

L'évaluation et la gestion du risque de défaut de paiement dans les contrats internationaux

Nicole Lacasse

Volume 20, numéro 3, septembre 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058450ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058450ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lacasse, N. (1989). L'évaluation et la gestion du risque de défaut de paiement dans les contrats internationaux. *Revue générale de droit*, 20(3), 451–476.
<https://doi.org/10.7202/1058450ar>

Résumé de l'article

Le plus important risque commercial pour un exportateur est le risque de non-paiement. Pour minimiser ce risque dans une transaction internationale, l'auteure souligne qu'il faut d'abord l'évaluer en s'informant sur la solvabilité du client-débiteur étranger. Elle précise les sources disponibles pour obtenir ces informations financières dans le contexte international.

Le risque de non-paiement évalué, l'auteure explique divers moyens de le gérer. Elle analyse les différentes formes et techniques de paiement qui peuvent être prévues dans un contrat pour que l'exportateur conserve le contrôle et la propriété des marchandises tant qu'il n'a pas été payé.

Elle explique également comment par l'intervention de tiers-cautions ou de tiers-assureurs on peut se prémunir contre le risque de non-paiement. Enfin, elle rappelle que le choix entre les divers moyens légaux offerts pour gérer ce risque est une décision commerciale qui doit être prise au cas par cas.

L'évaluation et la gestion du risque de défaut de paiement dans les contrats internationaux

NICOLE LACASSE
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Le plus important risque commercial pour un exportateur est le risque de non-paiement. Pour minimiser ce risque dans une transaction internationale, l'auteure souligne qu'il faut d'abord l'évaluer en s'informant sur la solvabilité du client-débiteur étranger. Elle précise les sources disponibles pour obtenir ces informations financières dans le contexte international.

Le risque de non-paiement évalué, l'auteure explique divers moyens de le gérer. Elle analyse les différentes formes et techniques de paiement qui peuvent être prévues dans un contrat pour que l'exportateur conserve le contrôle et la propriété des marchandises tant qu'il n'a pas été payé.

Elle explique également comment par l'intervention de tiers-cautions ou de tiers-assureurs on peut se prémunir contre le risque de non-paiement. Enfin, elle rappelle que le choix entre les divers moyens légaux offerts pour gérer ce risque est une décision commerciale qui doit être prise au cas par cas.

ABSTRACT

The most important commercial risk for an exporter is the risk of non-payment. To minimize this risk in an international transaction, the author explains that one must assess it by gathering information on the credit of the foreign customer-debtor. She details the various sources that may become handy to retrieve those financial informations in an international context.

Once the risk of non-payment is assessed, the author suggests various methods to manage it. She analyses the different forms and techniques of payment that must be provided for in a contract so the exporter will control and own the merchandise till he is fully paid.

She also explains how the intervention of a third party who cautions or insures the payment can be a guarantee against the risk of non-payment. Finally she reminds us that the legal choices offered to manage this risk are a commercial decision to be reassessed on a one by one basis.

SOMMAIRE

Introduction	452
I. Évaluer le risque de non-paiement dans une transaction internationale	453
A. Nature des risques de non-paiement dans une transaction internationale	453
B. Évaluation du risque de non-paiement dans un contrat spécifique	454
1. Réseaux privés d'information	455
2. Services gouvernementaux d'information	455
II. Gérer le risque de non-paiement dans une transaction internationale	457
A. Gérer le risque de non-paiement dans le contrat d'exportation	457
1. Les termes du paiement	458
2. Les conditions du paiement	460
a) <i>Lier la prise de possession par l'acheteur au paiement</i>	460
b) <i>Lier le transfert de propriété à l'acheteur au paiement</i>	463
B. Gérer le risque de non-paiement par l'intervention de tiers	464
1. Engagement direct du tiers à payer	465
a) <i>Le crédit documentaire</i>	465
b) <i>La garantie bancaire de paiement</i>	468
2. Les assurances à l'exportation	469
Conclusion	470
Annexe	471

INTRODUCTION

Bien que la vente occupe une place maîtresse dans l'activité commerciale, le but véritable du commerce n'est pas de vendre des biens : il est de réaliser des profits. Or, le seul moyen d'arriver à dégager des profits dans une opération de vente, c'est d'être payé, de recevoir le prix de vente.

Dans l'enthousiasme des négociations d'une transaction d'exportation, ces vérités simplistes à l'extrême sont quelques fois négligées par l'exportateur. Cette négligence peut lui coûter cher car une créance non payée est non seulement une perte de profit, c'est aussi une perte de l'argent investi par l'exportateur dans la réalisation de l'opération.

Conscient de cela, l'exportateur averti aura pour préoccupation majeure et constante au cours des négociations d'une vente internationale le paiement et les problèmes qu'il peut poser. Il recherchera les moyens susceptibles d'éliminer le risque de non-paiement.

L'objet essentiel de cet exposé est d'analyser ces moyens. Dans cette perspective, la première étape est d'évaluer le risque de non-paiement, la seconde de le gérer. Ces considérations fixent les limites et l'ordre de notre propos.

I. ÉVALUER LE RISQUE DE NON-PAIEMENT DANS UNE TRANSACTION INTERNATIONALE

A. NATURE DES RISQUES DE NON-PAIEMENT DANS UNE TRANSACTION INTERNATIONALE

Dans une transaction internationale, plusieurs événements peuvent mener à la non-exécution du contrat et donc au non-paiement du prix. Ces risques se divisent en trois grandes catégories : les risques politiques, les risques économiques et les risques commerciaux.

Les risques politiques, les plus classiques sont les guerres, révolutions et autres hostilités ou les restrictions imposées par un État au mouvement des marchandises, services ou devises à ses frontières. Tous peuvent causer des pertes à un exportateur. Au niveau du paiement, la mise en place d'un contrôle des changes restreignant la convertibilité de la monnaie ou les transferts à l'étranger est un risque politique important¹.

Pour leur part, les risques économiques affectent directement la valeur du paiement. Les principaux sont les variations de taux de change et l'inflation².

Enfin, les risques commerciaux auxquels l'exportateur est exposé se résument à deux cas de figure : l'incapacité ou le refus de payer de l'acheteur.

L'incapacité de payer de l'acheteur peut avoir pour cause l'insolvabilité, la faillite ou un événement de force majeure hors du contrôle des parties, comme par exemple les grèves, cyclones, tremblements de terre, inondations, etc.

Le refus de payer de l'acheteur peut être purement arbitraire ou résulter d'un litige entre les parties à propos de l'exécution du contrat. Les motifs les plus souvent évoqués par les acheteurs pour ne pas payer

1. Pour des développements plus approfondis sur les risques politiques, consulter les textes de Carlos Gustavo ARRIETA PADILLA [*supra*, p. 407], Robert B. ISSENMAN, François JEANJEAN et A. James EDWARDS, à paraître dans les actes du Colloque, sous le titre *Comment maîtriser les risques dans les contrats internationaux/How to Manage Risks in International Business*, dans la Collection bleue.

2. Pour des développements plus approfondis sur les risques économiques, consulter les textes de Rafael Mariano MANÓVIL, [*supra*, p. 429], Georges DUBÉ et Charles CARLSON à paraître dans les actes du Colloque, voir note 1.

sont la non-conformité des marchandises ou des services aux spécifications du contrat et la livraison tardive des biens.

Tout au long des négociations d'un contrat international, l'exportateur doit garder en tête ces différents risques pouvant aboutir au non-paiement et les soupeser pour mettre de son côté toutes les chances d'être payé, en bonne monnaie, complètement et dans les délais fixés.

B. ÉVALUATION DU RISQUE DE NON-PAIEMENT DANS UN CONTRAT SPÉCIFIQUE

Vu les assises diversifiées du risque de non-paiement, son évaluation passe par l'analyse de la situation politique et économique du pays concerné et par l'étude de la situation financière de l'acheteur. Mais, puisque notre propos est limité aux risques commerciaux, les développements qui vont suivre s'attacheront à retracer les procédures d'évaluation des risques liés directement à l'acheteur.

Dans le commerce, pour prendre une décision rentable, il faut disposer d'informations sûres. Le premier pas en ce sens est la connaissance du cocontractant : il faut s'assurer que l'acheteur éventuel est sérieux, qu'il est un débiteur valable, solide financièrement et ayant l'habitude d'honorer correctement ses obligations.

Dans le cadre de relations d'affaires suivies et confiantes, cette connaissance du cocontractant est acquise. Mais pour une transaction avec un nouveau client, s'informer de sa situation financière est une nécessité pour mesurer le risque de non-paiement et guider le vendeur dans ses exigences en vue de sécuriser le contrat.

En matière commerciale, il est donc usuel de se renseigner sur l'état des finances d'une entreprise, (notamment sur sa solvabilité, ses habitudes de paiement, sa banque d'affaires, etc.) avant de conclure un marché d'importance avec elle. Au niveau domestique, cette quête d'informations est relativement facile : l'acheteur potentiel n'est pas éloigné, aucune barrière linguistique n'entrave les communications, l'entreprise a une réputation dans le milieu des affaires et les firmes locales spécialisées dans la vente de rapports de crédit sont nombreuses.

Dans une transaction internationale, connaître la situation financière d'un éventuel client est plus difficile, mais tout aussi nécessaire. Les frontières, la distance, la langue, la culture et l'absence de contacts dans le milieu des affaires du pays étranger sont autant d'obstacles à l'obtention directe d'informations commerciales. L'exportateur doit donc le plus souvent s'en remettre à deux sources d'informations organisées : les réseaux privés et les services gouvernementaux.

1. Réseaux privés d'information

Les grandes banques sont de loin la source la plus utilisée pour obtenir des informations financières relativement à un client étranger. Leur large implantation dans plusieurs pays et leur réseau de correspondants à l'étranger leur donnent accès à de multiples informations commerciales. Il leur est donc relativement aisé d'obtenir un rapport d'information commerciale ou un rapport d'analyse des paiements. Les banques procèdent aussi à l'évaluation des risques par pays. C'est par le biais de sa banque que l'exportateur canadien peut avoir accès à ce réseau.

Des entreprises spécialisées dans la vente de produits et services d'information commerciale peuvent également fournir de tels renseignements. Mais au Canada, la plupart des entreprises qui œuvrent dans ce domaine limitent leurs activités aux renseignements relatifs à des entreprises canadiennes. Seules de très grosses entreprises, liées à un réseau international, offrent des services d'informations sur des clients étrangers³.

Parallèlement aux sources privées, certaines informations commerciales peuvent être obtenues par le biais de services gouvernementaux.

2. Services gouvernementaux d'information

Considérant que pour favoriser les exportations, il est important de renseigner les exportateurs sur la solvabilité et les habitudes de paiement des clients étrangers potentiels, certains pays ont organisé des services. C'est le cas notamment des États-Unis, où le ministère du Commerce offre aux exportateurs un service d'information sur la solvabilité des entreprises étrangères. Seules les entreprises américaines peuvent s'adresser à ce *World Traders Data Report Service* où, moyennant paiement, un rapport financier sur l'entreprise étrangère est préparé et remis à l'exportateur⁴.

Au Canada, il n'existe pas à proprement parler d'équivalent. Les banques gouvernementales d'informations existantes, telles RADAR, B.O.S.S. ou W.I.N.⁵, répertorient des données sur des entreprises du Canada, mais aucun système gouvernemental formellement accessible au public ne concerne les entreprises étrangères.

3. Par exemple, Dun & Bradstreet Canada, qui par ses rapports avec Dun & Bradstreet International, est à même d'offrir de tels services.

4. Le *Department of Commerce* américain a également publié une *Trade List of Foreign Sources of Credit Information* dans laquelle sont recensées les personnes et entreprises spécialisées dans la fourniture d'information de crédit.

5. B.O.S.S. (Business Opportunities Sourcing System) recense les entreprises du Canada par domaine d'activité; W.I.N. (World Information Network) dresse une liste d'exportateurs canadiens.

À défaut d'un service organisé d'information, les exportateurs canadiens peuvent tenter d'obtenir des renseignements sur un pays et sur la solvabilité d'un client étranger potentiel par le biais du ministère des Affaires extérieures et, plus particulièrement, en demandant un rapport de crédit sur l'entreprise étrangère au délégué commercial en poste dans le pays. Le délégué commercial tentera alors d'obtenir les informations requises en utilisant les canaux commerciaux disponibles dans le pays de prospection. Le plus souvent, il s'adressera aux banques ou aux entreprises nationales spécialisées dans l'information de crédit. Si ces démarches entraînent des frais, ils sont en principe à la charge de l'exportateur⁶.

Par ailleurs, la Société pour l'expansion des exportations (SEE) peut aussi, dans le cadre de ses activités d'assurance-risque commercial, se charger d'obtenir des rapports de crédit pour l'exportateur. Elle le fera pour les petites entreprises faisant affaires avec les États-Unis moyennant certains frais.

Le SEE gère aussi, pour les fins de ses programmes de crédit et d'assurance à l'exportation, un système d'évaluation des risques par pays, attribuant à chaque pays une cote de risque. Tôt dans les négociations, l'exportateur peut contacter la SEE pour savoir où se situe le pays dans ses tables d'évaluation de risques.

Que l'exportateur utilise une source gouvernementale ou privée d'informations, dès qu'il connaît la situation financière du client potentiel et ses habitudes de paiement, il est à même d'évaluer le risque commercial. Le meilleur moyen d'être payé est de détenir une créance sur un bon payeur. Si l'acheteur est solvable, qu'il a une solide réputation et qu'il paie régulièrement ses fournisseurs, commercialement l'opération est peu risquée. Mais si, au contraire, le rapport révèle une capacité limitée de l'entreprise à faire face à ses obligations et un retard constant dans le paiement des comptes, le risque commercial est plus élevé. Évidemment, dans le second cas, l'exportateur n'ira de l'avant dans la transaction qu'avec des moyens renforcés pour sécuriser le paiement. Dire cela, c'est déjà passer de l'évaluation du risque à sa gestion.

6. En pratique, il existe un problème de perception de ces frais auprès des entreprises canadiennes. Il semble qu'une fois qu'elles ont le rapport requis en main, tout au plus 40 % des entreprises remboursent les frais encourus. Face à cette situation, le ministère envisage de restreindre davantage les services offerts : quand, dans un pays, il est possible d'obtenir facilement l'information commerciale en passant par le secteur privé, l'utilisation des services privés serait « encouragée ». En fait, les délégués ne s'occuperaient que des régions, tel le Moyen-Orient, où l'information est difficilement accessible.

II. GÉRER LE RISQUE DE NON-PAIEMENT DANS UNE TRANSACTION INTERNATIONALE

La gestion du risque de non-paiement peut se faire à deux niveaux : (A) entre les parties au contrat d'exportation, le vendeur se souciant alors d'aménager dans le contrat de vente des conditions de paiement qui diminuent le risque; (B) par l'intervention de tiers, le vendeur obtenant alors l'engagement d'un tiers de le payer ou une assurance pour l'indemniser si le risque de non-paiement se réalise.

A. GÉRER LE RISQUE DE NON-PAIEMENT DANS LE CONTRAT D'EXPORTATION

En rédigeant le contrat, l'exportateur rédige sa propre garantie de paiement. Conscient de cette réalité, la sécurité du paiement est la préoccupation qui guide l'exportateur chevronné lors de la préparation et de la conclusion des contrats. Il tente de prévoir à l'avance des solutions adaptées aux problèmes qui peuvent survenir dans l'exécution du contrat, sachant pertinemment qu'en matière internationale tout imprévu lui sera coûteux. Le but ultime pour lui est d'aménager le contrat de façon à avoir la certitude d'être payé. Pour y arriver, les exportateurs ont développé de multiples moyens. Les prochains développements seront consacrés à l'analyse de ces mécanismes contractuels à la disposition du vendeur pour l'assurer du paiement.

Auparavant, il convient de rappeler que l'exportation est une opération complexe nécessitant plusieurs contrats : un contrat de vente, bien sûr, mais aussi un contrat de transport pour livrer les marchandises à l'étranger et un contrat d'assurance-transport pour couvrir les biens pendant leur déplacement. Souvent, des contrats distincts de garantie ou d'assurance s'ajoutent afin d'assurer au vendeur la sécurité du paiement.

L'opération d'exportation implique plusieurs contrats, mais c'est dans le contrat de vente que tout doit être prévu. D'abord les droits et obligations de chaque partie : habituellement, l'acheteur voit à ce que les obligations du vendeur y soient clairement établies (description des marchandises et modalités de livraison) et le vendeur s'intéresse à celles de l'acheteur (prix de vente et modalités de paiement). Dans le commerce international, l'utilisation de termes commerciaux connus, tels les Incoterms de la Chambre de Commerce Internationale ⁷, pour définir les engagements de l'acheteur et de l'exportateur, est largement répandue.

7. *Incoterms*, Édition 1980, Paris, Publication C.C.I., n° 350. Pour une analyse des 14 termes commerciaux internationaux définis par la C.C.I., voir Frédéric EISEMANN et Yves DERAIS, *La pratique des Incoterms*, 3^e édition, Paris, Collection Exporter, Éditions Jupiter, 1988, 221 p.; Henry LESGUILLONS, *Lamy Contrats internationaux*, t. 3, Paris, Éditions juridiques et techniques, Division IV.

Outre les obligations des parties pour la vente proprement dite, le contrat de vente doit déterminer qui, du vendeur ou de l'acheteur, a la charge d'organiser le transport et d'assurer les marchandises. Il faut prévoir dans le contrat de vente les dispositions essentielles de ces deux contrats à être conclus subséquemment car ils conditionnent la sécurité du paiement du vendeur. Le vendeur a en effet tout intérêt à détenir le titre de transport et la police d'assurance puisqu'il garde ainsi le contrôle des marchandises. Aussi, lorsque les termes de vente prévoient qu'il appartient à l'acheteur de conclure les contrats de transport et d'assurance (c'est le cas des ventes « à l'usine », *franco-wagon*, *F.A.S.* et *F.O.B.*), l'exportateur devrait tout de même se faire mandater par l'acheteur pour les conclure à sa place.

Par ailleurs, si le contrat de vente oblige l'acheteur à conclure un contrat de transport, d'assurance ou un autre contrat destiné à garantir le paiement, l'exportateur sera bien avisé d'inscrire au contrat de vente, en sus des conditions essentielles de ces contrats, le délai qu'a l'acheteur pour les contracter. Dans l'exécution, il ne faut rien laisser à la seule volonté de l'acheteur.

Ces remarques préliminaires sur le montage contractuel qu'exige une exportation et sur le rôle central qu'y joue le contrat de vente étant faites, analysons maintenant les aménagements contractuels qui procurent à l'exportateur une plus grande sécurité de paiement. Ces clauses se divisent en deux catégories : celles relatives au paiement et celles traitant du contrôle de la marchandise vendue. L'idée de base qui les unit et fait leur force est fort simple : *l'exportation doit être organisée de sorte que le vendeur ne soit dessaisi du contrôle des marchandises que contre un paiement effectif ou la certitude que le paiement prendra place*. Cette idée est le fil d'Ariane qui doit guider le vendeur dans la négociation des clauses du contrat de vente indiquant quand et comment l'acheteur doit payer. Les clauses et conditions du paiement doivent être rédigées de façon à apporter à l'exportateur la sécurité qu'il recherche.

1. Les termes du paiement

Le contrat de vente doit définir clairement le moment où naît l'obligation de payer de l'acheteur et donc le droit de l'exportateur au paiement. Ce moment peut coïncider avec celui de la livraison des marchandises, mais il peut aussi le précéder ou le suivre.

Au regard de ce qui a été dit sur la relation à établir entre le paiement et le contrôle des marchandises, il est clair que l'obligation de payer de l'acheteur doit être antérieure ou concomitante à la livraison pour que le risque de non-paiement soit réduit à un niveau satisfaisant pour l'exportateur. Un terme de paiement postérieur à la livraison

présente en effet un risque inacceptable pour le vendeur puisqu'il a alors perdu le contrôle des marchandises et n'a toujours pas été payé⁸.

Le paiement total avant la livraison est évidemment idéal pour le vendeur puisqu'il élimine les risques. En pratique, il est toutefois rare qu'un exportateur obtienne un paiement total à l'avance, à moins d'être dans un *seller's market* où il peut imposer ses conditions. Ce terme de paiement est en effet lourd et dangereux pour l'acheteur : il lui fait supporter autant le fardeau financier d'un paiement qui diminue ses liquidités que les risques d'insolvabilité ou de défaut d'exécution du vendeur⁹.

Si l'exportateur ne peut obtenir un paiement total d'avance, il peut demander un paiement partiel. L'importance de l'acompte dépend de la confiance de l'acheteur dans le vendeur. Habituellement, les paiements partiels à la commande prévus dans les contrats de vente oscillent entre 15 et 25 % du prix total¹⁰. Un niveau jugé raisonnable est un acompte correspondant aux frais de transport aller-retour des marchandises. Cette avance pourra servir à financer les dépenses encourues par l'exportateur pour expédier les marchandises et pour les rapatrier dans l'hypothèse où à l'arrivée, l'acheteur omettrait de prendre livraison et de payer la facture présentée¹¹. Toute somme payée d'avance à l'exportateur diminue d'autant le risque de non-paiement. Quand un contrat stipule une obligation pour l'acheteur de payer à l'avance, il doit fixer précisément le moment où ce paiement devient exigible.

Plus souvent, le contrat prévoit que le prix de vente sera exigible non pas à la commande mais à la livraison. Pour protéger convenablement l'exportateur, le contrat doit alors être aménagé suivant le principe du « donnant, donnant », le vendeur ne se dessaisissant des marchandises que contre paiement à la livraison. Le moment et le point de la livraison sont fixés dans le contrat, lequel peut prévoir une livraison directe à l'acheteur ou une remise des marchandises à une personne interposée¹². Dans tous les cas, il faut prévoir que la livraison ne deviendra effective que s'il y a paiement par l'acheteur.

8. Dans ce cas, le risque peut être ramené à un degré acceptable par l'intervention d'un tiers qui garantit ou assure le paiement ou qui s'engage personnellement à payer. Voir *infra*, II.B. Par ailleurs, dans un marché où la concurrence est vive, le vendeur peut ne pas avoir le choix d'accepter un paiement différé postérieur à la livraison effective.

9. Pour se protéger, l'acheteur peut exiger que le vendeur lui fournisse une « garantie de restitution d'acompte » ou une « garantie de bonne exécution » émise par une banque ou une autre institution financière.

10. Shaul L. EZER, *International Exporting Agreements*, New York, Mathew Bender, 1989, ch. 8.04, pp. 8-18.

11. Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *Les techniques de paiement dans les contrats de vente à l'étranger*, Paris, Entreprise Moderne d'édition, 1968, p. 99.

12. Dans les Incoterms, les termes « À l'usine », « *Ex Ship* », « *Ex quay* », « Rendu Frontière » et « Rendu droits acquittés » sont des termes de livraisons directes. Les

Par ailleurs, le terme paiement concomitant à la livraison ne permet de gérer efficacement les risques que dans la mesure où l'exportateur se réserve dans le contrat la latitude d'exécuter seul toutes les obligations qu'il a souscrites¹³. En clair, il faut que le vendeur puisse livrer la marchandise sans être à la merci de ce que l'acheteur doit faire : le contrat ne doit pas laisser à l'acheteur des possibilités de retarder ou d'empêcher la livraison, par exemple en omettant de désigner un navire pour la livraison dans une vente *F.O.B.*, et d'ainsi mettre le vendeur en défaut de livrer et sans droit de réclamer le paiement.

À défaut de paiement, l'exportateur garde le contrôle des marchandises et se réserve le droit d'en disposer à sa guise. Face au défaut de l'acheteur, la sûreté du vendeur est la marchandise dans l'hypothèse d'une livraison directe et les documents qui représentent la marchandise dans le cas d'une livraison indirecte.

2. Les conditions du paiement

Dans le commerce international, les « documents »¹⁴ jouent un rôle fondamental car ils conditionnent dans pratiquement tous les cas l'accès de l'acheteur à la marchandise. Ainsi, pour remplir les formalités d'importation et pour que le transporteur lui remette les marchandises, l'acheteur a presque toujours besoin des documents.

C'est dire que la possession des documents représente le contrôle effectif des marchandises. D'où l'idée de mettre le vendeur à l'abri du risque de non-paiement en liant la remise des documents à l'acheteur à l'exécution matérielle du paiement.

a) *Lier la prise de possession par l'acheteur au paiement*

Le vendeur ne doit se dessaisir du contrôle des marchandises que contre paiement. Dans l'hypothèse d'une livraison directe du vendeur à l'acheteur, il est facile d'appliquer ce principe : le vendeur a la garde des marchandises et il ne la cèdera que contre paiement.

termes « *Franco wagon* », « *F.A.S.* », « *F.O.B.* », « *Franco transporteur* », « *C&F* », « *C.A.F.* », « *F.O.B. Aéroport* », « *Fret/port payé jusqu'à* » et « *Fret/port payé assurance comprise jusqu'à* » sont des termes de livraisons indirectes.

13. Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *Contrats d'exportation*, Paris, Collection Exporter, Éditions Jupiter, 1983, p. 38.

14. En matière d'exportation, le mot « document » désigne l'ensemble des papiers qui apportent l'évidence de la fourniture des marchandises par le vendeur. Une variété considérable de documents existent, les principaux étant : la facture commerciale, le titre de transport, le document d'assurance, le certificat d'origine et le certificat d'expertise.

Pour arriver au même résultat dans le cas d'une livraison indirecte, il faut organiser la vente de sorte que la garde des marchandises reste entre les mains du vendeur ou de ses mandataires jusqu'au paiement. Pour ce faire, l'exportateur va se servir de documents qui conditionnent l'accès à la possession des marchandises et voir à ce que ces documents ne soient remis à l'acheteur que contre paiement. Cette procédure de paiement est une technique d'encaissement documentaire appelée « documents contre paiement » et généralement évoquée sous les sigles D./P. (documents contre paiement) ou *D.A.P. (documents against payment)*.

Dans cette procédure, les documents de transport jouent un rôle capital : ils sont le principal instrument de protection de l'exportateur. Mais, tous les documents de transport n'offrent pas la même sécurité et il faut connaître les limites de chacun pour les utiliser judicieusement.

Les connaissements routier et aérien donnent instructions au transporteur de livrer la marchandise au destinataire désigné et ce sans condition. Le destinataire n'a alors besoin d'aucun document pour recevoir les marchandises : il lui suffit de signer un reçu. Ainsi, dans les transports routier et aérien, la possession des connaissements n'est pas nécessaire pour accéder aux marchandises. Une solution pour conditionner l'accès de l'acheteur aux marchandises à la possession d'un document est de faire intervenir, dans le pays de destination, un tiers mandataire du vendeur. Ce tiers figurera comme destinataire sur le connaissement routier ou aérien et il sera le seul à pouvoir prendre livraison des marchandises ou à pouvoir donner au transporteur l'ordre de livrer à une autre personne que lui. Il suffit alors, pour lier la prise de possession par l'acheteur au paiement, que le tiers rédige un ordre de livraison au profit de l'acheteur et que cet ordre de livraison ne soit remis à l'acheteur que contre paiement¹⁵. L'ordre de livraison devient le document qui conditionne l'accès à la possession des marchandises.

Dans les transports ferroviaire et maritime, il faut distinguer le connaissement à ordre et le connaissement nominatif. Le connaissement à ordre est négociable¹⁶ et, dû à ce fait, seule la personne qui le détient est en droit de demander la livraison au transporteur. La règle est alors simple : pas de livraison sans connaissement¹⁷. De son côté, le connaissement nominatif n'est pas négociable et n'est nullement exigé à l'arrivée pour délivrance des marchandises.

15. Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit.*, *supra*, note 11, pp. 82-84.

16. En Europe, les chemins de fer ne connaissent pas la formule du « connaissement ferroviaire à ordre ». La « lettre de voiture » des chemins de fer européens n'est qu'un reçu du transporteur. Le destinataire est en droit de demander la livraison sans avoir à présenter la lettre de voiture.

17. Certains pays d'Amérique latine font exception à cette règle et permettent au consignataire d'accéder à la marchandise sans produire le connaissement. Voir C.M. SCHMITTHOFF, *The Export Trade*, 8th ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1986, pp. 509-

Pour répondre aux impératifs de sécurité de l'exportateur, il faudra un connaissement rédigé « À ORDRE », car seul ce connaissement assure au vendeur que l'acheteur ne pourra prendre possession des marchandises sans avoir payé et ainsi obtenu le connaissement lui donnant accès aux marchandises.

L'exportateur doit donc toujours se mettre dans une position qui lui donne le contrôle de documents nécessaires à la prise de possession des marchandises par l'acheteur. Par la mise en œuvre d'une procédure de paiement « documents contre paiement », l'acheteur n'entre en possession des documents que s'il paie le prix demandé et, comme il a besoin des documents pour avoir accès à la marchandise, cette modalité équivaut à un envoi contre remboursement et diminue pour l'exportateur le risque de non-paiement.

La procédure de paiement dite « documents contre acceptation » (D./A.) n'offre pas cette sécurité au vendeur. Dans cette hypothèse, l'acheteur n'a qu'à accepter un ou plusieurs effets de commerce payables à terme et, en échange de cette acceptation, les documents lui donnant accès à la marchandise lui sont remis. Si aucun tiers n'intervient pour garantir ou assurer le paiement, la procédure « documents contre acceptation » met le vendeur devant une simple promesse de l'acheteur de payer ultérieurement alors qu'il a cédé le contrôle des marchandises.

La nouvelle promesse de payer de l'acheteur prend certes alors la forme d'un document de droit cambiaire (traite ou billet), mais elle ne vaut que ce que vaut un effet de commerce accepté. Or, suivant le droit cambiaire de la quasi-totalité des pays, un effet accepté ne confère à l'exportateur aucune espèce de garantie de paiement à l'échéance¹⁸. Par conséquent, une vente « documents contre acceptation » laisse entier le risque de non-paiement pour le vendeur : c'est en fait un prêt sans garantie que l'exportateur consent à son client.

Une vente « documents contre paiement » lie la délivrance des documents à l'acheteur au paiement et conditionne son accès réel aux marchandises, mais elle ne signifie pas qu'en droit, le transfert légal de propriété du vendeur à l'acheteur n'a pas eu lieu. Ce premier moyen assure au vendeur la garde des marchandises, mais non leur propriété légale. D'où la nécessité de compléter ce mécanisme de protection par une réserve de propriété au bénéfice du vendeur. Pour sécuriser le paiement, le vendeur a ainsi le contrôle intégral des marchandises, effectif et légal. Il se réserve *le droit et les moyens* de reprendre les

510; Paul DUPIN DE SAINT-CYR, « Disposition de marchandises sans production des connaissements », *Gazette du Palais*, nos 185-187, 4, 5 et 6 juillet 1971.

18. La France fait exception. Dans le système bancaire français, la remise d'un effet accepté et domicilié est un véritable paiement. Voir Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit.*, *supra*, note 11, p. 94.

marchandises par lui-même et sans intervention de quiconque en cas de défaut de paiement par l'acheteur.

b) Lier le transfert de propriété à l'acheteur au paiement

En stipulant dans le contrat de vente une réserve de propriété sur les marchandises jusqu'au parfait paiement, l'exportateur conserve en principe sur la marchandise le droit réel le plus fort qui le garantit contre une défaillance de l'acheteur : la propriété. Une clause de réserve de propriété est donc une façon d'utiliser le droit de propriété pour garantir le paiement.

La valeur concrète de cette garantie pose cependant des difficultés dans le commerce international puisque certains systèmes juridiques n'admettent pas la validité de la clause de réserve de propriété ou la soumettent à des formalités pour la rendre opposable aux tiers¹⁹. Et, même dans les pays qui reconnaissent la validité d'une telle clause, elle est peu efficace à protéger le vendeur si elle n'est pas rédigée adéquatement²⁰. Le vendeur est loin de la marchandise et, s'il n'a pas pris soin de conserver le contrôle sur celle-ci, la procédure d'exercice de la clause de réserve de propriété peut être longue et coûteuse.

Les sûretés réelles, dans l'ordre international, sont fragiles : leurs régimes sont normalement locaux, mal connus de l'autre partie et mènent en cas de mobilisation à des procédures judiciaires complexes aux résultats aléatoires. Ainsi, la simple détermination de la valeur légale d'une réserve de propriété dans une transaction internationale est déjà une question problématique puisque trois lois ont vocation à régir cumulativement la validité de cette sûreté : (1) la loi du contrat, pour déterminer si les parties ont valablement contracté entre elles, une vente avec réserve de propriété ; (2) la loi de situation des marchandises lors de la conclusion du contrat, pour savoir si les conditions de constitution de la sûreté ont été respectées ; (3) la loi de situation des marchandises lors de l'exercice de la réserve de propriété par le vendeur, pour fixer

19. Voir PENNINGTON, « Retention of Title to the Sale of Goods Under European Law », (1978) 27 *Int'l Comp. L.Q.* 277 ; *Report of the Secretary General : Study on Security Interests*, UN Doc A/CN.9/131 (1977), réimprimé dans VIII YB UNCITRAL 171, UN DOC A/CN.9/SER A/ 1977 (Study by U. DROBNIG).

20. Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 92, propose le modèle suivant de rédaction d'une clause de réserve de propriété : « Faute pour vous de vous conformer à cet engagement de paiement à la présentation, nous nous réservons le droit de considérer la présente vente comme nulle et non avenue à tout moment, à notre option, jusqu'à ce que l'intégralité du paiement des sommes qui nous seront dues ait été reçue par nous, et de reprendre la disposition entière des documents et de la marchandise. »

l'opposabilité de la clause à l'égard des tiers²¹. Plusieurs auteurs préconisent une simplification du problème en éliminant toute référence à la *Lex rei sitae*²² ou, à tout le moins, en limitant le rôle de la loi réelle aux seules hypothèses où la protection de tiers est en jeu²³. Cette seconde proposition s'intègre mieux dans un droit positif attaché à la notion de statut réel.

Le coût, les incertitudes et l'absence de contrôle de toute sûreté réelle au-delà des frontières sont évidents. Pourtant, malgré ces aléas, la clause de réserve de propriété demeure utile dans une opération d'exportation. Seule, elle ne protège qu'imparfaitement le vendeur, mais combinée avec des clauses qui réservent à l'exportateur le contrôle effectif des marchandises, elle réduit le risque de non-paiement en gardant à l'exportateur le droit sur les marchandises et les moyens d'exercer ce droit par lui-même et sans intervention de quiconque en cas de défaut de paiement de l'acheteur.

Les moyens analysés jusqu'ici pour gérer le risque de non-paiement du prix se pratiquent à l'intérieur du contrat de vente et n'engagent que le vendeur et l'acheteur. Ils garantissent à l'exportateur que s'il n'est pas payé, au moins il ne perdra pas les marchandises. Mais les frais encourus par le vendeur pour réaliser le marché demeure à ses risques, à moins d'avoir obtenu un acompte. Par ailleurs, si les marchandises ont été fabriquées sur commande, elles peuvent être difficiles à revendre : les récupérer est certes mieux que de tout perdre, mais être payé serait encore plus satisfaisant. Dans cette perspective, la pratique a mis au point des mécanismes pour assurer des paiements rapides et sûrs. Ces mécanismes supposent l'intervention de tiers avec qui des contrats sont passés pour gérer le risque de non-paiement en dehors du contrat de vente.

B. GÉRER LE RISQUE DE NON-PAIEMENT PAR L'INTERVENTION DE TIERS

Deux techniques sont utilisées pour gérer le risque de non-paiement de l'acheteur par l'intervention de tiers. La première consiste à obtenir d'un tiers qu'il s'engage directement vis-à-vis du vendeur à effectuer le paiement. La seconde est qu'un tiers fournisse à l'exportateur une police d'assurance ou qu'il s'engage à indemniser si le risque de non-paiement se réalise.

21. Raymond VANDER ELST, « Les sûretés traditionnelles en droit international privé », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART, *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, FEDUCI, 1984, p. 421.

22. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, thèse de doctorat, Paris, 1988 et voir la critique de Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 519 et note 514(4), p. 182.

23. Pierre MAYER, « Critique », (1981) *Juris-Classeur périodique*, 13481.

1. Engagement direct du tiers à payer

Si le vendeur tient à ce qu'un tiers s'engage directement à lui payer le prix de vente, il faut prévoir dans le contrat de vente que l'acheteur s'oblige à payer en faisant intervenir un tiers. C'est en effet dans les modalités de paiement du contrat que va naître l'obligation de l'acheteur de passer avec un tiers un contrat où ce dernier s'engagera au profit du vendeur. L'exportateur sera bien avisé d'inscrire au contrat de vente les conditions essentielles de l'engagement requis du tiers-payeur et le délai qu'a l'acheteur pour contracter avec le tiers. Il ne faut jamais, rappelons-le, rien laisser à la seule volonté de l'acheteur dans l'exécution du contrat.

L'intervention d'un tiers-payeur modifie le tableau au niveau de l'exécution du contrat de vente. Le vendeur a désormais face à lui deux personnes : le tiers qui se charge du paiement et l'acheteur qui répond des autres obligations contractuelles. Pour le risque de non-paiement, le souci du vendeur se trouve donc déplacé de l'acheteur vers le tiers. Du coup, les recommandations formulées jusqu'alors, qui visaient à aménager des moyens de faire payer l'acheteur, deviennent pratiquement sans intérêt puisqu'il convient maintenant de rechercher comment faire payer le tiers. Or les exigences du tiers pour payer peuvent être très différentes de celles de l'acheteur. Pour les connaître, il faut examiner le contrat qui engage le tiers à payer, contrat distinct de l'acte de vente.

Dans le commerce international, l'engagement d'un tiers à payer prend dans pratiquement toutes les transactions la forme d'un « crédit documentaire ». Mais quelques fois, l'engagement du tiers se fera par la voie d'une « garantie bancaire de paiement », mais c'est peu fréquent.

a) Le crédit documentaire

Dans un crédit documentaire, ce sont en général les banques et institutions financières qui jouent le rôle de tiers-payeur. Dans la plupart des pays, les banques sont solides financièrement et elles honorent ponctuellement leurs engagements. À prime abord, une banque est donc un tiers-payeur acceptable pour le vendeur. Si toutefois la banque proposée n'est pas largement connue, l'exportateur devra faire les vérifications qui s'imposent²⁴.

24. Ces vérifications se feront par le réseau des banques, tout banquier ayant en principe l'exemplaire de l'année de l'*Almanach du banquier*; (Angleterre, Thomas Skinnecc & Co. de Croydon), où sont répertoriées toutes les banques du monde avec des renseignements sur le bilan de chacune.

Les autres institutions financières qui émettent des crédits documentaires sont les *Confirming Houses* et les *Factoring Companies*. Les *Confirming Houses* sont surtout actives dans la zone sterling et les *Factoring Companies* dans la zone dollar²⁵. Si ces entreprises jouissent habituellement d'une assise financière solide, il demeure néanmoins nécessaire de vérifier la qualité réelle de l'entreprise proposée comme émettrice du crédit documentaire.

Schématiquement, le crédit documentaire²⁶ fonctionne comme suit : l'acheteur (donneur d'ordre) fait une demande d'émission d'un crédit documentaire auprès de sa banque, dans son pays, pour le bénéfice du vendeur. En accédant à cette demande, la banque (émetteur) s'engage directement à payer au vendeur (bénéficiaire) le montant fixé sur présentation par ce dernier des documents énumérés dans le crédit documentaire. Ces documents ont pour objet de prouver l'exécution par le vendeur de ses obligations et incluent normalement les factures commerciales, un document de transport représentatif de la marchandise, une police d'assurance et des certificats d'origine et de qualité.

Quand il ouvre un crédit documentaire, l'émetteur doit en aviser le bénéficiaire. La banque émettrice étant habituellement située dans le pays de l'acheteur, elle demande à une banque correspondante dans le pays du vendeur de notifier à ce dernier l'ouverture du crédit. Si tel est le désir du donneur d'ordre, la banque émettrice va aussi demander à la deuxième banque de confirmer le crédit. Si la banque correspondante accepte de le faire, par sa confirmation elle prend envers le bénéficiaire les mêmes engagements que la banque émettrice a pris par l'ouverture du crédit.

Le mécanisme du crédit documentaire offre une sécurité autant au vendeur qu'à l'acheteur. À l'acheteur, il assure que le vendeur ne sera payé qu'après vérification par la banque des documents exigés, documents qui par leur nature et leur teneur permettent de contrôler l'exécution par le vendeur de son obligation de livraison. Au vendeur, le crédit documentaire donne le droit de réclamer le paiement du prix de vente non à un acheteur éloigné mais à une banque ou une institution sûre.

L'engagement de l'émetteur du crédit documentaire est un engagement direct de payer envers le vendeur et il est distinct du contrat de vente. Les Règles et Usances prennent bien soin de préciser cette

25. Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit.*, *supra*, note 11, pp. 143-147; Alan JUDELMAN, « Confirming Houses », in *Letters of Credits*, INSIGHT, June 25, 1986.

26. Pour une analyse complète des règles du crédit documentaire, voir F. EISEMANN, C. BONTOUX et M. ROWE, *Le crédit documentaire dans le commerce extérieur*, Paris, Collection Exporter, Éditions Jupiter, 1985; F.M. VENTRIS, *Banker's Documentary Credits*, 2nd edition, London, Lloyds of London Press Ltd., 1983; Lazar SARNA, *Letters of Credit*, 2nd ed., Toronto, Carswell Legal Publications, 1986.

autonomie du crédit documentaire par rapport au contrat de vente²⁷. Conséquemment, après l'ouverture du crédit documentaire, l'exécution par le vendeur de ses obligations pour obtenir le paiement sera faite non pas en fonction des prescriptions du contrat de vente mais en fonction de l'engagement bancaire. L'objectif du vendeur est d'être payé, d'encaisser le crédit. Il va donc agir de façon à répondre aux conditions posées par le crédit documentaire pour que l'engagement du banquier de payer devienne effectif et se transforme en une obligation exigible²⁸. Pour la sécurité du vendeur, il est essentiel qu'il puisse satisfaire aux exigences du crédit documentaire sans avoir à aucun moment besoin du concours de l'acheteur. Les termes du crédit documentaire doivent être stipulés de façon à donner au vendeur la latitude d'exécuter seul toutes ses obligations : il doit pouvoir réunir et présenter tous les documents exigés sans qu'aucune intervention de l'acheteur ne soit nécessaire.

Pour neutraliser le risque de non-paiement, le crédit documentaire est un instrument efficace s'il répond à certains critères. D'abord, il faut que le crédit soit émis par une banque ou une institution financière dont la solvabilité et la réputation sont bien établies. Ensuite, il doit s'agir d'un crédit irrévocable, le seul qui constitue un engagement ferme de la banque émettrice de payer l'exportateur contre remise des documents spécifiés. Un crédit documentaire révocable n'offre aucune sécurité au vendeur puisque l'acheteur, en tant que donneur d'ordre, a le droit de le révoquer à sa guise. Enfin, il doit laisser au vendeur la latitude d'exécuter seul toutes les conditions posées dans le crédit documentaire sans avoir à aucun moment besoin du concours de l'acheteur. La confirmation du crédit par la banque correspondante offre au vendeur encore plus de sécurité, mais elle représente des coûts additionnels pour l'acheteur. Est-ce nécessaire d'exiger un crédit documentaire confirmé? Si la banque émettrice est une institution de premier ordre, la confirmation n'est pas une réelle nécessité. Mais s'il y a un doute, même minime, au sujet de la banque émettrice, la confirmation doit être demandée.

Avec un crédit documentaire bien établi, le vendeur n'a plus à se préoccuper de garder le contrôle des marchandises ou des documents : sa sûreté n'est plus les marchandises, elle est l'engagement ferme du banquier. Son seul souci sera de rassembler un jeu de documents conforme aux exigences de la banque énoncées dans le crédit documentaire et, dès qu'il le présentera, le vendeur sait qu'il sera payé.

27. Les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (R.U.U.) de la Chambre de Commerce Internationale (Publication C.C.I. n° 400) contiennent les conditions générales, les lignes directrices et les usages codifiés applicables au crédit documentaire. Bien que n'ayant pas de caractère législatif, les R.U.U. sont appliquées par les banques dans presque tous les pays et les tribunaux nationaux s'y réfèrent souvent.

28. Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit., supra*, note 13, p. 42.

b) *La garantie bancaire de paiement*

L'engagement d'un tiers à payer directement le prix de vente au vendeur peut prendre la forme d'une « garantie bancaire de paiement »²⁹. La banque s'engage alors irrévocablement et inconditionnellement à honorer les termes de paiement du contrat de vente dans le cas où l'acheteur, débiteur principal, ferait défaut de payer.

L'engagement de la banque envers le vendeur est alors direct, mais accessoire au contrat de vente. La banque est liée par les termes de ce contrat principal et elle n'est engagée que dans la mesure où, suivant les dispositions du contrat, l'acheteur est lui-même engagé. C'est ce qui distingue la garantie de paiement du crédit documentaire : le crédit documentaire crée un engagement distinct du contrat de vente et seuls les termes du crédit donnent la mesure de l'engagement de la banque, alors que pour apprécier l'étendue de l'engagement de la banque dans une garantie bancaire, il faut combiner les termes de la garantie et ceux du contrat de vente, les deux constituant la sûreté³⁰.

Pour que la garantie bancaire constitue une sûreté valable pour le vendeur, l'engagement de la banque doit être clair, défini et irrévocable³¹ et couvrir l'exécution d'obligations qui dans le contrat de vente doivent aussi avoir ces mêmes qualités.

Dans cette relation, la sûreté du vendeur vient du double jeu de l'obligation de payer de l'acheteur et de l'engagement pris par la banque de payer en cas de défaillance de l'acheteur. Dès qu'arrive le terme du paiement spécifié au contrat de vente, le vendeur peut exiger de l'acheteur le paiement dû et, si l'acheteur ne paie pas, il se retourne vers le garant-banquier qui va le payer.

Comme dans le crédit documentaire, la sûreté du vendeur est l'engagement direct de la banque de payer le prix et le vendeur n'a pas à se préoccuper de conserver le contrôle des marchandises ou des documents pour se protéger.

29. Sur les garanties bancaires internationales, voir : *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux. Colloque de Tours 1981*, Paris, Éditions Moniteur, FEDUCI; Jean STOUFFLET, « Garantie bancaire internationale », *Jurisclasseur Commercial Banques et Crédit*, Fasc. 610; Henry LESGUILLONS, *Lamy Contrats internationaux*, t. 6, Paris, Éditions juridiques et techniques, Division IX.

30. P. DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 43.

31. Voir les modèles de lettres de garantie reproduits dans Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 219 et dans Henry LESGUILLONS, *op. cit.*, *supra*, note 7, Division IX, annexes 50 à 100.

2. Les assurances à l'exportation

Dans l'ensemble des pays industrialisés, des organismes publics sont impliqués dans la pratique de l'assurance liée au commerce international : EXIMBANK aux États-Unis, la COFACE en France, l'Office National du Ducroire en Belgique, HERMES en Allemagne fédérale, l'Export Credit Department en Grande-Bretagne, M.I.T.I. au Japon, etc.³² Le Canada ne fait pas exception à la règle avec la Société pour l'expansion des exportations (SEE)³³. Par ailleurs, les assureurs privés offrent aussi des services aux exportateurs³⁴.

L'assurance est une autre technique de garantie du paiement pour le vendeur. Cette technique ne matérialise pas directement le paiement du prix de vente : son but n'est pas de procurer au bénéficiaire un paiement ponctuel par l'acheteur ou un tiers mais une indemnité dans l'hypothèse où le risque de non-paiement se réalise.

La souscription d'une police d'assurance pour couvrir le risque de non-paiement est à l'initiative et à la charge de l'exportateur. Si le vendeur décide d'assurer le risque auprès d'un tiers-assureur, l'engagement de ce dernier de payer en cas de réalisation du risque de non-paiement sera consigné dans le contrat d'assurance.

Mais quels risques couvrent exactement cet engagement de l'assureur? Ces risques sont ceux créés par le contrat de vente : l'assurance couvre les obligations de l'acheteur telles qu'elles sont stipulées au contrat de vente et ce dans les conditions énoncées par les polices. Pour apprécier l'étendue de l'engagement de l'assureur, il faut donc combiner les termes de l'assurance et ceux du contrat de vente. L'infraction contractuelle de l'acheteur constituera le sinistre au sens de la police d'assurance et ouvrira droit à une indemnité au profit du vendeur.

L'assureur n'indemniserait le vendeur du préjudice subi que s'il résulte de la non-exécution par l'acheteur d'une obligation effective (c'est-à-dire une obligation à laquelle le contrat donne un caractère clair,

32. Pour une analyse de la pratique de ces organismes, voir : A. AMMARA et Réjean BELZILE, « Les systèmes de support des stratégies de financement des exportations », (1979) déc., *Les Cahiers du CETAI*, n° 79-17, 106 p. ; O. FREUKEL, and C.O.B. FRONYHEIN, « Export Credits : An International and Domestic Legal Analysis », (1981) *13 Law and Policy in International Business*; O.C.D.E., *Les systèmes de financement des crédits à l'exportation dans les pays membres de l'O.C.D.E.*, Paris, 1976 et 1982; J. PEARCE, *Subsidized Export Credit*, London, Chatham House Papers n° 8, The Royal Institute of International Affairs, 1980; A. RAYNAULD, *Le financement des exportations*, Montréal, P.U.M., 1979; A. RAYNAULD, J.-M. DUFOUR, et D. RACETTE, *L'aide publique au financement des exportations*, Ottawa, Étude préparée pour le Conseil économique du Canada, 1983.

33. Pour la description des divers types de police d'assurance disponibles auprès de la SEE, consulter l'Annexe.

34. Voir le texte de A. James EDWARD, *supra*, note 1.

défini et irrévocable) et que cette non-exécution par l'acheteur a pour origine une des causes de sinistres énoncées dans la police³⁵.

Si l'on parle de risque de non-paiement, le moment où dans le contrat de vente naît le droit du vendeur au paiement est aussi celui où commence le risque de non-paiement et donc la couverture par l'assureur. Ce moment doit être clairement défini dans le contrat de vente. Si, au terme du paiement, l'acheteur ne paie pas, le vendeur se retourne contre l'assureur pour réclamer l'indemnité de non-paiement prévue dans la police d'assurance.

Quand un tiers-assureur intervient pour assurer le risque de non-paiement, la sûreté de l'exportateur n'est évidemment plus la marchandise ou les documents : elle est l'engagement de l'assureur à indemniser, engagement qui résulte du double jeu de l'obligation de payer de l'acheteur énoncée dans le contrat de vente et du droit à une indemnité ouvert par la police d'assurance si l'acheteur ne respecte pas son obligation.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse de la grande variété des procédures offertes à l'exportateur pour gérer le risque de non-paiement dans une transaction internationale, tenter de conclure nous ramène à la recommandation formulée au départ : l'exportateur doit garder constamment en tête que le but réel de l'exportation est de recevoir le prix de vente et faire du paiement sa préoccupation majeure dans les négociations.

Quant au choix à effectuer entre les divers moyens qui lui sont offerts pour sécuriser le paiement, il dépend des exigences précises du cas à résoudre. L'on pourrait multiplier les hypothèses et tenter d'examiner en détail tous les précédents, cela n'y changerait rien : aucune transaction internationale n'est jamais identique à aucune autre et chacune appelle sa propre solution. Dans les négociations, c'est cette solution idoine qu'il faut arriver à dégager et c'est en mesurant les risques que chaque choix implique pour lui dans ce cas spécifique que l'exportateur décidera.

35. Paul DUPIN DE SAINT-CYR, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 45.

Annexe

Extrait de *SEE circulaire d'information*, n° 80-1 (révisions en octobre 1988) reproduit avec l'autorisation de la direction de la revue.

Qu'est-ce que la SEE ?

Introduction

La Société pour l'expansion des exportations (SEE) est une société d'État du gouvernement canadien qui a pour mandat de faciliter et d'accroître le commerce d'exportation du Canada.

Elle offre des services d'assurances, de garanties et de financement qui, concurremment avec ses services de consultation et de montages financiers, permettent aux entreprises exportatrices de biens et services canadiens de mieux soutenir la concurrence étrangère. La SEE s'efforce, dans les limites de sa capacité financière, de fournir des services compétitifs à l'échelle internationale, de sorte qu'en ce qui concerne les opérations individuelles, les entreprises concurrentielles sur le plan des prix, de la qualité, de la livraison et du service puissent aussi soutenir favorablement la concurrence quant aux services financiers.

La SEE est consciente des besoins du petit exportateur. C'est pourquoi elle n'a fixé aucune valeur minimum aux exportations pour lesquelles on peut demander un appui. La Société réexamine constamment ses services et elle est disposée à les adapter, compte tenu de ses limites statutaires, aux besoins précis des exportateurs qui présentent de grandes possibilités de croissance et de compétitivité.

Assurances

Les entreprises de toutes tailles peuvent assurer leurs ventes à l'exportation contre le risque de non-paiement par les acheteurs étrangers. La SEE assume généralement 90 p. 100 de risques commerciaux et politiques incluant l'insolvabilité, le défaut, la résiliation ou l'annulation d'un contrat par l'acheteur, de même que le blocage de fonds, la guerre ou la rébellion, l'annulation de permis d'importation et autres dans le pays étranger, et l'annulation de licences d'exportation au Canada.

Normalement, la SEE assure les opérations d'exportation contre les risques commerciaux et les risques politiques. Dans certains cas toutefois, la SEE pourra accepter de n'assurer que les risques politiques. Les circulaires n° 80-6 *Les Services d'assurances globales multirisques*, 81-5 *Les Services d'assurances globales-risques politiques* et 81-6 *Les services d'assurances sélectives-risques politiques* donnent des précisions à ce sujet. Deux services de la SEE ne couvrent que les risques commerciaux (voir la Circulaire d'information 85-2, *Assurance-risque commercial pour les petites entreprises faisant affaire avec les États-Unis*, et la Circulaire d'information 85-3, *Assurance-risque commercial avec franchise pour les États-Unis*).

La plupart des opérations visant l'exportation de biens, de services ou de techniques peuvent être assurées. L'exportateur peut souscrire une assurance qui protégera ses ventes de produits généraux et de services à crédit à court terme pendant une période maximum de 180 jours, ses ventes de produits agricoles pendant une période maximum de 360 jours, et ses ventes de biens et de services à crédit à moyen terme pendant au plus cinq ans.

Afin de faciliter les arrangements bancaires de l'exportateur, la SEE consentira à remettre à une banque ou à une institution financière le produit du règlement d'un sinistre aux termes d'une police de l'exportateur.

Si une banque ou une institution consent à acheter de l'exportateur une créance sur l'étranger qui est assurée avec un recours limité, la SEE est prête à céder les

droits et devoirs de l'exportateur en vertu de la police à la banque ou à l'institution financière. Toutefois, si un sinistre est attribuable à une cause que l'exportateur aurait pu éviter, la banque ou l'institution financière peut exercer un droit de recours contre l'exportateur. La circulaire n° 81-4 *Assurance et escompte de créances sur l'étranger* donne des précisions à ce sujet.

La SEE offre les services d'assurances-crédits suivants :

- *L'assurance globale multirisques* protège l'exportateur contre les risques commerciaux et politiques inhérents aux ventes à l'exportation faites à crédit à court terme. L'exportateur doit assurer toutes ses ventes à l'exportation, sauf celles exclues par la SEE.

- *L'assurance globale-risques politiques* protège l'exportateur contre certains risques politiques inhérents aux ventes à l'exportation faites à crédit à court terme. L'exportateur doit assurer toutes ses ventes à l'exportation, sauf celles exclues par la SEE.

- *L'assurance sélective-risques politiques* protège l'exportateur contre certains risques politiques inhérents aux ventes à l'exportation faites à crédit à court terme. L'exportateur peut choisir les pays où il veut être couvert, mais toutes les ventes à l'exportation destinées à des acheteurs de ces pays doivent être assurées.

- *L'assurance- risque commercial pour les petites entreprises faisant affaire avec les États-Unis* protège l'exportateur contre les risques commerciaux inhérents aux ventes à l'exportation à court terme destinées aux États-Unis. Aux termes de cette assurance, les formalités sont simplifiées et la SEE peut, moyennant une somme modique, se charger d'obtenir des rapports de crédit pour l'exportateur.

- *L'assurance- risque commercial avec franchise pour les États-Unis* protège les exportateurs contre les risques commerciaux inhérents aux ventes à l'exportation à court terme destinées aux États-Unis. Plus la franchise choisie est élevée, plus la prime est basse.

- *L'assurance à court terme pour les produits agricoles en vrac* protège les exportateurs de ce genre de produits contre les risques politiques et commerciaux inhérents aux ventes à l'exportation destinées à des gouvernements étrangers et à celles destinées à des acheteurs privés, dont le paiement doit se faire par lettres de crédit irrévocable. Cette police se caractérise notamment par des primes concurrentielles, l'étude rapide des demandes d'assurance et des durées de crédit pouvant aller jusqu'à 360 jours.

- *L'assurance à moyen terme pour les produits agricoles en vrac* protège l'exportateur contre les risques politiques et commerciaux inhérents aux opérations d'exportation destinées à des gouvernements étrangers. Cette assurance se caractérise par des primes concurrentielles, des délais d'instruction rapides et des durées de crédit pouvant aller jusqu'à trois ans, lorsque la concurrence internationale le justifie.

- *L'assurance pour les sous-traitants* protège une entreprise canadienne qui fournit des biens ou services à un exportateur canadien qui a un contrat de vente avec un acheteur étranger. Pourvu que l'opération à l'exportation soit assurée par la SEE, le sous-traitant peut souscrire auprès de la SEE une assurance qui le protégera contre le non-paiement de l'acheteur étranger ou de l'exportateur par suite de la survenance de risques commerciaux ou politiques. Il existe deux polices : l'assurance-opération individuelle pour les sous-traitants (risques à l'étranger) et l'assurance-opération individuelle pour les sous-traitants (risques au pays).

- *L'assurance-équipement (risques politiques)* protège l'équipement que les exportateurs utilisent sur des chantiers à l'étranger contre les risques politiques ou contre des mesures prises par un gouvernement étranger qui privent les exportateurs de la libre disposition de leur équipement.

- *L'assurance-opération individuelle* couvre l'exportateur pour des opérations individuelles à moyen terme portant sur des biens et des services, à partir de la date de

signature du contrat ou de l'expédition des marchandises jusqu'à la réception du paiement.

En plus des services d'assurances-crédits, la SEE offre d'autres types de services d'assurances.

- *L'assurance préalable au versement du prêt* protège l'exportateur pendant la période précédant le versement aux termes de la convention de prêt.

- *L'assurance-investissement à l'étranger* protège les investissements de l'exportateur à l'étranger, d'habitude pendant une période maximum de 15 ans contre trois grands risques politiques : non-transfert ou impossibilité de rapatrier les bénéfices ou le capital; expropriation; guerre ou révolution.

- *L'assurance-caution de bonne fin* protège l'exportateur contre l'appel abusif, par l'acheteur étranger, d'une garantie de restitution d'acompte ou d'une garantie de bonne fin, émise par la banque de l'exportateur au nom de ce dernier.

- *L'assurance-caution de soumission* protège l'exportateur contre l'appel arbitraire ou injustifié d'une lettre de crédit ou d'une garantie exigible sur demande et émise en faveur de l'acheteur pour appuyer une soumission présentée par l'exportateur.

- *L'assurance-consortium* protège les membres d'un consortium d'exportation contre l'appel d'un instrument de bonne exécution à cause du défaut d'un ou de plusieurs membres du consortium.

- *L'assurance-cautionnement* couvre une société de cautionnement nationale qui émet une caution de bonne fin à un acheteur étranger.

Garanties

La Société émet des garanties aux banques qui accordent des prêts à l'exportateur ou des cautions de bonne fin ou de soumission.

- *La garantie-opération individuelle* couvre inconditionnellement les banques et les autres prêteurs pour le financement relié aux exportations.

- *La garantie-caution de bonne fin* protège les banques et autres institutions financières contre l'appel d'une garantie, généralement une garantie de restitution d'acompte ou une garantie de bonne fin émise à un acheteur étranger au nom d'un exportateur canadien.

- *La garantie-caution de soumission* protège les banques et les autres institutions financières contre l'appel d'une caution, généralement une lettre de garantie émise par une banque ou une institution financière au nom de l'exportateur canadien qui a présenté une soumission pour obtenir le contrat.

Les garanties émises par la SEE à l'égard de cautions de soumission, de restitution d'acompte ou de bonne fin prévoient un recours de 10 p. 100 contre l'exportateur, si l'appel est abusif, et de 100 p. 100 si l'appel est attribuable à un défaut de l'exportateur.

- *L'assurance à moyen terme pour les produits agricoles en vrac* protège les banques et les autres institutions financières qui consentent du financement sans recours pour l'exportation de produits agricoles en vrac vendus à crédit pour une période maximum de trois ans lorsque la concurrence internationale le justifie.

- *La garantie sur prêts* couvre les banques et les institutions financières qui prêtent aux acheteurs étrangers de biens et de services canadiens.

- *Les garanties offertes pour les lignes de crédit à court terme* protègent les banques et les établissements financiers qui consentent des lignes de crédit aux banques étrangères pour qu'elles financent des produits canadiens vendus à crédit à court terme.

Financement à l'exportation

La SEE fournit des services de financement, jusqu'à 85 p. 100 de la valeur contractuelle, à des taux fixes ou flottants, aux acheteurs étrangers de biens, de matériel et de services canadiens. Elle verse directement les fonds aux exportateurs canadiens pour

le compte des emprunteurs, ce qui a pour effet de fournir des ventes au comptant aux exportateurs canadiens. La SEE offre maintenant sept mécanismes de financement :

- Un *prêt* est un accord de financement pour une opération dont les conditions de financement ont été acceptées et dont les versements se font en vertu d'un contrat relatif aux modalités de versement signé par l'emprunteur ou l'acheteur, l'exportateur et la SEE.

- Un *prêt à versements multiples* est un accord de financement par lequel l'acheteur d'un projet (qui sera généralement aussi l'emprunteur) demande, aux fins de planification, que les conditions du financement soient établies au début d'un projet et demeurent inchangées pendant toute sa durée. Il y a normalement plusieurs exportateurs attirés pour le projet et donc plusieurs accords de versement reliés au prêt.

- Une *ligne de crédit* est une forme spéciale de prêt selon laquelle un emprunteur étranger, généralement une banque ou une institution financière, convient d'emprunter de la SEE pour financer plusieurs opérations, sans que les exportateurs ni les acheteurs ne soient encore connus. Une affectation est imputée à une ligne de crédit lorsque l'opération, l'acheteur et l'exportateur ont été déterminés et approuvés. Une ligne de crédit peut exiger plusieurs contrats relatifs aux modalités de versement, demandes de versement ou autres types d'accord de versement.

- Le *programme d'achat de billets à ordre* comprend trois services, par lesquels la SEE achète (généralement sans recours) une série de billets à ordre émis par des acheteurs étrangers à l'ordre d'exportateurs canadiens pour l'achat de biens et de services canadiens. Dans le cas d'une opération complexe, la SEE et l'exportateur signent un *accord d'achat de billets* dans lequel les conditions et modalités du financement ont été établies. Dans le cas de transactions simples, *l'achat simplifié de billets* ou le *forfaitage* peut suffire. La différence entre ces deux services réside dans la garantie exigée. L'achat simplifié de billets peut s'appliquer lorsque la solvabilité de l'acheteur est internationalement reconnue, ou quand il existe un risque souverain. Dans le cas d'un risque de crédit plus élevé, il faudra une garantie bancaire de premier ordre et recourir au forfaitage.

- Un *protocole* constitue une entente entre la SEE et un établissement financier étranger. Grâce au *protocole de crédit fournisseur*, la SEE offre d'envisager l'achat de billets à ordre émis par un acheteur étranger en faveur d'un exportateur canadien et portant la garantie ou l'aval de l'établissement financier. En vertu d'un *protocole de crédit acheteur*, la SEE consent un prêt à un acheteur étranger et l'établissement financier étranger garantit le remboursement du prêt de la SEE.

- Un *crédit spécial* constitue une forme particulière d'accord de financement offert directement aux entreprises canadiennes. Les opérations admissibles doivent viser des biens achetés au Canada par un acheteur canadien qui i) louera ces biens à une autre personne qui les utilisera hors du Canada ou ii) les utilisera lui-même hors du Canada. Les critères de financement habituels de la SEE s'appliquent à la prestation des crédits spéciaux de la SEE aux entreprises canadiennes.

Les *services financiers à moyen terme* de la SEE — forfaitage, service simplifié d'achat de billets à ordre et affectations aux termes de lignes de crédit — sont offerts aux exportateurs par les succursales régionales et les bureaux de district de la SEE. La SEE entend ainsi faciliter l'accès des exportateurs, et tout particulièrement des PME, à ses services de financement à moyen terme pour les opérations d'exportation de un million de dollars ou moins. Ces exportateurs peuvent s'adresser à une succursale régionale ou un bureau de district de la SEE, ou à son siège social à Ottawa.

Teneur canadienne

L'un des principaux objectifs de la SEE est d'optimiser la teneur canadienne des exportations qu'elle appuie pour qu'elles permettent ainsi de créer des emplois au Canada. À cet égard, elle offre des conseils aux exportateurs pour les aider à atteindre et

même à dépasser les critères de teneur canadienne qu'ils doivent respecter. La teneur canadienne est établie au moment où l'exportateur canadien présente une demande (de financement ou d'assurance) pour une opération d'exportation. En règle générale, les biens et les services doivent avoir une teneur canadienne d'au moins 60 p. 100.

Souplesse des services

Les services de la SEE sont souples et peuvent être adaptés aux besoins des exportateurs. Afin que les entreprises tirent le meilleur parti de ses services, la SEE les incite à s'empresser de communiquer avec elle et avec leur banquier, dès le début de l'élaboration de leurs projets, pour connaître les modalités de financement et de crédit.

Si vous désirez vous prévaloir des services de la SEE, veuillez vous renseigner auprès de la succursale ou du bureau de district de votre région, dont l'adresse figure en page 4 de la présente circulaire.

Les renseignements sont confidentiels

Les renseignements donnés à la SEE par les exportateurs relativement à des ventes éventuelles le sont toujours à titre confidentiel. Il est interdit aux employés de la SEE de révéler le nom d'un exportateur ou sa participation éventuelle à une opération donnée avant que le contrat de vente soit conclu et que l'accord de financement soit signé, sauf lorsqu'il s'agit de financement bancaire et que l'exportateur a signifié son consentement par écrit. En fait, la SEE ne révélera pas qu'elle a été pressentie pour une opération d'exportation. Lorsqu'elle le jugera approprié, la SEE acheminera les demandes de renseignements aux exportateurs intéressés.

Dans le cas d'assurances-crédits et d'assurances-investissements à l'étranger, la SEE n'annonce sa participation que lorsque l'exportateur y consent.

Historique

La SEE a succédé à la Société d'assurance des crédits à l'exportation (SACE) qui a été créée par une loi du Parlement, en 1944.

Durant l'après-guerre, la demande de biens et de services excédait largement l'offre et, dans le marché vendeur qui s'en est suivi, les modalités de crédit se situaient bien dans la capacité de financement des banques commerciales. Cette situation se reflétait dans le programme original de la Société, l'assurance des crédits à l'exportation, qui protégeait les exportateurs contre le non-paiement des acheteurs étrangers et facilitait le financement bancaire.

En adoptant la Loi sur l'assurance des crédits à l'exportation, le Parlement prévoyait la réapparition d'un marché acheteur, lorsque les tendances commerciales reviendraient à la normale et que la capacité de fournir des modalités de crédit deviendrait un outil nécessaire à la compétitivité.

En 1960, la demande de crédits à long terme pour les projets d'investissement amenait le Parlement à modifier la Loi en ajoutant un service de financement à long terme aux pouvoirs de la Société. Ce service a été instauré pour aider les fabricants de biens et les ingénieurs-conseils canadiens à soutenir la concurrence sur les marchés internationaux.

Durant les années 60, les demandes sans cesse changeantes des exportateurs canadiens ont amené le Parlement à modifier la Loi à plusieurs reprises, afin de permettre à la Société de relever ses plafonds monétaires et d'élargir ses services. Ces changements et la diversification des services ont atteint leur apogée lorsqu'on a décidé d'adopter une nouvelle loi et de créer une nouvelle société. C'est en juin 1969 que le Parlement adoptait la Loi sur l'expansion des exportations, et le 1^{er} octobre 1969 qu'elle entrait officiellement en vigueur. Le principal changement portait sur les services de financement de la SEE.

Tous les prêts octroyés avant le 1^{er} octobre 1969 avaient été souscrits sur le Compte de l'État et financés à même le Fonds du revenu consolidé. En vertu de la Loi sur l'expansion des exportations, le service de prêts était la responsabilité du Conseil d'administration de la SEE. On maintenait le Compte de l'État pour les opérations réputées être « *dans l'intérêt national* » et administrées par la SEE. La Loi prévoyait aussi un nouveau service : l'assurance-investissement à l'étranger.

L'efficacité de la SEE comme mécanisme d'appui des exportations se retrouve dans l'élargissement constant et la demande croissante de ses services. En 1945, la responsabilité financière maximum de la Société était de 50 millions de dollars alors qu'aujourd'hui elle est de 43 milliards.