

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 expresses 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 frèteur, 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 frèteur, 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 affréteur, 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 connaissance. 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* »