

JURIDIQUE

GÉRER LE RENOUVELLEMENT D'UN CONTRAT D'EXTERNALISATION



Bertrand Liard

Avocat, responsable
du département IP/IT
White & Case LLP

La fin d'un contrat d'externalisation dans le domaine bancaire est une démarche à ne pas entreprendre au dernier moment, au risque de perturber les opérations. Des précautions peuvent être prises au niveau juridique.

Préparer, mettre en œuvre et réussir une opération d'externalisation dans le secteur des services financiers, quelle qu'elle soit – infogérance d'une partie du système d'information, *off-shore* ou *business process outsourcing* – est une opération complexe qui fait appel à de nombreuses ressources, internes et externes, de l'entreprise. Malgré certaines réticences initiales, les établissements bancaires font maintenant largement appel à l'externalisation. Compte tenu du nombre élevé d'opérations en cours, il est légitime de se poser la question du renouvellement de ces contrats, avec, ou non, changement de prestataire. C'est ce que la pratique a nommé les opérations de « seconde génération ».

Un tel renouvellement est également une opération complexe, et ce, d'autant plus que, contrairement à l'opération initiale, l'établissement bancaire concerné a, en grande partie, perdu la connaissance des activités externalisées. Il lui sera alors d'autant plus difficile, sans l'aide du prestataire en place, de suivre la démarche généralement recommandée en la matière : expression des besoins, appel d'offres, sélection du prestataire et mise en place des services. En outre, le renouvellement interviendra dans un cadre réglementaire qui a connu de nombreuses et profondes modifications [1]. Dans ce contexte, l'objet du présent article est d'identifier les leviers juridiques dont disposent le client et le prestataire afin de préparer, mettre en œuvre et réussir une externalisation de seconde génération.

[1] Voir notamment l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007 transposant la directive MIFID et instituant des règles applicables aux systèmes d'information des prestataires d'investissement et le règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement – le « Règlement CRBF 97-02 » – modifié pour la dernière fois par l'arrêté du 19 janvier 2010 et, pour ce qui concerne spécifiquement les conditions applicables en matière d'externalisation, par l'arrêté du 11 septembre 2008.

S'APPUYER SUR LE CONTRAT EXISTANT

La première chose à faire est, à l'évidence, de se reporter au contrat en cours pour analyser les positions respectives des parties en matière de renouvellement. Cette analyse revient à faire un audit juridique du contrat. On regardera en particulier les clauses organisant la fin du contrat : durée, résiliation et réversibilité.

En matière de durée et de résiliation, la date de fin du contrat en cours, le plus souvent à durée déterminée, sert d'abord à fixer le *rétro-planning* du renouvellement. Pour un contrat complexe d'une durée initiale de 5 ans, on considère qu'il faut compter au moins un an et demi de préparation. D'ailleurs, il est fréquent de rencontrer des clauses prévoyant une période de discussion avant la cessation du contrat. Cette période pourra être mise à profit pour préparer le renouvellement. De même, les contrats d'externalisation prévoient parfois la poursuite de l'opération, au choix du client, pour une nouvelle durée déterminée, généralement plus courte que la durée initiale. Ce droit pourra être utilisé comme levier, ou solution de secours, dans la négociation du renouvellement.

Les clauses de réversibilité prévoient

généralement que le prestataire est tenu de rédiger, puis de mettre en œuvre, un plan de réversibilité détaillant les tâches à accomplir en vue de la reprise des prestations par le client ou par un tiers. La mise en œuvre du processus de réversibilité est à la fois une condition critique en cas de changement de prestataire (voir plus loin) et un levier intéressant dans la phase de préparation au renouvellement en ce qu'elle permet aux parties d'être mieux informées de l'état de l'existant et de l'étendue du chemin à parcourir. On rappellera à cet égard que le règlement CRBF 97-02 impose aux établissements de crédit et entreprises d'investissement de s'assurer que le contrat portant sur des activités externalisées puisse être interrompu « sans que cela nuise à la continuité ou à la qualité des prestations de services aux clients ».

On s'intéressera également aux clauses instituant un « droit d'information » du client. On peut ainsi qualifier les stipulations prévoyant la documentation des prestations (convention de service, catalogue de services, descriptifs techniques, tableaux de bord, etc.). Ces informations ne sont pas toujours mises à jour de manière continue et s'avèreront très importantes pour le client afin de formaliser l'expression de ses besoins. Inversement, du point de vue du prestataire, elles permettent de définir clairement le périmètre de son intervention et des moyens mis en œuvre et, ainsi, de mieux préparer les discussions concernant le renouvellement.

NÉGOCIER AVEC LE PRESTATAIRE EN PLACE...

Il n'est tout simplement pas possible de prévoir à l'avance les conditions de sortie d'un contrat d'externalisation à long terme. Les évolutions internes de l'entreprise cliente, du prestataire en place comme des condi-

1. FORME DU CONTRAT

Renouvellement, reconduction, prorogation ?

■ Si les parties conviennent de poursuivre leur relation au-delà de la durée initiale, ce qui est toujours possible, il faudra porter une attention particulière à la rédaction de cet accord. Juridiquement, un renouvellement, une reconduction, une prorogation ou une prolongation n'ont pas les mêmes effets. La prorogation (ou prolongation) maintient le contrat en cours dans toutes ses dispositions (sauf la durée). La reconduction (ou renouvellement), au contraire, substitue au

contrat ancien un nouveau contrat, dans les mêmes termes (sauf la durée). En principe, la loi applicable au contrat prorogé reste celle applicable à la date de sa conclusion initiale, alors qu'elle devient la loi en vigueur à la date du renouvellement pour le contrat reconduit. De même, les accords accessoires au premier contrat, telle une lettre de garantie, sauf accord spécifique, ne seront pas attachés à un contrat reconduit, alors qu'ils le seraient à un contrat prorogé.

tions économiques et du contexte réglementaire ne le permettent pas. Le contrat existant ne pourra donc généralement pas répondre à tous les enjeux du renouvellement : modification de périmètre, calibrage des niveaux de service, mise à jour des technologies et des référentiels qualité, évolutions réglementaires, etc. Il sera donc nécessaire de le faire évoluer. Le contrat contient cependant des mécanismes qui, bien utilisés, peuvent permettre de préparer un renouvellement (encadré 1). S'ils s'avèrent insuffisants ou pas suffisants, s'assurer de la collaboration du prestataire en place sera un facteur clé de succès.

Le meilleur moyen d'obtenir une discussion constructive avec le prestataire en place est, nous semble-t-il, d'aborder le renouvellement de manière transparente et pragmatique. En effet, si le client est en droit de ne pas renouveler le contrat, ce qui constitue un levier important, le prestataire peut aussi décider de ne pas poursuivre une situation qui ne lui apparaît pas satisfaisante. Chacun devra donc, en amont, faire

part à l'autre de ses intentions et des conditions qu'il entend mettre à un éventuel renouvellement. Il faudra également tenir compte de la position particulière du prestataire en place par rapport aux autres prestataires pressentis.

Dans ce contexte, la solution que nous proposons alors est de conclure un « accord de processus » entre le client et le prestataire en place. L'objet de cet accord est de définir les conditions dans lesquelles les parties organiseront leurs obligations respectives dans la phase de renouvellement. Cet accord pourra notamment prévoir une phase d'alignement, au cours de laquelle le client présentera une demande de renouvellement au prestataire en place, lequel devra y répondre. Il est possible de prévoir que les discussions se feront alors sur une base exclusive. L'accord prévoira également quelles sont les informations que le prestataire en place remettra au client pour lui permettre de préparer le renouvellement, ainsi que les ressources que le prestataire dégagera pour la phase de renouvellement.

Si la phase d'alignement n'est pas couronnée de succès, l'accord définira les conditions dans lesquelles le client lancera une procédure d'appel d'offres, à laquelle le prestataire en place pourra, le cas échéant, participer. L'accord traitera enfin de la gestion d'une éventuelle sortie du prestataire en place et des conséquences sur les prestations en cours (par exemple, le gel des nouvelles acquisitions de matériel ou de licences).

...OU AVEC D'AUTRES

Parallèlement, le client devra préparer un appel d'offres afin de susciter des réponses d'autres prestataires. D'un point de vue juridique, les documents d'appel d'offres devront notamment définir la force juridique des documents échangés entre les participants,

« Pour un contrat complexe d'une durée initiale de 5 ans, on considère qu'il faut compter au moins un an et demi de préparation. »

les dispositions applicables jusqu'à la signature du contrat définitif, la confidentialité des échanges et les critères de sélection.

Sur ce dernier point, il est possible, voire souhaitable, de prévoir que les critères d'évaluation des réponses à l'appel d'offres seront différents pour le prestataire en place et les nouveaux entrants. En effet, le prestataire en place a un avantage compétitif important, tant en savoir-faire qu'en raison de l'absence de risque de migration. De même, les investissements du prestataire en place pour rendre les services attendus seront, le plus souvent, moins importants que ceux d'un nouvel entrant.

LE CAS ÉCHÉANT, ORGANISER LA PASSATION

Si le prestataire en place n'était finalement pas retenu, le client devra alors organiser soigneusement la passation au nouveau prestataire.

Les aspects à prendre en considération à ce stade sont nombreux et complexes. Il faudra en effet organiser le transfert des actifs, matériels et immatériels (logiciels, savoir-faire), le transfert des contrats – avec ou sans l'accord des tiers contractants –, la migration des données, etc. De même, l'éventualité, toujours sensible, d'un transfert de salariés de l'ancien prestataire vers le nouveau devra être envisagée et traitée, et une attention particulière sera portée aux conditions d'utilisation de la propriété intellectuelle de l'ancien prestataire. Si les prestations considérées entrent dans la définition d'« activités externalisées » au sens de l'article 4 q du règlement CRBF 97-02, l'établissement bancaire devra également veiller au respect des dispositions des articles 37 et suivants dudit règlement. En particulier, l'établissement bancaire devra à ce titre prendre soin de prévoir l'articulation entre son propre

« Il est souhaitable de prévoir que les critères d'évaluation des réponses à l'appel d'offres seront différents pour le prestataire en place et les nouveaux entrants. »

plan de continuité de l'activité et les mécanismes de secours et sauvegarde prévus par le nouveau prestataire et mettre en place le droit d'audit de l'Autorité de contrôle prudentiel sur les prestations externalisées. Chacun de ces aspects devra être analysé et documenté, tant opérationnellement que juridiquement. Les aspects opérationnels feront l'objet d'un plan de réversibilité par le prestataire en place et d'un plan de migration par le nouveau prestataire. Ces documents définiront en particulier comment et quand la prise de contrôle du nouveau prestataire s'opérera. Les aspects juridiques seront traités à la fois au travers de la conclusion de documents contractuels, mais il faudra aussi s'assurer du respect des obligations d'information et de consultation des instances représentatives du personnel et, plus généralement, des règles applicables du droit du travail. Il faudra également prévoir l'information ou l'accord des tiers contractants et, dans certaines hypothèses, de l'Autorité de contrôle prudentiel.

Préparer, mettre en œuvre et réussir une externalisation de seconde génération est donc au final tout aussi complexe, d'un point de vue tant juridique qu'opérationnel, qu'une externalisation « primaire ». ■



Club
BANQUE

> Jeudi 8 juillet 2010 18 h 00 - 20 h 00

BÂLE III : QUEL ÉQUILIBRE ENTRE RÉGULATION ET RENTABILITÉ ?

Président de séance : **Laurence BARROIN**,
managing director, Investance group

Point d'actualité sur les récentes évolutions réglementaires

Sylvie MATHÉRAT, directeur de la stabilité financière,
Banque de France, président du groupe comptable
du Comité de Bâle

Les nouvelles exigences pour la profession bancaire

Jean-Paul CAUDAL, directeur du département supervision
bancaire et comptable, FBF

Enjeux et impacts en termes d'organisation et de mobilisation de fonds propres

Marie-Hélène FORTESA, senior advisor, Prudential
Regulation and Lobbying, Société Générale

Lieu

Auditorium de la FBF
18 rue La Fayette 75009 Paris
Métro : Chaussée d'Antin

Contact

Magali Marchal
Tél.: 01 48 00 54 04
Fax: 01 48 24 12 97
marchal@revue-banque.fr

En partenariat avec



Partenaire officiel

ERNST & YOUNG