

Les risques des banques dans le financement du négoce international

Bruno de Bouillane
Avocat au barreau
de New York
Juriste de banque
Société générale



Le négoce international fait l'objet de financements très divers, dans lesquels le degré d'implication des banques varie, ainsi que les risques contre lesquels elles doivent se prémunir. Si chaque opération est un cas particulier, il faut connaître les principaux points à examiner pour rendre les montages juridiques plus sûrs.

La notion de «négoce international» englobe une multitude d'opérations dont la caractéristique commune est d'être basées sur des échanges de marchandises*. Elle peut être distinguée de celle de «commerce international». Le négoce international consiste, pour un intervenant, à acheter des marchandises à l'étranger pour les revendre dans un pays tiers. Ces marchandises seront des matières premières d'origine agricole ou minérale.

Les négociants internationaux, c'est-à-dire des sociétés n'ayant en général aucune activité industrielle, font appel à des banques, soit pour qu'elles fournissent la trésorerie nécessaire à ces opérations, soit pour utiliser la logistique dont elles disposent du fait de leur implantation internationale, soit enfin pour qu'elles «reprennent» tout ou partie des risques découlant des opérations mises au point par les négociants. Ces risques comprennent celui de défaillances des contreparties, dues à leur «faillite» ou au risque pays (risque politique), celui de variation de

prix, etc. Quand les risques sont assumés par les banques, les opérations s'apparentent aux financements de projet, puisque les banques n'ont de recours que sur les actifs (ou créances) provenant de l'opération commerciale.

Dans l'état actuel de la loi française, seuls des établissements de crédit au sens de la loi de 1984 peuvent pratiquer, en France, ce genre de financements. Il est d'ailleurs bon de vérifier, lors du montage juridique d'une opération, que les différentes formes de limitation des recours n'entraînent pas une requalification de la participation d'intervenants non bancaires en opération de crédit.

Les difficultés rencontrées dans le financement du négoce international

De multiples facteurs sont à l'origine des difficultés rencontrées dans le financement du négoce international. On peut citer parmi ceux-ci le fait que dans une opération complexe, les intervenants sont en général situés dans des pays différents. Les documents nécessités par l'opération sont souvent eux-mêmes soumis à des droits et à des tribunaux différents. Par ailleurs, les actifs financés font l'objet de sûretés réelles, parfois prises dans des pays «exotiques», n'ayant pas forcément un régime juridique très clair.

Une opération de négoce implique des relations juridiques entre de multiples parties et devra ensuite mettre en œuvre, outre le droit des contrats, de nombreux mécanismes juridiques qui devront être compatibles, tels que subrogation, cession de créances ordinaire et Dailly, délégation, droit cambiaire, nantissement, droit de rétention, gage-espèces, mandat, garantie autonome ou cautionnement, voire la stipulation pour autrui, etc.

Enfin, la syndication des opérations entre les banques de différents pays pourra ajouter des complications, puisque chaque établissement sera soumis à sa réglementation bancaire nationale et essaiera d'obtenir que la majorité de la documentation soit soumise à son droit national.

En ce qui concerne le financement en blanc ou les opérations causées (encadré), la banque ne dispose pas de recours spéciaux. Pour les opérations de financement causées, il faudra prendre la précaution, du moins en droit français, de vérifier qu'elles se basent sur des documents prévoyant la déchéance du terme en cas de non-respect, par le client, de ses engagements d'affectation des fonds provenant de la revente des produits. Dans les opérations avec recours, les banques bénéficieront des recours habituels d'un créancier disposant d'une sûreté réelle.

Les opérations sans recours, qu'elles soient en risque seul ou en

* Dans cet article, nous ne nous placerons que dans la perspective des banquiers français. Nous n'envisagerons que les risques juridiques qui découlent de ces opérations pour les banques et les moyens juridiques de les minimiser. Les risques économiques relèveraient d'une autre étude.

risque et trésorerie, sont plus difficiles à rendre sûres pour les banques. Pour elles les points fondamentaux seront de s'assurer, d'une part, qu'elles ont des droits sur les marchandises ou les créances provenant de l'opération de négoce (partie physique) et de la qualité du transporteur et des entrepositaires. Elles devront s'assurer, d'autre part, qu'elles ont des droits sur les couvertures à terme utilisées par les négociants pour couvrir le risque de prix, dont elles devront être bénéficiaires. Il faut enfin préciser qu'une opération est rarement totalement sans recours et que les risques couverts par les banques, particulièrement en cas de risque pays, doivent être autant que possible délimités.

Le problème de la délimitation du risque couvert par la banque

Dans ce type d'opérations, la délimitation du risque couvert par la banque est l'un des points les plus sensibles des discussions entre le négo-

ciant et la banque. Le premier souhaité, dans l'absolu, que quelles que soient les raisons pour lesquelles sa contrepartie est défaillante, la banque couvre le risque ; celle-ci, de son côté, veut éviter que la limitation des recours ne joue si la défaillance de la contrepartie est due à la propre défaillance du négociant.

Le meilleur moyen pour la banque d'éviter tout litige ultérieur est de définir précisément les risques couverts. Il faut éviter autant que faire se peut, les formules à l'anglo-saxonne, avec des «matériellement», «significativement», et autre «dans l'opinion raisonnable» qui, si le conflit est soumis à un juge français, ont de fortes chances de se transformer en autant d'atouts pour le négociant, et par une aggravation du risque pris par la banque.

Pour les **risques politiques**, on indiquera donc, comme le font les compagnies d'assurance, quels sont les événements constitutifs de ce type de risques, et comment ils devront être prouvés. De même la défaillance financière, c'est-à-dire en fait la déconfi-

ture de la contrepartie, devra être prouvée par la production d'un jugement local. Il sera bon de préciser aussi qui supporte le risque juridique, c'est-à-dire le cas où la contrepartie s'abrite derrière l'imprécision ou les défauts de la documentation, souvent dus aux exigences du négociant, pour refuser d'honorer ses engagements.

Le risque commercial est le plus difficile à définir précisément. D'une manière générale, il consiste en ce que la défaillance de la contrepartie du négociant est due à un litige avec celui-ci. La difficulté est de savoir laquelle des deux parties est à l'origine du litige. Si le négociant reconnaît qu'il n'a pas rempli ses propres obligations, le problème sera résolu. S'il ne le reconnaît pas ou soutient que ce litige n'est qu'une argutie imaginée par sa contrepartie pour ne pas honorer ses propres obligations, la banque ne sera pas à même de trancher entre les deux interprétations.

Dans tous les cas (financement en risque seul ou en risque et trésorerie), il faudra tenter de limiter les risques ➤



JEUDI 11 DÉCEMBRE 1997

Euro : de 1999 à 2002. Comment gérer la période de transition ?



Bernard Yoncourt, directeur général, ABN Amro France - Président du groupe de travail sur la 3^e phase euro
Les modalités pratiques pour le passage à la dernière phase de l'euro

Catherine Plichon, responsable des études économiques, Compagnie bancaire
Vers la rémunération des dépôts ?

Olivier Le Hénaff, directeur délégué, Andersen Consulting
L'impact sur la stratégie des banques vis-à-vis des particuliers et des PME

Débat animé par **Christian Gouat-Brunin**, directeur de l'agence euro, Sopra



Demande d'information à retourner à Revue Banque

Monique Souci 18, rue La Fayette 75009 Paris ☎ 01 48 00 54 04 ; fax 01 48 24 12 97 ; Internet : www.revue-banque.fr

SOCIÉTÉ
NOM PRÉNOM
FONCTION SERVICE
ADRESSE
TÉLÉPHONE FAX

Désire recevoir la documentation sur le Club Banque

**Les conférences ont lieu dans l'auditorium de l'AFB,
de 18 h à 20 h, 18, rue La Fayette 75009 Paris**

Types et modes de financements selon le degré d'implication des banques

Le financement en «blanc»

Le client négociant bénéficie de lignes de crédit ordinaires avec lesquelles il finance les opérations de son choix, y compris ses opérations de négoce. La banque ne bénéficiera, bien entendu, en cas de défaillance de son client, que des recours de n'importe quel prêteur lors de l'échéance normale ou anticipée du crédit.

Opérations dites «causées»

La banque accepte, comme dans le cas précédent, de ne pas bénéficier de garanties particulières, mais exige de vérifier que les fonds mis à la disposition du client correspondent à des opérations de négoce identifiées, et que le débouclage des opérations de crédit a lieu en même temps que la marchandise achetée par le négociant est revendue. La banque se fait remettre généralement la copie des contrats, et peut également contrôler l'opération «aller» en émettant les crédocs nécessaires à cette phase de la transaction. La phase «aller» d'une tran-

saction est celle au cours de laquelle le négociant va livrer une marchandise, livraison qui donnera lieu à la phase «retour» au cours de laquelle une autre marchandise sera livrée en paiement.

Opérations couvertes par des garanties mais avec recours complet sur le négociant

La banque prête au négociant qui reste son débiteur et sur qui repose le risque principal, mais elle demande à son client de bénéficier d'une sûreté réelle. Si, par exemple, la banque fournit un crédit pour acheter du pétrole, qui sera revendu et payé en nature par la livraison d'une autre marchandise, elle va demander que les documents représentatifs de la marchandise (connaissances, warrants) lui soient remis en gage, puis, puisque le remboursement du crédit doit intervenir par livraison d'autres produits en retour, que lui soit cédée la créance du négociant dont le paiement se fera par la livraison en retour.

Opérations dans lesquelles les recours de la banque contre le négociant sont nuls ou limités à la créance sur sa contrepartie ou à la marchandise «retour»

Opérations uniquement en risque : pour diverses raisons, trésorerie abondante ou coût, le négociant peut demander à la banque de lui garantir le risque qu'il prend sur son cocontractant sans intervention en trésorerie. Cela peut se faire par des mécanismes de confirmation, de garanties à première demande, de ducroire ou de confirmations silencieuses :

- les confirmations : si le négociant bénéficie d'un crédoc, il demandera à sa banque de prendre le risque de défaillance de la banque émettrice, en confirmant la signature de celle-ci,
- les confirmations dites «silencieuses» : dans ce cas, la banque pourra, à la demande du négociant, émettre une garantie indépendante en sa faveur (à l'insu de sa contrepartie), qui sera amenée à jouer si la

contrepartie du négociant ne remplissait pas ses engagements. Cette garantie sera, selon les cas, également appelée ducroire ou «confirmation silencieuse», par analogie avec les engagements émis dans le cadre de crédoc par une banque à qui la banque émettrice n'a pas demandé de confirmer ledit crédoc.

Opérations en risque et trésorerie : le négociant souhaite dans ce cas un financement et une garantie. On entre ici dans les opérations dites abusivement «sans recours», et plus justement «à recours limité». La banque va mettre en place un financement permettant au négociant d'acheter les marchandises qu'il va revendre, et va en même temps renoncer à ses recours habituels contre son client si certains événements se produisent tels que, entre autre, la «faillite» de la contrepartie du négociant, ou un événement constitutif d'un risque politique – embargo, contrôle des

déoulant, pour la banque, des difficultés d'interprétation du litige commercial. Pour ce faire, on pourra notamment prévoir que tout ce qui n'est pas risque politique, (comme indiqué ci-dessus) et défaillance (faillite judiciairement prouvée), relève du litige commercial. Même si la banque accepte de couvrir celui-ci, cela devra se faire uniquement dans le cas où ce litige est dû au fait de la contrepartie du négociant.

Pour couvrir les intérêts de la banque, on peut également prévoir que dans le cas d'un litige commercial, le négociant couvre d'abord automatiquement la banque, et qu'il engage ensuite la procédure prévue à son contrat. Si au terme de la procédure, il est démontré, par une décision judiciaire définitive, que le négociant était dans son droit, la banque remboursera alors les sommes versées par ce dernier ; dans le cas contraire, elle conservera les sommes versées. De cette manière on

évite que, au terme d'une procédure forcément longue, la banque ne retrouve ses recours contre un négociant qui sera lui-même en déconfiture.

Il est important que le négociant conserve en tout état de cause un certain nombre de risques, tels que ceux qui découlent des conséquences de sa propre défaillance vis-à-vis de sa contrepartie (par exemple, la non-nomination de bateaux dans le cas de vente FOB, une mauvaise livraison-aller), et en cas de financement «sans recours», que celui-ci ne couvre pas la totalité de l'opération.

Le financement est fait par la banque en risque seulement

Si la banque a émis une garantie en faveur de son client, son texte devra spécifier très soigneusement les risques couverts, les modalités de sa

rémunération (taux, durée, jusqu'à la survenance du risque ou au-delà, rémunération forfaitaire, etc.) et les cas dans lesquels elle pourra être mise en jeu.

Pour éviter les litiges, il sera utile de faire en sorte qu'elle puisse être appelée comme une garantie documentaire. Celle-ci devra prévoir également sa caducité si le négociant qui a signé le contrat commercial le modifie transformant ainsi le risque couvert. Enfin, la mise en jeu de la garantie par le négociant devra s'accompagner de la remise d'une quittance subrogative, de manière que la banque puisse exercer, si elle le souhaite, des recours contre la contrepartie.

Il faut souligner qu'il est plus facile pour la banque d'exercer des recours contre une banque émettrice, puisque les Règles et usances s'appliqueront, que contre des organismes publics ou des sociétés privées.

changes, nationalisation. Selon le type de financement, une même opération pourra comporter une partie «avec recours» et une partie «sans recours».

La technique de «l'escompte sans recours» est souvent utilisée. Comme dans un escompte ordinaire, la banque achète la créance que détient le négociant sur ses clients, par exemple par le biais d'une cession Daily, lui en remet le montant immédiatement, déduction faite d'un *agio*, ce qui en général servira au négociant à acheter la marchandise nécessaire à l'opération de compensation. Bien entendu, compte tenu du fait que les débiteurs cédés sont situés hors de France, il est difficile, voire impossible de procéder aux formalités pour rendre la cession opposable aux tiers dans ces pays. Il faut se contenter des effets de la cession *inter partes*. Celle-ci est au moins opposable au négociant et à un liquidateur éventuel. A l'échéance, la banque exercera les recours

que lui donne la propriété de la créance, et en cas de non-paiement par la contrepartie, selon les cas de figure prévus à la convention d'escompte sans recours, se retournera ou non contre le négociant.

Dans le cas du préfinancement, le fournisseur du négociant lui demande de payer d'avance tout ou partie du prix des marchandises objet du contrat. Le négociant demande à la banque d'émettre un crédoc avec clause de préfinancement, appelée couramment *red clause*. On retrouve ici tous les cas de figures décrits ci-dessus quant au degré d'engagement de la banque. Dans le cas extrême, le préfinancement sera de 100 % et les recours de la banque limités à des recours contre l'exportateur.

Très souvent, le négociant ne sollicite la banque que pour un financement partiel. Par exemple, à la demande de sa contrepartie, il fait émettre par la banque un crédit documentaire avec

clause de préfinancement partiel, c'est-à-dire que pour un Crédoc de 100, la contrepartie va exiger un préfinancement de 50. Dans ce cas, si la banque accepte de limiter ses recours dans le cadre du préfinancement, elle aura deux types de recours pour la même opération : sur la partie crédoc, au-delà des 50 de préfinancement, elle pourra se retourner contre son client donneur d'ordre lorsqu'elle aura dû payer des documents ; pour les 50 préfinancés, elle devra limiter ses recours à la contrepartie du négociant.

Le financement des marges

Tous les modes de financements décrits ci-dessus correspondent à ce que l'on appelle la partie «physique» des opérations de négoce. Il est important de considérer également la partie «papier», liée aux opérations sur matières premières. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter pour le négociant, qui rendront indispensable une couverture à terme de ses opérations,

pour minimiser les conséquences d'une incertitude sur le prix d'achat, ou sur le prix de vente d'une marchandise. La couverture à terme consiste à trouver, sur un marché organisé et réglementé, une contrepartie qui s'engage à vous acheter ou à vous vendre un contrat correspondant à une certaine quantité de marchandises fongibles à une date et à un prix fixés. Lorsque le négociant s'arbitrera, principalement sur les marchés de Londres ou de New York, il passera par un courtier *broker* qui pourra exiger qu'une banque prenne un engagement de payer les marges si le client ne peut pas faire face, sous forme par exemple d'une garantie à première demande, ou même que la banque accepte d'être appelée directement en fonds par le *broker*. Si le *broker* n'exige pas de garantie, le négociant demandera simplement à la banque une ligne de crédit supplémentaire pour lui permettre de faire face à ces appels de marge.

Le financement est fait par la banque en risque et trésorerie, par des «opérations mixtes»

Distinguer les opérations. Dans ces cas de figure il faudra veiller à distinguer juridiquement les opérations de crédit. En effet dans un préfinancement partiel avec «recours limité», qui donne lieu à l'ouverture d'un crédoc avec *red clause* assorti d'une cession de la créance résultant de l'obligation de remboursement par la contrepartie, en cas de faillite du négociant, la banque souhaitera affecter le remboursement par la contrepartie de sa dette au remboursement des sommes déboursées.

On peut craindre qu'un liquidateur éventuel du négociant n'argue que l'on est en présence, d'une part,

d'un crédit sous forme d'un engagement par signature, l'émission du crédoc *red clause*, et d'autre part, d'un crédit par escompte de créance. Il pourra demander que la banque déclare sa créance au titre des sommes dues du fait de l'émission du crédoc, et lui remette les sommes provenant de l'escompte au lieu de les utiliser pour faire le préfinancement. Ainsi, la banque aura dû déboursier deux fois la somme au lieu d'une, et elle sera créancier chirographaire pour la partie crédoc. En outre, faire une cession de créance pour «garantir» un crédit à recours limité peut paraître curieux. C'est en effet dans les cas où la banque n'aura pas de recours contre le négociant que la banque souhaitera exercer ses recours contre la contrepartie. On peut donc s'interroger sur la validité d'une telle cession de créance. Il sera donc important de structurer ce genre

d'opération comme de l'escompte à recours limité et non pas comme des crédits au client assortis de cessions de créance en garantie.

Les cessions de contrat. Il est souhaitable de ne pas faire de cession de contrat dont la qualification est douteuse et en tout état de cause la banque n'a pas, en général, l'intention de reprendre les obligations techniques éventuelles du client. Il sera par exemple difficile à la banque de faire nommer les bateaux, même si la créance lui est cédée, en cas de vente FOB.

La priorité. Si le négociant a remboursé à la banque ce qu'il lui devait au titre de la partie financée avec recours, il disposera de recours à hauteur de ce montant contre son cocontractant et il va souhaiter que les

remboursements soient «pari passu» avec la banque, alors que la banque va vouloir être remboursée et sortir du risque en priorité. Il paraît normal que la banque ait la priorité, et que le négociant renonce à exercer ses propres recours tant que la banque n'a pas été intégralement remboursée.

Les cessions partielles de créances. Les négociants sollicitent souvent un financement partiel et souhaitent donc ne procéder qu'à des cessions de fraction de créances spécifiques. De telles cessions, juridiquement réalisables, sont à éviter, car elles risquent de créer des conflits avec d'autres cessionnaires ou des créanciers saisissants.

Le «pari passu». Il faut éviter également de faire ce que certaines banques affectionnent, c'est-à-dire les opérations dites «pari passu» avec les négociants. Certaines banques en effet «syndiquent» une opération avec leurs clients. C'est-à-dire que le client financé, qui va par exemple solliciter un financement «sans recours» à hauteur de 70 % de la transaction, et qui donc pour les 30 % restant devra en tout état de cause rembourser la banque, va être considéré par elle comme étant une sorte de partenaire financier et sur un pied d'égalité. Il va donc bénéficier des mêmes commissions et des mêmes droits que la banque, comme s'il était membre d'un syndicat bancaire.

Ce type de montage est extrêmement dangereux pour les banques, car il néglige le fait qu'elles bénéficient en fait de recours contre le négociant à hauteur de 100 % du concours, c'est-à-dire, d'une part, à hauteur de 30 % «partie avec recours», et d'autre part, à hauteur de 70 % (partie «sans recours»), recours qui ne disparaîtront éventuellement que lorsque la défaillance de la contrepartie sera intervenue et que seront connues ses causes.

Ce type de montage, outre qu'il oublie que le négociant n'a pas le même rôle et ne supporte pas les mêmes risques que la banque, peut remettre en cause une éventuelle cession de la créance contre la contrepartie du négociant qui est de l'essence même du «sans recours». La banque, par un montage bancal, pourrait se retrouver avec un financement non seulement sans recours contre le négociant mais également sans recours contre la contrepartie du négociant.

La coopération. Enfin le négociant peut être peu empressé à coopérer

avec la banque pour agir contre son cocontractant, malgré ses engagements, car il aura sans doute d'autres contrats en cours avec la même contrepartie et sera soucieux de ne pas compromettre ses autres opérations, qu'il aura sans doute financées lui-même. En effet, dans l'opération financée par la banque, la perte du négociant sera faible, puisque partiellement prise en charge par elle.

Le confusionisme juridique. Le juriste rencontre fréquemment cet écueil, dû à l'influence du droit anglo-saxon et à la tentation de soumettre tous les rapports juridiques découlant d'une série d'opérations connexes au même droit. Les parties sont tentées entre autres d'utiliser des mécanismes hors de leur contexte juridique d'origine : ainsi l'institution du trust anglo-saxon n'a pas encore d'équivalent en droit français, *l'assignment* n'a pas exactement les mêmes effets que la cession de créance, le gage-espèces n'a pas d'équivalent en droit anglo-saxon, *l'escrow* n'est pas un séquestre, le cautionnement n'est pas exactement équivalent aux garanties anglo-saxonnes, etc.

Ensuite, si les parties sont libres de choisir le droit qui régira leurs rapports, le choix de ce droit doit avoir un lien avec l'une ou l'autre des parties ou l'opération elle-même. Enfin, même si le droit choisi l'est valablement, il ne faut pas oublier que le schéma des recours et des garanties doit être compatible avec les droits des différents pays dans lesquels seront situés les actifs ou les débiteurs, de manière à éviter la remise en cause de ces schémas juridiques par des tiers.

Le financement des marges

Le financement des marges pose de nombreux problèmes aux banques, car très souvent le négociant déconnecte les opérations physiques, financées par le négociant lui-même ou par des banques qui ne seront pas les mêmes que celles qui financent les appels de marges. Il peut même arriver que, compte tenu de l'opacité des opérations de son client, la banque s'aperçoive après coup qu'elle a financé une position «papier» qui ne correspond à aucune opération physique, opération donc purement spéculative.

Si la banque est à même de financer la position globale d'un négociant, c'est-à-dire ses contrats tant «physiques» que «papier», elle pourra proté-

ger ses intérêts de la manière suivante :

- pour la partie physique, elle devra faire en sorte d'avoir un droit de gage sur les marchandises, par exemple par le biais d'un gage sur les documents représentatifs de la marchandise ;
- pour la partie «papier», elle devra se procurer un droit de gage, en droit anglais ou new yorkais selon le cas, sur le compte sur lequel sera enregistré le versement des marges créditrices. Il sera d'ailleurs sage de vérifier que le compte du négociant chez le courtier est un compte spécial protégé, de manière à éviter qu'une «faillite» du courtier n'entraîne la perte de ces fonds.

Lorsque la banque finance les appels de marge du négociant, un contrat tripartite est en général signé entre la banque, le courtier et le négociant, qui prévoit, outre les garanties indiquées ci-dessus, qu'à partir d'un certain montant les marges créditrices seront versées sur un compte en France chez la banque prêteuse. Ce compte devra lui aussi être gagé au profit de la banque.

La mise en place d'une procédure de centralisation des opérations chez une banque, permet de s'assurer qu'à une position créditrice «papier» globale du client, correspond effectivement une position débitrice globale du client sur le «physique» et vice versa. Si une telle procédure de centralisation n'est pas mise en place, la banque courra le risque en cas de faillite du client, et si elle ne finance que tout ou partie du «physique» ou que tout ou partie du «papier», de ne pouvoir compenser gains et pertes. En cas de perte la banque ne pourra que déclarer sa créance à la «faillite», et en cas de gains, elle sera dans l'obligation de remettre les gains au syndic.

Chaque montage constitue un cas particulier

Le but de cet article n'était bien entendu pas d'épuiser le sujet du financement du négoce et de ses implications juridiques, mais de proposer des pistes de réflexion, notamment en mettant l'accent sur certaines difficultés inhérentes à ces montages financiers. Toutefois, si on retrouve des traits communs entre les opérations, ce serait une erreur grave de transposer automatiquement les «recettes» utilisées d'une opération à l'autre. Cela étant, ces montages sont passionnants pour les juristes dont ils mettent à (rude...) épreuve l'imagination et la créativité. ■