

Qu'est-ce que la gestion des risques dans les contrats internationaux ?

Louis Perret

Volume 58, Number 1, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1104732ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1104732ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Perret, L. (1990). Qu'est-ce que la gestion des risques dans les contrats internationaux ? *Assurances*, 58(1), 45–52. <https://doi.org/10.7202/1104732ar>

Article abstract

In his article, Mr. Louis Perret first explains the concept and method of risk management, and then applies it to international contracts. This management technique consists of obtaining an overall grasp of all the stages of an operation before deciding to undertake it. One must therefore pinpoint and assess the importance of the various risks which may prevent the operation from progressing smoothly. Only with such facts in hand can a manager decide whether or not to go ahead with a project. If he decides to pursue an operation, he must take various steps to avoid, prevent and minimize risks, notably through contractual clauses. He must then obtain the best financing for the now reduced risks either by assuming them himself or by transferring them to a private or government insurer. The market approach, which is based on calculated and assumed risks, should foster the international development of companies and help them expand their horizons, particularly in developing nations.

Qu'est-ce que la gestion des risques dans les contrats internationaux?(¹)

par

Louis Perret(²)

In his article, Mr. Louis Perret first explains the concept and method of risk management, and then applies it to international contracts.

This management technique consists of obtaining an overall grasp of all the stages of an operation before deciding to undertake it. One must therefore pinpoint and assess the importance of the various risks which may prevent the operation from progressing smoothly. Only with such facts in hand can a manager decide whether or not to go ahead with a project. If he decides to pursue an operation, he must take various steps to avoid, prevent and minimize risks, notably through contractual clauses. He must then obtain the best financing for the now reduced risks either by assuming them himself or by transferring them to a private or government insurer.

45

The market approach, which is based on calculated and assumed risks, should foster the international development of companies and help them expand their horizons, particularly in developing nations.



Pour répondre à cette question, il faut d'abord expliquer ce concept (I) et voir ensuite son application aux contrats internationaux (II).

I. La gestion des risques

C'est un concept (A), assorti d'une méthode (B).

A - Concept

Le concept de «Gestion des risques», ou *Risk Management*, dans les entreprises a fait son apparition aux États-Unis à la fin des années 1950. Jusque là, la manière la plus courante pour une entreprise de traiter les

(1) Texte d'une communication préparée pour le colloque sur "La gestion des risques dans les contrats internationaux", organisé par l'Université d'Ottawa, l'Association canadienne d'exportation et le Centre de droit et de politique commerciale et tenu à l'hôtel Westin d'Ottawa, le 18 octobre 1989.

(2) M^e Louis Perret est vice-doyen de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

risques de pertes et les coûts correspondants était d'acheter des polices d'assurance couvrant l'entreprise et de payer les primes⁽³⁾.

Progressivement, avec l'effet conjugué de l'expansion de l'activité des entreprises, de l'augmentation de leur responsabilité civile, de l'accroissement corrélatif du coût des primes d'assurance et des progrès réalisés dans les sciences de la gestion, l'on a réalisé qu'il pouvait exister une façon bien plus efficace de traiter les risques : le *Risk Management*⁽⁴⁾⁽⁵⁾.

46 Ce concept consiste à analyser au préalable et de façon globale l'ensemble des risques pouvant éventuellement affecter l'activité de l'entreprise. Le but est de chercher à les supprimer, ou à les minimiser, afin d'assurer leur financement au moindre coût, tout en évitant la mise en péril de l'entreprise. Dans cette optique, la gestion des risques ne peut se réduire à l'assurance. En effet, l'assurance ne donne souvent qu'une couverture imparfaite et surtout elle est très onéreuse, en particulier dans le cas des petits sinistres. Elle n'est en fait qu'un des moyens de financement possibles. L'objet de la gestion des risques est d'éviter et de minimiser les pertes éventuelles de l'entreprise de manière à en réduire les coûts⁽⁶⁾. L'analyse de ces coûts devient donc essentiellement un problème financier aux aspects multiples, parmi lesquels l'assurance ne représente plus qu'une facette⁽⁷⁾.

Cette analyse de la meilleure solution financière possible passe par la méthode que nous allons décrire à présent.

B - Méthode

Cette méthode consiste à suivre les quatre étapes suivantes :

1 - L'identification des risques

Dans cette première étape, il s'agit d'identifier les éléments du patrimoine de l'entreprise (bâtiments, machines, ressources humaines, etc.) et les divers risques susceptibles de les atteindre. Il faut également analyser les

(3) A.H. SEIPLE, "La fonction de Risk Management dans l'entreprise", *L'Argus inter*, n° 35, p. 128.

(4) Voir, sur cette question en général: Erik KAUF, *Guide du Risk Management*, éd. Diffusions c.c.l.s., Paris, 1982, 248 p.

(5) L. STAMPA, "La Sécurité de Risk Management et la politique financière de l'entreprise", *L'Argus inter*, 1985, p. 8.

(6) Brigitte RAYMOND, "La gestion des risques", *L'Argus inter*, 1980, p. 1592.

(7) L. STAMPA, op. cit. n° 5, à la page 8.

événements qui risquent d'empêcher sa production (grèves, contrats de fourniture) ou qui peuvent engager sa responsabilité suite à la mise en marché de ces produits (responsabilité civile du fait des produits). Ce travail d'inventaire demande méthode et imagination. Il doit être fait en collaboration avec les divers secteurs de l'entreprise. Oublier un risque peut avoir des conséquences fâcheuses, puisque cette première étape conditionne les autres phases du processus.

2 - L'évaluation du risque

Chaque risque ainsi identifié doit être évalué en fonction de sa fréquence de réalisation, ainsi que de la gravité des pertes qu'il est susceptible d'entraîner en cas de réalisation. À cet égard, les expériences du passé et les statistiques actuarielles peuvent être d'un grand secours. L'on pourra alors appliquer le montant de ces pertes éventuelles sur le compte d'exploitation ou sur le bilan de l'entreprise, pour en mesurer tout l'impact financier éventuel.

47

3 - Le contrôle des risques

Suite à ce diagnostic et à cette évaluation, l'étape suivante consiste à prendre une décision. Celle-ci peut varier selon la gravité des risques susceptibles d'affecter les opérations de l'entreprise.

S'il s'agit d'une opération très risquée et onéreuse, le gestionnaire des risques pourra tout simplement décider de ne pas l'entreprendre ou d'y mettre fin. Tel pourra être le cas d'un investissement important dans un pays à très fort risque politique, ou d'une vente à un client notoirement insolvable, ou encore de la mise en marché d'un produit dangereux.

Si, au contraire, il s'agit d'une opération moins risquée, le *Risk Manager* pourra décider de la réaliser quand même, à condition de mettre en application des mesures destinées à éliminer ou à réduire certains risques. Il en ira ainsi, par exemple, dans le cas de l'installation de gicleurs pour la prévention des incendies, ou de la mise en place de dispositifs destinés à éviter les vols de marchandises ou de technologie. Il pourra également s'agir de mesures destinées à améliorer le produit en vue de réduire les actions en garanties ou en responsabilité civile. L'analyse des coûts de ces mesures préventives, par rapport à la réduction des coûts du risque initial, sera bien sûr un facteur déterminant dans la décision de poursuivre ou non l'opération en question.

Enfin, le gestionnaire des risques pourra décider de poursuivre quand même tel ou tel type d'opération, même s'il ne peut améliorer la situation,

du moment que l'entreprise en tirera profit et qu'il ne risque pas de la mettre en péril. Il cherchera cependant à financer ce type de danger en cas d'occurrence. L'on aborde ici la phase finale de la gestion des risques : leur financement.

4 - Le financement des risques

48 Le gestionnaire des risques de l'entreprise devra ici procéder à une analyse financière des coûts d'assurance sur le marché, par rapport aux moyens financiers de l'entreprise et au coût de réparation des sinistres en fonction de leurs chances de réalisation. Il devra ainsi déterminer s'il est plus rentable pour l'entreprise d'assumer elle-même ces coûts ou s'il est préférable de les transférer à un assureur contre le paiement d'une prime.

Ainsi, il pourra décider que l'entreprise financera elle-même certains risques s'il lui en coûte plus cher de s'assurer, alors que, par ailleurs, son capital est suffisant pour répondre sans danger de la réalisation éventuelle de ces types de sinistres. Tel sera par exemple le cas des petits sinistres, qui feront l'objet de franchises dans les contrats d'assurance. Quant aux risques éventuels que le *Risk Manager* aura décidé de faire courir à l'entreprise, il les financera au moyen de l'assurance. Il devra, grâce au jeu de la concurrence, chercher l'assureur qui lui offre la protection désirée pour le meilleur prix. Par ailleurs, les mesures préventives établies lors de la phase antérieure devraient également lui permettre d'obtenir la couverture d'assurance au meilleur coût.

Notons enfin que si cette méthode de gestion globale et préalable des risques peut s'appliquer, comme nous venons de le voir, à toutes les activités de l'entreprise, elle peut également être utilisée dans le cadre de l'analyse de l'une ou l'autre d'entre elles. Ainsi, le gestionnaire des risques pourra examiner tous les aspects relatifs au lancement d'un produit nouveau, ou à la décision d'acheter ou d'absorber une autre société, ou aux opérations d'investissements nouveaux dans le pays ou à l'étranger; ou encore quant à l'opportunité d'étendre ses exportations vers tel ou tel nouveau marché. En fait, le domaine du *Risk Management* est extrêmement étendu car il constitue une méthode de gestion dynamique qui permet d'aborder les risques, sources de profits, d'une façon pré-calculée. En réalité, toute décision impliquant une orientation nouvelle, partielle ou totale, devrait faire l'objet de ce type d'étude globale préalable⁽⁸⁾. Ceci est particulièrement vrai dans le cas des contrats internationaux.

(8) L. STAMPA, op. cit. n° 5, aux pages 9 et 10.

II. Application aux contrats internationaux

Ceux-ci présentent, en effet, des risques particuliers (A) qu'il s'agira de maîtriser (B).

A - Les risques

En effet, les contrats internationaux présentent plus de risques que les autres du fait qu'ils sont souvent exécutés loin de chez soi, dans un contexte politique, économique ou juridique moins familier.

Ce facteur accentue alors le risque de prolongement dans le temps de tout contrat. En effet, même l'opération la plus simple, la vente au comptant, laisse subsister, après sa livraison, l'obligation de garantie contre les vices cachés. Ceci est encore plus vrai dans le cas des contrats à moyenne ou à longue durée, correspondant à une opération financière, commerciale ou industrielle complexe. Leurs chances de succès dépendent alors de la plus ou moins bonne volonté du partenaire, des fluctuations des coûts de fournitures, du taux de change, des transformations politiques, des incertitudes juridiques quant au droit applicable, quant à l'autorité compétente pour trancher les litiges éventuels et quant à la force obligatoire des décisions prises par cette autorité⁽⁹⁾. Mais si les risques sont si grands dans les contrats internationaux, le jeu en vaut-il la chandelle? Dans certains cas, il est vrai que l'entreprise a peu de choix, par exemple lorsque l'accès aux matières premières en dépend, ou que le marché national est trop étroit pour l'écoulement de ses produits. Par ailleurs, cette expansion des exportations est encouragée et même protégée, dans une certaine mesure, par les gouvernements modernes, du fait qu'elle est nécessaire à l'équilibre de la balance commerciale et à la prospérité économique de leur pays.

C'est pourquoi les entreprises dynamiques n'hésitent pas à se lancer dans cette aventure, parce qu'elle peut être lucrative lorsque les risques en ont été calculés et maîtrisés d'avance, grâce à la gestion des risques. Or, précisément, dans la perspective de l'opération spécifique à laquelle il se rapporte, le contrat peut être un bon instrument de contrôle de ces risques.

(9) J.M. MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", *Rev. Trim. dr. civ.*, 1988, p. 481.

B - La maîtrise des risques

Dans les opérations internationales, la gestion des risques passe par l'application de la méthode générale⁽¹⁰⁾, dans laquelle l'intervention des techniques contractuelles peut jouer un rôle spécifique⁽¹¹⁾.

1. Application de la méthode générale

50

Selon la méthode générale de gestion des risques, l'on doit, dès le départ, appréhender de façon globale et pour toute sa durée, l'opération que scellera éventuellement le contrat. Le gestionnaire des risques procédera alors en suivant les diverses étapes indiquées plus haut. Dans la première, il tentera d'identifier de façon aussi exhaustive que possible les risques afférents à cette opération commerciale internationale; dans une deuxième phase, il évaluera chacun de ces risques, pour ensuite, dans une troisième phase, tenter de les contrôler. À cet égard, le contrat peut être un instrument de maîtrise des risques, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant.

Par la suite, le gestionnaire des risques étudiera, dans une quatrième phase, les coûts éventuels de leur financement, soit à même les réserves de l'entreprise, soit auprès d'assureurs privés ou d'État.

Ce n'est que suite à cette projection globale des risques, des coûts et profits escomptés de l'opération envisagée, que le *Risk Manager* recommandera ou non sa réalisation.

Précisons à présent comment, dans cette analyse, les techniques contractuelles ont pu lui permettre de maîtriser les risques.

2 - Rôle spécifique du contrat dans la gestion des risques

Dans ce cadre général, le contrat peut être un instrument de prévention, d'imputation et de contrôle des risques⁽¹²⁾.

La prévention des risques d'inexécution

Les parties doivent se préoccuper, lors de la formation du contrat, des risques tenant à son exécution. Ce qu'ils cherchent à réaliser, c'est le projet conventionnel. Ce qu'ils veulent éviter, c'est toute déviation, à incidence

(10) A.H. SEIPLE, op. cit. n° 3.

(11) Erik Kauf, op. cit. n° 4.

(12) Pour une analyse plus exhaustive de cette question, voir J.M. MOUSSERON, op. cit. n° 9, p. 481 à 503.

économique ou financière, par rapport au projet initialement convenu entre les parties.

En premier lieu, le risque de déviation pourrait provenir de l'inexécution de ses obligations par l'autre partie. L'on peut, dans le contrat, prévenir ce risque en prévoyant, par exemple, que le paiement se fera par lettre de crédit garantie, ou que le paiement sera consigné entre les mains d'un tiers, ou encore qu'en cas de défaut de la part du débiteur, le créancier sera autorisé à faire exécuter l'obligation par un tiers, aux dépens du débiteur.

En deuxième lieu, le risque de déviation de l'équilibre original de l'opération, tel que voulu par les parties, peut provenir d'un changement des circonstances extérieures au contrat. Ces changements peuvent rendre l'opération moins intéressante pour l'une des parties. Tel sera le cas suite à une fluctuation des prix des matières premières ou du taux de change résultant d'une crise économique ou politique. Ces risques peuvent être prévenus par des clauses prévoyant le rééquilibrage automatique ou négocié du contrat, ou à l'extrême, par une clause de destruction anticipée du contrat. Ce sont les clauses connues sous le nom de «clauses d'imprévision» ou de *hardship*.

51

L'imputation contractuelle de certains risques

Par ailleurs, lors de la formation du contrat, les parties peuvent prévoir d'imputer tel ou tel risque à l'une ou l'autre d'entre elles. Des réductions de prix pourront en découler et celle qui en aura la charge pourra ainsi décider de le transférer ou non à l'assurance. Il en ira ainsi, par exemple, des cas fortuits ou des risques politiques, ou encore des clauses relatives à la performance commerciale, qui, si elle n'est pas atteinte, pourra donner lieu à une indemnité. De même, c'est imputer le risque à l'une des parties que de prévoir la faculté de résiliation du contrat en cas de «surcoût» pour un partenaire, ou de prévoir qu'à la fin du contrat l'une des parties conservera certaines obligations de non concurrence.

Contrôle du risque d'incertitude juridique

Enfin, les parties peuvent, dès la formation d'un contrat international, contrôler les risques d'incertitude juridique en y indiquant la loi du pays auquel ils désirent le soumettre et en y insérant une clause d'arbitrage.

Conclusion

Voilà esquissées les grandes lignes du concept de *Risk Management*, appliqué aux contrats internationaux. Les débats qui suivront tout au long de ce colloque développeront, d'une manière pluridisciplinaire, tous les aspects de son application pratique.

52 Cependant, à partir de cette présentation générale, l'on peut dès à présent entrevoir l'importance de la gestion des risques dans le processus de prise de décision à l'égard d'une opération commerciale internationale. Cette méthode devrait être utilisée systématiquement pour éviter des déboires, et aussi pour stimuler ceux que le moindre risque paralyse. Elle devrait donc rassurer et enhardir davantage les gens d'affaires dans la conquête de marchés nouveaux, en particulier ceux des pays en voie de développement. Il s'agit bien souvent de marchés qui sont encore à prendre, précisément en raison des risques particuliers qu'ils présentent. Leur gestion, combinée à l'assurance, en particulier gouvernementale, devrait permettre de s'y étendre en minimisant, au préalable, les risques de l'aventure.

L'exercice du *Risk Management* ne requiert pas forcément de diplômes, mais il suppose un certain dynamisme de base, un bon sens juridique, des qualités de gestionnaire, un don du diagnostic et de grandes ressources en psychologie⁽¹³⁾. C'est sans doute beaucoup pour une seule personne. C'est pourquoi Erik Kauf a dit un jour qu'«on devient *Risk Manager* dans la seconde moitié d'une carrière»⁽¹⁴⁾. C'est aussi en raison de l'importance de la fonction et de son caractère interdisciplinaire que l'on trouve, dans les grandes entreprises, le gestionnaire des risques dans le groupe de direction. Dans les P.M.E., cette fonction est exercée, en pratique, par le directeur. Le plus souvent, il se trouve ainsi à faire de la «cyndinique» sans le savoir, tout comme M. Jourdain faisait de la prose⁽¹⁵⁾.

(13) Y.L. MAQUET, "Forme r des risques manager, est-ce concevable?", *L'Argus inter*, n° 38, p. 289.

(14) Cité par Y.L. MAQUET, *ibid*, à la p. 289.

(15) Ce terme désignerait la science de la gestion des risques; voir: "Risk Manager : une fonction qui évolue", *L'Argus inter*, 1989, p. 367.