

Introduction

Le terme anglais « outsourcing » signifie externalisation ou le fait de se séparer d'une activité que l'on exerce normalement soi-même. Pour l'entreprise qui prend une telle décision, cela implique qu'elle fasse appel à une tierce société de services compétente pour exercer, à sa place, certaines missions en rapport avec l'activité « délaissée ».

Quant au terme français « externalisation », il s'agit d'un néologisme basé sur le mot « externe » signifiant « faire traiter à l'extérieur ». Dans la pratique, lorsqu'il s'agit de faire référence à une activité externalisée ayant trait à l'informatique, aux technologies de l'information (TI) ou aux technologies de l'information et de la communication (TIC), les expressions d'« IT outsourcing » ou d'« externalisation TI », c'est-à-dire d'infogérance, sont utilisées. Les termes de « gérance de l'informatique », « d'hébergement de services ou d'applications informatiques » sont également employés. Certains auteurs utilisent même l'expression de « sous-traitance de spécialité¹ » qui, à notre sens, paraît inexacte, si on considère la définition juridique de la sous-traitance, qui sera abordée plus loin.

L'externalisation informatique est surtout désignée par les termes de « Facilities Management », d'« infogérance » et d'« outsourcing ». Pour une entreprise, cela consiste à confier à un tiers prestataire, souvent une société de services en ingénierie informatique (SSII) ou une société spécialiste de l'externalisation, totalement ou partiellement, avec ou sans délocalisation, son activité, son service, son système informatique ou ses infrastructures de réseau, tout en conservant ses responsabilités.

1 *Contrats informatiques et électroniques*, Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2010-2011, n° 7.89, p. 309.

Sont concernés les matériels, les logiciels, et éventuellement les équipes affectées à l'exploitation du système informatique de l'entreprise en question. Le tiers aura, alors, pour mission d'héberger, de gérer, de suivre et de maintenir (si la maintenance est prévue au contrat d'*outsourcing*) l'application permettant d'assurer tout ou partie des traitements de données dont l'entreprise a besoin. Notons que le secteur informatique représente l'activité la plus fréquemment externalisée.

L'expression d'« *outsourcing offshore* » sera utilisée lorsque le prestataire de services choisi se situera à l'étranger, généralement dans des pays lointains. Cette solution est fréquente pour les entreprises françaises qui mettent en place des centres d'appel en *offshore* pour assister et conseiller les consommateurs dans l'utilisation des produits qu'ils fabriquent ou qu'ils commercialisent, l'intérêt étant d'aller chercher des compétences étrangères moins coûteuses que sur le marché national.

À l'inverse, l'« *outsourcing onshore* » intervient lorsque le prestataire travaille dans le même pays que celui de l'entreprise, et l'« *outsourcing nearshore* », lorsque le pays du prestataire est géographiquement situé à proximité de celui de ladite entreprise.

À titre d'exemple, pour les entreprises françaises, il s'agira d'externaliser dans les pays d'Afrique du Nord ou les pays de l'Est, tandis que pour les États-Unis, il s'agira plutôt d'externaliser au Mexique ou au Canada. Enfin, l'« *outsourcing governance* » définit l'organisation, les relations, le processus de prise de décision et les mécanismes de communication requis pour assurer le succès d'un projet d'*outsourcing*.

Le terme « Facilities Management² » (FM) paraît mal choisi si on s'arrête sur son sens, car il concernerait davantage l'externalisation des services généraux. En effet, outre l'informatique, certaines entreprises externalisent ces services, englobant l'ensemble des services logistiques indispensables à leur fonctionnement, tels que le service achats, la construction, la gestion et l'entretien des immeubles les hébergeant, la gestion des locaux techniques et de l'énergie (électricité, chauffage, air conditionné...), l'accueil des visiteurs, les contrôles d'accès physique, les infrastructures, la paie...

.....
2 « Facility » signifie installation en anglais, c'est-à-dire usine dans notre contexte, tandis que « Management » signifie gestion. Autrement dit, le « Facility Management » consisterait en la gestion de l'usine. En réalité, c'est la contraction de l'expression « Facility and Property Management », autrement dit, la gestion des dépenses liées aux services généraux.

L'objectif du FM serait de mettre en valeur le capital immobilier d'une entreprise³ en confiant à un tiers spécialisé la gestion d'activités courantes. Toutefois, dans nos développements, il ne sera question que d'externalisation informatique. De ce fait, l'expression « Facilities Management » ne sera pas utilisée ; seuls seront employés, comme synonymes, les termes « outsourcing » et « infogérance ».

À notre époque, l'externalisation connaît un grand succès, car elle permet aux entreprises de se consacrer exclusivement au développement et à l'exploitation de leur activité principale, et de confier, à un tiers, les activités considérées comme secondaires, c'est-à-dire non stratégiques, et jusqu'alors réalisées en interne. Il s'agit de toutes celles qui ne produisent que peu de revenus et, par conséquent, qui ne sont pas rentables économiquement. Mais, il peut aussi s'agir d'activités se révélant trop complexes pour que l'entreprise visée les assume seule, compte tenu de ses compétences, voire simplement d'activités dans lesquelles elle ne souhaite pas s'investir pour éviter d'avoir à supporter des frais conséquents, une lourde gestion administrative, une éventuelle réorganisation, le recrutement de personnes qualifiées, la mise en place de formations pour son personnel... Ici, l'informatique sera externalisée, c'est un domaine auquel toute entreprise ne peut se passer, en raison de son utilité indéniable.

L'externalisation présente comme avantages de pouvoir s'appliquer à tous les secteurs d'activités et à tous les processus métiers, d'offrir une réduction des coûts, une souplesse et une flexibilité à la fois au niveau des opérations et de la gestion des effectifs, tout en permettant de réaliser de meilleures prestations. C'est un outil de gestion essentiel, et même une stratégie d'organisation et de management des entreprises à part entière qui, non seulement les optimise, mais les valorise également.

Grâce à l'*outsourcing*, l'entreprise est restructurée autour de ses compétences de base, de son cœur de métier et de son activité première, ce qui s'avère un choix judicieux pour atteindre ses objectifs. L'*outsourcing* apparaît alors comme un projet réfléchi, envisagé en connaissance de cause (cf. chapitre 1). Mais, lorsqu'un contrat sera conclu pour organiser les relations entre le bénéficiaire de l'*outsourcing* et le prestataire, il révélera un déséquilibre contractuel tant au niveau de sa formation (cf. chapitre 2), que de son exécution (cf. chapitre 3).

.....
3 Guide de l'externalisation des activités de l'entreprise, supplément au numéro 752 du magazine « Gestion finance » du 29 septembre 2003.

1

L'outsourcing, un projet réfléchi

Les tenants et les aboutissants du projet d'*outsourcing* envisagé doivent être appréhendés avant de conclure un contrat en la matière. Car, outre les avantages qu'un tel projet comporte, des inconvénients sont également observés.

1.1 L'appréhension du projet d'*outsourcing* avant tout engagement contractuel

Au préalable, avant de se lancer dans l'*outsourcing*, il est nécessaire de connaître le sens de cette notion pour éviter les confusions. Car le contrat d'infogérance, contrat de prestation de services, ne doit pas être souscrit à la légère. Différentes raisons conduisent à s'engager dans ce cadre ; de même, la définition de ses besoins ainsi que la recherche d'une équipe compétente justifient le recours à l'infogérance.

1.1.1 Notions proches de l'*outsourcing*

L'*outsourcing* ou l'externalisation ne doit pas être confondue avec d'autres notions telles que la sous-traitance informatique, l'*Application Service Provider* (ASP) ou en français le fournisseur d'applications hébergées (FAH), la délocalisation, et le « traitement à façon » ou service bureau.

S'agissant de la sous-traitance, certains auteurs font la distinction entre la sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité⁴ :

- ▶ La première « *permettant au donneur d'ordres, de répondre à la croissance conjoncturelle de la demande, sans augmenter ses installations, en s'adressant à une entreprise concurrente dans la même spécialité* ».
- ▶ La seconde intervient lorsque le donneur d'ordres n'a ni les compétences, ni les moyens matériels et humains d'effectuer une certaine prestation, et nécessite alors de faire appel à un spécialiste.

Si la première est temporaire, la seconde s'inscrit dans la durée et peut être assimilée à de l'externalisation, sachant qu'il serait plus juste d'affirmer qu'elle constitue un mode d'exécution de l'externalisation parmi d'autres.

En règle générale, la différence entre une entreprise sous-traitante et une entreprise chargée de gérer une fonction externalisée est que la première utilise ses propres ressources pour mener à bien sa mission, à l'inverse de la seconde qui pourra bénéficier des méthodes, des outils, voire des salariés de l'entreprise qui la sollicite. Il faut savoir que cette dernière ne sera pas totalement écartée du processus, dans la mesure où elle assurera un pilotage et un suivi étroit de son « partenaire ». L'externalisation va donc plus loin que la sous-traitance ou la simple prestation de services. En outre, elle ne répond en rien à la définition de la sous-traitance, régie par la loi du 31 décembre 1975⁵ et qui, pour certains auteurs, est « *le fait pour un entrepreneur de faire exécuter par un autre, un travail qu'il a pris en charge en s'engageant dans un louage d'ouvrage*⁶ ».

Cette définition laisse entendre que la sous-traitance fait intervenir trois acteurs : l'entrepreneur principal, le sous-traitant, et un client. Autrement dit, deux prestataires et un client, à l'inverse de l'infogérance qui ne fait intervenir que deux personnes : un prestataire et un client. En effet, dans la première hypothèse, l'entrepreneur demande au sous-traitant, qui est un tiers au contrat signé avec son client (appelé maître d'ouvrage ou donneur d'ordre), d'effectuer certaines tâches pour lui. Le client ne s'y oppose pas, dans la mesure où son contrat prévoit la possibilité de sous-traiter.

4 *Contrats informatiques et électroniques*, précité, n° 7.89, p. 309.

5 Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF du 3 janvier 1976, p. 148. Dans son article 1^{er}, elle définit la sous-traitance comme : « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

6 *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, J. Huet, LGDJ, 2001, n° 32322.

En revanche, dans la seconde hypothèse, le client choisit un prestataire en considération de sa personne, c'est-à-dire *intuitu personae*, en fonction de ses compétences spécifiques et de son savoir-faire : dès lors, la sous-traitance est en principe exclue, sauf exception. De plus, l'activité confiée était auparavant réalisée en interne, alors que dans le cadre de la sous-traitance, cela n'a jamais été le cas. Enfin, la sous-traitance répond à une démarche axée sur les produits⁷, tandis que l'externalisation répond à une démarche plutôt axée sur la fonction.

Quant à l'ASP, elle permet à une personne, le client, d'accéder à distance, par le biais d'Internet ou d'autres réseaux informatiques, à des progiciels installés sur les équipements du prestataire qui traitera les données dudit client, en contrepartie d'une rémunération prévue la plupart du temps dans le cadre d'un abonnement annuel.

L'objet du contrat d'ASP est donc la fourniture d'applications hébergées par le prestataire : le client est autorisé à utiliser le progiciel et ses applications dans les conditions prévues. Certains auteurs considèrent qu'il représente une variante du contrat d'*outsourcing*⁸. De plus, une licence d'utilisation de progiciel est implicitement accordée au client qui, en ayant accès aux équipements du prestataire, s'engage dans une relation de louage.

Le contrat d'ASP peut également prévoir que le prestataire fournira au client d'autres services, tels que l'hébergement de ses données, leur sauvegarde, leur archivage, ainsi qu'une assistance téléphonique dans l'utilisation du programme informatique, une maintenance corrective, la formation de son personnel... Par conséquent, le contrat d'ASP n'a rien à voir avec le contrat d'*outsourcing*, puisqu'il s'apparente davantage au contrat de bail ou de louage de choses (art. 1709 du Code civil) qu'au contrat de louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise (art. 1710 du Code civil), sachant qu'une telle qualification reste discutée⁹.

L'*outsourcing* se distingue également de la délocalisation consistant, pour une société mère, à exporter tout ou partie de son activité vers une de ses filiales située à l'étranger. Si les deux entités sont liées juridiquement, il en est autrement des acteurs de l'externalisation, le prestataire restant une entité juridiquement et financièrement indépendante de l'entreprise qui fait appel à ses services.

7 *La sous-traitance : stratégie toujours gagnante ou pari risqué ?*, R. Bonenfant et al, « Revue française de gestion industrielle », 2005/2, p. 13 et s.

8 *Contrats informatiques et électroniques*, précité, n° 7.90, p. 310.

9 *ASP : quels dispositifs contractuels ?*, F. Mascré, « Expertises » 2002, n° 262, p. 299.