

LA SEMAINE JURIDIQUE

ENTREPRISE ET AFFAIRES

1^{ER} JUILLET 2021, HEBDOMADAIRE, N° 26 ISSN 1290-5119



1341

La sous-traitance de services support aux entreprises

Étude par Jean-Yves Kerbourc'h et Xavier Baron

473 Arbitrage - 3 questions : Les nouvelles problématiques liées au développement des relations économiques entre États et acteurs privés, G. Arama et M. Riedel

1329 Société - Nullité du contrat conclu « par » et non « pour » une société en cours d'immatriculation, Cass. com., 10 févr. 2021, note R. Mortier

1330 SARL - Les prélèvements indus de l'associé-gérant et la dissolution pour mésentente entre associés, Cass. com., 3 mars 2021, note C. Boismain

1331 Données personnelles - Droit de la donnée, chronique M. Bourgeois et L. Thibierge

1339 Cautionnement - Action paulienne : précisions sur l'élargissement des conditions d'applicabilité de l'article 1341-2 du Code civil, Cass. com., 24 mars 2021, note B. Alidor

1340 Agent commercial - Agence commerciale et faculté de substitution en matière immobilière, Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2021, note Ph. Grignon

ÉTUDE TRAVAIL

ORGANISATION DU TRAVAIL

Communément qualifiés d'opérations d'externalisation, de nombreux contrats sont conclus par des entreprises avec des prestataires spécialisés pour la réalisation de services portant sur des fonctions support. Ces tâches sont confiées à des tiers car les entreprises les considèrent comme accessoires à leur activité principale, coûteuses, et improductives de revenus. De ce fait, l'économie générale des contrats procède moins de la volonté de fournir un service de qualité que d'une logique budgétaire de maîtrise des dépenses. Or, désormais des contraintes techniques et légales pèsent sur les entreprises clientes, et nécessitent une plus grande coopération avec les prestataires, tant dans la conception que dans l'exécution des services. Pour y faire face les négociateurs devront conclure des contrats d'intérêt commun, dans lesquels les parties auront des obligations complémentaires.

1341

La sous-traitance de services support aux entreprises

De l'achat de prestations au contrat d'intérêt commun



Étude rédigée par Jean-Yves Kerbourc'h et Xavier Baron



Jean-Yves Kerbourc'h est professeur à l'université de Nantes ; Xavier Baron est professeur affilié à l'ESCP Europe

1 - Définition et champ. - Les services dits « support », ou encore « d'environnements de travail », désignent toutes les activités d'appui au fonctionnement administratif des entreprises¹, à l'assistance aux personnes qui y travaillent²,

¹ Prise en charge du courrier, des achats de fournitures, de l'accueil, des badges d'accès.

² Restauration, gardiennage, logistique (préparation des salles de réunion, manutention, reprographie).

et à la maintenance générale³ et technique⁴ de leurs locaux⁵. Ces services sont dits « multi-techniques » et/ou « multi-services » quand un même prestataire assure plusieurs d'entre eux⁶.

2 - Hétérogénéité. - Ce sont des entreprises spécialisées qui réalisent ces tâches pour des clients qui ne souhaitent pas les confier à leur propre personnel⁷. Les prestataires sont très divers : de très petites entreprises coexistent avec des structures de plusieurs dizaines de milliers de salariés⁸. Certaines sont des filiales de grands groupes⁹ dont l'objet social est totalement étranger à la fourniture de ces services (secteurs de la défense, des travaux publics, de la distribution d'eau et d'électricité). La volonté de la société mère de filialiser ses propres services support a parfois présidé à leur création¹⁰.

3 - Méconnaissance statistique. - Le chiffre d'affaires total réalisé par l'ensemble des prestataires et le nombre de salariés qu'ils

occupent sont importants. Mais ils ne sont pas distingués par la statistique nationale comme appartenant à un secteur spécifique des « services support aux entreprises¹¹ », qui n'existe évidemment pas dans les nomenclatures. Ces prestations font partie de la catégorie plus étendue des services aux entreprises.

4 - Branches professionnelles. - Il n'est pas plus facile d'identifier ces activités par les catégories du droit du travail, car elles se répartissent entre une dizaine de branches qui appliquent autant de conventions collectives nationales¹². Or, leur champ professionnel ne couvre pas strictement les seules activités liées aux services support. Ce champ est très souvent plus large (cas, par exemple, de la CCN des « Bureaux d'études techniques »). Il arrive que certaines études de l'INSEE isolent des sous-catégories par secteur d'activité. Mais leur périmètre ne correspond jamais précisément à l'une des fonctions relevant des services support¹³, qui sont donc mal connus¹⁴.

5 - Détachement de personnel. - Au-delà de leur grande diversité ces services ont toutefois pour point commun d'être toujours accomplis dans les locaux des clients. La main-d'œuvre du prestataire qui les réalise est appelée soit à se déplacer épisodiquement dans l'entreprise cliente (pour le nettoyage ou la maintenance d'équipements par exemple), soit à y séjourner à temps plein (notamment les salariés des services d'accueil, de conciergerie et de sécurité).

3 Nettoyage, évacuation et gestion des déchets, entretien des espaces verts, sécurité sanitaire.

4 Entretien des bâtiments, contrôle d'accès aux locaux, maintenance des systèmes d'incendie, d'électricité, de chauffage, de ventilation, de climatisation, d'ascenseurs, contrôles techniques réglementaires des équipements.

5 D'un local administratif, d'une usine, d'un atelier, d'un établissement et quel que soit le secteur d'activité (santé, industrie, établissement commercial recevant du public, hôtels-café-restaurants, secteur public, etc.).

6 Ces prestations ont tour à tour été désignées sous les appellations de « services généraux », de « facility management », de « services aux espaces de travail », aujourd'hui de « services aux environnements de travail ». Ces distinctions, qui n'ont aucune portée juridique renvoient toutefois à des images, des pratiques et des fonctions qui ont évolué. Les entreprises clientes ont mis en place des directions et des directeurs chargés de suivre les prestataires et de coordonner les prestations (les « directeurs de l'environnement de travail »). Il en résulte des agencements complexes qui mériteraient d'être analysés à la lumière de la sociologie des organisations.

7 Opération dite « d'externalisation » ou « outsourcing » en anglais, qui porte sur des services et qui se distingue de la sous-traitance industrielle (D. Sommer, *Relations entre les grands donneurs d'ordre et les sous-traitants dans les filières industrielles*, AN., *Rapp. n° 2076, 26 juin 2019, 92 p.* - F. Édouard, *Conséquences sur l'emploi et le travail des stratégies d'externalisation d'activités*, CESE, 2015). Il arrive aussi que le client (le maître de l'ouvrage) s'attache les services d'un entrepreneur de services qui recoure lui-même à un autre prestataire (sous-traitant) pour exécuter tout ou partie des services demandés par le client. Dans ce cas il s'agit d'une sous-traitance au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Parfois l'entrepreneur peut n'accomplir lui-même aucun service et avoir pour seule fonction la recherche, la coordination et la surveillance des sous-traitants qui seront seuls à réaliser les prestations demandées par les clients, mais avec lesquels ils ne seront pas liés contractuellement. En pratique, c'est cette situation de sous-traitance qui est appelée « facility management », l'entrepreneur étant désigné sous le nom de « FM'er ».

8 Ces dernières sont parfois elles-mêmes des groupes de sociétés, chaque filiale prenant en charge l'ensemble des activités correspondant au champ professionnel d'une même convention collective nationale de branche. Certains de ces groupes ont créé une filiale de travail temporaire qui met du personnel à disposition de l'ensemble des entreprises appartenant au groupe.

9 Dont l'État est parfois actionnaire.

10 De sorte que ces sociétés mères sont devenues les clientes de leur filiale qui s'est ensuite développée en recherchant d'autres clients.

11 Il existe toutefois un Syndicat professionnel des entreprises de multiservice immobilier (Sypemi) - adhérent à la Fedene (« Fédération des services énergie environnement ») elle-même affiliée au Medef - qui fédère 23 entreprises relevant du secteur des prestations de services, de maintenance et de gestion technique et administrative d'ensembles immobiliers tertiaires, commerciaux, industriels ou publics. Il existe également une Association des responsables de services généraux (ARSEG) qui a pour but de défendre les intérêts collectifs de cette profession. Ces responsables exercent leurs fonctions aussi bien pour le compte des clients que pour celui des prestataires.

12 CCN du personnel des prestataires de services dans le domaine du secteur tertiaire (IDCC 2098) ; CCN des entreprises de propreté et services associés (IDCC 3043) ; CCN des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils (IDCC 1486) ; CCN du personnel des entreprises de restauration de collectivités (IDCC 1266) ; CCN des entreprises du paysage (IDCC 7018) ; CCN des activités du déchet (IDCC 2129) ; CCN de l'assainissement et de la maintenance industrielle (IDCC 2272) ; CCN des entreprises de prévention et de sécurité (IDSS 1351) ; CCN des ouvriers, employés, techniciens et agents de maîtrise de l'exploitation d'équipements thermiques et de génie climatique (IDCC 0998) ; CCN des entreprises de désinfection, désinsectisation, dératissage (IDCC 1605) ; CCN des entreprises d'installation sans fabrication, y compris entretien, réparation, dépannage de matériel aéronautique, thermique, frigorifique et connexes (IDCC 1412). Les activités de services dépendent également d'Opco différents.

13 Cas de l'activité du nettoyage qui se subdivise en deux sous-activités. D'une part le secteur du « nettoyage courant des bâtiments » dans les entreprises (qui correspond donc aux services qui nous intéressent) mais auquel s'ajoutent aussi les services aux particuliers (8121²), et d'autre part les « activités combinées de soutien » (8110²) liées au bâtiment qui comprennent des services autres que la seule activité de nettoyage (INSEE, *Le secteur du nettoyage : Insee Première, n° 1690, mars 2018*).

14 Les rares informations chiffrées disponibles proviennent d'études commandées par des organisations professionnelles. - V. X. Precepta, *Les défis du facility management face à la crise*, sept. 2020, 188 p.

Les parties sont des professionnels et non des consommateurs, ce qui leur donne une grande liberté pour déterminer le contenu de leur convention

C'est pourquoi les parties prenantes veillent toujours à ce que leurs relations ne caractérisent pas les délits de marchandage et de travail temporaire illicite¹⁵.

6 - Entreprises de main-d'œuvre.

- Une autre particularité de ces activités tient à la part essentielle que représentent les charges de salaires dans le coût des prestations. Ces dernières nécessitent peu d'investissements, donc peu de capitaux à immobiliser. La plupart des salariés ont un bas niveau de formation et de rémunération¹⁶, à l'exception de ceux affectés à la réalisation de prestations très techniques¹⁷. Les entreprises se plaignent d'un taux élevé de rotation de la main-d'œuvre parmi certaines catégories de salariés, ce qui fait écho à des conditions de travail souvent pénibles¹⁸.

7 - **Faibles marges.** - Enfin, la marge bénéficiaire des prestataires est faible, et n'est préservée pendant l'exécution du contrat que par des gains de productivité factices, car le plus souvent obtenus par une diminution de la masse salariale¹⁹, ainsi que par une dégradation de la qualité des services fournis aux clients. Mécontents, ces derniers réclament en retour des baisses de prix qui provoquent de nouveaux effets délétères sur les conditions d'emploi et le niveau des prestations.

8 - **Lien conditions de travail-relations commerciales.** - Les relations entre les salariés et les prestataires, et les rapports entre ces derniers et leurs clients, sont donc l'avvers et le revers d'une même pièce. Comprendre l'économie générale des contrats de prestation de service permet d'expliquer pourquoi les conditions de travail et d'emploi sont si spécifiques dans ce secteur d'activité.

15 P. Thiébart, M. Saunier, *Comment recourir à la sous-traitance en toute sécurité* : JCP S 2019, 1414.

16 X. Baron, *Le facility management, secteur emblématique de la mutation servicielle* : Revue cadres CFDT, 2016, n° 471, p. 89.

17 Par exemple la maintenance d'équipements immobiliers, de centres de serveurs informatiques, de salles blanches, de chaufferies importantes.

18 Les statistiques de la catégorie des « conventions regroupées pour l'information statistique » (CRIS), rassemblant les branches de la prévention et sécurité, les activités du déchet et les entreprises de propreté, révèlent que dans ces secteurs, le taux d'encadrement par des salariés ayant le statut de cadre est très faible (4 % contre 19 % toutes branches confondues), qu'il existe une forte part d'ouvriers (64 % contre 29 %), une part de contrat à durée déterminée plus importante par rapport à l'emploi total (11 % contre 9 %), un taux de recours aux contrats à temps partiel très élevé (45 % contre 21 %), et une rémunération moyenne plus faible (1 660 € par mois contre 2 310 €). Ces branches ont un taux d'emploi féminin très disparate : 63 % de l'emploi total dans la branche de la propreté, mais 16 % dans les activités du déchet et 13 % dans la branche de la prévention et sécurité (D. Tallec-Santoni, *Portrait statistique des principales conventions collectives de branche en 2017* : Dares résultats, n° 37, nov. 2020).

19 Par le recours d'une part à des contrats courts et à temps partiel, à de la main-d'œuvre non formée, parfois émigrée, et d'autre part en bénéficiant de tous les dispositifs de crédit d'impôts ou de subventionnement de l'emploi tels que les allègements de charges sur les bas salaires.

9 - **Étude des contrats.** - Pour mieux apprécier cette corrélation nous avons examiné une dizaine de contrats de prestation, en demandant à des directeurs en charge de ces services (clients), et des représentants des prestataires, de les commenter contradictoire-

ment²⁰. Nous rendons compte, ici, de ces analyses et du fruit des discussions que ces professionnels ont pu nourrir pour améliorer leurs relations.

10 - **Logique budgétaire.** - L'originalité de ces contrats tient à ce que toutes leurs clauses relèvent exclusivement d'une logique budgétaire, qui se résume dans la volonté du prestataire de maximiser ses gains, et de celle du client de minimiser ses coûts. Cette conception du rapport d'obligation forge l'état d'esprit des parties, tant au stade de la négociation du contrat, que de son exécution.

1. La conclusion du contrat

11 - **Contrat d'entreprise.** - Les contrats étudiés entrent dans le champ d'application des dispositions peu contraignantes du contrat d'entreprise²¹. Sauf exception, ils ne sont soumis à aucune autre réglementation²². Les parties sont des professionnels et non des consommateurs, ce qui leur donne une grande liberté pour déterminer le contenu de leur convention. Lors de sa conclusion, les négociateurs font un calcul économique qui prend en compte, d'une part le prix payé en contrepartie des services fournis et, d'autre part la durée nécessaire du contrat pour que l'opération soit rentable.

A. - Du contrat-échange au contrat-coopération

12 - **Prestations contre paiement.** - Les parties sont liées par un contrat synallagmatique à titre onéreux très classique, qui organise l'échange d'un service contre une somme d'argent, ce que la doctrine appelle un « contrat-échange ». Nous verrons toutefois, que des contraintes nouvelles pèsent sur les clients, ce qui peut les conduire à collaborer de manière plus étroite avec les prestataires,

20 Ce séminaire s'est déroulé entre les mois de novembre 2018 et décembre 2019, et a été suivi de rendez-vous d'entretiens avec des clients et des prestataires.

21 Qui est celui « par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (C. civ., art. 1710. - C. civ., art. 1787 à 1799-1). - L. Lardeux, *Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil* : D. 2016, p. 1659. - J.-P. Chau-chard et J.-P. Le Crom, *Les services entre droit civil et droit du travail* : Le Mouvement social, n° 211, 2005, p. 51.

22 Ce qui est le cas, en revanche, des contrats conclus par des prestataires exerçant des activités d'entremise et de gestion des immeubles et des fonds de commerce par la loi n° 70-2 du 2 janvier 1970.

et à fournir eux-mêmes des prestations réelles, dans le cadre d'un contrat qui pourrait devenir d'intérêt commun.

1° Les impasses du contrat-échange

13 - Opposition d'intérêts. - Les contrats de services que nous avons examinés comportent des centaines de pages et d'annexes, mais le rapport d'obligation est très simple : une entreprise s'engage à réaliser une tâche pour le compte d'une autre qui doit la payer. Selon l'analyse faite par M. Paul Didier, ce type d'accord est un « contrat-échange », dont les parties se placent d'emblée en opposition d'intérêts dans un « *jeu à somme nulle où chacun gagne ce que l'autre perd*²³ ». L'intérêt du client est d'obtenir de son prestataire l'exécution d'un grand nombre de services au moindre coût. Réciproquement, ce dernier cherchera à les réduire ou bien exigera un prix plus élevé.

14 - Appel d'offre. - Le plus souvent, le client choisit le prestataire après une procédure d'appel d'offre. Un cahier des charges est rédigé, parfois avec l'aide d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (un consultant) qui connaît les caractéristiques de ces services. Le client peut aussi s'en remettre à lui pour choisir le candidat qui sera retenu.

15 - Normalisation des prestations. - Cette façon de procéder conduit l'ensemble des parties prenantes à dissocier les services du contexte particulier dans lequel ils seront fournis. En effet, ces services sont couramment définis de manière abstraite et standardisée, selon des critères communément admis²⁴, puis repris dans les appels d'offre. Les réponses des prestataires suivent ces « standards », ce qui exclut toute originalité. C'est ce qui permet ensuite au client de comparer les offres, et de faire un choix sur le seul fondement du prix proposé²⁵. À l'exception de leurs clauses financières, les contrats ne font pas l'objet d'une réelle négocia-

tion²⁶, puisque leur contenu est le plus souvent²⁷ déjà déterminé dans l'appel d'offre. Certains de ces accords présentent ainsi des similarités avec les contrats d'adhésion²⁸.

16 - Uniformisation des prestations. - Il en découle une grande uniformité des tâches accomplies par les salariés d'une entreprise cliente à l'autre²⁹. Pour en réduire le coût, les prestataires tendent à transposer de l'industrie des procédés de division du travail³⁰ (délimitation et séquençage des tâches), et d'optimisation des modes de réalisation des services (amplification des rythmes et des horaires, accroissement des cadences, intensification du travail). Dans ce secteur, les salariés sont réputés être interchangeables, car leur activité consiste à réaliser des gestes techniquement prescrits, qui ne requièrent aucune compétence subjective particulière, et qui ne prennent pas en compte les singularités du contexte dans lequel ils sont réalisés.

17 - Gains de productivité. - C'est pourquoi la concurrence entre prestataires ne joue pas en faveur d'une amélioration de la qualité des services proposés, mais les stimule au contraire à rechercher des gains de productivité par la baisse du coût du travail, et la rationalisation des tâches. Une telle politique trouve aujourd'hui ses limites : les gains de productivité deviennent faibles, les marges

23 P. Didier, *Brèves notes sur le contrat organisation*, In *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré : Dalloz-Sirey, 1999, 868 p., p. 635.

24 Ces critères ne se présentent pas tout à fait comme des normes techniques, à l'image des référentiels documentés qui permettent d'harmoniser les pratiques dans certains secteurs d'activité. Mais les effets sont assez similaires en ce qu'ils permettent de chiffrer une offre à l'aide d'un simple tableau, sans visiter les sites, sans rencontrer les bénéficiaires finaux des services, et sans tenir compte des compétences des salariés qui réaliseront les prestations.

25 Les candidats qui répondent à l'appel d'offre sont auditionnés deux fois. La première audition (dite « *Request for informations* » ou RFI) a pour objet de les choisir sur la base des éléments de la prestation qu'ils proposent en fonction du cahier des charges. Les prestataires sélectionnés sont ensuite à nouveau entendus (« *Request for proposals* » ou RFP) pour négocier les éléments financiers. Ce procédé de double soutenance est pervers, car lors de la seconde audition le prestataire ne peut plus ajuster ses prestations au budget exigé par le client. Le prestataire ne peut donc que faire des économies sur la masse salariale, car dans ce secteur d'activité il n'est pas possible de réduire les coûts par le recours à des investissements déjà amortis, comme c'est le cas dans l'industrie. Dès lors, la diminution du prix exigée par le client se fait au détriment de la qualité du service qui nécessite toujours beaucoup de personnel.

26 Les contrats sont parfois reproduits d'un marché à l'autre sans être re-lus. L'un de ceux que nous avons examinés comportait une clause qui obligeait le prestataire de ménage à fournir à son personnel des gilets de sauvetage pour des prestations à réaliser dans une tour du quartier de la Défense en région parisienne.

27 Car il peut arriver que l'appel d'offre demande aux prestataires de faire des propositions, de modifier des éléments du cahier des charges et d'innover.

28 « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* » (C. civ., art. 1110, al. 2). En pratique, certains contrats ne peuvent être exécutés en l'état. Ceux qui l'ont négocié (les services « achats » des entreprises clientes) n'étant pas ceux qui doivent ensuite l'appliquer, les agents du prestataire et du client prennent de grandes libertés avec les stipulations du contrat, en ajustant les prestations selon leur convenance, sans conclure d'avenants. L'analyse des contrats ne peut donc être dissociée de l'examen des conditions dans lesquelles ils sont réellement exécutés.

29 Beaucoup de prestataires emploient des attachés commerciaux qui ont pour principale fonction de répondre aux appels d'offre. Eux-mêmes sont conduits à ne proposer que des prestations standardisées, aisément chiffrables, pour répondre à des cahiers des charges le plus souvent uniformisés. Les prestataires n'ont donc pas la capacité d'adapter leur offre à une demande spécifique du client. Réciproquement, les clients connaissent de moins en moins les métiers liés à ces services, et sont en grande difficulté pour exprimer efficacement leurs besoins, ce qui explique qu'ils fassent fréquemment appel à des assistants à maîtrise d'ouvrage. Il arrive ainsi que de petits prestataires dont l'offre est adaptable, parviennent à satisfaire des clients qui souhaitent bénéficier de services très personnalisés qui ne sont financièrement pas rentables pour les prestataires importants (le plus souvent ces derniers réalisent de petites marges sur des volumes élevés de prestations).

30 B. Tinel, C. Perraudin, N. Thèvenot, J. Valentin, *La sous-traitance comme moyen de subordination réelle de la force de travail* : Actuel Marx, 2007, n° 41, p. 153. - J. Gadrey, *Le service n'est pas un produit : quelques implications pour l'analyse économique et pour la gestion* : Politiques et management public, 1991, n° 1, p. 1.

Si les parties souhaitent véritablement entrer dans une relation de coopération, elles concluraient un contrat à durée indéterminée

bénéficiaires des prestataires ne peuvent plus être abaissées ni la qualité des services réduite.

2° Les potentialités du contrat d'intérêt commun

18 - Contraintes environnementales. - Or, des évolutions dont il est encore difficile de mesurer pleinement la portée, influent sur la nature même des services demandés aux prestataires, et tendent à modifier le rapport d'obligation. Les règles environnementales (concernant la gestion des déchets par exemple), imposent au client des contraintes de traçabilité qui ne lui permettent plus d'en transférer la charge sur le seul prestataire. Les économies d'énergie dans les immeubles de bureaux et les bâtiments industriels (chauffage, climatisation, éclairage, installations électriques), ne peuvent être réalisées que si le client y participe activement avec le prestataire qui est chargé de la maintenance des locaux³¹.

19 - Contraintes de sécurité. - Les règles de prévention et de lutte contre certaines formes de criminalité (terrorisme, renseignement économique, soustraction frauduleuse de données informatiques), nécessitent une collaboration plus étroite entre le client et le prestataire chargé de la sécurité des installations de l'entreprise.

20 - Contraintes sanitaires. - De même, les règles sanitaires qui évoluent rapidement, et dont la mise en œuvre requière parfois un savoir-faire d'une grande technicité, ne peuvent être respectées que si le client, ses salariés et les prestataires (de nettoyage notamment), concourent conjointement à leur application.

21 - Nouveaux usages des immeubles. - Aussi bien, les évolutions rapides que connaissent les entreprises transforment le lien qui les unit à leurs prestataires. L'usage des bâtiments évolue³², ce qui rend nécessaire la participation du client à la mise en œuvre du service qu'il demande au prestataire, notamment par la transmission de renseignements, de données techniques, parfois en changeant son organisation humaine et matérielle, pour s'adapter aux contraintes de réalisation de la prestation.

22 - Plans de vigilance. - Soulignons enfin, que le législateur oblige désormais les entreprises à élaborer des plans de vigilance³³.

31 Des recherches en Sciences économiques s'intéressent plus particulièrement à « l'économie de la fonctionnalité et de la coopération ». - V. C. Du Tertre, *Des services aux entreprises à l'économie de la fonctionnalité : les enjeux du développement durable*, in E. Heurgon et J. Landrieu, *L'économie des services pour un développement durable : nouvelles richesses, nouvelles solidarités* (Actes du colloque de Cerisy, juin 2006) : Paris, L'Harmattan, 2007, 394 p., p. 235 - 320.

32 Nomadisme des salariés lié à de nouvelles formes de travail à distance (télétravail notamment), modification de la nature des tâches accomplies, réaffectation ou mutation des établissements recevant du public.

33 Qui « comportent des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les

Or, seuls les prestataires de services support (les sous-traitants ou fournisseurs mentionnés par la loi) peuvent identifier certains risques, et prévenir les atteintes évoquées par le Code de commerce, notamment dans les domaines de la santé et de la sécurité des personnes, ain-

si que dans ceux de l'environnement. On peut donc penser qu'à l'avenir, l'exécution des contrats de prestation de service nécessitera une plus grande coopération du client avec le prestataire, car ce client deviendra lui-même débiteur d'obligations nouvelles et réelles au-delà du seul paiement des prestations fournies.

23 - Collaboration des parties. - C'est à la fois l'économie générale des contrats (mise en cohérence de l'ensemble de leurs clauses), et le rapport d'obligation qui devront être réétudiés pour s'adapter à ces évolutions. La doctrine a déjà montré l'existence de tels contrats de prestation, dont l'exécution par l'une des parties nécessite la collaboration de l'autre, par exemple le contrat d'édition ou les contrats de distribution intégrée comme la franchise, la location-gérance et le contrat de concession³⁴. Ces auteurs distinguent les « contrats-échange » classiques dont la prestation est unique, des contrats-coopération dans lesquels chaque partie fournit une prestation réelle³⁵. Les contrats-coopération, d'intérêt commun, reposent sur l'enchaînement d'une prestation instrumentale (celle que devrait désormais réaliser le client dans les contrats de fourniture de services support aux entreprises), et d'une prestation finale (celle du prestataire), qui n'est contractuellement rendue possible que si le client accomplit la sienne. Cette conception du rapport d'obligation est très stimulante, car dans le cadre d'un projet commun, « des entreprises qui disposent de compétences complémentaires choisissent de les mettre en relation et de coopérer afin d'assurer une meilleure utilisation de leurs ressources respectives »³⁶.

24 - Création de richesses. - En pratique, le client bénéficierait d'une amélioration de la qualité des services rendus par le prestataire. Cette perspective lui donnerait la possibilité d'envisager le

libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle [...], directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation » (C. com., art. L. 225-102-4 issu de L. n° 2017-399, 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017, texte n° 1 ; JCP E 2017, act. 250 ; JCP E 2017, 1193, S. Schiller).

34 S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat* : *Economica*, 2012, 514 p. - S. Lequette, *Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération* : *RDA*, févr. 2013, p. 66. - S. Lequette, *Éclipse et renaissance d'une institution : de la commande au contrat d'intérêt commun* : *RDC* 2018, p. 297.

35 Y. Lequette, F. Terré, Ph. Simler, F. Chénéde, *Les obligations* : *Dalloz, Précis*, 2018, n° 355.

36 *Ibid.*

service, même le plus modeste (nettoyage par exemple), comme une contribution à la réalisation de ses propres objets de production³⁷, ou bien d'éviter que certains risques ne les affectent³⁸. Il s'agirait alors de reconsidérer le service fourni par le prestataire comme une activité créatrice de valeur, donc potentiellement productrice de revenus, alors qu'historiquement, c'est justement parce que ces activités furent jugées comme accessoires et à faible valeur ajoutée qu'elles furent sous-traitées³⁹.

25 - Investissements. - Cette évolution souhaitée par l'ensemble des parties prenantes, requière cependant des investissements importants. Les prestataires devront innover et proposer des services adaptés aux besoins nouveaux et spécifiques de leurs clients, qui devront eux-mêmes accepter de les rétribuer. Il faudra que du personnel compétent, recruté par le prestataire, soit capable de réaliser ces services à plus grande valeur ajoutée, qu'il soit formé, fidélisé, et que des carrières attrayantes leur soient proposées. Le client devra aussi se mettre en capacité d'accomplir ses propres obligations en recrutant des salariés chargés de collaborer avec le prestataire. Au-delà, ce sont toutes les autres clauses du contrat qui devront être adaptées à l'évolution de ces nouvelles relations.

B. - La durée du contrat

26 - Motivations budgétaires. - Il en est ainsi de la clause relative à la durée du contrat dont la rédaction est tout entière dictée par des considérations économiques, et non par la volonté de mettre le prestataire en capacité de remplir convenablement ses obligations. Les accords qui sont systématiquement conclus à durée déterminée, montrent que les parties inscrivent toujours leurs rapports juridiques dans la perspective d'un contrat-échange, alors qu'une convention à durée indéterminée pourrait être le moyen de parvenir à une plus grande coopération entre elles.

1° L'indigence du contrat à durée déterminée

27 - Faible confiance. - Si les parties souhaitaient véritablement entrer dans une relation de coopération, elles concluraient un contrat à durée indéterminée qui montrerait qu'elles entendent s'engager sur une longue période dont elles ne connaissent pas le terme, qu'elles se font confiance, qu'elles ont la volonté de parvenir à des échanges marqués d'un grand *intuitu personae*, ce qui se traduirait par la personnalisation des services attendus par le client, l'exécution d'obligations particulières mises à la charge de ce der-

nier, notamment la prise en compte des problèmes techniques ou d'organisation rencontrés par le prestataire.

28 - Grande défiance. - À la vérité, aucune des parties n'y tient aujourd'hui, car leur relation est marquée du sceau de la défiance. Un contrat à durée indéterminée comporte une faculté de résiliation unilatérale qui le rend précaire (*C. civ., art. 1210*). Si ce contrat devait être rompu peu après sa conclusion, le prestataire n'aurait pas le temps d'amortir les coûts d'investissement consentis au début de son exécution (achat de matériel, recrutement du personnel, dépenses d'organisation, de formation). Pour des raisons analogues, stipuler une durée indéterminée est risqué pour le client qui a exposé des frais importants dans des appels d'offre, qui devront être renouvelés sans avoir été amortis.

29 - Valeur temps. - C'est ce qui explique que les contrats sont, le plus souvent, conclus pour une durée déterminée courte, de l'ordre de 1 à 3 ans⁴⁰. Ainsi, le prestataire connaît précisément la date de son terme extinctif, ce qui lui permet d'établir un budget prévisionnel d'amortissement et de rentabilité des prestations sur cette durée. De son côté, le client souhaite régulièrement remettre en concurrence le prestataire selon une procédure dont l'organisation est parfaitement anticipée⁴¹. Cette façon de procéder explique en partie la baisse continue des prix pratiqués, et la dégradation corrélative de la qualité des prestations.

30 - Rupture anticipée. - Le contrat à durée déterminée présente toutefois la particularité de devoir être exécuté jusqu'à l'échéance de son terme (*C. civ., art. 1212*). C'est pourquoi, dans certains contrats, les parties stipulent une clause de rupture anticipée qui prévoit, au début de leur exécution, une période dite « probatoire » d'une durée de 6 à 12 mois, au terme de laquelle le prestataire et le client jouissent d'une faculté de rupture unilatérale. Le droit de rompre est, dans ce cas, le plus souvent subordonné au respect d'un délai de préavis de l'ordre de 2 mois. Il arrive aussi que des contrats prévoient d'autres hypothèses de rupture unilatérale, notamment en cas de survenance de circonstances exceptionnelles, comme le changement d'affectation des locaux du client dans lesquels les services sont fournis, ou divers manquements du prestataire à ses obligations.

37 L'environnement et la qualité de vie au travail de ses salariés dont la productivité serait améliorée.

38 Risque sanitaire, environnemental, atteinte aux personnes et aux biens notamment.

39 J. Barthélémy, *Comment réussir une opération d'externalisation* : *RF gest.* 2004, n° 151, p. 9. - J. Barthélémy, C. Donada, *Décision et gestion de l'externalisation. Une approche intégrée* : *RF gest.*, vol. 177, n° 8, 2007, p. 101. - G. Schütz, *Se recentrer sur son cœur de métier. L'externalisation des services généraux des entreprises* : *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 23, n° 2, 2019, p. 181.

40 Lorsque les relations sont litigieuses, certains clients préfèrent ne pas renouveler un contrat court plutôt que de mettre en œuvre une procédure de résiliation judiciaire anticipée longue, incertaine et coûteuse. En outre, les clauses qui prévoient la substitution d'un nouveau prestataire à celui qui est défaillant, sont rarement appliquées (sauf en cas de défaillance totale), car le client devrait procéder dans l'urgence à un nouvel appel d'offre coûteux, en courant le risque que le prestataire en place cesse immédiatement toutes ses prestations.

41 Ce sont les services « achats » des entreprises qui prennent en charge la négociation des contrats avec les prestataires. Le plus souvent, un « bon » acheteur, aux yeux de son employeur, est celui qui négocie le prix le plus bas possible, tout en étant capable d'obtenir le même niveau de prestation apparent. Ces services « achats » tiennent donc à renégocier périodiquement les contrats.

L'exécution du contrat est caractérisée par la répétition des services fournis, comme s'il s'agissait de prestations instantanées et non de prestations à exécution successive

2° Les atouts du contrat à durée indéterminée

31 - **Compromis.** - Si les parties devaient conclure un contrat-coopération d'intérêt commun, dans lequel chacune fournit une prestation réelle et complémentaire de celle de son cocontractant, la question de la durée du contrat devrait être traitée à la lumière des compromis suivants : envisager un contrat à durée indéterminée qui garantisse la bonne qualité des prestations sur le long terme, tout en prévoyant une période « probatoire » initiale pendant laquelle une rupture unilatérale serait possible, mais à condition que cette période soit d'une durée suffisante pour que le prestataire amortisse ses investissements, et sans être trop longue pour que le client puisse se délier rapidement si le prestataire ne lui convient pas.

32 - **Souplesse légales.** - Les règles du Code civil sont suffisamment souples pour trouver ces compromis. Le contrat à durée indéterminée peut certes être rompu unilatéralement, mais à condition de respecter un délai de préavis qu'il appartient aux parties de négocier en fonction de leurs intérêts respectifs (*C. civ., art. 1210.* - À défaut, ce délai doit être raisonnable). Si, dans un premier temps, elles prévoient de conclure un contrat à durée déterminée, elles peuvent ensuite décider d'une prorogation du contrat (*C. civ., art. 1213*) avant son expiration lorsqu'elles ne sont pas encore certaines de vouloir, ou de pouvoir s'engager sur une longue période. Un renouvellement du contrat à durée déterminée peut aussi être envisagé par les parties. Ce renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent, mais dont la durée est indéterminée (*C. civ., art. 1214*). À l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants peuvent enfin décider, sans formalité, de continuer à exécuter les obligations. C'est une tacite reconduction qui produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat, qui devient donc à durée indéterminée (*C. civ., art. 1215*).

33 - **Coopération à long terme.** - Le droit civil offre ainsi toutes les ressources pour donner aux parties le temps de mettre en place et d'ajuster les conditions dans lesquelles elles coopéreront, pendant la longue durée que nécessite l'exécution d'un contrat d'intérêt commun.

2. L'exécution du contrat

34 - **Vente et achat de prestations.** - L'exécution du contrat est caractérisée par la répétition des services fournis, comme s'il s'agissait de prestations instantanées et non de prestations à exécution successive. Cette exécution est aussi fortement contrainte par la volonté du client de réaliser des économies, en demandant au prestataire d'abaisser ses prix, puis de transférer ses connaissances

à son successeur lors de l'extinction du contrat.

A. - L'exécution successive de prestations disjointes

35 - **Instantanéité des prestations.** - La combinaison de règles contractuelles décrivant avec

extrême précision les services à fournir, et de clauses en sanctionnant financièrement l'inexécution, conduit les parties à disjoindre les prestations les unes des autres, et à les envisager comme autant d'obligations indépendantes dont l'exécution est instantanée. La conclusion d'un contrat d'intérêt commun comportant, des engagements réels et complémentaires devrait, au contraire, amener les parties à les considérer comme un ensemble à exécution successive.

1° Les méfaits des indicateurs de performance

36 - **Hypertrophie contractuelle.** - Les services que doit fournir le prestataire sont minutieusement décrits dans de volumineux cahiers des charges, aux clauses hypertrophiées, qui stipulent de très nombreux éléments chiffrés (fréquences d'intervention du prestataire, nombre de salariés détachés sur le site, délai de réponse à une demande du client, puis délai de traitement), et parfois des détails dont on peut s'étonner de les trouver dans un contrat⁴². Beaucoup d'accords mentionnent de manière itérative et ambiguë, que le prestataire est tenu d'une obligation de résultat⁴³.

37 - **Effets pervers.** - La conformité des services au cahier des charges est par la suite évaluée par des dizaines d'indicateurs clés de performance, également contractualisés⁴⁴. Il arrive que le client mandate un autre prestataire pour la réalisation de contrôles pé-

42 Par exemple la hauteur maximale des pelouses (8 cm) prévue dans le contrat d'un prestataire d'entretien des espaces verts, ou bien l'injonction faite aux hôtes d'accueil mises à disposition par un prestataire de conciergerie à un client, de saluer « l'arrivée d'un nouveau visiteur par un regard bienveillant accompagné d'un sourire ».

43 L'obligation est de résultat lorsque le prestataire a promis dans le contrat un effet déterminé, ce qui est le plus souvent le cas dans ces contrats de services. En le réaffirmant à de nombreuses reprises, les parties essaient, en réalité, de prouver que la prestation porte sur un service autre qu'une fourniture exclusive de personnel qui caractériserait les délits de marchandage et de travail temporaire illicite. En d'autres termes, les parties imaginent que stipuler une obligation de résultat permet d'établir que le prestataire possède bien un savoir-faire qui lui est propre, ce qui le distingue d'un loueur de main-d'œuvre.

44 Dans l'un des contrats analysés la propreté des surfaces vitrées d'un immeuble était appréciée selon une échelle à 5 niveaux correspondant chacun à un état particulier de salissures.

riodiques, et pour le suivi régulier de ces indicateurs⁴⁵. Des sanctions financières sont prévues en cas de retard d'exécution ou de non-respect des niveaux de services attendus, ce qui montre que ces « systèmes d'indicateurs et de pénalités ne sont pas conçus pour reconnaître la valeur produite mais pour faciliter la maîtrise de la dépense du client, dans une logique budgétaire »⁴⁶. En réalité, il s'agit de clauses de réfaction du prix⁴⁷. Il s'en évince beaucoup d'effets pervers. Certains prestataires provisionnent dans leur budget le montant des pénalités car ils savent qu'elles seront toujours appliquées, et ils en tiennent compte lorsqu'ils fixent le prix des prestations (la pénalité est alors indirectement payée par le client). La clause incite aussi le prestataire à consacrer des moyens humains et matériels (informatiques) importants à la gestion des indicateurs. En réaction, le client passe du temps à en affiner la qualité et l'objectivité supposée, parfois en recrutant du personnel pour en assurer le suivi. Les parties en viennent alors à évaluer leurs rapports contractuels à l'aune des seuls indicateurs, au lieu de remédier aux dysfonctionnements qu'ils sont censés révéler⁴⁸.

38 - Réitération des prestations. - Ces pratiques révèlent que le rapport d'obligation est conçu comme une simple réitération de prestations identiques, pendant toute la durée du contrat (un « bégaiement de l'échange⁴⁹ »), comme si chacune d'elles constituait un unique contrat à exécution instantanée⁵⁰. Si le contrat était d'intérêt commun, et nécessitait que chaque partie fournisse une prestation réelle complémentaire de celle de l'autre, leurs obli-

gations réciproques devraient s'échelonner dans le temps⁵¹. Le contrat serait alors véritablement à exécution successive⁵².

2° L'alternative des contrats à prestations réciproques

39 - Prestations interdépendantes. - Cette conception renouvelée du contrat, en tant qu'enchaînement de prestations réciproques, complémentaires et interdépendantes, n'est pas une utopie dans ces activités de services aux entreprises. En effet, certains accords se rapprochent déjà de ce modèle. L'un de ceux que nous avons analysés, que l'on nous a présenté comme « innovant », avait été volontairement rédigé de manière succincte (quelques pages). Le client y avait décrit les enjeux stratégiques des services qu'il attendait, « les aménités des environnements du travail »⁵³ qu'il souhaitait mettre en place (niveau de confort, agrément des aménagements, qualité de vie au travail de ses salariés), et s'engageait à collaborer régulièrement avec le prestataire pour adapter les services en fonction de ses nouveaux besoins ou contraintes. Pendant l'exécution du contrat, les parties s'obligeaient à prêter une grande attention à la qualité intrinsèque de la prestation, appréciée en fonction de ses effets utiles sur les attentes du client.

40 - De la quantité à la qualité. - Dans ce contrat, l'évaluation des prestations reposait sur des critères qualitatifs (recherche d'une finalité), et non, comme c'est souvent le cas, sur des objectifs quantitatifs (un volume d'heures de ménage, un nombre d'agents détachés sur le site, des délais de réponse à des demandes d'intervention, etc.). Mais pour ce faire, les parties avaient dû renoncer à tout fixer lors de la formation du contrat, accepter que son contenu soit évolutif, et que leur relation souffre d'une grande imprévisibilité. En outre, le contrat qui avait été conclu à durée indéterminée exigeait du prestataire qu'il apporte des conseils au client, notamment en matière d'organisation. Les parties s'étaient donc placées dans la logique d'un contrat-coopération d'intérêt commun⁵⁴.

41 - Consentement à la dépense. - Au surplus, le client s'était verbalement engagé sur le montant global qu'il était prêt à dépenser (un « niveau de consentement à la dépense »), en indiquant simplement la nature du service qu'il attendait, et renvoyait pour le détail

45 Ce mandataire vérifie si les clauses du contrat sont respectées mais n'apprécie pas le contexte dans lequel les services sont réalisés. Les prestataires accusent les mandataires d'être trop zélés dans le seul but d'appliquer des pénalités qui couvriront leurs honoraires. Mais les clients qui ne font pas confiance aux prestataires se disent contraints de devoir y recourir car ils ne disposent d'aucun salarié compétent pour évaluer des services parfois très techniques.

46 J.-Y. Ottmann, X. Baron, M. Gheorghiu, *Quand les formes de contrôle contredisent les conditions de l'autonomie dans les services. Le cas d'un prestataire de maintenance multiservice des entreprises (facility management)* : *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, vol. 39, n° 2, 2020, p. 79.

47 Ce ne sont pas des clauses pénales car elles n'ont pas pour fonction de réparer un préjudice au sens de l'article 1231-5 du Code civil. La clause de réduction du prix est un aménagement contractuel des dispositions de l'article 1223 du Code civil aux termes duquel « En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ».

48 Sur les impasses de ces procédés, V. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres (Cours au Collège de France 2012-2014)* : Fayard, 2015, 520 p.

49 R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat, in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux*, Mél. J.-L. Aubert : Dalloz, 2005, p. 211, n° 14.

50 René Savatier avait bien montré que tant du point de vue économique et comptable que juridique, « la vente de services » présente de nombreuses similarités avec la vente de choses (R. Savatier, *La vente de services* : D. 1971, p. 223).

51 « Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique. Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps » (C. civ., art. 1111-1).

52 Peu important, par ailleurs, que la durée de ce contrat soit déterminée ou indéterminée.

53 X. Baron, N. Cugier, *Des services généraux aux aménités des environnements du travail* : *L'Expansion Management Review*, 10 févr. 2016, p. 105.

54 Il a été observé que dans un tel contrat « Il apparaît [...] que la fonction économique du contrat ne se réduit plus à l'organisation d'une simple permutation conciliant les intérêts contraires des parties, mais peut aussi revêtir une dimension synergique et consister dans la création de richesses nouvelles dans l'intérêt commun des parties » (S. Lequette, *Réforme du droit commun des contrats et contrat d'intérêt commun* : D. 2016, p. 1148. - S. Lequette, *Le champ contractuel - Réflexions à partir de la rentabilité économique* : RDC 2016, p. 135).

Beaucoup de contrats de prestation de service comportent des clauses dites de « progrès »

à des discussions d'ajustements ultérieurs avec le prestataire, pendant l'exécution du contrat, y compris pour les aspects budgétaires. Il faut rappeler à cet égard, que la validité du contrat n'est jamais subordonnée à l'obligation de stipuler un prix, comme l'ont décidé la Cour de cassation⁵⁵, puis le législateur en 2016 pour l'ensemble des contrats de prestation de service⁵⁶. Les parties peuvent donc conclure un marché sur facture, qui est particulièrement adapté lorsque le contrat porte sur une coopération plutôt que sur un volume chiffré de services⁵⁷.

B. - Une logique budgétaire exacerbée

42 - Vives tensions. - L'exécution du contrat-échange dans les activités de services support aux entreprises, est le siège de nombreuses tensions entre le prestataire et le client. Ce dernier a le plus souvent pour seul objectif d'améliorer la performance économique de l'échange « *prestation contre paiement* ». Et lors de l'extinction du contrat, il tente de capter et de transférer le savoir-faire du prestataire au successeur de celui-ci, pour ne pas avoir à assumer de coûts de transaction.

1° Les biais de la rentabilité économique

43 - Progrès financiers. - Beaucoup de contrats de prestation de service comportent des clauses dites de « progrès ». La façon dont elles sont rédigées trahit, une fois encore, l'intention des parties de se placer dans le cadre d'un contrat-échange, plus rarement dans celui d'un contrat-coopération. Le contrat-échange exigera du prestataire qu'il accomplisse des gains de productivité pendant toute l'exécution du contrat. L'accord prévoira, le plus souvent, que le prix payé par le client diminuera chaque année (de l'ordre de 5 % par exemple). Cette clause provoque des effets pervers, car le prestataire ne pourra réaliser les gains de productivité qu'en diminuant la masse salariale (il affectera moins de personnel aux tâches demandées), et donc en abaissant le niveau de qualité des services. Il pourra également contourner la clause en faisant un calcul de rentabilité sur la totalité de la durée du contrat, et fixer en début d'exécution un prix plus élevé qui prendra en compte les baisses à venir. La marge bénéficiaire sera alors plus grande au début de l'exécution du contrat, ce qui permettra aussi au prestataire d'être financièrement moins affecté par une éventuelle

rupture anticipée, car les bénéfices auront déjà été réalisés⁵⁸. De son côté, le client se prive d'un moyen

de pression - la menace de faire jouer l'exception d'inexécution ou d'appliquer la clause résolutoire⁵⁹ - lorsqu'il constate une baisse importante de la qualité des services pendant la dernière année d'exécution du contrat.

44 - Innovations. - Dans un contrat-coopération au contraire, la clause de progrès mettra les deux parties en capacité d'innover, pour que leurs prestations respectives soient complémentaires et créatrices de valeur ajoutée. La clause de progrès peut consister, notamment, à demander au prestataire de concevoir des économies que pourrait réaliser le client. Dans ce cas, la clause prévoira, au-delà de la réalisation des services habituels, des prestations de conseil, par exemple pour réduire les coûts généraux tels que les dépenses d'énergie⁶⁰. De tels objectifs ne peuvent être réalisés que si le client lui-même accomplit une partie des efforts : modifier son organisation interne, utiliser différemment les locaux, inciter son propre personnel à changer ses comportements, parfois transformer ses procès de production.

45 - Partage des coûts. - Mais une telle coopération a un coût financier qui doit être partagé, amorti et rentabilisé par les deux parties. Elle requière des investissements matériels et immatériels : digitalisation, automatisation, innovation dans les organisations de travail, achat de matériel. Le contrat de prestation ainsi envisagé comme une opération d'intérêt commun, devra alors nécessairement s'inscrire dans le cadre d'un temps d'exécution relativement

58 Certains prestataires soutiennent que par l'effet de la clause de progrès les contrats sont exécutés à prix coûtant pendant la troisième et dernière année, de sorte qu'ils n'ont plus aucune raison d'améliorer la qualité des services, ni d'incitation à conclure un nouveau contrat sur la base des prix ainsi réduits.

59 En pratique systématiquement stipulée, car la loi prévoit que la résolution du contrat peut résulter d'une telle clause (*C. civ.*, art. 1224). Les contrats prévoient de nombreuses causes de résolution du contrat en cas de divers manquements du prestataire à ses obligations.

60 C'est ainsi que dans les marchés publics, l'article 5 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 prévoit que « *Le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie [...] en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement* ». En outre, la directive n° 2012/27/UE du 25 octobre 2012 encourage la conclusion de ce type de contrat en précisant que « *Dans un contrat de performance énergétique, comme dans d'autres formes d'accords de financement par des tiers, le bénéficiaire du service énergétique évite des coûts d'investissement en utilisant une partie de la valeur financière des économies d'énergie pour rembourser l'investissement effectué partiellement ou totalement par un tiers* » (§47). Les contrats conclus dans le cadre de marchés privés ne sont pas encadrés juridiquement et sont donc librement rédigés. - V. O. Ortega, *Les contrats de performance énergétique*, Rapp. au ministre de l'Écologie, 2011, 126 p. - O. Ortega et P. Maurus, *Les contrats de performance énergétique* : Ed. LexisNexis, coll. Actualité, 2017, 156 p. - O. Ortega, *Le contrat de performance énergétique, outil d'avenir de la transition écologique : Opérations immobilières*, 2019, n° 119, p. 26.

55 Par exemple, *Cass. 1^{re} civ.*, 18 nov. 1997, n° 95-21.161 : *JurisData* n° 1997-004568 ; *D.* 1997, p. 263 ; *RTD civ.* 1998, p. 372, obs. J. Mestre, et p. 402, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 1998, p. 405, obs. A. Bénabent. - Cet arrêt décide que le juge doit apprécier le prix en fonction notamment de la qualité du travail fourni.

56 « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat* » (*C. civ.*, art. 1165).

57 Dans un marché sur facture la rémunération du prestataire n'est pas prévue initialement dans le contrat et n'est fixée qu'après achèvement des prestations. Ce mode de détermination du prix est couramment pratiqué par certains artisans et par certaines professions libérales.

long (bien au-delà de la durée de 3 ans le plus souvent stipulée), pour que le client puisse constater et profiter des économies attendues, et que le prestataire réalise un bénéfice sur les prestations de nature intellectuelle ou matérielle qu'il aura fournies.

2° Les faux-fuyants des coûts de transaction

46 - Extinction sans indemnisation. - Cet objectif nécessiterait de mieux prendre en considération les effets pécuniaires de l'extinction du contrat. Dans un contrat d'intérêt commun, la rupture ne devrait pas intervenir à un moment où l'une des parties a réalisé d'importants investissements qu'elle n'a pas encore amortis, sauf à ce qu'elle en soit dédommée.

47 - Remise en état. - Certes, les conventions stipulent déjà des clauses qui prennent en compte les effets de l'extinction du contrat. Ces clauses, dites de « réversibilité », ont pour objet d'organiser la façon dont le prestataire mettra fin à ses services, puis assurera sa succession avec le nouveau prestataire. Mais elles sont rédigées dans la pure perspective du modèle du contrat-échange. Elles prévoient, par exemple, que l'ancien prestataire doit restituer les matériels et équipements qui lui ont été remis, soit dans l'état de fonctionnement où il les a trouvés, soit dans celui prévu par le contrat⁶¹.

48 - Présentation au successeur. - Il est également stipulé que le prestataire s'engage à présenter le site et le fonctionnement des équipements à son successeur, pendant un certain temps au cours du préavis⁶². Le prestataire doit aussi transmettre au client et au nouveau prestataire les éléments d'information dont il dispose sur les prestations réalisées pendant toute la durée du contrat.

49 - Asymétrie d'information. - Toutefois, il existe un décalage important entre ce que prévoient ces clauses et la façon dont elles sont mises en application, car une divergence d'intérêts oppose le prestataire à la fois à son client et à son propre successeur qui est un concurrent⁶³. En effet, l'exécution de la clause ne confère à l'ancien prestataire aucun avantage pécuniaire⁶⁴. En revanche, elle revêt une grande importance pour le client qui est toujours victime d'une asymétrie d'information, dans la mesure où il s'en est remis à son prestataire pour la réalisation des tâches, et a renoncé, en conséquence, à en connaître les modalités pratiques d'accom-

61 Un procès-verbal contradictoire de l'état des lieux et des matériels ou équipements est le plus souvent établi au début et à la fin de l'exécution du contrat. C'est ainsi qu'un contrat qui porte sur la maintenance d'équipements immobiliers, répartit toujours très précisément les charges d'entretien supportées par le prestataire et le client.

62 Il est précisé dans le contrat que le prestataire doit informer et parfois former le successeur aux spécificités techniques et réglementaires du site, de manière à limiter les dysfonctionnements liés au changement de prestataire.

63 Il n'a aucun intérêt à lui divulguer ses méthodes d'organisation qui procèdent d'un savoir-faire acquis pendant plusieurs années, à lui faire connaître ses ratios financiers, ou à rendre visibles des insuffisances ou des prestations non accomplies.

64 Au contraire, des pénalités sont prévues en cas d'inexécution de la clause de « réversibilité ».

plissement. Ces difficultés surviennent non seulement pour des prestations très techniques (maintenance d'équipements), mais aussi pour celles qui nécessitent une méthode d'organisation, sans pour autant requérir une main-d'œuvre qualifiée (cas des prestations d'accueil ou de nettoyage).

50 - Déloyautés. - Il n'est donc pas étonnant que naissent des tensions entre les parties pendant cette période de « réversibilité », qui est parfois le théâtre de déloyautés. Certains prestataires captent la main-d'œuvre en remplaçant des salariés compétents par d'autres qui le sont moins, mais qui feront l'objet d'un transfert conventionnel dans l'entreprise du nouveau titulaire du marché, en application des clauses prévues par les conventions collectives de branche⁶⁵.

51 - Captation des bases de données. - Dans le même ordre d'idées, pendant l'exécution du contrat, il arrive que des prestataires tentent d'empêcher le client de prendre connaissance d'un certain nombre d'informations techniques désormais numérisées⁶⁶, pour éviter qu'il ne les utilise ultérieurement à son profit. Or, le prestataire est protégé par les articles L. 341-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, qui prévoient que le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel. Ceci explique que voulant prendre la qualité de producteurs, certains clients demandent aux prestataires d'utiliser ses propres serveurs informatiques et ses logiciels, pour éviter de leur être dépendants.

52 - Prévention des coûts de transaction. - Ainsi, pendant l'exécution du contrat, beaucoup d'efforts sont consentis par le client et le prestataire pour anticiper les effets financiers de son extinction. Ayant conclu un contrat à durée déterminée, le client sait qu'il aura à supporter des coûts de transaction⁶⁷ qu'il tente d'évi-

65 L'annexe VII de la CCN de la propriété (notamment), prévoit le transfert conventionnel des salariés affectés depuis 6 mois à l'ancien marché. Il n'est donc pas rare que des salariés qui travaillent à temps plein chez un même client changent d'employeur tous les 3 ans, mais sans changer de lieu d'affectation. - V. J.-M. Denis, *Conventions collectives : quelle protection pour les salariés précaires. Le cas de la branche du nettoyage industriel : Travail et emploi*, 2008, n° 116, p. 45.

66 Beaucoup d'immeubles sont désormais livrés avec un « BIM construction » (pour « Building Information Modeling ») qui en est la maquette technique numérique en trois dimensions. Des développements sont en cours afin d'y adjoindre des « BIM exploitation », pour faciliter son exploitation et sa maintenance. Toutes les opérations d'entretien et de maintenance complètent alors en principe ce BIM pendant la phase d'exploitation du bâtiment.

67 C'est-à-dire les coûts liés à la recherche d'un nouveau prestataire censé accomplir les mêmes tâches que l'ancien (or il existe toujours un décalage lié à l'expérience acquise par le précédent prestataire qui aura ajusté les services à ce qu'il est strictement nécessaire d'accomplir), les coûts liés à l'appel d'offre et à la rédaction du cahier des charges qui devra prendre en compte toutes les informations d'ordre technique, ou liées à l'organisation des services que détient le précédent prestataire, et les coûts de mise en place du nouveau prestataire et des prestations elles-mêmes.

Aucune des parties ne devrait être lésée par l'extinction du contrat

ter en les reportant sur le prestataire. Si le contrat était d'intérêt commun, aucune des deux parties ne devrait être lésée par son extinction, ce qui nécessiterait d'imaginer des clauses de maintien du contrat, jusqu'à ce qu'elles aient toutes deux rentabilisé leurs investissements.

53 - **Conclusion.** - Les services support aux entreprises ont un bien sombre avenir si clients et prestataires continuent à penser que le gain réalisé par une partie au contrat représente une perte pour l'autre⁶⁸. La base de tous les développements économiques

dans les activités de services repose, au contraire, sur des échanges dans lesquels l'une des parties exploite les moyens qu'elle a reçus de l'autre. Des moyens doivent donc être fournis par le client et exploités par le prestataire, lequel en retour, offre à ce client des services fonctionnels qui modifient son état⁶⁹ pour créer des richesses nouvelles. Le modèle de la coopération que consacre le contrat d'intérêt commun constitue un nouveau paradigme qui repose sur l'acceptation par les parties qu'elles ont des obligations complémentaires et réciproques, en vue de la réalisation d'un projet conjoint. ■

68 Un travers dont les représentants des prestataires ont bien conscience, V. Sypemi, *Le Facilities Management à la croisée des chemins, Livre Blanc, janv. 2016, 29 p.*

69 Sur cette conception des services, V. J. Gadrey, *Services : la productivité en question* : Ed. Desclee de Brouwer, 1996, 358 p., p. 170-171.

L'essentiel à retenir

Le contrat d'intérêt commun offre de grandes potentialités lorsque le client doit lui-même participer à la conception et à la réalisation du service en raison de contraintes environnementales, sanitaires ou de sécurité.

Pour être créateur de richesses le contrat de coopération doit être à durée indéterminée afin que les parties puissent rentabiliser leurs investissements respectifs.

Les prestations doivent être complémentaires et à exécution successive.

Les indicateurs de performance doivent reposer sur des critères de qualité des services et non sur des critères quantitatifs.

Les clauses de progrès doivent porter sur des innovations et non sur la diminution des coûts des services.

Le contrat ne devrait pas pouvoir être rompu avant que les parties n'aient amorti leurs investissements.

PANORAMA

1342

TRAVAIL - Travail dissimulé - Décision de relaxe justifiée (non) - Dissimulation d'emploi salarié - Prévenu employant son épouse dans un commerce - Absence de rémunération d'heures de travail effectuées au-delà des horaires contractuels - Justification possible au titre d'une activité bénévole (non)

Il résulte de l'article L. 8221-5 du Code du travail qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli. En l'espèce, pour relaxer le prévenu du chef de

travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, l'arrêt énonce que si l'épouse du gérant d'un commerce est intervenue au-delà des horaires contractuels, c'était en qualité d'épouse, liée par une communauté de vie et d'intérêt avec le prévenu, pour la bonne marche de l'entreprise familiale. Les juges ajoutent que l'épouse du gérant n'a pas revendiqué d'être rémunérée pour ce temps de travail supplémentaire et ne l'a pas été, et que ces heures non payées ne sauraient ouvrir droit au versement de cotisations. ils concluent que, dans un tel contexte, il n'est pas établi que le prévenu se soit intentionnellement soustrait

au versement des cotisations correspondantes. Cette décision encourt la cassation. En effet, le statut de salarié, en vertu d'un contrat de travail qui place l'intéressé dans un lien de subordination à l'égard de son employeur, exclut que puisse être reconnue la possibilité de poursuivre, au titre de l'entraide familiale et sans que soient établies les déclarations correspondantes aux organismes sociaux, la même activité au-delà des heures contractuellement dues, fût-ce de façon bénévole.

Cass. crim., 26 mai 2021, n° 20-85.118, P : JurisData n° 2021-007781

Cassation partielle