

PARAMETRES ET GARDE-FOUS

Les éléments clés d'un projet

Pour être efficace, un contrat d'outsourcing doit être fondé sur un partenariat équilibré entre le client et le prestataire de services. Une exigence qui nécessite de déterminer finement paramètres et garde-fous.



Isabelle TELLIER
Avocat à la Cour

ALAIN
BENSOUSSAN

Un projet d'outsourcing du système d'information est un projet d'envergure, tant sur le plan technique, économique que juridique. Il implique des changements extrêmement importants au sein de l'entreprise et sa réussite est déterminante puisqu'il concerne le fonctionnement même d'une entreprise.

De sa phase de préparation, en passant par celle de l'exécution puis à sa terminaison, il est indispensable de gérer avec rigueur et méthode un tel projet. L'objet n'est pas ici de présenter l'intégralité de la démarche et de la gestion juridique de ce type de projet, tant il y a à en dire, mais d'en présenter les éléments clés.

Le phasage du projet

Il s'agit en principe d'un projet à long terme qui nécessite une phase de préparation méthodique. On distingue généralement les étapes suivantes : l'étape d'appel d'offres, la signature d'une lettre d'intention pour permettre la mise en œuvre des

premières prestations dans l'attente de la négociation finale du contrat, la phase d'inventaire ou d'étude et de conception, la phase de bascule et de services récurrents, la phase de réversibilité.

La préparation des documents d'appel d'offres est bien entendu structurante pour le choix des soumissionnaires et la négociation contractuelle. L'appel d'offres ne doit pas se limiter à la description des besoins, mais doit intégrer le maximum de prérequis de telle sorte à pouvoir faciliter la grille d'analyse des réponses et constituer une pré-négociation des points structurants contractuels. Les prérequis doivent englober aussi bien les prérequis techniques que juridiques. Il est en effet trop fréquent d'omettre les prérequis juridiques ce qui conduit ultérieurement à une négociation longue et difficile avec le soumissionnaire choisi. En outre dans ce domaine, de nombreux éléments ont une vocation technico-juridique et les clauses contractuelles doivent intégrer cette double qualité. Ainsi à titre d'exemple, l'engagement à la remise d'un ensemble de livrables sur le plan technique tel qu'un dossier de paramétrage ou un manuel d'exploitation peut générer une situation préjudi-

“

La préparation des documents d'appel d'offres est structurante pour le choix des soumissionnaires et la négociation contractuelle

”

cialable lors de la réversibilité si en corollaire le droit de propriété intellectuelle sur ces livrables n'est pas géré. Il est donc préférable d'intégrer cette contrainte lors de l'appel d'offre. Selon la nature du projet, il peut y avoir plus de cinquante prérequis à intégrer dans le document d'appel d'offres. Une fois le soumissionnaire choisi, il est extrêmement fréquent qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre de manière immédiate les premières prestations et ce parallèlement à la négociation du contrat.

Il s'avère alors nécessaire de signer une lettre d'intention. Les termes de celle-ci doivent être soigneusement pesés car une lettre d'intention peut être plus ou moins engageante. Elle peut même, si des précautions suffisantes ne sont pas prises, constituer un accord ferme et définitif qui, si la négociation d'un contrat final n'aboutissait pas, pourrait engager à la fois le prestataire et le client, sur les seuls termes de la proposition initiale. La lettre d'intention doit donc être rédigée dans des termes permettant à la fois de commencer l'exécution de certains travaux et de stopper le projet sans que puisse être imputée une rupture fautive s'il apparaissait des éléments de blocage rédhibitoire. Ce sont généralement les prestations d'inventaire, d'analyse et de conception qui sont réalisées sous couvert de l'accord convenu dans le cadre de la lettre d'intention. Cette phase d'inventaire et d'analyse permet aux deux parties de confirmer les engagements théoriques ou de les ajuster. Une fois les ajustements réalisés, ils peuvent aussi bien porter sur les niveaux de services que sur le périmètre des services, chacune des deux parties pourra s'engager de manière ferme sur des bases réelles et non plus estimées.

Vient ensuite la phase de bascule qui correspond à la prise en charge par l'infogérant des prestations récurrentes, selon le cas sur le site du client ou sur le site du prestataire après bascule physique. Dans ce deuxième cas, la nature du projet nécessite parfois de prévoir une possibilité de "go no go" ou "retour arrière" bien que cela soit assez rare. Néanmoins, il est indispensable de

prévoir une phase de recette qui fixera le point de départ de la phase de service récurrent.

Enfin, la phase de réversibilité doit avoir été soigneusement prévue dans les engagements contractuels car elle peut s'avérer source de coût ou de charges importantes notamment pour le prestataire et on ne saurait lui faire grief d'être peu motivé à effectuer des prestations pour aider son client à le quitter si leur coût n'a pas été prévu.

L'architecture contractuelle

La détermination de l'architecture contractuelle n'est pas anodine. En effet, pour chacune des deux parties, il est beaucoup plus aisé de proposer son propre contrat que de devoir négocier sur la base du contrat de son partenaire. Chacun a son langage, sa méthodologie d'organisation d'un document contractuel et il est parfois extrêmement difficile de se glisser dans la logique d'un tiers. Ainsi, le client a de son côté tout intérêt à proposer un projet de contrat dès l'appel d'offres et à recueillir les observations sur celui-ci le plus tôt possible. A l'inverse le prestataire aura tendance à proposer le contrat lorsqu'il aura été sélectionné, son offre commerciale étant légitimement plus séduisante que sa traduction purement juridique. Le contrat peut prendre plusieurs formes, certaines architectures étant plus faciles à appréhender que d'autres. Ainsi, le contrat, qui comportent l'ensemble des principes juridiques associés à des annexes techniques auxquelles renvoient les clauses juridiques, est souvent d'une lisibilité plus aisée qu'une succession de documents de type conditions générales assorties à des conditions particulières associées à des annexes et à des documents standards.

La technique de la multiplicité des documents standards telles que conditions générales globales associées à des conditions générales de prestations à tiroirs, permet au prestataire de se limiter à la spécification des engagements par rapport au client dans des conditions particulières. Toutefois cela nécessite pour le client une gymnastique de vérification d'adéquation de l'ensemble des documents contractuels à son projet

“

Une lettre d'intention peut constituer un accord ferme et définitif

”

“

Le client a tout intérêt à proposer un projet de contrat dès l'appel d'offres

”



Il convient de se mettre d'accord relativement tôt, sur la base contractuelle qui servira à la négociation

plus délicate à appréhender. A l'inverse, le prestataire qui dispose de contrats standards correspondant à ses procédures éprouvées aura plus de difficultés à s'adapter à un contrat entièrement spécifique. Il convient donc de se mettre d'accord relativement tôt, sur la base contractuelle qui servira à la négociation et d'en prendre connaissance le plus rapidement possible.

Il est nécessaire également de tenir compte du périmètre du projet. Si celui-ci concerne, par exemple, un groupe de sociétés, il sera souvent impératif de prévoir un contrat cadre et des conditions particulières par société ou par pays ou groupe de pays. Dans tous les cas, il est absolument indispensable de vérifier la complétude de l'ensemble, la cohérence globale et de hiérarchiser les documents. Enfin, s'il est légitime que le Plan d'Assurance Qualité (PAQ) ne puisse être élaboré finement qu'après la phase d'inventaire, d'analyse et de conception pour pouvoir être précisément adapté au projet, il est en revanche prudent de se mettre d'accord sur les thèmes du PAQ dès la négociation contractuelle pour éviter des chevauchements contradictoires ou des lacunes, par rapport aux documents contractuels.

Les prérequis structurants

Bien entendu, un accord doit être trouvé sur de très nombreux points mais l'essentiel réside dans : les niveaux de service et pénalités associées, la structure et le calcul des coûts, la gestion des évolutions, la gestion de la réversibilité.

Les niveaux de service, qui constituent le point clé sur le plan technique, ont généralement fait l'objet d'une attention toute particulière lors des phases d'appels d'offres et de négociations commerciales et ils sont en principe bien détaillés. En revanche, il faut s'assurer qu'ils ne puissent pas donner lieu à interprétation en cas de difficulté. Ils sont par nature en relation avec des objets techniques, et il faut surveiller que ceux-ci soient clairement définis soit dans l'annexe niveau de services elle-même, soit dans un article des définitions. En effet, il est fréquent que les niveaux de service soient spécifiques à l'entreprise (ex : la

nature d'un traitement ou d'une activité particulière) et a posteriori, en cas de litige, leur nature exacte ne va pas forcément de soi pour un tiers. Le mécanisme de pénalités associé doit évidemment être extrêmement détaillé et clair. Il est important de prévoir un critère de qualité globale. En effet, le service peut s'avérer unitairement satisfaisant par lot mais globalement insatisfaisant en cas de cumul de non-respect des niveaux de service sur l'ensemble des lots, ou sur des périodes cumulées. Il peut être intéressant également d'associer un système de bonus en contrepartie du système de pénalités. Le système de bonus participe non seulement à un rééquilibrage du contrat mais peut encore permettre au prestataire de fournir un élément de motivation accrue à ses équipes.

Généralement, l'un des objectifs d'un projet d'outsourcing est de pouvoir effectuer des économies d'échelle grâce à la mutualisation des ressources au sein du prestataire. Les coûts doivent donc pouvoir être contrôlés de manière très rigoureuse et permettre également une certaine souplesse en ce qui concerne notamment l'évolution du périmètre en expansion ou en réduction. Ces coûts sont souvent basés sur : des prestations forfaitaires, des prestations en régie pour certains services et des unités d'œuvre.

Les unités d'œuvre peuvent être très détaillées et complexes, mais il s'avère souvent que plus la structure des coûts est fine et paraît complexe, plus elle est juste. Cette structure des coûts doit bien entendu être compréhensible de manière objective. Pour conserver les objectifs du projet, les engagements sur les coûts doivent être associés à des procédures de benchmarking et prévoir la mise en œuvre d'ajustement de type " clause du client le plus favorisé " (en faveur du client) ou de type " aléa ou hausse de prix imprévisible " rendant l'exécution du contrat difficile et à des conditions déraisonnables pour le prestataire. Le contrat d'outsourcing doit être en effet fondé sur un véritable partenariat équilibré car l'enjeu est trop important pour les deux parties. La place prise par l'informatique au sein d'une



Le contrat d'outsourcing doit être fondé sur un véritable partenariat équilibré car l'enjeu est trop important pour les deux parties



entreprise est telle que le maintien en conditions opérationnelles de son système d'exploitation est, dans la plupart des cas, une condition de sa survie. Pour le prestataire, le contrat doit être viable économiquement puisqu'il s'agit de son cœur de métier. C'est sans doute la raison pour laquelle il n'existe en réalité que très peu de litiges aboutissant à une procédure judiciaire. Le prestataire ne peut en effet, du jour au lendemain, cesser l'exploitation du système d'information du client, le préjudice pouvant être irréparable. De même, le client ne peut pas mettre en œuvre une solution de repli dans des délais d'urgence. Ainsi, en tout état de cause, c'est véritablement en partenaires, que des solutions doivent être trouvées.

Un autre point crucial est celui des évolutions, tant du périmètre que de la technique. En effet, le périmètre peut s'accroître ou se réduire et le mécanisme des coûts doit pouvoir en tenir compte. Par ailleurs, l'un des objectifs d'un projet d'outsourcing est souvent de pouvoir bénéficier des meilleures technologies et du savoir-faire des prestataires sur ces nouvelles technologies. La mise en œuvre d'évolutions technologiques, par exemple le passage d'une version de logiciel à une autre, peut s'avérer nécessaire pour le prestataire pour remplir ses engagements, mais en revanche lourde de conséquences pour le client si cela induit une mise à niveau de ces développements spécifiques. Un arbitrage doit donc pouvoir être fait entre les contraintes respectives. Souvent, un mécanisme de gestion par les délais de mise en œuvre, l'actualisation des niveaux de services et le rapport entre les coûts induits chez le client et les coûts induits chez le prestataire est la solution la plus appropriée. Une instance de dialogue doit obligatoirement être prévue pour gérer ces évolutions, mais il est prudent néanmoins de prévoir les principes directeurs dès la signature du contrat.

La réversibilité de l'outsourcing par une reprise interne chez le client ou sa transférabilité vers un autre prestataire extérieur doit également se préparer. Un plan de réversibilité doit être mis à

jour tout au long de l'exécution du contrat en fonction des évolutions de son périmètre technique. Par ailleurs, il est indispensable de lister l'ensemble des éléments qui devront être restitués ou transférés. Si leur détail doit être mentionné dans le plan de réversibilité, ils doivent être également énoncés de manière générique dans le contrat. Il en est ainsi des données du client et de l'ensemble des sauvegardes archivées ou en cours. Cela vaut également pour : l'ensemble des manuels de procédure d'exploitation ; les applicatifs clients ; les conditions de transfert de licences éventuelles ; les conditions de restitution du paramétrage et des spécifications associées si l'outsourcing est basé sur des progiciels édités par le prestataire qui les a mis en œuvre ; les éléments nécessaires au contrôle de compatibilité informatisé...

Les outils de traçabilité

Il est indispensable de mettre en œuvre des outils de traçabilité les plus objectifs possibles. Ces outils correspondent généralement à des indicateurs, des comptes rendus de comités, des processus de management des incidents. Les indicateurs étant par nature réalisés par le prestataire, un système de contrôle et un mécanisme de régularisation de ces derniers doit être mis en place. Le contrat d'outsourcing a en effet comme particularité, que le prestataire gère lui-même les outils de contrôle de ses prestations et en restitue les résultats. Il gère donc lui-même les outils permettant d'assurer la preuve du respect de ses engagements. Or il appartient à celui qui se prévaut d'un manquement de son co-contractant d'en apporter la preuve. Le client insatisfait des prestations de son infogérant risque d'être confronté à des difficultés pour justifier le bien fondé de ses griefs. Une convention sur la preuve peut donc être convenue entre les parties. Quant au compte-rendu du comité de suivi ou de projet, chacune des deux parties doit veiller à leur complétude au regard des observations qu'elle a formulé et un mécanisme de traçabilité des réserves doit être mis en place. Même si les comptes rendus de comité ne sont pas à proprement parler des documents contractuels, il n'en

“

Un plan de réversibilité doit être mis à jour tout au long de l'exécution du contrat

”

“

Une convention sur la preuve peut donc être convenue entre les parties

”

demeure pas moins qu'il s'agit d'éléments importants de preuves des conditions d'exécution du contrat.

En cas de litige, conduisant notamment à une expertise judiciaire, ils constituent souvent des éléments de repère déterminants sur lesquels se fonde l'expert pour donner un avis. Leur rédaction doit donc être effectuée de manière extrêmement attentive comme dans tout projet technique car trop souvent leur rédaction, soit trop elliptique ou synthétique soit trop informelle, conduit à des difficultés importantes d'interprétation a posteriori.

La gestion des points connexes

Un projet d'outsourcing peut nécessiter un transfert de licence, de contrat de crédit-bail sur du matériel, ou encore d'autorisation d'outsourcer les applicatifs clients. Il est prudent de mener très en amont du projet ces " due-diligences " pour tenir compte de l'impact éventuel des coûts sur celui-ci.

Par ailleurs, un projet d'outsourcing peut conduire, soit à l'application de l'article L122-12 du Code du travail, soit au transfert d'une entité économique autonome et donc au transfert de personnel, soit à l'introduction d'une nouvelle technologie dans l'entreprise. Dans tous les cas, les formalités obligatoires auprès des instances représentatives du personnel doivent être prises en compte et ce dès le stade du projet, c'est-à-dire avant la signature d'une lettre d'intention, sous peine de délit d'entrave. La problématique du transfert ou non du personnel est souvent très complexe car elle doit être appréciée au cas par cas et son caractère d'ordre public ouvre un champ de litige important et qui peut s'avérer très coûteux. La portée du projet sur le plan social doit donc être examinée très en amont pour qu'il en soit tenu compte dans les négociations commerciales et contractuelles.

Le projet d'outsourcing entraîne également la nécessité d'examiner son impact sur les déclarations à la CNIL et de veiller à l'introduction de

clauses particulières dans le contrat visant à gérer la sécurité des données. La nature des données outsourcées peut ainsi parfois entraîner l'introduction de clauses légales dans le contrat s'il s'agit par exemple, de données médicales.

Il est indispensable également que l'entreprise cliente vérifie si l'outsourcing ne risque pas d'avoir des incidences sur sa couverture d'assurance. Une étude avec l'assureur doit être menée ne serait-ce qu'au regard de la conjonction de la problématique du risque de perte d'exploitation d'une part, et des clauses contractuelles de plafond de responsabilités d'autre part.

Enfin, il est rare que l'infogérant soit le seul acteur d'un projet d'outsourcing. De nombreux acteurs sont susceptibles d'interférer tels que les éditeurs de progiciels utilisés par le client, les tiers mainteneurs, les intégrateurs, les éventuelles filiales comprises dans le champ d'application du contrat. Il est indispensable de prendre en compte la schématisation contractuelle d'ensemble, les responsabilités des uns et des autres et les modalités de gestion des interférences. Il doit être déterminé dans le contrat qui aura la charge de la gestion des contrats tiers tels que les contrats d'édition ou de tiers mainteneurs ou encore les garanties constructeurs. Quel est le périmètre de cette gestion et les procédures d'escalade ? Les niveaux de services du prestataire peuvent être impactés par la nature des contrats conclus par le client avec des éditeurs ou tiers mainteneur. L'inventaire et l'analyse de ces contrats doivent être effectués dès le début du projet.

Ainsi, un projet d'outsourcing est un projet réussi s'il cumule les conditions suivantes :

- une préparation méthodique par la gestion d'un ensemble de lots juridiques et techniques qui peuvent être formalisés dans un schéma directeur ;
- la mise en place d'un appel d'offres tenant compte à la fois des aspects techniques et juridiques pour faciliter les critères de choix et les négociations ultérieures ;

“

Les formalités obligatoires auprès des instances représentatives du personnel doivent être prises en compte

”

“

Il est indispensable que l'entreprise cliente vérifie si l'outsourcing ne risque pas d'avoir des incidences sur sa couverture d'assurance

”

