

ARIANE DELVOIE, AVOCAT À LA COUR, CABINET BENSOUSSAN

Le contrat « offshore » : les prérequis

Dans le domaine des réalisations logicielles, l'offshore est amené à se développer. L'efficacité de ce type de prestation suppose un certain nombre de garde-fous contractuels.

Si la part des services réalisés en offshore par les SSII françaises représentent à peine 2%, selon Syntec Informatique ⁽¹⁾, la tendance est à une forte augmentation dans les prochaines années. De manière générale, l'offshore désigne toute opération d'externalisation auprès des prestataires étrangers afin de faire des bénéfices. Le terme « nearshore » est employé lorsque le pays considéré est situé relativement près de nos frontières.

En matière informatique, les opérations offshore pourront avoir comme objet de la tierce maintenance applicative (TMA), de la réalisation d'applications informatiques, ou encore des services d'infrastructure : de l'infogérance où l'exploitation du système d'information est sous-traité, ou du Business Process Outsourcing (BPO) où certaines fonctions métiers sont confiées à un sous-traitant. En effet, 70 % des services liés à l'exploitation d'un centre informatique peuvent être exécutés à distance, ce qui explique la tentation de s'adresser à des prestataires moins coûteux ⁽²⁾.

Parmi les pays les plus attractifs sur le marché des services informatiques, selon des critères de structure financière, d'environnement économique, de disponibilité et de qualification de la main d'œuvre, il est possible de citer l'Inde, la Chine, la Malaisie ou les Philippines ⁽³⁾.

Le contrat de prestations peut être conclu soit directement avec le prestataire étranger, soit avec un prestataire établi en France qui proposera la sous-traitance des prestations par le prestataire étranger avec qui il est en partenariat. Ainsi, pour que l'offshore informatique aboutisse à une véritable réduction des coûts de main d'œuvre, il est nécessaire de s'assurer de l'efficacité de son prestataire et de sa compréhension des besoins de l'entreprise.

Cela suppose de prévoir des garde-fous, que ce soit dans les engagements pris par le prestataire étranger directement vis-à-vis du client, ou par l'entrepreneur principal qui sera responsable des fautes de son sous-traitant étranger, conformément aux dispositions de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Quel que soit le contrat de prestations informatiques envisagé, la distance entre le prestataire et son client impose la rédaction de clauses de précaution afin d'obtenir une

prestation satisfaisante du prestataire étranger, c'est à dire :

1/ Une définition très précise des attentes du client, qui suppose la rédaction :

- d'un cahier des charges annexé comme partie intégrante du contrat, et où les attentes et besoins du client sont stipulés.
- d'un Plan Assurance Qualité où le prestataire décrira les dispositions prises pour répondre aux exigences de qualité sur le service fourni au client ;
- d'une convention de niveau de services, annexée au contrat, qui mentionnera des indicateurs et des seuils de tolérance suffisamment précis.

2/ Un contrôle régulier des prestations, qui suppose la rédaction :

- d'une clause d'audit insérée au contrat afin de mettre en place une mesure régulière des prestations par une partie du personnel du client. Cela suppose que le client ait affecté certains employés à la maîtrise des fonctions externalisées ; de plus, ces employés doivent être susceptibles de se déplacer chez le prestataire étranger ;
- d'un plan de communication annexé au contrat afin de mettre en place un dialogue constructif avec le prestataire étranger ;
- d'une clause de benchmarking (dans l'hypothèse où les prestations doivent durer plus de deux ans), où les parties conviennent de procéder à des ajustements périodiques de prix suite à l'étude réalisée par un prestataire indépendant sur la performance, la qualité du service et le prix, le tout par rapport au marché.

3/ Des sanctions dissuasives et la possible mise en cause de la responsabilité du prestataire, même établi à l'étranger, qui suppose la rédaction :

- d'une matrice de responsabilités à insérer au contrat, afin d'éviter toute ambiguïté sur les rôles respectifs des parties ;
- de pénalités associées aux engagements de performance ou de délais qui, sans être excessives, devront être suffisamment dissuasives pour le prestataire étranger.
- d'une clause de résolution des litiges qui, face aux difficultés d'exécution à l'étranger d'un éventuel jugement d'un tribunal français en cas de litige survenu entre les parties, prévoit l'application de la loi française aux litiges nés du contrat et le recours à des méthodes alternatives de

résolution des litiges, telles que la médiation ou l'arbitrage.

Au-delà de la réalisation des prestations offshore qui doit être suffisamment encadrée, un autre danger de ce type d'opérations est lié au « back-sourcing », c'est-à-dire à la reprise par le client ou par un autre prestataire des activités précédemment sous-traitées au prestataire étranger, ce qui suppose la rédaction d'un Plan de réversibilité à mettre à jour régulièrement par le prestataire étranger afin de décrire les équipes, les niveaux techniques et tous éléments nécessaires à la réalisation des prestations en cause. ■

(1) 01 Informatique, 27 janvier 2006

(2) Veille EXP BLG : « L'offshore s'étend aux services d'infrastructure », Didier Navez, 8 novembre 2005

(3) JDN Solutions : « Les 40 pays de l'offshore les plus attractifs », Christophe Commeau, 1er décembre 2005.

EN BREF...

Peer-to-Peer. Dans une décision du 8 décembre 2005, le Tribunal de Grande Instance de Paris a relaxé un internaute qui, en septembre 2004, avait téléchargé 1212 oeuvres musicales grâce au logiciel Peer-to-peer Kazaa. Les producteurs de ces œuvres étant membres de la Société Civile des Producteurs Phonographiques, la SCPA a attaqué l'internaute pour contrefaçon. Cependant, le tribunal a considéré que le prévenu ne disposait d'aucune information pour éviter l'usage d'œuvres dont la diffusion n'était pas licite ; en particulier, le logiciel Kazaa ne permettait pas de distinguer les fichiers d'œuvres selon leur catégorie juridique. Le fait que le prévenu ait placé une copie des œuvres dans des répertoires partagés accessibles à d'autres utilisateurs ne permet pas, pour le tribunal, de conclure à la contrefaçon. Cela va à l'encontre de la tendance jurisprudentielle selon laquelle les internautes ayant téléchargé des fichiers via un réseau « peer-to-peer » sans autorisation préalable des ayants droit étaient coupables de contrefaçon, même quand l'utilisation était exclusive de tout commerce. Ce revirement de jurisprudence s'alignerait avec l'amendement très controversé déposé par les députés fin décembre 2005 concernant le Projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information et visant à légaliser le téléchargement sur les réseaux peer-to-peer.