoires.

Le cas le plus fréquent d'insertion d'obligations de ne pas faire, surtout dans le domaine informatique, est l'obligation de secret. La confidentialité est un élément important lorsqu'on traite des informations sensibles sur le marché concurrentiel ou lorsqu'il s'agit de données personnelles.

⁹ Il faut distinguer cette situation de la formation d'un *joint venture* entre plusieurs prestataires. Par exemple, pour éviter un grand degré de dépendance envers un seul prestataire, le client peut choisir plusieurs, mais alors le coût du processus pourra s'avérer très important. British Petroleum a trouvé une solution très ingénieuse en 1993 : la société a choisi (par un appel d'offre avec présélection) trois prestataires, mais BP les a demandé de se regrouper pour proposer une offre commune. Une formule dans laquelle la complémentarité des prestataires était très forte a été retenue comme l'interface entre le client et les prestataires. Les coûts d'externalisation ont été ainsi réduits par le fait que la gestion du projet était unitaire. (John Cross, *IT outsourcing: British Petroleum's competitive approach*, Harvard Business Review, mai-juin 1995, p. 94-102). Mais M. Philippe le Tourneau attire l'attention dans son ouvrage *Contrats informatiques et électroniques* sur le fait que les co-traitants partagent aussi la responsabilité. « Les divers co-traitants sont éventuellement regroupés dans une organisation commune, souple et légère, avec à sa tête quelqu'un servant de truchement avec le client, qui est parfois un mandataire commun... Il convient de l'éviter absolument, car elle n'a aucune signification technique de précision, contrairement à ce qu'imaginent de nombreux hommes d'affaires... » (*Contrats informatiques et électroniques*, 3^e ed., Dalloz 2004, p. 188)

Quant à l'obligation de donner, sa présence rend difficile la distinction avec d'autres types de contrats, notamment le contrat de vente. La distinction présente plusieurs intérêts. En ce qui concerne la validité du contrat, le prix constitue un élément déterminant de la vente, car il doit, sous peine de nullité de celle-ci, être déterminé au moment de sa conclusion. À l'opposé, le contrat d'entreprise n'exige pas d'emblée pour sa validité la fixation du prix par les parties ; celui-ci peut être déterminé postérieurement à la conclusion du contrat, par exemple après une opération très complexe d'audit des systèmes informatiques. S'agissant du transfert de propriété et des risques, selon le cas, il intervient à des moments différents : il s'opère dès l'achèvement de la chose, dans la vente, si bien que jusqu'à ce moment, la chose est aux risques du vendeur ; il se réalise à la réception de l'ouvrage achevé par le maître, dans le contrat d'entreprise. Quant aux garanties, pour la vente il y a la garantie des vices cachés (art. 1641 et suiv. C. civ.) et pour le contrat d'entreprise c'est la garantie spécifique des art. 1792 et suiv. du même code.

Des obligations de donner dans le contrat d'externalisation informatique peuvent revenir tant au client qu'au prestataire. Dans un premier temps, le client transfère son parc informatique ou un réseau de télécommunication (le cas de Crédit Lyonnais, 1993) au prestataire. Quand le contrat prend fin, une clause de réversibilité peut prévoir le transfert de retour au client de tout l'ensemble, y compris toutes les modifications faite grâce aux investissements du prestataire. Dans ce cas, on pourra considérer le contrat mixte (louage d'ouvrage pendant l'exécution du travail et vente dans le cas de transferts). Les règles des deux contrats s'appliquent alors distributivement¹⁰ aux composantes. Une autre solution est de considérer la vente comme accessoire au contrat d'entreprise, pour pouvoir qualifier le contrat dans son ensemble. Le critère matériel (la rapport entre la valeur des biens et la valeur des prestations) a été utilisé au début aussi en France¹¹ qu'à l'international¹². Mais lorsqu'il a

¹⁰ Deen Gibirila, Louage d'ouvrage et d'industrie – Contrat d'entreprise, Encyclopédie JurisClasseur Code civil, fasc. 10, par. 9

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 1976, N° de pourvoi : 74-14436, Publié au bulletin : « ...alors que, d'une part, le contrat par lequel une personne s'engage à exécuter un ouvrage en fournissant à la fois son travail et la matière contre un

fait l'objet des critiques à cause de l'instabilité de la qualification du contrat avec des valeurs toujours changeant pour les matières premières, la Cour de cassation a retenu un nouveau critère, celui du "travail spécifique". Aujourd'hui, constitue un contrat d'entreprise, au sens de l'article 1787 du Code civil, la fabrication de produits qui ne répondent pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par le fabricant, mais sont destinés à satisfaire les besoins particuliers exprimés par le donneur d'ordre¹³. Il y a vente, lorsque le travail ne présente aucune particularité ou spécificité, même si l'objet a été fabriqué à la demande du client¹⁴.

Le contrat d'externalisation informatique est un contrat d'entreprise lié au domaine de l'informatique, mais par ses caractéristiques il se différencie des autres contrats d'entreprise qui touchent le même domaine. Ainsi, le contrat « clé en mains ». On parle du contrat dans sa forme la plus complexe, dans laquelle l'engagement du prestataire porte sur un résultat global. Le prestataire a deux obligations principales : de livrer un ensemble permettant de parvenir à un résultat et assurer la formation et l'assistance du personnel du client. C'est une obligation de résultat qui a pour but la constitution ou la modernisation d'un système informatique dans l'entreprise cliente et le transfert des connaissances en ce qui concerne l'utilisation. L'entreprise cliente aura la gestion du système livré. L'externalisation du système informatique est le processus qui confie à un prestataire la gestion du système informatique, conçu par un tiers (dans un contrat « clé en mains » ou autre) ou existant déjà dans l'entreprise.

Un autre contrat d'entreprise utilisé dans le domaine informatique est le contrat d'élaboration d'un logiciel spécifique. Ce contrat peut porter aussi sur le développement

prix très supérieur à celui des fournitures constituée, aux termes de l'article 1787 du code civil, un contrat d'entreprise et non pas une vente... »

¹² La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises exclut, dans son art. 3, les contrats « dans lesquels une part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main d'oeuvre ou d'autres services »

¹³ Cass. com., 3 janv. 1995, N° 92-20.735, Publié au Bulletin

¹⁴ Cass. com., 1^{er} oct. 1991, N° 90-10.455, Publié au Bulletin. Pour une application plus récente, voir Cass. com., 6 mars 2001 ; Sté Alcatel câble France c/ Cie d'études, de réalisations et d'installations de systèmes (Coris) et a., Juris-Data n° 009355, JCP G 2001, II 10564, comm. Françoise LABARTHE

d'un logiciel préexistant. Le prestataire doit non seulement fournir un logiciel au client, mais le mettre en service, y compris en détachant des informaticiens chez le client si nécessaire. Avec le logiciel, il faut fournir la documentation accessoire, rédigée en français, ainsi que l'accès au code source, aussi à titre accessoire, pour pouvoir assurer la maintenance corrective ou adaptative. On observe que dans ce type de contrat, c'est toujours le client qui obtient finalement la gestion du logiciel et de sa maintenance. Par contre, le contrat d'infogérance transmet cette gestion à un prestataire indépendant.

Le contrat d'externalisation peut présenter des éléments internationaux. Soit le prestataire, soit le client peuvent avoir le siège social dans un autre pays. Dans ce cas, les parties peuvent choisir la loi à laquelle elles entendent à se soumettre (le principe d'autonomie). C'est préférable d'indiquer la loi applicable tant pour le fond que pour l'arbitrage. Si une telle loi n'est pas nommée dans le contrat, alors elle sera déterminée par la Convention de Rome de 19 juin 1980 sur la loi applicable aux opérations commerciales, à conditions que les deux Etats sont signataires. La loi applicable est alors la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Dans l'art. 4.2, la Convention présume qu'il s'agit du pays où la partie devant fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat¹⁵. Dans l'infogérance, la prestation caractéristique est la gestion du système informatique. Etant donnée qu'aujourd'hui, avec l'évolution de l'Internet, il est possible d'assurer une telle gestion à distance (pour des bases de données, pour des sites Internet etc.), nous considérons que la prestation caractéristique est fournie dans le pays du prestataire, donc on va appliquer la loi de ce dernier pays. Naturellement, dans ce cas, le degré de dépendance du client envers le prestataire devient plus important dans l'appréciation des risques d'externalisation. De plus, pour les clients qui sont implantés dans plusieurs pays, le choix de prestataires se diminue car il n'y a pas beaucoup d'entre eux capable d'assurer une telle couverture de services.

¹⁵ Pour une application dans le domaine des contrats de concession, voir Cass. 1re civ. 15 mai 2001, n° 99-17132, Optelec.

Cet ouvrage va analyser, dans une première partie, la formation du contrat d'infogérance. Les éléments essentiels et les contraintes spécifiques y seront présentés. Dans une deuxième partie, les effets du contrat seront analysés, tant pendant son exécution qu'après son fin.

Première partie

La formation du contrat

La décision d'externaliser le service informatique d'une entreprise présente des enjeux importants. C'est une décision avec un grand impact sur la stratégie à long terme de l'entreprise. Pour ces raisons, le processus doit être bien préparé à l'avance. En grandes lignes, l'entreprise externalisatrice doit définir ses besoins et doit choisir en connaissance de cause un prestataire qualifié pour la tâche. Bien préparer le projet à l'avance signifie un suivi plus facile de l'exécution du contrat.

La formation du contrat est précédée par une procédure, parfois complexe, de sélection du prestataire (A), l'entrepreneur du contrat d'externalisation informatique. Les conditions de validité de tout contrat (le consentement, la capacité, la cause et l'objet) seront analysées (B) par rapport aux spécificités du contrat d'infogérance.

A. La phase précontractuelle

La phase précontractuelle dans l'externalisation informatique est particulièrement complexe, étant donnée les implications d'un tel projet sur des aspects qui touchent le droit social, le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence, le droit des libertés individuelles. Le domaine informatique est stratégique

pour une entreprise car une défaillance du système peut causer des blocages de l'activité. De même, les informations sensibles et même stratégiques pour une entreprise sont traitées par des systèmes informatiques, d'où les précautions sévères dans le processus d'externaliser : une procédure complexe de sélection du prestataire en fonction de l'état des lieux (1) et les garanties prises dans el cadre des pourparlers (2).

1. L'offre

Il y a plusieurs modalités de choisir l'entrepreneur. La plus fréquente est l'appel d'offres, mais dans certains cas on choisi directement le prestataire pour des raisons de confiance ou expérience. La deuxième solution est moins chère que l'appel d'offres, mais les risques peuvent s'avérer importantes par rapport au succès de l'opération. En effet, l'appel d'offres demande une évaluation plus stricte de l'état des lieux (a) ce qui permet au potentiel cocontractant de mieux évaluer les possibilités concrètes de satisfaire les besoins du client. Une fois les réponses recensées, le client pourra choisir son partenaire selon des critères multiples (b).

a. L'audit interne

La complexité du processus d'externalisation demande une évaluation correcte de la situation courante de l'entreprise. Le client, une équipe mixte avec les représentants du client et du prestataire (s'il est déjà choisi), ou même un expert indépendant va analyser l'état des lieux afin de dresser un rapport qui contiendra une description des actifs et de leur situation juridique, ainsi que de l'organisation du service informatique (des méthodes utilisées et des coûts d'exploitation). Les conclusions du rapport seront comparées avec la situation du marché des prestataires pour identifier les possibilités de faire des économies.

Le rapport a deux finalités : d'abord il identifie les dysfonctionnements du système informatique interne et les inconvénients par rapport au même service assuré par un prestataire ou par un concurrent. Sur cette base sera dressé le cahier des charges à utiliser pour la sélection du cocontractant. Ensuite, le même rapport indiquera les démarches à suivre, du point de vue juridique, pour pouvoir transférer la gestion du service informatique (en ce qui concerne le droit social, le droit de la propriété intellectuelle, etc.).

L'audit concerne tout l'équipement touché par l'externalisation : ordinateurs, serveurs, réseaux, et tout accessoire permettant le fonctionnement du système, c'est-à-dire l'ensemble de la configuration et la documentation nécessaire. La situation juridique de leur propriété est prise en compte, dans la mesure où le transfert vers le prestataire est nécessaire. Egalement, les éventuels contrats d'assurance portant sur les ordinateurs ou autre matériel doivent être analysés.

Si l'externalisation est sans délocalisation, la situation des locaux est aussi analysée, du même point de vue. Par exemple, si le service informatique est logé avec un contrat de bail, il est intéressant de voir si on peut sous-louer. En général, le prestataire ne sera pas intéressé par une externalisation sans délocalisation, parce que la mutualisation de ses prestations deviendra plus difficile. Dans ce cas, le coût d'exploitation est agrandi, ce que va se retrouver dans le prix payé par le client. Dès lors, le client doit avoir de très bons motifs pour solliciter ce type d'externalisation, car sinon l'une des causes du contrat (faire des économies) est affectées.

L'évaluation des logiciels et progiciels comprend surtout l'étendue des droits. Dans le cas où il s'agit de licences d'utilisation, il faut vérifier si le contrat de licence permet son transfert. L'inventaire contiendra les versions de logiciels utilisés et leur fournisseur. Par rapport au type de logiciel utilisé (générique ou spécifique), il est possible de prévoir la nécessité de réaliser des modifications adaptatives, correctives ou évolutives. Le prestataire devra accepter de retransmettre les droits sur les éventuelles modifications au client une fois le contrat fini. La même analyse est nécessaire pour les bases de données, avec les précautions nécessaires aux spécificités correspondantes.

Un chapitre important dans le rapport est la situation du personnel affecté par l'externalisation. Parfois, l'infogérance se traduit par la réaffectation d'une partie du

personnel du client au prestataire. L'article L. 122-12 du Code du travail est le texte de référence dans ce cas. La jurisprudence a dégagé les critères à prendre en compte dans un contrat d'infogérance. Le rapport de l'audit doit analyser l'organisation du service, pour montrer le caractère d'entité économique distincte de l'activité transférée, avec une structure propre, un personnel dédié et des moyens matériels affectés à l'activité. Pour que le personnel respectif puisse être transféré au prestataire, en application de l'art. L. 122-12 C. trav., les critères en vigueur doivent être remplis, pour la protection des salariés.

Le traitement automatisé des données personnelles fait l'objet d'une protection légale. Le créateur des fichiers est le client, donc il sera responsable de faire les déclarations préalables auprès de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL). Le rapport doit identifier l'application de la loi « informatique et liberté » du 6 janvier 1978, modifiée le 6 août 2004. Pour le prestataire, cette information signifie une responsabilité accrue de sécurité, qui va influencer sa responsabilité et les coûts d'exploitation.

La modification apporte un nouveau régime d'autorisations délivrées par la CNIL pour certains traitements mis en œuvre dans le secteur privé. Le niveau de protection offert aux personnes est renforcé, ce qui alourdi les obligations des entreprises du secteur privé. Pour ne pas entraver à la vie économique quotidienne, des procédures nouvelles ont été adoptées. Le 22 octobre 2005 est paru au Journal Officiel un décret d'application¹⁶ de la loi de 6 août 2004, qui permet aux entreprises et aux administrations de nommer un « correspondants à la protection des données », en s'affranchissant de toute déclaration préalable de leurs fichiers informatiques à la CNIL. Le rapport doit désormais s'interroger sur l'opportunité de nommer un tel correspondant par rapport à la déclaration préalable.

Les méthodes utilisées dans le service informatique interne l'organisation spécifique donnent un certain degré de productivité. Le rapport va prendre en compte ces éléments pour dégager les coûts du service exploité en interne. Les paramètres

¹⁶ Décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, J.O n° 247 du 22 octobre 2005 page 16769

obtenus, assortis d'une analyse type *benchmarking*, sont étudiés pour définir la stratégie d'externalisation. Le *benchmarking* est un procédé de comparaison de performances, par rapport à un étalon préétabli, par exemple le meilleur prestataire du marché ou le concurrent le plus important. Il est conseillé de l'utiliser, au début, pour pouvoir choisir la meilleure stratégie d'externalisation, et ensuite, pour pouvoir contrôler les performances du prestataire.

Quant au choix de stratégie, si les performances du service informatique interne sont très élevées par rapport aux services similaires du marché, confier cette activité à un prestataire n'est pas la meilleure solution. En effet, de telles performances sont une valeur pour l'entreprise et il faut ne pas en renoncer. La solution est de créer une filiale dédiée à cette activité. C'est le compromis idéal pour ne pas perdre le contrôle sur un certain savoir-faire et pour externaliser dans le même temps. De plus, l'entreprise nouvelle sera capable de fournir le même service aux autres clients, et de diminuer encore plus ses coûts en mutualisant ses prestations.

En réalité, c'est difficile de trouver un service informatique interne au même niveau de performance financière qu'une entreprise spécialisée, parce que la mutualisation des prestations est spécifique à la dernière. Mais la solution de créer sa filiale est utilisée avec succès aujourd'hui, et l'exemple le plus proche est celui des Galeries Lafayette. Les raisons peuvent être différentes, mais garder le savoir-faire et la confidentialité est très important.

Les conclusions du rapport doivent pointer les objectifs de l'externalisation informatiques. Les besoins du client doivent apparaître clairement dans l'appel d'offres, et les objectifs doivent être hiérarchisés.

b. La sélection du partenaire

Une fois que les conclusions du rapport d'audit ont été finalisées, un cahier des charges sera rédigé. Celui-ci contiendra les objectifs du projet et l'étendue des prestations sollicitées. Le Guide Lamy droit de l'informatique et des réseaux n° 1033 distingue différents types d'infogérance selon le périmètre des prestations demandées (l'objet du contrat, voir *infra*) : l'infogérance globale, l'infogérance partielle, l'infogérance d'exploitation (nommée aussi « fourniture d'énergie informatique ») et l'infogérance d'application (ou « service bureau »). A cette classification on peut ajouter la fourniture d'applications hébergées (*application service provider, ASP*) Les offres des prestataires doivent répondre au type de service demandé.

Le cahier des charges

Le cahier des charges est à la base de l'appel des offres vers le marché des prestataires de services informatiques. La hiérarchie de ses objectifs économiques, technologiques et qualitatifs sera à la base de la sélection du prestataire. Ainsi, le choix portera plutôt sur le degré d'économies d'échelle, ou sur l'expérience et les compétences du prestataire, ou sur le degré d'amélioration de son service informatique. Différents critères pourront influencer la décision : le niveau de sécurité demandé, l'expérience internationale, l'implantation géographique, la taille du prestataire, sa solidité financière.

Le contenu type du cahier des charges d'infogérance¹⁷ comporte les objectifs et les contraintes du projet, le périmètre de l'infogérance et l'état des lieux, la définition des prestations attendus, les indicateurs (niveau minimal) exigés pour chaque prestation, les obligations du client, celles du prestataire et celles communes, les phases du contrat, le degré de sécurité et confidentialité, et finalement les dispositions contractuelles essentielles.

¹⁷ Alain Champenois, *Infogérance. Externalisation des systèmes d'information*, Masson, Paris 1997, p. 53

L'offre

Plus coûteuse que la sélection directe du prestataire, la procédure d'appel d'offres a plus de chances de réussite. Sur la base du cahier des charges, le client peut consulter les offres des entreprises afin d'obtenir le service qui est le plus proche de ses objectifs. Comme dans la plupart des cas la fixation du prix est essentielle, il arrive que le prestataire ne puisse pas fixer dès le début un prix ferme dans l'offre soumise, compte tenu des détails contenus dans le cahier des charges. En revanche, il est souhaitable d'indiquer d'une manière claire la manière de facturation (au forfait ou en fonction d'unité d'œuvre) pour que le client puisse choisir.

Ainsi il est fort possible que les réponses recensées par le client de la part des prestataires ne soient pas précises, fermes, complètes et sans équivoque. Dans ce cas, du point de vue juridique, il ne s'agit pas des offres, mais des invitations aux pourparlers. Elles tendent seulement à l'ouverture de discussions en vue de la conclusion éventuelle d'un contrat dont certains éléments essentiels restent pour l'instant indéterminés. À la différence de l'offre, qui peut être acceptée telle quelle, l'invitation aux pourparlers n'est pas susceptible d'une acceptation immédiate nouant le contrat¹⁸. Cependant, la réponse à cette invitation peut elle-même constituer une offre et, à l'inverse, l'offre n'est évidemment pas exclusive de toute négociation : son destinataire peut toujours assortir son refus d'une contre-proposition.

Une offre qui présente des réserves manque de fermeté. Les réserves sont subjectives ou objectives. Une réserve subjective (par exemple la possibilité de modifier le prix des services offerts) transforme l'offre en une invitation à des pourparlers. Dans les contrats d'infogérance on trouve plutôt des réserves objectives, donc des réserves

¹⁸ Cour d'appel de Versailles, n° 60 du 8 février 2001, 12^e ch. sect. 2, Ambassade Package c/ Métrologie France : « ...mais considérant que, pour pouvoir être valablement qualifiée d'offre, la proposition doit être ferme, en ce cas qu'elle doit manifester la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, et qu'elle ne doit donc être assortie d'aucune condition ou réserve de nature à priver l'éventuel acceptant de son pouvoir de décision... ; considérant que, dès lors, loin de pouvoir être qualifiée d'offre, cette proposition a constitué seulement une invitation à des pourparlers, dans le cadre desquels la société Métrologie pouvait valablement faire une nouvelle proposition de prix comportant une remise d'un montant inférieur à celle initialement prévue... »

qui tiennent soit de la volonté du client, soit d'une condition extérieure. Les réserves objectives n'altèrent pas le caractère de l'offre à la condition qu'elles soient communiquées au client. Par exemple, si un audit indépendant n'a pas été effectué, une réserve objective est la confirmation pratique des estimations initiales en ce qui concerne le prix et l'effort d'investissement.

L'offre peut être assortie d'un délai express. Dans ce cas, l'offrant est tenu le respecter. Quand il n'y a pas de délai express, la durée de l'offre peut résulter des circonstances (délai implicite), par exemple pendant l'évaluation de l'amplitude de l'externalisation par l'offrant. Dans tous les cas, le délai doit être raisonnable, particulièrement nécessaire lorsque l'offre a été faite à une personne déterminée. Ce délai est aussi déterminé par les circonstances et en cas de litige, le caractère raisonnable reste à l'appréciation des juges du fond.

Ayant reçu les réponses de la part des prestataires, le client doit choisir l'une des offres pour ensuite entrer dans la prochaine phase, celle de la rédaction effective du contrat et de transfert de gestion. Outre que prendre en compte ses propres critères, il pourra procéder à un test type *benchmarking* pour comparer les offres. L'outil, plutôt utilisé pendant le déroulement du contrat pour contrôler la qualité des prestations, est conseillé aussi en phase de sélection pour son caractère objectif. Une comparaison des offres avec le reste du marché peut s'avérer difficile, même avec ce type de test, lorsque les prestations sollicitées sont fortement personnalisées.

2. Les pourparlers

Une fois le futur cocontractant choisi, il faut surmonter les difficultés d'ordre pratique ou légal pour aboutir à un contrat (b). La préparation du contrat est une phase très délicate pour le succès de l'externalisation par rapport aux obligations et responsabilités des parties, et on n'aboutit pas toujours à la conclusion d'un contrat. En fonction du niveau de sécurité demandé pendant l'échange des informations entre les deux parties, des mesures contractuelles de protection pourront être prises (a).

a. La valeur juridique des pourparlers

De la sélection du prestataire jusqu'au moment de la signature du contrat il peut s'écouler une période assez longue. C'est la phase précontractuelle des négociations. Dans ce contexte, il convient de distinguer les formes de pourparlers non contractuelles qui n'engagent pas les parties, de celles qui ont une valeur contractuelle.

Les pourparlers contractuels

Dans certaines conditions, il vaut mieux de signer une lettre d'intention ou protocole d'accord (*memorandum of understanding*). La confidentialité oblige. Mais cela arrive aussi lorsque le prestataire engage des frais importants pendant les négociations qui en plus risquent d'être de longue durée. La lettre d'intention fixe les règles du jeu : elle établit d'une manière claire les obligations des parties pendant les pourparlers. Elle n'engage en aucun cas les parties à conclure le contrat d'infogérance¹⁹.

¹⁹ Alain Champénois, *op. cit.*, p. 82 ; pour une opinion contraire, voir Alain Bensoussan, Isabelle Demnard-Tellier, Jean-François Forgeron, *Le Facilities Management et le droit*, 3^e éd., Hermès Science Publications, Paris 2000

Même si ce document n'entraîne pas automatiquement la sélection définitive du prestataire, il permet d'avancer sur le projet avant que le contrat soit signé. En revanche, la manœuvre n'est pas conseillée car le client risque de perdre son pouvoir de négociation. Cependant, il est vrai que le prestataire trouvera une garantie pour les frais engagés en cas d'échec des pourparlers. La situation est plus compliquée si le client n'est pas une personne de droit privé, parce que le marché public a des règles spécifiques.

La norme AFNOR XP Z 67-801-1²⁰ recommande la signature d'un protocole d'accord dans lequel les points suivants apparaissent :

- référence au cahier des charges et à la réponse du prestataire ;
- la nature des limites des travaux à effectuer, pour notamment : évaluer les volumes de ressources consommées et la capacité des moyens à mettre en œuvre ; étudier les conditions de transferts ou migrations (d'application, de matériel, de données, de contrats, etc.) ; évaluer les niveaux de performances des prestations attendues ;
- la durée de la phase de mise au point du contrat et les conditions de rupture du protocole d'accord, s'il en est ;
- les conditions de prise en charge des frais éventuellement engagés par le prestataire pendant la phase considérée ;
- les conditions d'exécution du protocole d'accord ;
- composition des équipes représentant les deux parties (chef de délégation, responsables technique, financier, juridique) ;
- organisation du processus de mise au point du contrat : cycle de réunion et planning des travaux ;
- règles d'objectivité et de confidentialité à respecter : signature conjointe d'états de situation, expertises par un tiers indépendant, communication en interne et en externe aux deux parties.

L'obligation de confidentialité des deux parties pendant les pourparlers doit être définie dans le protocole d'accord. Cette obligation peut être analysée soit comme une

²⁰ Norme expérimentale XP Z67-801-1 Octobre 1995 Traitement de l'information - Référentiel d'infogérance - Partie 1 : spécification de service, p. 10

obligation de moyens soit de résultat (voir *infra*, l'analyse des obligations des parties). Même en cas d'échec, les parties y seront tenues.

Le protocole doit définir d'une manière claire les responsabilités en cas de rupture des pourparlers. En principe, le prestataire est le bénéficiaire d'un droit de restitution des investissements et des frais engendrés et le débiteur d'une obligation de réversibilité des opérations effectuées.

Les pourparlers non contractuels

Quant aux formes de pourparlers non contractuelles, il convient de souligner que la liberté contractuelle reste de mise pendant toute cette période. Par conséquent, les parties sont toujours libres de contracter ou de se retirer des négociations. Si l'une d'entre elle estime que cela est dans son intérêt peut ainsi décider de ne pas conclure ledit contrat.

Cependant, même si la liberté prévaut en la matière, le droit impose une obligation de bonne foi aux parties impliquées. Ainsi si la rupture s'avère abusive, la partie initiatrice devra en répondre et pourra voir sa responsabilité engagée afin d'indemniser son partenaire pour le préjudice subi.

La partie qui demande réparation suite à la rupture de pourparlers devra établir la faute de son partenaire. Cette faute consiste en un manquement à l'obligation de bonne foi et de loyauté que tout négociateur doit s'efforcer de respecter.

Cependant, la bonne foi est une notion à géométrie variable et il n'est pas toujours aisé en pratique de déterminer les types de comportement constitutifs d'une rupture abusive. Cela dépend des conditions dans lesquelles la rupture a eu lieu. Les juges examineront les circonstances de fait entourant cette rupture afin de décider si la rupture est abusive ou non. Trois éléments en particulier attirent leur attention, à savoir l'avancement des pourparlers, la brutalité de la rupture et la croyance légitime de l'autre partie.

En effet, la rupture ne prendra pas le même sens si les parties étaient en négociation depuis une durée considérable et si les point-clés avaient été abordés et

résolus ou si, au contraire, elles venaient à peine d'entrer en contact et n'avaient abordé que des points préliminaires. Les juges prennent ainsi en compte la nature et la qualité des relations antérieures.

Quant à la brutalité de la rupture, on ne rompt pas une négociation menée de longue date sans raison légitime et unilatéralement. Tout est question d'un minimum de bonne foi. Plus précisément, la partie qui rompt les pourparlers avancés avec son partenaire qui a déjà, à sa connaissance, engagé des gros frais, manque aux règles élémentaires de loyauté en matière contractuelle.

La croyance légitime s'apprécie au regard des échanges qui ont eu lieu entre les parties. La responsabilité de la partie initiatrice de la rupture sera retenue lorsqu'elle a fait croire à son partenaire que le projet allait incontestablement prendre forme. Aussi les juges seront amenés à examiner le comportement de celle-ci. Il sera d'autant plus blâmable si elle a suscité chez l'autre partie la confiance dans la conclusion du contrat envisagé.

Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, le 26 nov. 2003, que même si la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers, cette liberté est limitée par l'abus du droit de rompre. C'est une faute caractérisée par le fait de tromper la confiance du partenaire, contraire à la bonne foi contractuelle. Ce sont les circonstances de la rupture qui constitue une « faute dans l'exercice du droit de rompre ». Ce n'est pas la rupture en soi condamnée, mais la façon de le faire. Le caractère légitime de la confiance du partenaire est pris en compte : « la société Alain Manoukian était en droit de penser que les [cédants] étaient toujours disposés à lui céder les actions ». Par rapport à la sanction pour faute, la règle est de remettre les parties dans l'état qui aurait été le leur si la faute n'avait pas été commise. Il ne s'agit pas d'une remise en cause de l'efficacité de la rupture, mais de prendre en compte la situation d'un comportement loyal de l'auteur de la rupture.

Pour calculer les dommages, on peut prendre en compte deux situations : soit on considère que le contrat n'a jamais été proposé (et alors les dommages se limitent aux frais engagés pendant les pourparlers), soit on considère l'intérêt qu'aurait procuré la conclusion du contrat. Mais ce n'est pas le fait de ne pas conclure qui provoque le préjudice. Les dommages ne seront pas calculés pour dédommager la perte d'une

chance d'obtenir des bénéfices. La Cour conclue que « le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains »²¹.

b. La liberté de contracter

Selon l'art. 1134 du Code civil, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » La liberté contractuelle entre les parties est donc le principe. Tout peut se négocier, sous réserve des exceptions prévues par la loi.

Avant de commencer l'exécution de la prestation engagée, souvent il y a une phase d'ingénierie pendant laquelle des actifs et/ou une partie du personnel du client sont transférés au prestataire. Ces opérations soulèvent des problèmes juridiques particuliers, tout comme la négociation des autres clauses du contrat. Les domaines concernées sont droit de la concurrence, droit des contrats, droit de la propriété intellectuelle, droit des libertés, droit social. Quant au droit de la consommation, il ne s'applique pas au contrat d'infogérance dans la mesure où les cocontractants sont des professionnels. Il en va de même pour la Loi n° 94-665 du 4 août 1994 (JO du 5 août 1994, p. 11292), la loi Toubon.

Il convient alors de définir la notion de professionnel dans le domaine informatique. La problématique est intéressante, étant donné qu'en règle générale, seuls les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs pourront se voir appliquer la législation sur les clauses abusives. Dans un premier temps, on a admis que l'on ne pouvait pas appliquer celle-ci dans les relations d'affaires

²¹ Cass. com. 26 nov. 2003, n° 00-10243, n° 00-10949, Sté Alain Manoukian c/ Cts Wajsfiz et alii, JurisData n° 2003-021243, Communication – Commerce Electronique 2004, comm. 31 par Philippe Stoffel-Munck

entre professionnels²²; par la suite, la Cour de cassation est revenue sur sa position et appliqua la législation précitée à des professionnels ayant agi hors de leur spécialité²³.

Cependant, la Cour suprême marqua un nouveau revirement de sa jurisprudence en jugeant que le professionnel « consommateur » d'un produit informatique pour lequel il n'a pas de compétence particulière, n'est pas protégé par la législation en question, dès lors que ce produit est acquis dans le cadre de son activité professionnelle²⁴.

À l'heure actuelle, la frontière qui sépare le non professionnel du consommateur est de plus en plus réduite et la nuance de plus en plus subtile. En outre, la solution dégagée en 1996 est assez proche des définitions de professionnel et de non professionnel de la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs²⁵.

Droit de la concurrence

Sur le marché global des services informatiques il peut exister une certaine concentration par rapport à l'emplacement géographique des prestataires, plus précisément par rapport à leur implantation à l'international. Par rapport aux caractéristiques du contrat d'infogérance, il semble qu'une éventuelle application du droit de la concurrence sera possible dans le cas de la réversibilité et dans l'acceptation forcée d'un service. Le deuxième cas sera traité dans le chapitre dédié à la formation du consentement. Quant à la réversibilité, cette phase doit être possible et le prestataire doit coopérer pour pouvoir redonner la liberté au client, qui ensuite pourra choisir un autre prestataire. Dans ce cas on parle aussi de la transférabilité.

²² Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1986 : JCP E 1986, II, 15514

²³ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987, Société Abonnement téléphonique c/ Société Pigranel : JCP G 1987, II, 20893, note G. Paisant

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1996, Sté Crédit de l'Est c/ Sté André Bernis Lattitude et a. : Gaz. Pal. 1996, 2, pan. jurispr. p. 229 ; V. aussi L. Leveneur, Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives : Contrats, conc., consom. 1996, chron. n° 4

²⁵ Journal officiel n° L 095 du 21/04/1993 p. 0029 - 0034

Le transfert des actifs corporels

Comme nous avons déjà énoncé, la prestation peut avoir lieu sur les emplacements du client, mais cette solution est plus coûteuse car elle ne permet pas au prestataire de générer des économies par la mutualisation avec ses autres clients. De plus, des locaux et des matériels du client restent immobilisés pendant toute cette période, ce qui réduit la possibilité de faire d'autres économies. L'utilisation des locaux du client par le prestataire est plus problématique quand le client n'est pas le propriétaire, mais le titulaire d'un droit de location ou d'un contrat de crédit-bail dont les clauses empêchent la sous-location. De plus, en application de l'art. 1717 du Code civil, la Cour de cassation a décidé qu'une autorisation en général de sous-louer ne dispense pas le locataire principal de l'obligation d'appeler le bailleur à concourir aux actes de sous-location²⁶.

Cela étant, on assiste fréquemment à un transfert de moyens informatiques sur le site du prestataire. Cette phase peut également comprendre l'acquisition d'équipements informatiques du client par le prestataire d'infogérance. Le transfert nécessite une bonne collaboration entre le client et le prestataire pour que le dernier puisse prendre connaissance de toutes les documentations et procédures sur le site du client. De même, le prestataire doit informer le client sur toutes les phases de mise en œuvre du projet d'infogérance. Toutes ces obligations réciproques, y compris le devoir de confidentialité, doivent être inscrites dans le protocole d'accord qui organise le déroulement des négociations.

Avant de procéder avec le transfert de matériels informatique, le client doit sauvegarder toutes ses données afin de prévenir les risques de destruction. Les deux parties peuvent négocier une assistance pour le client pour cette opération, qui reste dans le champ de responsabilité du client.

Une fois les matériels sur le site du prestataire, des tests permettront de vérifier que le transfert s'est déroulé en bonnes conditions. C'est une période transitoire qui peut déterminer avec objectivité les conditions d'exploitation et de valider les engagements de performance. Des corrections peuvent s'avérer nécessaires, d'autant

²⁶ Cass. civ. 3^e, 13 mars 1979, JCP, 79, IV, 174

que des problèmes de compatibilité peuvent exister avec les autres installations du prestataire.

La reprise des équipements informatiques par le prestataire est négociée en fonction de leur typologie, leur ancienneté, leur amortissement financière et leur statut juridique. La typologie des équipements et implicitement leur statut juridique détermine les possibilités pratiques du transfert. En ce qui concerne ce dernier aspect, on distingue deux situations : soit le client est propriétaire des équipements, soit ils font l'objet d'un contrat de crédit-bail mobilier ou de location financière. Sachant que le statut de propriétaire ne pose pas des problèmes, il convient d'analyser les contrats de financement.

Dans le cas où les matériels font l'objet d'un contrat de crédit-bail mobilier ou de location financière, seule l'analyse des dispositions contractuelles permette de cerner si leur transfert est autorisé ou non.

Tout d'abord, en ce qui concerne le transfert physique du site du client au site du prestataire, très généralement l'autorisation préalable et écrite du bailleur est nécessaire ; ce dernier pouvant s'y opposer. En second lieu, s'agissant du transfert juridique, il existe généralement une clause de non cessibilité du contrat sauf accord préalable et écrit du bailleur. Il convient donc que le client obtienne l'accord écrit dudit bailleur pour pouvoir céder le bénéfice du contrat au prestataire. Cette cession pourra être réalisée gratuitement ou donner lieu au paiement d'un prix complémentaire. Si, en revanche, le contrat de crédit-bail comporte une clause permettant le remboursement anticipé, le client pourra l'invoquer pour débloquer la transaction avec son prestataire. Pour la location financière, comme en matière de crédit-bail, rien n'interdit aux cocontractants de stipuler des options d'achat intermédiaires²⁷.

²⁷ El-Mokhtar Bey, *JurisClasseur Contrats - Distribution* > Fasc. 2640 : LOCATION FINANCIÈRE, par. 189

Sous-louer la chose ne peut constituer un crédit-bail, même si le contrat permet la sous-location²⁸. L'intérêt de cette distinction réside dans la possibilité de l'entreprise de crédit-bail de revendiquer le bien sous-loué dans les mains du sous-locataire.

Le contrat d'infogérance peut également prévoir un engagement entre les parties de réaliser l'opération inverse (c'est-à-dire la reprise des mêmes éléments par le client) dans l'éventualité où ce contrat prendrait fin avant un certain délai.

Le transfert d'équipements informatique doit être assorti par un transfert de contrat de maintenance, si ce service était aussi externalisé, ou par la simple résiliation de celui-ci, dans le cas où le prestataire a déjà les conditions et les moyens nécessaires.

Le transfert de logiciels et de bases de données

Les logiciels attachés à l'activité externalisée seront transférés dans le même temps que le matériel informatique, à condition que les droits de propriété intellectuelle des titulaires soient respectés. Pour analyser ces droits, il convient de distinguer les logiciels d'exploitation (de base) de logiciels d'application.

Les logiciels d'exploitation sont attachés à la machine, qui ne peut pas fonctionner sans. Il s'agit notamment de logiciels nommés « système », tel que le produit Windows de Microsoft (dans toutes ses versions). Transférer les ordinateurs nécessite de pouvoir transférer les droits d'utilisation des logiciels système, sans lesquels le prestataire devra acheter des autres. En plus, le client aura des licences d'exploitation de logiciels sans pouvoir les utiliser, faute d'ordinateurs. La réponse est dans l'accord du titulaire des droits. En effet, il faut analyser le contrat de licence pour voir quels sont les droits des utilisateurs. Ensuite, si le contrat ne le prévoit pas ou si le contrat l'interdit expressément, il faut demander l'accord écrit du titulaire des droits. Pour que l'accord soit donné, il faut que le prestataire accepte les conditions du contrat de licence. Dans l'hypothèse des transferts internationaux, il convient de vérifier si les clauses du contrat

²⁸ Cass. com. 14 mai 1985, Bull. civ., IV, n° 149 : « ne peut constituer une opération de crédit-bail que la location portant sur des biens acquis en vue de cette opération par une entreprise qui en demeure propriétaire »

de licence ou sa rédaction (par exemple la langue) sont conformes au pays de destination.

Un exemple très proche est le contrat de licence de Windows XP, qu'on peut facilement le lire dans la rubrique d'aide du programme. Par rapport au transfert, il prévoit :

« Vous êtes autorisé à transférer l'ensemble de vos droits prévus par le présent CLUF²⁹ à titre permanent, mais uniquement dans le cadre de la vente ou du transfert permanent de l'ORDINATEUR, à condition que vous ne conserviez aucune copie du LOGICIEL. Si le LOGICIEL est une mise à jour, le transfert doit également inclure toutes les versions antérieures du LOGICIEL. Ce transfert doit également inclure l'étiquette du COA³⁰. Ce transfert ne doit pas être effectué par le biais d'un envoi ou de tout autre transfert indirect. Avant le transfert, l'utilisateur final bénéficiaire du LOGICIEL doit accepter de se conformer à tous les termes du présent CLUF. »

Dans le cas des « grandes comptes », la règle est la négociation du contrat de licence, même avec les grands éditeurs comme Microsoft.

Si les ordinateurs et les logiciels d'exploitation sont intimement liés, il ne va pas de même pour les logiciels d'application. En effet, les logiciels d'application sont achetés indépendamment de la machine, sauf dans des cas très limités des logiciels embarqués qui ne sont pas système. On distingue le cas les logiciels d'application génériques (progiciels) de logiciels d'application spécifiques.

Dans le cas des logiciels génériques, la problématique est similaire à celle énoncé pour le cas de logiciels de base. Si dans le contrat de licence il y a une restriction par rapport au lieu d'exploitation (nom d'entreprise, location géographique), il faut demander l'accord du titulaire des droits.

²⁹ Contrat de Licence Utilisateur Final

³⁰ Certificat d'authenticité

Le Tribunal de commerce de Nanterre³¹ a jugé dans une affaire que le droit d'utiliser des progiciels n'était concédé par contrat « qu'à une personne précisément définie [...], pour un site précis et une unité centrale de traitement spécifiée, étant précisé dans les conditions générales, que la licence n'est pas transférable ». De ce fait, le tribunal a estimé que les clauses contractuelles qui étaient conformes au Code de la propriété intellectuelle « interdisent de fait, la pratique de l'infogérance sans autorisation » de l'éditeur. En effet, le tiers infogérant n'étant pas partie au contrat et ne bénéficiant pas du droit d'utilisation des logiciels, devait obtenir l'autorisation de l'éditeur et verser une redevance d'utilisation supplémentaire pour bénéficier de l'extension de ce droit d'utilisation.

Les logiciels spécifiques sont, généralement, dans le patrimoine de celui qui les a commandé. Dans notre cas, si le client a commandé de tels programmes, il est conseillé qu'il en obtienne tous les droits. En revanche, il ne devra pas transmettre au prestataire de l'infogérance plus de droits qu'il est nécessaire, pour pouvoir conserver plus d'indépendance. Dans le cas où le prestataire est appelé d'assurer aussi la maintenance corrective ou évolutive du logiciel spécifique, le client pourra prévoir de faire un dépôt de codes source chez un notaire ou auprès d'une agence spécialisée, afin de préserver ses intérêts en cas de litige. Les obligations du prestataire par rapport aux développements spécifiques seront analysées dans la partie consacrée à l'exécution du contrat.

Le transfert des bases de données doit respecter les droits existants sur la base. Ces droits doivent respecter, chacun, les conditions légale pour pouvoir exister. Il s'agit du droit du producteur qui justifie un investissement substantiel (protection *sui generis*), du droit d'auteur sur le logiciel qui permet le fonctionnement de la base de données (droit d'auteur spécifique logiciels), du droit d'auteur sur la structure de la base (droit d'auteur spécial bases de données), et du droit d'auteur sur les éléments de la base (droit commun du droit d'auteur). L'audit informatique (voir *supra*) doit analyser la titularité de tous ces droits et les clauses des contrats de licence respectives.

³¹ TC Nanterre, 1^{re} ch., 19 juin 1998, n° 97 F-01972, cité dans Alain Bensoussan, Isabelle Demnard-Tellier, Jean-François Forgeron, *op. cit.*, p. 54

Dans le cadre de la problématique de transfert de bases de données, il faut analyser l'application de la loi du 6 janvier 1978, modifiée, sur les traitements de fichiers de données nominatives. Il faut noter que le régime d'application de la loi a été modifié, notamment en ce qui concerne le secteur privé. Une analyse détaillée sur cet aspect est traitée dans le chapitre sur les obligations légales de chaque partie.

Le transfert des salariés

L'externalisation d'une activité de l'entreprise soulève des importants problèmes de droit du travail. Cette étape du projet de l'externalisation est parmi les plus sensibles, et l'entreprise externalisatrice doit faire preuve de maximum de transparence. Le projet doit être expliqué aux salariés concernés, qui ne doivent pas se sentir abandonnés ou traités seulement comme des éléments statistiques.

Du point de vue juridique, la situation des salariés dont l'activité est transférée est régie par certaines dispositions du Code du travail, notamment l'art. L. 122-12. Aux termes de cet article, deuxième alinéa, « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Autrement dit, les contrats de travail sont transférés de plein droit si toutes les conditions sont remplies. A défaut, les salariés ne peuvent être transférés qu'avec leur accord. Il convient alors d'analyser les conditions d'application de l'art. L. 122-12 du Code du travail.

L'adverbe *notamment* suggère que cet article ne fait qu'énumérer quelques exemples de modifications dans la situation de l'employeur, ce qui a permis à la jurisprudence de décider que le transfert des salariés s'opère de plein droit, même en cas de cession limitée à un élément isolé du patrimoine de l'entreprise, dès lors que ce patrimoine constitue « entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise »³². La Cour de Cassation, dans un arrêt de 23 janvier

³² Cass. Ass. plén., 16 mars 1990, D. 1990, jurispr. p. 305, 1^{re} et 2^e esp., note A. Lyon-Caen

2002, s'est prononcé sur l'application de cet article dans un contrat d'infogérance³³ : « Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a fait ressortir, par motifs propres et adoptés, que le service informatique de l'employeur, dont l'exploitation avait été confiée à une autre entreprise, possédait des moyens particuliers en personnel et en matériel, qu'il tendait à des résultats spécifiques et qu'il avait une finalité propre ; qu'elle a pu déduire de ses constatations et énonciations le transfert d'une entité économique autonome dont l'activité a été poursuivie par le cessionnaire et, par voie de conséquence, le maintien de plein droit du contrat de travail de l'intéressé avec le nouvel employeur ».

Mais pour arriver à ce point, la jurisprudence a défini la notion d'entité économique : « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre »³⁴. En général, les services informatiques des entreprises bénéficient d'une organisation propre avec un personnel dédié ayant des compétences spécifiques, et de moyens matériels qui sont affectés à l'activité. Mais l'art. L.122-12 a vocation première de garantir l'emploi des salariés et non de les pénaliser, ce qui pouvait arriver lorsque, par application de cet article, les salariés de l'entreprise cliente perdaient les garanties sociales liées à leur statut collectif par exemple. En effet, les salariés sont transférés uniquement avec leurs avantages individuels et non ceux liés au statut collectif même si, au titre de l'art. L. 132-8 du Code du travail, le statut collectif des salariés transférés est censé continuer à s'appliquer jusqu'à la négociation d'un nouveau accord avec le nouveau employeur.

Le droit communautaire, par la directive de 12 mars 2001, prend en considération la notion d' « entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ». La Cour de justice des Communautés européennes définit la « notion d'entité » comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui

³³ Cass. soc., 23 janv. 2002, n° 99-46245, Inédit, M. Albert Cohen c/ Sté Orfèvrerie Christofle, société anonyme

³⁴ Cass. soc. 7 juillet 1998, Publié au Bulletin, V, n° 363

poursuit un objectif propre ». À quoi l'arrêt ajoute qu' « une entité ne saurait être réduite à l'activité dont elle est chargée. Son identité ressort également d'autres éléments tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation à sa disposition »³⁵. On doit ajouter la nécessité de disposer d'une liberté minimale pour organiser son activité et diriger le travail des salariés y affectés.

En somme, l'entité économique appréhendée par la directive du 14 février 1977³⁶ - aujourd'hui celle du 12 mars 2001³⁷ - est un groupement au service d'un but, soit un ensemble de moyens ou de personnes, organisé de façon durable et non temporaire, exerçant une activité économique à titre principal ou accessoire et poursuivant un objectif économique propre³⁸. La directive s'applique aussi aux cessions transfrontalières intracommunautaires. Pour les cessions extracommunautaires, les lois nationales vont être appliquées.

Dans le droit français, la notion d'entité économique autonome, parue dans la jurisprudence de 1990 (précitée), signifiait le changement d'appréciation du département ou service transférés. Si, avant 1990 et depuis 1934, l'application de l'art. L. 122-12 était soumise à une analyse de type économique de l'entreprise (entité en tant qu'activité), désormais il s'agit d'une analyse organisationnelle. L'entité au sens de

³⁵ CJCE, 11 mars 1997, aff. C 13/95, Ayse Süzen, point 15 : Rec. CJCE 1997, p. 1259 ; la Cour de cassation, la chambre sociale, dans un arrêt du 7 juillet 1998 (Bull. civ. V, n° 363), reproduit littéralement la définition de l'entité économique contenue dans l'arrêt Ayse Süzen de la Cour de justice sous le visa de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail « tel qu'interprété au regard de la directive n° 77/187 du 14 février 1977 »

³⁶ Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, Journal officiel n° L 061 du 05/03/1977 p. 0026 - 0028

³⁷ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, Journal officiel n° L 082 du 22/03/2001 p. 0016 – 0020, qui codifie la directive de 14 février 1977 suite aux modifications apportés par la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998 (JOCE n° L 201, 17 juill. 1998, p. 88)

³⁸ Patrick Morvan, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 19-50 : TRANSFERT D'ENTREPRISE - Conditions d'application, par. 32

l'article L. 122-12 suppose une activité économique exercée dans le cadre d'une structure, non revêtue forcément de la personnalité juridique mais dotée de moyens en personnel et en matériel affectés spécifiquement à une finalité économique détachable, le cas échéant, de l'activité principale de l'entreprise.

L'autonomie que revêt une entité économique au sens de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail suppose qu'un personnel lui soit « spécialement » ou « spécifiquement » affecté, ce qui veut dire « exclusivement ». L'inexistence d'une entité économique autonome se déduit de « l'absence d'affectation de tout un personnel à titre permanent, même à temps partiel, dans le secteur concerné »³⁹. Dans ce sens, la polyvalence des salariés est un obstacle rédhibitoire à la qualification d'entité autonome. Dans l'affaire Perrier de 18 juillet 2000 (deux arrêts⁴⁰), la Cour de cassation a affirmé que « la reprise par un autre employeur d'une activité secondaire ou accessoire de l'entreprise n'entraîne le maintien des contrats de travail que si cette activité est exercée par l'entité économique autonome ». Or, en l'espèce, la cour d'appel, saisie d'un projet d'externalisation d'une activité de fabrication de palettes de bois assurée au sein d'un établissement, avait constaté que ce service « n'était qu'un simple démembrement des services centraux de l'entreprise, ne disposait pas au sein de l'établissement d'une autonomie, tant dans ses moyens en personnel, en raison de la polyvalence de la plupart des salariés, que dans l'organisation de sa production » ; dès lors que ce « service ne possédait pas de moyens particuliers tendant à des résultats spécifiques et à une finalité économique propre », à défaut d'un « personnel propre », il ne pouvait constituer une entité économique au sens de l'article L. 122-12.

En revanche, la Cour de cassation admet par ailleurs la divisibilité du contrat de travail. Elle exige ainsi qu'un salarié affecté à deux établissements dont l'un a fait l'objet d'un transfert, passe au service du cessionnaire pour la partie de l'activité qu'il consacrait au secteur cédé⁴¹.

³⁹ Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.102, inédit

⁴⁰ Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 99-13.976 et 98-18.037

⁴¹ Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44705 : « la cour d'appel avait constaté que l'un des secteurs de l'entreprise exploité par la société Baume, au sein duquel M. Launay exerçait une partie de son activité, avait été cédé à la société Aber et qu'ainsi, il y avait eu transfert d'une entité économique conservant son

L'informatique de l'entreprise repose à la fois sur la main d'œuvre et sur des équipements complexes. Dès lors, pour pouvoir qualifier l'entité transférée comme autonome, les deux éléments doivent être compris. Cette distinction n'a pas encore assimilé cette distinction, présente dans la jurisprudence de la CJCE. Ainsi, dans des secteurs « où les éléments corporels contribuent de manière importante à l'exercice de l'activité, l'absence de transfert à un niveau significatif (...) de tels éléments, qui sont indispensables au bon fonctionnement de l'entité, doit conduire à considérer que cette dernière ne conserve pas son identité »⁴².

L'art. L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail mentionne le « contrats de travail en cours au jour de la modification ». Il convient alors d'analyser l'interprétation jurisprudentielle des notions de *contrat de travail* et *en cours*.

La jurisprudence française a interprété d'une manière large la notion de contrat de travail. Ainsi, y sont inclus les contrats dont la validité est subordonnée à un acte juridique extérieur (convention conclue avec l'État, habilitation etc.) et les contrats assimilés, par voie de fiction légale, à des contrats de travail. Les cas applicable aux prestations de services informatiques concernent le contrat d'apprentissage et le contrat de professionnalisation (qui a remplacé, à partir de 1^{re} octobre 2004, le contrat de qualification, en application de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004). Le nouvel employeur doit remplir les conditions de l'art. L. 117-5 du Code du travail pour pouvoir accueillir des apprentis, mais le contrat n'est pas caduc d'office, il faut que « le préfet décide que les contrats en cours ne peuvent être exécutés jusqu'à leur terme » (art. L. 117-18 du Code du travail).

L'article L. 122-12 alinéa 2 du code du travail n'est applicable qu'aux contrats en cours au moment où survient la modification dans la situation juridique de l'employeur, sauf volonté frauduleuse des parties organisant les licenciements avant la reprise de

identité, dont l'activité avait été poursuivie ou reprise ; qu'il s'ensuivait que la convention entre les sociétés, ne pouvant faire échec aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail, était restée sans effet, et que, dès lors, le salarié devait passer au service de la seconde société pour la partie de l'activité qu'il consacrait au secteur cédé ».

⁴² CJCE, 25 janv. 2001, Oy Liikenne Ab, aff. C 172/99 : Rec. CJCE 2001, p. 745

l'activité. A cet effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé⁴³, le 21 février 1990, que « l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail n'est applicable qu'aux contrats en cours au moment où survient la modification dans la situation juridique de l'employeur, et que les salariés licenciés antérieurement à cette modification ne peuvent se prévaloir des dispositions dudit article que s'il est démontré que l'opération de reprise a eu pour but ou pour effet de faire fraude à leur droits ; [...] que la cour d'appel [...] a souverainement estimé qu'aucun élément ne permettait d'établir que la longueur des pourparlers en vue de la reprise eût pu résulter d'une collusion frauduleuse entre les parties ».

Est en cours et subit donc l'effet translatif prévu par l'article L. 122-12 le contrat dont le salarié exécute le préavis après que son licenciement a été prononcé régulièrement par le premier employeur. Mais « les contrats de travail ne se poursuivent avec le nouvel employeur que pour l'exécution du préavis en cours sans que le fait que les salariés continuent pendant cette période à travailler pour cet employeur suffise à rendre caducs les licenciements »⁴⁴. De plus, le second employeur, étranger à la rupture, ne saurait être tenu de payer l'indemnité compensatrice de préavis ; la créance d'indemnité prenant naissance à la date du licenciement, elle est à la charge de l'employeur à qui la rupture est imputable⁴⁵. En revanche, le licenciement prononcé en méconnaissance de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, est réputé « sans effet depuis l'arrêt Guermonprez⁴⁶. Par la suite, l'arrêt Maldonado⁴⁷ donne au salarié le choix de « demander au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant ». L'évolution de la jurisprudence restreint cette option (arrêt Voisin⁴⁸) : la Cour suprême dénie au salarié le droit de s'opposer à la poursuite de son contrat de travail « lorsque le

⁴³ Cass. soc., 21 févr. 1990, n° 86-41.951 à 86-41.953

⁴⁴ Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 90-40.798, 90-40.882

⁴⁵ Cass. soc., 23 janv. 1985, n° 83-42.134

⁴⁶ Cass. soc., 20 janv. 1998 : JCP G 1998, II, 10027, rapp. Ph. Waquet

⁴⁷ Cass. soc., 20 mars 2002 : Bull. civ. 2002, V, n° 94 ; JCP E 2002, I, 1764, n° 3, obs. P. Morvan

⁴⁸ Cass. soc., 11 mars 2003 : Bull. civ. 2003, V, n° 86 ; JCP G 2004, I, 145, n° 5, obs. P. Morvan

cessionnaire l'informe, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail ».

L'entreprise cessionnaire doit respecter la priorité de réembauchage dont bénéficient, sous certaines conditions, les salariés licenciés pour motif économique par le cédant. Ils doivent, pour cela, avoir été affectés à l'entité transférée.

Le contrat de travail d'un salarié détaché, tout comme le contrat de travail suspendu pour quelque cause que ce soit sont en cours au sens de l'article L. 122-12.

Un autre critère d'application de l'art. L. 122-12 du Code du travail est l'affectation du salarié à l'entité économique transférée. L'effet translatif produit par l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail ne s'applique qu'aux contrats des travailleurs affectés à l'entité économique qui fait l'objet de la modification et non ceux affectés à un autre établissement ou une autre branche d'activité de l'entreprise.

Les contrats de travail des salariés englobés dans le transfert d'entreprise sont cédés par l'effet de la loi (*ex lege*) mais également par voie d'accessoire (*accessorium sequitur principale*), le principal étant ici l'entité économique cédée. Le contrat de travail se poursuit de plein droit et par le seul effet de la loi avec le nouvel employeur, à partir de la date du transfert de l'entité économique. La transmission des contrats de travail résultant du jeu de l'article L. 122-12 n'est pas assimilée à un licenciement, donc il n'y a pas une obligation de respect des formalités protectrices des représentants du personnel. Quant à l'obligation d'information des salariés sur leur futur transfert, la Cour de Cassation a affirmé que l'art. L. 122-12 n'institue aucune obligation en ce sens⁴⁹.

Une fois transférés au nouvel employeur, les salariés conservent leur ancienneté et leur salaire. Mais l'ancien employeur n'est pas tenu de laisser à la disposition du salarié un logement, lui appartenant, après le transfert de son contrat de travail. Il appartient toutefois au salarié d'en tirer les conséquences à l'égard du nouvel employeur

⁴⁹ Cass. soc., 14 déc. 1999, n° E 97-43011 : « Attendu, enfin, que les dispositions de l'article L. 122-12 n'obligent pas l'employeur à informer le salarié de la cession de l'entreprise dans laquelle il était employé »

s'il estime que son contrat a été modifié⁵⁰. De même, la cession légale des contrats de travail n'est pas assortie d'une garantie de maintien d'emploi. Des licenciements sont envisageables, tant avant qu'après le transfert, dès lors que ce dernier ne constitue pas le motif de la rupture. Mais, en pratique, seuls des licenciements postérieurs peuvent échapper à une déclaration d'illégalité⁵¹. Dans les contrats d'externalisation, le prestataire peut s'engager à maintenir les employés pendant au moins une période, mais une telle clause aura des répercussions sur le prix des services du prestataire. En effet, la mutualisation signifie une productivité accrue, donc moins de salariés (ou moins d'heures de travail) pour la même activité.

Quand les conditions légales ne sont pas remplies en matière du transfert d'une entité économique, les parties peuvent prévoir l'application volontaire de l'art. L. 122-12 du Code du travail. Mais en vertu du caractère d'ordre public de ce texte, un tel pacte n'a d'effet qu'entre les employeurs successifs et demeure inopposable aux tiers, parmi lesquels on compte également les salariés. Par exception, son contenu favorable aux salariés pourra lui conférer la nature d'une stipulation pour autrui, au sens de l'article 1121 du Code civil, au bénéfice de ces derniers.

Ainsi, le transfert conventionnel des contrats de travail en dehors des prévisions de l'article L. 122-12 du Code du travail requiert l'accord exprès du salarié concerné : « le principe selon lequel, lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail du salarié ne peut s'opérer qu'avec son accord exprès, ayant été édicté dans le seul intérêt du salarié, sa méconnaissance ne peut être invoquée que par celui-ci »⁵².

Dès lors, l'application volontaire des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail produit, en matière de relations individuelles de travail, les mêmes effets que l'application légale de ce texte.

⁵⁰ Cass. soc., 20 mars 1997, n° 95-17470, Bulletin civil 1997 V N° 119 p. 85, JCP G 1997 N° 19-20 IV N° 1019 p. 159

⁵¹ Patrick Morvan, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 19-52 : TRANSFERT D'ENTREPRISE - Effets. Relations individuelles

⁵² Cass. soc., 12 déc. 2001, n° 99-45921, sélectionné

Le refus du salarié d'accepter le transfert se traduit par un licenciement pour motif économique. En revanche, si l'entreprise est tenue par un accord collectif ou par autre engagements d'informer les salariés par rapport à leur évolution future en tenant compte du projet d'externalisation, le défaut d'une telle procédure rend sans cause réelle et sérieuse un licenciement motivé par le seul refus du salarié de passer au service du nouveau titulaire du marché⁵³.

Le transfert de personnel d'une entreprise à une autre peut générer, outre que des complications en droit du travail, une perte de savoir-faire pour l'entreprise cédante. Le départ des salariés spécialisés, comme c'est le cas du contrat d'infogérance, accroît le risque de dépendance envers le prestataire. En fin du contrat d'infogérance, le client sera peut-être amené à former une nouvelle équipe s'il souhaite reprendre l'activité en interne. La perte de savoir-faire pourra être compensée par la formation d'une équipe de suivi, qui sera le lien entre le client et le prestataire, et qui conservera toutes les informations nécessaires. L'obligation du prestataire de garder la confidentialité des informations ainsi reçues sera traitée dans la partie consacrée à l'exécution du contrat.

⁵³ Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-40.863, Bull. civ. 2003, V, n° 95 : « Mais attendu qu'après avoir relevé que l'obligation faite à l'employeur sortant, par l'article 2.3 de l'accord collectif du 18 octobre 1995, relatif à la conservation des effectifs qualifiés et à la préservation de l'emploi dans le secteur des entreprises de préventions et de sécurité, d'informer individuellement chaque salarié de sa situation à venir, a pour objet de permettre au salarié concerné de prendre sa décision en connaissance de cause, la cour d'appel a exactement énoncé que cette procédure d'information conventionnelle, préalable et personnelle, constituait une garantie de fond accordée aux salariés et que son inobservation avait pour effet de rendre sans cause réelle et sérieuse un licenciement motivé par le seul refus du salarié de passer au service du nouveau titulaire du marché »

B. Les conditions de validité du contrat

L'article 1108 du Code civil pose les quatre conditions générales pour qu'une convention soit valide : « Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation. » Le contrat d'infogérance est un contrat consensuel, donc aucune forme n'est nécessaire pour le rendre valide. Nous allons analyser les quatre conditions posées par l'art. 1108 du Code civil par rapport aux contrats d'infogérance.

1. Le consentement

Le consentement suppose la rencontre des deux volontés qui se manifeste par une offre et une acceptation.

L'expression du consentement est la même que pour la plupart des contrats. Dans le domaine des prestations informatiques on peut rencontrer plus fréquemment une forme liée à la complexité du domaine : l'acceptation sous réserve. Comme nous avons déjà analysé les types de réserve possibles dont seule les réserves objectives sont capables de garder le caractère juridique de l'offre, nous renvoyons au chapitre concernant la sélection du partenaire.

Le consentement des parties doit être libre et éclairé. L'article 1109 du Code civil dispose qu' « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Dans un tel cas, le consentement est vicié et le contrat est annulable. L'une des parties peut avoir été victime d'un dol ou d'une violence. Quand il n'y a pas de rencontre sur la chose et le prix, on parle d'erreur-obstacle. Bien qu'il y ait eu rencontre, l'un des contractants peut

avoir une idée fautive ou inexacte d'un des éléments du contrat. Il faut alors savoir s'il s'agit bien d'une erreur sur la substance ou sur les qualités substantielles.

Quand il n'y a pas de rencontre sur la nature, la cause ou l'objet (la prestation ou le prix) du contrat, on parle d'erreur obstacle. Dans une affaire opposant un prestataire de service chargé de la gestion d'un fichier et son client, la Cour d'appel de Paris parle de « malentendu fondamental » entre les parties exclusif de l'existence même du contrat, (notion proche de l'erreur obstacle). Dans cette espèce⁵⁴ le fournisseur réclamait un prix exorbitant, après l'envoi, pendant cinq mois, des factures à un prix inférieur. Avant d'appliquer ou d'interpréter le contrat, il est nécessaire de s'assurer qu'il existe, c'est-à-dire qu'il soit indiscutable que les parties se soient réellement engagées sur le prix. Or dans l'espèce citée ci-dessus, il apparaît que les parties se seraient trompées à plusieurs reprises sur l'application du contrat, ce qui exclut l'existence même du contrat.

L'erreur sur la substance ou sur les qualités substantielles de l'objet est une cause de nullité de la convention (art. 1110 du Code civil). La jurisprudence mentionne l'obligation d'information du professionnel en informatique : « Attendu qu'en ne prenant pas en considération la nécessaire spécificité des besoins de la SARL Saint Erige, en ne lui donnant pas, dans un domaine complexe et sur un produit aux possibilités variées, les informations dont elle avait besoin pour exercer valablement un choix, la Société Azur Informatique a manqué à son obligation de renseignement et de conseil ; [...] qu'il s'en déduit que le consentement de la SARL Saint Erige a été entaché d'une erreur portant sur les qualités substantielles de la chose... »⁵⁵. Mais le client qui a des compétences techniques spécifiques ne peut pas invoquer l'erreur sur la substance : « Considérant, en conséquence, que la compétence de la société Axiome et de son gérant en matière d'électronique est incontestable et que ce dernier n'a pas pu commettre une erreur sur les qualités substantielles du matériel par lui acquis, alors que certains éléments au moins de la transformation de celui-ci, l'adjonction de périphériques et la substitution de disques durs aux disquettes, devaient attirer son attention, ce qui est le

⁵⁴ Cour d'appel de Paris, 16e ch. A, 9 mai 1984, SA Gestion Service c/ Fiat, Juris-Data n° 1984-022457, cité dans Isabelle de Lamberterie, JurisClasseur Communication, Fasc. 4510 : CONTRATS INFORMATIQUES, par. 16

⁵⁵ Cour d'appel d'Aix en Provence, 7 mai 1992, Civ. 8e, Sté Azur Informatique c/ SARL Saint Erige

cas puisqu'il a obtenu une réduction conséquente de 40.000 FF à 30.000 FF du prix demandé par voie d'annonce... »⁵⁶.

Dans les contrats ayant pour objet une prestation informatique on peut prendre en compte la violence en raison de la dépendance économique. Pourtant, s'agissant d'un domaine avec des fortes implications techniques, la violence de type économique peut être traité comme une affaire concernant l'obligation d'information du prestataire. De même pour le dol, si on rajoute l'intention de tromper.

Mais la violence en raison de la dépendance économique peut être analysée également du point de vue du droit de la concurrence. L'abus de position dominante peut entraîner l'acceptation forcée des services. L'article 86 du Traité de Rome (*devenu Traité CE, art. 82*) et son correspondant en droit interne, l'article L. 420-2 du Code de commerce, ont pour objectif de s'attacher à la définition de la notion de position dominante. À la différence du droit communautaire, le droit interne présente l'originalité de faire cohabiter les notions d'exploitation abusive d'une position dominante (notion présente en droit communautaire) et d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (notion inconnue en droit communautaire). La problématique de l'acceptation forcée dans les contrats informatiques est présente dans deux situations : soit le prestataire l'impose par la voie contractuelle, soit les spécificités des produits vendus sont de telle nature que personne d'autre que le vendeur ne peut assurer la maintenance. Dans le premier cas, l'analyse de l'acceptation peut entraîner une annulation pour vice de consentement. Dans le deuxième cas, les clauses contractuelles doivent prévoir les possibilités pour le client de sortir de l'état de dépendance (par exemple, la remise des sources pour les logiciels spécifiques créés à sa commande).

Le dol⁵⁷ est défini dans l'article 1116, alinéa 1, du Code civil : « une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont

⁵⁶ Cour d'appel de Versailles, 25 févr. 1988, 12^e ch., Sté Axiome c/ Sté Lert

⁵⁷ **La réticence dolosive** est une forme de dol qu'on pourrait facilement imaginer entraîner la nullité du contrat. C'est un vice du consentement suppose un manque de transparence et donc implicitement un défaut d'information.

telles qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». Pour qu'il y ait dol, il faut nécessairement une intention de tromper. Dans la négociation d'un contrat d'infogérance, le dol peut intervenir lors de l'analyse des besoins du client. Pour cette raison c'est très important que l'audit interne soit effectué par un expert indépendant ou par les spécialistes des deux parties. Les négociations sont assez récurrentes pendant l'exécution du contrat (clause de *hardship*) donc il est conseillé de garder des spécialistes dans l'organisation interne du client. Les circonstances seront appréciées par le juge en cas de litige, sachant que le dol, pour être pris en compte, doit être déterminant et que ce caractère déterminant doit être apprécié par rapport aux compétences et capacités réelles de la victime. Donc plus on a des compétences informatiques internes, moins on pourra invoquer le dol pour annuler le contrat. De même pour les publicités mensongères, quand la capacité trompeuse du message est appréciée en rapportant les détails techniques fournis aux capacités réelles de la victime de les analyser. Il faut noter aussi que le dol doit émaner du cocontractant, mais la Cour de Cassation a admis que les manoeuvres dolosives commises par un tiers, lorsqu'elles portent sur la substance même du contrat, peuvent entraîner son annulation⁵⁸.

2. La capacité des parties

La capacité des parties n'a pas posé des difficultés particulières dans le secteur de l'informatique. Notre démarche se limitera alors aux considérations générales regardant la capacité de contracter des personnes morales, en espèce des sociétés commerciales.

La personnalité morale de sociétés commerciales est attribuée par le législateur, qui prévoit expressément les conditions de son attribution. A partir de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, la société acquiert la personne morale et dispose de sa pleine capacité (article L. 210-6 du Code de commerce). Mais

⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, n° P 94-15729

pour agir dans la vie des affaires, la société doit être représentée par une personne physique (représentant légal ou mandataire désigné à cet effet).

La fonction de représentation est obligatoire dans toutes les formes de personnes morales. La loi détermine l'organe habilité à représenter la personne morale, ce qui est le cas dans les sociétés commerciales

D'un point de vue pratique, la détermination de la personne habilitée à représenter la société est fondamentale puisqu'elle permet aux tiers, notamment par vérification au RCS, de savoir si leur cocontractant a la capacité d'engager la société.

En principe, la société peut faire tout ce qui entre dans son objet social. Dans toutes les sociétés, l'organe dirigeant suprême doit avoir été régulièrement nommé. Il peut déléguer ses pouvoirs ou sa signature. Régulièrement désigné, le représentant engage la société par tous ses actes, y compris ceux qui dépassent l'objet social dans les SARL et sociétés par actions.

Selon le type de société, le représentant de la société doit être une personne physique (SARL, SA sociétés civiles, etc.) ou peut être une personne morale, elle même représentée par une personne physique (SNC, société en commandite, SAS), qui est soumise aux mêmes conditions et aux mêmes responsabilités que le dirigeant personne physique.

Pour pouvoir accéder aux fonctions de direction et représenter la société, une personne doit disposer de la pleine capacité civile et ne subir aucune interdiction ou limitation de pouvoirs en considération notamment de la nature de son activité professionnelle.

2. La cause

L'article 1131 du Code civil précise que « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Généralement, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant. La cause doit exister lors de la formation du contrat, même si elle n'est pas exprimée (art. 1132 du code civil : « La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée »). Ensuite, l'article 1133 précise que « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

La cause d'un contrat d'infogérance est, pour le client, de transférer la gestion de son service informatique pour bénéficier de services spécialisés et moins chères. Pour le prestataire, la cause est d'obtenir le prix de sa prestation.

Sachant que le contrat d'externalisation peut avoir des implications majeures sur le plan social de l'entreprise cliente, on pourra s'interroger sur l'éventualité de frauder la loi en externalisant un service juste pour pouvoir éloigner des salariés, surtout quand il s'agit des employés protégés, dont le contrat est transféré aussi automatiquement en application de l'article L. 122-12 du Code du travail. La jurisprudence n'a jamais annulé un contrat d'infogérance pour cause illicite, mais elle a sanctionné l'entreprise externalisatrice pour manquement aux obligations prévues par les textes régissant le transfert du personnel.

4. L'objet du contrat

La prestation, objet du contrat d'externalisation informatique, doit être déterminée au moins quant à son espèce. Cette exigence, qui s'impose à tous les contrats, a pour but de soustraire l'une des parties à l'arbitraire de l'autre et permet d'apprécier s'il y a eu ou non exécution du contrat. La définition de l'objet est depuis l'émergence du marché de l'informatique une source de malentendus, de conflits et de contentieux et le plus souvent la définition imprécise de l'objet provient d'une mauvaise analyse du besoin dans la phase précontractuelle.

Pour déterminer l'objet, il faut une analyse des objectifs et des besoins du futur client. L'audit informatique de la phase précontractuelle et l'élaboration du cahier des charges sont censés à définir l'étendue des services demandés. Sans ces éléments, la jurisprudence fait jouer l'obligation d'information du prestataire face au client « sont mal informés en la matière »⁵⁹. L'obligation d'information est composée d'une obligation de renseigner le client, de le mettre en garde (sur les éventuelles incompatibilités, par exemple), et de demander des informations au client pour mieux lui répondre. Le devoir d'information affaiblit dans le cas où le client sollicite une prestation spécifique dont il donne les détails. De même, le prestataire n'est pas obligé de renseigner le client sur les produits et services concurrents. Le client doit, lui aussi, s'informer sur ses besoins spécifiques. Le devoir de conseil a pour corollaire une certaine coopération ou collaboration du client qui doit prendre toutes les informations concernant le produit qui lui est proposé et préciser les éléments et paramètres de sa demande.

L'objet de l'obligation du client, la somme d'argent, est la contrepartie de l'objet qui lui est fourni par son cocontractant. La fixation du prix est aussi un moyen d'éviter des malentendus et des litiges. L'une des questions essentielles est, comme pour la prestation, celle de la détermination du prix.

⁵⁹ Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-19173, Société Capdevielle SA et autres c/ Société Game Ingénierie et autres, Juris-Data n° 1996-005530

Sachant que dans le contrat d'infogérance il s'agit d'une obligation de faire, la détermination du prix est différente de l'obligation de donner. La Cour de Cassation, dans un arrêt rendu le 22 janvier 1991, affirme que la détermination du prix n'est une condition de validité que pour les obligations de donner. En conséquence, un contrat qui contient une obligation de faire n'est pas concerné par les articles 1129 et 1591 du Code civil⁶⁰. De plus, en l'absence de fixation du prix dans un contrat de louage d'ouvrage dont l'existence n'est pas contestée, la Cour d'appel apprécie souverainement la rémunération des prestations fournies en fonction des circonstances de la cause⁶¹.

Du point de vue pratique, le prix d'un contrat d'infogérance comporte deux parties : une composante liée au transfert du service vers le prestataire et une composante liée à l'exécution du contrat. Pour le transfert, en général on déduit la valeur des actifs transférés au prestataire. Quant à leur valeur, il y a deux possibilités de calcul : soit on envisage le prix du marché de l'occasion, soit on prend en compte la valeur amortie.

Le prix de la prestation peut être ensuite déterminé soit d'une manière globale forfaitaire, pour une prestation stable et parfaitement définie, soit sur la base des unités d'œuvre qui tiennent compte de ressources mobilisées et consommées (la durée de l'intervention, les ressources humaines et matérielles etc.). Les prestations comprises dans le prix forfaitaire doivent être énumérées, pour un plus de clarté dans le contrat. L'inconvénient de ce type de calcul est la non inclusion des éventuelles évolutions techniques, qui ensuite doivent être négociées séparément.

La maîtrise des coûts d'infogérance est difficile, parce que la technique connaît une évolution rapide. Le prix forfaitaire peut être révisé annuellement, selon un indice d'indexation. La règle générale est l'impossibilité de modifier le contrat même si les conditions de sa formation ne sont plus valables. Mais un contrat d'infogérance est un partenariat à long terme, et pour assurer une bonne exécution il faut le dresser d'une manière flexible. Les contractants peuvent prévoir l'apparition d'un déséquilibre des prestations et vouloir s'en prémunir grâce aux clauses d'indexation, de sauvegarde, de *benchmarking* ou de *hardship*.

⁶⁰ Cass. com., 22 janv. 1991, n° 88-15961, Baumgartner c/ Ouest Abri, JCP G 1991, n° 11, IV, p. 107

⁶¹ Cass. civ. 3^e, 24 janv. 1978, n° 76-12056, Bull. civ. 3, n° 49

Les clauses de sauvegarde engagent les parties à renégocier leur contrat si des circonstances extérieures provoquent de graves déséquilibres entre les prestations. Le juge ou un arbitre peuvent déclarer le contrat caduc dans l'éventualité où les parties n'arriveraient à aucun accord, voire se montreraient rétives à toute négociation.

En l'absence de prévision contractuelle, le droit civil demeure insensible à la prise en compte de déséquilibres apparus avec le temps. Le juge refuse toute révision du contrat en cas d'imprévision au nom de la force obligatoire des contrats, même lorsque les obligations deviennent iniques. La jurisprudence établie par le célèbre arrêt Canal de Craponne⁶² ne connaît que peu de dissidences⁶³.

La clause de *benchmarking* permet au client de comparer le prix des services fournis par son prestataire avec ceux qui lui seraient consenti, pour des services équivalents, par des prestataires concurrent. Si le résultat de l'étude de *benchmarking* fait apparaître un écart de prix trop important (plus de 10% par exemple), l'infogérant sera tenu de s'aligner, faute de quoi le client pourra résilier le contrat. Simple dans son principe, cette clause est difficile à mettre en œuvre dans tous les cas. Le *benchmarking* est adapté en général aux situations simples et aux prestations facilement individualisables : dès lors que le service est sophistiqué et les prestations très imbriquées, il est extrêmement difficile d'en obtenir des cotations réalistes de la part de tiers, qui auront un intérêt à minimiser leurs prix dans le cadre d'une telle réponse.

Quant à la clause de *hardship*, elle offre aux parties la possibilité de se rapprocher pour négocier lorsque les circonstances économiques, financières ou législatives modifient l'économie des rapports contractuels dans une mesure telle que l'exécution du contrat devient très préjudiciable à l'une des parties. Une clause de *hardship* permettra d'encadrer avec précision les conditions dans lesquelles les parties s'obligent mutuellement à discuter l'économie du contrat⁶⁴.

⁶² Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne : S. 1876, I, p. 161

⁶³ Véronique WESTER-OUISSÉ, *La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer*, JCP G n° 4, 24 Janvier 2001, I 290

⁶⁴ Isabelle Renard, *L'externalisation, contrat du troisième type*, JDNet Solutions, article disponible à l'adresse http://solutions.journaldunet.com/0303/030327_juridique.shtml

Deuxième partie

L'exécution du contrat

Une fois le contrat entré en vigueur, les obligations des parties prennent effet⁶⁵. Si le contrat peut prévoir une date antérieure ou postérieure à sa signature pour l'entrée en vigueur, ses effets vont au-delà de sa fin, notamment pour des raisons de confidentialité et de concurrence déloyale.

La durée du contrat est essentielle pour les deux parties. Le prestataire doit récupérer les investissements (transfert des actifs, évolution du matériel et des logiciels), et le client doit avoir le temps nécessaire pour évaluer le gain de productivité. L'externalisation ayant un début plutôt coûteux, les bénéfices sont visibles généralement à long terme. En pratique, la règle est de conclure un contrat à durée déterminée de trois à cinq ans, avec la possibilité de reconduction (tacite ou expresse) et de sortie anticipée du contrat. Il ne faut pas écarter de notre étude le contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, les parties peuvent lui mettre fin moyennant un préavis nécessaire pour assurer sa réversibilité.

Des difficultés peuvent survenir lors d'un contrat mixte, c'est-à-dire initialement à durée déterminée mais avec une reconduction qui le transforme en contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, les possibilités de sortir du contrat sont différentes selon le moment choisi : jusqu'au terme initial on applique les règles du contrat à durée déterminée, et dans la deuxième étape celles du contrat à durée indéterminée.

⁶⁵ Nous rappelons que même pendant la phase précontractuelle les parties sont tenues de respecter l'obligation générale de bonne foi. Or, les obligations dérivées de l'obligation de bonne foi précontractuelle sont : l'obligation de coopération, l'obligation d'information et de conseil. En plus, les parties ont négocié en respectant l'obligation de confidentialité.

Si le contrat est à durée déterminée, mais sans clause de reconduction tacite ou expresse, une reconduction « de fait » est difficile à évaluer par rapport à sa durée.

Quant à la date d'entrée en vigueur du contrat, en principe elle est la même que la date de sa signature. Néanmoins, les parties peuvent prévoir une date antérieure ou postérieure à la signature, en fonction de leurs intérêts.

Ainsi, dans le cas où les prestations ont commencé avant la signature du contrat, les parties peuvent prévoir une date rétroactive d'entrée en vigueur. Le motif de cette clause est l'engagement de la responsabilité des parties pour les prestations effectuées. Par contre, il faut distinguer entre l'entrée en vigueur rétroactive et l'antidatage, qui peut signifier une volonté de fraude.

Prévoir une date postérieure d'entrée en vigueur signifie de conditionner l'exécution du contrat à la réalisation de certaines conditions. Par exemple, si l'audit informatique interne n'est pas fini et les parties attendent les estimations de l'expert, on peut prévoir la renégociation de certaines clauses dans le cas où les estimations initiales ne sont pas confirmées. Un autre exemple est fourni par les difficultés à prévoir dans le transfert des licences d'utilisation des logiciels du client au prestataire. Une clause suspensive pourra prévoir la nullité du contrat faute de l'accord des titulaires sur les logiciels en cause.

A. Les obligations des parties

Les parties dans un contrat d'infogérance ont des obligations contractuelles et légales. De même, le prestataire et le client ont tant des obligations spécifiques que des obligations communes (collaboration, confidentialité). L'obligation de confidentialité sera analysée dans le cadre de l'obligation de sécurité du prestataire ; en revanche,

l'obligation de collaboration concerne plus le client, étant la réponse à l'obligation du prestataire de le tenir informé de l'évolution du contrat.

La connaissance de la teneur de chaque obligation est essentielle afin d'établir la responsabilité contractuelle. D'habitude, l'obligation principale du contrat d'infogérance est une obligation de résultat, mais le contrat peut toujours prévoir autrement. Certaines obligations légales sont nécessairement des obligations de résultat, comme c'est le cas de l'obligation de déclaration des fichiers de traitement de données personnelles à la CNIL. D'autres obligations, comme c'est le cas de l'obligation de sécurité, sont des obligations de moyens, mais le contrat peut les transformer en obligations de résultat, en les assortissant avec une clause limitative de risques et une assurance.

1. Les obligations du prestataire

Pendant l'exécution du contrat, le prestataire a des obligations spécifiques de conseil, de sécurité, et d'exécuter la prestation conformément aux performances et délais précisés.

L'obligation de conseil pendant l'exécution du contrat n'est pas différente de celle de la phase précontractuelle. L'objet de cette obligation portera, en revanche, plutôt sur les éventuelles évolutions de la solution du point de vue technique, mais les conditions de l'exécution de l'obligation restent les mêmes.

Selon leur qualification, les obligations du prestataire sont des obligations de résultat ou des obligations de moyens. L'intérêt de la distinction entre obligations de moyens et de résultat réside dans le mode de détermination de la responsabilité du débiteur d'une obligation et du droit à réparation qui en découle pour le créancier de cette obligation. Une obligation de moyens ne peut mettre en jeu la responsabilité du débiteur que si le créancier prouve que ce dernier a commis une faute en n'utilisant pas tous les moyens prévus. En revanche, l'existence d'une obligation de résultat permet au

créancier de mettre en jeu la responsabilité du débiteur par la simple constatation que les résultats promis n'ont pas été atteints, sans avoir à prouver une faute.

Cette distinction, qui repose sur les articles 1137 et 1147 du Code civil, apparaît étroitement liée à la nature de l'obligation en cause : obligation de donner, de ne pas faire ou de faire, selon la distinction des droits positifs prévus à l'article 1101 du Code civil. Dans les deux premiers cas, l'obligation de résultat s'imposerait, le débat étant largement ouvert lors d'une inexécution d'une obligation de faire.

En l'absence d'une détermination précise de référentiel qui justifie la différence de régime, la jurisprudence se réfère généralement à deux critères : la volonté contractuelle des parties et la nature du contrat (contrat de vente, contrat de louage d'ouvrage, etc.).

Ainsi, dans un contrat d'infogérance, l'obligation essentielle du prestataire consiste à exploiter le système informatique pour le client.

Si cette obligation est qualifiée de résultat, cela signifie que le prestataire doit assurer au client la disponibilité d'un système informatique performant et conforme aux stipulations contractuelles. A défaut, une présomption de responsabilité pèsera sur le prestataire d'infogérance. A l'inverse, lorsqu'une obligation est qualifiée de moyens, le prestataire s'engage simplement à mettre tous les moyens contractuels en œuvre pour parvenir aux engagements de résultats déterminés au contrat. A défaut d'obtenir ceux-ci, et s'il a correctement exécuté son travail, il ne sera pas présumé responsable ; sa responsabilité pourra être engagée si le client prouve que le prestataire n'a pas effectué son travail dans les règles de l'art.

a. L'obligation de sécurité

La sécurité constitue un élément essentiel du fonctionnement des systèmes d'information. Leur fiabilité ne peut être obtenue que par le respect des contraintes de sécurité tant au plan technique que juridique. Sur le plan technique, la sécurité peut être assurée par l'emploi des technologies les plus performantes. Sur le plan juridique, elle sera garantie par l'application de sanctions spécifiques telles que celles prévues par le

Code pénal sur la fraude informatique. Sur le plan organisationnel, le prestataire doit s'assurer de l'engagement de confidentialité des salariés et commettants.

La sécurité des systèmes d'information s'entend en particulier de leur disponibilité, de l'intégrité des données et des applications, de leur authentification et de leur confidentialité. Dans un montage d'infogérance, le prestataire doit s'assurer que ses systèmes et le service qu'il offre à son client satisfont à ces objectifs. L'enjeu est majeur pour le client qui, en cas de sinistre, se verra empêché de réaliser le traitement qu'il souhaite, voire subir des conséquences négatives suite à la disparition de certaines données ou à la rupture de leur confidentialité.

La sécurité des systèmes informatiques est une exigence fondamentale pour le client. Le prestataire doit mettre tout en œuvre pour assurer au mieux cette sécurité (sauvegarde et archivage périodiques des données, assurer la mise à jour des logiciels, contrôler l'accès physique aux installations, prendre les mesures nécessaires pour éviter les incendies, les inondations ou tout autre désastre, etc.)

L'obligation de sécurité peut être qualifiée de moyens ou de résultat par la volonté des parties. Une qualification en tant qu'obligation de résultat facilite la tâche du client, mais en revanche le prestataire sera dans une position délicate, sachant que faire la preuve en matière informatique coûte cher. Au contraire, la définir comme une obligation de moyens est une option plus équilibrée, parce que le client doit faire la preuve que le prestataire n'a pas mis en œuvre toutes les moyens nécessaires pour assurer la sécurité. Le prestataire, quant à lui, est rassuré pour la situation d'une attaque informatique dont l'auteur est difficile à identifier. Une solution convenable sera aussi de convenir une responsabilité de résultat, mais avec un plafond des dédommagements. Le prestataire pourra anticipé ainsi son risque et contracter une assurance.

Par rapport aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, le prestataire doit respecter les consignes du client, qui assume l'entière responsabilité. Tout traitement en dehors du contrat d'infogérance attire la responsabilité du prestataire au titre des articles 226-16 et suiv. du Code pénal.

b. L'obligation d'exécuter la prestation conformément aux performances et délais précisés

L'obligation essentielle du prestataire dans un contrat d'infogérance est de fournir, dans les délais prévus, les résultats fixés contractuellement. Il est tenu, selon l'AFNOR⁶⁶, d'assurer la disponibilité des moyens informatiques (matériels et logiciels) au service du client en fonction des normes et standards définis au contrat, de l'obsolescence ou le manque de maîtrise d'un procédé, de la compatibilité des composants matériels ou logiciels, des coûts d'extension, de remplacement et de maintenance des dispositifs, des possibilités d'évolution ou de partage du système d'information, de l'éventualité d'une réversibilité.

Assurer l'évolution de la solution

Dans le cadre de ses prestations, le prestataire devra assurer l'évolution du système. Il s'agit de deux types d'évolution : une évolution nécessaire par rapport aux changements de besoin du client, et une évolution requiert soit par l'évolution de la technique, soit par des réglementations spécifiques. Si une telle étape n'est pas prévue dans le contrat, une solution par rapport aux coûts et délais pourra être trouvée par le biais de la collaboration dont les deux parties sont débiteurs. Le prestataire doit informer le client sur les changements dans « l'état de l'art » ou de réglementation.

Si le prestataire assure la maintenance corrective ou évolutive des logiciels du client, plusieurs problèmes peuvent surgir. D'abord, le prestataire doit être obligé par contrat de transmettre au client les droits sur les modifications apportés, et aussi les sources. Si le prestataire a pris la charge d'un progiciel dont ni lui, ni le client n'ont le droit de le modifier, le prestataire pourra se subroger dans les droits de son client en relation avec l'éditeur. Dans tous les cas, le client doit avoir accès aux sources, et c'est possible seulement par voie contractuelle. La réalisation d'un logiciel spécifique

⁶⁶ Norme expérimentale XP Z67-801-2 Octobre 1995 Traitement de l'information - Référentiel d'infogérance – Partie 2 : Spécification de mise en œuvre du service, p. 12

n'entraîne pas la cession automatique des droits au profit du commanditaire, ni l'obligation pour le développeur de lui remettre les codes source, pourtant indispensables à la correction des erreurs⁶⁷.

Fournir les codes source des logiciels développés pour le client

L'accès aux codes sources est important aussi à des fins de contrôle des comptabilités informatisées ou pour tout autre calcul des cotisations. Ainsi, le *Décret n° 2005-278 du 24 mars 2005 relatif aux ressources de la Caisse nationale des industries électriques et gazières*, dans son art. 8, précise que « En application des dispositions de l'article R. 243-14 du Code de la sécurité sociale et sans préjudice de la déclaration adressée aux organismes du régime général, tout employeur devant acquitter des cotisations à la Caisse nationale des industries électriques et gazières est tenu d'adresser à celle-ci, au plus tard le 31 janvier de chaque année, une déclaration. ». Ensuite, l'article 9 prévoit les modalités de contrôle : « Le contrôle de la contribution tarifaire porte sur l'ensemble des informations, données et traitements informatiques qui concourent directement ou indirectement à la détermination de l'assiette et du montant de la contribution tarifaire ainsi qu'à l'élaboration des déclarations prévues à l'article 7 du présent décret et à la justification des éléments qu'elles contiennent. Les redevables sont tenus de présenter aux agents de la caisse chargés du contrôle tout document qui concourt ou justifie la détermination de l'assiette ou du montant de la contribution tarifaire et de permettre l'accès à tout support d'information qui leur est demandé pour permettre le contrôle de la contribution tarifaire. »⁶⁸

L' *Arrêté du 16 décembre 2003 portant homologation des règlements n° 2003-01, n° 2003-02, n° 2003-03 et n° 2003-04 du Comité de la réglementation comptable* va encore plus loin, en stipulant dans l'annexe « Plan comptable des organismes de placement collectif des valeurs mobilières », art. L. 361-3, que « L'organisation de la comptabilité tenue au

⁶⁷ Marc-Antoine LEDIEU, Logiciel spécifique, correction des erreurs et codessource : les tribulations d'un Français au paradis offshore du développement de logiciel, Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2004, Etude 21

⁶⁸ Journal Officiel 27 Mars 2005

moyen de systèmes informatisés implique l'accès à la documentation relative aux analyses, à la programmation et à l'exécution des traitements, en vue, notamment, de procéder aux tests nécessaires à la vérification des conditions d'enregistrement et de conservation des écritures. »

Une instruction du 24 décembre 1996⁶⁹ mentionnait la nécessité pour le contribuable, par rapport aux contrôles liés à la comptabilité, d'assurer l'accès à la documentation citée et notamment aux codes sources des programmes. Lorsque la comptabilité est confiée à un prestataire extérieur à l'entreprise, celle-ci doit s'assurer que les documents, données et traitements, pourront être accessibles et consultables sur le territoire français⁷⁰. L'entreprise utilisatrice doit prévoir les modalités d'accès de l'administration au code source des programmes, et ce même si elle utilise un progiciel comptable du marché.

A cette fin, il est important de négocier contractuellement le dépôt des programmes sources à l'Agence pour la protection des programmes, ou à un notaire, avec possibilité d'accès en cas de défaillance du créateur, mais également en cas d'obligations légales.

Dans le cadre d'un contrat d'infogérance, les obligations relatives au contrôle des comptabilités informatisées sont à la charge du client et non du fournisseur. Cependant, l'informatique ayant été transférée, le prestataire doit procurer son assistance au client lors du contrôle et lui communiquer tous les documents nécessaires à sa réalisation.

A défaut, sa responsabilité pourrait être engagée. Il convient donc de prévoir dans le contrat des clauses relatives à la conservation et la communication de la documentation informatique, au dépôt des sources auprès d'un organisme dépositaire et à l'assistance en cas de contrôle.

⁶⁹ Instruction de l'administration fiscale (DGI) du 24 décembre 1996 sur le Contrôle des comptabilités informatisées, BOI 13 L-9-96, citée dans Alain Bensoussan, Isabelle Demnard-Tellier, Jean-François Forgeron, *op. cit.*, p. 110

⁷⁰ Sur les difficultés liés à l'offshoring, voir Marc-Antoine Ledieu, *op. cit.*

Assurer des interventions sur le site du client

Pendant l'exécution du contrat, le prestataire pourrait être sollicité par le client de lui envoyer des salariés sur place pour assurer le bon déroulement du projet. Si une telle obligation est prévue dans le contrat, le prestataire doit éviter de se placer dans le champ d'application de la loi pénale. L'interdiction du marchandage est placée sous la dépendance de la prohibition générale posée à l'article L. 125-3 du Code du travail, à savoir l'interdiction pénalement sanctionnée par l'article L. 152-2 du Code du travail de toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre.

Deux infractions doivent donc être distinguées, même si les conditions de leur réalisation sont pour partie communes : le délit de prêt de main d'oeuvre illicite (Code du travail, art. L. 125-3) et le délit de marchandage (Code du travail, art. L. 125-1).

Conformément à l'article L. 125-3 du Code du travail, « toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'oeuvre est interdite ». Deux conditions sont posées pour que le délit soit constitué : l'opération doit avoir un but lucratif ; l'objet de l'opération doit être exclusivement le prêt de main-d'oeuvre. L'article L. 125-1 du Code du travail relatif au marchandage prévoit que « toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié détaché ou d'éluider l'application des dispositions de la loi, du règlement ou de convention ou d'accord collectif de travail, est interdite » (et pénalement sanctionnée par l'article L. 152-3 du Code du travail).

L'opération est interdite dès lors que son objet est exclusivement un prêt de main-d'oeuvre. Le prêt de main-d'oeuvre ne deviendra licite que s'il est englobé dans un objet plus vaste, plus précisément s'il est la conséquence nécessaire de la réalisation d'une autre prestation.

Tel est fréquemment le cas lorsque des sociétés de conseil et de services en informatique doivent nécessairement déléguer auprès de la clientèle leur propre personnel dont elles assurent la formation technique. Encourt la cassation l'arrêt qui a condamné le président du directoire d'une société pour réalisation d'opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'oeuvre, en violation des dispositions

du Code du travail réglementant le travail temporaire, sans répondre aux conclusions du prévenu faisant valoir que les contrats litigieux étaient en réalité des contrats de prestation de services, s'agissant d'une société de services et de conseils en informatique dont l'une des activités essentielles l'obligeait à déléguer son personnel auprès de sa clientèle afin de contrôler, en liaison avec l'utilisateur, les opérations effectuées en vue de l'exécution des programmes prévus, de donner des suggestions et conseils et d'assumer les corrections nécessaires, alors que les juges du fond avaient l'obligation de rechercher par tous moyens la véritable nature des conventions intervenues entre les parties⁷¹.

Un indice retenu par les tribunaux est évidemment celui tiré de la nature du service rendu par la société prestataire.

L'opération est illicite s'il n'apparaît pas que l'entreprise fournisseuse de main-d'œuvre doit accomplir un travail déterminé qui implique pour sa réalisation, et à titre accessoire seulement, la présence de ses salariés chez le client. Le prestataire est chargé de l'exécution d'une tâche nettement définie. Dans un contrat conclu entre une société de conseil et de services en informatique et une société dotée d'un centre informatique, contrat ayant pour objet la prise en charge, par la société de conseil en informatique, durant une période déterminée, de la production du centre informatique du client, deux pupitreurs de la société de conseil en informatique ont effectué des travaux qui excluaient toute subordination hiérarchique vis à vis de la société cliente. Les travaux reposaient sur un impératif technique indispensable à la réalisation correcte des opérations informatisées, étant insusceptibles d'être assimilés à des fournitures de main d'œuvre⁷².

La licéité de l'opération suppose en général que le prestataire s'engage à une obligation de résultat, donc que la mission soit clairement circonscrite⁷³. D'autres éléments qui peuvent conduire les juges à appliquer la loi relative au prêt de main d'œuvre illicite sont : les stipulations du contrat, les liens existants entre les sociétés en

⁷¹ Cass. crim., 7 févr. 1984, n° 82-94131, Bull. crim. 1984, n° 46

⁷² CA Paris, 11^e ch., 7 mars 1984 : Juris-Data n° 1984-022817

⁷³ Arnaud Teissier, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 3-20 : PRÊT DE MAIN-D'ŒUVRE, par. 27

cause, une spécificité propre à l'entreprise prestataire, la situation du personnel de la société cliente.

Mais pour les prestations intellectuelles, il faut introduire une nuance dans le raisonnement. Ainsi, une société informatique avait mis quatre salariés à la disposition d'un constructeur automobile en vue de leur participation à un programme de recherche. Les juges du fond avaient retenu l'infraction car la société d'informatique n'assurait ni la définition, ni l'exécution, ni la responsabilité du programme. De plus, les relations contractuelles entre les deux entreprises « n'étaient pas caractéristiques d'un programme à façon, le seul prêt de main-d'oeuvre y étant expressément prévu ». La Cour de cassation a exercé sa censure⁷⁴ en relevant que l'une des caractéristiques d'une société de conseil en informatique est de déléguer ses salariés auprès de sa clientèle et d'assurer la formation technique du personnel de l'entreprise cliente. Cette activité « d'accompagnement intellectuel » nécessitait donc une autre approche que celle habituellement adoptée par les juges du fond pour les autres types d'activités.

La responsabilité du prestataire pour les prestations techniques

Pour maintenir les performances du service et le niveau de qualité, un test type *benchmarking* pourrait être effectué régulièrement. Une clause de type *Service Level Agreement* (convention sur le niveau de qualité) permet aussi d'apprécier le niveau de service par rapport à des performances et à la qualité du service prévues dans le plan d'assurance qualité. Des indicateurs sont ainsi définis que l'on compare périodiquement avec une valeur de référence convenue entre les parties. Ce type de clause, ainsi que le *benchmarking*, donnent à l'obligation principale du prestataire le caractère d'obligation de résultat. L'obligation peut être renforcée avec des clauses pénales pour les retards ou les indisponibilités constatés.

La responsabilité du prestataire pour les dommages provoqués au client par sa faute est limitée par l'art. 1151 du Code civil à ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. En application de ce principe, le juge décidera lequel préjudice est directe et lequel ne l'est pas. Dans la pratique, les prestataires essayent

⁷⁴ Cass. crim., 7 févr. 1984, préc.

d'imposer dans les contrats des clauses qui définissent les préjudices indirects. Abusivement, des préjudices comme « le perte d'exploitation », « le perte de clientèle », ou « le préjudice d'image » sont inclus, dans le contrat, parmi les préjudices indirectes. Néanmoins, il est aujourd'hui possible de remettre en cause la validité de ces clauses devant les tribunaux. En effet, une clause limitant de façon excessive la responsabilité du prestataire revient à priver d'effet l'obligation essentielle du contrat, et doit donc être écartée.

La jurisprudence, depuis l'arrêt Chronopost de 22 octobre 1996⁷⁵, a pu se prononcer dans une espèce d'externalisation informatique. La société Sécurinfor, qui avait conclu un contrat de maintenance du matériel informatique commercialisé par une autre société, s'était engagée à intervenir sur le site de sa cliente dans un délai de « 48 heures chrono ». Reprochant à la société Sécurinfor d'avoir failli à cette obligation en ne répondant pas à une demande d'intervention, la société cliente l'a assignée en paiement de dommages et intérêts et s'est vu opposer une clause limitative de responsabilité. Les juges du fond, toutefois, ont refusé d'en faire application et sont en cela approuvés par la Cour de cassation d'avoir « fait l'exacte application de l'article 1131 du Code civil en retenant, pour écarter la clause limitative de responsabilité dont se prévalait la société Sécurinfor, qu'une telle clause revenait à priver d'effet l'obligation essentielle souscrite par cette société »⁷⁶.

Dans le cas des obligations de résultat, une telle clause limitative de responsabilité est incompatible avec les intentions mêmes des parties.

⁷⁵ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, SA Banchereau c/ Sté Chronopost Bull. civ. IV, n° 261 ; JCP E 1997, II, 924, note J.-K. Adom ; Cass. com., 9 juillet 2002, Sté Chronopost c/ SA Banchereau, Juris-Data n° 2002-015210, JCP G, n° 46, 13 Novembre 2002, II 10176, note Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU

⁷⁶ Cass. com., 17 juillet 2001, n° 98-15678 ; Sté Sécurinfor c/ Sté AC Timer et a. (arrêt n° 1426 F-D), Juris-Data n° 2001-015054

L'obligation de non-concurrence

Le prestataire pourra solliciter, et le prestataire accepter dans le contrat, de ne pas partager les ressources du prestataire avec un concurrent. Le transfert du système informatique du client chez le prestataire entraîne un transfert d'information et de savoir-faire. Le prestataire, comme on a vu, est tenu de respecter la confidentialité. Mais si le prestataire fournit le même service à deux entreprises avec le même objet d'activité, le transfert de savoir-faire de l'une pourra profiter à l'autre. Pour cette raison, le client peut solliciter l'insertion dans le contrat d'une clause qui limite la liberté du prestataire. Comme en droit du travail, cette clause pourra garder l'efficacité après la cession du contrat.

1. Les obligations du client

Le client est obligé, premièrement, de payer le prix – contrepartie de la prestation principale du prestataire. Mais il a aussi une obligation de collaboration, corollaire de l'obligation d'information du partenaire. En fonction de la spécificité des traitements de données dont il a besoin, le client pourra être obligé de respecter la loi en matière de données à caractère personnel.

a. L'obligation de payer le prix

Le client doit payer le prix, tel que déterminé dans la phase précontractuelle ou pendant les ajustements de parcours. Il est envisageable de payer en avance au début du contrat, pour des raisons liées aux coûts très élevés lors du transfert du système.

En général il n'y a pas de difficultés liées au paiement du prix. Dans la jurisprudence, la succession de prestataires dans le domaine informatique a été

mentionnée par rapport à un contrat conclu *intuitu personae*. Le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du contractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a souscrit. Le locataire d'un matériel informatique a demandé de mettre fin au contrat de location et de maintenance qui le liait à une société spécialisée, à la suite de la mise en liquidation des biens de celle-ci et à la décision du syndic de transférer les contrats à une autre entreprise. Cette dernière a réclamé au locataire le paiement de l'indemnité contractuelle de résiliation. Une cour d'appel a accueilli la demande. La cour a décidé à bon droit qu'ayant, sans réserve, poursuivi l'exécution du contrat après la mise en liquidation des biens de la société originaire et même sollicité l'autorisation des services techniques de la nouvelle entreprise, elle avait, par le fait même, manifesté d'une façon non équivoque sa volonté d'accepter la cession du contrat à un tiers⁷⁷.

Lorsque le prestataire n'exécute pas ses propres obligations, sa demande en paiement perd sa cause. Dans ce cas, il faut bien analyser le contenu exact de la prestation. Le fait que le client ne sollicite pas le prestataire pendant une période assez longue ne justifie pas son refus de paiement, lorsque l'obligation du prestataire est de maintenir une équipe toujours prête pour intervention⁷⁸.

b. L'obligation de collaboration

L'obligation de collaboration que l'on rencontre dans la plupart des contrats informatiques se retrouve aussi dans le contrat d'externalisation. Elle est, la plupart du temps, formalisée dans une clause du contrat. Le client doit faciliter la tâche du prestataire dans toute la mesure de ses moyens ; il doit notamment lui donner toutes les documentations et renseignements possibles.

L'obligation de collaboration est « l'expression positive du fait exonératoire que le droit commun connaît sous le nom de faute de la victime. Ne pas collaborer lorsque

⁷⁷ Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, Bull. civ. 1992 IV n° 3

⁷⁸ Cour d'appel Paris, 12 mai 1989, Sté industrielle de mécanique et de matériel d'équipement c/ Sté TRT TI, Juris-Data n° 021971

l'on y est tenu, c'est commettre une faute de nature à alléger, voire même à supprimer, la responsabilité du mainteneur.» On observera néanmoins que le contentieux ne fournit pas d'exemples de clients entravant l'intervention du mainteneur ce qui s'explique assez par la nécessité dans laquelle se trouvent les clients de voir leur système reprendre du service⁷⁹.

La collaboration peut prendre des formes diverses. A l'extrême on trouve les « contrats relationnels »⁸⁰, en effet plutôt un partenariat qu'un contrat avec des clauses claires de responsabilité des parties. L'histoire de l'externalisation informatique ne connaît pas beaucoup de succès avec cet outil, mais il est resté célèbre celui d'Eastman Kodak en collaboration avec IBM.

Quatre ans après la signature d'un contrat d'externalisation de l'informatique très médiatisé, Eastman Kodak qualifiait sa relation avec IBM de « véritable partenariat ».

La gestion de la relation entre les deux partenaires reposait sur plusieurs mécanismes. Un comité de direction formé de cadres dirigeants d'Eastman Kodak et d'IBM traitait les aspects les plus stratégiques de la relation et faisait le point deux fois par an. Un comité de coordination traitant les aspects plus tactiques de la relation se réunissait une fois par mois. Une équipe de cinq personnes chargée de la gestion du contrat travaillait en permanence sur la mise à jour du contrat. En l'espace de quatre ans, douze amendements ont été intégrés au contrat. Alors que le contrat d'origine portait exclusivement sur les États-Unis et le Canada, il a été étendu au Japon, à l'Allemagne, à la France, au Royaume-Uni, au Mexique et au Brésil.

La principale difficulté a été de maintenir l'esprit de partenariat initial. En effet, deux DSI se sont succédé chez Eastman Kodak depuis la signature du contrat. La quasi-totalité du comité de coordination a également été remplacée. Idem du côté de chez IBM, où la totalité de l'équipe présente lors du démarrage a été remplacée. Par conséquent, un effort important a été fait pour resserrer les liens et maintenir un esprit de collaboration.

⁷⁹ Philippe GAUDRAT, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 2460, CONTRATS INFORMATIQUES - Maintenance de matériels et de logiciels, par. 45

⁸⁰ Jérôme Barthélémy, *Stratégies d'externalisation*, Dunod, Paris, 2001, p. 111

Lorsque des tensions surgissaient, les deux partenaires ont toujours réussi à en discuter pour aboutir à un compromis. Les relations personnelles entre les managers des deux partenaires jouent un rôle essentiel à ce moment-là.

Enfin, il faut souligner que les juristes ont également joué un rôle très important dans le succès de l'opération d'externalisation. Même si l'objectif est de ne pas recourir au contrat après sa signature, il est indispensable de disposer d'une base contractuelle solide et régulièrement révisée⁸¹.

c. Les obligations par rapport au traitement automatisé des données à caractère personnel

La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 a apporté des modifications importantes à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Parmi les modifications, le nouveau régime d'autorisations délivrées par la CNIL pour certains traitements mis en oeuvre dans le secteur privé est particulièrement intéressant pour le contrat d'infogérance. En revanche, la réduction des formalités préalables impliquera un accroissement des contrôles a posteriori. L'institution des « correspondants à la protection des données à caractère personnel », prévue aux nouveaux articles 22 et 67 de la loi du 6 janvier 1978, modifiée, est aussi une des grandes innovations législatives. Elle a été inspirée de l'expérience allemande, qui résulte de 30 années de pratique⁸².

Les traitements non soumis à l'autorisation préalable et pour lesquels un « correspondant à la protection des données » a été désigné sont exonérés de déclaration préalable auprès de la CNIL. Une exception est prévue en cas de transfert des données à destination d'un État non membre de la Communauté européenne, ce

⁸¹ McFarlan et Nolan R., *How to manage an IT outsourcing alliance*, *Sloan Management Review*, hiver 1995, 9-22, citée dans Jérôme Barthélémy, *op. cit.*, p. 116

⁸² Alex Türk, *Loi du 6 août 2004. Présentation générale de la loi*, Communication Commerce électronique, 2005, Etude n° 4

que peut être le cas de certains contrats d'externalisation informatique, concernant plutôt le développement des logiciels.

L'article 25 de la loi modifiée définit les huit catégories de traitements qui sont soumis à autorisation préalable de la CNIL soit en raison de la nature des données traitées, soit compte tenu de la finalité de ces traitements.

La novation de ce régime d'autorisation à l'égard du secteur privé n'est pas absolument totale dans la mesure où la loi bioéthique du 1er juillet 1994 avait déjà confié à la CNIL le pouvoir d'autoriser les « traitements automatisés de données nominatives ayant pour finalité la recherche dans le domaine de la santé ».⁸³

Selon l'article 25 de la loi, pour les traitements soumis à autorisation préalable, la CNIL est compétente pour :

1° Les traitements de données sensibles réalisés par l'INSEE ou un service de statistiques ministériel après avis du Conseil national des informations statistiques ou appelés à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation reconnu conforme à la loi par la CNIL, ou justifiés par l'intérêt public ;

2° les traitements automatisés portant sur des données génétiques (sauf ceux mis en oeuvre par des médecins ou des biologistes qui sont nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou de traitements) ;

3° les traitements portant sur des données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté (sauf si mis en oeuvre par les auxiliaires de justice pour les besoins de leurs missions de défense des personnes concernées) ;

4° les traitements automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire ;

5° les traitements automatisés ayant pour objet l'interconnexion de fichiers relevant d'une ou de plusieurs personnes morales gérant un service public et dont les finalités correspondent à des intérêts publics différents, l'interconnexion de fichiers relevant d'autres personnes et dont les finalités principales sont différentes ;

⁸³ Sophie Nerbonne, *Loi du 6 août 2004. Régime d'autorisation pour le secteur privé*, Communication Commerce électronique, 2005, Etude n° 5

6° les traitements portant sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques et ceux qui requièrent une consultation de ce répertoire sans inclure le numéro d'inscription à celui-ci des personnes ;

7° les traitements automatisés de données comportant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes ;

8° les traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes.

Une procédure d'allégement et de simplification en matière d'autorisation est dès lors envisagée par la loi à l'instar de ce que prévoit l'article 24 qui permet à la CNIL d'édicter des normes simplifiées ou des normes d'exonération destinée à simplifier l'obligation de déclaration au bénéfice des organismes mettant en oeuvre des traitements de données à caractère personnel courants qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés. Dans ces hypothèses, un simple engagement de conformité ou la simple prise de connaissance d'une norme d'exonération suffit en lieu et place de la constitution d'un dossier complet de déclaration. Cette application facilitera la vie des responsables de traitement (le client dans notre cas), sachant que exactement les opérations courantes sont le plus externalisées.

Le problème de la responsabilité du gestionnaire des fichiers a été tranché par la jurisprudence. Ainsi, un jugement du Tribunal de police de Paris⁸⁴ du 4 décembre 2003 précise certains éléments quant au rôle des organismes chargés de la gestion des listes de mauvais payeurs. En effet, ceux-ci ne sont pas directement responsables des données qu'ils détiennent. Un abonné avait appris au cours d'un conflit l'opposant à la société Orange son inscription sur l'une de ces listes « noires » gérées par le GIE Préventel, groupement créé par les grands opérateurs de téléphonie mobile. Il a alors décidé de porter plainte contre Préventel. Les chefs d'accusation étaient les suivants : recueil sans information préalable d'informations nominatives et opposition à l'exercice du droit d'accès et de rectification de ces données. Pour le juge, le rôle des organismes

⁸⁴ Disponible à l'adresse : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1021

gérant des listes noires se limite à la centralisation des informations. Les actions devaient donc être dirigées à l'encontre des opérateurs, seuls responsables de l'utilisation des données nominatives de leurs clients.

Dans sa rédaction ancienne⁸⁵, aux termes des dispositions de l'article 29 et sous les sanctions de l'article 42 de la loi du 6 janvier 1978 devenu l'article 226-17 du Code pénal toute personne ordonnant ou effectuant un traitement d'informations nominatives s'engage de ce fait, vis-à-vis des personnes concernées, à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés. L'article 29 accorde sa protection non seulement aux personnes faisant l'objet du traitement d'informations nominatives mais encore à toutes celles qui peuvent être directement ou indirectement concernées par l'exploitation de ce traitement. Doit être approuvée la cour d'appel qui, pour condamner le maître d'un fichier pour défaut de précaution dans le traitement des informations contenues dans celui-ci, relève que le prévenu avait collecté des renseignements relatifs à des « mauvais payeurs », en s'abstenant systématiquement d'enregistrer le lieu de naissance de ces personnes, créant ainsi un préjudice à tous les homonymes concernés.

S'agissant de la sécurité et de la confidentialité des données, la CNIL recommande aujourd'hui une gestion rigoureuse des habilitations et des contrôles d'accès des employés chargés de la gestion des fichiers, à charge pour les responsables des fichiers de définir une politique de journalisation et de gestion des mots de passe (chiffrement des données). Par ailleurs, seule l'inscription des personnes identifiées avec certitude doit être possible : doivent être collectés avec les Nom/Prénoms, les dates et lieu de naissance (pour éviter les risques d'homonymie). Une politique de communication sera aussi développée par la CNIL, en application du nouvel article 11 : ma Commission doit informer toutes les personnes concernées et tous les responsables de traitements de leurs droits et obligations. Avec ce dispositif, des situations comme celle traitée par la Cour de Cassation dans son arrêt de 19 décembre 1995, précité, seront peut-être évitées.

⁸⁵ Application dans l'arrêt de la Cass. crim., 19 déc. 1995, n° 94-81431, Bull. crim. 1995, n° 387

La directive européenne⁸⁶ transposée par la loi de 6 août 2004 a eu pour objectif essentiel de permettre une libre circulation des données personnelles à l'intérieur du territoire de l'Union, et de contrer les créations de « paradis de données » à l'extérieur. Avec des États extérieurs, ayant adopté une législation également protectrice, la libre circulation a également été admise, mais avec quelques restrictions. Avec les autres États, notamment les États-Unis, diverses mesures ont été adoptées pour éviter le blocage du commerce international des données ; notamment, le consentement des intéressés permet de lever l'essentiel des barrières. Et ce n'est que très subsidiairement que s'applique l'interdiction de transfert de données sans garanties légales, ou contractuelles.

Il résulte des articles 17 de la directive et 35 de la loi française qu'en cas de sous-traitance, le sous-traitant doit respecter les obligations prévues par la législation de l'État sur le territoire duquel il est établi. C'est donc la notion d'établissement qui détermine à l'intérieur de l'Union européenne quelle est la loi nationale applicable ; étant entendu que le respect de plusieurs législations nationales doit être, au surplus, assuré, en cas de multiplicité de localisations des traitements.

La localisation des équipements ne peut, dès lors, influencer sur la détermination de la loi applicable que lorsque l'établissement est situé hors du territoire de l'Union européenne, ou lorsque selon les règles générales de solutions des conflits de lois, une des lois d'un État lié par la directive s'applique.

Ces dispositions tendent à exclure en principe, tout conflit entre lois européennes au sein de l'Union. Tout au moins, aucune considération d'un ordre public purement national ne semble, a priori, pouvoir être opposée par les juridictions d'un État membre de l'Union européenne à l'application de la législation d'un autre État membre.

Selon les dispositions du paragraphe 1, alinéa c, de l'article 4 de la directive, dès lors que des moyens de traitement sont utilisés sur le territoire d'un État de l'Union européenne par une entreprise établie dans un pays extérieur à cette Union, pour la collecte, la transmission ou la mise en forme de données personnelles, la loi nationale

⁸⁶ Directive 95/46/CE 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

de cet État européen s'applique (sauf l'hypothèse d'opérations de pur transit). Ce principe est repris expressément par la nouvelle législation française.

Beaucoup plus drastiquement encore, la directive énonce, en son article 26 un principe d'interdiction des transferts « vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement » postérieur. De nombreuses exceptions sont prévues : un niveau de protection « adéquat » (la directive) ou « suffisant » (la loi française), et le consentement exprès de la personne concernée.

La personne qui autorise une exportation de ses données nominatives ne peut renoncer à la vigilance de la CNIL sur les pratiques de son partenaire importateur, ni à la reconnaissance de ses propres droits d'accès, de rectification et d'opposition à des utilisations imprévues, ou excessives, ni à la confidentialité des données, ni au respect des finalités originaires. Une telle renonciation, inefficace en droit interne, ne peut avoir davantage d'effet dans le commerce international, régi à cet égard par une loi de police.⁸⁷

⁸⁷ Pierre Leclercq, *Loi du 6 août 2004. Les transferts internationaux de données personnelles*, Communication Commerce électronique, 2005, Etude n° 8

B. La fin du contrat

En fonction des dispositions contractuelles, la durée de l'engagement est soit déterminée, soit indéterminée. Des formules mixtes sont possibles, avec une durée déterminée en début du contrat, transformé en engagement avec durée indéterminée. En fonction du type de contrat, différentes possibilités de lui mettre fin sont envisageables (1). Il ne faut pas écarter les situations de résiliation à l'issue de certaines phases clé du contrat (la transition, par exemple). Le prestataire doit, après l'écoulement du préavis si nécessaire, assurer la réversibilité du système sur le site du client, ou sa transférabilité, si le client choisit de poursuivre avec un autre cocontractant (2).

1. Les possibilités de sortie du contrat

Dans les contrats à durée déterminée, la non reconduction tacite ou expresse signifie la fin du contrat. Néanmoins, les parties doivent s'informer de leur intention de ne pas continuer le projet ensemble, dans un préavis, habituellement prévu dans le contrat, mais qui doit être raisonnable par rapport à la complexité des opérations.

Dans les contrats à durée indéterminée, un mécanisme de préavis respectant le même principe doit être mis en place.

Des difficultés sont rencontrées dans le cas de sorties anticipées du contrat à durée déterminée. D'habitude, le paiement d'une indemnité d'arrêt peut être prévu dans le contrat pour le cas de résiliation unilatérale. Parfois, les prestataires incluent dans le contrat des clauses qui empêchent la résiliation unilatérale pour changer de

prestataire, mais seulement pour reprendre l'activité en interne. Une telle clause peut être considérée comme anticoncurrentielle.

La résiliation peut être demandée par l'une des parties sur le fondement d'un manquement grave de la part de son cocontractant. Dans ce cas, la fin du contrat peut être prononcée soit par les tribunaux (résiliation judiciaire), soit peut intervenir de plein droit lorsque le contrat contient une clause de résiliation stipulée de manière expresse de plein droit. Une telle clause doit pouvoir être interprétée de manière non équivoque. Des autres clauses du contrat, comme c'est le cas d'une obligation de médiation, peuvent retarder l'application d'une résiliation de plein droit. Pour que la réversibilité du projet ne soit pas affectée, le contrat doit aussi prévoir les détails de cette dernière étape dans les circonstances d'une sortie rapide du contrat.

Un cas particulier est la résiliation à l'issue d'une phase clé du contrat. Le document peut préciser que, si les testes effectués sur le site du prestataire ne donnent pas les résultats attendus, le client pourra résilier le contrat.

Le contrat d'infogérance *intuitu personae* a pour but de ne pas confier ses données à un prestataire qui est, en effet, une filiale d'un concurrent du client. Dans ce cas, le changement de propriétaire chez le prestataire peut entraîner la résiliation du contrat.

2. La réversibilité

La réversibilité n'est pas vraiment utilisée pour réintégrer les systèmes informatiques sur le site du client. Plutôt, la procédure envisage le changement du prestataire, opération qui sera beaucoup moins chère par rapport aux investissements nécessaires de la part du client pour reconstruire de zéro un système informatique avec, en plus, une équipe nouvelle.

Plusieurs problèmes peuvent surgir dans la phase de réversibilité. Ainsi, il faut établir du début qui va supporter les coûts du procès. Sachant que le contrat initial est

fini et un nouveau contrat, avec un nouveau prestataire, vient d'être signé, il faut établir les responsabilités des parties dans le nouvel contexte.

Normalement, si le prestataire est coupable pour la résiliation du contrat, il sera obligé de supporter les dépenses de la réversibilité. Pareil, si la faute du client est à l'origine de la fin du contrat. Si, dans des situations normales, le contrat prend fin comme prévu, les prestations effectuées pendant la réversibilité seront considérées comme d'habitude à la charge du client. Pour éviter tout conflit relatif au prix de la prestation pendant la réversibilité, il est conseillé de prévoir dans le contrat le périmètre et le coût des prestations.

Quant à la responsabilité des parties pendant la réversibilité, il faut préciser que cette étape fait partie du cadre contractuel initial. Le nouveau contrat, signé avant le début du basculement, devra prendre en compte la situation initiale. Le devoir d'information du nouveau prestataire portera sur la transférabilité du système plutôt que sur son externalisation.

Les actifs corporels et incorporels transférés au premier prestataire seront également transférés au deuxième, dans les conditions prévues pour toute externalisation. Les droits d'utilisation des logiciels développés par le premier prestataire et qui n'ont pas été conçus spécifiquement pour le client, mais qui lui sont maintenant nécessaires, devront être acquis. Le client, conseillé par le nouveau prestataire, doit s'assurer que le système qu'il obtient de son ancien prestataire est fonctionnel compte tenu de l'évolution de la technique pendant toute la durée du contrat.

Conclusion

Le contrat d'externalisation informatique est un instrument juridique très complexe, appelé à répondre aux besoins accrus de compétitivité de la part des entreprises, dans un environnement global. L'infogérance est un projet qui fait appel à des compétences et ressources diverses, opérationnelles, juridiques et financières.

L'externalisation de l'informatique connaît aujourd'hui une forte croissance, notamment avec des prestataires internationaux. Le développement de l'Internet favorise le transfert rapide des données et facilite la prise des décisions.

Même si le phénomène de l'externalisation en général, et celui de l'informatique en spécial, peuvent paraître novateurs, le principe qui est à leur base a été formulé par Adam Smith à la fin du XVIII^e siècle : la division du travail. En effet, c'est ça la logique qu'il faut avoir dans son esprit avant de dresser un projet d'externalisation.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

- ***
- LUCAS, André
- MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent
- MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe
- TEYSSIE, Bernard
- VIVANT, Michel, BILON, Jean-Louis
- Black's Law Dictionary, 7th edition, West Group 1999
 - Code civil, Litec 2005
 - Contrats spéciaux, Cujas, 14^e éd., 2001/2002
 - Les obligations, Defrénois, 2004
 - Code du travail, Litec 2004
 - Code de la propriété intellectuelle, Litec 2005

Ouvrages de spécialité :

- LAIGLE, Pierre
- LE TOURNEAU, Philippe
- CHAMPENOIS, Alain
- Dictionnaire de l'infogérance, Hermes Science Publications, Paris 2000
 - Contrats informatiques et électroniques, 3^e éd., Dalloz 2004
 - Infogérance. Externalisation des systèmes d'information, Masson, Paris 1997

- BENSOUSSAN, Alain, - Le Facilities Management et le droit, 3^e éd.,
 DEMNARD-TELLIER, Hermès Science Publications, Paris 2000
 Isabelle, FORGERON, Jean-
 François
 BARTHELEMY, Jérôme - Stratégies d'externalisation, Dunod, Paris, 2001
 RENARD, Isabelle - Externaliser Pourquoi - Comment ? Éditions
 d'Organisation, Paris 2004

Articles :

- BEY, El-Mokhtar - JurisClasseur Contrats - Distribution > Fasc. 2640 :
 LOCATION FINANCIÈRE
- CROSS, John - IT outsourcing: British Petroleum's competitive approach,
 Harvard Business Review, mai-juin 1995
- DE LAMBERTERIE, - JurisClasseur Communication, Fasc. 4510 : CONTRATS
 Isabelle INFORMATIQUES
- DEFAZIO, Giancarlo - Outsourcing : notion et aspects juridiques, phases
 contractuelles, EGPA 2004 Annual Conference
- GAUDRAT, Philippe - JurisClasseur Contrats – Distribution, Fasc. 2460,
 CONTRATS INFORMATIQUES - Maintenance de
 matériels et de logiciels
- GIBIRILA, Deen - Louage d'ouvrage et d'industrie – Contrat d'entreprise,
 Encyclopédie JurisClasseur Code civil, fasc. 10
- LECLERCQ, Pierre - Loi du 6 août 2004. Les transferts internationaux de données
 personnelles, Communication Commerce électronique, 2005,
 Etude n° 8
- LEDIEU, - Logiciel spécifique, correction des erreurs et codes source :
 Marc-Antoine les tribulations d'un Français au paradis offshore du
 développement de logiciel, Communication Commerce
 électronique n° 7, Juillet 2004, Etude 21

- McFarlan et Nolan R - How to manage an IT outsourcing alliance, Sloan Management Review, hiver 1995, 9-22
- MORVAN, Patrick - JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 19-50 : TRANSFERT D'ENTREPRISE - Conditions d'application
- MORVAN, Patrick - JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 19-52 : TRANSFERT D'ENTREPRISE - Effets. Relations individuelles
- NERBONNE, Sophie - Loi du 6 août 2004. Régime d'autorisation pour le secteur privé, Communication Commerce électronique, 2005, Etude n° 5
- RENARD, Isabelle - L'externalisation, contrat du troisième type, JDNet Solutions, article disponible à l'adresse http://solutions.journaldunet.com/0303/030327_juridique.shtml
- TEISSIER, Arnaud - JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 3-20 : PRÊT DE MAIN-D'ŒUVRE
- TÜRK, Alex - Loi du 6 août 2004. Présentation générale de la loi, Communication Commerce électronique, 2005, Etude n° 4
- WESTER-OUISSE, Véronique - La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP G n° 4, 24 Janvier 2001, I 290

Jurisprudence :

- 6 mars 1876 - Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne : S. 1876, I, p. 161
- 27 avr. 1976 - Cass. 1^{re} civ., N° de pourvoi : 74-14436
- 24 janv. 1978 - Cass. civ. 3^e, 24 janv. 1978, n° 76-12056, Bull. civ. 3, n° 49
- 13 mars 1979 - Cass. civ. 3^e, 13 mars 1979, JCP, 79, IV, 174
- 7 févr. 1984 - Cass. crim., 7 févr. 1984, n° 82-94131, Bull. crim. 1984, n° 46
- 7 mars 1984 - Cour d'appel de Paris, 11^e ch., 7 mars 1984 : Juris-Data n° 1984-022817

- 9 mai 1984 - Cour d'appel de Paris, 16e ch. A, 9 mai 1984, SA Gestion Service c/ Fiat, Juris-Data n° 1984-022457
- 23 janv. 1985 - Cass. soc., 23 janv. 1985, n° 83-42.134
- 14 mai 1985 - Cass. com. 14 mai 1985, Bull. civ., IV, n° 149
- 15 avr. 1986 - Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1986 : JCP E 1986, II, 15514
- 28 avr. 1987 - Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987, Société Abonnement téléphonique c/ Société Pigranel : JCP G 1987, II, 20893, note G. Paisant
- 25 févr. 1988 - Cour d'appel de Versailles, 25 févr. 1988, 12^e ch., Sté Axiome c/ Sté Lert
- 12 mai 1989 - Cour d'appel Paris, 12 mai 1989, Sté industrielle de mécanique et de matériel d'équipement c/ Sté TRT TI, Juris-Data n° 021971
- 21 févr. 1990 - Cass. soc., 21 févr. 1990, n° 86-41.951 à 86-41.953
- 16 mars 1990 - Cass. Ass. plén., 16 mars 1990, D. 1990, jurispr. p. 305, 1^{re} et 2^e esp., note A. Lyon-Caen
- 22 janv. 1991 - Cass. com., 22 janv. 1991, n° 88-15961, Baumgartner c/ Ouest Abri, JCP G 1991, n° 11, IV, p. 107
- 1^{er} oct. 1991 - Cass. com., 1^{er} oct. 1991, N° 90-10.455
- 6 nov. 1991 - Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 90-40.798, 90-40.882
- 7 janv. 1992 - Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, Bull. civ. 1992 IV n° 3
- 7 mai 1992 - Cour d'appel d'Aix en Provence, 7 mai 1992, Civ. 8^e, Sté Azur Informatique c/ SARL Saint Erige
- 22 juin 1993 - Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44705
- 3 janv. 1995 - Cass. com., N° 92-20.735
- 19 déc. 1995 - Cass. crim., 19 déc. 1995, n° 94-81431, Bull. crim. 1995, n° 387
- 30 janv. 1996 - Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1996, Sté Crédit de l'Est c/ Sté André Bernis Lattitude et a. : Gaz. Pal. 1996, 2, pan. jurispr. p. 229 ; V. aussi L. Leveneur, Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives : Contrats, conc., consom. 1996, chron. n° 4
- 12 mars 1996 - Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-19173, Société Capdevielle SA et autres c/ Société Game Ingénierie et autres, Juris-Data n° 1996-005530

- 3 juillet 1996 - Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, n° P 94-15729
- 22 oct. 1996 - Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, SA Banchereau c/ Sté Chronopost Bull. civ. IV, n° 261 ; JCP E 1997, II, 924, note J.-K. Adom
- 11 mars 1997 - CJCE, 11 mars 1997, aff. C 13/95, Ayse Süzen, point 15 : Rec. CJCE 1997, p. 1259
- 20 mars 1997 - Cass. soc., 20 mars 1997, n° 95-17470, Bulletin civil 1997 V N° 119 p. 85, JCP G 1997 N° 19-20 IV N° 1019 p. 159
- 20 janv. 1998 - Cass. soc., 20 janv. 1998 : JCP G 1998, II, 10027, rapp. Ph. Waquet
- 19 juin 1998 - TC Nanterre, 1^{re} ch., 19 juin 1998, n° 97 F-01972
- 7 juillet 1998 - Cass. soc. 7 juillet 1998, Publié au Bulletin, V, n° 363
- 7 juillet 1998 - Cass. soc., Bull. civ. V, n° 363
- 14 déc. 1999 - Cass. soc., 14 déc. 1999, n° E 97-43011
- 18 juillet 2000 - Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 99-13.976 et 98-18.037
- 25 janv. 2001 - CJCE, 25 janv. 2001, Oy Liikenne Ab, aff. C 172/99 : Rec. CJCE 2001, p. 745
- 8 février 2001 - Cour d'appel de Versailles, n° 60 du 8 février 2001, 12^e ch. sect. 2, Ambassade Package c/ Métrologie France
- 6 mars 2001 - Cass. com., 6 mars 2001 ; Sté Alcatel câble France c/ Cie d'études, de réalisations et d'installations de systèmes (Coris) et a., Juris-Data n° 009355, JCP G 2001, II 10564, comm. Françoise LABARTHE
- 15 mai 2001 - Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2001, n° 99-17132, Optelec
- 17 juillet 2001 - Cass. com., 17 juillet 2001, n° 98-15678 ; Sté Sécurinfor c/ Sté AC Timer et a. (arrêt n° 1426 F-D), Juris-Data n° 2001-015054
- 12 déc. 2001 - Cass. soc., 12 déc. 2001, n° 99-45921, sélectionné
- 23 janv. 2002 - Cass. soc., 23 janv. 2002, n° 99-46245, Inédit, M. Albert Cohen c/ Sté Orfèvrerie Christofle, société anonyme
- 25 janv. 2002 - Cour de appel de Paris, Sté Marben GL c/Sté Cap Gemini, Comm. com, électr. 2002, n° 87, obs. L. Grynbaum
- 20 mars 2002 - Cass. soc., 20 mars 2002 : Bull. civ. 2002, V, n° 94 ; JCP E 2002, I, 1764, n° 3, obs. P. Morvan

- 9 juillet 2002 - Cass. com., 9 juillet 2002, Sté Chronopost c/ SA Banchereau, Juris-Data n° 2002-015210, JCP G, n° 46, 13 Novembre 2002, II 10176, note Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU
- 11 mars 2003 - Cass. soc., 11 mars 2003 : Bull. civ. 2003, V, n° 86 ; JCP G 2004, I, 145, n° 5, obs. P. Morvan
- 11 mars 2003 - Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-40.863, Bull. civ. 2003, V, n° 95
- 26 nov. 2003 - Cass. com. 26 nov. 2003, n° 00-10243, n° 00-10949, Sté Alain Manoukian c/ Cts Wajsfiz et alii, JurisData n° 2003-021243, Communication – Commerce Electronique 2004, comm. 31 par Philippe Stoffel-Munck
- 4 déc. 2003 - Tribunal de police de Paris du 4 décembre 2003, Disponible à l'adresse : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1021
- 28 janv. 2004 - Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.102, inédit
- 26 mai 2004 - Cass. soc., n° 02-17642, Comité d'entreprise de l'Unité économique et sociale EMAP France et autres c/ société EMAP France, société anonyme et autres

Sommaire

Plan.....	2
Introduction.....	3
Première partie. La formation du contrat.....	16
<u>A. La phase précontractuelle</u>	<u>16</u>
1. Offre	17
a. L’audit interne.....	17
b. La sélection du partenaire.....	21
Le cahier des charges	21
L’offre.....	22
2. Les pourparlers.....	24
a. La valeur juridique des pourparlers	24
Les pourparlers contractuels.....	24
Les pourparlers non contractuels.....	26
b. La liberté de contracter	28
Droit de la concurrence.....	29
Le transfert des actifs corporels	30
Le transfert de logiciels et de bases de données	32
Le transfert des salariés.....	35
<u>B. Les conditions de validité du contrat.....</u>	<u>43</u>
1. Le consentement.....	43
2. La capacité des parties.....	47
2. La cause	49
3. L’objet du contrat	50

Deuxième partie. L'exécution du contrat	53
<u>A. Les obligations des parties.....</u>	<u>54</u>
1. Les obligations du prestataire.....	55
a. L'obligation de sécurité.....	56
b. L'obligation d'exécuter la prestation conformément aux performances et délais précisés	58
Assurer l'évolution de la solution.....	58
Fournir les codes source des logiciels développés pour le client.....	59
Assurer des interventions sur le site du client.....	61
La responsabilité du prestataire pour les prestations techniques	63
L'obligation de non-concurrence	65
2. Les obligations du client	65
a. L'obligation de payer le prix	65
b. L'obligation de collaboration	66
c. Les obligations par rapport au traitement automatisé des données à caractère personnel.....	68
<u>B. La fin du contrat.....</u>	<u>74</u>
1. Les possibilités de sortie du contrat.....	74
2. La réversibilité	75
Conclusion.....	77
Bibliographie	78
Sommaire.....	84