



HAL
open science

La lettre de garantie chez un courtier en assurances maritimes

Clara Delaubier

► **To cite this version:**

Clara Delaubier. La lettre de garantie chez un courtier en assurances maritimes. Droit. 2017. dumas-01622192

HAL Id: dumas-01622192

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01622192>

Submitted on 22 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**Faculté de Droit et
de Science Politique**
Aix*Marseille Université

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

PÔLE TRANSPORTS
CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS



LA LETTRE DE GARANTIE CHEZ UN COURTIER
EN ASSURANCES MARITIMES

Mémoire pour l'obtention du
Master 2 Droit maritime

Par
Clara DELAUBIER

Sous la direction de M. le professeur Cyril BLOCH
Et de Mme Marlène SAHIN

Année universitaire 2016-2017



UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

PÔLE TRANSPORTS
CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS



LA LETTRE DE GARANTIE CHEZ UN COURTIER
EN ASSURANCES MARITIMES

Mémoire pour l'obtention du
Master 2 Droit maritime

Par
Clara DELAUBIER

Sous la direction de M. le professeur Cyril BLOCH
Et de Mme Marlène SAHIN

Année universitaire 2016-2017

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier avant tout l'entreprise qui a su me faire confiance en m'engageant en alternance, le Groupe Eyssautier. Mes remerciements se portent tout particulièrement vers les personnes travaillant au service sinistres, qui m'ont formée, Véronique Zucchi, Lucile Armand, Valérie Bonifay, ainsi que vers ma responsable Marlène Sahin, co-directeur de ce mémoire, mais également vers Angelika Kostadinovski, pour les conseils précieux qu'elle m'a donné tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Je tiens également à remercier l'équipe de correspondants P&I chez ETIC, notamment Alain Dalmas, Franck Benham et Emmanuelle Wallis, pour le temps qu'ils m'ont accordé pour répondre à mes questions.

Mes remerciements se tournent également vers M. le professeur Scapel, qui m'a guidée pour rédiger ce mémoire, portant sur un sujet qu'il maîtrisait à la perfection, mais qui m'a surtout transmis sa passion pour le droit maritime.

Je remercie M. Christophe Thelcide, pour son extrême disponibilité et pour ses conseils, ainsi que vers M. le professeur Cyril Bloch, co-directeur de ce mémoire.

Je remercie enfin toutes les personnes qui m'ont encouragée et soutenue, notamment Thomas Lucchetti et Anaïs Madonna, ainsi que les personnes qui m'ont relue, en particulier Brigitte Tournié et Anne Mitaine.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
---------------------------	---

PARTIE 1 : LA NÉGOCIATION DE LA LETTRE DE GARANTIE – GESTION DE SINISTRES	12
--	----

TITRE 1 : L’OPPORTUNITÉ D’UNE NEGOCIATIOND’UNE LETTRE DE GARANTIE	14
--	----

CHAPITRE 1 : UNE SITUATION JUSTIFIANT LA NÉGOCIATIOND’UNE LETTRE DE GARANTIE	16
---	----

CHAPITRE 2 : L’EFFICACITÉ DE LA LETTRE DE GARANTIE	23
--	----

TITRE 2 : LA CONDUITE DE LA NÉGOCIATION DE LA LETTRE DE GARANTIE	32
---	----

CHAPITRE 1 : LES ACTEURS DE LA NÉGOCIATION	34
--	----

CHAPITRE 2 : LES ÉLÈMENTS DE LA NÉGOCIATION	44
---	----

PARTIE 2 : L’EXÉCUTION DE LA LETTRE DE GARANTIE – GESTION DE RECOURS	57
---	----

TITRE 1 : CONDITION À L’EXÉCUTION DE LA LETTRE DE GARANTIE	60
---	----

CHAPITRE 1 : L’EXISTENCE DE LA RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR	62
--	----

CHAPITRE 2 : LES ÉLÈMENTS DE LA LETTRE DE GARANTIE INFLUENÇANT L’ÉTABLISSEMENT DE LA RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR	74
--	----

TITRE 2 : L’EXÉCUTION FORCÉE DE LA LETTRE DE GARANTIE ..	83
---	----

CHAPITRE 1 : LES RÈGLES DE FOND	85
---------------------------------------	----

CHAPITRE 2 : LES RÈGLES PROCÉDURALES	90
--	----

CONCLUSION	96
-------------------------	----

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. mixte	Chambre de la Cour de cassation réunie en chambre mixte
C.R.D.D.	Centre de ressources du développement durable
<i>DMF</i>	Revue Droit Maritime Français
Lloyd's Rep.	Lloyd's Report
LMAA	London Maritime Arbitration Association
P&I Club	Protection and Indemnity Club

INTRODUCTION

Dans le commerce maritime, il arrive fréquemment qu'au cours d'un déchargement, la marchandise se révèle être, partiellement ou totalement, avariée. Le transporteur sera alors présumé responsable. En effet, la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, considérée comme étant le droit commun du régime contractuel du transporteur maritime, met en place un régime de « *responsabilité de plein droit, souvent dénommée aussi présomption de responsabilité, dès lors que la marchandise à lui confier est l'objet de pertes ou d'avaries imputables au transporteur.* »¹ Cette responsabilité de plein droit ne peut être écartée ou allégée car le texte est d'ordre public, bien que le transporteur bénéficie, en contrepartie, de certaines exonérations ainsi que d'une limitation légale de responsabilité.

L'ayant droit à la marchandise, soit le réceptionnaire, devient donc, dans une telle situation, créancier d'une créance maritime dont le transporteur est le débiteur. Dans certains cas, l'ayant droit sera susceptible de vouloir sécuriser une telle créance, notamment lorsqu'il se retrouve face à des montages, à l'instar des *single ship companies* qui tendent à affaiblir la solvabilité du transporteur. Ainsi, le créancier face à un transporteur exploitant son navire via ce type de société, instable et ne présentant aucun gage de solvabilité, voudra obtenir une garantie couvrant les dommages survenus sur la cargaison en raison du transporteur, précisément pour s'assurer de la solvabilité du transporteur et, *in fine*, avoir la certitude que sa créance soit recouvrable.

A cette fin, il peut solliciter des autorités judiciaires le droit de saisir le navire du transporteur tenu pour responsable de telles avaries.² Le transporteur, afin d'éviter la saisie conservatoire de son navire, ou d'en obtenir la mainlevée, va faire appel à son P&I Club afin que ce dernier émette une lettre de garantie.

La lettre de garantie ainsi émise contient « *l'engagement [du P&I Club] d'indemniser les dommages sur présentation soit d'un accord amiable entre les parties, soit d'une décision de justice* »³ établissant la responsabilité du transporteur.

Comme l'écrivait M. le professeur Scapel, « *Dans le quotidien du transport maritime, les lettres de garantie sont fréquentes et surtout extrêmement diverses.* »⁴ Le

¹ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, Traités, 3^e éd. 2016, p.813, n°1060-1

² Lettre de garantie et clause de compétence, *Lamy Transport*, Lamyline, Tome 2, 2015, 900

³ Lettre de garantie et clause de compétence, *Lamy Transport*, Lamyline, Tome 2, 2015, 900

⁴ C. Scapel, « Lettres de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre* n°14, C.A.M.P., Automne 2007

plus souvent, elles auront pour objet l'obtention de la mainlevée de la saisie conservatoire ou la prévention de cette dernière.

Si, pour les besoins de cette étude, l'analyse se concentrera sur la lettre de garantie ayant pour objet d'éviter une saisie conservatoire du navire, il existe d'autres situations où une lettre de garantie peut être amenée à être émise par le Club. A titre d'exemple, quand une cargaison arrive à destination avariée, le réceptionnaire pourra ne pas vouloir accepter de prendre livraison de la marchandise qui lui revient. Toutefois quand le Club a acquis, devant une telle situation, la certitude que le dommage est consécutif à un risque couvert par la couverture P&I, il proposera d'émettre une garantie en échange de quoi le réceptionnaire acceptera de prendre livraison de la marchandise. Cette garantie sera émise sous réserves de toutes défenses du transporteur : si ce dernier arrive à prouver que le dommage fait suite à un cas excepté, l'exécution d'une telle lettre de garantie n'aura pas lieu.⁵ Cette lettre de garantie est communément appelée « *cargo receiver's indemnity* ».⁶

La négociation et l'exécution de la lettre de garantie ayant pour objet l'empêchement de la saisie conservatoire présente la caractéristique d'impliquer divers acteurs.

A ce titre, l'ayant droit à la marchandise aura pu faire appel, dans le cadre de son assurance facultés, c'est-à-dire l'assurance couvrant les marchandises lors d'un voyage maritime, à un courtier en assurances maritimes.

Ce courtier, qui est un intermédiaire en assurances, va avoir plusieurs rôles dont l'étendue est définie par des protocoles de gestion que le courtier aura, au préalable, négociés avec les compagnies d'assurance. A ce stade, il est important de comprendre que si le courtier agit d'abord dans l'intérêt de son client, en prospectant le marché de l'assurance et en lui trouvant la couverture qui répond le mieux aux risques dont il veut se prémunir, il entretient également des liens contractuels avec les assureurs. Ces liens se manifestent, entre autre, par des protocoles de gestion qui peuvent donner au courtier une autorité concernant non seulement la souscription de contrats d'assurance mais aussi la gestion des sinistres afférents aux contrats souscrits ainsi qu'à la gestion du recours subséquent à un sinistre, envisagé pour le compte des assureurs subrogés dans les droits de l'ayant droit à la marchandise.

⁵ C. Hill, B. Robertson & S. J. Hazelwood, *Introduction to P&I*, 2nd éd., LLP, 1996, p.120

⁶ Traduction libre : « Indemnité du réceptionnaire de la cargaison »

Dans le cadre de ce mémoire, il reviendra au courtier d'assurance de négocier la lettre de garantie, dans le cadre de la gestion de sinistres, et de s'assurer de sa mise en œuvre, via la gestion du recours.

A ce titre, il est important de comprendre le fonctionnement des différents services existants chez un courtier en assurances maritimes.

Le service commercial va s'assurer de la pérennité des relations avec les différents clients, notamment en s'afférant à la conclusion et au renouvellement de polices d'assurances. C'est aux commerciaux de faire le lien entre les besoins de leurs clients et la réalité du marché de l'assurance maritime, en plaçant ses clients auprès des différentes compagnies d'assurances. Ce placement fait intervenir plusieurs compagnies d'assurance via le mécanisme de la coassurance.

Cette dernière est définie comme le partage horizontal d'un même risque entre plusieurs sociétés d'assurance, chacune étant garante de la seule partie qu'elle a accepté de prendre en charge. Chaque société s'engage donc à prendre une quote-part du risque qu'elle décide de co-assurer. Conséquemment, chaque assureur percevra un taux de prime s'élevant au même pourcentage que son taux d'engagement dans la couverture du risque et devra payer une partie du sinistre, toujours en fonction du pourcentage correspondant à son niveau d'engagement.⁷ L'apériteur est investi d'un mandat général pour agir au nom des autres co-assureurs.

Une fois la police signée, le service production va s'occuper de passer les ordres d'assurance donnés par le client, afin d'assurer l'expédition concernée.

S'il s'agit d'une expédition conventionnelle, le service sinistres devra nommer *a priori* un expert qui interviendra au déchargement afin de suivre avec lui les rendements du déchargement. S'il s'agit d'un autre type d'expédition, le gestionnaire de sinistres ne nommera un expert *qu'a posteriori*, c'est-à-dire une fois le sinistre avéré.

C'est dans le cadre d'expéditions conventionnelles que seront, la plupart du temps, négociées les lettres de garantie ayant pour objet l'empêchement de la saisie conservatoire. En effet, lors du déchargement de marchandises transportées conventionnellement, un dommage sera systématiquement à déplorer, au regard de la fragilité de l'emballage, généralement de simples sacs. Lorsque la situation le permet, c'est-à-dire lorsque des dommages importants sont à déplorer et quand le contexte du

⁷ Définition trouvée sur le site : assurance-et-mutuelle.com

port de déchargement n'y est pas défavorable, le courtier aura à cœur de vouloir sécuriser la créance maritime. Afin de ne pas contrevenir aux intérêts des deux parties en immobilisant le navire par l'utilisation de la saisie conservatoire, et en entraînant donc des coûts, le gestionnaire de sinistres envisagera de négocier une lettre de garantie. Une fois le sinistre liquidé, par l'indemnisation de l'assuré par les assureurs, ces derniers bénéficieront d'une subrogation légale, voir conventionnelle quand l'indemnisation est dite commerciale. C'est donc pour leur compte que le gestionnaire de recours va envisager le recours contre le débiteur de la créance, soit dans la majorité des cas, le transporteur.

La lettre de garantie lui permettra d'ouvrir les discussions avec le P&I Club l'ayant émise, ou son correspondant, afin d'établir une reconnaissance amiable de responsabilité du transporteur. En cas d'échec, la reconnaissance de responsabilité devra être réalisée par un tribunal, plus précisément par le tribunal élu comme étant compétent par la lettre de garantie.

Une fois la reconnaissance de responsabilité établie, le gestionnaire de recours pourra demander au Club l'exécution de la lettre de garantie. Cette exécution sera presque systématiquement amiable, bien que des cas rarissimes puissent conduire à une exécution forcée de la lettre de garantie, soit le plus souvent à une action directe contre le P&I Club.

Le transporteur aura contracté une couverture auprès d'un *Protection and Indemnity Club* (P&I Club) qui joue « *un rôle d'assureur en complément de l'assureur corps* »⁸. En d'autres termes, l'armateur aura signé un contrat d'assurance pour prévenir certains risques pouvant affecter son navire et/ ou sa responsabilité auprès d'une compagnie d'assurance classique mais il aura également contracté une couverture auprès d'un P&I Club. L'émission de lettres de garantie au profit de l'armateur fait parti des services que le P&I Club rend à son membre, dans le cadre de son obligation de protection.

Elle est, plus précisément, le résultat d'un choix fait par le P&I Club, qui est purement discrétionnaire. La doctrine de *common law* qualifie souvent cette émission de véritable « *acte d'amitié* »⁹ du Club envers son membre. Cependant, pour se préserver des abus qui pourraient naître au regard de ce service,¹⁰ le P&I Club va soumettre la possibilité

⁸ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, Traités, 3^e éd. 2016, p.579, n°723

⁹ S. J. Hazelwood, *P&I Clubs Law and Practice*, 3rd éd., LLP, 2001, p.294

¹⁰ S. J. Hazelwood, *P&I Clubs Law and Practice*, 3rd éd., LLP, 2001, p.294

d'une telle émission à certaines conditions. En effet, l'émission d'une lettre de garantie n'est ni automatique, ni libre de conditions.

Généralement, le Club n'émettra une lettre de garantie que dans les cas reconnus par le Club lui-même comme étant appropriés. Evidemment, le navire doit être couvert par la couverture P&I au moment où la réclamation est née. Ainsi, il n'est pas possible pour un Club de garantir le *sister-ship* d'un navire couvert, s'il ne bénéficie lui-même de la couverture.

De même, la réclamation doit entrer dans la couverture P&I, même si le comité du Club peut choisir d'émettre une garantie quand la situation ne rentre pas à proprement parler dans la couverture, à condition que la réclamation reste dans l'esprit de la couverture.

Le Club est, par ailleurs, libre de réclamer une contre garantie à son membre, mais cela n'est jamais le cas pour les lettres de garantie visant à empêcher une saisie conservatoire d'un navire car, en effet, le Club dispose déjà, dans ce cas de figure, d'un garde fou : la reconnaissance de responsabilité du transporteur est un préalable à l'exécution de la garantie, qui restera, en cas d'exécution amiable, totalement sous le contrôle du P&I Club.

En effet, la faveur donnée par les P&I Clubs aux lettres de garanties est grandement justifiée par le fait que les juridictions n'ont pas le pouvoir d'interférer dans l'émission d'une lettre de garantie,¹¹ en tout cas tant que les parties arrivent à trouver un accord.

Chaque P&I Club dispose d'un réseau de correspondants agissant dans tous les ports du monde, qui sont listés sur le site internet du Club. Ces correspondants, dont les missions sont très variées, devront respecter les lignes directrices rédigées par le P&I Club et auront un devoir d'information envers lui, quant aux législations des pays où ils agissent et aux réclamations qu'ils gèrent.

Les P&I Clubs entretiennent avec leurs correspondants des liens importants, sans pour autant qu'un « *lien contractuel général et permanent* » ne les unisse, à l'exception des situations où le Club agit en qualité d'assureur, comme dans le cadre de l'émission d'une lettre de garantie, qui suppose un mandat direct du P&I Club en faveur de son correspondant pour que ce dernier puisse négocier les termes de la lettre pour le compte du P&I Club.¹²

¹¹ S. J. Hazelwood, *P&I Clubs Law and Practice*, 3rd éd., LLP, 2001, p.285

¹² J. Dalmas, *Etudes sur les correspondants de clubs de protection*, Mémoire pour le Master 2 Droit maritime, soutenu en 2017

Ainsi, dans la pratique de la négociation de lettres de garantie chez un courtier en assurances maritimes, le gestionnaire de sinistres pourra avoir à discuter avec le correspondant du P&I Club du transporteur présumé responsable de la créance maritime. Conséquemment, il en ira de même pour le gestionnaire de recours lors des discussions concernant la responsabilité du transporteur ainsi que pour l'exécution de la lettre de garantie. Les intérêts cargaison d'une part et les intérêts corps d'autre part, seront donc défendus par des intermédiaires, terme entendu au sens large.

La pratique des lettres de garanties P&I s'est développée parce qu'elle constitue une réponse immédiate et instantanée à un besoin de sécuriser une créance. Elle s'est révélée être essentielle au regard du caractère intrinsèquement international du commerce maritime et fait ainsi converger les intérêts mis en jeux. Dans ce contexte, il est donc capital de pouvoir se fier à la lettre de garantie en gardant à l'esprit que sa force s'est construite sur la réputation des P&I Clubs car, si ces lettres de garantie sont considérées comme des garanties suffisantes, cette confiance dépend très largement du P&I Club dont il est question.

En présence d'un Club faisant parti de l'International Group, regroupant les plus grands P&I Clubs, il ne fait aucun doute qu'une fois les conditions préalables à la mise en œuvre de la lettre de garantie remplies, le P&I Club qui se verra notifier une décision condamnant le transporteur, s'exécutera sans attendre. Ce comportement est la pierre angulaire du système des lettres de garanties.

Toutefois, il ne peut pas en aller de même pour les clubs dits à primes fixes. Ces Clubs ne jouissent pas de la même réputation que les P&I Clubs de l'International Group car, en effet, il s'agit de structures qui ne sont pas connues ni réputées et dont aucune garantie n'est apportée pour prouver leur solvabilité. Ainsi, le système de la lettre de garantie est majoritairement construit sur l'aptitude des Clubs à exécuter leur engagement de manière immédiate.

Par ailleurs, le système de la lettre de garantie présente divers intérêts, qui ont grandement servis son succès. Il s'agit d'abord d'une procédure flexible : les parties, qui sont libres de négocier les termes de la garantie, pourront adapter la lettre à leur situation. C'est également une procédure gratuite. Aucune contre partie financière ne sera demandée à l'ayant droit ou à son courtier en échange de l'émission de la lettre de garantie.

La lettre de garantie permet également de sécuriser la créance maritime en posant un cadre juridique précis, via l'élection d'un juge compétent ainsi que par la désignation de la loi applicable aux éventuels conflits relatifs à la réclamation que la lettre garantie ainsi qu'à son exécution.

Généralement, les parties auront, lors de la négociation de la lettre de garantie, pris le soin de déterminer le juge compétent ainsi que la loi applicable à la fois au litige afférent à la responsabilité du transporteur mais également à celui relatif à l'exécution de la lettre de garantie. Ainsi cette prévisibilité servira aux parties qui n'auront plus qu'à discuter du fond lorsqu'il sera question de la responsabilité du transporteur. Toutefois, il arrive que les parties n'arrivent pas à s'entendre notamment sur la juridiction compétente, ce qui a pour conséquence de laisser la place, au moment où les litiges naissent, aux règles de conflit de lois et de juridictions, ce qui n'est pas souhaitable pour les parties, qui devraient pouvoir garder le contrôle sur le contentieux.

Enfin, la lettre de garantie permet de sécuriser la créance maritime en permettant au voyage maritime de se poursuivre. Ainsi, en plus d'éviter des coûts, cette pratique répond parfaitement aux exigences du commerce international, qui sont, entre autre, la recherche d'une rapidité et d'une fluidité toujours plus importantes. Cela permettra donc aux parties de ne pas risquer de voir leur relation se dégrader, même en présence d'un litige.

L'utilisation très fréquente de la lettre de garantie fait se confronter quotidiennement des intérêts opposés, défendus par des intermédiaires. Cependant, même si les principaux intéressés, à savoir le transporteur maritime et l'ayant droit à la marchandise n'interviennent pas directement dans le processus de négociation et d'exécution de la lettre de garantie, c'est bien leurs intérêts qui sont en jeu. Dès lors, ils pèseront de tout leur poids, notamment au moment des négociations.

Il est donc intéressant de **comprendre ce qu'implique cette superposition d'acteurs.**

L'étude de la lettre de garantie permet également de mettre en lumière le contexte dans lequel elle prend forme : la bataille de compétences qui s'est engagée entre les pays de *common law*, l'Angleterre en première ligne, et les pays de droit civil, et notamment la France. L'étude de la négociation des termes de la lettre de garantie, au même titre que l'analyse de la recherche de responsabilité du transporteur **permettra de comprendre le rapport de force qui s'est mis en place ces dernières années**, à la

défaveur des intérêts cargaison et des juridictions des pays de chargeurs, comme les tribunaux français.

Enfin, il semblait important de construire ce mémoire sur un axe pratique. En effet, la lettre de garantie est le fruit de la pratique et aucun texte, international ou national, ne semble régir cet instrument dont la nature est parfois qualifiée de *sui generis*.

Néanmoins, il est évident que l'analyse de la lettre de garantie se nourrit du contexte juridique dans laquelle elle est émise, et des différences entre juridictions.

Il est donc capital de **mettre en perspective la pratique et les différentes problématiques juridiques liées à la lettre de garantie afin d'en saisir les enjeux et les contours**.

Ce mémoire se donne donc pour objectif d'analyser dans un premier temps **la négociation de la lettre de garantie dans le cadre de la gestion de sinistres** chez un courtier en assurances maritimes (**PARTIE 1**) avant de considérer **son exécution** à travers le prisme de la **gestion de recours**, opéré par le courtier (**PARTIE 2**).

Dans la première partie il s'agira de démontrer les situations dans lesquelles la **négociation d'une lettre de garantie est opportune (TITRE 1)** avant de disséquer les **principaux éléments de la négociation (TITRE 2)**.

La seconde partie, quant à elle, reviendra d'abord sur **les conditions d'exécution de la lettre de garantie (TITRE 1)**, notamment la reconnaissance de responsabilité du transporteur, avant d'envisager **l'exécution forcée de la lettre de garantie (TITRE 2)**, à travers l'analyse de l'action directe contre le P&I Club. En effet, la résolution amiable est certes la règle absolue en ce qu'elle conditionne la confiance accordée à la lettre de garantie, mais elle n'appelle pas de réflexions particulières.

PARTIE 1 : LA NÉGOCIATION DE LA LETTRE DE GARANTIE – GESTION DE SINISTRES

Chez un courtier en assurances maritimes, la gestion de sinistres ne se fera pas de la même manière en fonction des modalités du transport envisagé. La négociation d'une lettre de garantie portera, dans le cadre de la présente étude, sur un transport conventionnel de marchandises. Ce dernier est caractérisé par le fait que les marchandises sont « *transportées à nu ou avec des emballages légers, sans conditionnement particulier autre que des emballages ponctuels* ». ¹³ Ce transport s'oppose au transport en vrac, en conteneurs ou en charges roulantes.

L'emballage de la marchandise ainsi transportée va la rendre prompte à connaître les dommages. En effet, un sachet sera susceptible de se déchirer notamment lors des phases de manutention, qui peuvent être violentes. De même, ce type d'emballage permettra plus facilement le vol, étant donné qu'un sac, même pesant 50 kilos, est plus facile à subtiliser qu'un conteneur, par exemple.

De manière générale, la gestion d'un sinistre concernant un transport conventionnel appelle une vigilance particulière: au regard de la fragilité de l'emballage, un dommage, aussi petit soit-il, sera à déplorer à la fin des opérations de déchargement.

Ainsi, le gestionnaire de sinistres mandatera, dès qu'il sera avisé d'un transport conventionnel par l'assuré, un expert dans le port de déchargement afin que celui-ci l'avertisse de l'arrivée du navire au port et suive les opérations de déchargement, en fonction de l'étendue de l'assurance facultés : jusqu'au sous-palan, jusqu'à l'entrée du magasin portuaire ou du magasin du réceptionnaire.

Une telle gestion, qui engendre donc des coûts supplémentaires, ne se justifie pas lorsque les marchandises sont transportées différemment. La probabilité du dommage étant réduite, la gestion du sinistre se fera, le cas échéant, *a posteriori*.

La négociation d'une lettre de garantie a pour objectif de sécuriser une créance maritime, constatée au déchargement. Cette créance résultera des dommages causés à la marchandise depuis sa prise en charge par le transporteur jusqu'à sa livraison sous-

¹³ Définition trouvée dans la base de documentation du CRDD, dépendant du Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Fret conventionnel : un secteur convoité », *Le Marin*, 1999, p.2

palan, c'est-à-dire jusqu'à ce que la marchandise ait été entièrement déchargée à quai. Le créancier sera donc l'ayant droit à la marchandise.

Le moyen ultime pour sécuriser une créance maritime reste l'utilisation de la saisie conservatoire. Cette dernière est définie par Messieurs les professeurs Christian Scapel et Pierre Bonassies comme étant un moyen de pression exercé par le créancier sur l'armateur pour obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues.¹⁴ Ce moyen de pression se concrétise par le coût de l'immobilisation du navire découlant de la saisie.

Nonobstant, la saisie conservatoire ne répond pas forcément aux exigences qu'impose le commerce international. En effet, le transport maritime, étant l'instrument de ce commerce, doit être facilité par une certaine fluidité dans les rapports entre les différents acteurs. C'est la raison pour laquelle la négociation de la lettre de garantie correspond parfaitement à ces besoins, en ce qu'elle n'impose aucune conséquence directe et immédiate pour les parties dont les intérêts sont en jeu. Elle sécurise donc la créance maritime de manière amiable.

Ainsi la phase de négociation de la lettre de garantie va d'abord être le résultat d'un choix fait par le gestionnaire de sinistres d'instituer cette négociation au détriment, du moins dans un premier temps, d'autres moyens de sécurisation de la créance et notamment de l'emploi de la saisie conservatoire. Le gestionnaire va, dans certains cas, pouvoir éviter l'immobilisation du navire et ainsi pérenniser la fluidité du voyage maritime et des transactions commerciales qui lui sont sous-jacentes.

Cette négociation doit donc apparaître comme étant opportune (TITRE 1) en ce sens qu'elle ne sera envisagée que si la situation est adéquate à la négociation.

Une fois cette opportunité acquise, **la négociation pourra être conduite (TITRE 2)**. Son succès dépendra largement de l'établissement d'un équilibre entre les intérêts en jeu. Le courtier et son interlocuteur devront saisir qu'« *ils ont chacun leurs raisons mais n'ont pas forcément complètement raison* »¹⁵ afin d'établir un compromis, objectif final du système des lettres de garantie mis en place par les P&I Clubs.

¹⁴ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, Traités, 3^e éd. 2016, p.482, n°589

¹⁵ F. Benham, docteur en droit et correspondant P&I chez ETIC SA

TITRE 1 : L'OPPORTUNITÉ D'UNE NEGOCIATION D'UNE LETTRE DE GARANTIE

L'ouverture d'une négociation d'une lettre de garantie ne sera pas systématique. En effet, la lettre de garantie répond à un besoin de sécurité, besoin qui existe notamment lorsque le transport est effectué par une *single ship company*.¹⁶ Le but d'une telle structure est, pour l'armateur contrôlant une flotte importante, de constituer une société par navire pour éviter d'en constituer une seule qui serait propriétaire de la totalité de ses navires, afin d'établir un écran juridique entre son patrimoine, ou le patrimoine qu'il contrôle, et chacun de ses navires.¹⁷ Une telle structure aura donc un patrimoine limité et, conséquemment, ne présentera aucune garantie de solvabilité. Cette situation rendra nécessaire la sécurisation préalable de la créance maritime. La demande de lettre de garantie ne sera pas opportune si le courtier se retrouve face à un transporteur établi sur une ligne régulière. Dans une telle situation, le gestionnaire n'aura pas besoin de s'assurer de la solvabilité du transporteur, ayant un siège social identifié et stable ainsi qu'un patrimoine connu.

Le gestionnaire va ensuite devoir établir l'opportunité d'ouvrir la négociation d'une lettre de garantie plutôt que de recourir d'emblée à la saisie conservatoire. Il est important de comprendre ici que l'émission d'une lettre de garantie relève de l'intérêt des deux parties.

En effet, si juridiquement, le moyen ultime pour sécuriser une créance maritime est de pratiquer une saisie conservatoire sur le navire concerné par la créance, en pratique cette solution est à éviter compte tenu des intérêts commerciaux en jeu. Une issue amiable sera toujours étudiée avant de saisir les juridictions ; c'est la raison d'être du système des lettres de garantie P&I.

L'étude de cette opportunité se place toutefois dans un contexte particulier. Le gestionnaire prendra notamment en compte le temps dont il dispose. Si le dommage survient alors que le navire n'est pas dans son dernier port de déchargement, le gestionnaire aura l'occasion, en cas d'échec des négociations de la lettre de garantie, de saisir le navire dans un autre port de déchargement. Il disposera ainsi de plus de temps. Toutefois, si tel n'est pas le cas, le gestionnaire va se trouver dans une situation d'urgence en ce sens qu'il devra sécuriser la créance avant le départ du navire car il ne

¹⁶ Littéralement société d'un seul navire

¹⁷ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, Traités, 3^e éd. 2016, p.223, n°244

pourra plus faire pratiquer la saisie conservatoire du navire *a posteriori*. En effet, il y aura pour le gestionnaire une réelle incertitude quant aux futurs voyages du navire concerné, qui pourra même, entre temps, avoir changé de transporteur.

L'opportunité de demander une lettre de garantie se caractérise principalement par la réunion de deux facteurs. D'abord il va s'agir d'identifier une situation dans laquelle la **demande de lettre de garantie est pertinente (CHAPITRE 1)**. Ensuite, il faudra établir **l'efficacité de la lettre de garantie (CHAPITRE 2)**, notamment par rapport à la saisie conservatoire, bien que cette dernière soit présente pendant les négociations et reste, en cas d'échec des négociations, une issue envisageable.

CHAPITRE 1 : UNE SITUATION JUSTIFIANT LA NÉGOCIATION D'UNE LETTRE DE GARANTIE

La justification de l'ouverture d'une négociation portant sur la lettre de garantie passe par plusieurs étapes. Le gestionnaire de sinistres va d'abord déterminer si le dommage justifie une demande de garantie, puis éliminer l'existence d'un transport effectué sur une ligne régulière, avant d'analyser si le contexte est favorable à une telle demande et de définir le temps dont il dispose pour sécuriser la créance maritime découlant du dommage.

Toutefois, l'ouverture de la négociation d'une lettre de garantie n'est pas le résultat d'une décision unilatérale. Elle est l'aboutissement de la pondération entre, d'une part la volonté de l'ayant droit à la marchandise de sécuriser sa créance maritime ainsi que le recours qui lui sera subséquent et, d'autre part, la discrétion du P&I Club d'émettre une lettre de garantie. C'est la rencontre entre ces deux éléments qui va finalement aboutir à l'ouverture de la négociation d'une lettre de garantie.

C'est au gestionnaire de sinistres qu'il appartient de déclencher la demande de lettre de garantie. Il ne le fera que si la situation le justifie c'est-à-dire si **des dommages importants sont révélés par les chiffres finaux de l'expert à la fin du déchargement (Section 1)** et seulement si **le contexte sur place apparaît comme étant favorable à une telle négociation (Section 2)**.

Section 1 : Des dommages importants

La négociation d'une lettre de garantie n'aura de sens qu'en présence de dommages importants. L'objet de cette lettre étant de s'assurer de la solvabilité du transporteur,¹⁸ cette préoccupation ne naîtra dans l'esprit de l'ayant droit à la marchandise que si le dommage est conséquent.

Par ailleurs, l'importance du dommage est établie, au moment de l'ouverture de la négociation, par les chiffres des experts¹⁹, nommés par le gestionnaire de sinistres au début de l'expédition et par le club. Ces chiffres pourront être réels, donnés à la fin du déchargement, ou estimés, donnés au cours du déchargement grâce à une extrapolation des dommages déjà constatés.

¹⁸ En ce sens voir C. Scapel, « Lettres de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre* n°14, C.A.M.P., Automne 2007

¹⁹ Voir annexe I : Chiffres finaux de l'expert

Le montant de la lettre de garantie se calcule par la multiplication du tonnage, estimé ou non, de marchandises endommagées par sa valeur saine sur le marché²⁰ plus un certain pourcentage de la somme obtenue, ayant pour objectif de couvrir les frais consécutifs au dommage à savoir les frais d'expertise, de triage, de reconditionnement et, au cas où, de justice. Les chiffres finaux se trouvent au cœur de ce calcul puisque le tonnage donné sera celui révélé par les chiffres de l'expert, *qui constatent les dommages (I)*.

Conséquemment, plusieurs problématiques vont voir le jour et, notamment, *la fiabilité de l'expert et de ses chiffres finaux (II)*.

I- La constatation des dommages

Une fois que le navire a accosté au port de déchargement, l'expert va assister à l'ouverture des cales et suivre le déchargement afin de communiquer, au fur et à mesure, ses chiffres concernant le dommage, à son mandataire. Le déchargement prenant plusieurs jours, voir plusieurs semaines si le temps est mauvais ou si le port est vraiment encombré, le gestionnaire devra rester attentif aux chiffres communiqués par son expert.

En pratique, c'est lorsque le tonnage de marchandises avariées devient anormalement important par rapport au tonnage effectivement déchargé que le gestionnaire de sinistres va demander une estimation par extrapolation du dommage à l'expert afin de connaître, approximativement, le tonnage total du dommage avant la fin du déchargement. C'est sur la base de ces chiffres que le courtier va éventuellement pouvoir engager la négociation avec le P&I Club, pour le compte de l'ayant droit à la marchandise. Le P&I Club pourra accepter d'ouvrir la négociation ou demander d'attendre la fin du déchargement pour négocier sur la base des chiffres réels, chose qui peut être complexe à envisager pour le gestionnaire si le navire est dans son dernier port de déchargement.

Concrètement, le gestionnaire fera une demande de lettre de garantie à partir d'un dommage compris entre 8 000 et 10 000 Euros, bien que cela puisse varier en fonction de la valeur globale de la marchandise transportée.

Parfois, le P&I aura lui aussi mandaté d'office un expert pour suivre le déchargement. C'est notamment le cas pour les expéditions caractérisées par un taux de

²⁰ Cette valeur, appelée *sound market value*, est le prix auquel la marchandise serait achetée au moment de la livraison, déterminée abstractivement. Cette valeur prendra notamment en compte le fret, l'assurance et le bénéfice espéré.

sinistralité important, comme la sacherie à destination de l'Afrique, ou après qu'un incident ou qu'une avarie aient été révélés.

Parfois les chiffres se contredisent. Si les chiffres sont proches, ce qui est le cas la plupart du temps, la conséquence du dommage ne sera pas contestée. Toutefois, quand les chiffres sont vraiment éloignés, les parties devront essayer de l'expliquer en désignant l'erreur, faute de quoi ils pourront essayer d'établir une lettre de garantie provisoire, renégociée après la communication des chiffres finaux réels. Cette différence peut soulever des différences importantes concernant la méthode d'extrapolation des dommages.

L'enjeu pesant sur ces chiffres est donc capital : un P&I refusera d'engager une négociation s'il estime ne pas pouvoir faire confiance aux chiffres donnés. C'est la raison pour laquelle la *fiabilité de l'expertise doit être indiscutable (II)*.

II- La fiabilité de l'expertise

La portée des chiffres finaux dans la décision d'engager les négociations fait donc présager de l'importance de la fiabilité de l'expert et de ses chiffres.

Généralement le gestionnaire de sinistres a, à sa disposition, un réseau d'experts à travers le monde sur lequel il peut s'appuyer. Ce réseau se construit sur la réputation de l'expert, sur sa spécialité mais aussi sur les recommandations des assureurs, qui peuvent mettre en place une liste d'experts agréés dans leur police d'assurance.

C'est en se fondant sur ce réseau que le courtier va choisir celui qu'il pense être le plus compétent en fonction de la marchandise, du port et de l'événement en question. La réputation d'un expert, acquise au fil des années, joue donc ici un rôle déterminant.

A ce titre, l'enjeu pour le gestionnaire de sinistres est double : il doit à la fois choisir un expert indiscutable aux yeux des assureurs, qui indemniseront l'assuré sur la base de son rapport final, mais dont les méthodes inspireront également la confiance du P&I Club.

Ensuite, il va s'agir de rendre indiscutable la fiabilité de l'expertise en elle-même : l'expert doit être capable de démontrer et de justifier sa méthode de pointage et d'extrapolation, faute de quoi la situation peut précipiter la saisie conservatoire du navire, chose que les deux parties veulent éviter. En effet, si l'expert choisi par le gestionnaire décidait d'utiliser une méthode d'extrapolation des dommages qui ne serait pas cohérente, le P&I Club refuserait de s'appuyer sur ces chiffres pour considérer le

dommage. C'est le cas lorsque l'extrapolation s'éloigne d'une proportionnalité cohérente entre les dommages effectivement constatés et les dommages totaux estimés. Les acteurs impliqués dans la négociation sont toutefois conscients du fait que ces extrapolations ne relèvent pas d'une science exacte, c'est la raison pour laquelle s'est développée la pratique des lettres de garantie provisoires.

L'importance d'un dommage constaté par un expert fiable n'est pas le seul facteur justifiant l'ouverture de la négociation de lettre de garantie car, en effet, **le contexte doit être également favorable à une telle procédure (Section 2).**

Section 2 : Un contexte favorable

Le contexte entourant le déchargement en question va influencer, positivement ou négativement, l'ouverture de la négociation de la lettre de garantie.

Le premier élément à prendre en compte par le gestionnaire est d'ordre factuel. Les expéditions qu'il suit vont l'amener à connaître des pays divers, qui peuvent présenter des caractéristiques culturelles, juridiques et économiques propres à influencer l'ouverture de la négociation.

C'est le cas dans certains ports de déchargement africains, qui peuvent révéler un taux important de sinistralité par rapport aux ports européens ou asiatiques, induits par les vols particulièrement. Le gestionnaire va alors devoir connaître le contexte juridique dans le port de déchargement pour adapter son comportement au moment de la formulation d'une demande de lettre de garantie et décider de la meilleure option pour sécuriser la créance maritime.

Ainsi, le contexte dans lequel la demande de lettre de garantie est née, pourra la favoriser ou l'exclure, mettant en lumière ***le poids du port de déchargement considéré (I).***

Ensuite le gestionnaire va devoir se confronter à la vision de la situation du P&I Club, ou de son correspondant, qui révélera forcément une sensibilité différente. A ce stade, le gestionnaire n'a formulé qu'une demande, que le P&I Club peut refuser, excluant ainsi la possibilité d'ouvrir la négociation. Le gestionnaire reste donc soumis à ***l'acceptation du P&I Club de considérer sa demande (II).***

I- Le poids du port de déchargement

Le port de déchargement joue un rôle essentiel d'abord parce qu'il va induire le contexte juridique qui pèsera sur l'ouverture des négociations de la lettre de garantie.

La Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer du 10 mai 1952 prévoit la compétence de la juridiction du ressort duquel le navire a été saisi concernant la mainlevée d'une saisie conservatoire²¹ et, dans certains cas, pour statuer au fond²². Or, le navire sera saisi dans le port de déchargement, rendant la juridiction de ce dernier compétente pour connaître de ces questions. Ainsi, la juridiction de ce port pèsera de tout son poids dans la décision d'ouvrir la négociation de la lettre de garantie ou de lui préférer la saisie conservatoire.

La situation dans un port de déchargement peut favoriser l'ouverture de la négociation de la lettre de garantie.

Comme dit précédemment, certains ports sont connus, notamment concernant la sacherie de riz en Afrique de l'Ouest, pour leur taux de sinistralité important, souvent lié à leur incapacité à empêcher les vols.

C'est le cas de Conakry où parfois les déchargements de riz se transforment en véritables pillages, ne laissant au capitaine d'autre choix que de suspendre le déchargement. Dans ce port, le gestionnaire sait qu'il y a de fortes chances pour que les dommages soient importants et cela rendra fortement probable la demande de lettre de garantie.

De plus, dans ce port, la mainlevée de la saisie conservatoire pourra prendre jusqu'à neuf mois, rendant l'ouverture de la négociation plus facile en raison de la volonté de l'armateur d'éviter une telle immobilisation. En effet, le coût à la charge de l'armateur deviendra difficilement supportable en raison de frais de justice et des indemnités versées au profit des intérêts cargaison pour le retard de livraison, en plus de son manque à gagner lié à l'impossibilité d'exploiter le navire jusqu'à la mainlevée de la saisie. L'armateur pourra alors insister auprès du P&I Club pour que ce dernier émette une lettre de garantie.

²¹ Paragraphe premier de l'article 5 de la Convention du 10 mai 1952: « *Le Tribunal ou toute autre Autorité Judiciaire compétente dans le ressort duquel le navire a été saisi, accordera la mainlevée de la saisie [...].* »

²² Paragraphe premier de l'article 7 de la Convention du 10 mai 1952 : « *Les Tribunaux de l'Etat dans lequel la saisie a été opérée seront compétents pour statuer sur le fond du procès : soit si ces Tribunaux sont compétents en vertu de la loi interne de l'Etat dans lequel la saisie est pratiquée, soit dans les cas suivants, nommément définis [...].* »

Par ailleurs, la saisie conservatoire se fait localement, dans le port de déchargement. Si le gestionnaire de sinistres peut s'appuyer sur un cabinet ou sur un avocat fiable, dont l'expérience a démontré la compétence, la saisie conservatoire ne sera pas forcément écartée dans le sens où le gestionnaire saura qu'il pourra s'appuyer sur un avocat pour demander et obtenir la saisie conservatoire et qu'elle sera pratiquée en toute efficacité.

Si tel n'est pas le cas, la situation s'inverse : le gestionnaire n'aura pas d'autres choix que de demander et d'obtenir l'émission d'une lettre de garantie.

Il en va de même dans les ports où la saisie conservatoire est compliquée à obtenir, notamment en raison de l'imprévisibilité des décisions de justice. C'est particulièrement le cas du port de Douala.

Le gestionnaire devra également considérer le coût des frais de justice.

Pour un dommage très important, des frais de justice élevés ne freineront pas le gestionnaire pour engager une demande de saisie conservatoire. Lorsque les dommages sont moins importants et que les coûts afférents à la saisie conservatoire se trouvent être disproportionnés dans une situation donnée, cette dernière ne pourra pas être raisonnablement envisagée.

Ces facteurs sont autant d'éléments qui vont influencer, positivement ou négativement, l'ouverture d'une négociation portant sur la lettre de garantie.

Cependant, le gestionnaire reste *soumis à l'acceptation du P&I Club d'ouvrir cette négociation (II)*.

II- L'acceptation du P&I Club

Le P&I Club, ou son correspondant, représente des intérêts opposés à ceux défendus par le gestionnaire. Le premier va chercher à s'assurer que les chiffres avancés par le gestionnaire ne prennent en compte que le dommage potentiellement imputable au transporteur. Le second, quant à lui, voudra couvrir le dommage le plus large possible afin d'acquiescer la certitude que la créance maritime sera intégralement garantie. A ce dernier titre, le gestionnaire peut en effet se faire surprendre *a posteriori* notamment par les frais de reconditionnement et de triage, opérés par des acteurs locaux, ou par les frais engendrés par une procédure judiciaire ou arbitrale.

Ces aspirations différentes ne doivent pas empêcher l'ouverture d'une lettre de garantie car l'obtention de cette dernière fait converger les intérêts des deux parties. Toutefois cela peut conduire certains gestionnaires à formuler des demandes abusives.

En effet, un gestionnaire ayant peu d'expérience pourrait être tenté par la systématisation des demandes de garantie, chose qui ne sera pas acceptée par les Clubs. Un tel comportement, bien que non observé en pratique, conduirait à affaiblir le système même de la lettre de garantie.

D'une manière plus générale, l'acceptation de la demande de lettre de garantie dépendra de la politique interne du P&I Club : alors que certains clubs n'ont aucun mal à envisager une négociation de lettre de garantie portant sur un dommage qui n'est pas vraiment conséquent, d'autres refuseront d'ouvrir la négociation devant la même situation, préférant parfois transiger sur le montant des dommages.

Pareillement, la relation de confiance établie entre un courtier en assurances maritimes et un correspondant P&I, par exemple, peuvent grandement favoriser l'ouverture de la négociation car les parties connaissent mutuellement leurs compétences et leur sérieux.

Ainsi, l'ouverture d'une négociation d'une lettre de garantie va d'abord être justifiée par l'existence de dommages importants, via les chiffres finaux établis par un expert fiable et compétent, mais également par l'absence de contraintes factuelles ou juridiques pesant sur cette ouverture. Toutefois, cette ouverture dépendra de l'acceptation du P&I Club.

Une fois cette justification acquise, il va s'agir de démontrer **l'efficacité de la lettre de garantie (CHAPITRE 2)**, notamment par rapport à la saisie conservatoire.

CHAPITRE 2 : L'EFFICACITÉ DE LA LETTRE DE GARANTIE

Le processus conduisant à sécuriser une créance maritime peut prendre plusieurs formes : le gestionnaire de sinistres pourra demander une lettre de garantie, faire pratiquer une saisie conservatoire sur le navire, demander une garantie bancaire, transiger sur un montant avec le P&I Club.

Le courtier va préférer l'acte le plus efficace en fonction d'éléments à l'instar du montant des dommages, de la fiabilité du P&I Club, du temps qu'il lui ait imparti avant que le navire quitte son dernier port de déchargement.

Ainsi, par exemple, face à un club à primes fixes, qui ne présente pas la certitude de solvabilité des P&I Clubs faisant parti de l'International Group²³, une demande de garantie bancaire sera préférée.

Par ailleurs, devant une demande de lettre de garantie solide mais concernant un dommage peu important, le P&I Club pourra proposer au gestionnaire de transiger sur un montant. Ici il faut que le P&I Club ait la certitude, *primo facie*, que le dommage relève de la responsabilité du transporteur.

L'acte choisi devra ainsi garantir la créance maritime de manière adéquate.

Néanmoins, dans la plupart des cas, le gestionnaire aura à choisir entre une demande de lettre de garantie ou faire pratiquer une saisie conservatoire.

Comme relevé plus haut, la saisie conservatoire reste le moyen juridique ultime pour sécuriser une créance maritime en ce qu'elle contraindra l'armateur à garantir la créance maritime, via son P&I Club ou une banque, sans que le créancier ait forcément besoin de démontrer le bien fondé de sa créance.²⁴ Elle engendrera donc l'immobilisation du navire et pourra, dès lors, provoquer une dégradation des relations entre les acteurs impliqués.

C'est pourquoi la pratique a tendance à privilégier le recours, au moins dans un premier temps, à la lettre de garantie qui permettra d'assurer l'objectif de sécurisation de la créance tout en permettant au navire de poursuivre son voyage et donc d'entretenir les

²³ Association regroupant un certain nombre de P&I Clubs et qui a pour fonction principale la prise en charge collective des sinistres supérieurs à 10 millions de dollars, mais également l'échange d'informations sur les clubs et leurs membres et la représentation internationale des intérêts des armateurs.

²⁴ En droit français, l'article L.5114-22 du Code des transports prévoit que « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire d'un navire » alors que la Convention pour l'unification de certaines règles en matière de saisie conservatoire de navires de mer du 10 mai 1952 l'autorise pour les créances maritimes listées en son article 1.1.

relations commerciales entre les ayants droits à la marchandise et l'armateur, même en présence d'un sinistre et donc d'un litige potentiel. Cependant, la saisie conservatoire sera l'issue en cas d'échec de la négociation et provoquera l'émission d'une lettre de garantie, qui aura cette fois-ci pour objet non plus l'empêchement de la saisie conservatoire mais sa mainlevée.

La lettre de garantie sera souvent privilégiée en ce qu'elle présente **une certaine supériorité factuelle par rapport à la saisie conservatoire (Section 1)**. Cependant, la **saisie conservatoire persistera (Section 2)**, aussi bien pendant la négociation de la lettre de garantie qu'en cas d'échec de la négociation.

Section 1 : La supériorité factuelle de la lettre de garantie

L'enjeu ici est de réussir à résoudre amiablement le litige né à la suite de la constatation du dommage.

A ce titre, l'émission d'une lettre de garantie se fait, en tout cas de manière immédiate, gratuitement et sans recours à une juridiction. Les termes sont ainsi fixés amiablement par les parties, ce qui ne sera pas forcément le cas en pour la saisie conservatoire.

Cette dernière va provoquer des frais d'avocat, engagés localement, et parfois des coûts judiciaires supplémentaires en fonction de la procédure applicable dans le pays où elle est exercée. La saisie va également coûter un temps précieux aux parties, dont l'activité est soumise aux exigences du commerce international, à savoir la rapidité et la fluidité. Enfin, si les parties n'arrivent pas à trouver un terrain d'entente quant à la mainlevée de la saisie conservatoire, les modalités de cette dernière leur échapperont et seront fixées par le juge du port de déchargement, ce qui aura, dans certains cas, pour effet d'affaiblir la prévisibilité juridique dans laquelle le commerce international doit fonctionner.

Ainsi, il est clair que la lettre de garantie présente une incontestable supériorité factuelle notamment parce qu'elle permet la résolution amiable d'un litige tout en étant **extrêmement flexible (I)** et en apportant une **sécurité juridique (II)** vitale aux parties.

I- Une procédure flexible

Formuler une demande de lettre de garantie est très simple : il suffit pour le gestionnaire de sinistres d'envoyer une demande au P&I Club de l'armateur, ou à son correspondant. La négociation pourra alors être conduite, via un échange de courriers électroniques et d'appels téléphoniques entre les deux interlocuteurs. Cela n'engage

aucun coût et ne prend, généralement, qu'un temps limité. En effet, il va s'agir pour les parties de s'entendre sur le montant et le contenu de la lettre de garantie et en général, la lettre de garantie sera émise dans les jours suivants la demande. Ainsi, au regard des exigences du commerce international, la lettre de garantie apparaît efficace.

Par ailleurs, l'établissement de la lettre de garantie est gratuit. Le P&I Club ne demandera rien au gestionnaire en échange de cette émission. La logique ici est différente de celle des banques lors de l'émission d'une garantie bancaire. Les organismes bancaires vont en effet non seulement demander une somme d'argent en échange de l'émission d'une telle garantie mais vont également se rémunérer via la perception d'un pourcentage déterminé du montant de la lettre, lors de son exécution. Les P&I Clubs, quant à eux, se contenteront de répertorier les lettres de garanties émises pour le compte de leurs membres afin d'adapter la franchise payée par ces derniers l'année suivante.

A ce titre, la lettre de garantie apparaît comme étant d'autant plus efficace par rapport à la saisie conservatoire, qui engendre des frais de justice et qui peut coûter jusqu'à 5 000 Euros dans des villes comme Tema.

L'efficacité de la procédure est également liée à sa flexibilité. Elle permet en effet de sécuriser une créance maritime sans engager la responsabilité de l'armateur. La négociation n'implique aucune reconnaissance de responsabilité du transporteur et le P&I Club ne paiera la somme garantie qu'à la condition que la responsabilité de son membre soit reconnue par une décision rendue par un tribunal étatique ou arbitral, ou par un accord amiable. Ainsi, cela va éviter d'aborder les questions de fond sur la responsabilité même des dommages, domaine où les parties auront le plus de mal à s'entendre, au moment de l'émission de la lettre de garantie. Il n'y a donc aucune conséquence directe, ni pour l'armateur, ni pour le P&I Club, à émettre ce type de garantie.

Cette flexibilité n'est pas le seul facteur d'efficacité de la lettre de garantie car en effet tout son intérêt réside dans le fait que sa souplesse ne l'interdise pas de poser un *cadre juridique sécurisant (II)* concernant la mise en jeu de la responsabilité du transporteur et la mise en œuvre subséquente de la garantie.

II- Une procédure sécurisante

La procédure de l'émission d'une lettre de garantie P&I instaure une sécurité à triple titre.

Cela va d'abord permettre aux parties d'éviter de se confronter aux juridictions et au droit locaux. En effet, la négociation amiable ne concerne que les parties, alors que la saisie conservatoire forcera le recours aux juridictions locales, ce qui parfois peut s'avérer problématique compte tenu de l'insécurité juridique existante dans certains pays. La lettre de garantie va donc dans l'intérêt des parties, qui veulent éviter le recours à des juridictions exotiques et lointaines. De même, et comme dit précédemment, la procédure de négociation va sécuriser la position financière des parties, qui n'auront pas à engager des coûts dans une procédure judiciaire.

Ensuite les parties vont définir, par les termes même de la lettre de garantie, le cadre légal des discussions futures. En effet, les lettres de garantie P&I prévoient de manière très fréquente le droit applicable ainsi que la juridiction compétente concernant le litige afférent à la responsabilité du transporteur. La définition de ce cadre légal va notamment empêcher, au moment de la mise en jeu de la responsabilité du transporteur, les discussions portant sur la juridiction compétente, cette dernière étant souvent le premier argument de défense des armateurs. Ainsi, les parties n'auront plus qu'à discuter directement de la responsabilité du transporteur, le reste étant donc déterminé *a priori*.

De même, la lettre de garantie prévoira le droit applicable et la juridiction compétente concernant l'exécution de la lettre de garantie, gage d'une prévisibilité juridique pour les parties.

Enfin, cela sécurisera les relations entre les différents protagonistes. Les traders et les transporteurs ont des relations étroites, le transport maritime et le commerce international étant largement interdépendants. Il est donc primordial de pouvoir débloquer une situation sans atteindre les relations entre les parties impliquées, fonction que la lettre de garantie remplit parfaitement, en ce qu'elle évite le recours aux tribunaux et empêche donc potentiellement les relations de se dégrader.

La supériorité factuelle de la lettre de garantie est donc avérée. Toutefois, cette efficacité n'empêche pas **la saisie conservatoire de rester présente (Section 2)**, à la fois lors des négociations et en cas d'échec de celles-ci.

Section 2 : La présence persistance de la saisie conservatoire

La saisie conservatoire reste d'abord un moyen de pression, implicite mais efficace, que le *courtier utilise pour pouvoir obtenir une lettre de garantie (I)*, notamment dans des ports comme Conakry où la mainlevée de la saisie peut prendre plusieurs mois.

De plus, la saisie conservatoire reste, sous réserve de la volonté de l'ayant droit, *l'alternative en cas d'échec des négociations (II)*, pour pouvoir sécuriser la créance maritime, notamment lorsqu'aucun accord sur une lettre de garantie n'a été trouvée au moment où le navire quitte son dernier port de déchargement.

Toutefois, l'initiative de la saisie conservatoire ne revient pas au gestionnaire de sinistres mais bien à l'ayant droit à la marchandise. Parfois, le gestionnaire doit même tempérer la volonté de ce dernier de faire saisir le navire, afin de laisser à la lettre de garantie la possibilité d'être émise.

I- La demande appuyée par la saisie conservatoire

Le courtier va proposer d'ouvrir la négociation de la lettre de garantie comme étant une alternative à la saisie conservatoire et cela ne doit rien au hasard car, en effet, l'objet même de la lettre de garantie est l'empêchement de la saisie conservatoire.

Ainsi, la saisie conservatoire pèsera sur les négociations, si elle est envisagée par l'ayant droit à la marchandise, dans le sens où elle sera un argument de taille entre les mains du gestionnaire pour obtenir la lettre de garantie. En effet, en cas de saisie conservatoire, le P&I Club sera non seulement potentiellement contraint d'émettre une garantie afin d'en obtenir la mainlevée mais fera également subir à son membre le coût d'une immobilisation et les conséquences qu'elle va engendrer, comme le retard dans les déchargements non encore opérés ainsi que l'impossibilité pour l'armateur d'exploiter commercialement son navire durant l'immobilisation.

La crainte pour l'armateur de voir son navire saisi incitera le P&I Club à ouvrir la négociation de la lettre de garantie puisqu'il représente ses intérêts. C'est d'autant plus le cas lorsque la mainlevée est longue à obtenir. C'est cette crainte qui va permettre l'ouverture de la négociation.

Lorsque la négociation amène le gestionnaire à négocier avec un correspondant P&I, cela peut être bénéfique, notamment lorsque le P&I Club est réticent à ouvrir la négociation ou à émettre une lettre de garantie car, en effet, le correspondant P&I est obligé de se conformer aux directives du P&I Club qu'il représente. Toutefois le correspondant pourra, s'il estime cela nécessaire, informer l'armateur du blocage potentiel afin que ce dernier contacte le P&I Club et lui demande expressément d'émettre la lettre. Il peut donc faire le lien entre le P&I Club et le Membre de manière efficace.

De même dans la situation où l'armateur est également le client du courtier, en vertu d'une police d'assurance corps, signée par l'intermédiaire du courtier mettant en place une couverture au profit du navire. Cette situation peut permettre au gestionnaire de sinistres de contacter la personne s'occupant de l'armateur, au sein même de son entreprise, afin qu'il appuie la demande de lettre de garantie auprès du P&I Club. Généralement cette proximité permet donc de faciliter l'obtention de la lettre de garantie. De plus, ce contact sera souvent l'occasion de clarifier les enjeux de l'émission de la lettre de garantie: l'objet d'une telle lettre est bien de sécuriser une créance maritime sans emporter une reconnaissance de responsabilité, chose qui n'est pas toujours limpide dans l'esprit des armateurs.

Néanmoins la situation, dans un pareil cas de figure, peut se tendre lorsque la saisie conservatoire est envisagée, car l'armateur ne comprendrait pas que son propre courtier en assurances maritimes soit à l'origine de la saisie conservatoire de son navire. Dans cette situation, le gestionnaire de sinistres se retirerait de la gestion du sinistre et notifierait aux assureurs de l'ayant droit à la marchandise, afin que ces derniers puissent prendre la suite de la gestion.

Dans tous les cas précédemment évoqués, la conduite de l'armateur sera guidée par la volonté d'éviter la saisie conservatoire, qui reste donc présente lors des négociations.

Toutefois, il est important de noter que le poids de cet argument dépendra largement de la faisabilité de la saisie conservatoire : si le montant du dommage est proportionnellement peu élevé par rapport au coût de la saisie conservatoire, la pratique de cette dernière restera illusoire.

Dans d'autres situations, la saisie conservatoire ne sera pas souhaitée par l'ayant droit à la marchandise, notamment en raison des liens, qui vont parfois s'assimiler à de la

dépendance économique, qu'il entretient avec l'armateur. En effet, l'ayant droit à la marchandise sera un exportateur ou un importateur, qui pourra dépendre des voyages effectués par l'armateur, surtout si cet armateur effectue des voyages en *trempling* qu'il est le seul à faire, alors que le transporteur pourra être rattaché à un groupe international. Ainsi, si le premier ne peut se passer du second pour exercer son activité, le second pourra ne pas être affecté par une rupture des relations commerciales avec le premier, mettant en exergue le déséquilibre dans le présent rapport de force.

Cependant, ce genre de situations n'est connu que par le gestionnaire de sinistres qui évitera d'exposer la situation de son client au P&I Club, avec qui il souhaite ouvrir une négociation.

Enfin, il est possible que le P&I Club reste insensible à cet argument car si la saisie conservatoire n'est pas souhaitable, elle n'est pas insurmontable.

La saisie conservatoire est donc un argument pour obtenir l'ouverture de la négociation de la lettre de garantie, mais elle sera également *l'issue en cas d'échec de la négociation (II)*.

II- La saisie conservatoire en cas d'échec de la demande

Si la demande de lettre de garantie est rejetée ou si la négociation ne peut aboutir avant la fin du déchargement dans le dernier port de déchargement du navire, le gestionnaire de sinistres n'aura pas d'autre choix, s'il veut sécuriser la créance maritime, que d'engager la saisie conservatoire du navire.

Ici le gestionnaire n'agit pas pour son compte, mais bien pour celui de l'ayant droit à la marchandise qui devra lui donner son autorisation pour faire pratiquer une telle saisie.

Une fois l'autorisation de l'ayant droit obtenue, le gestionnaire de sinistres va se tourner vers son réseau d'avocats afin de choisir l'un d'entre eux pour qu'il fasse saisir le navire dans le port où se trouve le navire.

Le choix d'un avocat local est primordial car, en effet, en Afrique par exemple, certains pays n'ont pas ratifié la Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer du 10 mai 1952. C'est le cas notamment de la Mauritanie, du Ghana, du Nigéria, du Gabon ou de l'Afrique du Sud.

En revanche en Algérie, au Cameroun ou en Côte d'Ivoire, la Convention trouvera à s'appliquer.

Généralement, une fois l'ordre donné, le gestionnaire de sinistres va suivre les négociations entre l'avocat choisi par ses soins et le P&I Club du transporteur Membre qui devront aboutir à l'émission d'une lettre de garantie autorisant la mainlevée de la saisie conservatoire. Toutefois, si les parties ne peuvent pas s'entendre sur une telle garantie, il faudra saisir la juridiction du port où le navire a été saisi pour que le juge prononce les modalités de la mainlevée de la saisie conservatoire. Cette situation est lourde et implique souvent des délais ainsi que des coûts très importants. De plus, tout au long de la procédure, le navire sera immobilisé, ce qui signifie l'impossibilité pour l'armateur d'exploiter commercialement son outil de travail. Ainsi, en plus des coûts, le manque à gagner peut vite devenir considérable.

Par ailleurs si le transporteur affrète le navire, il devra payer au fréteur des indemnités définies par la charte-partie. En effet, la charte-partie prévoit des jours de planche qui correspondent au délai qui est imparti à l'affréteur pour décharger la marchandise dans chaque port. Au moment où les jours de planche sont épuisés, « *le navire entre en surestaries, le terme désignant à la fois le nombre de jours pendant lesquels le navire va être en dépassement des jours de planche, et l'indemnité que l'affréteur devra, de ce chef, verser au fréteur* ». ²⁵ Cette indemnité est souvent importante.

Enfin, cette situation va tendre les relations entre l'ayant droit à la marchandise et l'armateur, qui auront plus de mal à retravailler ensemble par la suite.

L'efficacité juridique de la saisie conservatoire n'est pas à prouver : elle est le moyen ultime pour obtenir une garantie à la créance maritime mais elle reste délicate à mettre en œuvre d'un point de vue commercial.

Même si le gestionnaire de sinistres, en tant que représentant des intérêts de l'ayant droit, n'a pas à prendre en compte ces considérations commerciales, la saisie conservatoire ne sera jamais envisagée d'emblée, mais restera l'issue en cas d'échec des négociations.

L'efficacité de la lettre de garantie résultant ainsi de la négociation, passe donc principalement par sa supériorité factuelle, même si la saisie conservatoire restera présente constamment dans le processus de négociation et sera la voie de secours à utiliser en cas d'échec des négociations.

²⁵ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.632, n°801

Ainsi, l'opportunité de formuler une demande de lettre de garantie se justifie par une situation qui se caractérise par l'existence de dommages importants et un contexte qui n'empêche pas une telle demande d'aboutir. L'efficacité de la lettre de garantie se démontre par sa supériorité factuelle en ce qu'elle apporte la possibilité de sécuriser une créance maritime par une procédure flexible, simple, gratuite et sécurisante d'un point de vue juridique.

Une fois ces éléments acquis, il va s'agir **d'analyser la conduite de la négociation de la lettre de garantie (TITRE 2)**.

TITRE 2 : LA CONDUITE DE LA NÉGOCIATION DE LA LETTRE DE GARANTIE

Cette étude prendra l'exemple d'une négociation menée entre le courtier en assurances maritimes, qui sera toujours en charge de la gestion des sinistres, et le correspondant du P&I Club.

Le correspondant P&I a pour fonction principale de gérer les problématiques, rencontrées par un armateur, dépendantes de la juridiction dans laquelle il se trouve, qu'il s'agisse d'un événement inclus dans la couverture P&I ou non. En échange, le P&I Club attend de son correspondant qu'il lui transmette toute information jugée pertinente quant aux lois nationales et aux réclamations qu'il gère.²⁶

Les échanges entre ces deux interlocuteurs sont fréquents en pratique. Cela peut favoriser les acteurs à tisser des liens, liens qui seront utiles lors des négociations en ce sens qu'elles seront alors basées sur une relation de confiance.

Par ailleurs, et comme dit précédemment, l'aboutissement de la lettre de garantie fait converger les intérêts des deux parties, le courtier et le correspondant ayant tous deux pour objectif de gérer les réclamations le plus efficacement possible. Toutefois, et indéniablement, les enjeux ne sont pas les mêmes des deux côtés. Le correspondant représente les intérêts de l'armateur alors que le gestionnaire de sinistres défend ceux de l'ayant droit à la marchandise. Ainsi les parties essaieront d'insérer dans la lettre de garantie les meilleurs termes, chacun en fonction des intérêts qu'il représente.

Conséquemment, il va d'abord s'agir de **déterminer les acteurs de la négociation (CHAPITRE 1)**. La principale problématique concernant cette phase reste l'identification du débiteur de la créance maritime. A ce stade, le premier réflexe du gestionnaire de sinistres va être d'identifier clairement le débiteur de la créance maritime, à savoir le transporteur, afin de pouvoir s'adresser à son P&I Club ou au correspondant du P&I Club.

Compte tenu du délai de prescription d'un an concernant l'action en responsabilité contre le transporteur, le gestionnaire qui se tromperait d'interlocuteur au stade de la négociation, verrait sûrement sa réclamation prescrite au moment où il s'adressa finalement au bon interlocuteur, en plus d'avoir engagé des frais dans une procédure

²⁶ T. Miller, *The role of the P&I correspondent*, ITIC-insure.com, nov. 1998, <https://www.itic-insure.com/fr/ressources/publications/intermediary/article/the-role-of-the-p-i-correspondent-2859/>

inutile. En effet, il s'apercevrait de l'erreur au moment du recours contre le transport, qui est souvent envisagé peu de temps avant la prescription de l'action contre le transporteur. Cela s'explique par les délais de gestion d'un sinistre chez le courtier en assurances maritimes. La première phase, celle de la gestion du sinistre, va de la constatation du dommage jusqu'à son indemnisation et chaque dossier va devoir être dûment constitué, éventuellement présenté aux assureurs pour accord, puis indemnisé. Cette étape peut donc prendre entre trois et onze mois, en fonction des circonstances. Ainsi, en cas d'erreur sur l'identité du débiteur de la créance maritime, la garantie serait non seulement inefficace²⁷ mais l'action contre le transporteur débiteur de la créance serait probablement prescrite, en raison de la prescription annale, qui commence à courir le jour du déchargement ou de la livraison de la marchandise. La confusion quant à l'identité du débiteur pourrait ainsi résulter de la multiplicité d'acteurs impliqués dans un voyage maritime, qui exige du gestionnaire de sinistres la plus grande vigilance. Une fois cette identification effectuée, le gestionnaire de sinistres pourra s'adresser, à sa discrétion, au P&I Club du membre ou au correspondant du Club.

Après avoir présenté les **différents acteurs impliqués dans la négociation (CHAPITRE 1)**, il s'agira d'évoquer **les éléments abordés lors des négociations (CHAPITRE 2)** via l'étude des intérêts en jeu, à savoir les intérêts de l'armateur, appelés intérêts corps, et les intérêts de l'ayant droit à la marchandise, appelés intérêts cargaison.

²⁷ Sous réserve que la garantie n'est pas été émise en faveur du client et/ou du « *lawful holder* » du connaissance, c'est-à-dire le porteur du connaissance, et/ou des assureurs facultés subrogés dans les droits de l'ayant droit à la marchandise.

CHAPITRE 1 : LES ACTEURS DE LA NÉGOCIATION

La négociation de la lettre de garantie va se faire, dans le cadre de cette étude, entre le gestionnaire de sinistres qui est chargé de représenter les intérêts de l'ayant droit à la marchandise, et le correspondant P&I, qui va défendre les intérêts de l'armateur pour le compte du P&I Club.

La difficulté principale rencontrée par le gestionnaire de sinistres va être d'identifier le débiteur de la créance maritime.

Dans le monde maritime, une expédition peut mettre en jeu divers acteurs : l'armateur propriétaire, l'affréteur, voir le sous-affréteur. Cette diversité va être concrétisée par la coexistence de différents documents, tous afférents au transport maritime, à savoir principalement le connaissement et la charte-partie, en cas d'affrètement du navire.

Le connaissement est le mode le plus utilisé de titrisation du contrat de transport maritime de marchandises. Il est à la fois un reçu des marchandises, une preuve du contenu du contrat de transport et un titre représentatif de la marchandise.²⁸ Par ailleurs, le contrat de transport maritime est tripartite ; il est conclu entre le chargeur et le transporteur et créera des droits vis-à-vis du destinataire, qui est considéré comme une partie au contrat.

La charte-partie, quant à elle, est un document qui définit les clauses du contrat d'affrètement, dont l'objet est la mise à disposition d'un navire par un fréteur, propriétaire du navire, à un affréteur, et dont la finalité est l'exploitation commerciale du navire.

Cette diversité peut conduire à une confusion quant à l'identité du transporteur maritime et donc quant au débiteur réel de la créance maritime, entraînant les conséquences négatives présentées plus haut.

Ainsi, après avoir clairement **identifié le débiteur de la créance maritime (Section 1)**, il s'agira de **présenter les acteurs qui mènent, de façon effective, la négociation (Section 2)**.

²⁸ P Bonassies et C. Scapel, *Traité de Droit Maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.758 et 759, n°985, 986 et 987

Section 1 : Le débiteur de la créance maritime

Le premier réflexe du gestionnaire sera donc d'établir l'identité du transporteur. Le transport maritime envisagé sera systématiquement international et, dans une grande majorité des cas, soumis au régime international des contrats de transports.²⁹

Toutefois, dans la recherche de l'identité du transporteur, le gestionnaire ne se trouve guère aidé par les textes internationaux. En effet, la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, dite Règles de La Haye, prévoit en son article premier que le transporteur « *comprend le propriétaire du navire ou l'affrètement, partie à un contrat de transport avec un chargeur* ». Cette disposition restera inchangée par les deux Protocoles modificateurs de ladite Convention.³⁰

Par ailleurs, la Convention de Hambourg du 30 mars 1978 sur le transport de marchandises par mer, dite Règles de Hambourg, dispose en son article premier que le « *terme de transporteur désigne toute personne par laquelle ou au nom de laquelle un contrat de transport de marchandises par mer est conclu avec un chargeur* ».

Ainsi, aucun texte international ne fixe clairement les règles afférentes à la désignation du transporteur. Cette lacune a été principalement comblée par l'interprétation des juges, s'appuyant sur leur législation nationale.

Malgré l'existence d'instruments d'uniformisation internationale en matière de contrat de transport maritime, cette recherche reste soumise à la prise en considération d'éléments de droit national. Dans le cadre de cette étude, deux exemples seront étudiés : le ***droit français (I)*** d'abord puis ***le droit anglais (II)***, qui est majoritairement applicable aux contentieux maritimes.

I- Droit français

Selon l'article L.5411-1 du Code des transports, l'armateur est celui qui exploite le navire en son nom, qu'il en soit ou non propriétaire. L'article L.5411-2 de ce même code dispose qu'il existe une présomption simple selon laquelle l'armateur est le propriétaire du navire.

²⁹ Régime principalement mis en place par la Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 24 août 1924 même si certains Etats, tels que le Kenya, le Sénégal ou la Sierra Leone ont préféré ratifier la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer du 30 mars 1978.

³⁰ Protocole du 23 février 1968, dit Règles de Visby et Protocole du 21 décembre 1979

Néanmoins, de multiples contrats sont susceptibles de transférer la qualité d'armateur, du propriétaire du navire vers une autre personne. Il en va ainsi notamment lorsqu'un contrat d'affrètement est conclu entre le propriétaire du navire et l'affrètement.

L'affrètement coque-nue est « *le contrat par lequel le propriétaire d'un navire loue celui-ci sans équipage, pour une période normalement assez longue. Dans cette situation, c'est l'affrètement qui met sur le navire un équipage et un capitaine, et qui en assure l'exploitation dans sa totalité. Il devient l'armateur du navire* ». ³¹

Par ailleurs, dans le cadre d'un contrat d'affrètement à temps, les parties peuvent prévoir, malgré le fait que le navire soit loué armé, que l'affrètement devienne « *le seul maître de l'exploitation du navire* ». ³² Le contrat ainsi conclu est communément appelé contrat d'affrètement à temps avec dévolution ou charte-partie avec remise de la qualité d'armateur. ³³ Malgré les problèmes posés par un tel terme ³⁴, cette étude se référera, pour désigner un affrètement à temps avec remise de la qualité d'armateur, au terme d'affrètement avec dévolution, affrètement qui reste rarissime en pratique.

Si l'affrètement à temps se fait sans dévolution, la Cour de cassation, dans un arrêt Fatima du 26 octobre 1999, a reconnu que la qualité d'armateur « *se trouve partagée entre le frètement qui conserve la gestion nautique, et l'armateur, qui en a la gestion commerciale* ». ³⁵ Dans une telle situation, le transporteur pourra alors être l'armateur propriétaire ou l'affrètement à temps.

En pratique, dans le cas où le droit français trouve à s'appliquer, du moins au regard de la qualification du transporteur, le gestionnaire s'assurera d'abord qu'il n'est pas en présence d'un affrètement coque nue ou à temps avec dévolution, auquel cas la qualité de transporteur est transféré à l'affrètement. À ce titre, le gestionnaire est ici dépendant de la communication des informations concernant un éventuel affrètement, par son interlocuteur.

Dans les autres cas, il se servira de la théorie de l'apparence pour identifier le débiteur de la créance maritime qu'il veut sécuriser. En effet, le gestionnaire désignera le débiteur comme étant la personne ayant apposé son en-tête sur le connaissement, en vertu de la théorie de l'apparence. Cette théorie se réfère à une situation qui « *se présente sur la scène juridique de façon déformée. [...] Des motifs de sécurité juridique*

³¹ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.237, n°275

³² P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.237, n°275

³³ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.238, n°275

³⁴ Pour les critiques que l'on peut faire sur ces termes, voir P. Bonassies, *DMF* 1994.4

³⁵ Cass. Com., 26 octobre 1996, n°97.17.715, *Bull. civ.* IV n°197, p.166

inclinent parfois à déduire des conséquences juridiques d'une situation apparente, afin de permettre aux tiers qui ont légitimement cru en cette situation, de s'en prévaloir. »³⁶ Ainsi, l'ayant droit à la marchandise, c'est-à-dire le réceptionnaire, doit pouvoir se fier à l'apparence qui lui est donnée par le connaissement, précisément parce qu'il ne participe pas à la conclusion du contrat de transport.

En présence d'un connaissement sans en-tête, ce qui est souvent le cas pour certains connaissements de charte-partie, le réceptionnaire pourra se retourner contre le propriétaire du navire, même s'il n'est pas le transporteur. En effet, « *Si l'affréteur, son transporteur, ne lui révèle pas spontanément son identité, il ne dispose d'aucun moyen pour déterminer celle-ci* ». ³⁷ Cette solution a été confirmée par un arrêt Vomar³⁸, dans lequel la Chambre commerciale, après avoir constaté que le connaissement ne mentionnait ni le nom de l'armateur, ni celui de l'affréteur, et que la charte-partie à laquelle il se référait n'était pas reproduite, confirme la position de la cour d'appel en ce qu'elle « *a pu accueillir l'action formée contre le propriétaire du navire, quelles que soient les indications relatives à l'identité de l'affréteur ayant pu résulter d'éléments extérieurs au titre de transport et révélés postérieurement à sa délivrance.* »

Les solutions proposées par le droit français sont simples mais elles ne trouvent pas à s'appliquer souvent. En effet, les tribunaux français, qui appliqueront le droit français à titre subsidiaire pour identifier le transporteur, sont rarement élus par les différents acteurs, qui leur préfèrent la compétence des tribunaux anglais. Ainsi l'interprétation anglaise est celle qui a le plus de poids en terme quantitatif dans les contentieux maritimes. Conséquemment, il va s'agir d'étudier le ***droit anglais (II)***.

II- Droit anglais

L'identité du transporteur, et donc du débiteur de la créance maritime, va ici se déduire de plusieurs éléments et notamment de l'étude de la signature sur le connaissement par le transporteur, de la propriété du navire et de l'en-tête du connaissement. Dans la plupart des cas, c'est l'armateur propriétaire qui sera considéré comme étant le transporteur maritime. Mais lorsque il y a des inconsistances entre les différents éléments, il convient d'analyser plus en détail la situation afin de déterminer

³⁶ P. Puig, *Contrats spéciaux*, 4^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2011, n°228 et n°275

³⁷ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.731, n°947

³⁸ Cass. Com. 21 juillet 1987, navire Vomar, *DMF*, 1987.573

si le connaissement est un connaissement dit d'armateur³⁹, faisant du propriétaire du navire le transporteur, ou un connaissement dit d'affréteur, par lequel ce dernier est reconnu comme étant le transporteur.

En cas de contradictions entre ces différents éléments, le premier élément à prendre en considération est, naturellement, la signature du transporteur ainsi que le libellé inscrit dans l'encadré prévu à cet effet. Il semble important de rappeler, à ce titre, que « *Seule la signature du transporteur, ou de son représentant, atteste indiscutablement de la prise en charge de la marchandise, dans la qualité et dans l'état décrits au connaissement et de son embarquement effectif à bord de tel ou tel navire.* »⁴⁰

Parfois, la situation peut être simple. Si le libellé dans l'encadré en question prévoit que le signataire du connaissement est le capitaine du navire, le qualité de transporteur sera attribuée au propriétaire du navire, ou le cas échéant à l'affréteur coque nue ou à l'affréteur à temps avec dévolution, car le capitaine est l'agent de l'armateur, qui sera donc le propriétaire, sous réserve que le navire n'est pas été affrété coque nue ou à temps avec dévolution.

Généralement, il en va de même lorsque la personne qui signe le fait « *en tant que transporteur* »⁴¹. Cette mention, claire et précise, aura pour conséquence l'attribution de la qualité de transporteur, au signataire.

Nonobstant, la situation n'est pas toujours aussi claire. Certaines clauses insérées dans le connaissement peuvent être propres à inverser la présomption posée en premier lieu. C'est notamment le cas de la « *demise clause* » qui permet à l'affréteur de n'agir qu'en tant qu'agent du navire et ainsi d'exclure sa responsabilité quant aux dommages causés aux marchandises durant le transport, et de la clause « *identity of carrier* » qui prévoit que le contrat de transport est passé avec le propriétaire du navire et non avec l'affréteur. Cette dernière, née de la pratique anglaise, « *avait à l'origine pour objet de protéger l'affréteur du navire qui avait émis sous son nom un connaissement, à une époque où, contrairement aux armateurs, les affréteurs ne bénéficiaient pas encore, en droit anglais, de la limitation de responsabilité des propriétaires de navires.* »⁴²

³⁹ Terme utilisé en pratique, malgré son inexactitude

⁴⁰ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.742, n°962

⁴¹ Traduction littérale de « *as carrier* »

⁴² P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.736, n°952

Ces clauses, et leur impact sur l'identité du transporteur, ont eu un écho particulier dans l'affaire *The Starsin*⁴³ où la *House of Lords* finira par désigner l'affréteur comme étant le transporteur, malgré l'existence de ces clauses, en raison du fait que les connaissements avaient tous été signés pour le compte de l'affréteur « *as carrier* ».⁴⁴

Pour la *House of Lords*, les mentions écrites à la main, « *as carrier* » notamment, avaient plus de valeur que les dispositions générales inscrites au dos du connaissement. Ainsi, les juges ont considéré comme vital le fait de pouvoir s'appuyer sur la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat et de conférer au connaissement le sens qu'un bon professionnel lui aurait attribué. Cette approche commerciale implique qu'un bon professionnel puisse se prévaloir d'une mention équivoque concernant l'identité du transporteur au regard du recto du connaissement, sans que cela soit contredit par une clause présente en son verso. La cour a également pu s'appuyer sur l'imprécision de ces clauses pour ne pas les appliquer.

En réalité par cette décision, la *House of Lords* s'est alignée sur la jurisprudence de la majorité des pays maritimes, qui ignore purement et simplement de telles clauses, qui pourraient être assimilables à des clauses de non responsabilité, interdites sous le régime impératif du contrat de transport maritime international.

Une fois le transporteur défini, il va s'agir de présenter **les différents acteurs qui conduisent effectivement la négociation (Section 2)**.

Section 2 : Les acteurs conduisant les négociations

Dans le cadre de cette étude il est important, à ce stade, de présenter les acteurs qui vont effectivement mener la conduite des négociations. En pratique, il s'agira bien souvent du *courtier en assurances maritimes (I)* et du *correspondant* du P&I Club du transporteur (*II*).

I- Le courtier en assurances maritimes

Le courtier en assurances maritimes est un intermédiaire en assurance, selon l'article R.511-2 du Code des assurances. L'intermédiation d'assurance est, selon l'article L.511-1 de ce même code, « *l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion.* »

⁴³ House of Lords, *The 'Starsin'*, [2003] 1 Lloyd's Rep. p.571

⁴⁴ Littéralement, en tant que transporteur

Le client qui s'adresse à un courtier en assurances pour satisfaire la couverture d'un risque, va contracter une convention de courtage dont le contenu est librement déterminé par les parties, même si le courtier a un devoir général d'information et de conseil, devoir interprété très largement par la jurisprudence.

Le premier rôle du courtier est de conseiller son client en prospectant le marché de l'assurance en vue de placer au mieux le risque. Eventuellement, le courtier établira lui-même le projet de police lorsque la gestion de la souscription du contrat d'assurance lui a été déléguée par les assureurs.

Même si le courtier représente d'abord son client, il entretient également des relations avec les compagnies d'assurances, qui le rémunèrent via une commission, généralement assise sur les primes encaissées, en échange de son intermédiation. Il existe donc un lien contractuel entre le courtier et les compagnies d'assurances, qui peut être renforcé par la conclusion de mandats d'une portée plus ou moins étendue. En effet le courtier peut se voir confier par les compagnies, en plus de la gestion de la souscription, la gestion afférente à l'encaissement des primes, à la gestion de sinistres et à la gestion des recours subséquents aux indemnisations des sinistres.

Par ailleurs les courtiers en assurances maritimes peuvent proposer différentes assurances notamment concernant le corps et navire ; l'accompagnement des armateurs lors des placements auprès des P&I Clubs ou encore couvrant les marchandises, appelés assurances facultés.

Dans le cadre de cette étude, le courtier aura conclu avec différentes compagnies d'assurances des conventions lui donnant une délégation de gestion concernant la souscription des contrats d'assurance mais également des protocoles de gestion autorisant le courtier à gérer les sinistres ainsi que les recours consécutifs aux paiements des réclamations, recours envisagés pour le compte des assureurs subrogés dans les droits des ayants droits à la marchandise.

De plus, cette étude se limitera à l'étude du rôle du courtier au regard de ses clients ayant contracté des assurances facultés.

Au stade de la négociation de la lettre de garantie, le courtier en assurances maritimes, qui agit en tant que gestionnaire de sinistres, agit d'abord pour le compte de son client et a pour mission de sécuriser sa créance maritime. Toutefois, il aura à l'esprit de protéger le droit de recours futur des assureurs, qui seront subrogés dans les droits de

l'assuré après le paiement de l'indemnisation du sinistre. Cette subrogation sera légale si le paiement intervient au titre de la police d'assurance, ou conventionnelle si le paiement est dit commercial.

Au moment de l'ouverture de la négociation de la lettre de garantie, le gestionnaire de sinistres, après avoir identifié le transporteur, se tournera vers son P&I Club ou, de manière fréquente, vers le *correspondant P&I (II)*.

II- Le correspondant P&I

Les P&I Clubs jouent un rôle d'assureur, en complément de l'assureur corps, en offrant des garanties diverses et variées aux armateurs. En effet, les P&I Clubs offrent une grande variété de couvertures concernant la responsabilité civile des armateurs, vis-à-vis des tiers ainsi que pour les dépenses résultant, entre autre, des dommages ou de la perte des marchandises transportées ; des dommages causés par pollution ; des blessures ou du décès d'un membre de l'équipage ou d'un passager ; de l'enlèvement d'une épave ; d'une collision avec un autre navire. Cette couverture est basée sur un système de mutualisation des risques, ce qui interdit aux Clubs de faire des profits : chaque membre accepte de partager les risques affectant les autres membres du Club et accepte également de contribuer aux dépenses engendrées par les réclamations faites à l'encontre des membres du Club.

Toutefois, la couverture P&I ne couvre que les risques listés par le Club lui-même et sous réserve que le membre ait respecté les règles du P&I Club. A ce titre il est important de rappeler certaines règles, qui font des P&I Clubs de véritables institutions originales dans le monde du transport maritime.

La première règle de principe implique que seuls les risques découlant de la couverture P&I sont couverts. Toutefois *l'omnibus rule* donne au Club le pouvoir de payer certaines réclamations dont la couverture n'est pas expressément prévue mais qui restent dans son esprit. C'est donc le Conseil du P&I Club qui, en basant sur son expérience, va évaluer et décider si la couverture doit être fournie ou non.⁴⁵ Cette règle reflète le fait que les Clubs sont des mutuelles à but non lucratif, et dont le fonctionnement est bien plus flexible que celui des compagnies d'assurances, qui ont comme impératif de générer des profits.

⁴⁵ M.C. Delaye, *Les garanties P&I*, Mémoire pour le Master 2 Droit Maritime et des Transports, soutenu en 2007, p.16

Par ailleurs, la règle du *Pay to be paid*⁴⁶ prévoit que pour qu'un membre soit indemnisé par le Club au titre d'une réclamation, il doit payer au préalable le réclamant. Cette règle a principalement été inventée par les P&I Clubs pour éviter les actions directes contre eux. Toutefois, il est admis que l'émission d'une lettre de garantie fasse échec à la règle,⁴⁷ le Club s'engageant alors en son nom.

Ces Clubs disposent « *d'un réseau de correspondants qui couvrent tous les ports du monde et interviennent, chaque fois qu'un navire est en difficulté* ». ⁴⁸ Les correspondants peuvent agir, selon le London P&I, au nom et pour le compte du P&I Club qu'il représente afin de protéger les intérêts du membre en difficulté, même s'il a l'obligation de le notifier au Club.⁴⁹

L'utilité pour le Club d'avoir un réseau de correspondants est de pouvoir intervenir indirectement de manière très réactive et efficace, dans l'intérêt du membre armateur où que celui-ci se trouve dans le monde.

Selon le Shipowners Club, les correspondants sont sélectionnés par le Club par rapport à leurs connaissances pratiques et légales dans le port où ils sont basés. Les correspondants ainsi choisis sont répertoriés dans une liste mise à jour par le Club annuellement, en échange de quoi les correspondants s'engagent à respecter les « *Guidelines* »⁵⁰ rédigées par le Club. Ils agissent comme des conseillers indépendants pour le compte des membres et doivent être capables de fournir une assistance directe et immédiate à ce dernier. Le Club s'engage à payer pour les services relatifs aux réclamations couvertes que le correspondant fournit.

Les P&I Clubs recommandent à leurs membres, en cas de problème, de contacter le correspondant présent dans le port en question. Cela permet au Club d'assurer une assistance effective à ses membres sans être directement basé dans tous les ports du monde.⁵¹

Dans le cadre de la négociation puis de l'émission d'une lettre de garantie, faite donc pour le compte du P&I Club, le correspondant agit en vertu d'un mandat, précis et ponctuel, qui se matérialisera généralement par un mail envoyé par le P&I Club à son

⁴⁶ Littéralement : payer pour être payé.

⁴⁷ S. J. Hazelwood, *P&I Clubs Law and Practice*, 3rd edition, LLP, 2001, p.352

⁴⁸ P. Bonassies et C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016, p.579, n°723

⁴⁹ List of correspondents for 2017, site du London P&I

https://www.londonpandi.com/_common/updateable/downloads/documents/listofcorrespondents2017-18.pdf

⁵⁰ Traduction : directives

⁵¹ Site du Shipowners P&I, rubrique correspondant, <https://www.shipownersclub.com/correspondents/>

correspondant lui donnant l'autorisation de négocier les termes de la garantie. En effet, cela découle du fait que l'émission de lettre de garantie est un service dû par le P&I Club à son Membre.

En général, les correspondants P&I sont des interlocuteurs privilégiés pour le gestionnaire de sinistres car, le gestionnaire de sinistres et le correspondant intervenant dans un même port, ont pu construire une relation de confiance, qui rendra la négociation plus aisée.

Enfin, même si le gestionnaire de sinistres dispose d'une discrétion concernant le choix de son interlocuteur, c'est-à-dire choisir de négocier avec le P&I Club en direct ou de contacter son correspondant implanté dans le port concerné, il est important de souligner que le P&I Club, approché par le gestionnaire demandant une lettre de garantie, pourra rediriger ce dernier vers l'un de ses correspondants. La discrétion du gestionnaire est donc, en la matière, toute relative.

Ainsi, dans le cadre de cette étude, la négociation sera conduite par le gestionnaire de sinistres et le correspondant P&I, après que le gestionnaire ait identifié le transporteur, débiteur de la créance maritime qu'il cherche à sécuriser.

Il va à présent s'agir d'analyser **les éléments de la négociation (CHAPITRE 2)**.

CHAPITRE 2 : LES ÉLÉMENTS DE LA NÉGOCIATION

L'intérêt de la lettre de garantie est qu'elle représente une réponse immédiate et instantanée à un besoin de sécuriser une créance maritime. L'émission d'une telle lettre faisant converger les intérêts des parties représentées, il est important que les acteurs négociant les termes de la lettre trouvent un équilibre afin de garantir la réalité de la créance.

Il est donc capital que ces acteurs arrivent à s'entendre sur les termes de la garantie, faute de quoi une solution non amiable sera envisagée, à travers l'emploi de la saisie conservatoire, entraînant les conséquences négatives qu'elle implique.

Toutefois si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les termes de la garantie, la pratique a développé l'utilisation de la lettre de garantie provisoire. Le plus souvent, c'est l'extrapolation des chiffres concernant l'estimation du dommage qui va créer la mésentente car les experts pourront utiliser des méthodes différentes et ainsi se retrouver avec des estimations éloignées. Dans un pareil cas, le P&I Club peut accepter d'émettre une lettre de garantie provisoire, qui sera renégociée dans les jours qui suivent la connaissance des chiffres finaux et donc du dommage réel.

Cette pratique, largement utilisée, présente l'avantage pour le gestionnaire de sinistres, d'avoir la certitude que la créance sera garantie et, pour le P&I Club, de pouvoir revoir le montant, généralement à la baisse, afin que la garantie n'excède pas le dommage réel.

Ainsi, il va d'abord s'agir de présenter **les intérêts pesant sur l'armateur et ses garants (Section 1)**, avant d'examiner **les intérêts pesant sur la cargaison (Section 2)**. Pour aider la compréhension, cette étude sera accompagnée de l'examen d'un modèle de lettre de garantie.⁵²

Le modèle choisi a été créé pour être utilisé afin d'empêcher la saisie conservatoire. L'étude de ce modèle apparaît comme étant pertinent car il a été créé par un correspondant P&I et comportera, en plus des éléments classiques, des dispositions visant à sécuriser la position du correspondant, qui n'émet pas la lettre de garantie pour son compte.

Ces modèles sont rédigés pour avoir la portée la plus large possible.

⁵² Voir Annexe II : Modèle lettre de garantie

Section 1 : Les enjeux pesant sur l'armateur et ses garants

Ici, le correspondant devra défendre *les intérêts de l'armateur (I)* Membre du P&I Club même si ses propositions seront, au préalable, toujours validées par le P&I Club. En effet le correspondant n'agit que pour le compte du P&I Club.

La position du correspondant (II), qui ne s'engage donc pas directement, va l'amener à modifier les termes de la garantie afin de se protéger de toute action postérieure éventuellement mise en œuvre contre lui, au moment de l'exécution de la lettre de garantie.

I- Les intérêts de l'armateur

Le modèle étudié formalise l'idée que la lettre de garantie n'est nullement une reconnaissance de responsabilité pour le transporteur maritime en protégeant les droits, réclamations et/ou défenses du navire ou de ses propriétaires, découlant du connaissement, de la charte-partie ou de la loi applicable. En effet, le modèle prévoit : « *This letter is written entirely without prejudice to any rights, claims and/or defences which the said vessel or its owners may have under the covering bills of lading and/or charter parties and/or statutes in effect, none of which is to be regarded as waived.* »⁵³

A. Le montant

Le principal intérêt de l'armateur, que le correspondant P&I va défendre, réside dans le montant de la lettre de garantie. Cette défense va s'organiser autour de la contre expertise commandée par le correspondant qui lui permettra d'entreprendre les négociations, muni de ses propres chiffres et de ne pas se fier totalement aux chiffres donnés par le gestionnaire de sinistres.

Le correspondant pourra alors ajuster la demande faite par le gestionnaire en prenant en compte les chiffres dont il dispose et qui ne comprennent que les dommages subis par la marchandise jusqu'à la livraison sous-palan, après quoi la couverture P&I cesse de fonctionner.

Le correspondant va rencontrer plusieurs problèmes dans la détermination du montant, notamment en raison du fait que la garantie ne doit pas être supérieure au dommage réel. Il est à rappeler ici que le montant de la lettre de garantie s'obtient par la multiplication du tonnage estimé ou réel de marchandises endommagées par la valeur

⁵³ Traduction libre : « Cette lettre est rédigée sans préjudice des droits, réclamations et/ou défenses que le navire ou ses propriétaires ont en vertu des connaissements concernés et/ou de la charte-partie et/ou des statuts en vigueur, qui gardent leurs effets. »

saine de la marchandise à la tonne, plus un certain pourcentage de ce montant pour couvrir les frais et intérêts éventuels consécutifs au dommage.

D'abord, le correspondant essaiera de contester la valeur saine sur le marché, donnée par le gestionnaire. En effet, cette valeur représente le prix auquel la marchandise serait achetée au moment de la livraison. Cette détermination *in abstracto* comporte forcément une certaine subjectivité, notamment parce qu'elle inclut le bénéfice espéré. Ainsi le correspondant sera tenté de vouloir faire baisser cette valeur, afin d'ajuster au mieux, selon lui, la réalité de la créance.

A ce titre, il veillera notamment à ce que des frais, tels que les frais de douanes, ne soient pas insérés dans la valeur saine de la marchandise.

Ensuite, se pose le problème du pourcentage pris en compte pour déterminer la valeur des frais et intérêts. Le correspondant n'acceptera jamais que ce pourcentage soit supérieur à 50 %, toutefois il essaiera de négocier un taux moins important, 20 % étant pour lui l'idéal. Le correspondant tentera d'argumenter sa position en faisant valoir que les litiges concernant la responsabilité du transporteur ainsi que l'exécution de la lettre de garantie se règlent en général à l'amiable, et qu'ainsi les frais et intérêts n'iront jamais au-delà de 20 %, une fois les frais de reconditionnement ou de destruction de la marchandise endommagée engagés, précisément en raison de l'absence de frais de justice.

Enfin, le correspondant essaiera de faire baisser le tonnage de marchandise endommagée. Dans le cas où les parties disposent de chiffres finaux, le correspondant pourra essayer de ne pas garantir les dommages qui, à son sens, ne tombent pas sous la responsabilité du transporteur, par exemple pour le tonnage de marchandise endommagée par une freinte par dessiccation⁵⁴.

Dans le cas où les chiffres donnés sont des chiffres estimés, le correspondant questionnera systématiquement les méthodes d'extrapolation de l'expert mandaté par le gestionnaire, *a fortiori* si l'extrapolation lui semble exagérée et disproportionnée par rapport au tonnage de marchandise déchargée reconnue comme étant endommagée.

⁵⁴ Une telle freinte est reconnue comme étant un vice propre de la marchandise et exonèrera donc le transporteur maritime de sa responsabilité pour ces dommages, en vertu du m) du second paragraphe de l'article 4 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924.

B. Les clauses compromissoire et de juridiction

La clause compromissoire, dans le modèle étudié se lit comme suivant : « *We confirm that the owners of the above named ship agree that the above mentioned claims shall be subject to English law and the exclusive jurisdiction of the Tribunal referred above [the London Maritime Arbitration Tribunal] and to the supervisory jurisdiction of the English High Court.* »⁵⁵ Ainsi les litiges découlant des réclamations des ayants droits à la marchandise, ou de toute autre personne, afférentes aux manquants, pertes et avaries garantis par la lettre ne pourront être résolus que devant le Tribunal Arbitral de Londres ou devant la High Court en appel. Cette clause concerne les litiges afférents à la responsabilité du transporteur.

Par ailleurs, dans le modèle étudié il est prévu que « *This undertaking shall also be governed by and construed in accordance with English law and we agree to submit to the exclusive jurisdiction of the English High Court of Justice for the purpose of any process for the enforcement hereof.* »⁵⁶ Cette clause concerne cette fois-ci l'exécution de la lettre de garantie, impliquant donc le P&I Club.

Ces clauses se sont systématisées et, en dehors des cas où la lettre de garantie répond à une réclamation locale obligeant l'élection de la juridiction locale, comme pour une mainlevée d'une saisie conservatoire à Dakar par exemple, les lettres de garantie élisent les juridictions anglaises, arbitrales ou judiciaires. Cela fait sens car le droit anglais, à l'instar des juridictions anglaises, est favorable aux intérêts des armateurs. Ces insertions quasi-automatiques sont le reflet du fait que la France, et les pays de droit civil, sont en train de perdre le « *combat pour la compétence* ». ⁵⁷

C. Les obligations des détenteurs d'un droit d'action

Finalement, le dernier intérêt de l'armateur à défendre est bien la contrepartie de l'existence de la garantie. Ces obligations n'appellent pas une négociation particulière précisément parce qu'elles sont la contrepartie à l'émission de la garantie.

⁵⁵ Traduction libre : « Nous confirmons que les propriétaires du navire susmentionné acceptent que les réclamations susmentionnées seront le cas échéant tranchées selon le droit anglais et par le Tribunal Arbitral de Londres mentionné ci-dessus, et devant la High Court en appel ».

⁵⁶ Traduction libre : « Cette garantie sera également gouvernée par et rédigée en accord avec la loi anglaise et nous acceptons de la soumettre à la juridiction de la High Court concernant sa mise en œuvre ».

⁵⁷ C. Scapel, « La bataille des compétences dans le contentieux maritime », *DMF*, février 2017, n°788

Dans le modèle ces obligations, rédigées de la manière la plus large possible, sont les suivantes : « *refraining from taking action resulting in the arrest of the above-mentioned ship or any other ship in the same ownership, associated ownership or management for the purpose of founding jurisdiction and/or obtaining security in respect of the above claims of the cargo owners concerning the cargo mentioned above, and [...] refraining from commencing and/or prosecuting legal or arbitration proceedings in respect of the above claims (otherwise than before the court or tribunal referred below) against the owners of the above-named ship and/or the ship* ». ⁵⁸

Ici, la contrepartie à la garantie est d'abord l'empêchement de la saisie conservatoire sur le navire concerné par la créance maritime mais aussi sur tout autre navire appartenant au débiteur de la créance. Cette dernière précision couvre la possibilité pour le créancier de saisir, en vertu de la Convention du 10 mai 1952 pour l'unification de certaines règles concernant la saisie conservatoire des navires de mer, « *tout autre navire appartenant à celui qui était, au moment où est née la créance maritime, propriétaire du navire auquel cette créance se rapporte* » ⁵⁹

De plus les personnes détenant un droit d'action concernant la réclamation garantie s'engagent à ne pas obtenir une autre garantie portant sur cette réclamation ni à introduire une action devant les tribunaux ou les arbitres autrement que comme décrit dans la lettre.

Par ailleurs, le modèle précise que les intérêts cargaison doivent également avoir reçu la permission du P&I Club, ou de son correspondant, avant de transférer la garantie à un tiers faisant l'objet de sanctions américaines, européennes ou des Nations-Unies. En effet, on peut lire dans le modèle étudié: « *This undertaking may not be assigned, novated or transferred by you to any third party that is subject to EU, USD or UN sanctions without our prior consent.* » ⁶⁰ Cette stipulation sert à s'assurer que le P&I Club ne se retrouvera pas contraint, via un transfert de la garantie, à devoir effectuer un paiement qui ne serait pas conforme au droit international et le placerait ainsi dans une situation délicate, à savoir choisir entre ne pas remplir son obligation née de la lettre de

⁵⁸ Traduction libre : « Ne pas engager d'action engendrant la saisie conservatoire du navire susmentionné ou de tout autre navire appartenant au même propriétaire, copropriétaire ou chargé de la gestion du navire et/ou à obtenir une garantie concernant ladite réclamation des intérêts cargaison concernant ladite cargaison et [...] à ne pas introduire d'action légale et/ou engager une procédure arbitrale concernant les réclamations susmentionnées (autrement que comme ci-après décrit) contre le propriétaire du navire susmentionné. »

⁵⁹ En vertu de l'article 3.1

⁶⁰ Traduction libre : « Cette garantie ne sera pas confiée, novée ou transférée à un tiers faisant l'objet de sanction européenne, américaine ou des nations unies sans notre accord préalable ».

garantie ou remplir cette obligation en non conformité avec le droit international et risquer, conséquemment, de tomber lui-même sous le coup d'une sanction internationale.

Une fois les intérêts de l'armateur défendus au mieux et avec l'aval du P&I Club, *le correspondant n'oubliera pas d'insérer dans la lettre de garantie des clauses visant à le protéger (II).*

II- La protection du correspondant P&I

Le correspondant P&I émet certes la lettre de garantie pour le compte du P&I Club, mais en son nom car c'est à lui qu'il revient de signer cette lettre. Lors de l'émission de lettres de garantie le correspondant remplace en effet le Club vis-à-vis de son obligation de protection envers le Membre armateur. Ainsi, s'il veut éviter de se faire assigner au moment de l'exécution de la lettre de garantie, il doit insérer dans la lettre toutes les clauses exprimant l'idée qu'il n'émet pas la garantie pour son propre compte. Conséquemment, il devra aussi justifier son pouvoir de représentation.

Dans le modèle étudié, la protection du correspondant est assez élevée puisqu'il va précautionneusement rappeler qu'il n'agit pas pour son compte mais « *on the behalf of the P&I Club* »⁶¹ et explicite même le fait qu'il ne pourra pas voir engagé, ni sa propre responsabilité ni celle de la société par la formule « *It is understood and agreed that the issuance of this letter by the signatory is not and shall not under any circumstances be construed as personally binding, nor binding upon the correspondent, but is binding only upon the P&I Club.* »⁶²

Par ailleurs le correspondant se doit de rappeler qu'il a le pouvoir irrévocable d'émettre une telle garantie, pouvoir conféré par les propriétaires du navire : « *We warrant that we have received irrevocable authority from the Shipowners to give this letter of undertaking in these terms.* »⁶³ Ce type de mention est présent même lorsque c'est le P&I Club qui émet la garantie. En effet la lettre de garantie doit être émise conformément à la volonté de l'armateur Membre, il est donc important pour le P&I

⁶¹ Traduction libre : « Agissant au nom et pour le compte du P&I Club »

⁶² Traduction libre : « Il est entendu et convenu que l'émission de cette lettre par le signataire n'est et ne sera, en aucune circonstance, ni personnellement contraignante ni contraignante pour le correspondant P&I, mais ne sera contraignante que pour le P&I Club ».

⁶³ Traduction libre : « Nous garantissons avoir reçu l'autorisation irrévocable des propriétaires du navire pour émettre cette lettre de garantie en ces termes ».

Club, ou pour son correspondant, de rappeler qu'il a reçu l'autorisation du membre pour représenter ses intérêts.

Maintenant que les intérêts pesant sur le l'armateur et ses garants ont été exposés, il va s'agir d'étudier les **enjeux pesant sur la cargaison (Section 2)**, dont les intérêts sont représentés par le gestionnaire de sinistres.

Section 2 : Les enjeux pesant sur la cargaison

Comme le suggère le contenu du modèle étudié, le rapport de force joue, bien souvent, en la défaveur des intérêts cargaison. Ce rapport se traduit par le fait que le gestionnaire de sinistres va pouvoir ***négoier certains éléments de la lettre de garantie (I), mais certains ne pourront pas être modifiés (II)***, c'est notamment le cas des clauses attributives de juridiction.

En effet si, en théorie, l'intégralité des termes de la lettre de garantie est négociable, en pratique, cette faculté ne trouve pas à s'exercer, notamment au regard du tribunal compétent, en raison de la résistance des P&I Clubs à élire d'autres juridictions que les juridictions anglaises.

Toutefois, dans les cas rarissimes où le gestionnaire de sinistres insisterait pour élire une juridiction autre qu'anglaise et que le P&I Club refuserait de céder, la pratique a développé la formule selon laquelle l'exécution de la garantie se fera via la « *competent court* ». ⁶⁴ « *Celle-ci reste, en pareil cas, à déterminer, ce qui laisse la place aux conflits de compétence que l'on n'a pu ainsi éviter* » mettant en lumière l'intérêt mutuel que les parties ont à trouver un accord sur la compétence. ⁶⁵

I- Les éléments négociables

Le gestionnaire de sinistres représente, à ce stade, les intérêts des ayants droits à la marchandise. Toutefois, la mise en œuvre de la garantie se fera au profit des assureurs subrogés dans les droits des ayants droits à la marchandise, qui donneront mandat au courtier lorsque ces derniers voudront, après avoir réglé l'indemnité d'assurance, se retourner contre le transporteur sur la base de la lettre de garantie.

⁶⁴ Littéralement, la cour compétente

⁶⁵ En ce sens voir C. Scapel, « Lettres de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre* n°14, C.A.M.P., Automne 2007

Pendant les négociations, le gestionnaire de sinistres va essentiellement pouvoir négocier le montant de la lettre de garantie. Il aura également la capacité de choisir le modèle de la lettre en fonction de la situation.

A. Le montant

La première préoccupation du gestionnaire de sinistres sera le montant de la lettre de garantie. En effet ce dernier devra être capable de couvrir l'ensemble du dommage ainsi que les frais, d'expertise, de reconditionnement, de triage ou de justice, qui lui seront consécutifs.

Lorsque la négociation est basée sur des estimations, via une extrapolation faite par l'expert mandaté, le gestionnaire va s'assurer que la lettre de garantie, provisoire ou définitive, couvre l'intégralité du dommage.

Le véritable problème du gestionnaire sera ici de faire accepter au correspondant un tonnage élevé, du moins un tonnage plus que proportionnel au tonnage de marchandises endommagées déjà constaté au moment de l'extrapolation, afin de couvrir un dommage qui ne pourra être constaté qu'à la fin du déchargement : la mouille de fond de cale. Cette avarie ne pourra, en effet, être constatée qu'à la toute fin du déchargement et ne pourra aucunement être décelée avant ce moment. Ainsi, l'existence probable d'une telle révélation en fin de déchargement conduira l'expert à estimer un tonnage de marchandise endommagée anormalement important, par rapport aux rendements effectifs du déchargement.

De manière plus globale, l'exercice d'extrapolation est certes le fait d'un expert indépendant, mais ne relève pas d'une science exacte, c'est pourquoi le gestionnaire de sinistres s'engagera, lorsque sa demande s'appuie sur des chiffres estimés, à demander l'émission d'une lettre de garantie provisoire, dont le montant sera revu à la baisse une fois les chiffres finaux communiqués. Ce garde fou permet de faire accepter au correspondant P&I l'estimation par extrapolation donnée par le gestionnaire de sinistres. En effet, ces extrapolations sont souvent l'objet de vives critiques de la part des P&I Clubs et de leurs correspondants, bien qu'elles soient légitimées par les risques qui pèsent sur les intérêts cargaison, notamment si le navire se trouve dans son dernier port de déchargement, précisément en raison du fait que l'émission d'une lettre de garantie, au même titre qu'une saisie conservatoire, ne seront plus envisageables une fois le navire parti.

Ensuite, le gestionnaire de sinistres va déterminer le pourcentage de ce montant afin de couvrir les frais et intérêts. Ici, en présence d'une clause compromissoire ou d'une clause de juridiction élisant les tribunaux anglais, le gestionnaire ne pourra se satisfaire que d'un pourcentage fixé à 50 %. En effet, les frais de justice devant les tribunaux anglais sont élevés, mais moins que les frais relatifs à une procédure arbitrale. De plus, en droit anglais, la partie qui perd le procès doit payer tous les frais afférents à l'action, y compris les honoraires d'avocats, qui sont généralement très élevés pour les avocats anglais. Ainsi, même en tranchant à 50 %, il est fort probable qu'en cas d'action devant un tribunal anglais judiciaire et, *a fortiori*, arbitral, cette somme ne suffise pas à couvrir les frais. Même si, en de pareilles circonstances, les situations ne vont que très rarement jusqu'au stade des tribunaux, il est important pour le gestionnaire de couvrir cette éventualité.

Si un autre tribunal est choisi, le pourcentage pourra alors être baissé jusqu'à 30 %, rarement au-dessous. En effet, cette somme ne sert pas exclusivement à couvrir les frais de justice mais également les frais de triage et de reconditionnement de la marchandise endommagée. Ces opérations sont effectuées après le déchargement, par des opérateurs locaux. Une fois de plus, le gestionnaire pourra se faire surprendre par le prix de ces opérations *a posteriori*, c'est la raison pour laquelle un pourcentage inférieur à 30 % est rarement accepté par le gestionnaire.

B. Le choix du modèle

Le gestionnaire de sinistres expérimenté va connaître les écueils à éviter. C'est pourquoi le courtier a, à sa disposition, un large choix de modèles de lettres de garantie, rédigés en fonction des situations et de la contrepartie à la garantie.

Chacun de ces modèles est rédigé au mieux afin de répondre à certaines préoccupations que le gestionnaire doit garder à l'esprit. Par exemple, dans le modèle il est prévu que le correspondant garantisse le fait que le navire n'est pas l'objet d'un affrètement coque nue. En effet, en présence de ce type d'affrètement, puisque l'affréteur devient le transporteur, c'est l'affréteur qui devient débiteur de la créance maritime et non plus le propriétaire du navire. Ce type d'affrètement n'étant pas forcément publié, il est important pour le gestionnaire de s'assurer qu'il réclame la garantie au débiteur de la créance. En insérant une telle clause, le gestionnaire évite ainsi les mauvaises surprises.

Dans le modèle elle est rédigée comme suivant : « *We hereby warrant that we are informed by the owners of the above named ship that the above named ship was not demise chartered at any material time.* »⁶⁶ Ainsi, si il s'avère que le navire a été affrété de la sorte, le gestionnaire pourra s'appuyer sur cette clause afin que la garantie reste efficace.

Toutefois, si le gestionnaire se retrouve dans une situation où le navire en question fait l'objet d'un affrètement coque nue ou à temps avec dévolution, il optera pour un modèle prévoyant que l'ayant droit à la marchandise s'engage, entre autre, à ne pas pratiquer de saisie conservatoire sur le navire et/ ou contre un navire appartenant au propriétaire du navire et/ ou à l'affrètement, désignant ces deux derniers comme étant les transporteurs. Une telle rédaction impliquera, au moment du recours, que la responsabilité du propriétaire ainsi que celle de l'affrètement pourront être recherchées, indifféremment.

Le courtier a ainsi une forte plus-value car son expérience l'a conduit à parfaire ces modèles. Toutefois, *le gestionnaire n'a pas, en pratique, la capacité de négocier toutes les clauses de la lettre de garantie (II).*

II- Les éléments non négociés

S'il s'avère que le gage de la solvabilité du transporteur, matérialisé par l'obligation du P&I Club de payer la somme déterminée par la lettre garantie, n'est pas négociable en ce qu'elle constitue la raison d'être de la demande, d'autres éléments ne seront pas non plus négociés. Tel est le cas de la clause attribuant la compétence juridictionnelle.

A. L'obligation du P&I Club

Le P&I Club est tenu, selon les termes de la lettre de garantie, de payer une somme qui ne dépasse pas le montant établi par cette lettre, sur demande de l'ayant droit à la marchandise ou de son courtier.

Toutefois, l'exécution de la garantie ne sera pas automatique. Selon le modèle, le correspondant s'engage pour le compte du P&I Club à payer mais seulement la somme déterminée par une ordonnance ou une sentence définitive et insusceptible de recours,

⁶⁶ Traduction libre : « Nous garantissons par la présente avoir été informé par les propriétaire dudit navire que le ledit navire ne faisait pas l'objet d'un affrètement coque nue au cours de l'expédition susmentionnée. »

rendue par le Tribunal Arbitral de Londres se prononçant sur la responsabilité du transporteur ou en vertu d'un accord amiable.

De plus la somme inscrite dans la lettre de garantie est un plafond et ainsi le P&I Club ne pourra pas se voir condamner à payer plus que cette somme. Cela est lisible à travers l'emploi de la formule « *shall not exceed the sum of* ». ⁶⁷

Ces conditions préalables au paiement de la somme par le P&I Club ne sont pas négociables car aucun P&I Club ne s'engagerait en l'absence d'une reconnaissance de responsabilité du transporteur, qui est la raison même de l'existence de la garantie. Ainsi, le gestionnaire ne sera pas tenté de vouloir négocier ces conditions.

B. Le contexte juridique applicable

La compétence des juridictions, n'est plus négociée dans les lettres de garantie. Si, à une époque, la « *mise en place de la garantie [s'accompagnait] [...] d'une négociation relative au choix du forum que les parties [ont convenu] d'élire [...] sur la base du consensus résultant du souci commun d'éviter une juridiction exotique, souvent celle du port de destination* » ⁶⁸, aujourd'hui c'est, de manière systématique, le tribunal arbitral de Londres ou la High Court qui seront compétent pour trancher les litiges. Ce constat est vrai, qu'il s'agisse du contentieux concernant la responsabilité du transporteur ou concernant la mise en œuvre de la garantie.

En raison de la tradition arbitrale existante dans le milieu maritime, l'élection du tribunal arbitral de Londres n'a rien d'étonnant. En effet, le recours aux arbitres faisant parti de la London Maritime Arbitration Association (LMMA) est fréquent, et même souhaité par le gestionnaire de sinistres, qui se réfère, dans ces différents modèles, à la procédure d'arbitrage prévue par l'association. En effet, la clause 2 du modèle étudié reprend cette procédure et s'assure même que tous les arbitres soient des membres de cette association. Aussi, pour le contentieux concernant la responsabilité du transporteur la compétence arbitrale est le fruit d'une tradition.

Cela est moins vrai pour le contentieux concernant l'exécution de la lettre de garantie. En effet, la clause élisant la High Court n'est pas le résultat d'un choix pour le gestionnaire de sinistres. Il y a une vingtaine d'année, l'insertion dans une lettre de garantie d'une clause de compétence élisant le tribunal de commerce de Marseille était possible. Mais, au regard de l'écart entre, notamment, la conception française et la

⁶⁷ Traduction libre : « Ne devra pas excéder la somme de ».

⁶⁸ C. Scapel, « Lettres de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre* n°14, C.A.M.P., Automne 2007

conception anglaise de la responsabilité du transporteur maritime, exprimées au travers des décisions rendues par ces juridictions, les P&I Clubs se sont montrés de plus en plus réticents à l'idée d'élire une autre juridiction étatique que la High Court jusqu'à rejeter complètement l'idée.

Pour prendre un exemple concret, en matière de responsabilité du transporteur, dans une décision *Volcafe* rendue par la *Court of Appeal* de Londres⁶⁹, les juges ont notamment décidé que, lorsque le transporteur se prévaut d'un cas de vice inhérent de la marchandise *primo facie*, la charge de la preuve s'inverse au détriment de l'ayant droit à la marchandise qui devra démontrer que le transporteur n'a pas respecté les obligations lui incombant en vertu de la Convention de Bruxelles du 24 août 1924 applicable en l'espèce. Une telle jurisprudence est inexistante au regard de la jurisprudence française. Cela témoigne de l'écart qu'il existe entre l'interprétation des juges anglais et celle des juges français concernant ladite Convention, pourtant censée être un instrument d'harmonisation du régime du transporteur.

Il en va de même pour le droit applicable, qui sera le droit anglais. Une fois encore, le gestionnaire de sinistres n'aura pas la possibilité de choisir une loi applicable différente. Cette faveur donnée au droit anglais est liée, une fois encore, aux intérêts des armateurs car, en effet, la loi anglaise leur sera propice. Par ailleurs, cette application peut découler du forum anglais.

De tels écarts rendent la juridiction anglaise, au même titre que le droit anglais, attractifs pour les transporteurs et leur P&I Club, qui ne veulent plus accepter une autre juridiction. En réalité, le gestionnaire de sinistres n'est pas dans un rapport de force favorable et devra accepter de telles clauses.

Ainsi, les enjeux pesant sur l'armateur et ses garants s'expriment par l'intermédiaire du correspondant P&I, à la fois par la défense des intérêts de l'armateur, à savoir notamment obtenir une garantie ne couvrant que le dommage réel, mais aussi par les dispositions que le correspondant doit insérer dans cette garantie afin de se protéger contre les éventuels recours actionnés contre lui. Par ailleurs, les enjeux pesant sur la cargaison, défendus par le courtier en assurances maritimes, montrent clairement un rapport de force qui ne joue pas en sa faveur. En effet, les éléments non négociables,

⁶⁹ Court of Appeal of London, *Volcafe & others v CSAV*, [2015] EWHC 516 (Comm)

notamment les clauses afférentes au droit applicable et à la compétence juridictionnelle, permettent de comprendre que les armateurs sont en position de force, de nature à pouvoir imposer des clauses allant en leur faveur.

La négociation de la lettre de garantie peut donc s'ouvrir, sous réserve que cette dernière soit l'instrument le plus opportun afin de sécuriser la créance maritime. Cette opportunité se caractérise par l'existence d'une situation justifiant la négociation, à savoir lorsque les dommages constatés au déchargement sont importants et que le contexte est favorable, et par la démonstration de l'efficacité de la lettre de garantie, notamment par rapport à la saisie conservatoire. Une fois cette opportunité acquise, la négociation sera conduite entre d'une part le correspondant P&I, qui devra défendre les intérêts du transporteur pour le compte du P&I Club et avec l'autorisation du transporteur, et le courtier en assurances maritimes, qui représente les intérêts pesant sur les ayants droits à la marchandise.

Il va maintenant s'agir d'étudier **l'exécution de la lettre de garantie (PARTIE 2)**.

PARTIE 2 : L'EXÉCUTION DE LA LETTRE DE GARANTIE – GESTION DE RECOURS

Une fois la lettre de garantie négociée et émise, le gestionnaire de sinistres pourra constituer le dossier de réclamation. Ce dernier, pour être complet, devra être composé, toujours concernant une expédition de marchandises conventionnelles, principalement des documents suivants : le connaissement original, les factures commerciales afférentes à la marchandise connaissementée, le certificat d'assurance original, la lettre de réserves émise par l'ayant droit à la marchandise à l'encontre du transporteur, le rapport d'expertise, la dispache de dommages rédigée par le gestionnaire établissant l'indemnité due par les assureurs, et tout autre document pouvant appuyer la demande d'indemnisation de l'ayant droit à la marchandise.

Une fois le dossier constitué, le gestionnaire de sinistres devra déterminer s'il peut mettre au paiement la réclamation sans au préalable avoir reçu le visa des assureurs, en vertu d'une délégation de gestion découlant du protocole de gestion négocié entre le courtier en assurances maritimes et l'apériteur, soit l'assureur représentant la co-assurance. Si le montant dépasse l'autorité de gestion ou si le courtier ne dispose pas d'une telle autorité, le gestionnaire devra soumettre le dossier de réclamation à l'approbation de l'apériteur, avant de pouvoir faire payer la réclamation. Avant de procéder à un tel paiement, le gestionnaire devra, dans tous les cas, s'assurer que le client lui a renvoyé l'acte de subrogation signé.⁷⁰ Ce dernier, normalement uniquement nécessaire pour les règlements commerciaux, c'est-à-dire l'indemnisation d'un risque qui n'est pas couvert par la police d'assurance, est systématiquement demandé. En effet, cet acte rendra indiscutable la subrogation des droits de l'ayant droit à la marchandise au profit des assureurs qui l'ont indemnisé et servira donc de preuve quant à la subrogation légale existante au profit de ces derniers, sans qu'ils aient besoin de produire leur police devant le tribunal compétent en cas de litige, car la communication d'un document aussi sensible n'est pas souhaitée.

Il est important de rappeler ici que la subrogation « *transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier.* »⁷¹

⁷⁰ Voir Annexe III : Acte de subrogation

⁷¹ En vertu de l'article 1346-4 du Code civil

La subrogation légale dont bénéficient les assureurs découle plus précisément de l'article L.121-12 du code des assurances qui prévoit que « *L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.* » Tel sera le cas lorsque les assureurs indemniseront l'assuré pour un dommage couvert par la police d'assurance.

En cas de paiement dit commercial, une subrogation conventionnelle devra être envisagée, faute de quoi les droits de recours de l'ayant droit à la marchandise ne seront pas transférés à ses assureurs. Or il est primordial que ces derniers puissent voir leurs droits de recours exercés, car il en va de leur équilibre financier.

La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier qui va subroger les assureurs, après paiement de l'indemnité et de manière expresse, dans ses droits contre le débiteur. De plus la subrogation devra être consentie au plus tard, en même temps que le paiement, ou avant.⁷²

A ce stade, la phase de la gestion des recours va pouvoir s'ouvrir. Cette phase consiste, pour le courtier en assurances maritimes, à pratiquer le recours contre le responsable du dommage indemnisé. Le courtier aura, une fois de plus, signé des protocoles permettant la délégation d'une telle gestion pour le compte des assureurs subrogés dans les droits de l'ayant droit à la marchandise.

Dans le cadre de la gestion d'un recours afférent à un dossier où une lettre de garantie a été émise, le but est d'obtenir l'exécution amiable de la garantie en négociant directement avec le P&I Club ayant émis la lettre de garantie.

L'exercice du recours passera tout d'abord par l'accomplissement de la **condition préalable à l'exécution de la lettre de garantie (TITRE 1)**, à savoir l'établissement de la responsabilité du transporteur. En effet, et comme dit plus haut, la lettre de garantie prévoit qu'un document juridique prononçant la responsabilité du transporteur doit être préalablement établi. Ce document sera généralement le fruit d'une négociation entre le gestionnaire de recours et le P&I ayant émis la lettre de garantie, et aboutira, en principe, au paiement par le P&I Club de la somme convenue par les parties, forcément égale ou inférieure au montant prévu par la lettre.

⁷² En vertu de l'article 1346-1, interprété de manière souple par la jurisprudence.

En cas de désaccord, ce sera au tribunal élu compétent par la lettre, de trancher le litige sur la responsabilité du transporteur. Une fois cette décision émise, le gestionnaire le notifiera au P&I Club, qui exécutera son engagement, en échange du renvoi de l'original de la lettre de garantie.

Toutefois, dans certaines situations extrêmement rares, cette décision ne sera pas exécutée d'emblée par le P&I Club. Le gestionnaire de recours, agissant toujours pour le compte des assureurs subrogés, devra alors envisager **l'exécution forcée de la lettre de garantie (TITRE 2)**. Cette situation reste l'exception car le P&I Club n'a pas envie de voir sa réputation se dégrader, en étant considéré comme un mauvais payeur. Cela pourrait conduire à remettre en question le système des lettres de garantie. Cependant, l'exécution forcée de la lettre de garantie pose la question de l'action directe contre le P&I Club.

TITRE 1 : CONDITION À L'EXÉCUTION DE LA LETTRE DE GARANTIE

L'obtention d'une reconnaissance de responsabilité du transporteur est la condition à l'exécution de la lettre de garantie. En effet, le P&I Club a émis cette lettre de garantie dans le cadre de la couverture P&I protégeant l'armateur Membre, or si cet armateur, n'est pas reconnu responsable du dommage, le P&I Club n'a pas à faire fonctionner la couverture. Ainsi, le document juridique engageant définitivement la responsabilité du transporteur fait office de preuve de cette responsabilité, preuve dont le paiement de la somme garantie par le P&I Club dépend.

L'établissement de la reconnaissance de responsabilité du transporteur (CHAPITRE 1) peut se faire de manière amiable. Dans ce cas, la résolution du litige sera le résultat d'une nouvelle négociation entre le gestionnaire de recours et le P&I Club ayant émis la lettre de garantie, qui trouveront un accord notamment sur le bien fondé de la responsabilité du transporteur et sur le montant de cette responsabilité. Toutefois, si une telle négociation n'aboutit pas à un consensus entre les parties, en leur interdisant de transiger sur le montant de cette responsabilité, le litige sera résolu par le tribunal, judiciaire ou arbitral, défini au préalable par les termes de la lettre de garantie. Cette négociation n'a plus pour objet l'émission d'une lettre de garantie mais bien l'obtention d'un document qui admet la responsabilité du transporteur quant aux dommages subis par la marchandise. Ici, il est primordial pour les parties de trouver un accord amiable afin d'éviter les coûts engendrés par une procédure judiciaire, et *a fortiori* arbitrale.

Que la résolution de ce litige passe par un accord amiable ou par une décision de justice, la lettre de garantie précédemment émise va apporter aux parties une certaine prévisibilité. En effet, les termes de la lettre concernent les modalités de la reconnaissance de responsabilité du transporteur en lui apportant un cadre juridique. Ainsi, la lettre aura déterminé le tribunal compétent ainsi que le droit applicable, ces deux éléments étant primordiaux à la détermination de la responsabilité du transporteur. Cela évitera aux parties des discussions interminables sur ces deux points et leur permettra de discuter le fondement de la responsabilité directement, en vertu du droit applicable.

Les termes de la lettre de garantie vont alors faciliter l'ouverture des discussions sur la responsabilité du transporteur mais fixeront également les modalités de l'action en responsabilité contre le transporteur en cas d'échec de ces négociations.

Ainsi, l'établissement même de la reconnaissance de responsabilité **va être influencé par certains éléments de la lettre de garantie (CHAPITRE 2)**. Certains de ces éléments vont interagir directement sur la reconnaissance de la responsabilité du transporteur, ce sera notamment le cas du droit applicable et de la juridiction compétente choisis, alors que d'autres influenceront les modalités de l'action intentée contre le transporteur.

CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE DE LA RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR

Afin d'obtenir un acte établissant la reconnaissance de responsabilité du transporteur, le gestionnaire de recours doit se conformer aux instructions de ses mandants, à savoir, à ce stade du processus, les assureurs subrogés. Ces instructions peuvent être expresse ou établies préalablement par des protocoles de gestion négociés entre le courtier et l'apériteur, prévoyant notamment des conditions de gestion, de rémunération ainsi qu'une obligation de communication sur le recours ainsi entrepris. *A fortiori* pour assigner le transporteur, le gestionnaire de recours devra avoir eu l'accord exprès de ses mandants.

La lettre de garantie va ici permettre d'engager une discussion avec le P&I Club de manière fluide : le gestionnaire de recours sait à qui s'adresser, les parties connaissent la loi applicable à leur différend ainsi que le tribunal compétent pour le trancher, en cas d'échec des discussions. À ce titre s'est posée la question de l'efficacité de la clause attributive de compétence juridictionnelle insérée dans la lettre de garantie, notamment lorsqu'elle est en opposition avec une clause similaire, insérée dans un autre document afférent au transport maritime.

Les lettres de garantie étant usuelles, *« il est apparu qu'elles pouvaient opportunément constituer le support d'un accord sur la compétence de la juridiction étatique ou arbitrale appelée à régler ultérieurement le litige relatif aux dommages résultant du transport. »*⁷³

La jurisprudence française a reconnu l'efficacité de la clause de compétence insérée dans une lettre de garantie. Dans une affaire concernant le navire Liberty I, le transporteur réclamait la nullité de la clause au motif qu'elle aurait été le résultat d'un vice de consentement et obtenue sous la pression de la saisie du navire. En l'espèce, la lettre de garantie a été négociée afin d'obtenir la mainlevée de la saisie conservatoire. La cour relève que *« si [la menace de pratiquer une saisie conservatoire] a effectivement été déterminante dans [le consentement du transporteur], elle n'apparaît pas en l'espèce illégitime, les assureurs n'ayant procédé à la saisie conservatoire du navire*

⁷³ C. Scapel, « Lettres de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre* n°14, C.A.M.P., Automne 2007

*que sur autorisation de justice, non contestée devant la juridiction compétente [...] et pour le juste motif de voir indemniser les avaries et manquants constatés à l'arrivée ».*⁷⁴

Concernant l'opposition entre la clause de compétence contenue dans la lettre de garantie et celle insérée dans le connaissement, ce qui sera systématiquement le cas pour les connaissements émis en exécution d'une charte-partie, le tribunal de commerce Marseille a reconnu, notamment, dans un arrêt du 13 janvier 2006⁷⁵, qu'il y a avait novation⁷⁶ entre les deux clauses à la faveur de la clause contenue dans la lettre de garantie. D'une manière plus globale, et sans forcément retenir la novation systématiquement, la jurisprudence française donne systématiquement à la clause de juridiction contenue dans la lettre de garantie son plein effet.

Ainsi, l'établissement de la reconnaissance de responsabilité du transporteur pourra être le résultat d'une **transaction amiable (Section 1)** obtenue par le gestionnaire de recours après négociation avec le P&I Club. Cette décision pourra conduire, en cas d'échec des négociations, à utiliser **la voie légale (Section 2)**.

Section 1 : La transaction amiable

Ici il est important de rappeler que le gestionnaire de recours devra négocier avec le P&I Club qui a émis la lettre de garantie, ou son correspondant. Néanmoins, ce Club émetteur pourra demander au gestionnaire de discuter directement avec le P&I Club de l'affréteur, conformément aux stipulations de la charte-partie conclue entre le Membre du premier, le fréteur, et un affréteur.

La charte-partie n'est certes pas opposable aux tiers, et donc au gestionnaire de recours, mais le gestionnaire sera enclin à accepter de discuter avec le P&I Club de l'affréteur, surtout si cela peut faciliter la conclusion d'un accord amiable.

Toutefois, le gestionnaire de recours devra être vigilant à la date de la prescription et devra demander les reports de prescription seulement au P&I Club du fréteur, car il est le seul émetteur de la lettre de garantie.

La négociation entre le gestionnaire de recours et le P&I Club sera analysée, dans le cadre de cette étude, par le prisme d'une expédition conventionnelle déchargeant

⁷⁴ C.A. Paris, Liberty I, 19 mars 2003, *DMF*, 2003, p.597, obs. B. Coste

⁷⁵ T. Com. Marseille, Antigoni, 13 janvier 2006, *DMF* 2006, p.865, obs. crit. O. Cachard

⁷⁶ La novation est, selon l'article 1329 du Code civil, un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée et peut avoir lieu, entre autre, par substitution d'obligation entre les mêmes parties.

en Afrique de l'Ouest. En effet, les ports ainsi desservis se caractérisent par des dommages particuliers et notamment par des sacs déchirés, vides et manquants en grand nombre. De plus, l'étude de la négociation prendra en compte la situation, fréquente, dans laquelle le transporteur a affrété son navire car cela va engendrer des difficultés, notamment en raison de la confrontation entre les termes du connaissement et ceux de la charte-partie.

A ce titre il est important de rappeler que la charte-partie, qui lie le propriétaire d'un navire et un affrèteur, définit leurs obligations respectives. En droit anglais, le porteur d'un connaissement émis en exécution d'une charte-partie ne peut être contraint par les obligations qu'elle prévoit, que si cette dernière a été incorporée au connaissement.⁷⁷

Selon une ancienne jurisprudence anglaise⁷⁸, il n'y a pas d'incorporation de la charte-partie au connaissement si ce dernier ne se réfère qu'à une condition particulière de la charte-partie. A l'inverse, l'incorporation pourra être complète si le connaissement le prévoit clairement.⁷⁹ Tel sera le cas s'il est émis « *according to the charter-party* ». ⁸⁰

Enfin, concernant ce type d'expéditions, les Règles de La Haye/Visby⁸¹ trouveront à s'appliquer devant un tribunal étatique anglais ou devant le Tribunal Arbitral de Londres, d'abord en vertu de la clause élisant la loi applicable dans la lettre de garantie renvoyant au droit anglais, droit anglais qui prévoit l'application de ces Règles ou, en l'absence d'un tel choix, en vertu de la clause Paramount incérée dans le connaissement couvrant ladite expédition.

Les parties vont donc discuter, à ce stade, du bien fondé de la responsabilité du transporteur car, en effet, la lettre de garantie n'est en rien une reconnaissance de responsabilité. Il s'agira donc dans un premier temps d'analyser les ***discussions concernant les manquants partiels (I)*** avant d'étudier les ***arguments utilisés par les parties concernant le manquant total (II)***.

La tactique du P&I Club sera de rejeter en bloc toute responsabilité du transporteur, lorsque cela n'est pas illusoire, mais de proposer, à titre commercial, un montant très inférieur à l'indemnité payée par les assureurs.

⁷⁷ W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2nd éd., BIC, 1998

⁷⁸ Chappel v. Comfort [1861] 31 L.J. Rep (Common Law)

⁷⁹ Queen's Bench Division, *The Kavo Peiratis (Granvias Oceanicas v Jibses Trading)* [1977] 2 Lloyd's Rep. 344

⁸⁰ Sheriff Court (Edimburg), *The Soemba (Redejuij Erven H Sloots v E. Chalmers)* [1956] 1 Lloyd's Rep. 552

⁸¹ Cette dénomination est fréquemment utilisée pour désigner la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, telle qu'amendée par le Protocole de Visby du 23 février 1968.

Le gestionnaire de recours devra démontrer le bien fondé de la responsabilité du transporteur et formulera une contre-proposition reflétant la solidité du bien fondé de la responsabilité du transporteur.

I- Les discussions sur les manquants partiels

Les manquants partiels représentent le tonnage total de sacs vides ou déchirés, pointés au moment du déchargement. Ces dommages, caractéristiques des déchargements opérés dans des ports situés en Afrique de l'Ouest, résultent le plus souvent d'une manutention violente provoquant la déchirure des sacs.

Le premier réflexe du P&I Club, ou de son correspondant, sera de rejeter la responsabilité soit en essayant de démontrer que la responsabilité du déchargement n'incombe pas au transporteur soit, plus rarement, en caractérisant un cas excepté lorsque cela est possible.

Dans le premier cas, le plus fréquent, le P&I Club va éventuellement se prévaloir d'une clause incluse dans la charte-partie stipulant que la marchandise sera chargée et arrimée aux frais et aux risques des chargeurs/ affréteurs et déchargée aux frais et aux risques des réceptionnaires/ affréteurs. Les clauses de la charte-partie sont, en effet, à prendre en compte ici dans le sens où elles auront été, dans bien des cas, intégrées au connaissement. L'interprétation du Club d'une telle clause implique que l'obligation de décharger la marchandise, et donc de recourir à des manutentionnaires compétents, incombe aux intérêts facultés et non au transporteur. Cette interprétation est renforcée par le fait qu'en pratique, et en application d'une telle clause, ce sont les réceptionnaires qui vont engager les manutentionnaires.

Le gestionnaire de recours devra alors démontrer que ces sacs, déchirés et vidés au moment du déchargement par une manutention indélicate, étaient encore sous la responsabilité du transporteur au moment des opérations de déchargement. Ainsi, le gestionnaire de recours essaiera de démontrer que ladite clause ne transfère pas l'obligation incombant au transporteur de décharger la marchandise.

En effet, dans un arrêt *Jordan II*, la *Court of Appeal*⁸² a rappelé qu'en l'absence de stipulations contraires, le transporteur est tenu de procéder au chargement, à l'arrimage et au déchargement de la marchandise et sera responsable de ces opérations. Toutefois,

⁸² Court of Appeal, *Jindal Iron and Steel Co Ltd v Islamic Solidarity Shipping Co Jordan Inc (The Jordan II)*, [2003] 2 Lloyd's Rep. 87

la cour a admis que les parties peuvent convenir du contraire mais, pour aboutir à un transfert de responsabilité effectif, les termes de la clause opérant ce transfert doivent être clairs.

Le gestionnaire argumentera alors que ladite clause ne concerne pas directement la responsabilité résultant d'une mauvaise exécution des opérations de déchargement et n'opère pas un transfert de responsabilité quant au déchargement, qui reste à la charge du transporteur. Pour développer cet argument, le gestionnaire de recours devra démontrer que l'organisation et le paiement des opérations de déchargement n'emportent pas le transfert de responsabilité, faute de clause claire sur la question.

Toutefois, c'est bien l'interprétation du P&I Club qui a été confirmée par la *Court of Appeal* dans un arrêt *Sea Mirror*⁸³ où les juges ont établi qu'une telle clause devait se comprendre comme transférant les risques à un tiers, en l'occurrence au réceptionnaire, ce qui équivaut à transférer la responsabilité du déchargement au réceptionnaire et libère conséquemment le transporteur de son obligation de procéder de manière appropriée à ce déchargement. Dans l'opinion des juges d'appel, la clause est suffisamment claire pour opérer un tel transfert de responsabilité.

Cette décision a pour effet de priver de recours les dommages résultant des sacs déchirés lors du déchargement lorsque l'expédition est effectuée en exécution d'une charte-partie contenant une telle clause. Dans une telle conception contractuelle, la seule option qui reste possible pour le gestionnaire de recours sera d'accompagner ses clients affréteurs dans la rédaction de charte-partie pour moduler ladite clause.

II- Les discussions sur les manquants totaux

Ici le dommage se réfère aux sacs qui n'ont pas été déchargés, parce qu'ils sont tombés à l'eau lors de la manutention ou parce qu'ils ont été volés, souvent par les manutentionnaires profitant du déchargement pour détourner certains sacs.

A ce titre, devant un manquant total, les P&I Clubs ont pour habitude de demander à ce que soit vérifiés et comparés certains documents, comme les feuilles de pointage au chargement et au déchargement, le reçu de bord, le rapport d'expertise, le manifeste de bord, les enregistrements des autorités douanières ainsi que le suivi de la cargaison afin de s'assurer que le tonnage au chargement soit conforme avec les mentions du

⁸³ Court of Appeal, *SDTM-CI & others v Continental Lines N.V (The Sea Mirror)*, [2015] EWHC 1747 (Comm)

connaissance et qu'aucune cargaison de même nature n'ait été déchargée dans un autre port en excédent.⁸⁴

Concernant ces dommages, le P&I Club va s'appuyer sur deux axes d'argumentation pour rejeter toute responsabilité du transporteur dans les dommages par manquants totaux.

Le premier sera l'étude du connaissance et le décèlement de la formule « *Weight, measure, quantity, condition, contents and value unknown* »⁸⁵, dite clause « *Weight unknown* », au recto de ce connaissance. Par exemple, une telle mention est présente dans les connaissances de type Congenbill 1994.⁸⁶ Cette formule exprime l'idée selon laquelle le nombre de sacs embarqués n'a été reconnu que par le chargeur, et pas par le transporteur lors du chargement. La validité d'une telle clause a été admise par la jurisprudence anglaise et permettra au P&I Club de contester le poids de marchandise embarquée au départ et donc de faire diminuer le tonnage de marchandise manquante au déchargement. En effet le transporteur ne pourra pas être reconnu responsable de l'absence de sacs de marchandises qu'il n'a pas reconnu au chargement.

Par ailleurs, en Afrique de l'Ouest, il arrive que le pointage du nombre de sacs au déchargement ne passe pas par un pointage sac par sac mais par un décompte approximatif, biaisant ainsi le nombre de sacs manquants. Il n'est, de plus, pas rare que le P&I Club mette en exergue que cette technique de pointage permet *in fine* aux manutentionnaires de dissimuler certains sacs afin de les voler, créant un manque artificiel que le transporteur n'a pas à supporter. Toutefois de telles allégations devront, pour peser de tout leur poids lors des négociations, être démontrées, faute de quoi le gestionnaire de recours n'en tiendra pas rigueur pour diminuer sa demande.

Le gestionnaire de recours devra alors prouver le poids et le nombre de sacs de marchandises embarquées au départ. En présence de la clause « *Weight unknown* », le gestionnaire de recours devra donc produire des documents prouvant le nombre de sacs embarqués au départ comme des certificats de poids, de qualité et d'emballage émis à l'embarquement par des organismes de certification réputés, comme le Bureau Veritas.

⁸⁴ C. Luddeke & contributors, *Marine Claims*, 2nd éd., LLP, 1996

⁸⁵ Traduction libre : « Poids, mesure, quantité, condition, contenu et valeur inconnus »

⁸⁶ Voir Annexe IV : Connaissance type Congenbill 1994

La conduite de ces discussions amiables dépend surtout du tribunal compétent pour trancher le litige en cas d'échec des négociations. En effet, la juridiction choisie aura créé des précédents, souvent en défaveur des intérêts cargaison, qui permettront d'avoir une idée du bien fondé de la responsabilité du transporteur et donc d'ajuster le montant transigé.

Si les parties arrivent à trouver un accord, il sera alors formalisé par écrit et constituera la reconnaissance de responsabilité du transporteur. Si elles n'arrivent pas à s'entendre, elles mettront en œuvre la clause de compétence inscrite dans la lettre de garantie, afin que le tribunal compétent tranche la question de la responsabilité du transporteur. La reconnaissance de responsabilité interviendra donc par la **voie légale (Section 2)**.

Section 2 : La voie légale

Si les négociations sur la responsabilité du transporteur n'aboutissent pas, ou si le gestionnaire de recours ne se satisfait pas de la proposition du P&I Club, le gestionnaire va donc, en se servant de la clause élisant un tribunal compétent dans la lettre de garantie, assigner le transporteur. Toutefois pour procéder à une telle assignation, le gestionnaire devra avoir reçu le mandat des assureurs.

La mise en œuvre de la clause élisant le tribunal compétent peut conduire à saisir un ***tribunal arbitral (I)*** ou un ***tribunal judiciaire (II)***. Cette étude conduira nécessairement à prendre conscience du rapport de force entre le transporteur et les intérêts cargaison.

I- La décision arbitrale

Généralement, les parties auront élu, dans la lettre de garantie, le tribunal arbitral maritime de Londres. Un tel tribunal dépend de la London Maritime Arbitration Association, dont le règlement⁸⁷, mis à jour en 2017, prévoit que la loi applicable, en l'absence d'accord contraire entre les parties, sera la loi anglaise. Il est possible pour les parties de nommer soit un tribunal composé d'un arbitre unique, ou de trois arbitres ou de deux arbitres et d'un juge-arbitre, appelé *Umpire*, qui aura le pouvoir de trancher le litige en cas de désaccord entre les deux arbitres.

⁸⁷ London Maritime Arbitration Association Terms 2017

Chaque partie nommera un arbitre et les deux arbitres ainsi choisis choisiront leur président ou leur *Umpire*. Bien souvent, il est prévu dans la lettre de garantie, conformément au règlement de la LMMA, que si une des parties ne nomme pas un arbitre dans les 14 jours suivant la notification d'arbitrage, l'arbitre choisi sera le seul arbitre.

La procédure est déterminée par le Règlement, en l'absence de précisions par les parties.

Il est important de rappeler à ce stade que l'arbitrage international permet de résoudre de manière rapide et confidentielle le litige des parties. De plus, les membres du tribunal seront, en général, membres de la LMAA, ce qui garantit leur compétence sur les questions maritimes. Enfin, les parties vont choisir leur arbitre en fonction de ses connaissances sur les aspects techniques du cas.

Toutefois, l'arbitrage coûte cher. A titre d'exemple, pour une procédure classique, les frais de nomination s'élève en moyenne à 250 livres et les frais de réservation⁸⁸ coûtent environ 1 000 livres par jour d'audience préliminaire. Ces chiffres sont le résultat de moyennes, étant donné qu'il revient à la commission de la LMAA de fixer le montant exact de ces frais.

Les décisions arbitrales sont généralement reconnues pour leur justesse. En effet, bien que situés à Londres, les arbitres ne défendent pas de juridiction, précisément puisque l'arbitrage international est détaché de toute juridiction. Ainsi leur interprétation sera souvent pondérée, entre les intérêts cargaison et les intérêts corps, seulement au regard des prétentions des parties.

Toutefois deux sentences rendues le même jour, le 5 juillet 2017, rendent compte du problème causé par les différentes orientations des législations nationales et des différentes interprétations données à des instruments d'uniformisation du droit maritime ainsi que de leur prise en compte par les arbitres londoniens.

En effet, les juridictions situées dans des pays dits de chargeurs, tel que la France, auront tendance à interpréter les conventions internationales en faveur des intérêts cargaison alors que les juridictions situées dans des pays dits d'armateurs, tel que l'Angleterre, préféreront donner à ces textes une interprétation favorable aux intérêts corps.

⁸⁸ Traduction littérale du terme « booking fees »

Ces deux sentences permettent également de se rendre compte de l'importance de la procédure de nomination des arbitres : si il n'y a qu'un arbitre unique nommé par les intérêts cargaison, il y a de fortes chances pour que la décision leur soit favorable. Au contraire, si le tribunal est constitué de plusieurs arbitres, choisis par les deux parties, la décision aura alors plus de chance d'être favorable à l'armateur.

Dans la première sentence⁸⁹, le tribunal, constitué de trois arbitres, avait à se prononcer sur la responsabilité du transporteur concernant des manquants constatés sur une cargaison de riz déchargée à Douala et à Abidjan, couverte par des connaissements Congenbill 1994. La clause *Cargo Quantity* de la charte-partie prévoyant que « *le navire sera responsable du nombre de sacs chargés/déchargés* » s'opposait à la clause « *Weight unknown* » insérée au verso des connaissements.

Pour qu'une telle insertion, partielle, de la charte-partie dans le connaissement soit valable, il faut qu'elle soit prévue dans la charte-partie et que la disposition en question n'entre pas en contradiction avec les stipulations du connaissement.

Ainsi, le tribunal va d'abord rappeler que les parties ne peuvent pas incorporer les clauses de la charte-partie qui sont en contradiction avec les dispositions du connaissement dans la relation contractuelle afférente à ce connaissement, rejetant ainsi la possibilité pour les intérêts cargaison de s'en prévaloir.

Ensuite, le tribunal, en se servant d'une autre clause de la charte-partie valablement incorporée au connaissement et prévoyant que les manutentionnaires sont engagés par les affréteurs, va rejeter la responsabilité du transporteur. Cette reconnaissance de non responsabilité est intervenue malgré le fait que cette dernière clause prévoyait que l'engagement des manutentionnaires aurait lieu sous la supervision du capitaine car, selon le tribunal, une telle supervision, fréquemment prévue, n'avait jamais d'effets concrets en pratique.

Au regard de cette sentence, le transporteur maritime n'est pas responsable des manquants causés par un chargement, un arrimage ou un déchargement incorrect en présence d'une telle clause de la charte partie insérée valablement dans le connaissement.

Toutefois, le même jour une autre sentence a été rendue par le tribunal⁹⁰, cette fois-ci composé d'un arbitre unique, et tranche en faveur des intérêts cargaison. Cette

⁸⁹ Voir Annexe V : Extraits de la sentence arbitrale du 5 juillet 2017 n°1

⁹⁰ Voir Annexe VI : Extraits de la sentence arbitrale du 5 juillet 2017 n°2

sentence se prononce sur la responsabilité du transporteur concernant des manquants constatés sur une expédition de riz en sacs à destination de Namibe. Le connaissance relatif à la cargaison prévoyait l'incorporation expresse de tous les termes, conditions, libertés et exceptions de la charte-partie.

L'arbitre va reconnaître que la fameuse clause « *Weight unknown* » peut normalement permettre de neutraliser les quantités de marchandises inscrites au connaissance. Toutefois, dans le cas présent, l'arbitre souligne que la formule « *clean on board* » sur le connaissance indique que les agents de l'armateur avaient accepté et reconnu le tonnage inscrit au connaissance. De plus, l'arbitre note que cette quantité est confirmée, notamment par les certificats de poids, de qualité et d'emballage émis au chargement par le Bureau Veritas. Enfin, l'arbitre va confirmer la différence du nombre de sacs embarqués, tels qu'inscrits au connaissance, et celui de sacs déchargés à Namibe et va imputer cette différence au transporteur.

Cet écart entre les deux sentences, pourtant rendues par des arbitres appartenant à la LMAA et le même jour, laisse songeur. Toutefois, cela peut rassurer le courtier en assurances maritimes, qui défend les intérêts cargaison, en ce que la seconde sentence évoquée permet de continuer à négocier les dommages de déchargement, typiques de la sacherie sur l'Afrique de l'Ouest.

Un tel espoir est de moins en moins permis concernant les **décisions judiciaires (II)** se prononçant sur la responsabilité du transporteur, puisque ces dernières sont généralement rendues par les juridictions anglaises.

II- La décision judiciaire

La marge de manœuvre dont dispose le gestionnaire de recours pour négocier une reconnaissance de responsabilité amiable du transporteur sera très mince en présence d'une clause de juridiction dans la lettre de garantie élisant un tribunal judiciaire anglais.

Ces tribunaux ont construits des jurisprudences très favorables aux armateurs, que cela soit sur la base du droit anglais de *common law* ou sur la base de textes internationaux, tels que les Règles de La Haye/ Visby, affaiblissant de fait la position du gestionnaire de recours. Cette faveur se manifeste en effet par une reconnaissance de responsabilité du transporteur de plus en plus difficile. Malheureusement, les clauses élisant les tribunaux judiciaires anglais se sont généralisées, faisant de la bataille de compétences évoquée

par Monsieur le Professeur Scapel⁹¹, une bataille perdue pour les pays de droit civil et notamment pour la France.

Pour illustrer la faveur accordée aux armateurs par les juridictions étatiques anglaises, deux décisions particulièrement symptomatiques seront étudiées.

Tout d'abord la décision *Sea Mirror*, dans laquelle la *Court of Appeal*⁹² a reconnu que la clause 5 du connaissement Synacomex⁹³, prévoyant que la cargaison « [...] *shall be discharged at the expense and risk of Receivers/Charterers* »⁹⁴, était assez claire pour opérer un transfert de responsabilité concernant les opérations de déchargement au profit des réceptionnaires et/ ou des affréteurs. Ainsi les dommages découlant de la mauvaise manipulation des manutentionnaires ne pourront plus, si le droit anglais trouve à s'appliquer et en présence d'une telle clause, faire l'objet d'un recours contre le transporteur.

Par ailleurs, dans une affaire *Volcafe*, la *Queen's Bench Division* de la *London Mercantile Court*⁹⁵, avait décidé qu'à partir du moment où la marchandise avait été embarquée en bonne condition et déchargée endommagée, en l'espèce par de la condensation, le transporteur était présumé ne pas avoir respecté ses obligations en vertu de l'article 3.2. des Règles de La Haye/ Visby⁹⁶. Ainsi, le transporteur placé devant une telle situation, même si le dommage semble résulter d'un cas de vice caché, de la nature propre ou d'un vice propre de la marchandise, devra prouver qu'il a procédé de façon appropriée et soigneuse au déchargement des marchandises transportées.

⁹¹ C. Scapel, « Lettres de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre* n°14, C.A.M.P., Automne 2007

⁹² Court of Appeal, *SDTM-CI & others v Continental Lines N.V (The Sea Mirror)*, [2015] EWHC 1747 (Comm)

⁹³ La clause 5 Loading and discharging prévoit : « *Cargo shall be loaded, spout-trimmed and/or stowed at the expense and risk of Shippers/Charterers at the average rate of X weather permitting, Cargo shall be discharged at the expense and risk of Receivers/ Charterers at the average rate of Y, weather permitting, stowage shall be under Master's direction and responsibility. Shippers' and/or Charterers' representatives have the rights to be on board the vessel during loading, discharging or lightering for the purpose of inspecting the cargo and/or weighing. Charterers and Owners are allowed to work overtime such expenses shall be for the account of the party ordering same. If ordered by Port Authorities, overtime shall be for charterers' account. Overtime services by ship's crew shall be in all cases for Owners' account.* »

⁹⁴ Traduction libre : « sera déchargée aux frais et aux risques des réceptionnaires/affréteurs. »

⁹⁵ Queen's Bench Division, *London Mercantile Court, Volcafe Ltd and Others v. Compania Sud Americana de Vapores Sa.* [2015] EXHC 516 (Comm)

⁹⁶ L'article 3.2 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, amendée par le Protocole du 23 février 1968 prévoit que « *Le transporteur, sous réserve des dispositions de l'article 4, procédera de façon appropriée et soigneuse [...] au déchargement des marchandises transportées.* »

Toutefois, la *Court of Appeal*⁹⁷, a renversé cette décision en jugeant que le transporteur qui se prévaut *primo facie* d'un cas vice inhérent à la marchandise, renverse la charge de la preuve qui incombe donc aux intérêts cargaison, qui doivent prouver une négligence du transporteur pour engager sa responsabilité. Le tribunal a en effet décidé que si le transporteur avait agi en accord avec les « *normes sectorielles* »⁹⁸, cela suffisait à démontrer qu'il avait agi avec la diligence requise par les textes internationaux.

Ainsi, cette décision conduit à rendre les dommages résultant d'une condensation en cales, et de vices inhérents à la marchandise plus généralement, irrécouvrables. En effet, démontrer dans un pareil cas, une négligence du transporteur sera souvent très complexe et le gestionnaire de recours ne disposera, bien souvent, pas des éléments suffisants.

La décision engageant la responsabilité du transporteur ne sera pas aisée à obtenir, compte tenu des rapports de force résultant de la généralisation de la compétence anglaise et, plus généralement, de l'interprétation anglaise des dispositions afférentes à l'action contre le transporteur. Cette situation, qui n'est toutefois pas immuable, fragilise les intérêts cargaison et donc la position du gestionnaire de recours au cours des négociations, même au stade amiable.

Par ailleurs, certains **termes de la lettre de garantie vont influencer**, positivement ou négativement, **l'établissement de la reconnaissance de responsabilité du transporteur (CHAPITRE 2)**.

⁹⁷ Court of Appeal of London, *Volcafe & others v CSAV*, [2015] EWHC 516 (Comm)

⁹⁸ Traduction libre du terme : « *industry standard* »

CHAPITRE 2 : LES ÉLÉMENTS DE LA LETTRE DE GARANTIE INFLUENÇANT L'ÉTABLISSEMENT DE LA RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR

Certaines clauses de la lettre de garantie vont être utiles tout au long de la gestion du recours, d'autres ne révéleront leur utilité qu'au moment de la phase judiciaire, en cas d'échec des négociations. Il est néanmoins intéressant de noter que l'ensemble de ces stipulations servira à réguler le gestionnaire de recours quant à son exigence au regard du montant, tant au moment des discussions amiables qu'au moment de l'assignation du transporteur.

Ainsi, certains éléments de la lettre de garantie vont permettre d'influencer, de manière positive ou négative, l'établissement de la reconnaissance de responsabilité du transporteur maritime. Si certains de ces éléments vont directement influencer **la reconnaissance de la responsabilité du transporteur (Section 1)**, d'autres auront un impact **sur les modalités de l'action contre le transporteur (Section 2)**.

Section 1 : Les éléments influençant la reconnaissance de la responsabilité

Le forum de compétence (I), choisi par la lettre de garantie aura une influence directe sur l'existence même de la reconnaissance de responsabilité. Il en va de même pour la *procédure de nomination des arbitres (II)* dans le cas où une clause compromissoire a été insérée dans la lettre.

I- Le forum de compétence

A la lumière des développements présentés dans le chapitre précédent, il est clair que le premier élément de la lettre de garantie à influencer la reconnaissance de responsabilité est la compétence attribuée à un tribunal pour connaître le litige afférent à cette responsabilité.

En effet, la clause de juridiction, qui relève plus d'une clause d'adhésion que d'une réelle négociation, va souvent élire les tribunaux anglais comme étant compétents pour trancher le litige afférent à la responsabilité du transporteur. Ces tribunaux se prononceront le plus souvent possible en faveur du transporteur maritime et empêcheront une reconnaissance de responsabilité, que cela soit sur la base de la Convention de Bruxelles du 26 mai 1924 ou sur la base du droit anglais.

L'uniformisation juridique souhaitée, se reflétant dans le consensus posé par ladite Convention de Bruxelles, est effectivement mise à mal par les divergences entre les interprétations données par les différents tribunaux judiciaires nationaux. Cette différence conduit inéluctablement à installer, en matière d'action contre le transporteur maritime, un forum shopping, en la défaveur des juridictions françaises et au profit des juridictions anglaises. Conséquemment, le choix de ces juridictions dans la lettre de garantie rendra plus difficile les négociations pour le gestionnaire de recours lorsqu'il s'agira d'engager amiablement la responsabilité du transporteur.

Dans ce cadre, deux décisions rendues par le Tribunal de Commerce de Marseille peuvent faire penser que les tribunaux français pourront, dans un futur plus ou moins proche, se mettre également à défendre les intérêts des armateurs, pour rester compétitifs sur le marché de la compétence afférente aux contentieux maritimes. En effet, il semblerait que le Tribunal de Commerce de Marseille, en général compétent pour trancher les litiges afférents à un transporteur international dont le siège social se trouve à Marseille, ait amorcé un tournant en n'hésitant plus à se prononcer en faveur des intérêts des armateurs, parfois même au mépris du bon sens.

Témoins de ce tournant, deux décisions. La première, rendue le 19 mai 2017⁹⁹ dans une affaire opposant la CMA CGM aux assureurs subrogés des ayants droits à la marchandise, concernait le transport d'un conteneur contenant des poissons congelés arrivés avariés à Dakar. Ici les juges ont déclaré l'action introduite par les assureurs irrecevable au motif que les conditions de la subrogation conventionnelle ne seraient pas réunies. En réalité, les juges ont ici purement et simplement mélangé les conditions de la subrogation légale et celles de la subrogation conventionnelle.

Le Tribunal a en effet jugé, s'agissant de la subrogation conventionnelle, qu'étant donné que le signataire de l'acte de subrogation n'est pas le bénéficiaire de la police d'assurance fournie, il y avait lieu de constater que le signataire de l'acte était dans l'impossibilité de subroger ses droits à des compagnies d'assurance découlant d'une police qu'elle n'a pas souscrite et que les conditions requises pour reconnaître la subrogation conventionnelle n'étaient donc pas réunies. Le tribunal aurait pourtant dû se limiter à vérifier si le paiement était intervenu concomitamment à la signature de la

⁹⁹ Trib. Com. Marseille, 19 mai 2017, RG n° 2015F03491, voir Annexe VII

quittance en exécution de la police d'assurance, comme le prévoit l'article 1346-1 du Code civil¹⁰⁰.

La seconde décision a été rendue par le Tribunal commercial de Marseille, en même composition, le 12 mai 2017.¹⁰¹ Cette affaire opposant, une fois encore, la CMA CGM aux assureurs subrogés dans les droits des ayants droits à la marchandise. Le tribunal déclare l'action des assureurs subrogés irrecevable au motif que la police d'assurance ne pouvait être consultée dans son intégralité. Or, il ressort du numéro de la police d'assurance visée que le tribunal a tout simplement inversé ladite police d'assurance avec une autre, versée par un des assureurs de la CMA CGM.

Ces erreurs, qui apparaissent quelque peu consternantes pour les personnes défendant les ayants droits à la marchandise et leurs assureurs subrogés, témoignent peut-être de la volonté du Tribunal de Commerce de Marseille de garder sous sa compétence, le contentieux afférent au transporteur maritime en question, en essayant de ne pas trop apparaître favorable aux intérêts cargaison.

Même si ces décisions seront très certainement renversées en appel, cela permet de comprendre les enjeux entourant le forum de compétence concernant le contentieux sur la responsabilité du transporteur, notamment pour les tribunaux français qui veulent garder sous leur coupe une partie, bien que restreinte, du contentieux maritime.

Il est donc clair qu'à l'heure actuelle, l'élection des juridictions anglaises réduira, ou empêchera dans certains cas, l'établissement de la responsabilité du transporteur maritime. Cette affirmation n'est pas encore vraie en présence d'un forum de compétence français, les deux décisions rendues par le Tribunal de Commerce de Marseille étant marginales. Néanmoins, ces dernières font réfléchir quant au futur s'agissant de l'attitude des tribunaux français devant les contentieux maritimes.

Si la lettre de garantie prévoit une clause compromissoire, **la procédure de nomination des arbitres (II)** pourra également avoir un grand impact sur la reconnaissance de responsabilité.

¹⁰⁰ Le troisième alinéa de l'article 1346-1 du Code civil prévoit que : « [La subrogation conventionnelle] doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. »

¹⁰¹ Trib. Com. Marseille, 12 mai 2017, RG n° 2014F03486

II- La procédure de nomination des arbitres

Compte tenu de la tradition arbitrale existante dans le commerce maritime, l'insertion d'une clause compromissoire n'est pas rare au regard de la reconnaissance de responsabilité du transporteur. Plus particulièrement, les arbitrages dépendants de la LMAA se trouvent souvent élus pour trancher ces litiges, en cas d'échec des négociations amiables.

Les inconsistances entre les sentences arbitrales, comme celles étudiées plus haut, permettent de souligner le fait que la procédure de nomination des arbitres aura une grande influence sur l'existence de la reconnaissance de responsabilité du transporteur.

Si une telle procédure prévoit l'élection d'un arbitre unique, il suffira que cet arbitre soit sensible aux intérêts cargaison pour que la décision aboutisse à une reconnaissance de responsabilité du transporteur, *a fortiori* si l'arbitre est choisi par les intérêts cargaison.

Ainsi, si la procédure prévoit que chacune des parties doit choisir un arbitre et si l'une d'entre elles fait défaut, en ne nommant pas un arbitre dans le temps qui lui est imparti, l'arbitre choisi par l'autre partie constituera, seul, le tribunal arbitral. Etant donné que les intérêts cargaison seront, du fait de leur situation de précarité, toujours très prompts à nommer un arbitre, la situation peut jouer à leur avantage, si l'autre partie ne procède donc pas à une telle nomination.

Il en va de même si les parties ont prévu, dans la lettre de garantie, que le tribunal ne sera constitué que d'un arbitre, choisi par les intérêts cargaison.

A l'inverse, si la procédure prévoit l'élection d'un collège arbitral, les chances de voir l'établissement de la reconnaissance de responsabilité du transporteur aboutir, s'affaiblissent. Il y a aura, en effet, de fortes chances pour que la majorité des arbitres présentent une sensibilité particulière pour les intérêts des armateurs, puisqu'au moins l'un d'entre eux aura été choisi par ces derniers.

Cette influence résulte évidemment du fait que les parties auront à choisir les arbitres qui composeront le tribunal arbitral. Conséquemment, elles choisiront la personne qui, tout en répondant aux exigences de la LMAA, saura le mieux faire écho à leurs intérêts. L'arbitre sera donc certes choisi en fonction de ses compétences et de sa connaissance sur l'objet du litige, mais également en fonction de ses sensibilités.

Ainsi les termes de la lettre de garantie influencent l'établissement de la reconnaissance de responsabilité du transporteur, mais pas seulement car elles peuvent avoir un **impact sur les modalités de l'action contre le transporteur (Section 2)**.

Section 2 : Les éléments influençant les modalités de l'action contre le transporteur

En cas d'échec des négociations sur la responsabilité du transporteur, la clause de juridiction ou compromissoire contenue dans la lettre de garantie sera alors mise en œuvre, via l'introduction d'une action en responsabilité contre le transporteur. Les modalités de cette action vont d'abord être influencées par la *nature juridique de la lettre de garantie (I)*, en ce qu'elle pourra éventuellement permettre au gestionnaire de recours d'envisager une demande de réparation *in solidum* concernant à la fois le transporteur et son P&I Club et, accessoirement, conditionnera l'action directe contre ce dernier.

Ensuite ces modalités vont être impactées par *le cadre contractuel posé par la lettre de garantie (II)*.

I- La nature de la lettre de garantie

D'une manière générale, il n'existe aucun consensus absolu sur la nature juridique de la lettre de garantie. La jurisprudence, tout comme la pratique, hésite souvent entre le cautionnement et la garantie autonome.

Le cautionnement, qui est une sûreté personnelle, est défini par l'article 2288 du Code civil comme impliquant que « *Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». La garantie autonome est, quant à elle, « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant les modalités convenues* », en vertu de l'article 2321 du Code civil.

Les difficultés naissent principalement du fait que la majorité des lettres de garantie sont rédigées en anglais et que la traduction française peut être inexacte. A titre d'exemple, il est souvent inscrit dans les lettres de garantie que cette dernière est une « *guarantee* »¹⁰². Or le dictionnaire Oxford définit cette dernière comme étant « *an*

¹⁰² Généralement traduit par garantie.

undertaking to answer for the payment or performance of another person's debt or obligation in the event of a default by the person primarily responsible for it». ¹⁰³ Il apparaît nettement de cette définition que la « *guarantee* » anglaise s'apparente à un cautionnement.

A ce titre, les P&I Clubs soutiendront, dans la majorité des cas, que leur engagement est accessoire et conditionnel, le rapprochant plutôt du cautionnement alors que la lettre de garantie se trouve être indépendante du contrat principal.

L'hypothèse du cautionnement sera retenue si la lettre de garantie se réfère au contrat principal, généralement le contrat de transport, et si la somme versée en exécution, le sera pour payer la dette de l'armateur. En présence d'un cautionnement, la recevabilité de l'action directe du tiers contre l'émetteur de la lettre ne sera possible qu'en présence d'un manquement de l'armateur à ses obligations découlant du contrat principal, dont le cautionnement est accessoire. ¹⁰⁴

En revanche, si l'engagement implique de payer la somme demandée par le tiers bénéficiaire et non de pas la dette du débiteur, et si le garant renonce à se prévaloir des exceptions du contrat à l'origine de la lettre de garantie, soit le contrat de transport, la lettre de garantie sera considérée comme une garantie autonome, ce qui est le plus souvent le cas. En présence d'une garantie autonome, l'action directe n'est possible que sur la base des dispositions de la lettre de garantie. ¹⁰⁵

En réalité, en l'état de la jurisprudence actuelle, la lettre de garantie est conçue comme un acte *sui generis*, dont la qualification sera déterminée par les juges, aux cas par cas, par référence à la volonté du garant au moment où il a donné cet engagement.

Par ailleurs, lorsque le transporteur s'est engagé à payer au surplus, par rapport au montant défini par la lettre de garantie, ou s'il s'avère que le montant de la lettre de garantie ne suffira pas à recouvrir l'intégralité du dommage, il est possible pour le gestionnaire de recours de demander une condamnation *in solidum* du transporteur maritime et de son P&I Club qui a émis la lettre de garantie. Ce type de demande est pratique car elle permet d'éviter d'intenter, après l'action contre le transporteur, une action en paiement contre le Club, le cas échéant.

¹⁰³ Traduction libre : « Engagement de payer ou d'exécuter la créance ou l'obligation d'une tierce personne si cette dernière y fait défaut ».

¹⁰⁴ N. Richard, « *Les garanties Clubs* », Mémoire dans le cadre du D.E.S.S. de droit maritime et des transports, soutenu en 1998

¹⁰⁵ N. Richard, « *Les garanties Clubs* », Mémoire dans le cadre du D.E.S.S. de droit maritime et des transports, soutenu en 1998

Toutefois une telle action directe ne sera pas possible si les obligations du Club sont soumises à la condition selon laquelle le transporteur doit être condamné par un jugement définitif, car la lettre de garantie sera probablement analysée comme une garantie de paiement personnelle et pas comme une garantie solidaire.

Une telle demande pourra toutefois être envisagée si elle traduit l'idée que le Club est obligé de payer dès l'instant où le transporteur est condamné, en demandant au tribunal de juger d'abord la responsabilité du transporteur puis, le cas échéant, de prononcer l'exécution de la lettre de garantie à la lumière des conclusions des juges sur la responsabilité du transporteur.

En pratique, le gestionnaire de recours obtiendra d'abord une décision contre le transporteur, décision qui résultera d'une négociation amiable avec le transporteur, ou d'une décision juridictionnelle, émise par un tribunal judiciaire ou arbitral. Fort de cette décision, il la notifiera au P&I Club en lui demandant de bien vouloir exécuter son engagement et de verser la somme transigée par l'accord amiable ou par le jugement/sentence.

Par ailleurs, *le cadre contractuel (II)* posé par la lettre de garantie va, lui aussi, peser sur les modalités de l'action en responsabilité contre le transporteur.

II- Le cadre contractuel

Tout d'abord, les lettres sont généralement émises avec une validité allant jusqu'à l'extinction des obligations du P&I Club, qui intervient lors de l'exécution de la garantie ou par la reconnaissance de la non responsabilité du transporteur. Nonobstant, certaines lettres de garantie peuvent être émises avec une validité limitée dans le temps, ce qui imposera au gestionnaire de recours d'obtenir, dans le temps imparti, une reconnaissance de responsabilité. La date de validité va donc peser sur l'obtention de cette reconnaissance en ce que cette date va imposer au gestionnaire de recours d'agir dans les temps déterminés par la lettre, dans le cadre de la phase amiable.

En effet, en cas d'échec des négociations, l'assignation mettra un terme au délai. Cela impactera les modalités de l'action contre le transporteur en ce que le gestionnaire de recours devra donc prendre la décision d'assigner le transporteur, avant le délai prévu. De plus, il devra prendre garde à la prescription annale, qui elle, pèse directement sur l'action en responsabilité contre le transporteur.

Ensuite, la rédaction des termes de la lettre de garantie va déterminer la nature que devra avoir la décision portant reconnaissance de responsabilité du transporteur, en cas d'échec des discussions amiables.

Le choix de la formule « *final unappealable decision* »¹⁰⁶ ou « *final judgment* »¹⁰⁷ pour désigner les caractéristiques que doit avoir la décision emportant la responsabilité du transporteur, et qui est une condition d'exécution de la lettre de garantie, va impacter les modalités de l'action en responsabilité contre le transporteur. En effet, l'emploi d'une de ces formules, et les traductions de ces termes, vont déterminer jusqu'où le gestionnaire de recours devra aller dans la procédure judiciaire, le cas échéant, afin de remplir la condition afférente à la nature de la décision pour faire exécuter la garantie.

Généralement, l'emploi de ces termes en anglais ne pose pas de problème : la première se réfère à une décision non susceptible d'appel alors que la seconde vise une décision rendue en première instance.

Les problèmes se posent lorsque ces termes doivent être traduits en français. Le premier ne posera pas de question étant donné que l'emploi de l'adjectif « *non susceptible d'appel* » est clair. Toutefois, la seconde formule, « *final judgment* », sera généralement interprétée par les juges français du fond comme se référant à une décision définitive, c'est-à-dire ayant dès son prononcé, autorité de la chose jugée, mais qui ne sera pas forcément irrévocable. Toutefois, cette position n'est pas celle défendue par la Cour de cassation pour qui un « *final judgment* » est un jugement définitif et irrévocable.

L'emploi d'un terme plutôt que de l'autre déterminera donc la nature de la décision à obtenir afin de pouvoir voir la garantie exécutée par le P&I Club.

De même, lorsque les négociations n'aboutissent pas, la procédure de notification de l'arbitrage ou de l'assignation peuvent impacter les modalités de l'action en responsabilité contre le transporteur. La lettre de garantie peut en effet prévoir que cette notification interviendra entre les mains d'un avocat, par exemple. Cela évitera au gestionnaire de recours de se retrouver dans une situation délicate où il ne dispose que de l'adresse d'un siège social, établi dans un paradis fiscal et ne disposant pas d'employés effectifs sur place pour prendre réception de la notification.

Par ailleurs, le gestionnaire de sinistres aura essayé d'obtenir au moment de la négociation de la lettre de garantie, le montant le plus important possible, afin que les

¹⁰⁶ Traduction libre : « Décision finale et non susceptible d'appel »

¹⁰⁷ Traduction libre : « Jugement définitif »

gestionnaires de recours puissent, en considération du dommage avéré incombant au transporteur maritime, se contenter d'un montant inférieur au plafond prévu par la lettre de garantie. Toutefois, cela n'est pas toujours possible, et il va s'agir, dans un pareil cas, de savoir si le montant défini par la lettre de garantie est un plafond.

La réponse semble être positive : les lettres de garantie sont rédigées de manière claire à ce sujet : le Club ne s'engage qu'à hauteur de la somme inscrite dans la lettre. De plus, au regard de la jurisprudence, française ou anglaise, les P&I Clubs ne sont jamais condamnés à payer une somme supérieure à celle inscrite dans la lettre de garantie, semblant faire du montant un véritable plafond.

Il est maintenant clair que les termes insérés dans la lettre de garantie vont impacter à la fois l'existence de la reconnaissance du transporteur, notamment en raison du choix du forum, mais également, les modalités du recours contre le transporteur, via l'insertion d'un délai de validité dans la lettre ou en raison de la qualification de la nature juridique de la lettre.

Ainsi, la condition à l'exécution de la lettre de garantie est l'existence d'une reconnaissance de responsabilité. Cette reconnaissance peut prendre la forme d'une transaction amiable, conclue entre le gestionnaire de recours et le P&I Club, ou d'une décision juridictionnelle, de nature judiciaire ou arbitrale. Certains éléments de la lettre de garantie vont donc influencer l'établissement de cette reconnaissance, ainsi que les modalités même de la mise en jeux de la responsabilité du transporteur.

Une fois que les conditions à l'exécution de la garantie sont remplies conformément aux stipulations de la lettre de garantie, la question de l'exécution, et notamment celle de **l'exécution forcée de la lettre de garantie (TITRE 2)** va se poser.

TITRE 2 : L'EXÉCUTION FORCÉE DE LA LETTRE DE GARANTIE

L'exécution de la lettre de garantie est, presque toujours, amiable. En effet, « *la garantie Club doit entrer à effet dès lors qu'il existe une décision conforme au libellé de la lettre de garantie qui crée un lien contractuel direct entre le P&I Club et l'ayant droit à la marchandise.* »¹⁰⁸

En réalité la problématique de l'exécution forcée de la lettre de garantie ne se posera qu'au travers des problématiques afférentes à l'action directe dont dispose les assureurs subrogés dans les droits de l'ayant droit à la marchandise, à l'encontre du P&I ayant émis la lettre de garantie.

Sans lettre de garantie, l'action directe est malaisée. En effet la règle du P&I Club *Pay to be paid*, permettant au P&I d'exiger de son Membre qu'il indemnise la victime en première ligne, avant de se faire rembourser par le Club, fait échec à l'action directe contre le P&I Club. En présence d'une lettre de garantie, le P&I Club s'est engagé personnellement et ne pourra donc plus se prévaloir de cette règle pour écarter une possible action directe, car la lettre aura donc créé un lien contractuel direct entre l'ayant droit, dont les droits ont été transférés à ses assureurs, et le Club.

Il est important de rappeler que « *l'exécution de la lettre de garantie fait l'objet d'une attention particulière des P&I Clubs car il en va de leur crédibilité* ». ¹⁰⁹ En effet les lettres de garantie sont considérées, au sens de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de saisie conservatoire, signée à Bruxelles le 10 mai 1952, comme étant des garanties suffisantes.¹¹⁰ Si l'exécution spontanée n'est pas la règle, de telles lettres de garantie ne pourront plus constituer des garanties suffisantes et ainsi le système des lettres de garantie deviendrait obsolète.

« *L'usage de garanties émises par les clubs se révèle être quotidiennement et universellement bénéfique pour l'ensemble de la communauté maritime.* »¹¹¹ Il est donc primordial que les Clubs exécutent spontanément et rapidement les garanties qu'ils

¹⁰⁸ C. Scapel, « L'action directe contre les P&I Clubs », *Etudes de droit maritime à l'aube du XXIe siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Ed. Moreux, p.340, n°28

¹⁰⁹ C. Scapel, « L'action directe contre les P&I Clubs », *Etudes de droit maritime à l'aube du XXIe siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Ed. Moreux, p.343, n°35

¹¹⁰ L'article 5 de la Convention prévoit que « *Le Tribunal ou toute autre Autorité Judiciaire compétente dans le ressort duquel le navire a été saisi, accordera la mainlevée de la saisie lorsqu'une caution ou une garantie suffisantes auront été fournies* ».

¹¹¹ C. Scapel, « L'action directe contre les P&I Clubs », *Etudes de droit maritime à l'aube du XXIe siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Ed. Moreux, p.343, n°36

émettent, au risque de remettre en question leur fiabilité, d'autant plus que la plupart des P&I Clubs ont leur domicile dans des pays comme les Bermudes ou les Bahamas, pays dont les législations rendent l'exécution forcée impossible.¹¹² C'est la raison pour laquelle l'exécution spontanée est la règle.

Ainsi, en pratique, lorsque l'ayant droit à la marchandise ou son assureur subrogé répond à toutes les conditions stipulées dans la lettre de garantie, préalables à son exécution, il doit notifier au Club l'existence de cette reconnaissance de responsabilité, qui s'exécutera le plus rapidement possible. Il effectuera donc le paiement en échange du renvoi de la lettre de garantie originale, barrée de la mention « *annulée et nulle* ».

A ce titre, la lettre de garantie peut prévoir que la notification interviendra par l'intermédiaire d'un avocat pour éviter au gestionnaire de recours de se confronter à l'impossibilité de notifier une telle reconnaissance de responsabilité, au regard de la localisation des sièges sociaux des P&I Clubs, qui se trouvent en général dans des paradis fiscaux et qui n'ont pas forcément d'activités effectives sur place.

Au regard des éléments qui précèdent, ce titre se contentera d'étudier, à titre prospectif, l'action directe de l'ayant droit contre le P&I Club.

Cette situation peut exister, en présence d'une lettre de garantie, si par exemple, la structure de l'armateur tombe sous le coup d'une procédure judiciaire.

Par ailleurs, la possibilité de contester le droit d'action direct se limitera ici, pour le Club, aux problèmes relevant de l'interprétation des conditions d'exigibilité de la lettre de garantie.

Il va donc s'agir de présenter tout d'abord **les règles de fond (CHAPITRE 1)** avant d'étudier **les règles procédurales (CHAPITRE 2)** en matière d'action directe contre le P&I Club.

¹¹² C. Scapel, « L'action directe contre les P&I Clubs », *Etudes de droit maritime à l'aube du XXIe siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Ed. Moreux, p.343, n°35

CHAPITRE 1 : LES RÈGLES DE FOND

L'action directe pose d'abord la **question de sa reconnaissance (Section 1)**. En effet, les P&I Clubs sont très réticents à ce type d'action. Les Clubs tiennent à leur discrétion et évitent le plus possible les comparutions devant les tribunaux, c'est la raison pour laquelle ils essayent systématiquement de contester les actions directes dirigées contre eux, ainsi que les demandes de condamnation *in solidum*, portées à la fois contre le transporteur et contre le P&I Club.

Une fois les fondements juridiques de l'action directe posés, il va s'agir d'étudier **la loi applicable** à ce type de contentieux (**Section 2**).

Section 1 : La reconnaissance du droit d'action directe

Le droit d'action directe contre le P&I Club ne pose pas de problème **en droit français (I)**, toutefois sa reconnaissance reste beaucoup moins évidente **en droit anglais (II)**, notamment dans le cas où aucune garantie n'a été émise par le P&I Club.

I- En droit français

L'action directe en France est basée sur l'article L.124-3 du code des assurances qui prévoit que « *L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré.* » Dans le cadre de l'action directe contre le P&I Club, l'assureur sera donc le P&I et l'assuré, son Membre.

Cette action directe a été affirmée par la Chambre mixte dans un arrêt du 15 juin 1979 où la Cour affirme qu'en vertu de l'article précité, « *la victime d'un dommage a un droit exclusif sur l'indemnité due par l'assureur de l'auteur responsable de ce dommage* » et qu'ainsi « *si la victime doit établir la responsabilité de l'assuré qui doit être mis en cause, elle n'est pas tenue, lorsque celui-ci se trouve en état de faillite ou de règlement judiciaire, de se soumettre à la procédure de vérification des créances applicable en l'espèce, sauf dans la mesure où elle prétendrait faire valoir une créance de somme d'argent à l'encontre de l'assuré.* »¹¹³

¹¹³ Cass. Ch. Mixte, 15 juin 1979, n° 77-14.549

L'action directe en France est donc ouverte à la personne ayant le droit d'agir, c'est-à-dire, selon l'article 31 du Code de procédure civile, à la personne qui a un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention sous réserve que la loi lui attribue le droit d'agir.

Dans la présente étude, et compte tenu du particularisme du contentieux maritime, l'action directe sera donc ouverte à l'ayant droit à la marchandise, qui a subi un dommage consécutivement à un transport maritime pour lequel une lettre de garantie a été émise, ou à son assureur subrogé, contre le P&I Club ayant émis la lettre de garantie. Cette action directe sera donc envisagée, au regard de la tradition de l'exécution spontanée existante pour les garanties P&I Clubs, lorsque la personne ayant le droit d'agir se trouvera dans l'impossibilité d'engager la responsabilité du transporteur maritime en raison de la disparition de la structure de l'armateur après une faillite, par exemple.

Dans cette hypothèse, il est intéressant de voir que les conditions posées par la lettre de garanties pourraient éventuellement être contournées et permettraient à la personne ayant le droit d'agir d'obtenir réparation de son dommage. Toutefois, cela n'empêchera pas le tribunal compétent de rechercher la responsabilité du transporteur avant de prononcer la condamnation du P&I Club, afin de donner une base légale à son jugement via la constatation de l'existence d'une créance dont le débiteur est le transporteur.

En droit français, la reconnaissance d'un tel droit n'est pas problématique et se conçoit comme étant une sécurité supplémentaire pour le créancier.

II- En droit anglais

En droit anglais, pendant longtemps, la règle a été celle de l'absence de relativité dans les contrats. Ainsi, la victime lésée tiers au contrat d'assurance, liant l'armateur et le P&I Club, n'avait pas le droit de poursuivre l'assureur en l'absence de lien juridique le liant à ce dernier.

Le *Third Party Act 1930* a permis d'instaurer un système se rapprochant de la subrogation légale. Il est important de comprendre ici que le texte ne confère pas de droits directs au tiers contre l'assureur. En effet, le texte ne met pas en place un transfert général de droits au profit du tiers mais a pour effet précis de transférer les droits que l'assuré a contre son assureur au tiers, en vertu du contrat d'assurance concerné.¹¹⁴

¹¹⁴ C. Hill, B. Robertson & S. J. Hazelwood, *Introduction to P&I*, 2nd edition, LLP, 1996, p. 122

Pour qu'un tel transfert ait lieu le texte prévoit toutefois que plusieurs conditions doivent être remplies.

D'abord le tiers devra démontrer l'existence d'un contrat d'assurance entre l'assuré, dont la responsabilité est en question vis-à-vis du tiers, et l'assureur.

Ici l'arrêt *The Allobrogia*¹¹⁵ est venu affirmer que le contrat liant un P&I Club à son membre était, au sens du texte, bien un contrat d'assurance.

Ensuite, le tiers devra prouver que la responsabilité de l'assuré découle d'un risque couvert par le contrat d'assurance. Ainsi, le risque doit répondre aux conditions mises en place par les Règles du P&I Club, sans qu'aucune exception ne soit soulevée.¹¹⁶

Le tiers devra également faire la preuve que l'assuré est en faillite ou sous le coup d'une procédure similaire. L'Acte se charge d'énumérer ces procédures de manière limitative.

Puis, le tiers devra démontrer que les droits que l'assuré a contre son assureur peuvent être transférés.

Enfin, il s'agira pour le tiers de démontrer qu'il est en mesure de contrer les défenses que l'assureur pourra lui opposer en vertu des termes et des conditions du contrat d'assurance. A ce titre, la règle du *Pay to be paid* sera invoquée par les P&I Clubs mais seulement en l'absence de lettre de garantie.

En effet, comme dit plus haut, l'engagement personnel formulé dans la lettre de garantie par le Club permet de contourner cette règle. En l'absence d'une telle lettre les P&I Clubs se prévaudront de la règle qui est en parfaite contradiction avec l'action directe et qui interdira donc de fait cette dernière en vertu des décisions *The Fanti and The Padre Island*¹¹⁷ dans lesquelles la *Chambre des Lords* a affirmé la prédominance de la règle *pay to be paid* sur l'action directe.

¹¹⁵ Court of Appeal, *Re Allobrogia Steamship Corporation* [1979] 1 Lloyd's Rep. 190

¹¹⁶ M.C. Delaye, *Les garanties P&I*, Mémoire pour le Master 2 Droit Maritime et des Transports, soutenu en 2007, p.21

¹¹⁷ House of Lords, *The Fanti and the Padre Island* [1990] 2 All ER 705

Une fois le droit d'action directe reconnu, il va s'agir d'étudier **la loi applicable à une telle action (Section 2)**.

Section 2 : La loi applicable

L'étude de la loi applicable à l'action directe se fera à travers le prisme du Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ce règlement, dit Règlement Rome I, a partiellement remplacé la Convention de Rome¹¹⁸, et a pour but d'unifier à l'échelle de l'Union Européenne les règles de conflit de lois. Pour remplir cette mission, le Règlement met en place des règles de conflit de lois, qui servent à déterminer la loi applicable au litige dans des situations où un élément d'extranéité rattache la situation à des ordres juridiques différents. Ainsi, ce sont ces règles qui vont déterminer laquelle des lois en présence a vocation à régir le litige. Il est important de rappeler que ces règles ne sont pas des règles matérielles et ne dictent donc pas directement l'issue du litige.

Ce règlement s'applique, selon les termes de son article premier, aux « *obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale*. » Or, il est clair qu'une lettre de garantie crée des obligations contractuelles entre les parties qui l'ont conclue.

Ainsi, les parties ont pu, lors de l'émission de la lettre de garantie, élire la loi applicable à leur litige. La liberté de choix des parties relative à la loi applicable à leur contrat est conçue, en droit européen, comme la pierre angulaire du système des règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles.¹¹⁹

En effet, les parties sont libres de déterminer la loi applicable à la lettre de garantie, tant quant à son interprétation, qu'au regard de son exécution. Ce choix se fait donc conformément à l'article 3 du Règlement Rome I.¹²⁰ En pratique, ce choix sera presque systématiquement exercé par les parties lors de la négociation des termes de la lettre de garantie.

¹¹⁸ La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles est toujours applicable au Danemark et au Royaume-Uni, mais les principes fondamentaux posés par cette convention demeurent inchangés dans le Règlement.

¹¹⁹ Considérant 11, Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

¹²⁰ L'article 3.1 prévoit en effet que « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ».

Toutefois, il est possible que les parties n'aient pas réussi à trouver un accord sur la loi applicable au moment de l'émission de la lettre de garantie. En l'absence de choix fait par les parties, le Règlement Rome I édicte en son article 4 les règles de conflits de lois en fonction de la nature du contrat envisagé. Cet article prévoit, à titre résiduel, pour les contrats qui ne répondent pas à l'une des catégories énumérées par lui, que la loi applicable est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

Or, la prestation caractéristique de la lettre de garantie est le paiement par le P&I Club de la somme sur laquelle il s'est engagé. La loi applicable sera donc, en l'absence de choix par les parties, la loi de l'établissement principal du P&I Club.

Toutefois le même article dudit Règlement prévoit que « *S'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé par le paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». Ici, il est intéressant de relever que dans la Convention de Rome, qui s'applique encore au Royaume-Uni, le mot « *manifestement* » n'apparaît pas dans l'article 4, qui reprend par ailleurs le contenu de l'article 4 du Règlement Rome I, et rend l'application de cette exception, beaucoup plus plausible. La loi du for, c'est-à-dire la loi du juge compétent, peut être reconnue, au nom de cette exception, comme étant applicable au litige.

Ainsi, la loi applicable sera généralement choisie par les parties mais si elle ne l'est pas, c'est au juge compétent d'appliquer ses propres règles de conflits de lois. Comme dit précédemment, il s'agira, pour les juges des Etats Membres de l'Union Européenne, d'appliquer les règles de conflit de lois contenues dans le Règlement Rome I, ou dans la Convention de Rome au Royaume-Uni. Une fois la loi applicable trouvée, le juge pourra donc se prononcer sur le fond du litige en fonction de la loi applicable. Concernant l'action directe contre un P&I Club, si l'action est appuyée par une lettre de garantie, le P&I Club ne pourra pas contourner cette action et le juge prononcera l'exécution forcée de la lettre de garantie.

Il s'agit à présent d'étudier **les règles procédurales** afférentes à l'action directe (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 2 : LES RÈGLES PROCÉDURALES

Les parties à la lettre de garantie ont pu au préalable choisir le tribunal compétent pour trancher des litiges afférents à l'interprétation et à l'exécution de la lettre de garantie.

Les parties ont tout d'abord pu rendre compétent un tribunal arbitral. Dans un pareil cas, la clause compromissoire inscrite dans la lettre de garantie sera mise en œuvre par la nomination par chacune des parties d'un arbitre qui se chargeront d'élire leur président ou leur *Umpire*, en fonction de ce que prévoit la lettre de garantie ou, à défaut, le règlement du tribunal arbitral compétent.

Une telle mise en œuvre ne soulève pas de difficultés particulières : le tribunal arbitral est compétent, même pour juger de sa propre compétence, selon le principe compétence-compétence. Une fois le tribunal arbitral constitué, la procédure suivie par les arbitres sera soit déterminée par les parties, qui choisiront de suivre une procédure étatique en particulier ou celle prévue par le tribunal arbitral. Par exemple, le Tribunal Arbitral Maritime de Londres dispose de son propre règlement, qu'il peut appliquer sur ordre des parties ou en l'absence de choix de ces dernières.

Les choses se compliquent lorsque les parties ont choisi un tribunal étatique. En effet ici leur choix n'est pas fait sur une base aussi libérale que pour la loi applicable. Ainsi, après avoir déterminé le **tribunal compétent pour trancher le litige (Section 1)**, il s'agira d'étudier les **différentes fins de non recevoir (Section 2)**.

Section 1 : La détermination de la juridiction compétente

La détermination de la juridiction compétente met en exergue les questions portant sur les conflits de juridictions qui se réfèrent à des situations présentant un élément d'extranéité conduisant à déterminer la compétence des tribunaux français pour trancher un litige ayant une dimension internationale. En effet, en aucun cas le juge français ne peut déterminer si le juge étranger est compétent car cette question relève de la souveraineté étatique.

Toutefois, les règles de conflits de juridictions ont été harmonisées à l'échelle de l'Union Européenne avec le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2001, dit Règlement Bruxelles I, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui a fait l'objet d'une refonte avec l'entrée

en vigueur le 10 janvier 2015 du Règlement 1251/2012 du 12 décembre 2012, dit Règlement Bruxelles I bis.

Au regard du considérant 13 du Règlement Bruxelles I bis, les règles de compétence doivent présenter un « *haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur* ». Toutefois le Règlement précise qu'il existe des cas bien déterminés où la matière en litige, ou l'autonomie des parties, justifie un autre critère de rattachement.

Ainsi, les parties ont tout d'abord la possibilité de choisir le tribunal compétent pour trancher leur litige. Conformément à l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis, les parties peuvent donc élire une juridiction sans considération de leur domicile. Toutefois, la validité de la clause ne devra pas être entachée de nullité, au regard de la loi de l'Etat Membre où se situe le tribunal compétent.

De plus, pour être valable, la clause devra être conclue par écrit, sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ou dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

Or, il est clair que l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans les lettres de garanties P&I répond à une habitude existante dans le milieu maritime. Ainsi, la forme de la clause ne pourra pas être remise en question lorsque les parties ont élu la juridiction compétente dans la lettre de garantie.

En l'absence de choix par les parties, l'article 4 du Règlement Bruxelles I bis prévoit que les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre.

Toutefois les sections 2 à 6 du Règlement prévoient des exceptions à ce principe de base. En effet, alors que la section 2 traite des compétences spéciales, qui sont des compétences alternatives envisagées en fonction du contrat en question, les sections 3, 4 et 5 mettent en place des dispositions particulières concernant, respectivement, la compétence en matière d'assurance, de contrats conclus avec les consommateurs et en

matière de contrats individuels de travail. Enfin, la section 6 énumère les compétences exclusives, qui sont des compétences obligatoires.

En l'absence de choix, c'est donc la compétence de principe, à savoir la compétence des juridictions du lieu de résidence habituelle du défendeur conformément à l'article 4 du Règlement Bruxelles I bis, qui a vocation à s'appliquer. Toutefois, le demandeur a le choix entre cette compétence de principe et les compétences spéciales énumérées par l'article 7 dudit Règlement pour choisir le tribunal devant lequel il va attirer le défendeur. Parmi ces compétences spéciales, l'article 7 prévoit qu'en matière contractuelle il s'agit de la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, à savoir, concernant la prestation de service, le lieu où le service a été ou aurait du être fourni en vertu du contrat. En matière délictuelle ou quasi-délictuelle, il s'agira de la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

Sur la base de la lettre de garantie ne comprenant pas de clause de juridiction, le demandeur pourra donc attirer le défendeur, à savoir le P&I, dans le cadre de son action directe, devant les juridictions du domicile de ce dernier. Même en optant pour la compétence spéciale, le résultat sera le même car, en effet, la prestation, qui est le paiement de la somme par le P&I Club, sera localisée dans le pays où le P&I est établi. Ainsi, l'article 7 du Règlement rendra les juridictions du lieu où le Club est établi, compétentes.

Après avoir fait le rappel des différentes règles de conflits de juridiction, il va à présent s'agir de déterminer **les différentes fins de non recevoir (Section 2)**.

Section 2 : Les différentes fins de non recevoir

Selon l'article 122 du Code de procédure civile « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond* ». Par ailleurs, il résulte des articles 123 et 126 du même code que « *Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause* » et qu'elles « *doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* ».

A ce titre il convient de rappeler que le défaut de droit d'agir est une fin de non-recevoir fréquemment évoquée dans les contentieux maritimes. Toutefois, dans le cadre

de l'action directe fondée sur une lettre de garantie une telle fin de non-recevoir ne sera pas invoquée en raison de l'existence même de la lettre de garantie.

Il est important de rappeler la différence qu'il existe entre le droit français et le droit anglais concernant le droit d'action, soulignant l'importance de la loi choisie en ce qu'elle déterminera si l'action est recevable ou non.

En droit français, conformément à l'article 31 du Code de procédure civile, « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou pour défendre un intérêt déterminé.* »

Ainsi une personne, pour être reconnue comme ayant un droit d'agir, devra posséder un intérêt légitime à poursuivre l'action. Cet intérêt est le motif permettant à un individu de se prévaloir d'un intérêt lésé pour lequel il se pourvoit en justice. Ici, la plupart du temps, la personne ayant subi le dommage incombant à la responsabilité de l'armateur et étant garanti par la lettre de garantie, l'ayant droit à la marchandise, aura subrogé dans ses droits son assureur qui l'aura préalablement indemnisé de son préjudice.

De plus cette personne devra, en vertu de la loi, être reconnue comme ayant un droit d'agir et donc avoir la qualité pour agir.

Concernant les assureurs subrogés, c'est l'article L.121-12 du Code des assurances qui prévoit que « *L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.* »

En droit anglais, le droit d'agir n'est basé que sur la qualité à agir. Le principe est celui que seules les parties à un contrat peuvent s'assigner mutuellement, c'est le principe du « *privacy of contract* ». ¹²¹ Dans le cadre particulier de l'action directe, les personnes pour le compte desquelles la garantie a été émise auront une telle qualité.

La recevabilité de la mise en œuvre de l'action directe fondée sur une lettre de garantie ne peut pas être discutée car cette lettre est fondée sur l'engagement exprès de garantie, émis en nom propre par le P&I Club lui-même. Toutefois en pratique, pour éviter de se voir assigner directement, le Club va pouvoir contester les modalités de mise en œuvre.

¹²¹ Cette expression traduit l'absence de relativité en droit des contrats, qui a été relativisée par le Third Party Act 1930.

En effet chaque lettre de garantie prévoit des conditions qui doivent être respectées, conditionnant ainsi son exécution. Cette dernière sera souvent liée à l'existence d'une décision de justice, exécutive, définitive ou irrévocable, ou à une sentence arbitrale ou encore à un accord transactionnel.¹²²

Dès que les conditions sont remplies, l'exécution de la garantie peut se faire. Ainsi, à partir de là, rien n'interdit la condamnation *in solidum* du P&I Club et du transporteur. Les deux décisions de condamnation peuvent donc parfaitement se succéder, dans le même jugement voir dans le même arrêt.

Dans pareil cas, l'interprétation de la garantie viendra se greffer au contentieux sur la responsabilité de l'armateur. Cette interprétation peut soulever des difficultés en raison des différences techniques voir conceptuelles existantes entre le droit de *common law* britannique et le droit civil français.

L'exemple le plus classique est le mot « *unappealable* » qui sera interprété en France comme voulant signifier non susceptible d'appel, et une décision rendue en appel satisferait donc la condition puisqu'elle n'est pas susceptible d'appel mais de pourvoi en cassation alors que devant les tribunaux anglais, cette expression sera comprise comme se référant à une décision contre laquelle plus aucun recours n'est possible.

Cet exemple met en exergue l'importance de la loi applicable au litige.

Ainsi, une fois encore, la détermination du juge compétent, s'il n'a pas été choisi au préalable par les parties, se fera selon la Convention de Bruxelles I bis. Le juge ainsi élu aura la tâche de se prononcer sur l'action intentée contre le P&I Club, et, après avoir éclairci les point d'ombre quant à l'interprétation de la lettre de garantie et avoir constaté que les préalables à la mise en œuvre de la lettre de garantie sont remplis, il condamnera le P&I Club à exécuter la garantie.

L'action directe contre le P&I Club pourra donc être envisagée mais restera rarissime en présence d'une lettre de garantie car il en va certes de la réputation des différents clubs mais également de la pérennité du système des lettres de garantie. Or,

¹²² C. Scapel, « L'action directe contre les P&I Clubs », *Etudes de droit maritime à l'aube du XXIe siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Ed. Moreux, p.343, n°36

*« Tout ce qui renforce ces garanties est donc positif et doit être favorisé tant par les clubs eux-mêmes, que par les armateurs et par les créanciers de ceux-ci ».*¹²³

L'exécution amiable reste donc la norme en la matière.

Une fois la reconnaissance de responsabilité du transporteur établie, qui sera le résultat d'une négociation ou qui prendra la forme d'une décision judiciaire ou d'une sentence arbitrale, et dont l'établissement est influencé par certains éléments de la lettre de garantie, la condition préalable à l'exécution de lettre de garantie sera remplie. Cela permettra de procéder à l'exécution de la garantie, qui sera amiable bien qu'une action directe contre le P&I Club reste possible, en cas de non exécution.

¹²³ C. Scapel, « L'action directe contre les P&I Clubs », *Etudes de droit maritime à l'aube du XXIe siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Ed. Moreux, p.343, n°36

CONCLUSION

L'étude de la négociation et de l'exécution de la lettre de garantie, ayant pour objet l'empêchement de la saisie conservatoire d'un navire, met en lumière la plus-value que le courtier apporte à son client, débiteur de la créance maritime, et aux assureurs de ce dernier. En effet, son savoir-faire, assis tant sur la pratique que sur ses connaissances légales, fait de lui un intermédiaire incontournable. Cette remarque est d'autant plus juste au regard de la position des intérêts facultés dans le commerce maritime actuel, affaiblie par la montée en puissance du forum anglais, dans un contexte plus général de bataille de juridictions, que la France est bien en train de perdre.

Avant d'engager la négociation, le gestionnaire de sinistres devra d'abord identifier l'opportunité de négocier une lettre de garantie. Cette dernière se caractérise par l'existence d'une situation justifiant l'ouverture d'une telle négociation, à savoir la constatation de dommages importants et un contexte favorable dans le port de déchargement, ainsi que par la démonstration de l'efficacité de la lettre, notamment par rapport à la saisie conservatoire. La lettre de garantie ne sera envisagée que si elle est le moyen le plus adéquat de sécuriser la créance maritime. Sa supériorité factuelle passe notamment par sa gratuité, sa flexibilité ainsi que sa rapidité à être émise. Elle constitue un instrument s'adaptant aux besoins des parties, sans pour autant constituer une reconnaissance de responsabilité. Toutefois, la saisie conservatoire restera présente comme argument lors des négociations mais aussi en cas d'échec des négociations, en ce qu'elle sera alors envisagée, afin de sécuriser la créance.

Une fois cette opportunité acquise, la négociation pourra se conduire entre le gestionnaire de sinistres, qui défendra les intérêts cargaison et le P&I Club du transporteur ou son correspondant, qui représentera les intérêts de l'armateur. La plus grande difficulté pour le courtier sera ici l'identification du transporteur.

Ces négociations mettent en lumière le déséquilibre entre les intérêts en présence, qui transparait notamment au regard des éléments que le courtier pourra difficilement négocier, à l'instar du forum de compétence.

L'exécution de la lettre de garantie passe, quant à elle, par la réalisation de la condition préalable à cette exécution, c'est-à-dire l'établissement de la reconnaissance de responsabilité du transporteur. Cet établissement se fera principalement par la voie amiable, et sera donc négociée entre le gestionnaire de recours et le P&I Club émetteur

de la lettre de garantie. Si les parties n'arrivent pas à trouver un consensus, elles mettront en œuvre la clause compromissoire ou attributive de juridiction contenue dans la lettre de garantie, afin que le tribunal compétent tranche la question de la responsabilité du transporteur. A ce titre, les éléments de la lettre de garantie influenceront l'existence cette reconnaissance de responsabilité ainsi que les modalités de l'action en responsabilité contre le transporteur, le cas échéant.

Une fois l'obligation d'indemnisation du transporteur établie, il s'agira d'exécuter la lettre de garantie. Généralement, cela passera par une simple notification au P&I Club de la reconnaissance de responsabilité du transporteur. Le Club paiera alors la somme sur laquelle les parties se sont entendues ou la somme prononcée par le tribunal compétent.

La lettre de garantie, instrument formidable né de la pratique, est devenue usuelle dans le commerce maritime. Son succès s'explique parce que cet outil permet la sécurisation des créances maritimes tout en permettant la continuité du voyage maritime. Par ailleurs, son émission fait converger les intérêts cargaison, désireux de voir leurs créances sécurisées sans engager de frais, et les intérêts corps, voulant éviter l'immobilisation du navire en raison d'une saisie conservatoire.

BIBLIOGRAPHIE

I. – Traités et manuels

- Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3^e éd., 2016
- Steven J. Hazelwood, *P&I Clubs Law and Practice*, 3rd éd., LLP, 2001
- Christopher Hill, Bill Robertson & Steven J. Hazelwood, *Introduction to P&I*, 2nd éd., LLP, 1996
- William Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2nd éd., BIC, 1998
- Lamy Transport, Tome 2, 2015
- Christof Luddeke and contributors, *Marine Claims*, 2nd éd., LLP, 1996

II. – Mémoires et thèses

- Amouri Baddredine, *L'action directe contre les P&I Clubs*, Thèse de droit privé sous la direction de M. le professeur Cyril Bloch, soutenu en décembre 2016
- Julien Dalmas, *Etudes sur les correspondants de clubs de protection*, Mémoire pour le Master 2 Droit maritime, soutenu en 2017
- Marie-Camille. Delaye, *Les garanties P&I*, Mémoire pour le Master 2 Droit Maritime et des Transports, soutenu en 2007
- Nicolas Richard, *Les garanties Clubs*, Mémoire dans le cadre du D.E.S.S. de droit maritime et des transports, soutenu en 1998

III. – Articles

- Christian Scapel, « L'action directe contre les P&I Clubs », *Etudes de droit maritime à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Ed. Moreux
- Christian Scapel, « La bataille des compétences dans le contentieux maritime », *DMF*, février 2017, n°788
- Christian Scapel, « Lettres de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre* n°14, C.A.M.P., Automne 2007
- Thomas Miller, *The role of the P&I correspondent*, ITIC-insure.com, nov. 1998
- Pascal Puig, *Contrats spéciaux*, 4^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2011

IV. – Sites internet

- Site du CRDD: <http://www.ecologique-solidaire.gouv.fr>
- Site ITIC : <https://www.itic-insure.com>
- Site du Shipowners P&I : <https://www.shipownersclub.com>
- Site du London P&I : <https://www.londonpandi.com>
- Site de l'American Club : <https://www.american-club.com>
- Site du North of England : <http://www.nepia.com>
- Site de l'International Group of P&I Clubs : <http://www.igpandi.org>
- Site : <http://assurance-et-mutuelle.com>

TABLE DE JURISPRUDENCE

- *Chappel v. Comfort* [1861] 31 L.J. Rep (Common Law)
- Sheriff Court (Edinburgh), *The Soemba (Redejuij Erven H Sloots v E. Chalmers)* [1956] 1 Lloyd's Rep. 552
- Queen's Bench Division, *The Kavo Peiratis (Granvias Oceanicas v Jibses Trading)* [1977] 2 Lloyd's Rep. 344
- Court of Appeal, *Re Allobrogia Steamship Corporation* [1979] 1 Lloyd's Rep. 190
- Cass. Ch. Mixte, 15 juin 1979, n° 77-14.549
- Cass. Com. 21 juillet 1987, navire Vomar, DMF, 1987.573
- House of Lords, *The Fanti and the Padre Island* [1990] 2 All ER 705
- Cass. Com., 26 octobre 1996, n°97.17.715, Bull. civ. IV n°197, p.166
- House of Lords, *The Starsin*, [2003] 1 Lloyd's Rep. p.571
- Cour d'Appel de Paris, Liberty I, 19 mars 2003, DMF, 2003, p.597, obs. B. Coste
- Court of Appeal, *Jindal Iron and Steel Co Ltd v Islamic Solidarity Shipping Co Jordan Inc (The Jordan II)*, [2003] 2 Lloyds's Rep. 87
- T. Com. Marseille, *Antigoni*, 13 janvier 2006, DMF 2006, p.865, obs. crit. O. Cachard
- Court of Appeal, *SDTM-CI & others v Continental Lines N.V (The Sea Mirror)*, [2015] EWHC 1747 (Comm)
- House of Lords, *Volcafe Ltd and Others v. Compania Sud Americana de Vapores Sa.* [2015] EXHC 516 (Comm)
- Court of Appeal of London, *Volcafe & others v CSAV*, [2015] EWHC 516 (Comm)
- Tribunal de Commerce de Marseille, 12 mai 2017, RG n° 2014F03486
- Tribunal de Commerce de Marseille, 19 mai 2017, RG n° 2015F03491

ANNEXES

ANNEXE I : CHIFFRES FINAUX DE L'EXPERT



8 500Mt

		15%	50%	70%	100%	Total (mt)
Net weight Total bags Weight / bag	1 500,00		719			17,975
	30 000			476		16,660
	50,00				0	0,000
					177	8,850
					Total	43,485

		15%	50%	70%	100%	Total (mt)
Net weight Total bags Weight / bag	2 038,00		249			6,225
	40 760			250		8,750
	50,00				0	0,000
					367	18,350
					Total	33,325

		15%	50%	70%	100%	Total (mt)
Net weight Total bags Weight / bag	500,00		31			0,388
	20 000			25		0,438
	25,00				0	0,000
					266	6,650
					Total	7,475

Cumulative	137,495
-------------------	----------------

ANNEXE II : MODÈLE LETTRE DE GARANTIE

ETIC sas

EUROPEAN TRANSPORT AND INSURANCE CONSULTANTS

Port de Saumaty
Chemin du Littoral
BP 1 – Saint Henri
F - 13321 Marseille Cedex 16

☎ + 33 (0) 495 061 192

☎ + 33 (0) 491 462 028

@ contact@eticmar.com

To owners of the cargo and/or as lawful B/L holders and/or as the party with rightful title to sue under the B/L and/or subrogated underwriters (providing always that this letter shall be of no force and effect if any such party is a sanctioned entity under any EU, US or UN trading sanctions)

**c/o Groupe Eyssautier
98 rue Grignan
BP 2139
F-13205 MARSEILLE Cedex 1 - FRANCE**

Guarantee N° **draft**

Marseille on the

Ship: M/V “...”
Voyage: .../ CONAKRY on ...
Cargo: ...MT of bagged rice
Bills of Lading:

Claim: Alleged shortage and/or loss and/or damage to the cargo and associated expenses

In consideration of the Owners of and other parties entitled to sue in respect of the above-mentioned claims concerning the cargo referred to above (hereinafter together referred to as the “cargo owners”) refraining from taking action resulting in the arrest of the above-mentioned ship or any other ship in the same ownership, associated ownership or management for the purpose of founding jurisdiction and/or obtaining security in respect of the above claims of the cargo owners concerning the cargo mentioned above, and of the cargo owners refraining from commencing and/or prosecuting legal or arbitration proceedings in respect of the above claims (otherwise than before the court or tribunal referred to below) against NAME OF OWNERS the owners of the above-named ship and/or the ship, we P&I CORRESPONDANT, acting on behalf of the P&I Club (place of establishment), hereby undertake to pay you on demand such sums as may be adjudged from the owners of the above-mentioned ship and/or NAME OF OWNERS to be due to cargo owners by final unappealable award or order of a properly constituted London Arbitration Tribunal or as may be agreed to be recoverable from the owners of the above named ship and/or the ship in respect of the said claims provided that the total of our liability shall not exceed the sum of AMOUNT (AMOUNT IN WORDS) inclusive of interest and costs.

And for the consideration aforesaid:

1. We hereby warrant that we are informed by the owners of the above named ship, that the above named ship was not demise chartered at any material time.

2. We further undertake that we will, within 14 days of the receipt from you of notice of appointment of an arbitrator on behalf of cargo owners appoint an arbitrator on behalf of vessel owners. The two so chosen shall have the power to appoint an Umpire and in the event of disagreement the decision of any two arbitrators to be deemed final. Failure on the part of ship owners to appoint arbitrator within the 14 days specified shall leave cargo owners' appointed arbitrator as sole arbitrator. Those chosen all to be commercial men.
3. We confirm that the owners of the above named ship agree that the above mentioned claims shall be subject to English law and the exclusive jurisdiction of the Tribunal referred to above and to the supervisory jurisdiction of the English High Court.
4. We warrant that we have received irrevocable authority from the Shipowners to give this letter of undertaking in these terms.

This undertaking shall also be governed by and construed in accordance with English law and we agree to submit to the exclusive jurisdiction of the English High Court of Justice for the purpose of any process for the enforcement hereof. We confirm that our registered or principal office is situated at, 33 Boulevard Prince Henri L-1724 Luxembourg.

This Undertaking may not be assigned, novated or transferred by you to any third party that is subject to EU, USD or UN sanctions without our prior consent.

This letter is written entirely without prejudice to any rights, claims and/ or defences which the said vessel or its owners may have under the covering bills of lading and/or charter parties and/or statutes in effect, none of which is to be regarded as waived.

It is understood and agreed that the issuance of this letter by the signatory is not and shall not under any circumstances be construed as personally binding, nor binding upon ETIC SAS, but is binding only upon The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (Luxembourg) at the above place.

Yours faithfully,

Alain DALMAS / ETIC SAS

For: The P&I Club

ANNEXE III : ACTE DE SUBROGATION

<h3>ACTE DE SUBROGATION</h3>

DOSSIER N°

Nous soussignés Y

reconnaissons avoir été payés par l'assureur X, par l'intermédiaire du GROUPE EYSSAUTIER Marseille, de la somme de : **X EUR**

suivant dispache N° :

pour les pertes et dommages supportées par les marchandises ci-après :

580.000 sacs de 50 kg de sucre blanc raffiné 45 ICUMSA
Poids total : 29.000 MT

expédiés par navire : « Y »

Voyage:

Connaissements n° x émis à, le.

En considération du paiement qui nous est ainsi effectué, nous subrogeons les compagnies d'assurance précitées dans tous nos droits, actions et recours contre toutes les personnes responsables (transporteurs et/ou autres), en raison desdites pertes et avaries.

En tant que besoin, le présent acte vaudra également cession et transfert aux dites compagnies d'assurance de tous nos droits, actions et recours de ce chef.

Fait à, le
(cachet commercial et signature)

ANNEXE IV : CONNAISSEMENT TYPE COGENBILL 1994

BILL OF LADING

CODE NAME : « COGENBILL » EDITION 1994

Shipper

TO BE USED WITH
CHARTER-PARTIES

B/L No.

Consignee

Reference No.

Notify adress

Vessel

Port of loading

Port of discharge

Shipper's description of goods

Gross weight

(of which on deck at Shipper's risk : the Carrier not ;
being responsible for loss or damage howsoever arising)

Freight payable as per CHARTER-PARTY dated FREIGHT ADVANCE. Received on account of freight : Time used for loading days hours	SHIPPER at the Port of Loading in apparent good order and condition on board the Vessel for carriage to the Port of Discharge or so near thereto as she may safely get the goods specified above. Weight, measure, quality, quantity, condition, contents and value unknown. IN WITNESS whereof the Master or Agent of the said Vessel has signed the number of Bills of Lading indicated below all of this tenor and date, anyone of which being accomplished the others shall be void. FOR CONDITIONS OF CARRIAGE SEE OVERLEAF.
---	--

Freight payable at	Place and date of issue
Number of original Bs/L	Signature

This document is a computer generated CONGENBILL 1994 form printed by authority of BIMCO. Any insertion or deletion to the form must be clearly visible. In the event of any modification made to the pre-printed text of this document which is not clearly visible, the text of the original BIMCO approved document shall apply. BIMCO assumes no responsibility for any loss, damage or expense as a result of discrepancies between the original BIMCO approved document and this computer generated document.

BILL OF LADING

TO BE USED WITH CARTER-PARTIES

CODE NAME: "COGENBILL"

EDITION 1994

ADOPTED BY

THE BALTIC AND INTERNATIONAL MARITIME COUNCIL (BIMCO)

Conditions of Carriage

(1) All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated.

(2) **General Paramount Clause.**

(a) The Hague Rules contained in the International Convention for the Unification of certain rules relating to Bills of Lading, dated Brussels the 25th August 1924 as enacted in the country of shipment, shall apply to this Bill of Lading. When no such enactment is in force in the country of shipment, the corresponding legislation of the country of destination shall apply, but in respect of shipments to which no such enactments are compulsorily applicable, the terms of the said Convention shall apply.

(b) **Trades where Hague-Visby Rules apply.**

In trades where the International Brussels Convention 1924 as amended by the Protocol signed at Brussels on February 23rd 1968 - the Hague-Visby Rules - apply compulsorily, the provisions of the respective legislation shall apply to this Bill of Lading.

(c) The Carrier shall in no case be responsible for loss of or damage to the cargo, howsoever arising prior to loading into and after discharge from the Vessel or while the cargo is in the charge of another Carrier, nor in respect of deck cargo or live animals.

(3) **General Average.**

General Average shall be adjusted, stated and settled according to York-Antwerp Rules 1994, or any subsequent modification thereof, in London unless another place is agreed in the Charter Party.

Cargo's contribution to General Average shall be paid to the Carrier even when such average is the result of a fault, neglect or error of the Master, Pilot or Crew. The Charterers, Shippers and Consignees expressly renounce the Belgian Commercial Code, Part II, Art. 148.

(4) **New Jason Clause.**

In the event of accident, danger, damage or disaster before or after the commencement of the voyage, resulting from any cause whatsoever, whether due to negligence or not, for which, or for the consequence of which, the Carrier is not responsible, by statute, contract or otherwise, the cargo, shippers, consignees or the owners of the cargo shall contribute with the Carrier in General Average to the payment of any sacrifices, losses or expenses of a General Average nature that may be made or

incurred and shall pay salvage and special charges incurred in respect of the cargo. If a salving vessel is owned or operated by the Carrier, salvage shall be paid for as fully as if the said salving vessel or vessels belonged to strangers. Such deposit as the Carrier, or his agents, may deem sufficient to cover the estimated contribution of the goods and any salvage and special charges thereon shall, if required, be made by the cargo, shippers, consignees or owners of the goods to the Carrier before delivery.

(5) **Both-to-Blame Collision Clause.**

If the Vessel comes into collision with another vessel as a result of the negligence of the other vessel and any act, neglect or default of the Master,

Mariner, Pilot or the servants of the Carrier in the navigation or in the management of the Vessel, the owners of the cargo carried hereunder will indemnify the Carrier against all loss or liability to the other or non-carrying vessel or her owners in so far as such loss or liability represents loss of, or damage to, or any claim whatsoever of the owners of said cargo, paid or payable by the other or non-carrying vessel or her owners to the owners of said cargo and set-off, recouped or recovered by the other or non-carrying vessel or her owners as part of their claim against the carrying Vessel or the Carrier.

The foregoing provisions shall also apply where the owners, operators or those in charge of any vessel or vessels or objects other than, or in addition to, the colliding vessels or objects are at fault in respect of a collision or contact.

For particulars of cargo, freight, destinations, etc., see overleaf.

This document is a computer generated CONGENBILL 1994 form printed by authority of BIMCO. Any insertion or deletion to the form must be clearly visible. In the event of any modification made to the pre-printed text of this document which is not clearly visible, the text of the original BIMCO approved document shall apply. BIMCO assumes no responsibility for any loss, damage or expense as a result of discrepancies between the original BIMCO approved document and this computer generated document.

ANNEXE V : EXTRAITS DE LA SENTENCE ARBITRALE DU 5 JUILLET 2017 N°1

INTRODUCTION

1. This arbitration concerned a claim brought by the Claimants against the Respondents for damages in relation to loss of/damage to bagged rice carried under 16 bills of lading [...]. The form of the bills of lading was Congenbill Edition 1994 and evidenced a total amount of 22,179.90mt of Thai rice had been loaded on board the vessel at Kohsichang, Thailand for delivery to the port of Douala, Cameroon.

[...]

6. The face of all the bills of lading that stated that « Freight payable as per CHARTER-PARTY ». Clause 1 on the reverse side of the bill of lading provide:

« (1) All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated ».

[...]

THE RELEVANT CONTRACT TERMS

14. There were two relevant contracts: the bills of lading (which expressly incorporated The Hague Rules) and the charterparty. The relevant terms of these contracts, including The Hague Rules are as follows.

Bills of Lading

15. On their face:

«Weight, measure, quantity, condition, contents and value unknown».

[...]

Charterparty

18. Additional typed clauses:

[...]

c. Clause 24 – Cargo Quantity

Cargo weight as per shore figure & the number of bags loaded / discharged to be determined by joint tally between Owner's P&I & Shippers/ Receiver's at their respective time & cost. Any discrepancy to be resolved / settled immediately between Owner's P&I and Shipper's / Receiver's both ends at the end of each shift. Shore side tally for shipper's / Receivers' account and shipside tally for Owner's account.

d. Clause 25 – Cargo Loading / Discharging / Stowage & Separation

All cargo is to be loaded in accordance with custom of the port. All cargo to be loaded, discharged, stowed, trimmed by Stevedores appointed by the Charterers under direct supervision Master. Master / vessel has the right to reject any unsound / damage cargo to be loaded on board. This should be immediately brought to the attention of the shippers's & request for good sound cargo to be made immediately.

[...]

DISCUSSION AND FINDINGS

« *Weight unknown* » and clause 24 ; and clause 25

43. It is well established that the « *weight... quantity unknown* » provision on the face of the Congen form bill of lading means that the carrier under a bill of lading (here, the Owners) is to be taken as making no representation at all (not even a prima facie representation) as to the weight and quantity of cargo shipped and such weights and numbers as there are, are merely part of the shipper's description.
44. It is equally well established that only those charterparty clauses that were directly germane to the shipment, carriage and delivery of the cargo were incorporated into the bills of lading by virtue of the very wide words of incorporation in clause 1 on the reverse side of bills (see **Thomas v Portsea**). We considered that this meant clauses 5(a), 24, 25 and 47 were prima facie incorporated.
45. A charterparty clauses will be rejected as inapplicable for incorporation into the bill of lading contract if it is inconsistent with the express terms of the bill of lading. In light of **The Mata K**, it seemed to us that the sentences in clause 24 of the charterparty that made provision for the determination of the weight of cargo loaded and the number of bags loaded (and discharges) to be ascertained by tallies carried out by the Owners and shippers/receivers conflicted with the « *weight unknown* » provision on the face of the bills and must therefore be rejected.
46. In relation to the effect of clause 25 of the charter party, it was common ground (with which we agreed) that clause 25 was incorporated into the bill of lading contract. It expressly provided for the Charterers to appoint the stevedores, which might not of itself have been sufficient to render them liable for their poor performance if it were not for other provisions in the charterparty to which we shall refer (clause 5 and 47). The words « *under the supervision of the master* » are not uncommon and from our experience, it is well established that they do not have the effect of imposing a duty on the master to supervise or intervene. We rejected,, therefore, the Claimant's submission that clause 25 imposed the obligation on the master for which they contended in relation to cargo operations and in consequence, the Owners were not in breach of clause 25 for that reason.

[...]

63. In conclusion, we have reached the view that clause 24 should be read as a whole so that none of the sentences in clause 24 upon which the Claimant relied were incorporated into the bills of lading because they were all inconsistent with the « *weight unknown* » provision on the face of the bill of lading. If we are found to be wrong on that and the sentence « *Vessel to be responsible for number of bags loaded / discharged* » in clause 24 did not conflict with the « *weight unknown* » provision and was capable of being severed from the rest of clause 24 so as to be incorporated into the bills of lading, it was nonetheless inconsistent with the other charterparty clauses that were incorporated into the bills of lading because they specifically addressed liability for cargo operations, whereas that sentence did not, and it should therefore, be rejected for that reason too.

[...]

CONCLUSION

68. The Tribunal has determined the preliminary issue in favour of the Owners:

« On the proper construction of the contracts of carriage contained in or evidenced by the Bills of Lading, the Owners are not liable for any short delivery of the cargo (whether attributable to the short landing of bags or delivery of torn/empty bags) caused by improper stowage or discharging ».

[...]

ANNEXE VI : EXTRAITS DE LA SENTENCE ARBITRALE DU 5 JUILLET 2017 N°2

[...]

WHEREAS:

1. By a bill of lading the Respondents (hereinafter referred to as « the Owners ») acknowledged receipt on board of the vessel of 6,000 metric tons of bagged rice at Ho Chi Minh City, Vietnam to be carried to Namibe Seaport, Angola.

2. The said bill of lading incorporated a charterparty, which contained a London arbitration clause. The Claimants (hereinafter referred to collectively as « the Cargo Interests ») received a letter of undertaking, which also contained a London arbitration clause. [...].

3. The Cargo Interests claimed USD 117,328.98 in respect of short landed cargo and torn and/or empty bags. The Owners denied liability for the claim.

[...]

REASONS FOR AND FORMING PART OF THE FINAL ARBITRATION AWARD

[...]

2. The reverse of the bill of lading which was issued in respect of the cargo incorporated « *all terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated.* »

[...]

The bill of lading also recorded the following information:

[...]

Weight, measure, quality, condition, contents and value unknown.

[...]

4. Bureau Veritas issued a certificate of weight, quality and packing. It recited that rice was sampled at random for weight checks and quality analyses. It recorded that the gross weight of each bag was 50.14 kilograms with a tare weight of 0.14 kilograms and a net weight of rice of 50.00 kilograms. The certificate recorded that 132,000 bags had been loaded with a net weight of 6,600 metric tons. The certificate specifically stated that the quantity « *complied with B/L quantities.* »

[...]

20. The Cargo Interest claim damages of USD 81,049.42 in respect of the short landed cargo (136.7 metric tons at USD 592.90 per metric ton) and USD 36,279.55 in respect of the torn and/or empty bags (61.19 metric tons at USD 592.90 per metric ton). They also claimed interest and costs.

[...]

24. With regard to the claim for short landed cargo, there was in fact much common ground in the submissions served on behalf of the parties as to the effect of the recording of cargo quantities on a bill of lading. It was argued by the Owners and accepted by the Cargo Interests that a statement as to the quantity, weight or number of goods may be negated by a qualification such as « *Weight, measure, quality, quantity, condition, contents and value unknown* ». However, in this particular case, under the listing of the bags and the gross and net weight of the cargo, the bill of lading had been endorsed « *CLEAN ON BOARD* ». I agree with the Cargo Interests that, objectively, those words indicated that the Owners' agents were prepared to sign for the number of bags and their weight as recorded in the bill of lading. Despite the large number of bags, that is of course not a fanciful notion because Bureau Veritas had issued its certificate of weight, quality and packing which recorded the same figures as on bill of lading. It followed that the bill of lading had to be construed in the same way as the one in the « HERROE » and « ASKOE », albeit in that case it was held that a signature by the master next to the cargo quantity meant that he was prepared to sign for the numbers recorded there. In other words, the qualification at the bottom of the bill of lading that « *weight, measure, quality, quantity, conditions, contents and value unknown* » did not negate the contractual effect of the statement as to the quantity of cargo loaded.

[...]

29. It was incontestable that there was a shortage at Namibe Seaport as opposed to the quantity recorded in the bill of lading and in the Bureau Veritas certificates of weight, quality and packing. Some of the cargo was loaded in the same holds as cargo destined for Luanda and Pointe Noire. Whilst accepting that the Namibe Seaport bags would have been marked differently to the bags destined for Luanda and Pointe Noire, it was quite clear that the discharge at Namibe Seaport was carried out in a fairly chaotic way with stevedores arranging for bags to be « accidentally » torn open. It cannot be excluded that in the chaos in the holds either through negligence or as part of a deliberate scheme of pilferage on a grand scale, the 2,374 bags short landed were in fact on-carried to Luanda or Pointe Noire.

30. It followed that, in principle, the claim of the First Claimants succeeded in respect of the short landed cargo. [...].

[...]

32. The First Claimants' claim therefore succeeded in the amount claimed for short landed cargo, namely USD 81,049.43.

[...]

**ANNEXE VII : EXTRAITS DE LA DÉCISION DU
TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE DU 19 MAI
2017**

Rôle n°2015F03491

Page n°1

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisé comme pièce de procédure

TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE

Jugement du 19 mai 2017

N°RG : 2015F03491

Société ASA CORPORATE SOLUTIONS ASSURANCE S.A.
4 Rue Jules Lefebvre
75426 PARIS CEDEX 09
Registre du Commerce et des sociétés de Paris n° 399 227 354

Société GENERALI IARD S.A.
7 Boulevard Haussmann
75456 PARIS CEDEX 09
Registre du Commerce et des sociétés de Paris n° 552 062 663

Société ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALITY
Société de droit étranger
Tour Opus 12, 77 Esplanade du Général de Gaulle
La Défense 9
92081 PARIS LA DEFENSE CEDEX

Société WATKINS SYNDICATE 457
Société de droit anglais
St Helen's, 1 Undershaft
LONDON EC3A 8EE
ROYAUME UNI
Domiciliée chez son agent, la Société CONSEILS EN ASSURANCES
MARITIMES ET TRANSPORTS (CAMTT) S.A. (Registre du
Commerce et des sociétés de Paris n° 418 039 335), 132 Rue du
Faubourg Saint Denis – 75010 PARIS

Comparaissant par la S.E.L.A.L. BERNIE – MONTAGNIER Avocats
Associés, plaissant par Maître Chloé MONTAGNIER, Avocat au
barreau de Marseille

C/

Société CMA'CGM S.A.
4 Quai d'Arenc
13002 MARSEILLE
Registre du Commerce et des sociétés de Marseille n° 562 024 422
Comparaissant par Maître Fabien d'HAUSSY (SCP INCE & CO),
Avocat au barreau de Marseille

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisé comme pièce de procédure

COMPOSITION DU TRIBUNAL

Décision contradictoire et en premier ressort

Débats, clôture des débats et mise en délibéré lors de l'audience publique du 10 février 2017 où siégeaient M. ORDINES, Président, M. PAYAN, M. PINET, Juges, assistés de Mme Yolande SANDOLO Greffier Audiencier
Prononcée à l'audience publique du 19 mai 2017 où siégeaient M. ORDINES, Président, M. LANGLERE, M. PINET, Juges, assistés de Mme Yolande SANDOLO Greffier Audiencier.

LES FAITS :

Sous connaissance net de réserves n°33971161 la Société CMA CGM (CMA CGM) a chargé à Dakar (SENEGAL) le 12 février 2014 à bord du navire « PENELOPE » un conteneur reefer n° GESU 9106852, contenant 1350 cartons de poissons congelés, avec température imposée à -18°C, à destination de CABINDA (ANGOLA). Le chargeur est la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE, qui a vendu au destinataire, la Société CASA TITI.

La marchandise était assurée par le vendeur, par l'intermédiaire du courtier EYSSAUTIER. Celui-ci avait couvert le risque auprès des sociétés :

- ✓ AXA CORPORATE SOLUTION ASSURANCE
- ✓ GENERALI IARD
- ✓ ALLIANCE GLOBAL CORPORATE
- ✓ WATKINS SYNDICATE 457

Un certificat sanitaire, émis au chargement le 10 février 2014, garantissait le bon état sanitaire des marchandises.

La marchandise a été débarquée à CABINDA le 29 mars 2014. Elle a été dépotée le 2 avril 2014. Le destinataire a constaté des dégâts et a organisé une expertise contradictoire. L'expertise s'est tenue le 7 avril 2014 en présence des parties. La rupture de la chaîne du froid était constatée.

Le courtier EYSSAUTIER a tenté un règlement amiable auprès de la CMA CGM. En l'absence d'accord, les assureurs ont saisi le tribunal de commerce de céans.

LA PROCEDURE :

Par assignation délivrée le 1^{er} décembre 2015, puis par conclusions écrites oralement développés à la barre, la Société AXA CORPORATE SOLUTIONS ASSURANCE S.A., la Société GENERALI IARD S.A., la Société ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALITY et la Société WATKINS SYNDICATE 457 demandent au tribunal de :

Vu les articles L.5422-12 et suivants du Code des transports,

Vu la convention de Bruxelles amendée,

Vu les articles 1250 et 1251 du Code Civil,

Vu l'article L.121-12 et L.172-29 du Code des assurances,

En tout autre moyen à ajouter ou suppléer,

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisé comme pièce de procédure

- ✓ Dire et juger l'action intentée par les requérantes à l'encontre de CMA CGM recevable et bien fondée
- ✓ Dire et juger CMA CGM responsable de l'avarie subie par les marchandises chargées dans le conteneur n° GESU 9106852 pris en charge le 12 février 2014 à Dakar suivant connaissance n° FR 3397116

En conséquence,

- ✓ Condamner CMA CGM à payer aux requérantes 94170,39 USD, ou sa contre-valeur en Euros au jour du jugement, outre les intérêts au taux légal à dater de l'assignation et anatocisme ;
- ✓ Condamner CMA CGM à payer aux requérantes 7.500 EUR au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile, ainsi qu'aux entiers dépens, et en cas d'exécution forcée au droit de recouvrement prévu par l'article 10 du Décret n°96/1080 du 12 décembre 1996 modifié ;
- ✓ Ordonner l'exécution provisoire de la décision.

Par conclusions écrites oralement développées à la barre, la Société CMA CGM S.A. demande au tribunal de :

- ✓ Recevoir la Société CMA CGM S.A. en ses écritures et la dire bien fondée ;

Sur la prescription :

- ✓ Constater l'absence de production de reports de prescription,
- ✓ Constater que les compagnies d'assurance demanderesses n'ont pas été rendues destinataires des reports accordés,

En conséquence,

- ✓ Déclarer les compagnies d'assurances prescrites en toutes leurs demandes, fins et écritures ;

Sur la recevabilité :

Vu la facture produite,

Vu l'article 31 du Code de Procédure Civile,

Vu l'acte de subrogation,

- ✓ Constater l'absence de preuve de paiement de l'indemnité d'assurance entre CASA TITI et les assureurs,
- ✓ Constater que la Société CASA TITI aurait été indemnisée bien que non assurée,
- ✓ Dire et juger que les assureurs sont dans l'incapacité de se prévaloir d'une subrogation légale ou conventionnelle,
- ✓ Dire et juger que les assureurs sont irrecevables en leur action,

En conséquence,

- ✓ Déclarer irrecevables les compagnies d'assurances en leur action :
- ✓ Constater qu'aucune lettre de réserve valable n'a été émise dans les 3 jours,
- ✓ Constater que les intérêts marchandises ne rapportent pas la preuve que la marchandise expertisée était celle empotée dans le conteneur
- ✓ Constater que les opérations d'empotage sont intervenus après dépotage/rempotage de la marchandise dans un autre conteneur

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisé comme pièce de procédure

- ✓ Constaté qu'en l'état de la tardiveté de l'expertise, les intérêts marchandises ne sont pas en mesure de démontrer l'importance et la réalité des dommages allégués à la livraison,
- ✓ Constaté que l'imputabilité des dommages au transport maritime n'est pas rapportée,
- ✓ Dire et juger que les compagnies d'assurances ne sont pas en mesure de renverser la présomption de livraison conforme,

Vu l'article 4.2i) de la Convention de Bruxelles de 1924 amendée,

- ✓ Constaté que le propriétaire de la marchandise a commis un grand nombre de manquements depuis l'arrivée/la livraison de la marchandise,
- ✓ Exonérer CMA CGM de toute responsabilité au titre des dommages allégués ;

En conséquence,

- ✓ Débouter les compagnies d'assurance en toutes leurs demandes, fins et écritures,

Sur le quantum :

Vu la facture 13279,

Vu le rapport d'expertise,

Vu le décret du 31 décembre 1966,

Vu l'absence de certificat de destruction,

Vu les constatations tardives,

Vu les manquements du destinataire à la livraison,

- ✓ Dire et juger que la preuve de l'importance et de la réalité du préjudice à la livraison 'est pas rapportée,
- ✓ Dire et juger que toute aggravation des dommages allégués est imputable au destinataire,
- ✓ Rejeter la demande d'indemnisation des compagnies d'assurance comme infondée,
- ✓ Condamner les compagnies d'assurances à payer à CMA CGM la somme de 10.000 EUR au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile, outre les entiers dépens.

* * * * *

Conformément aux dispositions des articles 450 et 726 du Code de Procédure Civile, après avoir indiqué la date de la décision, laquelle est mentionnée sur le répertoire général des affaires, le tribunal a mis l'affaire en délibéré.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisé comme pièce de procédure

SUR QUOI :

Sur la prescription :

[...]

Sur la subrogation légale :

Pour la CMA CGM :

L'acte de subrogation est daté du 28 août 2014 et il est signé par le destinataire, la Société CASA TITI DE JOANATITI. La notice de police d'assurance est du 1^{er} janvier 2011, cette police est souscrite par la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE. Le vendeur de la marchandise est la société GROUPE AGENCE NETTER S.A..

Les demanderesses ne démontrent pas que la Société GROUPE AGENCE NETTER S.A. était couverte pour le compte de la Société CASA TITI DE JOANATITI.

Si la police porte sur la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE, rien de démontre que la Société GROUPE AGENCE NETTER S.A. soit une filiale de la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE.

La seule indication existante serait que la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE soit une succursale de la Société GROUPE AGENCE NETTER S.A. ... (Pièce n°1 et 3)

En outre, l'acte de subrogation signé par la Société CASA TITI, indique que cette société est bénéficiaire du règlement effectué par les assureurs.

Cette société n'est pas mentionnée sur la police d'assurance en qualité d'assurée.

Cette société n'est pas mentionnée sur l'avis de virement, puisque celui-ci (pièce 9 des défendeurs) est à l'adresse de la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE.

Pour les demanderesses :

En accord avec les articles 1251 du Code Civil et L.121-12 du Code des Assurances, les assureurs bénéficient d'une subrogation légale, puisqu'ils ont réglé l'indemnité d'assurance aux intérêts marchandises en application d'une police souscrite.

Attendu que la subrogation légale suppose la réunion de deux conditions cumulatives :

- ✓ Le paiement effectif de l'indemnité,
- ✓ Le paiement « obligé » ;

Attendu que le bénéficiaire de la police d'assurance, ainsi que la société bénéficiaire de l'indemnité est la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE ; qu'un règlement de 97.170,93 USD a été fait à la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE par un virement bancaire du 28 août 2014 ; que la société signataire de l'acte de subrogation est la Société CASA TITI et que dans cet acte, la Société CASA TITO reconnaît avoir perçu une indemnité d'assurance d'un montant de 94.170,39 USD ;

Attendu qu'il n'apparaît aucun lien social entre les deux sociétés, autre que les liens d'activités commerciales et rien ne démontre que la Société CASA TITI soit une filiale

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisé comme pièce de procédure

de la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE, ce qui l'aurait fait bénéficiaire de la police d'assurance invoquée ;

Attendu que l'acte de subrogation est signé par la Société CASA TITI, qui n'a pas de lien avec la police produite, le Tribunal constate devant l'incohérence des éléments fournis,

- ✓ Un paiement à l'expéditeur par les assureurs,
- ✓ Un paiement du même montant revendiqué perçu par le destinataire et provenant des mêmes assureurs,
- ✓ Un signataire de l'acte de subrogation qui n'est pas bénéficiaire de la police d'assurance présentée ;

Attendu que les demanderessees ne fournissent aucune explication sur ces incohérences qui permettrait au tribunal de clarifier la situation, soit en identifiant une situation de double paiement, soit en établissant un acte de subrogation signé par erreur par un acteur du litige non titulaire de la police, soit enfin en démontrant ce même 28 août 2014 un règlement de la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE en faveur de son client la Société CASA TITI ; qu'il s'ensuit que les conditions de la subrogation légale ne sont pas réunies ;

Sur la subrogation conventionnelle :

Pour la CMA CGM :

La concomitance entre le paiement et l'acte de subrogation doit être respecté, or la preuve du règlement à la Société CASA TITI n'est pas rapportée, puisque le règlement effectué est à l'ordre de la Société FRANCO AFRICAINE DE NEGOCE.

Les conditions de la subrogation conventionnelle ne sont pas remplies.

Pour les demanderessees :

Le destinataire, la Société CASA TITI a subrogé le 28 août 2014 les assureurs dans l'intégralité de ses droits concomitamment au règlement émis par les assureurs le même jour à hauteur de 94.170,39 USD.

Les conditions de la subrogation conventionnelle sont réunies.

Attendu que le signataire de l'acte de subrogation, la Société CASA TITI n'est pas le bénéficiaire de la police d'assurance fournie, il échet de constater que la Société CASA TITI est dans l'impossibilité de subroger ses droits à des compagnies d'assurances pour une police qu'elle n'a pas souscrite et que les conditions requises pour reconnaître la subrogation conventionnelle ne sont pas réunies ;

Attention qu'en l'état de ce qui précède, il s'avère que ni les conditions de la subrogation légale, ni celles de la subrogation conventionnelle ne sont réunies ; qu'en conséquence, il échet de déclarer les compagnies d'assurance : la société AXA CORPORATE SOLUTIONS ASSURANCE S.A., la Société GENERALI IARD S.A., la Société ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALITY et la Société WATKINS SYNDICATE 457, irrecevables en leur action ;

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisé comme pièce de procédure

Attendu qu'en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile, il échet d'allouer à la Société CMA CGM S.A., la somme de 8 000 EUR au titre des frais irrépétibles occasionnés par la présente procédure ;
Attendu qu'il échet de rejeter tout surplus des demandes comme non fondé, ni justifié ;

PAR CES MOTIFS :

LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE,
Après en avoir délibéré conformément à la loi,
Advenant l'audience de ce jour

Déclare irrecevable l'action de la société AXA CORPORATE SOLUTIONS ASSURANCE S.A., la Société GENERALI IARD S.A., la Société ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALITY et la Société WATKINS SYNDICATE 457 ;

[...]

Ainsi jugé et prononcé en audience publique du TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE, le 19 mai 2017 ;

LE GREFFIER AUDIENCIER

LE PRESIDENT

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	1
SOMMAIRE	2
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	4

PARTIE 1 : LA NÉGOCIATION DE LA LETTRE DE GARANTIE – GESTION DE SINISTRES	12
--	-----------

TITRE 1 : L’OPPORTUNITÉ D’UNE NEGOCIATION D’UNE LETTRE DE GARANTIE	14
---	-----------

CHAPITRE 1 : UNE SITUATION JUSTIFIANT LA NÉGOCIATION D’UNE LETTRE DE GARANTIE	16
---	----

Section 1 : Des dommages importants	16
---	----

I- La constatation des dommages.....	17
--------------------------------------	----

II- La fiabilité de l’expertise	18
---------------------------------------	----

Section 2 : Un contexte favorable	19
---	----

I- Le poids du port de déchargement	20
---	----

II- L’acceptation du P&I Club	21
-------------------------------------	----

CHAPITRE 2 : L’EFFICACITÉ DE LA LETTRE DE GARANTIE.....	23
---	----

Section 1 : La supériorité factuelle de la lettre de garantie	24
---	----

I- Une procédure flexible	24
---------------------------------	----

II- Une procédure sécurisante	26
-------------------------------------	----

Section 2 : La présence persistance de la saisie conservatoire.....	27
---	----

I- La demande appuyée par la saisie conservatoire.....	27
--	----

II- La saisie conservatoire en cas d’échec de la demande	29
--	----

TITRE 2 : LA CONDUITE DE LA NÉGOCIATION DE LA LETTRE DE GARANTIE	32
---	-----------

CHAPITRE 1 : LES ACTEURS DE LA NÉGOCIATION.....	34
---	----

Section 1 : Le débiteur de la créance maritime	35
--	----

I- Droit français.....	35
------------------------	----

II- Droit anglais	37
-------------------------	----

Section 2 : Les acteurs conduisant les négociations.....	39
--	----

I- Le courtier en assurances maritimes	39
--	----

II- Le correspondant P&I.....	41
-------------------------------	----

CHAPITRE 2 : LES ÉLÈMENTS DE LA NÉGOCIATION	44
Section 1 : Les enjeux pesant sur l’armateur et ses garants	45
I- Les intérêts de l’armateur	45
A. Le montant	45
B. Les clauses compromissoire et de juridiction	47
C. Les obligations des détenteurs d’un droit d’action	47
II- La protection du correspondant P&I	49
Section 2 : Les enjeux pesant sur la cargaison	50
I- Les éléments négociables	50
A. Le montant	51
B. Le choix du modèle	52
II- Les éléments non négociés	53
A. L’obligation du P&I Club	53
B. Le contexte juridique applicable	54
PARTIE 2 : L’EXÉCUTION DE LA LETTRE DE GARANTIE –	
GESTION DE RECOURS	
	57
TITRE 1 : CONDITION À L’EXÉCUTION DE LA LETTRE DE GARANTIE	60
CHAPITRE 1 : L’EXISTENCE DE LA RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR	62
Section 1 : La transaction amiable	63
I- Les discussions sur les manquants partiels	65
II- Les discussions sur les manquants totaux	66
Section 2 : La voie légale	68
I- La décision arbitrale	68
II- La décision judiciaire	71
CHAPITRE 2 : LES ÉLÈMENTS DE LA LETTRE DE GARANTIE INFLUENÇANT L’ÉTABLISSEMENT DE LA RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR	74
Section 1 : Les éléments influençant la reconnaissance de la responsabilité	74
I- Le forum de compétence	74
II- La procédure de nomination des arbitres	77
Section 2 : Les éléments influençant les modalités de l’action contre le transporteur	78
I- La nature de la lettre de garantie	78
II- Le cadre contractuel	80

TITRE 2 : L'EXÉCUTION FORCÉE DE LA LETTRE DE GARANTIE	83
CHAPITRE 1 : LES RÈGLES DE FOND	85
Section 1 : La reconnaissance du droit d'action directe.....	85
I- En droit français	85
II- En droit anglais	86
Section 2 : La loi applicable.....	88
CHAPITRE 2 : LES RÈGLES PROCÉDURALES	90
Section 1 : La détermination de la juridiction compétente.....	90
Section 2 : Les différentes fins de non recevoir	92
CONCLUSION	96
BIBLIOGRAPHIE	98
TABLE DE JURISPRUDENCE	100
ANNEXES	101
ANNEXE I : CHIFFRES FINAUX DE L'EXPERT	101
ANNEXE II : MODÈLE LETTRE DE GARANTIE ETIC	102
ANNEXE III : ACTE DE SUBROGATION	104
ANNEXE IV : CONNAISSEMENT TYPE COGENBILL 1994.....	105
ANNEXE V : EXTRAITS DE LA SENTENCE ARBITRALE DU 5 JUILLET 2017 N°1	108
ANNEXE VI : EXTRAITS DE LA SENTENCE ARBITRALE DU 5 JUILLET 2017 N°2	111
ANNEXE VII : EXTRAITS DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE DU 19 MAI 2017	113
TABLE DES MATIERES	120

Mots clefs : lettre de garantie P&I ; courtier en assurances maritimes ; correspondant P&I ; créance maritime ; responsabilité du transporteur ; action directe ; compétence

La lettre de garantie P&I est un instrument né de la pratique, qui permet de sécuriser une créance maritime, tout en permettant aux transactions commerciales sous-jacentes au voyage maritime, de perdurer. Sa force réside dans le fait qu'elle fasse converger des intérêts pourtant opposés, à savoir les intérêts cargaison d'une part et les intérêts corps d'autre part, en répondant aux exigences de rapidité et de fluidité qu'impose le commerce maritime mondial.

Sa négociation, au même titre que son exécution, impliqueront l'intervention d'une multitude d'acteurs, qui défendront donc des intérêts variés mais qui auront tous comme objectif de résoudre leur litige par la voie amiable.

La lettre de garantie, en tant qu'instrument du commerce maritime, reflète également les rapports de force existant entre les intérêts en jeu et permet de mettre en lumière la bataille de compétences, opposant principalement l'Angleterre à la France.

Cette étude a donc pour but d'analyser les différentes implications légales et pratiques de ce formidable instrument.

Key words: letter of undertaking; maritime insurance broker; P&I correspondent; maritime claim; carrier's liability; direct action; competence

The purpose of the P&I letter of undertaking, instrument emerging from the practice, is to secure a maritime claim, while allowing the underlying commercial transactions to live on. Its strength comes from its ability to make opposing interests, i.e. cargo and ship interests, to converge. Thus, it meets the requirements of timeliness and fluidity, imposed by the international maritime trade.

Its negotiation, as well as its execution, will imply a multitude of actors defending opposite interests but promoting the use of amicable solutions.

The letter of undertaking, as an instrument of international trade, reflects the power balance between the different interests at stake. It also emphasises the battle of competences, mainly opposing England and France.

This study aims to analyse the different legal and practical involvements of this powerful tool.