

BIBLIOGRAPHIE

Marcel FONTAINE, Denis PHILIPPE et Catherine DELFORGE (dir.), *Les aspects juridiques de l'Outsourcing*, Bruxelles, Bruylant, Centre de droit des Obligations (U.C.L.), 2003, 364 p.

1. La sous-traitance de spécialité connaît une croissance importante dans le secteur industriel, les entreprises choisissant de se concentrer sur leur *core business* ⁽¹⁾. À côté du mécanisme « classique » de la sous-traitance est apparu un autre phénomène qui ne peut être confondu avec lui : l'*outsourcing*.

Marcel FONTAINE, proposant dans l'ouvrage sous rubrique une définition de cette notion, suggère de la réserver : « (...) à des opérations par lesquelles une entreprise confie à un tiers fournisseur, en dehors d'un lien de subordination, la prise en charge d'une de ses activités internes, qu'elle considère comme ne relevant pas de son *core business*. Par activité interne, on entend en principe un ensemble de services rendus à l'entreprise elle-même, par opposition à l'exécution de prestations dues à la clientèle » (p. 17, n° 20).

Nombreuses sont ainsi les entreprises qui « externalisent » certaines de leurs activités qui ne constituent pas le cœur de leur métier : services de surveillance, de nettoyage, de restauration, d'informatique, de sélection du personnel, de comptabilité... ⁽²⁾.

2. Si les contours économiques de cette pratique ne présentaient plus guère de secrets, ses aspects juridiques demeuraient largement inexplorés. Le Centre de droit des obligations de l'Université de Louvain a désiré combler cette lacune en organisant, le 22 février 2002, un colloque consacré à ce phénomène.

⁽¹⁾ F. WALCHOT, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », in *La sous-traitance*, C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 13.

⁽²⁾ L'*outsourcing* touche parfois des activités de base de certaines entreprises ; tel est par exemple le cas de la gestion des sinistres dans certaines entreprises d'assurance (voy. le rapport de C. DELFORGE, dans l'ouvrage sous rubrique, p. 54, n° 2 : citant par ailleurs une étude de McKinsey, l'auteur précise que « les entreprises devraient économiser 400 milliards USD en recourant à l'externalisation de leurs services. À l'horizon 2008, l'ensemble des volumes d'activités « outsourcées » devraient peser quelques 500 milliards USD »).

L'ouvrage commenté réunit les principaux rapports présentés à l'occasion de ce colloque⁽³⁾.

Le phénomène de l'*outsourcing* est confronté au droit des obligations et des contrats (rapports de Marcel FONTAINE, pp. 7 à 51, et de Catherine DELFORGE, pp. 53 à 153), au droit international privé (rapport de Denis PHILIPPE, pp. 155 à 203), au droit social (rapport de Frédéric ROBERT, pp. 205 à 310) et au droit fiscal (rapport d'Arnaud DE VIRON, pp. 311 à 325).

3. Le contrat d'*outsourcing* doit d'abord être distingué d'opérations voisines, en particulier du contrat de sous-traitance.

La sous-traitance suppose la superposition de deux rapports contractuels : un contrat principal est conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ; par un second contrat, celle-ci charge le sous-traitant d'exécuter tout ou partie du travail. En revanche, dans l'*outsourcing*, l'activité externalisée ne consiste pas dans la réalisation de tout ou partie du contrat conclu avec le client, mais dans une des fonctions internes à l'entreprise elle-même (p. 5, n° 6)⁽⁴⁾.

Marcel FONTAINE (p. 12, n° 8) et Catherine DELFORGE (pp. 59-61, n° 14-17) déconseillent dès lors à juste titre d'utiliser la notion de « sous-traitance » dans un sens large, synonyme d'*outsourcing* : une société ne « sous-traite » pas son service informatique, mais confie cette activité à un tiers, en dehors de tout lien de subordination.

4. Le contrat d'*outsourcing* n'est donc qu'un contrat d'entreprise au sens large, régi par quelques règles du Code civil, mais principalement par la libre volonté des parties. Dans ce contrat sont donc présentes de nombreuses clauses « classiques », que l'on peut retrouver dans d'autres contrats de service : clauses de force majeure et de *hardship*, de *best efforts*, *reasonable care* et *due diligence*, de non concurrence, de confidentialité, de limitation de responsabilité... Ces clauses sont décrites et analysées dans le rapport de Marcel FONTAINE⁽⁵⁾.

5. Mais les clauses les plus caractéristiques d'un contrat d'*outsourcing* sont certainement celles relatives à la durée des relations contractuelles et à ses conséquences. Leur étude approfondie fait l'objet du rapport de Catherine DELFORGE (pp. 51-153).

⁽³⁾ Le lecteur trouvera également dans cet ouvrage le compte rendu des débats en aréliers qui ont examiné certaines applications sectorielles spécifiques de l'*outsourcing*.

⁽⁴⁾ Marcel FONTAINE relève encore que l'*outsourcing* se distingue de la filialisation (l'entreprise filiale demeure partie intégrante du groupe et peut donc exercer une activité relevant du *core business* de ce groupe), de la franchise ou la concession de vente (si l'activité de distribution est concédée à un tiers, ce dernier est néanmoins mis en contact direct avec le client, alors que dans l'*outsourcing*, le prestataire de services fournit ceux-ci à l'entreprise cocontractante, non aux clients de celle-ci) et de la *joint venture* (qui suppose la gestion conjointe d'un projet et le partage des profits).

⁽⁵⁾ L'on consultera également, à ce sujet, les récentes contributions du groupe de travail sur les contrats internationaux, « La rédaction des contrats internationaux », in R.D.A.I., 2002, n° 3/4 (n° spécial), pp. 251-471, et les nombreuses références citées.

6. Ainsi le contrat renfermera-t-il un ensemble de clauses mettant en place la coopération entre les parties. Catherine DELFORGE cite, entre autres (pp. 138-139, n° 226) :

- les clauses érigeant le devoir de coopération en obligation essentielle du contrat ;
- les clauses autorisant un affinement du contenu des obligations réciproques au gré de la survenance d'événements postérieurs ;
- les mécanismes de répartition des risques et bénéfices en cours d'exécution ;
- les mesures de représailles en cas d'inexécution ;
- l'exigence d'une mise en demeure préalable à l'application de toute sanction, contractuelle ou judiciaire ;
- les clauses aménageant soigneusement la possibilité de mettre un terme à la coopération ;

... Plus caractéristiques encore sont les clauses qui organisent la gestion conjointe du contrat (clauses assurant le « pilotage », ou « clauses de suivi de l'exécution », *contract monitoring arrangements*). La société d'*outsourcing* doit en effet s'adapter continuellement aux autres services internes du bénéficiaire et des interfaces entre les deux entreprises sont nécessaires. Le contrat organisera donc la création d'organes chargés de la gestion quotidienne des projets, de la surveillance des projets et de la prise des décisions stratégiques. La création de ces organes va régulièrement de pair avec l'instauration de procédures de *reportings* imposant au fournisseur la remise de rapports périodiques, ou d'audit, qui autorisent l'entreprise bénéficiaire à exercer un contrôle permanent des services fournis.

Par ailleurs, le contrat contiendra souvent une clause de « *benchmarking* » (pp. 143-145, n° 238-242). Cette clause impose au fournisseur d'assurer à l'entreprise bénéficiaire la compétitivité de ses prestations au regard du marché concerné. La remise régulière de rapports d'activité permet d'établir la preuve du maintien des performances de la société d'*outsourcing* ; celle-ci s'oblige à comparer en permanence sa qualité de service avec celle offerte par la concurrence.

7. Le contrat d'*outsourcing* s'inscrit dans la durée, « (...) afin de permettre au prestataire d'amortir les dépenses faites et au client de ressentir les bienfaits de sa décision » (p. 67, n° 32).

Les clauses relatives à la durée du contrat présenteront dès lors une importance considérable. Le contrat présentera ainsi les clauses habituellement présentes dans un contrat à prestations successives⁽⁶⁾ (clauses précisant un

⁽⁶⁾ Sur ce type de contrats, voy. J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, Paris, L.G.D.J., 1969 ; M. TROCHU, « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exé-

terme, clause de reconduction ou de prorogation⁽⁷⁾, clauses résolutoires expresse pour faute, clauses de résiliation unilatérale, de force majeure ou de *hardship*...) et des clauses plus spécifiques au contrat d'*outsourcing*, telles que les clauses d'évolution et de renégociation ou les clauses de réversibilité (p. 67, n° 32)⁽⁸⁾. Ces dernières clauses renferment des obligations postcontractuelles⁽⁹⁾: obligation pour le fournisseur de poursuivre une assistance (rémunérée) de son client après l'expiration du contrat, de remettre en possession de celui-ci les biens dont il est demeuré propriétaire durant la relation, autorisation expresse, pour le client, de « débaucher » le personnel de son fournisseur qui était spécifiquement affecté à la gestion du service externalisé...

8. Denis PHILIPPE examine ensuite les aspects internationaux du contrat d'*outsourcing* et les modes alternatifs de règlement des conflits pouvant affecter ce contrat (pp. 155-203). À ce sujet, l'auteur fournit en annexe à son rapport un modèle de clauses d'arbitrage multipartite.

Le droit applicable au contrat est régi par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'auteur attire l'attention sur l'éventuelle application de l'article 5 de la Convention (loi applicable à un contrat de travail), l'*outsourcing* supposant fréquemment le transfert du personnel d'une entreprise vers une autre (pp. 159-160).

L'étude des modes alternatifs de règlement des conflits présente un vif intérêt dans pareil contrat, car les parties cherchent avant tout à préserver leur relation, qui présente une valeur en soi. Elles prévoient donc, de manière successive : la renégociation entre parties (renégociation du contrat et situations de

deadlock⁽¹⁰⁾, l'intervention d'un tiers (renégociation, médiation, conciliation, avis obligatoire) et, enfin, l'arbitrage.

9. Le droit social a aussi une incidence considérable sur la relation d'*outsourcing*. Ce contrat conduit souvent à des transferts de personnel, soit de l'entreprise qui externalise vers le fournisseur, soit en sens inverse.

Les réglementations applicables au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprises, au travail intérimaire, à la mise à disposition de personnel, voire aux licenciements collectifs, sont susceptibles de trouver application en la matière.

Chacune de ces matières est étudiée avec précision par Frédéric ROBERT (pp. 205-310), qui clôt son rapport très complet par un aperçu des aspects internationaux de la relation de travail, dans le cadre de l'*outsourcing* (pp. 290-308).

10. Enfin, le droit fiscal est brièvement appréhendé par Arnaud DE VIRON (pp. 311-325). L'auteur rappelle notamment que, sur le plan des principes, il ne peut être question de considérer que les départements susceptibles de faire l'objet d'une mission d'*outsourcing* soient des universalités de biens au sens des dispositions de la T.V.A.

En matière d'impôt sur les revenus, la mise en place d'un contrat d'*outsourcing* pose la question du traitement fiscal des services prestés, notamment face à deux situations particulières : d'une part, la constatation d'une plus-value lors de la cession d'éléments d'actifs à la société en faveur de laquelle l'*outsourcing* est pratiqué (pp. 319-322) et, d'autre part, la mise en place d'un tel système en faveur d'une entreprise à l'égard de laquelle l'entreprise cédante se trouve directement ou indirectement dans des liens de dépendance (pp. 322-323).

11. En résumé, l'ouvrage commenté vient assurément combler une lacune, sortant de l'ombre une pratique contractuelle largement utilisée mais dont le régime juridique demeure bien obscur. L'on ne peut que se féliciter de l'heureuse initiative des organisateurs de ce colloque, dont les rapports frappent le lecteur par leur précision et leur complétude.

Benoît KOHL
Assistant à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Liège

cution successive », in *L'internationalisation du droit - Mélanges en l'honneur de Yves Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994 ; L. CORNELIS, F. GLANSORFF, J. HERBOTS, P. MARCHANDISE, D. PHILIPPE et F. WALCHOT, *La vie du contrat à prestations successives*, Bruxelles, éd. J.B., 1991.

(7) Voy. à ce sujet nos études : « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat - II. Les clauses qui organisent la poursuite des relations contractuelles », *R.D.A.I.*, 2002, pp. 443 et s. ; « La prorogation et la reconduction du contrat », in *La fin du contrat*, Liège, éd. C.U.R., vol. 51, pp. 261-312.

(8) Les clauses de renégociation obligent mutuellement les parties, en cas de lacune du contrat ou de survenance de circonstances imprévues, à discuter les éventuelles adaptations nécessaires et éviter de la sorte que le contractant n'en appelle à une mesure plus drastique comme le recours aux tribunaux. Les clauses de réversibilité envisagent la manière selon laquelle l'entreprise bénéficiaire, une fois la collaboration achevée, pourra récupérer la direction pleine et entière des services dont elle s'était partiellement dépossédée ; ainsi, par exemple, lorsqu'un utilisateur délègue son informatique, il perd peu à peu son savoir-faire en la matière. Conscientes de cette peur du non-retour, les sociétés de service informatique prévoient des mécanismes techniques et contractuels de réversibilité : nous nous engageons à réinstaller le système informatique chez le client et à le faire redémarrer avec son personnel (pp. 108 et s.).

(9) Sur le régime juridique des obligations post-contractuelles, voy. entre autres M. FONTAINE, « Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1984, pp. 7-27 ; G. CARLÉ, « Les obligations post-contractuelles », in L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE (dir.), *La fin du contrat*, Bruxelles, A.B.J.E. et C.J.B., 1993, pp. 257-285.

(10) Les comités organisant la conduite des activités *outsourcées* peuvent ainsi être impliqués dans la gestion des conflits.