

B R I E F I N G

La lettre d'information du pôle Corporate - Décembre 2008

LES GARANTIES DE LA MAISON-MÈRE DANS LES CONTRATS D'INFOGÉRANCE

La pratique des lettres d'intention émanant de la société mère pour garantir les engagements pris par sa filiale dans le cadre de la réalisation de prestations d'infogérance est maintenant de plus en plus répandue. À l'instar du « performance bond » de plus en plus souvent utilisé par les anglosaxons, il devient presque systématique pour le client d'exiger un engagement de la maison-mère quant à la garantie de performance par sa filiale du contrat d'infogérance.

Cet engagement n'est plus un simple engagement moral comme pouvaient l'être il y a quelques années encore certaines lettres d'intention qui étaient sans réelle portée juridique contraignante pour la maison mère. Dorénavant le client exige que la maison-mère s'engage aux côtés de sa filiale pour lui garantir le respect de toute ou partie des obligations prévues au contrat d'infogérance. À défaut de police d'assurances suffisantes qui sont difficiles à mettre en place pour couvrir de tels risques ou d'autres formes de garanties financières, c'est le moyen pour le client de s'assurer dans la mesure du possible qu'en cas de défaillance du prestataire, l'actionnaire de cette dernière assumera ses responsabilités. Ce type d'engagement se concrétise par une lettre émanant de la société mère à l'intention du client souvent connue sous les vocables « **lettre de patronage** », « **lettre de garantie** » ou encore « **lettre d'intention** » et souvent désigné en anglais comme un « **performance undertaking** ».

Depuis la réforme du droit des sûretés réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006, la définition des lettres d'intention a été consacrée par l'article 2322 du Code Civil. Selon cet article, la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.

Nonobstant cette définition, en pratique, le contenu des lettres d'intention et leur portée varient grandement suivant la nature des engagements pris par la société mère au bénéfice du client et il en découle des conséquences pratiques et immédiates tout à fait différentes suivant les cas envisagés et surtout des précautions particulières à prendre dans leur rédaction.

LES DIFFÉRENTES TYPOLOGIES POSSIBLES

En pratique, la lettre d'intention couvre un très large éventail de qualifications. À l'extrême, elle pourra être considérée comme un véritable cautionnement, sûreté accessoire au contrat d'infogérance avec toutes les conséquences que cela entraîne. À l'autre extrême, elle pourra se limiter à une simple obligation de moyens qui impliquera un engagement autonome relativement léger de la part de la maison-mère. Elle pourra aussi le plus souvent constituer une obligation de faire, véritable garantie autonome au contrat d'infogérance, qui devra faire l'objet d'une approbation préalable par le Conseil d'Administration ou le Conseil de Surveillance de la maison-mère et qui devra être inscrite dans ses comptes comme un engagement hors-bilan.

LA PORTEE DES ENGAGEMENTS

Le risque juridique lié à une mauvaise qualification ou à une rédaction ambiguë d'une telle lettre est évident. Il sera donc primordial pour le rédacteur de la lettre de bien apprécier la portée des mots employés et de clairement préciser la portée des engagements. Il faudra en effet bien qualifier les obligations prises par la maison-mère pour apprécier le régime juridique auquel la lettre sera soumise et notamment la nécessité ou non d'une autorisation préalable du Conseil d'Administration ou du Conseil de Surveillance. Le défaut d'une telle autorisation n'est pas susceptible de régularisation à posteriori : ainsi, une garantie non approuvée par le Conseil au préalable pourra être déclarée comme nulle si tant est qu'elle entraîne des conséquences dommageables pour la société mère. Il peut être intéressant à ce titre de mettre en place des autorisations globales annuelles d'engagements de garantie, sujettes bien sûr à la décision du Directeur général ou du Directoire.

LE FRUIT D'UNE NEGOCIATION

Il n'existe pas de lettre d'intention type en matière d'infogérance. La maison-mère aura tout intérêt à utiliser des arguments de négociation judicieux pour limiter au maximum la portée de l'engagement. Pour cela, la maison-mère ne devra pas hésiter à mettre en avant l'existence d'autres garanties possibles pour le client, par exemple, l'existence de polices d'assurances (dont le partage du coût peut s'intégrer dans le prix), de procédures de sécurité, ou par exemple des mécanismes de pénalités financières prévus par le contrat d'infogérance lui-même en contrepartie de performances non réalisées ou non atteintes. Tous ces mécanismes ont pour vocation de limiter le risque du client. Car au final, il s'agit avant tout d'une question de gestion de risque, et donc de coûts à partager entre prestataire et client, en fonction de l'exigence de qualité requise par ce dernier. Il faudra donc négocier avec ce dernier avec pour objectif de répondre à ses craintes quant à la réalisation de la prestation, tout en limitant au mieux le périmètre et la portée des engagements de la maison-mère.

EN CONCLUSION

- ⇒ Apprécier la réelle portée juridique des engagements pris eu égard à la catégorisation : cautionnement / garantie autonome / obligation de résultat / obligation de moyens ;
- ⇒ S'assurer du respect des procédures tant en matière d'autorisation préalable que d'inscription dans les comptes, si applicables ;
- ⇒ Négocier le contenu de la lettre, limiter sa portée, proposer des variantes ;
- ⇒ Limiter au strict nécessaire les garanties données en tenant compte des autres mécanismes contractuels ou extracontractuels de limitation de risque dont le client pourra bénéficier.

Ce briefing a été réalisé par l'équipe Corporate du cabinet ***Carbonnier Lamaze Rasle & Associés***.

CONTACTS : Gérard GUERGUERIAN et Christophe LACHAUX, Associés.

EMAILS: gguerguerian@carlara.com / clachaux@carlara.com / TEL : 33 (0)1 53 93 61 41