

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**Le contrat d'outsourcing. Aspects liés à la durée
et au caractère intégratif.**

par
Catherine DELFORGE

Doc. 2002/2

Rapport présenté au colloque organisé par le
Centre de droit des obligations le 22 février 2002
sur les aspects juridiques de l'outsourcing

TITRE III. LE CONTRAT D'OUTSOURCING

ASPECTS LIES A LA DUREE ET AU CARACTERE INTEGRATIF

PAR

CATHERINE DELFORGE

ASSISTANTE AU CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'U.C.L.

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES,

SIMONET, KELDER, PARAMORE, DOMONT & MERTENS

INTRODUCTION

1. – Le droit des contrats, d'une apparente stabilité, connaît pourtant ces dernières décennies d'importantes évolutions que lui insufflent des influences diverses. Parmi celles-ci, la pratique des affaires est certainement un des principaux instruments de progrès.

Le monde économique évolue à une vitesse continue et favorise notamment l'émergence de nouvelles formes d'organisations entrepreneuriales⁽¹⁾, et, avec elles, l'efflorescence de nouveaux contrats innomés par le code civil. Concurrence accrue, nouvelles techniques de coordinations interentreprises, spécialisation croissante de nombreux secteurs d'activités constituant les composantes d'autres, besoins en capital humain hautement qualifié, discontinuité et imprévisibilité des progrès technologiques, ... voilà autant de facteurs, et il y en a d'autres, qui forcent le renouveau contractuel. Face à un marché en perpétuel mouvement, les entreprises doivent, si elles souhaitent résister aux atteintes concurrentielles, s'adapter, accepter de s'organiser autrement et emboîter le pas du changement.

2. – L'*outsourcing* est un exemple frappant de cette évolution. Œuvre issue de l'imagination créatrice de la pratique⁽²⁾, le phénomène imprègne désormais tous les secteurs, tant privés que publics, et s'étend au-delà des frontières nationales - par le phénomène dit du *global sourcing*⁽³⁾ - , connaissant une surprenante croissance⁽⁴⁾. Qui plus est, initialement limité à des activités perçues comme accessoires (surveillance, nettoyage, ...), il touche désormais aussi les activités de base de certaines entreprises (gestion des sinistres dans une entreprise d'assurance, ...) ⁽⁵⁾.

¹ H. HOUSEN, « Outsourcing, sous-traitance des activités de base », *M.D.A.*, 1996, p. 25 ; E. BROUSSEAU, « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *Petites Affiches*, Décembre 1998, n° 147 également disponible sur internet ; M. ESTEVAO et S. LACH, « Measuring temporary labour outsourcing in U.S. manufacturing », *NBER Working Paper 7421*, Novembre 1999, p. 1 ; M. PATRY, « Faire ou faire faire : La perspective de l'économie des organisations », *Cahiers CIRANO*, n° 94c-1, Montréal, Août 1994.

² Pour reprendre une formulation de B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à Roger Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 3 à 33.

³ On désigne par « *global sourcing* » le fait, pour une entreprise, de confier à des prestataires de services spécialisés étrangers la prise en charge de processus n'appartenant pas à ses activités de base.

⁴ V. notamment *Trends Tendances*, 21 juin 2001, n° 25. Selon une étude menée par MCKINSEY, « les entreprises devraient économiser 400 milliards USD en recourant à l'externalisation de leurs services. A l'horizon 2008, l'ensemble des volumes d'activités outsourcées devraient peser quelque 500 milliards USD » (p.38). Les journalistes relèvent en outre une croissance « spectaculaire » de 17 %.

⁵ En réalité, ces deux perspectives sont en effet, dans la pratique, appréhendées sous ce même vocable.

V. H. HOUSEN, *o.c.*, 1996, p. 23. L'auteur admet l'*outsourcing* des activités essentielles de la société. Cependant, cet élargissement résulte du fait qu'il semble faire une distinction entre la sous-traitance, par laquelle une entreprise fait traiter certaines de ses activités *accessoires* (parc automobile, catering, surveillance ...), et l'*outsourcing* qui serait un pas supplémentaire en ce qu'il porte sur des activités *essentielles*.

3. – Nombreuses sont aujourd'hui les entreprises ayant fait le choix de concentrer leurs activités autour de ce qui constitue plus spécifiquement leur « *métier* » (*core business*) ⁽⁶⁾ et à ne plus s'investir, parce que les investissements - humains et financiers - nécessaires sont perçus comme disproportionnés, dans des activités plus accessoires. Il en est en particulier ainsi lorsque celles-ci connaissent des évolutions techniques fréquentes. Ce recentrage se joint alors souvent à une démarche complémentaire d'« *externalisation* », consistant à déléguer la gestion d'une fonction interne à un tiers, tout en se maintenant une maîtrise d'œuvre sur le secteur concerné. Il s'agit alors pour l'entreprise qui outsource de se focaliser sur son activité de base, celle pour laquelle elle bénéficie déjà d'un avantage compétitif marqué, et de confier certains sous-systèmes - en vertu du principe de subsidiarité - à une autre entreprise spécialisée dans ce domaine.

4. – Trouvant appui dans l'analyse économique des coûts de transaction, telle que définie notamment par O. E. WILLIAMSON ⁽⁷⁾, ce mécanisme particulier permettrait de réduire coûts de production et de transaction de l'entreprise concernée, lui assurant ainsi une plus grande compétitivité.

Le mécanisme est simple et procède d'un choix stratégique de l'entreprise.

5. – Amenée à choisir son mode de gouvernance ⁽⁸⁾, c'est-à-dire les dispositifs de coordination destinés à assurer la réalisation des transactions, l'entreprise se trouve en effet face à plusieurs alternatives d'« *alliances* » ou de partenariat en fonction de l'intensité des liens qu'elle accepte de nouer avec le tiers-fournisseur du service. Elle pourrait, tout d'abord, préférer recourir à plusieurs contrats d'entreprise successifs, définissant alors elle-même la prestation à accomplir et donnant à son contractant les instructions nécessaires à leur exécution contre le paiement d'une rémunération. C'est le mode le moins « intégré » de relation. Mais l'entreprise peut être tentée d'atteindre un degré plus élevé de délégation. Le choix d'une filialisation, voire d'une intégration verticale pure en son sein, pourraient alors être envisagés. Le maintien dans son giron du secteur concerné présente cependant souvent l'inconvénient d'une gestion moins efficace. Elle est aussi plus coûteuse en termes de mécanismes de supervision et de contrôle ⁽⁹⁾. L'entreprise peut alors privilégier une voie intermédiaire ; celle de l'externalisation. Ce faisant, elle concède au tiers un droit d'ingérence dans ses propres activités tout en lui préservant une large marge d'autonomie ⁽¹⁰⁾.

6. – Si *l'outsourcing*, de par sa nature juridique, est une forme particulière de contrat d'entreprise - par le fait que le client qui y recourt entend faire exécuter certaines prestations par un

⁶ J.W. LOMAN, T. VAN DOORNE, « Outsourcing, Legal and Transactional Aspects », Colloque Estoril, Portugal, 6 au 9 mai 1999.

⁷ O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, 1985 ; O.E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies : analysis and antitrust implications*, The Free Press, New York, 1975 ; O.E. WILLIAMSON, *The Mechanism of Governance*, Oxford University Press, 1996.

⁸ E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p. 2. V. également M. PATRY, *o.c.*, 1994, pp. 3 et suivantes.

⁹ E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p. 2.

¹⁰ On ne peut omettre les inconvénients de cette démarche. *L'outsourcing* n'est en effet pas un « remède miracle ». C'est une décision qui doit être prise en pleine connaissance de cause, et en particulier des inconvénients qu'elle représente nécessairement. Comme le relève H. HOUSER (*o.c.*, *M.D.A.*, 1996, p. 25), l'externalisation génère d'importantes répercussions sociales, mais aussi un sentiment de dépendance dans le chef du client qui ne garde nécessairement plus la pleine maîtrise d'un de ses secteurs d'activité et éprouvera dès lors de plus grandes difficultés à surmonter seul une éventuelle rupture de la relation nouée. Enfin, la perte de contrôle du donneur d'ordres peut engendrer une perte de son identité, mais aussi de son savoir-faire. Les différences de culture entre les parties, particulièrement vraies dans le *global sourcing*, peut en outre engendrer des mésintelligences difficiles à affronter. V. sur ce point également, d'un point de vue économique, les considérations de E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, pp. 2 et suivantes. V. également P. KLINGER et R. BURNETT, *Drafting and Negotiating Computer Contracts*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1994, p. 337 (*facilities management*).

tiers indépendant - il présente la particularité d'impliquer en lui-même un partenariat plus étroit que ce qu'impliquerait la succession de contrats distincts ⁽¹¹⁾. Par le fait même qu'une entreprise tierce va participer, pendant une période étalée dans le temps, à l'accomplissement de prestations normalement internes à la société cliente, la réussite du secteur externalisé est désormais dépendante de leurs volontés communes ; elle devient une œuvre qui, nécessairement, impliquera une collaboration plus poussée, et où la confiance mutuelle jouira d'un statut sécurisateur ⁽¹²⁾.

CHAPITRE I. GENERALITES SUR LE CONTRAT D'OUTSOURCING

SECTION 1. NOTION ET CARACTERISTIQUES DU CONTRAT D'OUTSOURCING

7. – L'*outsourcing* constitue, davantage aux États-Unis qu'en Europe où il reste plus prudent, un terreau fertile aux discussions, principalement en économie.

8. – Peu d'auteurs francophones se sont cependant essayés à définir juridiquement le concept - encore dénommé « *impartition* » au Canada ⁽¹³⁾ - et à en tracer les spécificités. Les seuls écrits de doctrine semblent en effet se limiter à un domaine particulier, certes précurseur et d'importance considérable, qui est celui de la gestion des services informatiques (ou *infogérance*) ⁽¹⁴⁾. L'on retrouve également plusieurs contributions consacrées à une analyse des conséquences sociales, voire fiscales, que de tels choix imposent pour l'entreprise désireuse d'externaliser.

Même aux États-Unis, où le concept est né dans les années 80, rare est la littérature juridique qui y est consacrée. Si l'on trouve bien des guides aidant à la rédaction des conventions, aucune réflexion d'ensemble ne paraît avoir été menée. Pourtant, sur ce plan également, le phénomène demande à être précisé.

9. – Le terme anglo-saxon « *outsourcing* », qui n'a nul équivalent parfait en français, est généralement traduit par « *externalisation* ». Le choix d'un concept n'est cependant pas, en l'espèce, garant d'une clarification de son contenu, puisque même ainsi traduit, il est apte à recouvrir dans la pratique des réalités bien différentes.

10. – Outre qu'il fait l'objet d'une terminologie des plus variée ⁽¹⁵⁾, le concept recouvre en effet des réalités diverses selon son objet et la plus ou moins grande maîtrise que se réserve celui qui y recourt.

¹¹ M. PATRY, *o.c.*, 1994, p. 2.

¹² L'approche économique confirme ce sentiment. V. E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, pp. 12 et suivantes. V. encore E. BROUSSEAU, *L'économie des contrats : technologies de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993 ; E. BROUSSEAU, « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, RAVIX J.L. (Ed.), C.N.R.S., Paris, 1996, pp. 23-51 ; E. BROUSSEAU, P. GEOFFRON et O. WEINSTEIN, « Confiance, connaissance et Organisations », in *Economie de la connaissance et Organisations : Entreprises, territoires, réseaux*, L'Harmattan, Paris, pp. 402-433 ; DOSI G., TEBCE D. et WINTER S., « Les frontières des entreprises : vers une théorie de la cohérence de la grande entreprise », *Rev. d'écon. Ind.*, 1990, Vol. 51, 1^{er} trimestre, pp. 238-254 ; C. MENARD, « Comportement rationnel et coopération : le dilemme organisationnel », *Cahiers d'économie politique*, 1994, Vol. 24-25.

¹³ Le terme néerlandais est « *uitbesteding* ».

¹⁴ J.F. RAIMOND, « L'externalisation, un acte courant », *Banque, Dossier*, n° 565, p. 22. V. notamment S. ROZENFELD, « Contrat de *facilities management*, Des pratiques à géométrie variable », *Expertises*, 1992, pp. 213-215 ; E.M. BEY, « Du contrat de 'facilities management' », *Gaz. Pal.*, 1991, 1, *Doctrine*, p. 21. V. dans le même sens « Les contrats spéciaux de l'informatique, Le contrat de *facilities management* », *Lamy informatique et réseaux*, p. 744 ; Fr. DUPUIS-TOUBOL et Fr. VERGNE, « Le contrat de *Facilities Management* », *J.C.P.*, Ed. E., n° 9-10, 1993, *Chron.*, p. 111 n° 2.

¹⁵ Les termes suivants sont en effet trouvés : *facilities management*, *outsourcing*, *insourcing*, *bodyshopping*, mise à disposition, sous-traitance, *resource management*, contrats de prestations de services, *consultancy* ... V. Th. VIERIN,

11. – Ainsi, peut-on recenser trois mécanismes appréhendés par la pratique sous le terme d'externalisation. Il se peut, tout d'abord, qu'une entreprise décide de « sous-traiter » une de ses activités en recourant aux services d'une société tierce présentant une compétence assise dans ce domaine. Pour ce faire, elle peut, au sens propre comme au figuré, « externaliser » ce secteur, c'est-à-dire transférer au tiers-fournisseur, non seulement un pouvoir de décision, mais également les actifs, tant matériels qu'humains, qui y sont attachés. C'est alors ce que l'on peut nommer l'*outsourcing* au sens strict du terme puisqu'il s'agit bien d'« extraire » de l'entreprise une de ses branches d'activité.

Mais l'analyse de la pratique démontre qu'elle envisage également sous ce vocable les situations où la mission confiée au tiers est exécutée dans les locaux mêmes de l'entreprise qui outsource. L'externalisation est alors plus clandestine en ce qu'elle n'entraîne aucun transfert de personnel ou de biens, matériels ou immatériels, et aucune délocalisation de la branche d'activité concernée : les prestations restent effectuées - à tout le moins en apparence - en « interne ». Dans ce dernier cas, deux perspectives sont alors envisageables selon que les tâches ainsi déléguées sont exécutées en partie avec l'aide du personnel de l'entreprise qui outsource mais sous la direction « de fait » de la société tierce (*outsourcing + inhouse*) ou avec du personnel travaillant pour le compte de cette dernière (*outsourcing + consultancy*)⁽¹⁶⁾.

12. – La localisation des prestations n'est cependant pas en elle-même déterminante de la qualification du contrat d'*outsourcing* ⁽¹⁷⁾. Que les prestations soient exécutées en interne ou en externe, c'est en effet toujours sous la responsabilité d'un tiers indépendant et l'externalisation est donc bien présente. Celle-ci vise en réalité davantage **le déplacement d'une sphère de compétence et de responsabilité du client vers son fournisseur** ⁽¹⁸⁾. Le noyau dur de l'*outsourcing* consiste ainsi dans le transfert de la gestion d'un sous-secteur vers une société tierce, et ce quel que soit le lieu d'exécution des prestations.

13. – Cependant, bien que, désormais, le tiers supporte une responsabilité personnelle dans la gestion de la branche outsourcee, le client ne se trouve pas pour autant totalement dépouillé de tout pouvoir. Il reste le maître d'œuvre et, à ce titre, dispose d'un pouvoir d'autorité, de contrôle et de surveillance sur l'exécution des prestations. La branche externalisée reste en effet un de ses secteurs propres d'activités et sa réussite lui incombe également.

L'*outsourcing* a ainsi pour spécificité d'organiser une large délégation dans l'exécution d'une tâche qui reste propre à l'entreprise concernée, délégation supposant cependant nécessairement l'ingérence d'un tiers au sein du fonctionnement de la première. Et c'est cette collaboration nouvelle qui devra être encadrée conventionnellement.

SECTION 2. REGIME JURIDIQUE

§1. REMARQUE PRELIMINAIRE : IMPROPRIETE DU TERME « SOUS-TRAITANCE »

« Pourquoi et comment sous-traiter ? », *Séminaire des 3 et 4 octobre 2000, Aspects sociaux de la sous-traitance*, EFE, Belgique, p. 4 ; E.M. BEY, *o.c.*, 1991, p. 19 ; Fr. DUPUIS-TOUBOL et Fr. VERGNE, *o.c.*, 1993, p. 112, n° 5.

¹⁶ Ces deux dernières situations sont à distinguer de la mise à disposition de travailleurs, pratique interdite par la loi du 24 février 1987, modifiée notamment par la loi-programme du 12 août 2000 (*Mon.b.*, 31 août 2000). V. sur ce point récemment : M. GOLDFAYS et M.-N. VANDERHOVEN, « La mise à disposition de travailleurs », *J.T.T.*, 2001, pp. 421 à 428.

¹⁷ E.M. BEY, *o.c.*, 1991, p. 19. V. également *supra* M. FONTAINE, « Le contrat d'outsourcing : Aspects juridiques », n° 13 et suivants.

¹⁸ « *The (contractual) transfer of an activity to a third party whereby an important amount of the control over the decisions concerning these activities or services is given to this third party* » : R. CLAES et J. SWINNEN, « Outsourcing, Legal and transactional aspects, Report for Belgium », *Séminaire Estoril, Portugal*, mai 1999, p. 1.

14. – La pratique substitue souvent au terme *outsourcing* celui de sous-traitance⁽¹⁹⁾. L'intitulé de nombreux contrats en atteste. De même, il semble que, pour appréhender le phénomène de l'externalisation, certains praticiens opèrent une distinction entre deux de ses formes : la sous-traitance « *simple* », qui se rapproche davantage du contrat d'entreprise au sens strict du terme, et la sous-traitance « *avec capitaux* » s'apparentant alors davantage de l'externalisation au sens strict.

15. – Cette terminologie est cependant impropre d'un point de vue juridique⁽²⁰⁾.

En droit, la sous-traitance est en effet définie comme l'opération par laquelle un entrepreneur confie, sous sa responsabilité, à une autre personne (le sous-traitant), tout ou une partie de l'exécution du contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage. Elle suppose donc nécessairement une relation à trois personnes, issue de la superposition de deux contrats d'entreprise distincts. Ainsi définie, la sous-traitance se distingue fondamentalement de l'*outsourcing* qui n'implique nullement que le fournisseur exécute un engagement qu'aurait contracté envers un tiers son donneur d'ordres.

16. – La précision des termes est importante. Il nous paraît dès lors préférable de ne pas nous joindre au vocabulaire utilisé par la pratique sur ce point. Le risque d'incompréhension entre praticiens et juristes, lesquels sont pourtant naturellement appelés à accompagner les premiers dans la rédaction des contrats et la résolution des éventuels litiges y relatifs, impose le choix d'un langage commun. Une dénaturation des termes légaux n'est en l'espèce pas justifiée et serait plus lourde de conséquences que le bénéfice que l'on pourrait en retirer.

17. – Cette observation reste de portée nuancée. Quelle que soit, en effet, la qualification retenue par les parties, celle-ci n'aura que peu d'influence. Tout d'abord, parce qu'elle ne lie nullement le juge, mais encore parce que les termes courants utilisés renvoient uniquement à une réalité économique sans réelle incidence sur le régime juridique qui y sera applicable. Quel que soit le visage sous lequel se présente la décision d'externalisation, elle sera toujours soumise, à défaut de clauses contractuelles claires et satisfaisantes, aux règles applicables au contrat d'entreprise.

§2. L'OUTSOURCING, UNE FORME DE CONTRAT D'ENTREPRISE

18. – Le contrat d'*outsourcing* est une forme de contrat d'entreprise⁽²¹⁾ ⁽²²⁾. C'est un contrat de services⁽²³⁾ soumis aux articles 1710 et suivants du code civil. Il n'est cependant pas exclu qu'à ce socle de base, se joignent d'autres contrats, tels que par exemple une convention de représentation.

¹⁹ V. notamment J. GATSI, *Le contrat-cadre*, L.G.D.J., Paris, 1996, qui lui-même qualifie de « sous-traitance industrielle », le « *contrat par lequel une entreprise dont l'activité est d'offrir à sa clientèle un produit ou des services, fait exécuter par une autre une partie des tâches qui entrent dans le cycle de son activité* ». Et d'ajouter que, « *au travers d'un tel contrat, il s'agit pour un contractant de globaliser et d'organiser leurs relations futures qui seront permanentes* ».

²⁰ V. dans le même sens E.M. BEY, *o.c.*, 1991, p. 21 ; *Lamy informatique et réseaux*, p. 744 ; M. FONTAINE, « Le contrat d'outsourcing : Aspects juridiques », n° 7 et suivants.

²¹ Fr. DUPUIS-TOUBOL et Fr. VERGNE, *o.c.*, 1993, *Chron.*, p. 111, n° 2 ; E.M. BEY, *o.c.*, 1991, 1, *Doctrine*, p. 21 ; « Les contrats spéciaux de l'informatique, Le contrat de facilities management », *Lamy informatique et réseaux*, p. 745, n° 1312.

²² Ceci rend encore plus pertinents les propos de A. BENABENT selon lequel « (...) nous vivons dans une économie de biens et de services (...) on peut dire que le contrat d'entreprise est devenu le second pilier d'une économie de biens et de services : il est, dans le secteur des services, le pendant de ce qu'est la vente dans le secteur des biens » (A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Paris, 1993, p. 254).

²³ C'est un contrat de services en ce sens qu'il impose des obligations de faire. Fr. GLANSDORFF, « Les contrats de service : notion et qualification », in *Les contrats de service*, Ed. J.B.B., 1994, p. 8.

19. – L'externalisation est avant tout la finalité poursuivie par une entreprise souhaitant se dégager, pour une certaine durée, de la gestion d'un service existant ou désirant créer un nouveau secteur pour lequel elle ne se sent pas suffisamment compétente que pour en assurer elle-même directement la responsabilité. Plusieurs contrats sont alors souvent conclus conjointement aux fins de concourir à cette opération juridique unique.

20. – L'*outsourcing* est ainsi une opération juridique, davantage que le contrat qui en assure la principale assise ⁽²⁴⁾. Ce dernier, de par la particularité du mécanisme qu'il met en œuvre, présentera toujours plusieurs traits qui le singularisent :

- il s'agit toujours, pour le tiers, d'exécuter, sous sa responsabilité (ou sa maîtrise d'œuvre), des prestations matérielles ;
- ces prestations sont exécutées par le tiers en toute indépendance et, sauf volonté contraire, sans qu'il ne dispose d'un pouvoir de représentation ⁽²⁵⁾ ;
- ces prestations relèvent d'un secteur d'activité propre au client, qu'il soit accessoire ou principal ;
- le tiers se lie souvent au client par un engagement précisé en termes de « performances » sur la durée et moyennant un prix généralement fixé contractuellement ⁽²⁶⁾ .

C'est un contrat à titre onéreux, synallagmatique, consensuel, *intuitu personae* dans le chef des deux parties ⁽²⁷⁾, mais aussi à prestations successives.

21. – Qualifier le contrat d'entreprise implique cependant, à défaut de stipulation contraire des parties,

- que l'indétermination du prix au moment de la conclusion du contrat n'entraîne pas la nullité de celui-ci ;
- que le fournisseur ne supporte en principe qu'une obligation de moyens ;
- que l'article 1794 du code civil est applicable et autorise au maître d'œuvre à rompre le contrat unilatéralement moyennant une indemnisation de son contractant.

SECTION 3. CLAUSES ET STRUCTURE DU CONTRAT D'OUTSOURCING

§1. GENERALITES

22. – Les obligations imposées aux parties ne présentent pour la plupart guère d'originalité ⁽²⁸⁾. Il s'agira toujours, pour le fournisseur, de respecter ses obligations de renseignement, de sécurité et de conseil - considérée en France comme étant de résultat ⁽²⁹⁾ -, mais aussi de bien exécuter le travail convenu dans les délais fixés. Quant au client, et conformément aux principes dégagés en matière de contrat d'entreprise, celui-ci demeure tenu par un devoir de collaboration, lui imposant notamment de s'inquiéter activement de la bonne exécution du contrat ⁽³⁰⁾ et lui interdisant de modifier déraisonnablement ses commandes

²⁴ Fr. DUPUIS-TOUBOL et Fr. VERGNE, *o.c.*, 1993, *Chron.*, p. 111 n° 2. V. également Lamy informatique et réseaux, p. 744.

²⁵ Ces deux premières conditions coïncident à proprement parler avec la notion de contrat d'entreprise tel que l'entend la doctrine. V. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Fr. POTTIER, *Le contrat d'entreprise, Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, Les dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, 2001, pp. 21 et suivantes.

²⁶ J.F. RAIMOND, « L'externalisation, un acte courant », *Banque, Dossier*, n° 565, p. 23.

²⁷ Avec toutes les conséquences qu'une telle qualification implique. V. sur ce point Y. MERCHERS, *o.c.*, 1994, pp. 314 et suivantes. V. également *infra*, n° 248 et suivantes.

²⁸ C.L. GAY et J. ESSINGER, *Inside Outsourcing, The insider's guide to managing strategic sourcing*, Nicholas Brealey Publishing, Londres, 2000, p. 37 et suivantes.

²⁹ Cass. Fr., 2 janvier 1972, *J.C.P.*, 1973.II.17300 et note J.M. LELOUP.

³⁰ C.A. Paris, 1^{er} juillet 1980, *Expertises*, n° 20.

lorsqu'une modification de l'objet des prestations est conventionnellement autorisée. Il devra de même payer le prix convenu dans les délais précisés par le contrat ⁽³¹⁾.

23. – Au-delà, le contrat d'*outsourcing* va souvent receler des clauses particulières ⁽³²⁾. Tout d'abord, les prestations imposées au fournisseur seront souvent soigneusement consignées dans le contrat de base ou dans une de ses annexes (définition technique de la prestation ou du produit, circonstances techniques de leur achat, responsabilités respectives, délais et lieu d'exécution, paiement, conditions suspensives et résolutoires ...). Ensuite, la durée du contrat, de même que ses possibilités de dissolution anticipée et les conséquences de sa terminaison, font toujours l'objet de négociations poussées dont le fruit se fonde dans des clauses sophistiquées. Enfin, dans la mesure où, désormais, la réussite de l'activité externalisée dépend de l'apport des deux parties, sont prudemment envisagés le sort de la propriété des programmes, de même que les contours de l'obligation de confidentialité et de sécurité des services, l'accessibilité du client aux données et lieux de stockage, l'assurance-dommages, ...

§2. LES PROBLÉMATIQUES JURIDIQUES POSEES

24. – Outre les incidences sociales de l'*outsourcing* ⁽³³⁾, seules à être appréhendées de manière substantielle par la doctrine belge, la relation nouée interroge le juriste.

A. Conseils généraux quant à la rédaction du contrat d'*outsourcing*

25. – Plusieurs considérations nous paraissent importantes pour la rédaction du contrat.

26. – Tout d'abord, le contrat d'*outsourcing* ne peut se présenter à notre sens comme un ensemble de clauses standards sans considération de la particularité de la relation qu'il entend saisir ⁽³⁴⁾. Il est dès lors important de négocier la plupart de ses termes et de préciser l'étendue des activités déléguées. Ceci aura en effet une incidence directe sur les positions juridiques respectives des parties.

27. – Ensuite, il faut se garder de transposer sans réfléchir en Belgique les contrats anglo-saxons. La notion de contrat y est différente, mais également l'approche qui y est faite des obligations respectives des parties. Les *civil lawyers* sont en outre souvent plus dogmatiques et définissent traditionnellement de manière plus substantielle les événements à même de troubler l'exécution du contrat. Si cette pratique peut se révéler contestable - notamment en ce qu'elle comporte le risque que certaines éventualités soient omises -, elle nous paraît préférable. Elle assure en effet une plus grande prévisibilité de la règle et garantit ainsi un cadre conventionnel plus rassurant et, à la condition de faire l'objet d'une formulation précise, moins sujet à interprétation.

³¹ E.M. BEY, *o.c.*, 1991, p. 22.

³² E.M. BEY, *o.c.*, 1991, p. 22.

³³ V. en particulier Chr. ENGELS et O. WOUTERS, « Outsourcing : enjeu et conséquences au regard de la convention collective n° 32 bis relative au transfert d'entreprise et de la loi du 24 juillet 1987 relative au détachement et au prêt de personnel », in *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 69-124 ; Chr. ENGELS, « Outsourcing, de individuele en collectieve rechten van de werknemers bij overgang van onderneming », *J.T.T.*, 1999, pp. 129-144 ; Ph. GOSSERIES, « Le transfert d'entreprise (directive n°77/187/CEE, Champ d'application, obligation d'information et de consultation, sanctions », *J.T.T.*, 1994, pp. 313-319 ; J.F. GERMAIN, « L'outsourcing et la protection des travailleurs », *Sociétés, Direction et Gestion*, 17 juin 1999 ; S. ROZENFELD, « Contrat de *facilities management*, Des pratiques à géométrie variable », *Expertises*, 1992, p. 214. V. également *infra*, la contribution de Fr. ROBERT, « Les aspects sociaux de l'outsourcing ».

³⁴ Fr. DUPUIS-TOUBOL et Fr. VERGNE, *o.c.*, 1993, p. 115, n° 20.

28. – Quant au contenu des contrats, on constate par ailleurs une sophistication croissante de celui-ci ⁽³⁵⁾. Celle-ci se justifie à notre sens davantage dès lors que le contrat est complexe et que sa durée est importante ⁽³⁶⁾.

B. Structure des contrats d'*outsourcing*

29. – Les contrats d'*outsourcing* se présentent généralement en **deux parties** ⁽³⁷⁾ : d'une part, des conditions générales couvrent les aspects généraux de la relation sans spécification de la situation particulière et, d'autre part, des annexes (*Appendices* ou *Schedules*), encore dénommées *Service Legal Agreement* ou plus simplement « annexes techniques », viennent en particulieriser les contours.

30. – La pratique du **préambule** est également courante. Elle permet souvent de définir les spécificités et compétences de l'entreprise fournissant le service et la volonté du client de recourir à elle.

Ceci n'est pas propre aux contrats d'*outsourcing*. La plupart des contrats, principalement internationaux, débutent en effet de la sorte. « *Les parties y développent une série de considérations qu'elles jugent utiles d'exposer avant d'aborder le corps même du contrat. Elles commencent souvent par se décrire et par souligner leurs compétences respectives. Elles exposent les objectifs du contrat et les circonstances qui les ont conduites à se rapprocher pour collaborer* » ⁽³⁸⁾.

Sur ce point, il est intéressant de constater que les contrats d'*outsourcing* restent souvent muets quant aux compétences de la société qui externalise, mais se bornent, de manière très sommaire ⁽³⁹⁾ - ce qui contraste avec la plupart des conventions qui y font habituellement référence ⁽⁴⁰⁾ -, à relever celles présentées par la société prestataire du service, et à rappeler que la démarche a été initiée par le client. Ce constat nous paraît significatif de l'importance que revêt, dans le cadre de l'*outsourcing*, l'« apport » qu'est censé constituer la société tierce dans la gestion du secteur concerné.

Rappelons que la portée des préambules est limitée ⁽⁴¹⁾. Ceux-ci pourront généralement tout au plus avoir une incidence sur l'interprétation du contrat en cas de litige.

Ils pourraient cependant également être retenus pour établir un éventuel vice du consentement ou une *misrepresentation*. Par contre, la brièveté de leur contenu et la généralité de leurs termes paraissent rarement pouvoir asseoir des obligations spécifiques imposées aux parties. Mais cette

³⁵ C.L. GAY et J. ESSINGER, *o.c.*, 2000, pp. 131 et suivantes.

³⁶ Dans le même sens, B. AUBERT, M. PATRY et S. RIVARD, « The Structure of Incentives in a Major Information Systems Outsourcing Contract : The Case of a North American Public Organization », *CIRANO, Série scientifique, Document n°95s-14*, Montréal, Mars 1995, p. 2.

³⁷ C.L. GAY et J. ESSINGER, *o.c.*, 2000, p. 138.

³⁸ M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, FEC, FEDUCI, 1989, p. 55. Ce préambule « permet aux deux parties de préciser leurs objectifs. Ce document est extrêmement précieux pour fixer leur commune intention » (M. COIPEL, Y. POULLET, *o.c.*, in *Le droit des contrats informatiques, Principes - Applications*, Précis de la Faculté de droit de Namur, CID, Larcier, Bruxelles, Société d'études morales, sociales et juridiques, Namur, 1983, p. 5-6 et pp. 187 et suivantes). V. encore H. LESGUILLONS, *Lamy, Contrats internationaux*, Décembre 2001, Tome 5, n° 71 et suivants.

³⁹ Exemple de préambule :

« Attendu que dans le cadre d'une collaboration entre les deux entreprises et en vue de l'exécution de tâches spécialisées pour lesquelles des compétences professionnelles particulières sont exigées,
Attendu que X peut offrir ces compétences professionnelles que recherche Y,
Attendu que les deux parties conviennent de conclure le présent contrat,
Il a été convenu ce qui suit (suivent les clauses contractuelles) ».

⁴⁰ M. FONTAINE, *o.c.*, 1989, p. 58.

⁴¹ *Ibidem*.

éventualité n'est pas à exclure et seule une lecture attentive de leurs termes permettra au juge ou à l'arbitre de dégager leur réelle portée juridique.

31. – Au-delà de ces considérations préliminaires, nous entendons à présent étudier tout particulièrement **deux problématiques propres à la relation d'externalisation**. Celle-ci présente en effet deux caractéristiques principales invitant à une réflexion plus poussée quant à son contenu :

- le fait que cette relation va nécessairement s'inscrire dans la durée et se présentera comme une réalité « temporalisée » par les parties, tant en amont qu'en aval : le temps y est institué et en lui-même perçu comme un instrument de flexibilité ;
- le fait qu'elle met en relation particulièrement étroite deux sociétés, impliquant dès lors davantage de démarches coopératives.

CHAPITRE II. ASPECTS LIES A LA DUREE DU CONTRAT

32. – Le contrat d'*outsourcing* a naturellement vocation à s'étaler sur plusieurs années afin de permettre au prestataire d'amortir les dépenses faites et au client de ressentir les bienfaits de sa décision. Outre les clauses habituelles présentes dans la plupart des contrats à prestations successives (précision d'un terme conventionnel, résolution pour faute, résiliation anticipée ...), des clauses plus spécifiques assurent, en jouant sur le facteur temps, l'indépendance du client (clause de réversibilité) et l'évolutivité du secteur externalisé (clauses d'évolution et de renégociation, clauses assurant suivi de l'exécution) ⁽⁴²⁾.

33. – D'une manière générale, les clauses relatives à la durée du contrat d'*outsourcing* sont particulièrement sophistiquées. Elles envisagent en effet tant l'encadrement temporel de la relation nouée - en en pointant un début et une fin, mais aussi un possible débordement des frontières initialement posées - que l'épanouissement permanent des consentements originaires.

SECTION 1. REMARQUES PRELIMINAIRES : LE CONTRAT D'OUTSOURCING AU REGARD DU FACTEUR TEMPS

34. – Bien que non envisagé en tant que tel par les rédacteurs du code civil comme susceptible d'exercer une influence sur le régime juridique applicable, le facteur « temps » permet d'apprécier le contrat sous différents angles.

35. – Les contrats peuvent tout d'abord être de **durée déterminée ou indéterminée**, selon qu'ils sont ou non assortis d'un terme conventionnel. Selon la doctrine et la jurisprudence, la stipulation ou non d'un terme est principalement pertinente en ce qu'elle conditionnera, de manière indirecte, la possibilité pour les parties d'anticiper, par leurs volontés isolées, le moment de l'échéance du contrat ⁽⁴³⁾. Nous reviendrons sur cette problématique *infra* ⁽⁴⁴⁾.

36. – Le critère de la durée peut également influencer **l'exécution du contrat**. La doctrine opère alors une distinction selon que le contrat suppose une exécution instantanée, continue ou successive. Le contrat d'*outsourcing* est assurément un contrat à prestations successives faisant

⁴² Fr. DUPUIS-TOUBOL et Fr. VERGNE, *o.c.*, 1993, p. 113.

⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Thémis*, n° 147, p. 490. V. également J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, L.G.D.J., Paris, Thèse, 1969, p. 5 selon qui « (...) la distinction du contrat à durée déterminée et du contrat à durée indéterminée ne se manifeste qu'à deux moments entre lesquels elle demeure latente. Elle apparaît lors de la conclusion du contrat sous la forme d'une option offerte aux parties qui, choisissant l'une ou l'autre de ses termes, borneront ou non la durée de leurs rapports. Sans intérêt tout au cours de son exécution, la classification réapparaît fondamentale lors de l'extinction du contrat ».

⁴⁴ V. *infra*, n° 47 et suivants.

« (...) se succéder dans le temps des prestations qui pourraient rationnellement constituer autant de contrats distincts, mais qui sont considérées comme formant un tout en raison de l'unité de l'acte originaire » ⁽⁴⁵⁾.

Cette qualification exercera une influence quant aux effets de la résolution pour faute du contrat. Dans ce cas, en effet, la rétroactivité de cette sanction pourrait être limitée aux prestations qui n'étaient plus mutuellement satisfaisantes ⁽⁴⁶⁾.

37. – Enfin, une dernière influence du temps peut être relevée ; outre l'influence du temps sur l'existence ou l'exécution de la convention, la **durée de l'efficacité** de celle-ci est également un élément important. Elle permet en effet de rendre compte d'une dissociation temporelle des moments de la conclusion du contrat et de sa prise d'effet, mais aussi, et surtout, de la possible poursuite des effets du contrat au-delà de sa dissolution (obligations post-contractuelles) ⁽⁴⁷⁾.

Nous envisagerons cette dernière perspective ultérieurement au moment où nous aborderons plus spécifiquement le mécanisme de réversibilité mis en œuvre dans les contrats d'*outsourcing*.

SECTION 2. LA DUREE DES NEGOCIATIONS : CONTRACTUALISATION DES POURPARLERS ET DIVISIBILITE DU CONSENTEMENT

38. – La réalité témoigne de l'inadéquation et du caractère trop partiel de la lecture traditionnelle selon laquelle la naissance du contrat résulterait de la rencontre, en un moment précis dans le temps, de deux volontés isolées - l'offre et l'acceptation -, moment qui symbolise selon elle le passage entre le « néant » et la réalité contractuelle. Souvent, et le contrat d'*outsourcing* est exemplaire de cette réalité, la formation du consentement est progressive et rythmée par l'apparition de phases intermédiaires.

39. – La durée des négociations invite en effet plus naturellement les partenaires à ponctuer celles-ci de l'adoption de **contrats temporaires** dits « *de négociation* », dont l'objet consiste uniquement à aménager leur déroulement. De même, ils consentent parfois à se lier par des **accords « partiels »**, alors même que la conclusion du contrat définitif demeure incertaine, mais leur assurant à tout le moins que ce qui est acquis ne pourra plus être remis en question ⁽⁴⁸⁾.

Ainsi les parties peuvent-elles, dès l'amorce des pourparlers, prendre des engagements précis d'exclusivité de négociation, de secret et discrétion ... ou encore préciser qui d'elles prendra en charge les coûts des éventuelles études pré-contractuelles.

Ces documents présentent un même objectif, celui de préparer une étape de la vie du contrat, qu'il s'agisse de préparer les négociations ou la conclusion du contrat définitif. Ils présentent également souvent une assise temporelle limitée, disparaissant au moment précis où le contrat vient à prendre vie ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁵ J. CARBONNIER, *o.c.*, II, p. 488, n° 47.

⁴⁶ V. relativement à cette question M. FONTAINE, note sous Cass., 8 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 379 et suivantes.

⁴⁷ I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse Montpellier I, 1984, *Dactyl.*, pp. 5-6.

⁴⁸ Pour plus de détails sur la valeur juridique de ces documents, nous renvoyons principalement à l'ouvrage de M. FONTAINE, *o.c.*, 1989, spécialement pp. 34 et suivantes.

⁴⁹ Les contrats contiennent en effet souvent ce que la pratique nomme une « clause des quatre coins » - ou « *entire agreement* », limitant les engagements des parties à ce qui est déterminé dans les documents contractuels, par exception aux éventuels accords qui les ont précédés.

Exemple de clause : « *Entire Agreement. This Agreement, including all schedules, exhibits and attachments attached hereto, contains the complete understanding and agreement of the parties and supersedes all prior or contemporaneous agreements or understandings, oral or written, relating to the subject matter herein. Any waiver, modification or amendment of any provision of this Agreement will be effective only if in writing and signed by duly authorized representatives of the parties.* ».

40. – Il se peut encore qu'en cours de négociations, les parties manifestent leur volonté d'anticiper l'exécution du contrat sans pour autant renoncer à leur liberté de ne pas conclure. Elles s'autorisent alors à procéder à l'exécution d'une convention - afin de rencontrer l'urgence de la situation (clause « *authority to proceed* » ⁽⁵⁰⁾ - , alors même que l'existence de celle-ci reste aléatoire.

Cette clause est particulièrement intéressante, en ce qu'elle atteste de manière particulièrement claire de la possible divisibilité du consentement. Bien que nous n'en ayons trouvé aucun exemple dans le cadre de nos recherches, il est envisageable que certains actes d'exécution, participant à la mise en œuvre de l'externalisation, soient posés avant même que le contrat définitif n'ait été complètement élaboré.

41. – Mais ces situations ne sont pas particulières à la construction du contrat d'*outsourcing*. Elles se retrouvent dans la plupart des contrats de durée. D'autres éléments le particularisent davantage.

42. – La pratique témoigne que les négociations précédant la conclusion du contrat sont souvent très longues, et peuvent s'étendre sur plusieurs mois, voire plusieurs années. L'importance considérable que revêt la décision d'externaliser justifie que, par prudence, et en amont de celle-ci, l'entreprise concernée dresse un **bilan** de sa situation actuelle, lui permettant ainsi de cristalliser ses besoins et ses compétences. Le cas échéant, un **cahier des charges** sera établi.

L'entreprise fera souvent procéder à un **audit** de ses propres services et s'interrogera sur la pertinence de leur externalisation. Elle évaluera également, à ce moment, la forme d'organisation correspondant le mieux à ses attentes.

43. – S'ouvre alors une période que la pratique nomme souvent « *planning stage* » ⁽⁵¹⁾ et qui consiste, pour l'entreprise désireuse d'externaliser, à choisir son contractant, non seulement au regard du prix offert, mais également de sa culture, de sa structure interne, de sa probité. Elle pourra notamment, à cette fin, procéder à un appel d'offres.

Il est important de bien choisir son contractant. La durée du contrat, mais également les liens coopératifs que celui-ci imposera nécessairement, requiert que la personne du fournisseur soit choisie avec circonspection. Il s'agit là d'un gage de la pérennité de la relation.

44. – Il arrive, particulièrement dans les domaines de techniques de pointe, que le tiers fournisseur conclut avec le client un contrat préliminaire portant sur des **études** réalisées afin de s'assurer de l'étendue des prestations attendues et qu'il pourra y répondre ⁽⁵²⁾. De tels contrats ne privent en principe pas les parties de leur faculté de rompre les négociations.

45. – Une fois les discussions réellement engagées, il est fréquent que les parties rédigent un **protocole d'accord** (*Memorandum of Understanding* ⁽⁵³⁾) dont le préambule reprendra les raisons du choix d'externaliser et les buts recherchés par le client.

46. – **L'élaboration du contrat** prendra elle-même souvent du temps, le document devant transiter par les services financiers, juridiques et techniques des deux sociétés, mais également souvent recevoir *in fine* l'aval de leurs organes de direction respectifs ⁽⁵⁴⁾.

⁵⁰ V. Notamment M. FONTAINE, *o.c.*, 1989, p. 29.

⁵¹ http://www.outsourcing-lega.com/html/serv_b.html

⁵² X, *Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 3.

⁵³ C.L. GAY et J. ESSINGER, *o.c.*, 2000, pp.132-134.

⁵⁴ La négociation et la rédaction du contrat elles-mêmes peuvent durer plusieurs années. Les clauses contractuelles font souvent l'objet de négociations longues et complexes, particulièrement en ce qui concerne celles relatives à la répartition des risques financiers ou aux révisions et adaptations. Les sociétés souhaitant externaliser certaines de leurs activités se

SECTION 3. LES CLAUSES DE DUREE AU SENS STRICT

§ 1. LE PRINCIPE : CONTRATS A DUREE DETERMINEE ET CONTRATS A DUREE INDETERMINEE

A. Le principe

47. – Traditionnellement, on considère que, selon la volonté exprimée par les parties, tout contrat peut être de durée déterminée ou indéterminée, selon qu'il est ou non assorti d'un terme conventionnel (⁵⁵).

48. – La doctrine considère que demeurent des contrats de durée déterminée, les contrats précisant un terme - le moment de sa survenance fût-il incertain⁵⁶ - et ne pouvant être renouvelés par tacite reconduction ou, si celle-ci est autorisée, lorsque les parties ont arrêté la durée et le nombre de prorogations possibles (⁵⁷).

49. – Par contre, sont des contrats de durée indéterminée :

- les contrats non soumis à un terme conventionnel et ce même si, en cours d'exécution, les parties fixent conventionnellement une date ultime à leur convention (⁵⁸) ;
- les contrats prévoyant une durée maximale dans la mesure où chacune des parties garde la faculté d'anticiper la fin du contrat en mettant unilatéralement fin à la convention avant l'échéance de celle-ci ;
- les contrats, fréquents dans la pratique, où les parties, bien qu'ayant précisé un terme conventionnel, se réservent réciproquement une faculté de rupture unilatérale sans motif⁵⁹ : dans ce cas, en effet, la parties se trouvent dans la même situation que si elles avaient précisé une durée maximale à leur convention (⁶⁰) ;

retrouvent en outre davantage qu'hier face à d'autres sociétés d'égal poids économique. Les rapports de force sont ainsi souvent plus exacerbés et plus rares sont les situations où l'une des parties accepte en bloc les clauses proposées par l'autre.

⁵⁵ Nous entendons ici la notion de terme, non dans son sens de modalité d'une obligation (articles 1168 et suivants du code civil), mais bien comme étant une modalité du contrat lui-même. V. notamment L. CORNELIS, « De duur van het contract met opeenvolgende prestaties », in *La vie du contrat à prestations successives*, Ed. Jeune Barreau, Bruxelles, 1991, pp. 39 et suivantes ; P. WERY, *Le contrat : sa modification, sa transmission, sa suspension, son extinction*, Guide juridique de l'entreprise, Livre 31bis, Ed. Kluwer, Janvier 2000, p. 35, n° 310 et suivants ; Cass., 9 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, pp. 640-644.

La jurisprudence considère qu'entrent également dans la catégorie des contrats à durée déterminée les contrats dont la durée est déterminable de manière objective parce que les prestations à exécuter sont nettement définies. « Ainsi peut-on concevoir qu'un contrat (...) soit à durée déterminée parce que devant se poursuivre, selon la loi des parties, aussi longtemps que, chaque année, le distributeur atteint un certain objectif spécifié dans l'acte » (J. MESTRE, *o.c.*, 1997, p. 16). V. également Th. DELAHAYE, *Résolution et résiliation unilatérales*, Larcier, Bruxelles, 1984, p. 23 ; H. ROLAND, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges offerts à Pierre VOIRIN*, L.G.D.J., 1966, p. 739.

⁵⁶ Il faut, mais il suffit, que la survenance de l'événement soit certaine, même si l'on en ignore sa date précise, à la condition cependant que cette détermination du terme ne soit pas abandonnée à l'arbitraire d'un seul des contractants. V. Cass. Fr., 28 octobre 1992, *Bull.civ.*, V, n° 521, p. 329 et *R.T.D.Civ.*, 1993/2, pp. 355-356. *Comp.* Cass.fr., soc., 22 juin 1993, *D.*, 1993, 592 et note C. ROY. V. également H. ROLAND, *o.c.*, 1966, p. 740.

⁵⁷ Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, p. 22-23.

⁵⁸ Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, p. 24.

⁵⁹ Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, p. 25.

⁶⁰ La validité d'une telle combinaison a légitimement pu être interrogée. Le terme est, en effet, dans de tels cas, une modalité du contrat qui en constitue l'essence même. La précision d'une faculté de résiliation anticipée contredit dès lors l'idée même d'un contrat à durée déterminée. La jurisprudence française a eu l'occasion de contrôler l'exercice d'une telle faculté de résiliation unilatérale d'un contrat de durée déterminée et paraît la valider pour autant que la clause soit *proportionnée* à l'objet du contrat et qu'elle soit exercée de bonne foi par le contractant qui s'en prévaut. V. sur ce point

- les contrats au terme desquels les parties continuent à exécuter leurs prestations ⁽⁶¹⁾, mais sans que ne soient précisés la durée et le nombre de reconductions possibles.

B. Les conséquences juridiques du choix d'une durée déterminée ou indéterminée

50. – Les parties peuvent d'emblée avoir prévu un terme. Le terme se distingue de la condition par la certitude de la survenance de l'événement futur.

51. – Le **contrat de durée déterminée** prend en principe, et sauf circonstance « pathologique » (faute, force majeure ...), fin à l'échéance de son terme. Aucune indemnité ni préavis ne sont en règle exigés. La dissolution du contrat est automatique et sans effet rétroactif ⁽⁶²⁾.

52. – Conformément au droit commun ⁽⁶³⁾, lorsque le **contrat est de durée indéterminée**, *chacune* des parties dispose d'un droit de résiliation unilatérale, moyennant l'octroi d'un préavis raisonnable ou le versement d'une indemnité compensatoire. C'est au juge qu'il appartiendra, en cas de contestation, d'apprécier si le préavis octroyé était raisonnable eu égard aux circonstances de l'espèce (nature du contrat, complexité de son objet, territoire couvert, éventuelle situation de monopole du fournisseur de services...) ⁽⁶⁴⁾.

53. – La distinction entre contrats à durée déterminée ou indéterminée est cependant moins pertinente dans le cadre du contrat d'entreprise puisque, par exception aux principes admis, le législateur confère au donneur d'ordres un droit de rupture unilatérale sans motif (article 1794 du code civil) ⁽⁶⁵⁾, alors même que le contrat serait de durée déterminée ou porterait sur une entreprise nettement définie.

C. Les contrats analysés

54. – Qualifier le contrat d'*outsourcing* de contrat de durée déterminée ou indéterminée est délicat. Si plusieurs clauses apparentent en effet celui-ci aux premiers - notamment par la mention fréquente d'un terme conventionnel -, d'autres autoriseraient cependant sa disqualification en un contrat conclu sans terme conventionnel ⁽⁶⁶⁾.

C.1. Le choix d'un terme conventionnel

C.A. Paris (5^{ème} chambre), 25 janvier 1995, *Bull. Joly*, 1995, p. 413 et note A. COURET ; Cass. Fr., 2 juillet 1991, *R.T.D.Civ.*, 1992, p. 93 et *R.T.D.Civ.*, 1996/1, pp. 158-160 avec note J. MESTRE.

⁶¹ Dans le même sens : M. WILLEMART et S. WILLEMART, *La concession de vente et l'agence commerciale*, *Dossiers du journal des Tribunaux*, Larcier, 1995, p. 33 ; Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, p. 25. Selon ce dernier auteur, en effet, « en l'absence de toute indication sur la volonté des parties de faire une prorogation pour une durée égale à celle qui était prévue dans le contrat antérieur, il est impossible de supposer cette volonté et le bon sens commande de décider qu'il n'y a plus de limite contractuelle au maintien du contrat qui devient donc à durée indéterminée ».

V. également B. KOHL, « La prorogation et la reconduction du contrat », in *La fin du contrat*, CUP, Décembre 2001, vol. 51, spécialement pp. 271 et suivantes ; H. ROLAND, *o.c.*, 1966, pp. 737 et suivantes, en particulier, 760 et suivantes ; Mons, 15 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 804.

⁶² P. WERY, *o.c.*, 2000, p.36, n° 319. V. également J.M. BISSCHOFF, « La protection des engagements temporaires », in *Tendance à la stabilité, du rapport contractuel, Etudes de droit privé*, L.G.D.J., 1960, Paris, p. 129 selon qui « Dès leur conclusion, ces contrats portent en eux leur cause de dissolution, et ils cesseront forcément, automatiquement, après un temps plus ou moins long ».

⁶³ V. *infra*, n° 120 et suivants.

⁶⁴ V. *infra*, n° 122-123.

⁶⁵ V. *infra*, n° 124 et suivants.

⁶⁶ V. *infra*, n° 59 et 60.

55. – Les contrats d'*outsourcing* précisent souvent un terme conventionnel, dont la durée varie en fonction de la valeur et du type de service à fournir. Généralement, le contrat reste cependant d'assez court terme. C'est le cas notamment en matière d'infogérance, où la durée est plus souvent de 3 ou 5 ans, voire plus exceptionnellement 10 ans ⁽⁶⁷⁾.

56. – Ce choix d'un terme peut se justifier notamment par des considérations d'ordre psychologique, le client craignant toute perte prolongée de son contrôle sur l'entité externalisée et préférant alors s'assurer une plus grande maîtrise du contrat. Une durée plus limitée avec une possibilité de renouvellement par tacite reconduction paraît dès lors plus aisément acceptable que, d'emblée, la précision d'une durée plus importante. Ce faisant, une durée minimale est choisie, les parties étant conscientes que leur satisfaction commune permettra un allongement dans le temps de la relation nouée.

57. – Il reste que, plus le service suppose des investissements importants ou plus il est complexe, plus longue sera la durée du contrat qui en organise l'exécution. L'intérêt du client cède alors face à celui du fournisseur désireux d'obtenir des garanties suffisantes qu'il pourra rentabiliser les sommes affectées à l'exploitation du service qui lui a été confié.

C.2. Une disparition du contrat pas nécessairement automatique

58. – En principe, nous l'avons dit, le contrat de durée déterminée prend fin, automatiquement et immédiatement, à l'échéance du terme convenu. La lecture des contrats d'*outsourcing* atteste cependant que les parties ne se contentent souvent pas de ce principe et de ses conséquences. Il est en effet fréquent que, nonobstant la mention d'un terme précis, les parties imposent la remise d'un préavis raisonnable dans les mois précédant l'échéance prévue. Cette contrainte supplémentaire n'est en outre pas toujours imposée dans l'objectif de faire obstacle à un renouvellement tacite.

Duration of the Contract

Subject to any earlier termination in respect of all the Services which may arise through the exercise by ... A... or the Supplier of their respective rights under Part 45(1) of the Schedule, this Agreement shall continue in force from the Effective Date until the Initial End Date and, unless terminated by either ... A... on not less than one years written notice to ... A... in either such case ending on the completion of the Initial Term, shall continue thereafter unless and until terminated by not less than one years written notice by ... A... to the Supplier or eighteen months written notice by the Supplier to ... A..., expiring (in either case) at any time after the completion of the initial Term.

Except as specified above, this Agreement is not capable of termination.

Mais certains contrats maintiennent le principe d'une rupture automatique.

Le présent contrat de service est conclu pour la durée mentionnée à l'annexe 1 et prendra fin automatiquement à l'expiration de cette période, sauf prorogation de la manière spécifiée ci-après.

C.3. Une possible disqualification du contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée

59. – Malgré la mention d'un terme conventionnel, il est fréquent de constater que les parties se concèdent mutuellement une faculté de **résiliation anticipée**. Une telle mention disqualifie le

⁶⁷ S. ROZENFELD, « Contrat de *facilities management*, Des pratiques à géométrie variable », *Expertises*, 1992, p. 215 ; P. KLINGER et R. BURNETT, *o.c.*, 1994, p. 344.

Quant aux autres domaines, il semble que la sous-traitance « simple » - c'est-à-dire la relation fondée sur un contrat d'entreprise sans véritable externalisation au sens strict du terme - est généralement fixée pour une durée de 1 à 3 ans, alors que la sous-traitance avec externalisation est souvent de plus longue durée. Dans le secteur sidérurgique, par exemple, les contrats portant sur le respect des normes environnementales ont une durée variant entre 7 et 10 ans.

contrat de durée déterminée en un contrat de durée indéterminée, l'échéance du contrat n'étant alors en effet plus prévisible pour les parties.

60. – Le souhait des parties, en combinant volontairement une durée déterminée avec l'octroi d'une faculté de résiliation unilatérale n'est certainement pas de fragiliser la convention et de la rendre à durée indéterminée. Ce faisant, celles-ci entendent en effet davantage à notre sens assurer une durée *minimale* à leur convention - celle précisée par le terme initial – et pendant laquelle elles ne mettront pas fin au contrat, mais se réserver un droit de retrait si, au-delà, la relation n'est plus bénéfique. Cette précision mériterait cependant d'être plus clairement exprimée afin d'éviter une disqualification du contrat en un contrat à durée indéterminée.

§2. LES AUTRES MOMENTS JURIDIQUEMENT PERTINENTS QUANT AU DEBUT DE LA RELATION CONTRACTUELLE

A. Les clauses d'entrée en vigueur

61. – Le moment de la prise d'effets des contrats peut être distinct du moment de leur conclusion. Il se peut que, par prudence, les parties précisent dans le contrat le moment où les prestations deviendront exigibles pour chacune d'elles. Lorsqu'elles procèdent de la sorte, elles insèrent dans la convention une clause d'entrée en vigueur, en précisant d'emblée les conditions préalables à l'efficacité de leurs obligations respectives.

The present Contract will only come in force when the following conditions have been fulfilled : a) approval of the contract by the competent authorities of each partner ; b) Receipt by the Supplier of the down payments mentioned throughout article X not later than 30 days after the date of the signature of the Contract.

62. – Ainsi, par exemple, dans des secteurs techniques, comme celui de l'électricité, de la sidérurgie ..., il est fréquent que le contrat mentionne qu'il entrera en vigueur au moment de la mise en service industrielle de l'exploitation.

63. – Les clauses d'entrée en vigueur peuvent avoir une valeur juridique variable⁽⁶⁸⁾. Il pourra s'agir de stipuler une condition ou un terme suspensifs, une condition résolutoire ... Sur ce point, seule une analyse précise des termes retenus par les parties permettra de déterminer la portée que ces dernières ont entendu leur conférer.

B. Les contrats sous condition suspensive

64. – Il se peut que les parties aient consenti sur l'ensemble des éléments constitutifs du contrat, mais que l'exigibilité de certaines de leurs prestations dépende de la survenance d'un événement futur et incertain⁽⁶⁹⁾.

65. – Lorsqu'est stipulée une condition suspensive, la convention existe dès sa conclusion et perdure tant que la condition est pendante. Seule l'exécution des obligations qu'il renferme est suspendue jusqu'au moment de la réalisation dudit événement⁽⁷⁰⁾.

66. – Le contrat sous condition suspensive fait naître à charge du débiteur de l'initiative duquel dépend sa réalisation de faire diligence afin qu'elle se réalise. Il pourra engager sa

⁶⁸ M. FONTAINE, *o.c.*, 1989, p. 33.

⁶⁹ Ainsi, l'obligation sous condition suspensive « est celle dont l'exécution est rendue dépendante d'un événement futur mais incertain » au contraire de l'obligation sous condition résolutoire qui est « celle pour laquelle l'accomplissement de la condition éteint l'obligation » (Civ. Bruges, 2 octobre 1985, *R.G.E.N.*, 1986, p. 380 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, « Chronique de jurisprudence - Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, p. 821, n° 2).

⁷⁰ Cass. 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, 1149.

responsabilité s'il est établi qu'il n'a pas agi de la sorte. La Cour de cassation considère en effet que si l'obligation est affectée d'une condition, celle-ci sera réputée réalisée si le débiteur a, par sa faute, empêché sa survenance ⁽⁷¹⁾.

67. – La Cour de cassation est également constante pour considérer que la condition ne peut être *purement* potestative ⁽⁷²⁾. Sa réalisation ne peut ainsi dépendre *uniquement* de la volonté de celui qui s'oblige.

68. – Si la condition ne se réalise pas, les obligations qu'elle affecte ne deviendront jamais exigibles et la convention cessera d'exister pour le futur ⁽⁷³⁾.

C. La période d'essai

69. – Certains contrats ayant pour objet l'accomplissement de prestations prévoient une période dite d'« *essai* », destinée principalement à permettre au donneur d'ordre d'apprécier la faisabilité technique de la décision prise, mais également de s'assurer de la compétence et de la capacité de son contractant à la rentabiliser. Ce genre de clause est fréquente en droit du travail.

70. – Il est plus rare, dans les contrats d'*outsourcing*, qu'une clause expresse prévoie une période - généralement de quelques mois - à l'échéance de laquelle le client serait autorisé à mettre fin au contrat. C'est que son insertion paraît moins nécessaire. La relative brièveté du contrat, mais également le fait que les parties se concèdent souvent réciproquement un droit de résiliation unilatérale « *pour convenance personnelle* », sont en effet des procédés plus indirects aboutissant à un résultat similaire tout en étant psychologiquement plus acceptables. L'importance des investissements consentis par le fournisseur fera que, souvent, celui-ci refusera de se soumettre à ce type de clause.

§3. LA POURSUITE DU CONTRAT AU-DELA DE SON TERME INITIAL : LES CLAUSES DE RECONDUCTION ET DE PROROGATION

A. Le principe

71. – Dans les contrats de durée déterminée, il est fréquent de trouver une clause stipulant une faculté de renouvellement - clause de prorogation ou de reconduction -, permettant au contrat de « survivre » au-delà du terme initialement prévu par les parties ⁽⁷⁴⁾.

72. – De telles clauses laissent pleine et entière la liberté des parties de s'en prévaloir ou non et ce de manière discrétionnaire ⁽⁷⁵⁾. Aucune obligation de reconduction n'est en effet imposée par le seul fait qu'une telle clause se trouve stipulée dans le contrat, et ce quelle que soit la durée des relations passées, l'importance des investissements effectués ou encore la qualité du travail fourni.

73. – La toute grande majorité des contrats analysés prévoient une telle faculté de prolongement dans le temps de la relation nouée, certains précisant qu'il pourra être tacite, d'autres imposant au contraire une réitération expresse de la volonté commune qu'il en soit ainsi.

⁷¹ Cass., 8 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 22.

⁷² Cass., 13 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, 151 ; Cass. 16 décembre 1960, *Pas.*, 1961, I, 421.

⁷³ Liège, 13 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 452 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1999, p. 824, n° 9.

⁷⁴ M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Paris, Coll. FEDUCI, FEC, 1989, pp. 323-340.

⁷⁵ Celui qui entend ne pas renouveler la relation nouée n'est donc nullement tenu, sous réserve d'abus de droit, de motiver sa décision.

B. Reconduction tacite, renouvellement et prorogation, trois réalités juridiquement distinctes des contrats de durée déterminée ?

74. – Selon la majorité des auteurs, il a « **tacite reconduction** » lorsque les parties, malgré l'expiration d'un contrat à prestations successives, continuent à remplir leurs obligations comme si cette échéance n'était pas intervenue. Un nouveau contrat – ce qui fait obstacle à toute unité contractuelle – naît alors ⁽⁷⁶⁾, « (...) *identique au premier (...) portant sur les mêmes clauses et conditions que le précédent* » ⁽⁷⁷⁾. Seule la durée, déterminée, change de nature et devient indéfinie ⁽⁷⁸⁾ ⁽⁷⁹⁾.

75. – Cette institution particulière du droit des contrats se particularise par le fait que le consentement des parties à la poursuite de leurs relations contractuelles n'est pas exprès, mais implicite ⁽⁸⁰⁾. La volonté est en effet présumée à partir du silence qu'elles ont gardé à l'échéance du terme, tout en continuant à poser régulièrement des actes d'exécution.

76. – Ainsi définie, la tacite reconduction se distingue du « **renouvellement** » du contrat, mécanisme également créateur d'un nouveau contrat, mais reposant sur une manifestation *expresse* de volonté ⁽⁸¹⁾. Un nouveau contrat naît alors dont le contenu sera également souvent différent de celui auquel il succède.

77. – Toujours selon cette même doctrine, il y aura encore « **prorogation** » lorsque, au-delà du terme initial, c'est le *même* contrat qui continue de produire des effets ⁽⁸²⁾ et ce grâce à la volonté expresse des parties, que ce soit au moment de la conclusion du contrat ou dans la période qui en précède l'échéance. Cette forme particulière de poursuite des relations contractuelles résulte d'un accord des parties, lesquelles manifestent clairement leur volonté de maintenir en vie le contrat antérieurement conclu. « *Sur le plan des effets, les parties peuvent soit décider qu'après l'échéance du terme, un nouveau contrat, de durée déterminée ou indéterminée, régira les relations futures entre les parties (...) soit prévoir simplement de reporter*

⁷⁶ B. KOHL, *o.c.*, CUP, 2001, vol. 51, p. 276, n° 13 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, Tome II, *Les obligations, Les preuves, Les contrats, Les sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 572, n° 976 (bail) ; B. AMAR LAYANI, « La tacite reconduction », *D.*, 1996, *Chron.*, pp. 143 et suivantes.

Selon la Cour de cassation française, également, la tacite reconduction « *n'entraîne pas la prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat* » : Cass. Fr., 10 janvier 1984, *Bull.civ.*, I, n° 6 ; *R.T.D.Civ.*, 1985, p. 157 et obs. J. MESTRE ; Cass. Fr. Com., 13 mars 1990, *Bull.Civ.* IV, n° 177 ; C.A. Versailles, 22 novembre 1991, *R.J.D.A.*, 1992, p. 167, n° 217 et *R.T.D.Civ.*, 1992/3, p. 556 et note J. MESTRE. V. également J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 2001, p. 297 et suivantes, n° 243 et suivants.

⁷⁷ B. KOHL, *o.c.*, CUP, 2001, vol. 51, p. 276, n° 13.

⁷⁸ L. CORNELIS, *o.c.*, 1991, p. 67, n° 22 ; B. KOHL, *o.c.*, CUP, 2001, vol. 51, p. 277, n° 15.

⁷⁹ Il n'en ira différemment que si la loi ou la convention imposent une durée précise à la reconduction. Dans ce cas, il y aura succession de contrats (reconduits) de durée identique (à moins qu'une durée maximale ne soit fixée).

⁸⁰ Si cette volonté est présumée, elle doit être certaine. B. AMAR LAYANI (*o.c.*, 1996, p. 144) cite sur ce point plusieurs conditions cumulatives dont il conviendra de s'assurer l'existence : un contrat à prestations successives de durée déterminée ou déterminable, une prolongation de l'exécution du contrat au-delà du terme initialement fixé et un silence « circonstancié » dans le chef des deux contractants. V. également J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *o.c.*, 2001, pp. 301 et suivants, n° 247 et suivants.

⁸¹ B. AMAR LAYANI, *o.c.*, 1996, p. 143 ; J. MOULY, « La modification du contrat de travail à durée déterminée lors de son renouvellement », *D.*, 2000, *Jur.*, n° 21, p. 467-468.

⁸² Les conséquences concrètes de cet état de fait ne doivent pas être sousestimées. Si la reconduction fait naître un nouveau contrat, c'est alors bien au moment où elle se réalise qu'il conviendra de se placer pour apprécier le respect des conditions de fond et de forme imposées à sa validité. De même, les accessoires actifs et passifs du contrat reconduit ne seront pas automatiquement intégrés dans le nouveau. B. KOHL, *o.c.*, CUP, 2001, vol. 51, p. 277, n° 14, pp. 279 et suivantes, n° 18 et suivants ; J. MESTRE, « Tacite reconduction du contrat et sort du cautionnement », *R.T.D.Civ.*, 1992/3, p. 556.

l'échéance du terme originellement convenu de sorte que les relations soient poursuivies sur le fondement du premier contrat »⁽⁸³⁾.

C. Analyse de clauses

78. – La plupart des contrats mentionnant un terme conventionnel, anticipent également la poursuite éventuelle des relations contractuelles à l'échéance de celui-ci. Ces clauses prévoient des modalités variables :

C.1. Le principe admis par les parties

(a) Première catégorie : Les clauses silencieuses quant à une éventuelle reconduction du contrat

79. – Certaines clauses n'envisagent pas expressément la possible reconduction du contrat, mais se bornent à prévoir un terme conventionnel.

Term of this Agreement and Renewal Procedure

The Initial Term of this Agreement shall be for a period of three years from the Commencement Date, unless or until earlier terminated in accordance with the provisions of this Agreement.

80. – Dans ce cas, et si des relations d'affaires se maintiennent entre les parties, il pourra y avoir « reconduction » du contrat et dès lors, naissance d'une nouvelle relation. Cette hypothèse est à rapprocher de ce que B. Amar Layani nomme une reconduction tacite « vraie »⁽⁸⁴⁾ en ce sens que si reconduction il y a, celle-ci résultera purement et simplement du silence gardé par les parties à l'échéance du contrat.

(b) Seconde catégorie : Les clauses dites de reconduction tacite : les reconductions tacites « subordonnées »⁽⁸⁵⁾

81. – Une seconde catégorie de clauses posent le principe de la possible reconduction du contrat au-delà de son terme, souvent en précisant par ailleurs la durée des contrats reconduits⁽⁸⁶⁾.

Durée⁽⁸⁷⁾

Le présent contrat est conclu pour une durée de ... prenant cours le ... et se terminant le

Il sera renouvelable par périodes de ...ans par tacite reconduction.

Il pourra y être mis fin par l'une ou l'autre des parties en respectant un préavis de ... mois avant la fin de chaque période.

82. – Nombreuses sont les clauses qui considèrent que le contrat sera reconduit si aucune des parties ne donne à l'autre un préavis dans les mois précédant la survenance du terme conventionnel. Ce mécanisme rejoint celui, exceptionnel⁽⁸⁸⁾, mis en œuvre par le législateur dans plusieurs réglementations particulières et principalement en matière de baux.

⁸³ B. KOHL, *o.c.*, CUP, 2001, vol. 51, p.280, n° 18.

⁸⁴ B. AMAR LAYANI, *o.c.*, 1996, p. 144.

⁸⁵ Terme repris de B. AMAR LAYANI, *o.c.*, 1996, p. 144.

⁸⁶ Par une telle précision, les parties éviteront la disqualification du contrat en un contrat à durée indéterminée.

⁸⁷ Clause citée par X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *Les contrats informatiques*, Ed. J. DELMAS & cie, Paris, 1982, p. 114.

⁸⁸ Le principe veut en effet que lorsque le contrat est de durée déterminée, la seule survenance du terme entraîne automatiquement la disparition du contrat.

"The agreement shall remain effective after the lapse of the aforementioned period of time, unless and until it is terminated by either party with a 12 month written notice. The notice shall be served to the person who or the representative body that is charged with conducting the daily operations of the other party"

Reconduction à l'échéance du terme initial.

A l'échéance du terme initialement fixé – ou à l'échéance de chaque période reconduite d'un an – le présent contrat peut être reconduit par périodes successives de un an sauf si l'une des parties notifie par écrit, et au moins six mois avant l'échéance, à l'autre qu'elle entend mettre fin au contrat.

Sauf disposition contraire consignée par écrit, l'ensemble des reconductions successives ne peuvent cependant excéder une durée de cinq années à dater de la date de la conclusion du contrat initial.

83. – En outre, certaines clauses dites de reconduction « tacite » imposent en réalité une action « *circonstanciée* ». En ce sens, la poursuite de l'exécution n'est pas en soi considérée comme attestant d'une volonté suffisante de conclure un nouveau contrat. Une circonstance particulière devra s'y ajouter afin de la rendre certaine. Ce sera par exemple le cas lorsqu'il est précisé que le contrat ne sera reconduit que si une demande de renouvellement a été adressée par une des parties mais n'a pas été suivie d'une réponse de l'autre, ou encore lorsque la clause autorise la reconduction du contrat à la condition que les parties atteignent un seuil positif prédéterminé de rentabilité.

(c) Troisième catégorie : Les clauses excluant toute reconduction tacite

84. – Lorsque le contrat porte sur un service complexe et onéreux, les clauses de reconduction tacite sont rarement admises. Ce choix se justifie notamment par des considérations d'ordre psychologique dans la mesure où un tel refus constitue un incitant donné au fournisseur à faire son possible sachant que la poursuite des relations contractuelles n'est pas automatiquement acquise et dépendra du mérite dont il a fait preuve dans l'exécution du contrat. Imposer formellement un accord des parties permettra en outre de s'assurer la possibilité de renégocier les termes de la convention.

La reconduction tacite est exclue. Les parties s'engagent toutefois à se rencontrer six mois avant l'échéance contractuelle afin de discuter de la continuation de leurs relations contractuelles.

(d) Quatrième catégorie : Les clauses de prorogation moyennant un accord exprès

85. – Il se peut encore que la reconduction tacite du contrat soit refusée *et* que les parties subordonnent expressément la poursuite de leurs relations à un nouvel accord, à un ajustement du prix ou à l'adaptation d'un autre des éléments essentiels du contrat, comme les services proposés, les délais à respecter ... Ce faisant, les parties entendent nécessairement imposer une manifestation expresse de leur volonté commune de conclure un nouveau contrat et l'on parlera dès lors plus correctement de prorogation. Il se peut également qu'elles entendent uniquement prolonger leur relation antérieure, auquel cas il s'agira davantage d'un renouvellement.

86. – Dans cette éventualité, il sera requis que la volonté de poursuivre la relation soit clairement exprimée. Le comportement du contractant à qui on oppose le fait du renouvellement devra ainsi avoir été univoque quant à sa volonté de poursuivre la relation commencée.

87. – Nous pouvons citer les clauses suivantes :

Les parties pourront prolonger la durée du contrat si elles en conviennent par écrit, au plus tard 1 mois avant la fin du présent contrat. A ce moment, X devra également communiquer à Y la quotité pour la prorogation.

Certaines clauses sont par ailleurs particulièrement précises :

Term of this Agreement and Renewl Procedure

§1. The Initial Term of this Agreement shall be for a period of five years from the Commencement Date, unless or until earlier terminated in accordance with the provisions of this Agreement.

§2. During the first six months of the five Year of this Agreement, the Customer shall review the operation of this Agreement and inform the Supplier in writing whether it wishes this Agreement to continue beyond the initial term.

(a) If the notice issued by the Customer states that the Customer wishes the Agreement to continue after the expiry of the Initial Term, the parties shall meet with a view to agreeing an extension in the term. On agreeing a renewal of this agreement in accordance with this clause, this Agreement shall continue accordingly.

(b) If no Notice is given then this Agreement will terminate on expiry of the initial term. Three months prior to the date of expiry, the supplier shall notify the Customer that the Transition Services Plan shall come into effect.

§3. During any extension to the term of this Agreement, the Customer shall further review the operations of this Agreement and inform the Supplier in writing ('Subsequent Notice') whether it wishes this Agreement to continue beyond the extended term.

(e) Prudence terminologique

88. – L'étude des contrats issus de la pratique démontre que, souvent, le terme de « reconduction » recouvre en réalité une hypothèse de prorogation du contrat. C'est que le langage courant avalise pareil glissement. Pourtant, d'un point de vue juridique, l'on ne peut que souligner l'importance, afin d'éviter toute confusion, de l'utilisation de la terminologie adéquate.

89. – Sous un angle théorique, en effet, il est permis de s'interroger sur la cohérence d'une clause dite de « reconduction » qui imposerait une renégociation du contrat. Si, comme l'admet la doctrine, la reconduction - ou le « renouvellement » - implique la naissance d'un *nouveau* contrat, celui-ci ne saurait être à proprement « modifié » ⁽⁸⁹⁾.

C.2. Deux questions récurrentes

(a) La durée du contrat « reconduit »

90. – Lorsque le contrat admet sa reconduction au-delà du terme initialement prévu, il est fréquent que les parties précisent la durée de celle-ci, voire le maximum qu'elle peut atteindre sans qu'une nouvelle manifestation expresse de volonté n'intervienne.

91. – Ainsi, certains contrats prévoient que le contrat sera reconduit successivement selon des échéances plus brèves que celle initialement fixée.

At l'échéance conventionnelle fixée, le contrat pourra être reconduit, sauf expression de volonté contraire, par durées successives de un an.

92. – Il arrive encore qu'ils franchissent un pas supplémentaire en précisant que la durée totale des reconductions - tacites - ne peut dépasser un maximum au-delà duquel une renégociation s'impose à la poursuite des relations contractuelles.

Reconduction or Termination at the end of the specified period.

At the end of the initial term (or at the end of any subsequent reconduction period of one year), this Agreement will be reconducted for an additional one (1) year term unless one of the parties notifies to the other party the termination of this Agreement in writing. These subsequent reconductions will not exceed five (5) years as a total duration starting from the effective date unless otherwise agreed.

⁸⁹ V. notamment, relativement à cette question, A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, L.G.D.J., 1980.

93. – La question de la durée des contrats issus de la reconduction, à défaut pour les parties de la préciser *ab initio*, est intéressante. A lire la doctrine, la succession de contrats à durée déterminée emporte une requalification de ceux-ci en un contrat à durée indéterminée⁽⁹⁰⁾.

(b) Conditions de fond imposées à la reconduction du contrat

94. – Une certaine jurisprudence considère que la prolongation tacite du contrat supposerait que les parties poursuivent, au-delà du terme admis, l'exécution des prestations principales de celui-ci, celles qui le caractérisent. C'est à tout le moins le principe posé, en droit du travail, par la Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt rendu le 8 mai 1974⁽⁹¹⁾. Selon celle-ci, il ne pourrait être question de « reconduction tacite » du contrat pour l'unique motif que le travailleur a accompli, postérieurement à un congé qui lui a été donné et à l'échéance du délai de préavis, des prestations accessoires du contrat. « *Il n'en serait autrement que si l'exécution du travail, objet même de la convention, se poursuivait au-delà du terme du préavis* ».

95. – Ce principe nous paraît pouvoir être transposé à l'ensemble des contrats, et ainsi également aux contrats d'*outsourcing*. Si les prestations accomplies par une des parties ne participent pas à l'économie du contrat conclu, il semble pouvoir être déduit qu'elles n'avaient pas réellement l'intention de poursuivre leurs relations contractuelles. Dès lors, il y aurait tout au plus une présomption, réfragable, de consentement au contrat.

SECTION 4. LES MODES DE TERMINAISON DU CONTRAT

96. – Le contrat d'externalisation peut prendre fin en raison de plusieurs circonstances. Il convient à présent de les analyser.

§1. LA RUPTURE DE COMMUN ACCORD : LA RESILIATION⁽⁹²⁾ AMIABLE DU CONTRAT

97. – L'article 1134, alinéa 2 du code civil pose le principe que tout comme le *mutuus consensus* crée le contrat, le *mutuus dissensus* peut l'éteindre. Selon cette disposition, en effet, les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour des causes que la loi autorise* ».

98. – Le contrat peut toujours, par application du droit commun, prendre fin par la volonté partagée des parties qu'il en soit ainsi⁽⁹³⁾. Ainsi trouve-t-on fréquemment dans les contrats d'*outsourcing* des clauses autorisant la dissolution amiable du lien contractuel « *for convenience* ».

99. – Ce genre de clause constitue une redondance du droit commun et son insertion n'est dès lors pas indispensable. Elle n'ajoute rien aux droits des parties, si ce n'est d'un point de vue

⁹⁰ V. *supra*, n° et suivants. Cette règle vaut, dans le cas présent, à défaut de disposition légale contraire. Le principe n'est cependant pas admis en toutes matières (assurance, baux ...).

⁹¹ C.T. Bruxelles, section de Bruxelles, 8 mai 1973, R.G. 74/39830, *inédit*.

⁹² Comme le relevait H. DE PAGE, « *il y a, à proprement parler, résiliation du contrat lorsque les parties défont elles-mêmes le contrat qu'elles avaient fait. Elles y mettent fin, parce qu'elles estiment que le contrat est devenu inutile ou sans intérêt* » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1964, 3^{ème} édition, p. 726, n° 759). Le terme « résiliation » vise ainsi principalement l'hypothèse où le contrat prend fin, de commun accord, et uniquement pour l'avenir.

⁹³ Y. MERCHERS, « La fin du contrat de service », in *Les contrats de service*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, p. 283. L'auteur relève que la résiliation du contrat par consentement mutuel peut tout autant être expresse que tacite. Elle sera tacite, par application du droit commun, dès lors que la volonté des deux parties d'y mettre fin est certaine et univoque. Il appartiendra à celui qui l'affirme d'en rapporter la preuve par toutes voies de droit (article 25 du code de commerce).

psychologique. Vouloir répéter une règle incontestée dans une disposition spécifique du contrat témoigne en effet du besoin qu'ont souvent les parties de se confirmer mutuellement la toute-puissance de leurs volontés et la nécessaire permanence de leurs consentements à la poursuite de leur relation. Par cette action, elles entendent en quelque sorte sacraliser leurs engagements respectifs et, ainsi, réaffirmer leur souhait de collaborer à une œuvre commune.

§2. LA RUPTURE ANTICIPEE POUR FAUTE RESOLUTION (⁹⁴) JUDICIAIRE, DROIT DE BRUSQUE RUPTURE ET CLAUSES RESOLUTOIRES EXPRESSES

100. – Parmi les risques susceptibles de troubler l'exécution du contrat, il en est un qui jouit d'un statut particulier : l'inexécution ou l'exécution défailante du partenaire. Contre ce risque aussi il convient de se prémunir et c'est ce que font de nombreux contractants en stipulant dans leur convention une clause résolutoire expresse.

101. – La clause résolutoire présente **deux avantages** principaux pour le créancier. D'un côté, son caractère comminatoire permet de faire pression, de manière plus indirecte et donc plus aisément acceptable, sur le contractant afin qu'il s'exécute. D'un autre, elle place le créancier de l'obligation en souffrance dans une situation favorable puisqu'il sait bénéficier d'une plus grande souplesse que ce qu'autorise le droit commun des obligations.

A. Le principe : une résolution judiciaire (article 1184 du code civil)

102. – Conformément au droit commun, en effet, lorsque l'une des parties est en défaut d'exécuter ses obligations, l'autre peut la mettre en demeure (⁹⁵) et, le cas échéant, demander l'exécution forcée de la convention, en nature (⁹⁶) ou par équivalent (⁹⁷), ou, en cas de

⁹⁴ La terminologie n'est pas établie en doctrine. Une partie des auteurs emploie, en effet, le terme de « résolution » pour désigner la dissolution du contrat à prestations *instantanées* suite à un *manquement* du débiteur, alors qu'ils réservent le terme de « résiliation » aux hypothèses où les prestations sont successives et dès lors inaptes à être restituées (ce qu'impliquerait pourtant la rétroactivité). Le terme de résiliation pourrait ainsi tant viser la rupture non causée, que la rupture-sanction des contrats à prestations successives. V. en ce sens : I. MOREAU-MARGREVE, Chr. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Chronique de jurisprudence », *Act. Dr.*, 1997, pp. 67-68, n°26 ; M. FONTAINE, « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », note sous Cass., 8 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1990, p. 382, n° 3.

D'autres auteurs soutiennent, cependant, que le terme de résolution doit être réservé à l'hypothèse envisagée par l'article 1184, quelles que soient les prestations caractéristiques du contrat : P. WERY, *o.c.*, 2000, p. 50, n° 540 ; V. PIRSON, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, A.J.N.-F.U.N.D.P., La Chartre, 2001, p. 97, n° 5 et les références citées.

⁹⁵ Le droit commun impose une mise en demeure préalable. Il s'agit pour le créancier de l'obligation inexécutée de signifier clairement à son débiteur sa volonté de voir le contrat exécuté.

La Cour de cassation l'obligation de mettre le contractant en demeure est un préalable obligatoire à l'invocation de toute sanction de nature civile (Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, 887). Pareille exigence n'est exclue que si celle-ci est devenue inutile ou lorsque l'exécution en nature ne présente plus d'intérêt pour le créancier de l'obligation en souffrance. Il en est de même si le débiteur informe son créancier qu'il n'entend pas s'exécuter (Cass., 17 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 421).

Pour le surplus, v. S. STIJNS, P. WERY, D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, pp. 718 à 720 ; P. WERY, « La mise en demeure en matière d'obligations contractuelles », in *Les obligations contractuelles*, J.B.B., 2000, pp. 285 et suivantes ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991), Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 838, n° 200.

⁹⁶ La réparation en nature constitue le principe : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, p. 121, n° 93 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, 193-194 ; P. WERY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'U.C.L., Bruylant, L.G.D.J., 2001, pp. 205-262.

⁹⁷ L'exécution par équivalent ne s'impose que lorsque l'exécution en nature est impossible (Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 370 et *J.L.M.B.*, 1995, 1240 et obs. J.F. JEUNEHOMME). V. également I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART,

manquement grave – qui devra être dûment prouvé -, demander en justice la résolution du contrat ⁽⁹⁸⁾ ⁽⁹⁹⁾. Il peut également être fait application des sanctions plus particulières contenues dans la convention, telle que par exemple une clause pénale.

103. – Contrairement à de nombreux droits ⁽¹⁰⁰⁾, la résolution du contrat demeure ainsi, en droit belge, judiciaire. Un contrôle juridictionnel de la gravité du manquement reproché est de la sorte imposé, tout comportement fautif ne justifiant pas une telle sanction ⁽¹⁰¹⁾.

B. Un tempérament jurisprudentiel : la faculté de brusque rupture

104. – Pourtant, la jurisprudence reconnaît exceptionnellement, et sous réserve de la réunion de conditions strictes, un droit de « *brusque rupture* », anticipant sur la résolution judiciaire et par lequel celui qui s'estime victime de la défaillance de son contractant serait autorisé à mettre fin au contrat en cours et à, le cas échéant, confier l'exécution des prestations à un tiers ⁽¹⁰²⁾. Une

« Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'UC.L., Bruylant, L.G.D.J., 2001, pp. 307 à 360.

⁹⁸ M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Fr. POTTIER, *o.c.*, 2001, p. 481 et suivantes.

V. également, quant aux conditions imposées pour obtenir la résolution du contrat, S. STIJS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'UC.L., Bruylant, L.G.D.J., 2001, pp. 513 à 588 ; P. VAN OMMELAGHE, *o.c.*, 1986, 193-194 ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek van het verbintennissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, I, 1209 et suivantes ; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak. Verbintennissenrecht (1981-1992) », *T.P.R.*, 1994, 171-172 ; S. STIJS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, pp. 689 et suivantes.

⁹⁹ Selon la Cour de cassation belge, la résolution du contrat, et l'octroi corrélatif de dommages et intérêts destinés à compenser le dommage résultant de la rupture doit demeurer un remède ultime. V. en particulier Cass., 15 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 373 ; S. STIJS, P. WERY, D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, pp. 720 et suivantes ; S. STIJS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten : onderzoek van het belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Thèse, Anvers, Marklu, 1994, pp. 320 et pp. 324 et suivantes ; S. STIJS, *o.c.*, 2001, p. 525, n° 12 et les références citées.

¹⁰⁰ De nombreux droits consacrent en effet un droit de résolution par simple déclaration. V. les articles 107 et suivants du code des obligations suisse, le § 326 du BGB, les articles 1454 et suivants du code civil italien, l'article 267, liv.6 du NBW. De même, les plus récents instruments internationaux ont désormais reçu la rupture unilatérale du contrat en cas de manquement affectant une obligation *essentielle* du contrat (articles 3-103 et suivants des Principes européens et articles 49 et 64 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises).

v. notamment sur ce point : *Les sanctions de l'inexécution contractuelle, Etudes de droit comparé*, L.G.D.J.-Bruylant, 2001, en particulier les contributions de P. WESSNER (droit suisse), F. RANIERI (droit allemand), G. ALPA et M. DASSIO (droit italien) et Chr. MAHE et E.H. HONDIUS (droit néerlandais) ; A. I. ORGUS, « Les remèdes à l'inexécution du contrat », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, L.G.D.J., 1987, p. 299 et suivantes) ; P. SCHLECHTRIEM, « Termination of Contracts under the Principles of International Commercial Contracts », in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, sous la direction de J. BONELL et Fr. BONELLI, Ed. Giuffrè, 1997, pp. 247 à 269.

¹⁰¹ Cass., 9 juin 1961, *Pas.*, 1962, I, 1104, confirmé ensuite. V. les références citées par S. STIJS, P. WERY, D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, p. 738-739.

L'appréciation du juge est sur ce point souveraine : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T.II, 3^{ème} édition, n°889 ; P. VAN OMMELAGHE, *o.c.*, 1986, p. 245, n°130 ; M. VANDERMERSCH, « La gravité du manquement, condition de la résolution pour inexécution fautive : approche comparative ? », *Ann. Dr. Louvain*, 1993, 557.

La jurisprudence est particulièrement stricte dans l'appréciation de la gravité des fautes susceptibles de justifier la résolution du contrat. v. Mons, 11 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, pp. 211 et suivantes et obs. B. ROLAND ; Bruxelles, 31 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 621 ; Liège, 19 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 53.

¹⁰² Y. MERCHERS, *o.c.*, 1994, p.309 et suivantes. V. également C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat - Droit de rétractation, résiliation et résolution unilatérales. Quand le pouvoir d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », in *La fin du contrat*, CUP 2001, Volume 51, spécialement pp. 145 à 150.

telle faculté se fonde directement sur l'article 1184 du code civil, mais reste soumise à un contrôle judiciaire *a posteriori* particulièrement prudent.

105. – L'admission de pareille sanction ne s'autorise que parce qu'il y a **urgence** ⁽¹⁰³⁾, l'attente d'une décision étant susceptible d'accroître le préjudice souffert par le créancier. Celui-ci est alors autorisé, mais à ses risques et périls ⁽¹⁰⁴⁾, à déclarer unilatéralement la rupture du contrat pour faute. Il prendra dès lors soin de se ménager les preuves suffisantes à établir son droit et à assurer le juge que l'exercice de celui-ci s'est concilié avec les exigences que la bonne foi impose.

C. Les exceptions conventionnelles : Les clauses résolutoires expresses ou « pactes comissoires exprès »

106. – La résolution judiciaire est soumise à un ensemble de conditions particulièrement lourdes. Souhaitant éviter un passage devant les prétoires, et le contrôle de l'opportunité de la sanction voulue - voire l'octroi d'un délai de grâce au débiteur défaillant conformément à l'article 1244 du code civil -, il est fréquent que les parties prévoient des clauses conventionnelles de résolution.

La clause résolutoire a précisément pour but d'ôter au juge son pouvoir d'appréciation quant à la gravité du manquement. Ce dernier ne pourra que constater l'existence du manquement *et* le fait qu'il correspond bien à ce qui a été prévu par les parties.

107. – La clause résolutoire peut être définie comme « *la convention par laquelle les parties prévoient que le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution par l'une d'elles de ses obligations. De la sorte, le contractant envers lequel l'obligation n'est pas exécutée est affranchi de la nécessité de recourir au juge* » ⁽¹⁰⁵⁾.

108. – En tout état de cause, la stipulation d'une clause résolutoire ne prive pas les parties de préférer, en cas de litige, une exécution forcée.

C.1. Prudence dans la rédaction des clauses

109. – La rédaction des clauses résolutoires doit être soignée. Celles-ci ne sortiront leurs effets que pour autant qu'elles soient explicites. La dispense du passage devant le juge doit ainsi être clairement prévue.

110. – Or la lecture des contrats atteste que certaines clauses demeurent trop **laconiques** ou imprécises et il peut être dans ce cas plus délicat de déterminer la portée exacte qui leur a été

¹⁰³ La condition de l'urgence est remplie dès lors que le créancier peut établir qu'il se trouvait dans une situation telle qu'il ne pouvait davantage patienter jusqu'à l'obtention d'une décision judiciaire (V. PIRSON, *o.c.*, 2001, p. 104, n° 12. V. également Liège, 27 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1017 et note C. PARMENTIER ; Mons, 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, II, 125). Cette urgence se présente souvent sous le couvert d'impératifs de nature économique et ne doit, à notre sens, pas être interprétée de manière trop stricte. La perte de confiance entre les contractants, et la nécessité de poursuivre l'exécution de l'entreprise commencée, justifient ainsi que le créancier mette fin unilatéralement au contrat et procède, dans un délai bref, au remplacement du débiteur défaillant.

¹⁰⁴ Le juge pourrait en effet ultérieurement constater l'illégitimité de la rupture et modérer la sanction appliquée sur la base des critères admis en matière d'abus de droit (S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, 1996, pp. 740, n° 147 ; S. STIJNS, *o.c.*, 2001, p. 563, n° 37). S'il désavoue le créancier et considère qu'il n'aurait point accordé la résolution du contrat, le juge devrait pouvoir prononcer *soit* le maintien du contrat - la résolution unilatérale étant rendue inefficace -, et dès lors la reprise des relations contractuelles, *soit* la rupture avérée, mais aux torts du créancier, auteur d'une rupture fautive (V. PIRSON, *o.c.*, p. 105, n° 13. M. COIPEL, *o.c.*, 1999, p. 118, n° 162 et p. 134, n° 189).

¹⁰⁵ Chr. PAULIN, "La clause résolutoire", in *La cessation des relations contractuelles d'affaires, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence des 30 et 31 mai 1996*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 57. V. également Chr. PAULIN, *La clause résolutoire*, L.G.D.J., Thèse.

réservée par les parties. Ainsi, par exemple, une clause précisant que « *le contrat sera résilié en cas de faute du contractant* » se borne-t-elle à faire redondance avec le droit commun ou accorde-t-elle aux contractants la dispense d'une autorisation judiciaire préalable à la mise en œuvre de la sanction ? La Cour de cassation française ⁽¹⁰⁶⁾ semble abandonner au juge le pouvoir de déterminer souverainement sa valeur, mais cette position présente l'inconvénient de tolérer des appréciations divergentes. Le Tribunal civil de Gand, dans un arrêt du 24 juin 1996 ⁽¹⁰⁷⁾, a pour sa part plus franchement pris position, en considérant que pareille stipulation n'a « pas d'effet particulier » puisqu'elle se borne uniquement à rappeler le droit commun.

Il va de soi qu'il est prudent pour les négociateurs de se prémunir contre de telles incertitudes en précisant ce qu'ils entendent consigner dans le contrat qui les lie. La mention d'une résiliation, ou d'une résolution, jouant « *de plein droit* » paraît sur ce point suffisante ⁽¹⁰⁸⁾.

111. – Sur un plan plus général, il est dommage de constater que la formulation des clauses relatives à la résolution du contrat est souvent insatisfaisante et ce principalement à deux titres. Il est tout d'abord fréquent que soient confondues les différentes sanctions prévues en matière contractuelle (annulation, résolution, résiliation, révocation, caducité). En outre, la portée des clauses résolutoires ne transparaît pas toujours suffisamment de leurs termes. Nombreuses sont en effet les clauses aménageant une faculté de résolution au regard d'une obligation précise (défaut de paiement, défaut d'enlèvement, défaut de livraison...), alors qu'il paraît préférable de se placer sur un plan plus général et d'envisager la sanction de "toute" faute, pour autant qu'elle soit suffisamment grave.

C.2. Analyse de clauses

(a) Portée de la clause et conditions de la résolution unilatérale

112. – Au-delà de ces considérations, on peut constater que la clause résolutoire insérée dans les contrats d'*outsourcing* se présente généralement sous trois formes ⁽¹⁰⁹⁾ selon la volonté des parties :

- La clause « simple » se borne à autoriser le créancier à demander en justice, en cas de manquement de l'autre, la résolution du contrat à ses torts et griefs. Il s'agit alors uniquement d'une répétition du droit commun, de sorte qu'une telle clause ne dispense nullement celui qui s'en prévaut de l'exigence d'une mise en demeure préalable ou du passage devant le juge ⁽¹¹⁰⁾.
- La clause dite « de plein droit », contrairement à la première, prévoit la résolution *automatique* du contrat, sans qu'il ne soit nécessaire d'introduire une action judiciaire ⁽¹¹¹⁾. Elle maintient cependant l'exigence d'une mise en demeure préalable.

¹⁰⁶ Cass. Fr., 17 mai 1993, *Dalloz*, 1994, p. 483. Selon la Cour, en effet, « lorsque les parties stipulent, par une clause résolutoire, que le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution, leur volonté est à l'origine d'une relation de cause à effet entre l'inexécution et la résolution. Ce n'est alors plus en vertu d'une relation déterminée par la loi que le contrat peut être résolu, mais en vertu d'une relation d'origine conventionnelle. A l'inverse de l'article 1184 du Code civil, la clause instaure une sanction conventionnelle de l'inexécution. L'existence d'une clause résolutoire dépend alors de l'exclusion du juge qui ne saurait être appelé à prononcer la résolution du contrat. C'est en effet parce que les parties ont écarté l'intervention judiciaire qu'elles ont instauré entre l'inexécution et la résolution un lien de cause à effet direct reposant sur leur volonté ». Une telle clause résolutoire dispense dès lors le juge d'apprécier la gravité de la faute.

¹⁰⁷ Civ. Gand, 24 juin 1996, *R.W.*, 1999-2000, p. 20.

¹⁰⁸ V. dans le même sens, M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Fr. POTTIER, *o.c.*, 2001, p. 485-486.

¹⁰⁹ Cette classification est traditionnellement reprise. V. A. CROSIO, *o.c.*, pp. 113 et suivantes ; P.H. DELVAUX, *o.c.*, pp. 97 et suivantes.

¹¹⁰ V. notamment Civ. Gand, 24 juin 1996, *R.W.*, 1999-2000, p. 20.

¹¹¹ M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Fr. POTTIER, *o.c.*, 2001, p. 485, n° 587.

Rappelons qu'il faut, pour que ce type de clause soit valable, qu'elle soit claire et atteste d'une volonté certaine des contractants de se dispenser d'une autorisation judiciaire ⁽¹¹²⁾. Il va de soi cependant qu'elle ne fait pas échec à un contrôle *postérieur* du juge.

- La clause dite « de plein droit et sans sommation » est certainement la plus rigoureuse car elle permet non seulement la résolution automatique du contrat, mais qui plus est dispense de l'exigence d'une mise en demeure préalable ⁽¹¹³⁾.

113. – L'analyse de l'échantillon de clauses à notre disposition atteste qu'il est cependant **rare que les parties se dispensent d'une mise en demeure préalable**. Généralement, en effet, il est précisé que le créancier de l'obligation en souffrance est tenu de notifier à son débiteur un ultime délai d'exécution. Ce faisant, seul le recours au juge est généralement obvié.

Termination for Breach. Each party will have the right to terminate this Engagement Letter if the other party breaches any material term of this Engagement Letter and fails to cure such breach within thirty (30) days after written notice thereof.

De telles clauses nous paraissent respectueuses des exigences de bonne foi contractuelle, lesquelles imposent que, sous réserve de circonstances exceptionnelles, l'application d'une clause résolutoire soit précédée d'une ultime sommation adressée au débiteur.

(b) Précision du manquement justifiant la rupture

114. – Quant à la gravité des manquements susceptibles d'autoriser une résolution du contrat, deux méthodes paraissent appliquées.

115. – Il arrive, tout d'abord, que l'obligation concernée ne soit pas précisée, mais que le caractère grave de son inexécution soit exigé.

L'existence de relations de longue durée montre que les clauses précisent souvent des hypothèses où il sera permis aux contractants de sortir du contrat, notamment en cas de violation des obligations *essentiels* liées à l'atteinte portée à la confiance nouée entre les partenaires (violation d'une clause de non-concurrence, d'une clause de confidentialité ...).

Termination for Cause

§1. Except for non-payment by Client, either party may terminate this Agreement for material breach provided the dispute resolution process set out in Article 25 has been completed and has failed to resolve the issue and the terminating party thereafter gave 120 days written notice of termination and an opportunity to cure.

In the event of non-payment by Client within the timeframe defined in Article 25, X may give 40 days written notice and terminate the Agreement at the end of the 40 days notice period.

In the event of termination pursuant to Article 30, either party may give 30 days written notice and terminate this Agreement at the end of the 30 days notice period provided the dispute resolution process set out in article 25 has been completed and has failed to resolve the issue.

§2. X shall not be in material breach if its failure to perform hereunder is due to problems caused by Client Software and associated data, by hardware failures for hardware not maintained by X or, by hardware failures for hardware maintained by X which failures were caused by Client site conditions that don't conform to X's site specifications.

§3. If Client terminates due to X's material breach, X will be obliged to use its reasonable efforts to perform the Transition Services for 120 days at no charge to Client.

¹¹² P.H. DELVAUX, *o.c.*, p. 99.

¹¹³ L'admission de la dispense d'une mise en demeure préalable peut être discutée. La clause précisant que la résolution peut être obtenue sans l'accomplissement d'une telle formalité paraît admissible au regard du droit commun, lequel est supplétif. Il reste que certains ont plaidé pour une généralisation de cette dernière dans la mise en œuvre de toutes les sanctions contractuelles V. notamment J.-Ch. BOULAY, « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », *R.T.D. Civ.*, 1990, p. 339.

§4. If X terminates due to Client's material breach, Client will pay X the early termination fees and pay X in full for all Operations Services performed by X up to the date of termination. He will reimburse X in full for any costs, losses, expenses or damages X incurs as a result of the termination. X will, upon Client's request, use reasonable efforts to perform the Transition Services on a time and materials basis at X's standard service rates.

Certains contrats mentionnent par ailleurs expressément, au titre des fautes justifiant la rupture du contrat, « *le manque d'esprit de collaboration* ». Si une telle mention est le témoin de l'importance de la coopération mutuelle exigée dans l'exécution du contrat, on ne peut que constater son caractère peu précis, laissant craindre des appréciations divergentes.

116. – Il arrive parfois, d'autre part, que les manquements justifiant la résolution soient eux-mêmes précisés :

The following obligations are conditions of this agreement and any breach of them shall be deemed a fundamental breach which shall terminate this agreement immediately and the rights and liabilities of the parties shall then be determined in accordance with article 7:

- *failure on the part of Company B to make punctual payment of all sums due to Company A under the terms of this agreement*
- *failure of the other party to comply with the material obligations which it has assumed under this agreement*
- *in case of a grave cause; the burden of proof for such a grave cause is placed upon the party that wishes to invoke it in order to have the contract terminated*
- *the doing or permitting of any act by which Company B's rights on intellectual property may be prejudiced or put in jeopardy.*

Une référence à un système de points se retrouve dans de nombreux contrats, permettant de la sorte une gradation des sanctions en fonction de la gravité du manquement.

(c) La probabilité d'inexécution : les clauses d'« *anticipatory breach* »

117. – Il est intéressant de constater que certaines clauses prévoient que la résolution - ou résiliation - du contrat est autorisée alors même que le manquement qui la justifie n'est pas consommé. Référence est ainsi faite à la notion d'*anticipatory breach* bien connue des pays de *Common Law*. Il s'agit alors d'accorder l'application d'une sanction contractuelle alors que l'inexécution, qui n'est pas encore réalisée, paraît pourtant hautement vraisemblable (¹¹⁴).

« Lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude, pendant le cours des travaux, que par la faute de l'entrepreneur l'ouvrage sera exécuté de manière défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la

¹¹⁴ V., pour une analyse plus approfondie de cette problématique, M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme : les droits belge et français face à l'anticipatory breach de la Common Law*, Thèse, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1982 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution - Les clauses d'"anticipatory breach" ou d'"exécution anticipée" », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, La Charte, 2001, pp. 186 à 228 ; X. DIEUX, *Respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Thèse, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995.

V. également les articles 71 à 73 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (chapitre 1, section 1 « Contravention anticipée et contrats à livraisons successives »), l'article 9.304 et 8.105 des Principes européens et 7.3.3. et 7.3.4. des Principes UNIDROIT. Certains droits nationaux consacrent également ce mécanisme soit par des dispositions légales explicites (article 6.80 et 6.263 du NBW), soit par une doctrine confirmée, comme c'est le cas en droit allemand.

continuation des travaux seront confiés à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur » ⁽¹¹⁵⁾.

118. – Ainsi, peut-on citer les clauses suivantes :

If either party becomes insolvent, is unable to pay its debts when due, ceases to operate in the normal course of business, has a receiver appointed, or has its assets assigned or is involved in a similar procedure, it shall be considered a material breach and the other party may cancel any unfulfilled obligations and terminate for cause without notice.

Résiliation anticipée

Le client se réserve la possibilité de rompre unilatéralement le contrat, moyennant fixation d'un délai de préavis de jours en cas de règlement judiciaire ou liquidation des biens du fournisseur (...) ;

article 10 (*Termination, Substitution, Indemnification, Defaulting of Contractor*) : *"the client may terminate this agreement when the contractor's situation at any time after the conclusion of the agreement is found to have become so precarious from a financial or technical viewpoint that there is every indication that he will not be able to fulfil his obligations"*

119. – En réalité, il semble que ce soit principalement le caractère *intuitu personae* du contrat conclu qui justifie la volonté des parties, et particulièrement du client, d'étendre les causes de dissolution du lien contractuel.

§3. LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT « POUR CONVENANCE PERSONNELLE » ⁽¹¹⁶⁾ : LA
RÉSILIATION UNILATÉRALE

« La résiliation unilatérale est ainsi le meilleur moyen de borner les effets d'un contrat qui n'a pas été voulu illimité, sans pour autant créer les risques du maintien abusif dans la situation pour chacune des deux parties » ⁽¹¹⁷⁾

120. – Une autre difficulté est de déterminer les situations dans lesquelles le contrat peut prendre fin par la volonté isolée d'une des parties contractantes et sans qu'une faute ou un quelconque autre motif ne doivent être avancés.

A. Le droit commun

A.1. La faculté de résiliation unilatérale des contrats de durée indéterminée

(a) Le principe

121. – Le principe veut que les contrats ne puissent être révoqués que du consentement mutuel des parties contractantes (article 1134, alinéa 2 du code civil) ⁽¹¹⁸⁾. Font seules exception à la règle les relations à durée indéterminée, pour lesquelles tant la doctrine que la jurisprudence admettent que chacune des parties bénéficie du droit de rompre unilatéralement leurs relations.

¹¹⁵ T.F., 28 mars 2000, *Droit de la construction*, 2000/4, p. 140 cité par M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, FR. POTTIER, *o.c.*, 2001, p. 496, n° 598.

¹¹⁶ V. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, FR. POTTIER, *o.c.*, 2001, p. 16, et pp. 501 et suivantes, n° 610 et suivants ; C. LEVINHOFF et P.A. FORIERS, *o.c.*, *Entr. et Dr.*, 1977, pp. 20 à 50 ; X. DIEUX, note sous Cass., 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, p. 523.

¹¹⁷ R. LIBCHABERT, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Dr. Sociétés*, 1995, pp. 442 et suivantes.

¹¹⁸ V. *supra*, n° 97 à 99.

Cette reconnaissance découle de la prohibition, par ailleurs d'ordre public, des engagements perpétuels ⁽¹¹⁹⁾.

(b) Les limites légales et jurisprudentielles imposées

122. – La jurisprudence tend à privilégier autant que possible le maintien du contrat, celui-ci étant désormais davantage perçu, non plus comme un compromis entre des intérêts contradictoires, mais bien comme la poursuite d'une fin commune. Une limitation importante de la faculté traditionnellement reconnue à chaque partenaire de résilier unilatéralement le contrat se dégage ainsi des décisions récentes et des obligations particulières accompagnent l'expression d'une telle volonté.

123. – La résiliation ne peut, sous peine de se voir sanctionnée, intervenir à contretemps. Son auteur doit dès lors permettre à son contractant de disposer du temps nécessaire pour se remplacer ⁽¹²⁰⁾, et ce afin de prévenir et limiter le dommage souffert par lui. Il doit obligatoirement, au moment où il lui notifie un **congé** (condition de forme), fixer un **délai de préavis** (condition de fond) ⁽¹²¹⁾, proportionnel à la durée de la relation passée et aux bénéfices qu'il a pu retirer de celle-ci ⁽¹²²⁾.

Ces obligations trouvent appui sur l'obligation faite aux parties d'exécuter de bonne foi le contrat qui les lie (article 1134, alinéa 3 du code civil).

A.2. Le contrat d'entreprise : une faculté limitée et non réciproque de résiliation unilatérale des contrats de durée déterminée

(a) La faculté de résiliation unilatérale accordée au client : l'article 1794 du code civil

124. – Les contrats de durée déterminée ne peuvent en principe être résiliés anticipativement de manière unilatérale, sauf lorsque la loi le prévoit ou si l'usage le permet (article 1134, alinéa 2 du code civil).

125. – En l'espèce, et selon l'article 1794 du code civil ⁽¹²³⁾ ⁽¹²⁴⁾, le maître de l'ouvrage (client) dispose naturellement de cette faculté lorsque le contrat a été conclu pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée ⁽¹²⁵⁾.

¹¹⁹ V. sur ce point notre contribution in *La fin du contrat*, C.U.P., Vol.51, Décembre 2001, pp. 105 à 140.

¹²⁰ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, n° 139 ; R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », *R.C.J.B.*, 1957, p. 321, n° 15 ; Mons, 24 octobre 1988, *R.D.C.*, 1989, pp. 524 et suivantes.

¹²¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, 1964, n° 763 ; L. DEMEYERE, « Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten », in *La fin du contrat*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles et A.B.J.E., 1993, p. 23 ; Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, p. 190 ; R. VAN RANSBEECK, « De opzegging », *R.W.*, 1995-1996, pp. 346 et suivantes.

V. également en France : J. MESTRE, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *R.T.D.C.*, 1996, p. 905 ; J. MESTRE, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *R.T.D.C.*, 1997, pp. 934-935, citant notamment Cass. Fr., 21 mai 1997, *inédit*.

¹²² D'autres critères, propres à la relation concernée, entreront encore en ligne de compte. Le contexte global dans lequel s'inscrit le contrat sera ainsi déterminant (exclusivité, secteur ferme ou ouvert, qualité des parties et leur rôle sur le marché ...).

¹²³ Selon cette disposition, « le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

¹²⁴ Y. MERCHERS y voit une « règle organique du contrat d'entreprise » (Y. MERCHERS, *o.c.*, 1994, p. 284).

¹²⁵ Y. MERCHERS, *o.c.*, 1994, p. 283, n°4 ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Fr. POTTIER, *o.c.*, 2001, p.497 et suivantes, n° 600 et suivants. V. également C. LEVINHOFF et P.A. FORIERS, « De la résiliation unilatérale du contrat

126. – Le maître d'œuvre peut, en vertu de cette disposition, l'exercer à tout moment, sans mise en demeure préalable et sans motif. Il devra cependant à l'entrepreneur (fournisseur) une indemnité compensant tant les dépenses engagées (*damnum emergens*) que le manque à gagner (*lucrum cessans*) résultant de cette rupture anticipée (¹²⁶).

127. – Selon la Cour de cassation, l'article 1794 précité est applicable à tout contrat d'entreprise, quel que soit l'ouvrage qui en constitue l'objet (¹²⁷) et dès lors également aux contrats d'*outsourcing*.

128. – Cette disposition n'est cependant pas d'ordre public et les parties peuvent y déroger librement que ce soit en faveur ou en défaveur du maître de l'ouvrage (¹²⁸). La convention pourrait ainsi valablement exclure toute faculté de résiliation anticipée par lui, ou en conditionner l'existence à une mise en demeure, à l'exposé d'une motivation ou à l'octroi d'un préavis ... De même, elle pourrait valablement prévoir, préalablement et forfaitairement, le montant de l'indemnité due par le client.

(b) Une faculté de résiliation unilatérale accordée au fournisseur ?

129. – L'article 1794 du code civil n'envisage un droit de rupture, lorsque le contrat est de durée déterminée, que dans le chef du maître de l'ouvrage. L'entrepreneur ne dispose pas d'une telle prérogative.

130. – L'exercice du droit de rompre sans motif du *fournisseur* ne sera ainsi admissible, au regard du droit commun, que si le contrat est de durée indéterminée. Dans ce cas, son droit est discrétionnaire et aucune justification ne devra être avancée. Qui plus est, la faculté de résiliation unilatérale étant considérée comme d'ordre public, elle pourra en principe être exercée à tout moment, même hors des cas éventuellement prévus - même limitativement - par le contrat. De même, l'entrepreneur ne pourrait y renoncer à l'avance.

131. – Le fournisseur sera cependant tenu d'accorder à son contractant un délai raisonnable de préavis afin d'aider à sa « *reconversion* », et ce quand bien même le contrat ne l'aurait pas prévu (¹²⁹).

d'entreprise par le maître de l'ouvrage », *Entr. et Dr.*, 1977, pp. 20 et suivantes ; A. FETTWEIS et A. DELVAUX, « La fin du contrat d'entreprise, du contrat d'architecte et du contrat de marché public de travaux ou de services », *Actualités du droit*, 1992/1, p. 385 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991), Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 840, n° 202 ; X. DIEUX, « Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », note sous Cass., 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, p. 523 ; Y. MERCHERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de services*, Ed. jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 283 et suivantes ; C. MERTENS, « Dénonciation unilatérale du contrat d'entreprise par le maître de l'ouvrage en droit néerlandais », *Entr. et Dr.*, 1990, p. 109 ; J. ROZEMOND, « Eenzijdige opzegging door de opdrachtgever onbeperkt mogelijk ? », *Entr. et Dr.*, 1990, p. 111 ; C. DELFORGE, *o.c.*, 2001, pp. 129 à 133.

¹²⁶ X, *Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 179.

¹²⁷ Cass., 4 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 7 et *J.T.*, 1981, 99. V. également Bruxelles, 23 octobre 1980, *J.T.*, 1981, p. 152 et, plus récemment, Liège, 6 novembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 64.

¹²⁸ M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Fr. POTTIER, *o.c.*, 2001, p. 514, n° 633.

¹²⁹ Versailles, 12^{ème} chambre, 14 décembre 1995, *J.C.P., Ent.*, 1996, pan., n° 357 cité par J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence des 30 et 31 mai 1996*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 15.

A défaut pour les parties d'en avoir précisé la durée, ce délai sera apprécié par le juge ou l'arbitre au regard des circonstances de l'espèce et en particulier des usages admis dans le secteur concerné.

Pendant l'écoulement dudit délai, les parties sont tenues de poursuivre l'exécution du contrat et d'assurer la transition de celui-ci.

A.3. Conclusion

132. – Il ressort des considérations qui précèdent qu'à défaut de clause aménageant conventionnellement le droit de rupture unilatérale, la position des parties au contrat d'entreprise est sensiblement différente.

133. – Le client (donneur d'ordre) peut toujours résilier sans motif le contrat, que celui-ci soit de durée déterminée ou non. L'exercice de ce droit est cependant subordonné, lorsque le contrat est de durée déterminée, à un dédommagement de l'entrepreneur conformément à l'article 1794 du code civil. Lorsque la durée n'est pas précisée, il n'est tenu, en vertu de la jurisprudence, que d'agir de bonne foi, et, ainsi, de concéder à son contractant un délai de préavis suffisant.

134. – Quant au fournisseur (entrepreneur), celui-ci ne dispose d'un droit de résiliation « pour convenance personnelle » que si le contrat est de durée indéterminée, sauf pour les parties à lui avoir expressément concédé une telle faculté.

B. Analyse de clauses

B.1. Un droit réciproque de rupture unilatérale

135. – La plupart des contrats ne s'embarrassent guère des considérations qui précèdent et confèrent à *chacune* des parties le droit de rompre unilatéralement la convention.

136. – L'article 1794 n'étant ni impératif ni d'ordre public, les parties peuvent librement y déroger, expressément ou tacitement⁽¹³⁰⁾. La doctrine considère dès lors que les conventions accordant un droit réciproque de rupture unilatérale, quoique plus tolérantes que le droit commun, sont parfaitement licites⁽¹³¹⁾.

137. – Si la validité des clauses précitées paraît devoir être admise, il reste que, d'un point de vue strictement juridique, il est quelque peu paradoxal de faire cohabiter un droit de résiliation, pouvant être exercé à tout moment et sans justification aucune, avec l'existence d'un terme conventionnel. Dans les contrats à durée déterminée, en effet, en principe, « *le terme est un élément de la loi contractuelle ; son respect exclut donc l'exercice d'une faculté de résiliation unilatérale* »⁽¹³²⁾. Dès lors, la doctrine y voit généralement un contrat de durée indéterminée⁽¹³³⁾, la faculté de résiliation unilatérale « annulant » en quelque sorte le terme fixé.

B.2. Clauses aménageant le droit de rupture

¹³⁰ Y. MERCHERS, *o.c.*, 1994, pp. 286-287. Le maître de l'ouvrage serait alors en faute s'il entend faire usage d'un tel droit alors que la convention l'en a dépouillé.

¹³¹ Y. MERCHERS, *o.c.*, 1994, pp. 288-289.

¹³² J. MESTRE, *o.c.*, 1997, p. 16 citant Com. 26 février 1991, *Bull. civ.* IV, n° 91.

¹³³ V. *supra*, n° 47 et suivants.

138. – Rares sont les contrats **refusant la résiliation anticipée** en dehors des cas particuliers où une faute peut être reprochée à l'autre partie, mais elles existent comme en atteste la clause suivante :

Chacune des parties ne pourra résilier le présent contrat, moyennant le respect d'un délai de préavis de 1 mois, que si une infraction à l'une des dispositions du présent contrat peut être démontrée dans le chef de l'autre partie et si la partie en défaut n'a pas remédié à cette situation dans les 14 jours calendrier après qu'elle ait été avisée de ladite infraction par lettre recommandée. Cette fin ne porte pas préjudice le cas échéant aux droits à indemnisation que la partie à l'origine de la résiliation pourrait faire valoir en outre.

139. – La plupart des clauses rencontrées prévoient en effet un droit de résiliation anticipée, sans motif, mais moyennant l'octroi d'un préavis.

Termination

*§1. The Facilities Management employment under this Agreement may be terminated in the following circumstances :
- by either party giving the other 3 month's prior notice at any time ...*

Résiliation du Contrat. Le Client et le Fournisseur pourront mettre fin au présent Contrat à tout moment et pour quelque raison que ce soit moyennant un préavis donné par écrit au moins trois mois à l'avance. Au cas où le Contrat serait dénoncé conformément aux modalités prévues dans le présent article, le Client ne sera tenu d'aucune indemnité de quelque nature que ce soit, notamment pour pertes directes et indirectes ou pour le paiement de Services non livrés ou non acceptés.

140. – Les clauses ne subordonnent en outre généralement pas l'exercice du droit de rupture au versement à l'autre partie d'une indemnité compensatoire, et en particulier à une indemnisation du *lucrum cessans*. Cette solution est dès lors, dans les contrats de durée déterminée, plus favorable au donneur d'ordres que ce que prévoit l'article 1794 du code civil.

SECTION 5. L'AFFRONTLEMENT DU TEMPS

« Le contrat créé doit être susceptible de s'adapter au temps (...) afin de sauvegarder les relations établies. Pour ce faire, il ne va figer provisoirement que certains aspects des relations des contractants. Le cadre devra être complété ultérieurement (...) afin de concrétiser les objectifs définis en commun » ⁽¹³⁴⁾.

141. – Plusieurs événements sont susceptibles de troubler l'exécution du contrat. Il peut, tout d'abord, s'agir d'**événements touchant à la personne** du contractant tels que la survenance d'une insolvabilité, un changement de contrôle, une scission ou une fusion, ... Certains d'entre eux peuvent également résulter de la **volonté de celui-ci**, notamment lorsque, en cours d'exécution, ses besoins évoluent. D'autres événements, encore, peuvent être **extérieurs aux parties** et consister en une évolution technologique, ou un changement de la loi applicable. Ces circonstances nouvelles auront un impact variable sur la relation contractuelle selon l'influence qu'elles exercent sur l'économie du contrat.

142. – Le contrat d'*outsourcing* est un contrat s'inscrivant dans le temps. Or, il est difficile, voire impossible, pour les parties de tout prévoir au moment où elles échangent leurs consentements originaires. Il est dès lors prudent, dans ce type de contrat, de préciser, sur un plan général, tant l'intention originaires des parties que les objectifs qu'elles se sont fixés. Le préambule se prête naturellement à ce genre de considérations.

¹³⁴ J. GATSI, *o.c.*, 1996, p. 3, n° 2. L'auteur envisageait de la sorte les contrats-cadre, mais cette considération paraît transposable en l'espèce.

143. – Devant assurer le lien entre le passé, le présent et le futur, seul garant de la pérennité de la relation nouée, le cadre contractuel doit lui-même favoriser l'adaptation de son contenu, tant au regard de l'objet du contrat que des intérêts réciproques des cocontractants. A défaut d'anticiper une telle flexibilité, les obligations initialement convenues demeureront figées au nom du principe de la convention-loi que consacre l'article 1134 du code civil.

144. – Il est heureux de constater que tous les contrats d'*outsourcing* que nous avons analysés prévoient, de manière plus ou moins élaborée, des modes permanents de révision du contrat (« *continual state of negotiation with each other* »⁽¹³⁵⁾), soit par le biais de procédures de renégociation soit en accordant d'autorité à une des parties le pouvoir de procéder à l'adaptation requise sous le contrôle de l'autre.

§1. LES INSTRUMENTS DE FIXATION ET D'EVOLUTION DU CADRE CONTRACTUEL, EXPRESSION DE LA VOLONTE DES PARTIES POSTERIEURE A LA CONCLUSION DU CONTRAT

145. – Les contrats d'*outsourcing* renferment deux types de clauses destinées à permettre une évolution du cadre conventionnel. D'une part, certaines, souvent qualifiées de « clauses d'adaptation » ou de « révision », permettent, à partir de critères prédéterminés ou moyennant la décision unilatérale d'une partie jouissant d'une habilitation conventionnelle, une adaptation « automatique » ou « semi-automatique » du contrat. D'autres, au contraire, entendent imposer et/ou aménager une renégociation de ses termes. Aux premières, ressortissent par exemple les clauses d'indexation, les clauses d'échelle mobile, les clauses monétaires alors qu'aux secondes appartiennent les clauses de renégociation au sens strict.

146. – Toutes deux ont cependant en commun d'aménager la flexibilité du cadre conventionnel, en se refusant de figer la force obligatoire sur les seuls éléments précisés au moment originaire de l'échange des consentements.

A. Les clauses de renégociation

A.1. Les causes de la renégociation

147. – Le contrat, particulièrement lorsqu'il s'inscrit dans la durée, peut être lacunaire, imprécis et incomplet. C'est le sort de toute œuvre humaine, laquelle ne peut jamais prétendre anticiper et tout résoudre à l'avance. De telles lacunes peuvent également avoir été souhaitées par les parties afin de s'assurer une marge de manœuvre face aux aléas du temps⁽¹³⁶⁾. Mais le contrat peut aussi voir son exécution fragilisée par la survenance d'événements que les parties n'ont pas prévus au moment de l'échange initial de leurs consentements (fluctuation des prix, annulation d'une clause contractuelle⁽¹³⁷⁾, conflit mobile ...).

¹³⁵ C.L. GAY et J. ESSINGER, *o.c.*, 2000, p. 140.

¹³⁶ Notons que, selon les économistes, l'incomplétude du contrat serait en elle-même un instrument d'innovation et de progrès (O. HART et J. MOORE, « Incomplete Contracts and Renegotiation », *Econometrica*, 1988, 56, pp. 755-786.V. également E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p.13 ; B. AUBERT, M. PATRY et S. RIVARD, « The Structure of Incentives in a Major Information Systems Outsourcing Contract : The Case of a North American Public Organization », *CIRANO, Série scientifique, Document n° 95s-14*, Montréal, Mars 1995, p. 4). Il serait ainsi, à leur sens, préférable de laisser une certaine ouverture et d'avantager les formes de renégociations, assurant ainsi une manifestation permanente du souhait de coopérer, favorable à un climat de confiance (E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p. 14). Ainsi, le contrat devrait constituer un dispositif ouvert accordant aux parties des garanties mutuelles quant à une coopération sereine et innovante (E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p.15 selon qui « *mieux vaut donc installer des gardes-fous que des rails* »).

¹³⁷ Ainsi trouve-t-on par exemple les clauses suivantes : « La nullité éventuelle d'une des clauses de la convention n'entraîne pas la nullité de la convention. En cas d'annulation d'une disposition de la convention, les parties rédigeront ensemble dans les plus brefs délais une nouvelle clause dont le contenu sera le plus proche possible de la clause annulée. A

148. – Le fait que le contrat n'appréhende pas l'ensemble des obligations des parties, ou ne prévoit pas le sort de son contenu au gré de toutes circonstances à même d'en contrarier l'exécution, ne sera pas nécessairement dommageable, à la condition qu'aient été prévus des mécanismes susceptibles d'y suppléer. Et c'est ce rôle que sont destinées à exercer les clauses de renégociation⁽¹³⁸⁾. Ce faisant, les parties entendent alors s'obliger mutuellement, 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⁽¹³⁹⁾.

149. – Sur ce point, afin d'assurer une plus grande souplesse du cadre conventionnel, et d'esquiver les inconvénients d'une procédure judiciaire ou arbitrale, il paraît au minimum nécessaire pour les parties d'instituer un comité paritaire susceptible d'exprimer, en cours d'exécution, leur volonté commune et d'insérer ultérieurement dans la convention les éléments qui assureront le maintien de son équilibre original. C'est par ailleurs ce que précisent la toute grande majorité des contrats analysés, dont voici trois exemples :

"Both parties will continuously review this agreement as to the reasonableness of its terms"

"If at any time the parties discover that this agreement does not provide for a fair balance between the interests of both parties anymore, this agreement shall be adapted to this change of circumstances. The parties to this agreement shall then agree upon such amendments as are required to reflect the change of circumstances."

"no modification, amendment or waiver of this agreement or provision hereof shall be binding upon any party unless made in writing or confirmed in writing by their duly authorised representatives."

A.2. Aménagement de la négociation

150. – Les clauses de renégociation ne constituent cependant pas un remède miracle. L'*outsourcing* met en effet souvent aux prises des sociétés d'égal poids économique et trouve une solution équilibrée, alors que, par hypothèse, une des parties est en difficulté de respecter ses engagements, peut être ardu. C'est pourquoi de nombreux contrats anticipent cet écueil en précisant les **conditions objectives** dans lesquelles la négociation devra être entamée, mais également les balises de son déroulement. Tout en maintenant une obligation de discussion, les principaux éléments de la négociation sont alors déjà établis.

151. – Les parties prennent en outre également souvent soin de prévoir un palliatif à l'absence d'accord – tel que le recours à un tiers indépendant, arbitre ou expert – et ce afin de ne pas affaiblir la flexibilité voulue⁽¹⁴⁰⁾.

défaut d'accord, elles acceptent de se soumettre à la décision rendue par le collège arbitral désigné conformément à la clause 4 ».

« Si une ou plusieurs clause du présent contrat s'avèrent nulles ou non valides et sont déclarées comme telles en application d'une loi, d'un règlement ou à la suite d'une décision définitive d'une juridiction compétente, les autres clauses gardent leur force et leur portée. Les parties négocieront de bonne foi et s'efforceront de remplacer cette clause par une autre qui, dans ses effets, se rapproche le plus de l'intention initiale des parties et de l'objectif économique de la clause concernée ».

¹³⁸ De telles clauses pourraient paraître inutiles dans la mesure où il ne fait aucun doute que la volonté commune des parties peut toujours modifier le contenu des obligations respectives. Pourtant, elles demeurent importantes en ce qu'elles disciplinent les parties et, d'un point de vue psychologique, favorisent certainement la recherche d'une solution de compromis.

¹³⁹ W. Fox, *International Commercial Agreements, A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, Kluwer Int., 1988, spécialement pp. 87 et suivantes.

¹⁴⁰ Sur ce point, il sera utile, afin d'éviter toute discussion ultérieure, de préciser dans le contrat non seulement le mode de désignation de l'expert, mais également les pouvoirs dont il sera investi.

B. Les adaptations unilatérales du contrat : la prise en compte de l'évolution des besoins du client

B.1. Le principe

152. – Les contrats d'externalisation étant des contrats de durée, il n'est pas exclu que les besoins affichés par le client évoluent et qu'en cours d'exécution, celui-ci demande l'accomplissement de prestations complémentaires, non initialement prévues.

153. – Ainsi, certaines clauses, intitulées « variations », « additions » ou « changements », renferment en réalité une autorisation concédée à une partie - souvent le client - d'unilatéralement modifier, en cours d'exécution, le contenu du contrat. Celle-ci pourra, par exemple, d'autorité étendre la mission confiée au contractant ou exiger de lui une augmentation de ses performances.

154. – Le commerce international est coutumier de ces clauses, particulièrement lorsque l'une des parties est le commanditaire dans un contrat de construction. « *La raison d'être de ces clauses réside dans le souhait de ce dernier de voir l'étendue du travail refléter les progrès techniques pendant l'exécution du contrat ou simplement ses exigences nouvelles* » ⁽¹⁴¹⁾.

Si elle admet la validité de principe de ces « décisions de partie » (*partij beslissing*), la pratique internationale ⁽¹⁴²⁾ en encadre cependant strictement l'exercice, en imposant notamment que ces modifications s'exercent dans les « *limites initiales* » du contrat. Qui plus est, celles-ci ne peuvent aboutir à un « *changement cardinal* » (*cardinal change*), de sorte que des limites objectives aux modifications autorisées sont souvent fixées. Ces clauses précisent alors fréquemment des plafonds de la valeur admise en pourcentage du prix initial. Enfin, certaines formalités devront nécessairement être respectées afin d'assurer une information permanente du contractant.

155. – Les contrats purement nationaux connaissent moins ce type de clauses. Étant plus perméables aux conceptions classiques, ceux-ci admettent en effet plus difficilement qu'une partie puisse imposer seule à l'autre des modifications susceptibles de modifier l'équilibre original. Les éventuelles adjonctions au contrat initial sont alors souvent subordonnées à un accord exprès de l'autre partie. Pourtant, la validité de telles clauses ne devrait pas davantage être mise en doute ⁽¹⁴³⁾.

156. – Le contrat d'*outsourcing*, plus naturellement imprégné par la pratique internationale qui en a par ailleurs permis l'émergence, contient fréquemment de telles clauses. Au nom de la liberté contractuelle, leur validité doit être admise ⁽¹⁴⁴⁾, sous la réserve d'un possible contrôle

¹⁴¹ U. DRAETTA et R. LAKE, *Contrats internationaux, Pathologie et remèdes*, FEC, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 205. Comme le relèvent U. DRAETTA et R. LAKE, de telles clauses se distinguent des clauses dites d'« *option* » en ce sens que le prix n'est, ici, pas nécessairement fixé à l'avance (*Ibidem*, p. 206). V. également, des mêmes auteurs, *Breach and Adaptation of International Contracts, An Introduction to Lex Mercatoria*, Butterworth, 1992, pp. 207 et suivantes.

¹⁴² *Ibidem*, p. 207 à 209.

¹⁴³ P. WERY, *o.c.*, 2000, p. 18 ; S. STIJNS, P. WERY et D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1999, p. 825 ; A. SERGYSSELS, « Les clauses de modification unilatérale dans les conditions générales bancaires », *Rev. Banque*, 1996, p. 494.

¹⁴⁴ Il est à noter encore que certains auteurs ont soutenu que, pour certaines catégories de contrats, le droit de modification unilatérale pourrait être implicite. Ainsi, en 1907, R. DEMOGUE a-t-il défendu l'idée que dans les contrats d'« *aide ou de commandement* » - c'est-à-dire « *ceux par lesquels une personne engage une autre pour l'exécution d'un travail où certaines conditions de capacité technique, d'habileté commerciale, ou même simplement de résidence qu'elle même ne remplit pas* » -, « *celui qui fait faire par un autre un travail dans son intérêt, a le droit de sa seule volonté de modifier les conditions dans lesquelles le travail doit être exécuté* ». La doctrine récente n'a que peu réservé d'écho à cette

judiciaire *a posteriori* sur la base de l'article 1134, alinéa 3 du code civil (bonne foi) ⁽¹⁴⁵⁾. L'exercice unilatéral d'un droit n'est en effet pas nécessairement arbitraire à la condition que son caractère raisonnable puisse être vérifié.

B.2. Exemples de clauses

(a) Le principe

157. – Certains contrats imposent un **contrôle bilatéral** des modifications proposées par le client, exigeant que celui-ci obtienne la ratification de l'autre.

Toute modification au contenu du présent contrat devra faire l'objet d'un amendement écrit et signé pour accord, tant par X que par Y.

D'autres, encore, tout en posant le principe d'un accord des parties quant aux changements demandés, précisent que le **refus du fournisseur ne peut être « déraisonnable »**. Pareille exigence implique que ce dernier puisse justifier, objectivement, les raisons qui le poussent à refuser de suivre les réquisitions du client.

Procédures d'adaptation en cours d'exécution

- (a) *A tout moment, le Client peut demander, par écrit, au Fournisseur certaines adaptations aux prestations initialement prévues. De même, le Fournisseur peut recommander de telles modifications.*
- (b) *Le fournisseur apprécie l'endue et la faisabilité de telles requêtes ou recommandations, ainsi que le coût que celles-ci impliqueront nécessairement. Il fera rapport sur ce point au plus tard au moment de la réunion commune mensuelle qui suit.*
- (c) *Aucune des parties ne peut être imposer à l'autre de telles modifications, excepté si ce refus du fournisseur est manifestement déraisonnable.*
- (d) *Lorsque le changement a été accepté par les parties, et consigné dans un écrit faisant partie intégrante du contrat, chacune d'elle poursuit normalement l'exécution du contrat.*

158. – Plus fréquentes sont cependant les clauses consacrant clairement un droit de modification unilatérale.

Certaines d'entre elles ne mentionnent pas de procédures particulières, mais se bornent à énoncer comment le fournisseur sera rémunéré pour les prestations complémentaires qui lui seront demandées :

En ce qui concerne les demandes de Y qui excèdent la quotité convenue et dans la mesure où une suite favorable peut leur être donnée par X, le surplus de la quotité sera facturé par mois (aux mêmes conditions de prix).

D'autres, au contraire, mettent en place une procédure élaborée :

1. Service Change Order

Client may submit a Service Change Order provided the equipment to be added is included on the current Service Fee Schedule and the Operations Services are defined in the Statement of Work. Service Change Orders will be implemented in accordance with the process set forth in the Service Change Management Process. Once a Service Change Order is implemented, Supplier will adjust Customer's invoice accordingly.

1.1. Service Change Request

idée, mais force est de constater que la pratique commerciale semble l'appliquer naturellement. V. R. DEMOGUE, *o.c.*, R.T.D.Civ., 1907, p. 264-265.

V. également P. WERY, *o.c.*, 2000, p. 20-21, n° 130 et P.A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services : obligation des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de service*, 1994, p. 131.

¹⁴⁵ Le contrôle judiciaire sera alors marginal. V. P. WERY, *o.c.*, 2000, p. 18, n° 130.

§1. Client or Supplier may submit a written Service Change Request to initiate changes to the service deliverables which are not included on the current Service Fee Schedule or defined in the Statement of Work.

§2. The Written Service Change Request must include

- A description of the requested change;*
- The purpose for the change;*
- The priority;*
- Date of requested implementation;*
- Signature of authorized requester;*

§3. The supplier will advise Client of the resultant impact of the Service Change Request on price and schedule within the time frame prescribed contract. Prior to implementation, all Service Change Requests must be mutually agreed upon by the parties. Pending such agreement, Supplier shall continue to perform and to be paid as if such Service Change Request had not been requested or recommended, provided that if either party proposes a Service Change Request which represents a material change in the Operations Services in the other party's judgment, and such Service Change Request remains outstanding for 30 days or is rejected by the other party, either party shall have the right to terminate this Agreement, provided the dispute resolution process set has been completed and has failed to resolve the issue.

§4. This Service Change Management Process does not apply to Supplier substitution of alternative products for Supplier Hardware or Supplier Software which meets or exceeds the original performance levels or which is based on a different specification of products so long as Supplier does not seek to change the Service Level Objectives. It also does not apply to a change required by law, statute, or regulation.

(b) Les titulaires du droit de modification unilatérale

159. – Certaines clauses accordant un droit de modification unilatérale ouvrent son exercice à chacune des parties :

Either party may without invalidating this Agreement request an addition to or omission from or other change in the services or the order or period or the working hours in which the services are to be provided by issuing to the other party a Change request.¹⁴⁶

160. – Il arrive aussi fréquemment que le fournisseur soit lui-même conventionnellement tenu de proposer au client, en vertu de son obligation de conseil, les adaptations nécessaires à la poursuite de l'objectif fixé.

(c) Les conséquences éventuelles sur la durée du contrat

161. – Il est des cas où les modifications apportées par le client autorisent une prolongation de la durée initiale prévue pour l'exécution des prestations. La durée de celle-ci est alors souvent précisée.

(d) Les coûts afférents aux modifications unilatérales

162. – La plupart des clauses anticipent sur les conséquences financières de l'exercice du droit d'adaptation. Celles-ci précisent alors non seulement les variations admises dans les prestations (le cas échéant par référence à des maxima), mais également qui du donneur d'ordres ou du fournisseur sera tenu d'en supporter les coûts.

C. Les clauses d'adaptation automatique

163. – Certaines clauses, encore, déterminent les causes d'une adaptation (variation du prix, indexation des volumes de production, ...), et mettent en œuvre les mécanismes à même de

¹⁴⁶ *Facilities Management Contract*, The Chartered Institute of Building, Produced in association with Cameron McKenna, article 8.

procéder automatiquement, et sans nouvelle expression de volonté, au rééquilibrage du contrat (adaptation autonome *ou* intervention d'un tiers neutre). De telles clauses ont uniquement pour objet de garantir le maintien de l'équilibre originnaire entre la valeur économique des prestations respectives, et ainsi une juste allocation des risques entre les parties.

164. – Ainsi trouve-t-on par exemple fréquemment des clauses organisant un mécanisme d'adaptation du prix (¹⁴⁷), non seulement par le jeu d'une indexation, mais également en fonction de la survenance d'autres événements postérieurs à la conclusion du contrat (révision). Parmi ces clauses, certaines sont très complexes et prennent en compte une combinaison de paramètres auxquels un poids différent est concédé par les parties.

D. Conclusion intermédiaire

165. – Il ressort de l'analyse des clauses précitées que les contrats d'*outsourcing* se présentent généralement comme un cadre flexible et ouvert, modulable en fonction des événements qu'il rencontre et où le consentement des parties peut naturellement se déployer en cours d'exécution.

§ 2. DEUX CLAUSES PARTICULIÈRES : LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE ET DE *HARDSHIP*

A. Les clauses de force majeure

166. – Parmi les événements à même de troubler la vie du contrat, certains peuvent constituer de véritables obstacles à son exécution, le débiteur étant alors mis dans l'incapacité absolue de respecter son engagement. Sera-t-il tenu pour responsable ? Qu'advient-il de sa prestation et de celle devant être exécutée par son contractant ? Le contrat lui-même pourra-t-il être maintenu ? Voilà des questions, cruciales, auxquelles entendent répondre les clauses de force majeure.

167. – Dans tous les contrats analysés, les parties ont elles-mêmes réglé les conséquences de la survenance d'un événement de force majeure, soit en aménageant la définition de la notion, soit en aménageant les conséquences de sa réalisation.

A.1. La notion de force majeure

168. – Souvent, lorsqu'elle est précisée, la définition donnée à la notion de force majeure diffère de celle que lui réserve la doctrine belge classique. Selon cette dernière, en effet, ce concept recouvre tous les événements *indépendants* de la volonté des parties, *imprévisibles* et *inévitables* intervenus *après* la conclusion du contrat. Ils doivent en outre avoir pour effet de faire obstacle, totalement ou partiellement, à l'exécution des obligations dérivant de celui-ci (¹⁴⁸).

169. – La pratique témoigne quant à elle de la volonté des négociateurs d'**atténuer les principes classiquement définis**, perçus comme trop rigoureux. Cette assouplissement se manifeste principalement par la référence à une appréciation plus humaine et raisonnable des conditions devant présider à la qualification de la force majeure.

La loi belge étant supplétive de la volonté des parties, de telles clauses sont parfaitement valides.

¹⁴⁷ L'on peut, à titre d'exemple, citer la clause suivante :

« *The Contract Price and Prices and Rates shall adjust annually during the Contract Period on each anniversary of the Commencement of Full Operations in proportion to the annual increase or decrease (if any) in the cost or price index referred to in the Abstract of Particulars ...* ».

¹⁴⁸ V. sur ce point notamment D. PHILIPPE, « Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, La Charte, 2001, pp. 1 à 31.

170. – Quant à la **définition donnée à la notion**, on retiendra plus particulièrement que :

- certaines clauses ne définissent pas la force majeure

"S'il se produit des événements ou circonstances de force majeure (suivent les conséquences) "

"Tous les cas de force majeure, qui peuvent se présenter pendant la durée du contrat, déchargent la partie ...etc "

Dans ce cas, référence devra être faite au sens juridique que lui réserve le droit commun.

- la plupart des clauses qui définissent la notion de force majeure dénaturent celle-ci en omettant certains critères retenus par la définition classique. C'est fréquemment la condition d'imprévisibilité de l'événement concerné qui est supprimée.

"Sont considérés comme des cas de force majeure toutes les causes étrangères à la volonté des parties qui pourrait mettre obstacle à la marche normale de l'approvisionnement, de la fabrication ou des expéditions des contractants"

- souvent, également, l'effet de la force majeure sur l'exécution est atténué, les parties déclarant qu'il y a force majeure alors même que l'événement ne rend pas l'exécution « absolument » impossible.

Sauf disposition particulière du présent Contrat, ni le Client ni le Fournisseur ne seront réputés avoir manqué à leurs obligations contractuelles si l'exécution de celles-ci a été entravée ou empêchée par un cas de force majeure. Par force majeure il faut entendre la survenance d'un fait imprévisible ou irrésistible, en l'absence de faute ou de négligence de la part de la partie qui l'invoque, fait dont celle-ci ne peut se préserver ou se prémunir en exerçant une diligence raisonnable.

La situation visée se rapproche alors davantage de ce que la doctrine classique appréhende sous la notion d'imprévision (¹⁴⁹).

- Certains contrats - après avoir ou non défini le concept - énumèrent les cas susceptibles d'être qualifiés de force majeure (cataclysmes naturels, conflits armés, conflits du travail, faits du prince, difficultés de transport ou d'approvisionnement, bris de machines et accidents analogues...).

Neither party will be responsible for any failure or delay in its performance under this Agreement due to causes beyond its reasonable control, including but not limited to, labor disputes, strikes, lockouts, shortages of or inability to obtain labor, energy, raw materials or supplies, war, riot, act of God or governmental action.

Neither party shall be liable to the other for any failure to perform or delay in performing its obligations under this Agreement due, directly or indirectly, to any cause beyond that party's reasonable control ("Force Majeure Event") including, without limitation, elements of nature or acts of God, inclement weather, failure or shortage of power supplies, flood, drought, lightning or fire, earthquake, strike, lock-out, trade dispute or labour disturbance, the act or omission of Government, highways authorities, public telecommunications operators or administrative or other competent authority, war, military operations, riot, or civil disorder, rebellion or revolutions in any country.

Le choix d'une liste comporte des risques, certains éléments pouvant être oubliés. Il est donc préférable de mentionner, avant l'énumération, comme le font par ailleurs la plupart des contrats,

¹⁴⁹ V. *infra*, n° 181 et suivants.

le terme « *notamment* », permettant ainsi d'englober des événements que les parties n'auraient pas prévus au départ.

171. – La **faillite** du contractant, ou sa mise sous concordat judiciaire, sont-elles des causes de rupture automatique du contrat ? La Cour d'appel de Mons a sur ce point considéré que « *sauf dans les contrats intuitu personae, et sauf clause contraire stipulant que la faillite d'une des parties entraînera de plein droit la résolution de la convention, la faillite ne met pas fin automatiquement au contrat en cours. La faillite du maître de l'ouvrage n'est pas absolument imprévisible et ne constitue donc pas un cas de force majeure ayant un effet libératoire dans les relations contractuelles avec l'entrepreneur principal et son sous-traitant* »⁽¹⁵⁰⁾. Il revient donc en principe au curateur de décider la poursuite ou non des contrats en cours⁽¹⁵¹⁾.

La faillite ne constitue pas davantage, en droit commun, une faute dans le chef de celui qui la subit et ne justifie dès lors pas davantage, sur cette base, un droit à obtenir la résolution du contrat.

A.2. La procédure à suivre en cas de survenance d'un événement de force majeure

172. – La plupart des clauses prévoient une procédure particulière en cas de survenance d'un événement de force majeure. Il s'agit généralement pour celui qui la subit, au minimum, de **notifier** la survenance, mais aussi la disparition, de cette circonstance à l'autre partie. La méconnaissance de cette obligation d'information est en outre généralement sanctionnée, parfois de manière fort rigoureuse puisqu'elle peut aller jusqu'à déchoir la partie qui l'invoque de s'en prévaloir.

La partie invoquant la force majeure (i) en avisera immédiatement l'autre partie, (ii) s'efforcera de remédier à la cause de l'inexécution, et (iii) assurera l'intégralité de ses obligations dès la disparition de cette cause, l'autre partie étant jusqu'à cette date libérée de ses obligations contractuelles. Le Fournisseur n'aura pas le droit de résilier une Commande sous prétexte que le Client aura invoqué la force majeure.

173. – Il est également souvent précisé, en marge des autres obligations imposées, que celui qui souffre un événement de force majeure est tenu de faire son possible – ou ses meilleurs efforts – pour **lever l'obstacle** ou, à tout le moins, pour en réduire les conséquences dommageables.

Il est fréquent sur ce point que le contrat précise que l'autre partie doit être informée des mesures prises à cette fin.

If either party seeks to rely on this clause, it shall immediately give notice to the other with full particulars of the act or matter claimed as a Force majeure event. The parties so affected shall take all reasonable steps to remedy its failure to perform and to keep the other party informed of the steps being taken to mitigate the affects of the Force Majeure. The Client may issue instructions to the Facilities Manager in respect of such Force Majeure.

A.3. Objet et charge de la preuve de la force majeure

174. – En cas de survenance d'un événement de force majeure, il est également courant que les parties prévoient que la **charge de la preuve** incombe à celui qui invoque l'application de la clause. Cette précision est conforme au droit commun (articles 1315 et suivants du code civil).

« Cette notification devra être accompagnée de toutes les informations circonstanciée utiles »

¹⁵⁰ Mons, 30 octobre 1984, *Entr. et Dr.*, 1992, pp. 255 et suivantes. V. également Comm. Bruxelles, 17 janvier 1997, *Rev. Not. Belge*, 1998, p. 268.

¹⁵¹ M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Fr. POTTIER, *o.c.*, 2001, p. 499, n° 604. Quant au sort des contrats en cours dans le cadre de la nouvelle réglementation du droit de la faillite, v. Loi du 8 août 1997 (*Mon.b.*, 28 octobre 1997), en particulier en son article 46.

Cette preuve pourrait, en application du droit commun, être rapportée par tous moyens. Pourtant, certaines clauses font référence à des « *preuves officielles* » ou des « *constats des autorités compétentes* » (¹⁵²), attestant ainsi d'une plus grande rigueur.

175. – Certaines clauses imposent que les preuves soient apportées dans un délai préfix du respect duquel dépend la possibilité pour la partie d'en invoquer les effets libératoires ou suspensifs.

Les preuves circonstanciées du cas de force majeure devront être apportées dans les trente jours à compter de la notification de sa survenance, en même temps qu'une indication sommaire des conséquences possibles sur les conditions d'exécution.

A défaut de ce faire, le fournisseur sera déchu de son droit de revendiquer l'existence d'une cause exonératoire.

Notons que cette sanction est rigoureuse. En effet, par application du droit commun, il semble que la partie à qui incombe la charge de la preuve ne devrait tout au plus qu'être tenue aux conséquences du retard mis par elle dans la transmission des preuves pertinentes (¹⁵³).

A.4. Les effets de la force majeure

176. – Quant aux effets de la force majeure, nous savons que le droit commun libère en principe celui qui s'en prévaut de ses obligations contractuelles (article 1147 et suivants du code civil). Une libération corrélatrice du contractant est admise si le contrat est synallagmatique. Certaines clauses s'alignent sur ce principe :

Neither party shall be in breach of any obligations under this Agreement if it is unable to perform that obligation in whole or in part by reason of Force Majeure.

The Manufacturer shall not be held responsible to the buyer for any failure to perform, including late delivery or failure to deliver, which failure to perform is caused by occurrences beyond the Manufacturer's reasonable control, including, but not limited to, late delivery or non-delivery of manufacturing materials by suppliers, strikes or other industrial action, suspension of or difficulties in transportation.

177. – La plupart des contrats prévoient cependant aussi d'autres possibilités. Souvent, la survenance de l'événement qualifié de force majeure aura un **effet suspensif**, joint ou non à une prolongation du contrat proportionnellement au temps de cette suspension.

If an event of Force Majeure lasts for more than 3 months, either party may, following consultation with the other, give a notice of termination in accordance with Clause 3.

Ce n'est alors qu'à titre subsidiaire, parce que l'on ne pourrait imaginer que cette suspension dure indéfiniment, que la **résiliation unilatérale** ou la **renégociation** sont envisagées par le contrat (¹⁵⁴). La première de ces sanctions peut intervenir à l'initiative de l'une ou l'autre des parties au terme d'un délai souvent précisé. Plus fréquente d'application, parce que plus soucieuse

¹⁵² V. également, dans le même sens, l'analyse des clauses contenues dans certains contrats internationaux : M. FONTAINE, *o.c.*, 1989, p. 223.

¹⁵³ Il arrive que certaines clauses soient moins strictes et se bornent uniquement à mettre à charge du débiteur les conséquences pécuniaires de son retard ou à interdire à celui-ci de suspendre ses obligations tant qu'il ne s'est pas conformé à l'obligation de notification.

¹⁵⁴ Cette pratique est conforme à l'usage en matière de contrats internationaux. V. sur ce point en particulier M. FONTAINE, *o.c.*, pp. 229 et suivantes ; U. DRAETTA et R. LAKE, *o.c.*, 1996, pp. 101 et les annexes publiées aux pp. 128 et suivantes ; U. DRAETTA et R. LAKE, *o.c.*, 1992, pp. 177 et suivantes.

de la survie du contrat, la seconde envisage la possibilité, en cas de permanence des effets de la force majeure au-delà dudit délai, de renégocier les termes du contrat. Il est alors souvent prévu qu'à défaut d'arrangement amiable, un arbitre pourra être désigné.

178. – La précision des effets de la survenance d'un événement de force majeure est importante. Elle permet d'éviter que les parties ne s'en remettent aux principes du droit commun des contrats, lequel est peu favorable à la survie de la convention. En outre, le choix d'une sanction souple, telle que la suspension des obligations contractuelles suivie d'une renégociation de leurs termes à l'échéance d'un délai raisonnable, peut paraître préférable à la disparition du contrat. Elle est souvent choisie. Mais envisager l'éventualité d'une négociation impose nécessairement d'anticiper également celle d'un désaccord. Il est dès lors prudent de prévoir le recours subsidiaire à un tiers neutre, tel qu'un arbitre ou un expert.

A.5. Les prudences requises

179. – La moins grande rigueur imposée pour être en présence d'un événement qualifié de force majeure fait que la notion se rapproche souvent de l'imprévision. Si un tel glissement est parfaitement valide au regard du principe de la convention-loi, il reste que deux clauses distinctes ne doivent alors pas être retenues. Il est en effet à notre sens plus correct dans ce cas d'envisager les deux situations dans une seule et même clause et d'utiliser un libellé suffisamment général pour qu'aucune confusion ne soit possible.

180. – Enfin, la rupture des relations contractuelles laissera les parties dans une situation peu favorable leur imposant notamment de procéder aux restitutions réciproques et de liquider le passé. Il est dès lors important pour elles, soit de renvoyer à une clause plus générale définissant les obligations post-contractuelles auxquelles elles seront tenues, soit de le préciser dans la clause de force majeure elle-même. Trop peu de clauses contiennent à notre sens une telle prudence.

B. Les clauses de « sauvegarde » (*Hardship*) ⁽¹⁵⁵⁾

181. – À côté des événements pouvant être qualifiés de force majeure au sens classique du terme, il se peut que surviennent d'autres qui ne rendent pas l'exécution du contrat impossible, mais simplement plus onéreuse ou plus difficile ⁽¹⁵⁶⁾. On parle alors d'imprévision.

182. – Les exemples d'imprévision sont classiques : inflation exceptionnelle, introduction d'une nouvelle réglementation, révolution technologique faisant chuter les prix, ... Un risque de bouleversement de l'économie contractuelle existe toujours. Les parties en sont conscientes et préfèrent alors assumer le risque d'un désaccord entre elles que les conséquences de la survenance de ces circonstances imprévues.

B.1. Une validité de principe des clauses de hardship

183. – À défaut de stipulation conventionnelle, le contrat demeure soumis au principe de la convention-loi inscrit dans l'article 1134 du code civil ⁽¹⁵⁷⁾. Le débiteur sera dès lors tenu de

¹⁵⁵ Ces clauses sont encore dénommées « (*Major*) *Economic Dislocation Clauses* ».

¹⁵⁶ D. PHILIPPE, « Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques », *o.c.*, 2001, spécialement pp. 16 et suivantes, n° 20 et suivants ; D. PHILIPPE, « Les clauses d'imprévision dans les contrats à long terme », in *Le contrat à prestations successives*, Bruylant, ABJE, 1991, pp. 162 et suivantes ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain* », P.U. Aix Marseilles, 1994, 177 pages.

¹⁵⁷ X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *R.C.J.B.*, 1983, pp. 386 et suivantes ; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 477 et suivantes.

s'exécuter, quelle que soit la charge financière que la survenance de la circonstance imprévue lui impose ⁽¹⁵⁸⁾(¹⁵⁹).

184. – Les clauses de *hardship* – en ce qu'elles autorisent une adaptation du contrat grâce à une renégociation de ses termes – sont dès lors d'une utilité incontestable ⁽¹⁶⁰⁾. Elles paraissent même ne pouvoir être omises dans les contrats de durée sous peine de mettre à mal la survie du contrat. L'équilibre initial, et son maintien en cours d'exécution, sont en effet l'assise de la confiance réciproque des parties et permettent de limiter le risque de comportements opportunistes ou de rupture unilatérale anticipée. Il est dès lors primordial d'assurer une certaine flexibilité du cadre conventionnel afin que les intérêts respectifs des parties restent protégés.

185. – Les clauses conventionnelles, se dégageant de la rigueur de la jurisprudence belge, s'alignent de la sorte davantage sur de nombreux droits étrangers, lesquels reconnaissent, légalement ou grâce à l'audace des juges, la théorie de l'imprévision. C'est par ailleurs dans ce sens que les Principes Unidroit, dont l'influence se confirme chaque jour sur la scène internationale, ont instauré un régime élaboré de *hardship* (chapitre 6) ⁽¹⁶¹⁾.

B.2. Les clauses contractuelles

(a) Les circonstances visées

186. – Certaines clauses s'alignent sur la notion classique :

Si, postérieurement à la conclusion du contrat, des circonstances économiques, politiques ou techniques imprévisibles pour les parties au moment de la formation du contrat et hors de leur contrôle, ont pour effet de bouleverser l'équilibre économique initial du contrat et de rendre le respect de ses obligations, par l'une des parties, plus onéreux ou impossible - au-delà des limites pouvant raisonnablement être prévues lors des pourparlers préparatoires au contrat -, cette partie peut demander la révision du contrat.

If during performance of this contract there should arise economic, political or technical circumstances which were unforeseen by the parties and are beyond their control, and which make performance of the contract so onerous (though not impossible) for one of the parties that the burden would exceed all the anticipatory provisions made by the parties at the time the contract is signed, such affected party shall be entitled to equitable relief, and may request the revision of the contract. The parties will discuss the matter, and if an amicable solution

¹⁵⁸ Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, 380 ; Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, I, 1924, 565 qui limitent la réception de l'imprévision aux seuls cas où le législateur l'a autorisée.

V. encore : S. STIJNS, P. WERY, D. VAN GERVEN, *o.c.*, *J.T.*, 1996, p. 704, n° 37 et pp. 728-729, n° 112 à 114 ; M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, J.B.B., 1984, p. 190 et suivantes ; X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 403 et suivantes ; P. WERY, « L'imprévision et ses succédanés », note sous Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 100 ; R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, n°14 ; Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 392 ; Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, 150 et *J.T.T.*, 1994, 208 ; Cass., 14 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 1591.

¹⁵⁹ Si la Cour de cassation belge se refuse à recevoir l'imprévision, il convient de rappeler que la théorie de l'abus de droit autorise un contrôle du comportement des parties et pourra notamment justifier que soit réprimé l'exercice d'un droit lorsqu'il cause à autrui un préjudice *disproportionné* au regard du bénéfice obtenu par celui qui l'exerce.

V. également P. VAN OMESLAGHE, *o.c.*, 1986, p. 43 et suivants, n° 6 et suivants.

¹⁶⁰ M. FONTAINE, « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *D.P.C.I.*, 1976, pp. 7 et suivantes ; P. VAN OMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *R.D.I.D.C.*, 1980, pp. 7 et suivantes.

¹⁶¹ V. notamment sur ce point S. HEREMANS, *o.c.*, 2000, pp. 477 à 503 (1^{ère} partie) et pp. 572 à 589 (2^{ème} partie). L'auteur compare en outre le régime institué avec celui proposé par les Principes européens. V. également l'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

cannot be reached, the affected party may request arbitration of the matter in accordance with the arbitration clause of this contract ⁽¹⁶²⁾.

187. – La plupart des contrats d'*outsourcing* font cependant uniquement référence au déséquilibre financier résultant de la survenance de l'événement imprévu. Les conditions d'imprévisibilité et d'inévitabilité sont plus rarement retenues.

Parmi celles-ci, certaines font par ailleurs expressément référence - ce qui est plus prudent afin d'éviter des négociations trop fréquentes -, à un seuil à partir duquel l'économie initiale du contrat peut être considérée comme suffisamment bouleversée pour imposer une renégociation.

In the event that, due to any reason which was not foreseeable at the time the contract was entered into, and which reason is such as to render the Manufacturer's obligations excessively onerous in relation to the contractual obligations originally agreed upon and, in any event, is such as to increase the Manufacturer's obligations by more than 20% (twenty percent) compared to the value of such obligations as originally foreseen, then the Manufacturer shall be entitled to request an appropriate revision of the contractual terms or, in the event that the parties are unable to reach an agreement as regards such a revision, the Manufacturer may terminate the contract.

(b) La procédure à suivre en cas de survenance d'un bouleversement imprévu

188. – Il est important que la clause précise elle-même selon quelle procédure la renégociation doit être initiée. Sur ce point, celui qui s'en prétend victime est souvent tenu d'avertir l'autre par l'accomplissement d'une formalité particulière de notification et d'y joindre les preuves y afférentes.

189. – En aval, il est également judicieux d'anticiper l'éventualité d'un désaccord quant à la révision du contrat, notamment en prévoyant l'intervention alternative d'un tiers indépendant. Certains contrats préfèrent cependant, à défaut d'accord « *raisonnablement acceptable* », autoriser la rupture unilatérale, et non fautive, du contrat.

(c) Les effets de l'imprévision sur le contrat

190. – Quant aux effets de l'imprévision, certains ont défini les clauses de *hardship* - ou de « sauvegarde » - comme étant « *destinées à mettre fin au contrat en cas d'événements qui ne constitueraient pas des situations de force majeure (...) mais rendraient la poursuite de l'exécution peu supportable pour l'une ou l'autre des parties* » ⁽¹⁶³⁾. En réalité, les parties envisagent rarement la disparition du contrat, mais préfèrent s'obliger à renégocier, de bonne foi, les termes de celui-ci afin de rétablir son équilibre initial. Et cette solution paraît préférable. Elle se retrouve par ailleurs dans de nombreuses clauses dont la suivante constitue un exemple :

"En cas de survenance d'événements imprévisibles au moment de la conclusion de la convention, et qui auraient pour effet de bouleverser l'équilibre économique de la convention au préjudice d'une des parties, ces dernières s'engagent à renégocier de bonne foi certains aspects de celle-ci, afin de replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle existant au moment de la conclusion de la convention".

191. – Ainsi, il est extrêmement rare que soit envisagé, comme sanction première, l'anéantissement du contrat. La suspension provisoire de ses effets, la renégociation de ses termes ou l'intervention immédiate d'un tiers neutre, reçoivent plus largement les faveurs des négociateurs.

¹⁶² Clause reprise de l'ouvrage de U. DRAETTA et R. LAKE, *o.c.*, 1992, p. 194.

¹⁶³ *Lamy informatique et réseaux*, p. 749, n° 1330.

SECTION 6. LA REVERSIBILITE DU CONTRAT ET LES OBLIGATIONS POST-CONTRACTUELLES

"It is vital that safeguards are built in so that the customer will never be left stranded at the point of no return, even in the event of breach or disagreement. (164)

192. – La disparition du contrat est, tout comme sa formation, inscrite dans le temps. Après avoir entretenu des relations de longue durée, il va de soi que l'on ne peut effacer du jour au lendemain les liens encore vivaces que le temps a forgés. Il convient alors de liquider le passé, de dégager progressivement les parties de leurs obligations en cours et d'en assurer la transition, de liquider les stocks, ... Les parties prévoient alors des obligations particulières devant accompagner l'extinction progressive du contrat.

193. – De même, de par le lien particulier entretenu entre elles au fil du temps, les parties ont chacune acquis des informations sur l'autre, et cette connaissance privilégiée doit également être gérée. Des obligations futures seront dès lors souvent imposées, avec la particularité que la disparition de la relation contractuelle originaire, et ainsi de la contrainte et de la persuasion qu'elle impliquait, ampute les parties de certaines armes dont elles disposaient vis-à-vis des manquements de l'autre (exception d'inexécution, résolution du contrat ...).

§1. L'AMENAGEMENT CONVENTIONNEL DE LA REVERSIBILITE

« L'irréversibilité du contrat (...) peut se révéler dangereuse. En effet, ceux-ci concernent un périmètre de plus en plus large du système d'information et sont souvent signés pour des durées moyennes importantes, de cinq à dix ans. La difficulté de faire machine arrière se heurte (...) à deux écueils : le coût négocié de dénonciation du contrat et la remise sur pied de l'équipe interne adaptée" (165)

194. – La situation du client, qui s'est nécessairement dépouillé d'une partie de ses prérogatives quant à une activité qui reste une composante de son cycle de fonctionnement, est précaire si le contrat vient à prendre fin avant son terme ou n'est pas reconduit à son échéance. Ayant confié à autrui tout ou une partie d'un secteur qui lui demeure propre, le client appréhendera la fin du contrat en termes de nouveaux investissements, soit afin de réintégrer ce secteur dans son giron, soit afin de trouver un autre partenaire à même de reprendre la gestion du service externalisé. Aucune de ces situations n'est facile et il est donc impératif d'envisager comment le client pourra récupérer la direction pleine et entière de ce dont il s'est partiellement dépossédé.

195. – Tous les contrats analysés renferment des clauses destinées à assurer la réversibilité et c'est sans conteste une des principales originalités du contrat d'*outsourcing* (166). Celles-ci font en outre souvent l'objet d'une rédaction particulièrement élaborée, imposant non seulement le principe de la réversibilité, mais également les moyens destinés à la rendre efficace.

196. – Nous nous proposons à présent d'analyser concrètement comment est mise en œuvre, dans les contrats analysés, cette réversibilité de la relation contractuelle par le biais, d'une part, d'obligations contractuelles d'information permanente du client (§1), et, d'autre part, d'obligations post-contractuelles (§2).

A. Les obligations du fournisseur en cours d'exécution du contrat : l'information permanente du client, une condition du maintien de sa maîtrise d'œuvre

¹⁶⁴ P. KLINGER et R. BURNETT, *o.c.*, 1994, p. 340.

¹⁶⁵ M. LAFITTE, « 'Infogérer' : oui, mais ... », *Banque*, Dossier, L'infogérance, 1995, n° 565, p. 29.

¹⁶⁶ S. ROZENFELD, *o.c.*, 1992, p. 215.

197. – Il n'est pas suffisant de prévoir que les parties devront tant que faire se peut être rétablies, à l'échéance du contrat, dans une situation au moins similaire à celle existant avant la conclusion de celui-ci. Cette réversion, afin d'être la moins dommageable, doit en effet être préparée dès le début de la relation. Ainsi, à côté des obligations post-contractuelles assurant le retour des actifs du fournisseur vers le client, il convient d'assurer, durant toute l'exécution du contrat, une information continue de ce dernier.

198. – Plusieurs clauses, destinées principalement à assurer un suivi conjoint de l'exécution du contrat, favoriseront également, de manière indirecte, la reconversion du client. En permettant une information régulière de ce dernier, et en le joignant activement à l'exécution du contrat - et aux difficultés que celle-ci est susceptible de rencontrer - de telles dispositions rendront en effet plus aisée la récupération par lui de sa maîtrise d'œuvre. Ainsi, la mise en place de comités de pilotage, d'organes de suivi quotidien ou de décision, la tenue de réunions régulières, la remise de rapports mensuels et annuels, mais également des résultats de procédures d'audit, ... sont autant d'éléments qui permettront de favoriser la transition à l'échéance du contrat ⁽¹⁶⁷⁾.

B. L'exigence d'un préavis suffisant

199. – Afin d'assurer une liquidation satisfaisante de la relation passée, il est important que les parties prévoient, quelle que soit la cause de la dissolution du contrat, un préavis suffisant permettant au client de recouvrer progressivement son autonomie.

200. – Il semble que même dans le cas où le manquement est extrêmement grave et justifierait une rupture sur-le-champ, sans préavis ni indemnité, l'octroi d'un tel délai de reconversion soit exigé. C'est à tout le moins ce qui ressort de la plupart des clauses analysées.

Quelle que soit la cause de la rupture du contrat, et quand bien même celle-ci résulterait d'une violation des obligations essentielles de ce dernier, chacune des parties est tenue d'accorder à l'autre un délai de préavis raisonnable. Durant cette période, les obligations contractuelles doivent être exécutées de bonne foi.

§2. LES OBLIGATIONS POST-CONTRACTUELLES

« (...) Le contrat a pour objet de gérer sa propre faillite. (...) L'organisation par avance dans le contrat des défaillances de celui-ci est depuis toujours monnaie courante (...) Le contrat gère sa propre déconfiture et en limite par là les dégâts. » ⁽¹⁶⁸⁾

201. – Le recouvrement, par le client, de son autonomie doit également être accompagné au-delà de la disparition de la relation contractuelle. Ainsi, est-il fréquent que les contrats prévoient une série d'obligations post-contractuelles destinées, non seulement à liquider le passé, mais aussi à envisager plus sereinement l'avenir.

202. – En principe, selon le droit commun, lorsque le contrat prend fin, aucune obligation particulière ne s'impose de droit pour le futur. La durée de la collaboration, mais également le lien particulièrement étroit noué entre les parties, peuvent cependant justifier la mise en place de procédures de "transition" destinées à accompagner la désalliance.

Transition Services

"Transition Services" shall mean services provided by Supplier to work with Customer to ensure an orderly transfer of Operations Services to Customer or to an alternative third party service provider nominated by Customer.

¹⁶⁷ Nous reviendrons sur le contenu de ces clauses ultérieurement, au moment d'aborder les aspects collaboratifs du contrat d'outsourcing. V. *infra*, n° 220 et suivants.

¹⁶⁸ M.A. FRISON-ROCHE, *o.c.*, p. 50, n° 21.

Transition Services shall consist of :

- *Facilitating relocation of Customer Hardware and Customer Software to a new Customer or vendor location and the return of Customer's data and confidential information.*
- *Providing Customer with backup media pertinent to Customer's computing environments.*
- *Providing full system backups of all Customer's computing environments managed by the Supplier.*
- *Listing of all events being monitored and the monitoring frequency.*
- *Listing and copies of all third party contracts.*
- *Providing Customer access to the service center to remove Customer Hardware.*

A. Les principales obligations imposées

A.1. Obligation d'assistance et d'accompagnement du client

203. – Il est prudent de prévoir que le fournisseur accompagnera le client dans la restauration de son indépendance. Cette « aide » pourra prendre la forme d'une consultance rémunérée (¹⁶⁹).

« En cas de résiliation du contrat par le Fournisseur, celui-ci s'engage à procurer au Client, pendant l'année qui suit la résiliation et moyennant les rétributions stipulées aux articles 33 et suivants, l'assistance et les services prévus au présent contrat et nécessaires au Client pour honorer ses engagements à l'égard de sa clientèle. En particulier, le Fournisseur assurera, pendant un an à compter de la date de résiliation du contrat, la maintenance des logiciels fournis et installés par le Client. »¹⁷⁰

« (...) Le prestataire s'engage à coopérer pleinement avec le client et à l'assister dans le processus de reprise et d'exploitation des moyens par le client ».

204. – Il arrive encore que le fournisseur s'engage contractuellement à aider le client dans la prospection d'un nouveau contractant.

A.2. Le sort des actifs transférés au moment de la conclusion du contrat

205. – Les clauses de réversibilité doivent également prévoir les modalités du transfert "en sens inverse" des actifs, humains et matériels, touchés par l'externalisation.

206. – La rupture de la relation contractuelle pourra alors imposer le retour au *statut quo ante*, c'est-à-dire l'obligation pour le fournisseur de remettre en possession du client les biens dont il est demeuré propriétaire.

207. – Devront ainsi être envisagés :

- l'éventuelle reprise, par le client, du matériel nécessaire à l'exécution des prestations,
- l'éventuelle reprise par lui du personnel transféré ou, au contraire, le versement d'indemnités de licenciement,
- la propriété des droits intellectuels,
- ...

208. – En principe, et sauf clause contractuelle contraire, les investissements mobiliers et immobiliers effectués en cours d'exécution du contrat devraient rester de la propriété de celui qui les a supportés. Il est cependant possible de prévoir une option d'achat en faveur du client, et ce

¹⁶⁹ Il sera toujours important sur ce point de prévoir sur quelle base cette rémunération devra être calculée et selon quelles modalités elle devra être versée.

¹⁷⁰ Clause reprise in *Le droit des contrats informatiques, Principes - Applications*, Précis de la Faculté de droit de Namur, CRID, Larcier, Bruxelles, Société d'études morales, sociales et juridiques, Namur, 1983, p. 374.

même si le prix a été payé par le fournisseur. L'exercice de cette **option** ⁽¹⁷¹⁾ peut être avantageuse si le client veut éviter que ce matériel soit ultérieurement utilisé par le fournisseur pour l'accomplissement de prestations au profit d'un concurrent ⁽¹⁷²⁾.

209. – De même, dans l'éventualité où le fournisseur demeurerait propriétaire des outillages et équipements à l'échéance du contrat, il est possible de prévoir conventionnellement des **restrictions à son droit de les utiliser**. Il se peut ainsi que le client souhaite que le fournisseur garde ces machines pendant une période qu'ils déterminent afin d'éviter les difficultés d'approvisionnement ultérieures en cas de remplacement de pièces.

210. – L'ensemble de ces modalités devront être réfléchies au moment de la conclusion du contrat et constituer un élément à part entière des négociations. Une telle précaution permettra en effet d'éviter de nombreux inconvénients pouvant résulter d'une phase de la vie du contrat délaissée par le législateur.

A.3. Les clauses de « débauchage »

211. – Il arrive également fréquemment que le contrat renferme une clause autorisant le client, au moment de la rupture du contrat, à « débaucher » le personnel de son fournisseur qui était spécifiquement affecté à la gestion du service externalisé. Ces clauses sont particulièrement courantes dans le cadre des contrats d'infogérance ⁽¹⁷³⁾.

A.4. Le sort des paiements en cours

212. – Quant aux paiements en cours, les contrats prévoient souvent que demeurent dues toutes les sommes échues au moment de la dissolution, mais également les montants additionnels résultant du coût de la non-poursuite (éventuellement anticipée) du contrat.

Effect of Termination. Upon any termination of this Engagement Letter, Licensee will be responsible for and will pay for all Professional Services fees and expenses incurred up to the effective date of such termination. The Professional Services fees and expenses payable by Licensee hereunder will be calculated in accordance with the payment terms specified in the Statement of Work. Upon any termination of this Agreement, will deliver to Licensee all versions of the Developed Software completed by prior to the effective date of such termination.

If event of this Agreement being terminated whether breach or otherwise Client shall immediately pay to Supplier:

- *all arrears of payment and any other sums due under the terms of this agreement*
- *all further sums which would but for the termination of this agreement have fallen due at the end of the term less a discount for any accelerated payment at the rate of 5 % per year.*

213. – Un mode de calcul de la rémunération due au fournisseur en cas d'accomplissement de prestations complémentaires après l'échéance du contrat est également souvent prévu.

A.5. Le sort des données confidentielles

¹⁷¹ L'exercice de cette option d'achat est généralement strictement encadrée. Un délai lui est en effet souvent imposé. En outre, si le client décide de faire usage de cette faculté, le fournisseur s'engage fréquemment à lui transférer les dits biens « nets de toute sûreté, privilège ou autre droit, restriction ou limitation de quelque nature que ce soit consentis au profit de tiers à la date d'acquisition par le client ou par toute société qu'il a la faculté de se substituer ».

¹⁷² X, *Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 11.

¹⁷³ Fr. DUPUIS-TOUBOL et Fr. VERGNE, *o.c.*, 1993, p. 113.

214. – Une des questions les plus délicates est de prévoir le sort de la propriété des données gérées par le fournisseur, qu'il s'agisse de données relatives à la clientèle du donneur d'ordres ou de données relatives à ce dernier.

215. – Les contrats d'*outsourcing*, en particulier dans le domaine informatique, contiennent toujours de telles clauses.

Save for any impact on the Services caused by the Supplier implementing the Exit Management Plan, the Supplier shall continue to provide the Services in accordance with the terms of this Agreement as if it had not been terminated during the Handover Period (and shall be entitled to the Service Charges for such Services). The "Handover Period" shall be for a period of 4 months to finish on the later of;

- *the expiry date of this Agreement; or*
- *three months from the date of the notice of termination,*

and during the Handover Period the respective rights and obligations of the parties shall be determined in accordance with the provisions of this Agreement as if notice of termination had not been given.

On termination or expiry of this Agreement all leases, licences and all other rights to any Intellectual Property (excluding the Strategic Systems), the Customer Systems or the Customer Network granted by the Customer to the Supplier shall automatically terminate, except to the extent necessary to complete the Exit Management Plan or provide the Services during the Handover Period.

On termination, the Supplier shall ensure that all Customer Data or confidential information of the Customer, the Customer Group or the Customer's suppliers or customers in the Supplier's possession, power or control, whether recorded in writing electronically or otherwise, including disks and tapes, shall be destroyed or promptly returned to the Customer together with all copies as the Customer shall request.

216. – En outre, la connaissance du fournisseur de données propres à son client s'est nécessairement affinée par l'accès dont il a bénéficié à des procédés de fabrication ou autres informations personnelles. Dès le début de la relation, le donneur d'ordre s'est souvent assuré, généralement par écrit, du respect de la confidentialité la plus complète des données ainsi transmises. Et de telles clauses, au de-là de leur importance certaine, sont parfaitement valides.

217. – Outre la restitution au client des données qui lui sont secrètes, le fournisseur s'engagera également, pour le futur, à une obligation ferme de discrétion envers les tiers.

Obligation de confidentialité

Le Fournisseur gardera confidentielles et fera en sorte que ses employés et les employés de ses sous-traitants gardent confidentielles toutes informations techniques, données et autres informations relatives aux affaires, plans de recherches ou activités du Client et, de ses Sociétés Affiliées, ou de tiers, parvenant à la connaissance de ce Fournisseur, de ses employés et des employés des sous-traitants. Le Fournisseur s'engage à ne pas utiliser et à faire en sorte que ses employés et les employés des sous-traitants n'utilisent pas ces informations et données sauf pour la fourniture des Biens et des Services en exécution du présent Contrat.

Le Fournisseur s'engage à ne pas révéler sans autorisation du Client ou de ses Sociétés Affiliées des informations confidentielles et fera en sorte qu'un engagement identique soit pris par ses sous-traitants.

Cette obligation perdure au-delà de la dissolution du contrat et sera sanctionnée par une compensation telle que déterminée à l'article 24.

B. La sanction des obligations post-contractuelles

218. – La disparition de la relation contractuelle originale, et ainsi de la contrainte et de la persuasion qu'elle impliquait, ampute les parties de certaines armes dont elles disposent vis-à-vis

des manquements de l'autre (exception d'inexécution, résolution du contrat ...). Il est dès lors important pour les parties de prévoir des mécanismes alternatifs de sanction appropriés (¹⁷⁴).

219. – Sur ce point, une sanction pécuniaire est assurément un mode de pression efficace et il est significatif de constater que les contractants prennent souvent soin de négocier des « *penalties* » particulièrement dissuasives.

CHAPITRE III. ASPECTS LIES AU CARACTERE INTEGRATIF DU CONTRAT

220. – Le contrat d'*outsourcing* est un contrat de durée. Nous avons vu que de nombreuses clauses insèrent la relation dans un cadre temporel déterminé, bien qu'une certaine flexibilité des bornes temporelles demeure admise. Mais c'est précisément aussi parce qu'il est de plus long terme, et en ce qu'il impose dès lors nécessairement un suivi conjoint de son exécution, que ce contrat renferme en outre des obligations particulièrement fortes de coopération.

221. – Nous souhaitons à présent extraire des contrats soumis à notre analyse les éléments qui attestent plus particulièrement de cet aspect particulier du contrat d'*outsourcing*.

SECTION 1. LES CLAUSES AMENAGEANT, DE MANIERE DIRECTE, UNE COLLABORATION RENFORCEE

222. – Le contrat d'*outsourcing* aménage, par nature si ce n'est par essence, une véritable collaboration entre les parties, impliquant d'elles qu'elles participent conjointement à l'exécution des prestations, mais également qu'elles décident ensemble des orientations techniques à donner à leur projet. Un suivi permanent est ainsi assuré, dès le moment de la naissance du contrat et jusqu'au-delà de son terme (¹⁷⁵).

223. – La présence de devoirs de type « coopératif » - davantage que de type « conflictuel » - justifie par ailleurs le choix de la pratique de qualifier certains de ces contrats d'« *alliance stratégique* » (*the alliance*) ou de « *partenariat* » (*partnership*), selon que la relation est de plus ou moins long terme.

§1. CLAUSES AMENAGEANT LA COLLABORATION, GAGE D'UNE CONFIANCE MUTUELLE

224. – Nous avons vu que la durée du contrat d'*outsourcing* justifie à elle seule l'existence d'obligations de coopération, en ce qu'elle permet de maintenir au profit du client une maîtrise relative du secteur dont il a accepté de déléguer la gestion au tiers fournisseur. Mais la confiance nécessaire entre les partenaires, socle de la pérennité de leur relation, l'impose également. La poursuite d'un but commun - la réussite financière de l'opération - implique alors naturellement que le contrat soit l'assise d'une collaboration renforcée.

A. Le principe de la collaboration

225. – L'idée est ici que, pour que de tels mécanismes fonctionnent de manière efficace, les partenaires ne peuvent rester tenus aux seules obligations contractuelles « classiques ». Ce serait néfaste aux innovations et à l'adaptation nécessaire du cadre contractuel. Il est important de leur accorder une compétence propre à innover, à prendre des initiatives, tout en assurant une coordination et une information mutuelle. En ce sens, « *les parties ne sont plus tenues par des*

¹⁷⁴ M. FONTAINE, « Les obligations 'survivant au contrat' », in *La fin du contrat*, CUP, Décembre 2001, Vol. 51, p. 186, n° 37 ; G. CARLE, « Les obligations postcontractuelles », in *La fin du contrat*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 275-285 ; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, 2^{ème} édition, 1999, n° 1807 et suivants.

¹⁷⁵ V. *supra*, les clauses de réversibilité, n° 192 et suivants.

obligations contractuelles strictes mais par un engagement "moral" d'agir dans le sens de l'intérêt commun » ⁽¹⁷⁶⁾. Elles ne sont plus perçues comme des opportunistes potentiels, mais comme des coopérateurs, jouissant d'emblée d'une plus grande marge de liberté et d'un plus large pouvoir de décision. La relation est essentiellement coopérative et ceci « *renforce la crédibilité de l'engagement de long terme* » ⁽¹⁷⁷⁾.

226. – Le contrat aura naturellement vocation à asseoir la confiance mutuelle que se promettent les parties. Il est un cadre dans lequel la coopération doit pouvoir s'exercer, et ainsi l'innovation et le progrès, tout en mettant en place des mécanismes de sanction ou d'aménagement en cas de défaillance de cette confiance. C'est d'ailleurs afin de répondre à ce souhait que les contrats d'*outsourcing* renferment souvent :

- des clauses consacrant expressément un devoir de coopération, de loyauté et de respect des attentes du contractant,
- des clauses voyant dans le manquement à la loyauté et à la collaboration, une violation *essentielle* du contrat, justifiant sa rupture,
- des clauses autorisant un affinement du contenu des obligations réciproques au gré de la survenance d'événements postérieurs, et ce grâce à une manifestation permanente du souhait de coopérer - en ouvrant la négociation sur la base des informations nouvellement connues -, ou en conférant d'autorité un pouvoir d'adaptation à l'une des parties,
- des mécanismes de répartition des risques et bénéfices en cours d'exécution,
- des procédures d'information et de motivation,
- des mesures de représailles en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse ⁽¹⁷⁸⁾,
- une mise en demeure préalable à l'application de toute sanction, que celle-ci soit contractuelle ou judiciaire,
- des moyens de pression validant une justice "personnelle" ou arbitrale, obviant de la sorte un recours aux tribunaux ⁽¹⁷⁹⁾,
- des clauses aménageant la possibilité pour chacune des parties de mettre unilatéralement un terme à la coopération, mais moyennant le respect d'un préavis,
- ...

227. – Par la stipulation de telles clauses, les contractants vont souvent au-delà des obligations qu'imposerait naturellement l'exigence de bonne foi telle qu'elle se déduit de l'article 1134, alinéa 3 du code civil.

Cette dernière autorise assurément l'émergence de devoirs moraux de coopération, de collaboration et d'entraide concourant de la sorte « (...) à *définir une nouvelle justice contractuelle au regard d'une éthique moins individualiste* » ⁽¹⁸⁰⁾. Mais ces obligations sont

¹⁷⁶ E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p. 12.

¹⁷⁷ E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p. 13.

¹⁷⁸ Selon E. BROUSSEAU, *o.c.*, 1998, p. 13 : « Par une sorte de renversement, signer un contrat apparaît dès lors comme la manifestation de la volonté de coopérer puisqu'on donne au partenaire des moyens de représailles, preuve qu'on a précisément pas l'intention d'être opportuniste. A partir de ce moment, puisqu'il dispose d'une garantie crédible, le partenaire peut considérer qu'on est prêt à tenir compte de ses propres intérêts et de l'intérêt de la paire à long terme même si on ne souhaite pas, pour des raisons pratiques, se référer à la lettre du contrat pour interagir ».

¹⁷⁹ L'approche psychologique permet également d'expliquer en partie cette ouverture plus naturelle des contractants vers une justice amiable. Bien que d'autres raisons poussent les parties à éviter le recours judiciaire (gain de temps et d'argent) des raisons plus subjectives interfèrent (maintien de la confiance, maximalisation des intérêts de chacun dans le long terme...).

V. également sur ce point la contribution de D. PHILIPPE, *infra*.

¹⁸⁰ B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires » in *Mélanges André COLOMER*, Litec, 1993.

ici poussées à leur paroxysme, consacrées à l'intérieur d'un cadre contractuel particulier et propre à chaque normativité créée.

B. La mise en place de la collaboration : Pilotage du contrat et suivi régulier de son exécution satisfaisante

B.1. Le principe

228. – Les relations de durée présentent cette spécificité qu'elles insufflent naturellement entre les parties des obligations particulières de coopération, car elles ne seront « profitables » que si tous consentent un rapprochement relatif de leurs intérêts. Il est alors significatif, comme nous l'avons précédemment relevé, de constater que, souvent, s'insèrent dans le contrat des clauses propres tendant à assurer un suivi plus régulier de son exécution.

229. – *“There has to be a co-operative continuing relationship between the supplier and the customer (...) The customer must retain effective control, with proper performance standards and measurements agreed, and monitored at a senior level, through regular reports and meetings. Both supplier and customer should appoint representatives. There must be a liaison manager appointed by the supplier »* ⁽¹⁸¹⁾.

B.2. L'intérêt plus particulier de ces clauses

230. – Ces clauses sont intéressantes, non seulement en ce qu'elles sont significatives de la conscience des parties d'œuvrer à un objectif commun, mais également en ce qu'elles témoignent du déploiement postérieur à la conclusion du contrat des volontés qui en sont constitutives. Elles assurent de la sorte une relative souplesse du cadre dans lequel celles-ci s'expriment.

231. – Outre l'importance que revêtent de telles procédures dans le maintien d'une confiance réciproque, elles permettent indirectement au client de garder une maîtrise décisionnelle dans le secteur outsourcé et, ainsi, de pouvoir mieux suivre pas à pas l'évolution de celui-ci ⁽¹⁸²⁾.

232. – Cette moins grande rigidité du cadre manifeste également de manière éloquente l'abandon, à tout le moins partiel ou temporaire, de l'aspect plus coercitif qu'impose l'approche classique des contrats. Bien que chacune des parties sache disposer d'un arsenal de contraintes prévus par la loi, ou issu de la jurisprudence, elle préfère y substituer une voie médiane, moins contraignante et plus coopérative.

B.3. Exemples de clauses

(a) L'organisation structurelle de la coopération : les procédures de pilotage

233. – Les clauses assurant le « *pilotage* » - ou « *clauses de suivi de l'exécution* », « *Contract monitoring Arrangements* » - du contrat sont significatives de la réticence des sociétés à se déssaisir complètement de certaines activités, ou en tous les cas des connaissances qui y sont attachées ⁽¹⁸³⁾. Il en est en particulier ainsi de l'externalisation des services

¹⁸¹ P. KLINGER et R. BURNETT, *o.c.*, 1994, pp. 338-339.

¹⁸² V. *supra*, n° 192 et suivants.

¹⁸³ Mais la confiance est grande entre les parties, plus les procédures de pilotage auront tendance à être lourdes. V. des exemples quant au contenu de ces exigences : H. LESGUILLONS, *Lamy, Contrats internationaux*, Décembre 2001, Tome 5, n° 611 et suivants.

informatiques où la crainte d'une perte de contrôle du client est particulièrement forte ⁽¹⁸⁴⁾. Mais elles témoignent, certainement de manière plus directe, du souci d'une collaboration renforcée dans l'exécution, tout événement à même de la contrarier étant automatiquement porté à la connaissance du client, et sa résolution choisie de commun accord.

234. – Le contenu des clauses est souvent fort similaire. Il s'agit de désigner, au sein de chacune des entreprises, des représentants chargés de « *faire le lien* » entre elles et de reporter auprès de l'autre non seulement les informations relatives au suivi de l'exécution des prestations, mais également de s'assurer que toute décision prise le sera en commun.

235. – Parmi ces personnes, certaines seront amenées à assumer la gestion quotidienne du service (comité de gestion ⁽¹⁸⁵⁾) ou sa surveillance (comité de surveillance), alors que d'autres (*Management Board* ou comité de direction ⁽¹⁸⁶⁾) se verront conférer un réel pouvoir de décision. La mise en place de ces comités paritaires internes aux entreprises concernées peut être particulièrement élaborée.

Contract Monitoring Arrangements ⁽¹⁸⁷⁾

- (a) *The Liaison Manager and the Computer Services Manager will attend the Monitoring Meetings which will be held monthly.*
- (b) *The time, date and venue of Monitoring Meetings will be agreed by the parties and the Computer Services Manager will produce an agenda in advance, incorporating items requested by the Customer. The Liaison Manager will chair the Monitoring Meeting.*
- (c) *The parties will ensure that they have at their disposal at the meeting all the informations and personnel necessary for a meaningful discussion of the items on the agenda, and that they are represented at the Monitoring Meeting by personnel who have the authority to make decisions on their behalf.*
- (d) *The proceedings of the Monitoring Meeting will be minuted by the Computer Services Manager, and the minutes forwarded to the Liaison Manager for prompt acceptance.*
- (e) *The usage statistics and any other statistics available relating to the Services and Service Levels will be discussed at each Monitoring Meeting. If the Service Levels are not being achieved, the Liaison Manager will agree with the Computer Services Manager the actions to be taken by the Supplier to improve the Services. A plan of action will define the respective responsibilities of the Customer and the Supplier to meet the Service Levels.*
- (f) *Either party will have the right to refer to the Board of Directors of the other party any matters arising at a Monitoring Meeting which have not been resolved to its satisfaction.*

236. – Cette collaboration plus poussée peut encore se manifester par l'insertion d'autres obligations plus particulières et ponctuelles telles que une obligation de coordination décisionnelle ou la tenue de réunions communes (« *Liaison meetings* »), généralement prévues à des intervalles rapprochés et réguliers. Ces différentes mesures participent à une plus grande collaboration, assurant de la sorte une réponse mutuellement satisfaisante aux difficultés ponctuelles rencontrées dans l'exécution des prestations.

237. – Il est fréquent de prévoir des réunions mensuelles, de gestion quotidienne, et une réunion annuelle au cours de laquelle un rapport sur le passé et les perspectives futures est discuté par les parties.

¹⁸⁴ « La sous-traitance en question », *Budget Hebdo*, n° 1030, 27 août 2001, pp. 15-16.

¹⁸⁵ Encore dénommé « *Equipe de projet* » ou « *Project Management Team* ».

¹⁸⁶ Notons que les quorum de présence et de vote sont souvent également précisés.

¹⁸⁷ Clause citée in P. KLINGER et R. BURNETT, *o.c.*, 1994, p. 355. Ces auteurs ajoutent avec justesse que « *there must be an escalation procedure to follow in the event of disagreement. Defining the boundaries of responsibility between FM supplier and customers is undoubtedly one of the most contentious issues when FM arrangements go wrong, and if these are not set out properly in the contract the resolution of disputes can be problematic. Sometimes a two-tier escalation procedure may be appropriate, the second involving referral to an independant conciliator or arbitrator* ».

(b) La preuve continue du maintien des performances demandées

238. – Le contrat prévoit souvent, eu égard à l'importance des performances attendues du fournisseur, que celui-ci fera rapport au client de leur respect. Il arrive même qu'il s'engage à assurer le client de la compétitivité, au regard du marché concerné, de ses prestations :

Supplier undertakes regularly to monitor market practice in Belgium in the provision of Services and related services. Supplier shall at its own expense ensure and demonstrate to A with appropriate supporting evidence upon request that its provision of the Services and its performance of the Service Levels are competitive with market practice and are upgraded together with the Suppliers System to the extent which could be reasonably expected by A if it were in a position to source the Services from a third party provided that but without prejudice to clauses 5.1.2 and 5.1.3, the forgoing provision shall not require the Supplier to upgrade the Assets or those services which are provided under the Contracts during the Migration Period, or to provide New Technology except as specified in the Service Definition or the Project Plan or pursuant to a Change.

239. – D'une manière générale, la remise régulière de rapports d'activité est imposée.

"Supplier will provide Client with monthly reports as detailed in Annex II"

240. – De même, le client garde une possibilité permanente de contrôle des services prestés.

"The Contractor shall keep secure and maintain until two yaers after the final payment of all sums due under the Contract, or such longer period as may be agreed between the Parties, full and accurate records of the Services and all payments made by the Employer"

"The Contractor shall grant to the Employer or his authorised agents, such access to those records as they may reasonably require in ordre to check the Contractor's compliance with the Contracté⁽¹⁸⁸⁾"

(c) L'information du fournisseur quant aux évolutions technologiques du secteur concerné

241. – Le fournisseur peut être tenu, en vertu de son devoir de conseil, de proposer à son contractant les aménagements nécessaires afin de réduire les coûts afférents à l'activité externalisée.

The Contractor may, at any time during the carrying out of the Services, submit a written proposal which, in the Contractor's opinion, will lead to efficiency savings or reduce the cost of providing the Services. Any proposal must clearly state that it is submitted for consideration under this Condition and shall include an estimate, for consideration by the Employer, of the amount to which the Contractor may be entitled on the basis that he and the Employer shall share equally the relevant savings as may be determined under Condition 37 (Instructions and Variation).

242. – Ainsi, de nombreux contrats, particulièrement lorsqu'ils sont conclus dans le cadre de secteurs en forte expansion, aggravent l'obligation d'information et de conseil du fournisseur en lui imposant de communiquer à l'autre partie toute information susceptible d'améliorer la rentabilité et le fonctionnement du secteur concerné.

(d) Les procédures de reporting

243. – Les procédures de *reporting* sont importantes et les clients ont souvent à cœur de s'assurer de leur respect.

¹⁸⁸ Office of Government Commerce, *Facilities Management General Conditions of Contract*, CG /Works/10 (2000), article 17.

Progress Reports

- Where progress reports are required to be submitted under the Contract, the Contractor shall submit those reports at such time and in such form as may be specified or as otherwise agreed between the Parties.
- The submission and receipt of progress reports shall not prejudice the rights of either Party under the Contract.

(e) Les procédures d'audit

Right of Audit

- The Contractor shall keep secure and maintain until two years after the final payment of all sums due under the Contract, or such longer period as may be agreed between the Parties, full and accurate records of the Services and all payments made by the Employer.
- The Contractor shall grant to the Employer or his authorised agents, such access to those records as they may reasonably require in order to check the Contractor's compliance with the Contract.

"The Supplier will permit the Customer or any third party qualified auditor appointed by the Customer on reasonable notice by appointment during normal business hours, to observe the carrying out of the Services and to examine and take copies of information from any of the Customer's Systems and any associated Customer records and documentation under the Supplier's control"⁽¹⁸⁹⁾.

(f) La tenue de cahiers d'exploitation ou de « tableaux de bord »

244. – Il est fréquent, dans le secteur industriel, que le prestataire s'engage envers le client à tenir à sa disposition un cahier d'exploitation reprenant les modalités techniques mise en œuvre.

§2. UNE CONSECRATION CONVENTIONNELLE DES OBLIGATIONS DE BONNE FOI : « *GOOD FAITH AND FAIR DEALING* » ...

245. – La plupart des contrats renferment une clause spécifique posant le principe de l'exécution de bonne foi ou du respect des exigences de loyauté. Une telle consécration, là où le droit commun permettrait à lui seul de l'imposer, témoigne de l'importance accordée par les parties au maintien de leur confiance mutuelle. Qui plus est, l'aménagement conventionnel de ces exigences, au travers des autres clauses du contrat, traduit souvent des normes excédant ce qu'exigerait l'application du principe contenu dans l'article 1134 du code civil.

Ainsi peut-on, à titre d'exemple significatif, relever la clause suivante :

Fair Dealing and Teamworking ⁽¹⁹⁰⁾

- The Employer and the Contractor shall deal fairly, in good faith and in mutual co-operation, with one another, and the Contractor shall deal fairly, in good faith and in mutual co-operation, with all his sub-contractors and suppliers.
- Both parties accept that a co-operative and open relationship is needed for success, and that teamwork will achieve this. The team for this purpose shall include, but shall not be limited to, the ER and his representatives; the Contractor's Representative; and major sub-contractors and suppliers engaged for the performance of the Services from time to time.

246. – De telles clauses introduisent entre les parties une obligation expresse de bonne foi et de collaboration ⁽¹⁹¹⁾ que l'on retrouve dans la plupart des contrats, généralement au moment où les parties précisent leurs obligations respectives :

¹⁸⁹ Clause citée par P. KLINGER et R. BURNETT, *o.c.*, 1994, p. 358.

¹⁹⁰ Office of Government Commerce, *Facilities Management General Conditions of Contract*, CG/WORKS/10 London, (2000).

"The Facilities Manager shall provide the services during the working hours for the Contract Period :

- with reasonable care and diligence ;
- in accordance with the Specifications and this Agreement, and
- in accordance with all instructions issued to him from the client

The Facilities Manager shall use reasonable skill, care and diligence to see that he and the sub-contractors comply with (...)

247. – Ces clauses, jointes à celles mettant en œuvre les mécanismes structurels de la coopération, attestent du choix des partenaires de fonder leur relation dans une **forme sociétaire** – et non pas uniquement contractuelle –, faite d'*intuitu personae* et d'*animus cooperandi* ⁽¹⁹²⁾. Les obligations qu'ils s'imposent alors mutuellement sont importants : respect de la confiance réciproque, sauvegarde de l'entreprise commune (en maintenant la rentabilité), maintien des vecteurs de dialogue et de négociation, prise en compte des intérêts du contractant, information mutuelle ... Et ces différents devoirs sont *expressément* insérés dans le contrat, formant dès lors une composante de la force obligatoire ; la coopération devient une obligation fondamentale du contrat.

SECTION 2. LES CLAUSES JOUANT DE MANIÈRE PLUS INDIRECTE SUR LA COOPÉRATION

248. – Théoriquement, il est possible de dégager du contrat un ensemble de clauses témoignant, plus indirectement, du lien particulier noué entre les partenaires. Et c'est ce que nous proposons à présent de relever brièvement.

§1. L'OUTSOURCING, UN CONTRAT *INTUITU PERSONAE*

249. – H. DE PAGE définissait le contrat *intuitu personae* comme celui dans lequel « la considération de la personne de l'un des contractants est, pour l'autre partie, l'élément déterminant de la conclusion du contrat » ⁽¹⁹³⁾. Ce caractère particulier de la relation contractuelle entraîne classiquement plusieurs conséquences ⁽¹⁹⁴⁾ :

- le contrat prend fin en cas de mort, de faillite ou d'incapacité du contractant ;
- l'erreur sur la personne du contractant permet l'annulation du contrat ;
- le contrat doit en principe être exécuté personnellement par le contractant ;
- le contrat est, en principe, incessible.

A. Un contrat *intuitu personae* dans le chef du fournisseur

250. – Le contrat d'*outsourcing* est assurément, comme tout contrat d'entreprise, *intuitu personae* dans le chef du fournisseur (entrepreneur) ⁽¹⁹⁵⁾. Qui plus est, plus le niveau technique du secteur externalisé sera élevé, plus les compétences propres de ce dernier auront conditionné le consentement de la société désireuse d'externaliser.

251. – Les compétences spécifiques avancées par le fournisseur - souvent énoncées dans un préambule -, et les performances qu'il s'engagera à atteindre, constituent un élément essentiel du

¹⁹¹ Il est cependant important de noter que cette clause fait expressément référence à la notion de « *good faith and fair dealing* » admise en *common law*, laquelle reçoit une connotation quelque peu différente de celle de bonne foi reçue en *civil law*.

¹⁹² V. notamment sur ce point Fr. DIESSE, « L'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international », *R.D.A.I.*, 1999, pp. 737 à 777 et spécialement p. 738.

¹⁹³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, 1964, 3^{ème} édition, p. 431, n° 460bis.

¹⁹⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, 1964, 3^{ème} édition, p. 431 et suivantes, n° 460bis.

¹⁹⁵ *Lamy informatique et réseaux*, p. 746, n° 1319.

contrat d'*outsourcing*. Ces dernières seront généralement consignées dans une annexe technique dénommée *Service Level Agreement* ⁽¹⁹⁶⁾, à laquelle renvoie le contrat et dont elle fait partie intégrante.

Il est significatif sur ce point de constater qu'il est davantage fait référence à des « *performances* », qu'à des « *diligences* », témoignant ainsi d'une accentuation des responsabilités assumées par le fournisseur et permettant de qualifier certaines de ses obligations d'obligations de résultat. En outre, de nombreux contrats renferment des clauses dites « *de progrès* » par lesquelles le fournisseur-prestataire du service s'engage à améliorer annuellement ses performances.

252. – Le noyau de tout contrat d'externalisation réside ainsi dans les spécifications techniques relatives aux prestations incombant au fournisseur. Externaliser c'est, pour le client, choisir de s'adresser à un tiers spécialisé et susceptible d'apporter une réelle valeur ajoutée dans un secteur que lui même ne peut, à moindre coût, rendre suffisamment compétitif. Les prestations imposées au fournisseur sont ainsi, par nature, d'un haut niveau d'exigence ⁽¹⁹⁷⁾.

B. Un contrat *intuitu personae* dans le chef du client ?

253. – Nombreux sont également les contrats renfermant une clause spécifique selon laquelle la qualité du client est expressément considérée comme déterminante de la conclusion du contrat. En raison du partenariat étroit organisé par le contrat, et l'absence relative d'autre contractant, mais également de l'importance des clauses de collaboration et de coopération réciproques, une telle qualification sera retenue.

§2. LES CLAUSES RELATIVES A LA CIRCULATION DU CONTRAT ET A LA SOUS-TRAITANCE DES PRESTATIONS

254. – Étant un contrat *intuitu personae*, le contrat portant externalisation d'une branche d'activité ne peut en principe être cédé ou transmis sans l'accord préalable du client. Il est ainsi fréquent que soit précisé un droit de regard de ce dernier sur une telle cession, de même que dans l'éventualité où le fournisseur entendrait sous-traiter certaines des prestations qui lui incombent.

255. – Généralement, les contrats mentionnent expressément que leur cession est subordonnée à l'autorisation préalable *et écrite* du contractant.

§3. LES CLAUSES D'EXCLUSIVITE

256. – Les parties au contrat d'*outsourcing* peuvent, conformément au principe de l'autonomie des volontés, et sous réserve du respect des règles nationales et communautaires applicables en matière de concurrence, conférer à leur relation un caractère exclusif.

257. – Dans le cadre de tels contrats, l'exclusivité est généralement accordée au fournisseur, pendant toute la durée du contrat. Il est plus rare que celui-ci concède un droit similaire au client.

¹⁹⁶ Ou, en français, « P.A.Q. » (« Plan d'Assurance qualité »).

¹⁹⁷ « Les donneurs d'ordres offrent des contrats de plus longue durée qui couvrent souvent la vie d'un composant ou d'un sous-système et s'attendent en échange à un niveau d'engagement plus élevé des sous-traitants, à une meilleure qualité et souvent à la participation des sous-traitants à leur effort de développement. Pour contrôler ces transactions, donneurs et preneurs d'ordres s'entendent sur une procédure de négociation plus consensuelle, sur un contrat qui définit un cadre à l'intérieur duquel des ajustements pourront être faits et sur des clauses d'ajustement des prix et des quantités. En somme, les parties s'entendent pour privilégier une entente de plus longue durée qu'auparavant, de nature plus incomplète, à un contrat complet ou à une série de contrat de courte durée. Implicitement, les donneurs d'ordres acceptent de dépendre de leurs fournisseurs, sous-traitants et impartiteurs en échange d'une plus grande implication de ces derniers et d'une flexibilité organisationnelle accrue » (M. PATRY, « L'impartition : bien plus qu'une décision financière », <http://www.magi.com/~godbout/Kbase/metra4.htm>, p. 2).

Non-Restrictive Relationship. This Agreement does not prevent either party from (i) entering into similar agreements with others, whether or not in the same industry, or (ii) independently developing any materials, products or services which are similar to those of either party irrespective of their similarity to any materials, products or services delivered hereunder, or (iii) using in any way it deems appropriate any idea, concept, know-how or technique which relates to information technology and is developed or provided by either party or jointly by both parties during the course of this Agreement.

§4. LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

258. – Traditionnellement, on entend par clause de non-concurrence une clause par laquelle un contractant s'abstient d'exercer la même activité que celui à qui il était lié et grâce auquel il a acquis un certain savoir-faire. La pratique a cependant permis le développement de clauses nouvelles, plus adaptées à la diversité des situations. Ainsi, trouve-t-on notamment des clauses plus particulières dont l'objet est d'interdire au fournisseur de travailler avec un des concurrents du client.

259. – L'autonomie des volontés autorise les parties à s'engager par des clauses de non concurrence sortant leurs effets pendant et/ou après la relation contractuelle. La liberté de commerce et d'industrie doit cependant être préservée et de telles clauses ne pourraient dès lors être illimitées dans le temps ⁽¹⁹⁸⁾.

260. – Il arrive également que le contrat contienne une clause expresse de non-débauchage.

Non-solicitation. Neither Party shall directly solicit or offer employment to any of the other party's personnel associated with the Services during the period in which Services are being performed and for six months after completion of the Services, or termination, whichever is later. In the event of any breach of this clause, the party in breach shall pay compensation to the other party equivalent to 12 months of the new employee's gross salary unless otherwise agreed.

CONCLUSION GENERALE

261. – Découverte, enthousiasme, nouveauté ... telles étaient nos impressions lorsqu'il nous a été proposé de participer à une réflexion sur le contrat d'*outsourcing*. Nos rencontres avec des praticiens, l'analyse de leurs contrats et la lecture des articles de doctrine y consacrés nous ont pourtant contraint à les relativiser. Loin de participer à la découverte d'un mécanisme contractuel totalement original, nous avons dû nous résoudre que si progrès il y avait, celui-ci réside, à première vue, davantage dans la terminologie utilisée - et la réalité de fait qu'elle vise - que dans l'opération juridique mise en œuvre.

262. – La plupart des juristes peu coutumiers des relations d'affaires n'ont probablement, comme nous au départ, jamais entendu prononcer le terme *outsourcing*. Comme nous aussi, ils auraient pu s'enthousiasmer à l'idée d'avoir ainsi découvert un nouveau contrat innomé par le code civil. Pourtant, sous ces atours trompeurs, c'est bien un contrat classique qui semble se cacher.

263. – L'*outsourcing* est avant tout une décision organisationnelle, prise à partir de considérations comptables et financières. L'opération qui y est sous-jacente est certainement, sous cet angle, originale. Mais, d'un point de vue juridique, celle-ci s'articule autour des règles applicables au contrat d'entreprise. Comme lui, en effet, il s'agit ici de faire exécuter par un tiers indépendant des prestations qu'on lui confie contre rémunération.

¹⁹⁸ X, *Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 121.

264. – Notre découverte serait-elle donc aussi pauvre ? Non. Force est en effet de constater que l'étude des contrats organisant l'opération d'externalisation, mais aussi le constat des conséquences concrètes qu'elle implique, attestent que la seule référence aux règles classiques ne permet d'approcher ce concept que de manière partielle. Le cadre contractuel, souvent particulièrement sophistiqué, témoigne que la pratique a dégagé elle-même un corps de règles propres particulièrement élaborées et la marge dans laquelle le droit commun est susceptible de s'insérer est minimale. La réalité mise en œuvre est bien plus complexe que la conception classique du contrat d'entreprise. Ne fût-ce par sa durée et l'interdépendance fondamentale qu'elle génère entre les parties, l'externalisation interpelle à elle seule le juriste.

265. – La plupart des règles contenues dans les contrats d'*outsourcing* sont particulières et, la majorité, dérogoires au droit commun supplétif. Et c'est là à notre sens que réside la principale découverte dont il convient à présent de s'inspirer. Si, et quelles que soient l'étendue et l'importance organisationnelle des activités outsourcées, le noyau dur de l'externalisation puise ses racines dans le contrat d'entreprise classique, cette opération est à tout le moins le témoin de l'exercice étendu d'une liberté contractuelle toute-puissante. La sophistication poussée des clauses relatives à la durée du contrat - fixant tant son point de départ, que les modalités de son échéance et de son éventuel renouvellement -, mais également de celles assurant l'affrontement des aléas du temps (renégociation, changement unilatéral, force majeure, *hardship*), témoigne de manière particulièrement éloquente d'un souhait d'adaptation constante du cadre conventionnel, permettant une réitération permanente des consentements. Le souci d'une équitable répartition des risques entre les parties, mais aussi la concession réciproque de facultés d'exercice des volontés unilatérales, porteurs d'une plus grande égalité contractuelle, révèlent également un progrès certain au regard des règles classiques. Enfin, l'interdépendance et la collaboration aménagées en termes de confiance et de réciprocité, sont significatives d'un dépassement flagrant des exigences de bonne foi, poussées ici à leur paroxysme là même où le droit commun resterait en retrait.

266. – La réflexion qu'il nous a été permis d'engager aujourd'hui, et le fruit qui en est issu, resteront ainsi marqués pour nous d'enthousiasme, de découverte et de progrès. La pratique aura en effet, une fois de plus, été le témoin de l'importante marge d'autorégulation dont disposent les partenaires commerciaux, et de l'exercice qu'ils entendent bien en faire.

267. – Le fait que les parties aient à ce point souhaité se dégager du droit commun, et mettre en place des règles plus précises de collaboration et de solidarité - contrastant avec un individualisme contractuel trop absolu -, renforce le sentiment que toute convention n'appelle en elle-même pas les mêmes règles, les mêmes sanctions, tout comme elle ne peut être appréciée au regard des mêmes critères selon l'intensité du lien qu'elle crée. Et ce constat à lui seul invite le juriste à accompagner cette évolution de réflexions plus fondamentales.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. GÉNÉRALITÉS SUR LE CONTRAT D'OUTSOURCING	3
SECTION 1. NOTION ET CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT D'OUTSOURCING.....	3
SECTION 2. RÉGIME JURIDIQUE.....	4
§1. Remarque préliminaire : Impropropriété du terme "sous-traitance".....	4
§2. L'outsourcing, une forme de contrat d'entreprise	5
SECTION 3. CLAUSES ET STRUCTURE DU CONTRAT D'OUTSOURCING	6
§1. Généralités	6
§2. Les problématiques juridiques posées	7
A. Conseils généraux quant à la rédaction du contrat d'outsourcing.....	7
B. Structure des contrats d'outsourcing	8
CHAPITRE II. ASPECTS LIÉS À LA DURÉE DU CONTRAT.....	9
SECTION 1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES : LE CONTRAT D'OUTSOURCING AU REGARD DU FACTEUR TEMPS.....	9
SECTION 2. LA DURÉE DES NÉGOCIATIONS : CONTRACTUALISATION DES POURPARLERS ET DIVISIBILITÉ DU CONSENTEMENT	10
SECTION 3. LES CLAUSES DE DURÉE AU SENS STRICT	12
§ 1. Le principe : Contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée	12
A. Le principe	12
B. Les conséquences juridiques du choix d'une durée déterminée ou indéterminée	13
C. Les contrats analysés	13
C.1. Le choix d'un terme conventionnel	13
C.2. Une disparition du contrat pas nécessairement automatique	14
C.3. Une possible disqualification du contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée	14
§2. Les autres moments juridiquement pertinents quant au début de la relation contractuelle	15
A. Les clauses d'entrée en vigueur	15
B. Les contrats sous condition suspensive.....	15
C. La période d'essai	16
§3. La poursuite du contrat au-delà de son terme initial : les clauses de reconduction et de prorogation... ..	16
A. Le principe	16
B. Reconduction tacite, renouvellement et prorogation, trois réalités juridiquement distinctes des contrats de durée déterminée ?	17
C. Analyse de clauses.....	18
C.1. Le principe admis par les parties.....	18
(a) Première catégorie : Les clauses silencieuses quant à une éventuelle reconduction du contrat	18
(b) Seconde catégorie : Les clauses dites de reconduction tacite : les reconductions tacites « subordonnées » ()	18
(c) Troisième catégorie : Les clauses excluant toute reconduction tacite.....	19
(d) Quatrième catégorie : Les clauses de prorogation moyennant un accord exprès.....	19
(e) Prudence terminologique.....	20
C.2. Deux questions récurrentes	20
(a) La durée du contrat « reconduit »	20
(b) Conditions de fond imposées à la reconduction du contrat.....	21
SECTION 4. LES MODES DE TERMINAISON DU CONTRAT.....	21
§1. La rupture de commun accord : la résiliation () amiable du contrat.....	21
§2. La rupture anticipée pour faute : résolution () judiciaire, droit de brusque rupture et clauses résolutoires expresses	22
A. Le principe : une résolution judiciaire (article 1184 du code civil).....	22
B. Un tempérament jurisprudentiel : la faculté de brusque rupture	23
C. Les exceptions conventionnelles : Les clauses résolutoires expresses ou « pactes commissaires exprès »	24
C.1. Prudence dans la rédaction des clauses.....	24

C.2. Analyse de clauses.....	25
(a) Portée de la clause et conditions de la résolution unilatérale.....	25
(b) Précision du manquement justifiant la rupture.....	26
(c) La probabilité d'inexécution : les clauses d'« anticipatory breach ».....	27
§3. La rupture unilatérale du contrat « pour convenance personnelle » () : la résiliation unilatérale.....	28
A. Le droit commun.....	28
A.1. La faculté de résiliation unilatérale des contrats de durée indéterminée.....	28
(a) Le principe.....	28
(b) Les limites légales et jurisprudentielles imposées.....	29
A.2. Le contrat d'entreprise : une faculté limitée et non réciproque de résiliation unilatérale des contrats de durée déterminée.....	29
(a) La faculté de résiliation unilatérale accordée au client : l'article 1794 du code civil.....	29
(b) Une faculté de résiliation unilatérale accordée au fournisseur ?.....	30
A.3. Conclusion.....	31
B. Analyse de clauses.....	31
B.1. Un droit réciproque de rupture unilatérale.....	31
B.2. Clauses aménageant le droit de rupture.....	31
SECTION 5. L'AFFRONTMENT DU TEMPS.....	32
§1. Les instruments de fixation et d'évolution du cadre contractuel, expression de la volonté des parties postérieure à la conclusion du contrat.....	33
A. Les clauses de renégociation.....	33
A.1. Les causes de la renégociation.....	33
A.2. Aménagement de la négociation.....	34
B. Les adaptations unilatérales du contrat : la prise en compte de l'évolution des besoins du client.....	35
B.1. Le principe.....	35
B.2. Exemples de clauses.....	36
(a) Le principe.....	36
(b) Les titulaires du droit de modification unilatérale.....	37
(c) Les conséquences éventuelles sur la durée du contrat.....	37
(d) Les coûts afférents aux modifications unilatérales.....	37
C. Les clauses d'adaptation automatique.....	37
D. Conclusion intermédiaire.....	38
§ 2. Deux clauses particulières : les clauses de force majeure et de hardship.....	38
A. Les clauses de force majeure.....	38
A.1. La notion de force majeure.....	38
A.2. La procédure à suivre en cas de survenance d'un événement de force majeure.....	40
A.3. Objet et charge de la preuve de la force majeure.....	40
A.4. Les effets de la force majeure.....	41
A.5. Les prudences requises.....	42
B. Les clauses de « sauvegarde » (<i>Hardship</i>) ().....	42
B.1. Une validité de principe des clauses de hardship.....	42
B.2. Les clauses contractuelles.....	43
(a) Les circonstances visées.....	43
(b) La procédure à suivre en cas de survenance d'un bouleversement imprévu.....	44
(c) Les effets de l'imprévision sur le contrat.....	44
SECTION 6. LA RÉVERSIBILITÉ DU CONTRAT ET LES OBLIGATIONS POST-CONTRACTUELLES.....	45
§1. L'aménagement conventionnel de la réversibilité.....	45
A. Les obligations du fournisseur en cours d'exécution du contrat : l'information permanente du client, une condition du maintien de sa maîtrise d'œuvre.....	45
B. L'exigence d'un préavis suffisant.....	46
§2. Les obligations post-contractuelles.....	46
A. Les principales obligations imposées.....	47
A.1. Obligation d'assistance et d'accompagnement du client.....	47
A.2. Le sort des actifs transférés au moment de la conclusion du contrat.....	47
A.3. Les clauses de « débauchage ».....	48
A.4. Le sort des paiements en cours.....	48
A.5. Le sort des données confidentielles.....	48
B. La sanction des obligations post-contractuelles.....	49

CHAPITRE III. ASPECTS LIÉS AU CARACTÈRE INTÉGRATIF DU CONTRAT..... 50**SECTION 1. LES CLAUSES AMÉNAGEANT, DE MANIÈRE DIRECTE, UNE COLLABORATION RENFORCÉE..... 50****§1. *Clauses aménageant la collaboration, gage d'une confiance mutuelle* 50****A. Le principe de la collaboration..... 50****B. La mise en place de la collaboration : Pilotage du contrat et suivi régulier de son exécution satisfaisante.... 52****B.1. Le principe 52****B.2. L'intérêt plus particulier de ces clauses..... 52****B.3. Exemples de clauses 52****(a) L'organisation structurelle de la coopération : les procédures de pilotage 52****(b) La preuve continue du maintien des performances demandées 54****(c) L'information du fournisseur quant aux évolutions technologiques du secteur concerné..... 54****(d) Les procédures de reporting..... 54****(e) Les procédures d'audit..... 55****(f) La tenue de cahiers d'exploitation ou de « tableaux de bord »..... 55****§2. *Une consécration conventionnelle des obligations de bonne foi : « Good faith and fair dealing »* 55****SECTION 2. LES CLAUSES JOUANT DE MANIÈRE PLUS INDIRECTE SUR LA COOPÉRATION..... 56****§1. *L'outsourcing, un contrat intuitu personae* 56****A. Un contrat *intuitu personae* dans le chef du fournisseur 56****B. Un contrat *intuitu personae* dans le chef du client ?..... 57****§2. *Les clauses relatives à la circulation du contrat et à la sous-traitance des prestations*..... 57****§3. *Les clauses d'exclusivité*..... 57****§4. *Les clauses de non-concurrence*..... 58****CONCLUSION GÉNÉRALE..... 58**