

La garantie bancaire souscrite en l'absence de connaissance



Pierre Villeroil
Responsable opérations de banque commerciale
Direction juridique du groupe
Crédit lyonnais

Les lettres de garantie pour absence de connaissance ne vont peut-être plus constituer un sujet d'interrogation pour les juristes (1). La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu en effet le 17 juin 1997 un arrêt important pour tous les professionnels qui y ont recours et, en particulier, pour les banques qui les souscrivent (2). A cet égard la décision de la cour suprême précise très opportunément la nature des lettres de garantie pour absence de connaissance. Elle contribuera ainsi à dissiper un malentendu persistant au sujet de ces engagements bancaires par signature souvent mal connus des personnes qui les émettent.

L'incertitude qui entoure l'émission de tels engagements par signature retentit naturellement sur leur mode de comptabilisation ainsi que sur les modalités de perception des commissions ; la détermination de leur assiette notamment. Deux questions se posent en effet qui ont trait, d'une part, au montant que l'on doit enregistrer et, d'autre part, à la durée pendant laquelle il est nécessaire de maintenir cet engagement au passif du bilan de la banque.

Bien que les lettres de garantie pour absence de connaissance soient fréquemment contractées en pratique par les banques, elles ne nourrissent pas un contentieux très abondant et leur régime juridique demeurait assez imprécis jusqu'à ces derniers temps.

Les solutions consacrées par l'arrêt du 17 juin 1997 donnent l'occasion de rappeler la finalité de la lettre de garantie pour absence de connaissance (I) et de souligner quelle est la portée de l'obligation souscrite par son auteur (II).

I La finalité de la lettre de garantie pour absence de connaissance

1. *Objet de la lettre de garantie*

Soulignons tout d'abord que ces lettres de garantie ne doivent pas être confondues avec les lettres de garantie souscrites par le chargeur en faveur de l'armement en vue d'obtenir un connaissance *clean* à l'effet de réaliser un crédit documentaire sans réserve comme l'exige l'article 32-b des Règles et usances relatives au crédit documentaire (brochure 500 de la CCI). Eu égard aux dangers que de telles lettres de garantie font courir aux tiers – aux banques en particulier –

elles n'ont d'effet qu'inter partes aux termes de l'article 20 alinéa 1 de la loi du 18 juin 1966. Une telle disposition est directement inspirée du principe énoncé, pour les contre-lettres, à l'article 1321 du code civil. Encore convient-il de préciser que ces lettres de garantie peuvent être déclarées inefficaces conformément à l'article 20 alinéa 2 toutes les fois que le transporteur avait connaissance des défauts affectant les marchandises lors de l'embarquement ou ne pouvait ignorer ceux-ci (3).

Comme son intitulé l'indique, la lettre de garantie pour absence de connaissance est souscrite pour remédier à la situation qui se produit fréquemment en pratique consistant à voir le navire arriver à destination avant le connaissance. Cette situation n'est pas due à la vitesse accrue des navires, encore que celle-ci soit réelle, mais à la lourdeur des différents traitements administratifs. L'enjeu est considérable car en l'absence de connaissance la cargaison ne peut être – juridiquement tout au moins – livrée. La probabilité de voir le vendeur de «marchandises flottantes» ne pas être en possession du connaissance destiné au sous-acquéreur est telle que, dans le négoce pétrolier par exemple, le libellé de la *letter of indemnity* (LOI) figure dans le texte même de la *letter of credit* (LC). Aussi bien, en pratique, la LOI est-elle effectivement souscrite – faute de connaissance – par la banque du vendeur en faveur du sous-acquéreur et sa présentation a-t-elle lieu avec les autres documents requis dans la LC pour obtenir le paiement.

Afin de prévenir toute discussion éventuelle, la souscription d'une lettre de garantie pour absence de connaissance par une banque déjà tenue dans le cadre d'un crédit documentaire doit impliquer que le donneur d'ordre s'engage «à lever les documents tels qu'ils se présentent» et s'oblige, en conséquence, à ne pas soulever les irrégularités dont viendrait à être affecté le connaissance (chargement en pontée, réserves concernant la marchandise ou son conditionnement).

Rappelons qu'aux termes de l'article 15 de la loi du 18 juin 1966, le transporteur s'engage à acheminer la marchandise qui lui a été confiée d'un port à un autre. Sa responsabilité est donc engagée depuis la prise en charge de la cargaison jusqu'à la livraison de celle-ci au destinataire. De son côté, l'article 49 du décret du 31 décembre 1966, précise les modalités de livraison de la marchandise. C'est ainsi qu'aux termes

de l'alinéa 1 la marchandise doit être livrée par le capitaine ou le consignataire du navire au destinataire ou à son représentant. Pour sa part, l'alinéa 1 de l'article 50 du décret du 31 décembre 1966 prescrit que seule la remise d'un original du connaissement établit la livraison, sauf preuve contraire. Quant au destinataire, celui-ci est défini par l'article 49 du décret du 31 décembre 1966 comme étant la personne dont le nom est indiqué dans le connaissement lorsque celui-ci est à personne dénommée, ou bien encore la personne qui présente le connaissement à l'arrivée lorsque celui-ci est au porteur, ou bien enfin la personne qui figure en qualité de dernier endossataire du connaissement lorsque celui-ci est à ordre.

Aussi bien, pour que la livraison soit régulière, faut-il que la cargaison soit délivrée par le capitaine ou le consignataire du navire au réclamateur contre restitution du connaissement. Selon l'expression technique, le connaissement est alors accompli, les autres exemplaires de celui-ci étant par là même annulés. La remise de la cargaison au réclamateur sans que celui-ci ne présente corrélativement le connaissement est donc – en droit – irrégulière. A ce titre elle engage la responsabilité de l'armement (4).

En effet, en remettant la cargaison à une personne qui n'est pas détentrice du connaissement l'armateur est exposé au risque de voir le porteur de celui-ci se présenter et exiger la livraison. Le plus souvent il s'agira d'une banque qui aura assumé le financement de la cargaison grâce à l'émission d'un crédit documentaire pour sûreté duquel elle bénéficiera d'un gage. La responsabilité du transporteur maritime n'est pas seulement engagée à l'égard du porteur du connaissement. Elle l'est aussi vis-à-vis du chargeur, son cocontractant.

Bien que cette pratique soit juridiquement critiquable, de nombreuses raisons militent en faveur d'une livraison irrégulière. En effet, il paraît discutable de sanctionner par un refus de délivrance de la cargaison un destinataire dont l'activité économique risque de pâtir de tout retard dans la remise de celle-ci. En outre, les délais peuvent compromettre la valeur de la cargaison en cas de biens périssables ou sujets à des fluctuations de cours. Aussi bien, la doctrine considère-t-elle que la responsabilité de l'armateur pourrait être engagée en cas de refus de délivrer la marchandise contre remise d'une lettre de garantie. C'est ainsi que le professeur Rémond-Gouilloud écrit dans le «Bulletin des transports» (1986 p. 70) : «... il n'est pas inconcevable d'imaginer que la responsabilité de l'armateur puisse se trouver engagée pour avoir refusé de délivrer la marchandise contre remise d'une lettre de garantie pour absence de connaissement». En l'absence de lettre de garantie, le défaut de présentation du connaissement en temps voulu conduirait, il est vrai, le capitaine soit à appareiller avec la cargaison, occasionnant ainsi des frais inutiles et un retard néfaste, soit à attendre la venue du connaissement engendrant alors des surestaries qui risqueraient d'être très pénalisantes pour le responsable de l'immobilisation du navire. A cet égard la doctrine anglaise considère que, ce faisant, le capitaine serait privé du droit de percevoir des surestaries. Ainsi peut-on lire dans Scrutton (5) à l'article 151 p. 292 : «*In some cases – for instance when the cargo can be discharged and held under lien ashore – it may be so unreasonable for the shipowner to refuse to discharge the cargo that he cannot claim demurrage from delay resulting from his refusal to do it*».

D'ailleurs, à titre exceptionnel, la jurisprudence française a pu considérer que le capitaine était fondé à décharger la marchandise sans que le connaissement lui soit présenté. Tel est le cas lorsque «le fait du prince» est à l'origine de

cette livraison irrégulière. En l'espèce, la cour d'Aix-en-Provence, après avoir relevé que le déchargement de la cargaison sans présentation du connaissement résultait de l'acte de la puissance publique lybienne, a estimé dans son arrêt du 29 mars 1988 que l'armement n'avait commis aucune faute (6). L'armement s'est donc vu exonéré de toute responsabilité à l'égard du chargeur impayé. Le pourvoi formé par le chargeur a été rejeté par la Cour de cassation le 20 février 1990 (7). Celle-ci a rappelé incidemment que celui qui invoque l'un des cas d'irresponsabilité énumérés par l'article 4-2 g de la convention de Bruxelles du 25 août 1924 «la contrainte du prince, autorité ou peuple» n'avait pas à prouver que ce cas revêtait les caractères de la force majeure. Cette même Cour d'Aix-en-Provence a considéré dans son arrêt du 7 mars 1997 (inédit) que le chargeur impayé ne pouvait faire grief à l'armement et lui imputer à faute la délivrance de la marchandise sans présentation du connaissement, dans la mesure où la réglementation du port d'Alger faisait obligation aux compagnies maritimes de remettre celle-ci aux destinataires en échange d'une simple lettre émanant du ministère de l'Intérieur algérien.

2. Contenu de la lettre de garantie

En dépit de tentatives répétées, les lettres de garantie pour absence de connaissement ne font l'objet d'aucune uniformisation. Il en résulte une très grande diversité de formes selon les compagnies maritimes et selon les usages portuaires. Néanmoins, au-delà de cette variété formelle, les obligations essentielles se retrouvent dans la généralité des cas.

Les lettres de garantie comportent en pratique un double engagement, à savoir celui du réclamateur et celui d'une banque. En effet, afin de pallier l'éventuelle insolvabilité du réclamateur ayant souscrit l'obligation, les armements exigent presque toujours la signature d'une banque.

L'engagement contracté par le réclamateur comporte deux obligations distinctes. La première est une promesse de remettre le connaissement dans les plus brefs délais. Il s'agit d'une obligation de faire comme l'a estimé la cour de Rouen dans son arrêt du 11 avril 1985 (8) : «*Le signataire de la lettre n'a en effet pris aucun engagement envers un tiers, en l'espèce le chargeur, de la bonne exécution du transport, mais a contracté une obligation personnelle de faire, assortie de promesse de dommages et intérêts en cas d'inexécution*». Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 25 novembre 1986 (9).

La seconde obligation consiste à garantir l'armement contre tous les préjudices directs et indirects qu'il pourrait encourir en conséquence de la livraison irrégulière. Cet engagement inclut le remboursement à l'armateur des frais et honoraires qu'il serait amené à engager en cas de procès dirigé contre lui. Observons que contrairement à ce qui est parfois soutenu, le réclamateur n'intervient pas en qualité de caution. L'engagement du réclamateur n'est d'ailleurs pas unilatéral, comme c'est le cas de celui de la banque qui s'oblige en qualité de caution ou de garant, mais synallagmatique puisqu'il obtient la délivrance de la cargaison en contrepartie de la remise de la lettre de garantie pour absence de connaissement.

L'obtention par le réclamateur de la cargaison en contrepartie de l'engagement qu'il souscrit dans la lettre de garantie pour absence de connaissement explique la solution énoncée par la cour de Rouen le 11 avril 1985 (préc.). Dans

cette espèce, le transitaire tentait d'éluder ses engagements en estimant que son préposé n'avait pas été autorisé conformément aux prescriptions de l'article 89 du décret du 23 mars 1967. La cour de Rouen a tout d'abord rappelé qu'aux termes de la lettre de garantie le transitaire s'engageait à représenter le connaissement au transporteur et à rembourser les dommages, intérêts et frais auxquels pourrait être exposé le transporteur vis-à-vis du chargeur pour avoir délivré la marchandise sans se faire remettre le connaissement. La cour de Rouen en a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un cautionnement tel qu'il est défini aux articles 2011 et suivants du code civil. Après avoir souligné que le transitaire ne cautionnait pas un tiers et ne garantissait pas l'exécution du contrat de vente, la cour de Rouen a estimé «*que les dispositions de l'article 89 du décret du 23 mars 1967 ne sont donc pas applicables.*» Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 25 novembre 1986 (préc.).

En revanche, l'obligation souscrite par la banque dans la lettre de garantie pour absence de connaissement est, quant à elle, contractée en faveur d'un tiers. Cette obligation s'analyse parfois en un cautionnement. La solidarité n'est pas toujours formulée explicitement. S'agissant toutefois d'une obligation commerciale, celle-ci est naturellement présumée. Le plus souvent il s'agit néanmoins d'un engagement autonome et indépendant de l'obligation souscrite par le réclamateur. Cet engagement comporte dans la plupart des cas la clause traditionnelle relative au paiement sur simple demande ou à première demande. Même si certains engagements recèlent des stipulations propres aux cautionnements – la renonciation au bénéfice de division et de discussion par exemple – l'obligation de payer à première demande atteste le caractère non accessoire de ces garanties. Il existe d'ailleurs une présomption selon laquelle, en cas de clauses contradictoires, les engagements qui ont un caractère international doivent s'analyser en des garanties indépendantes à la différence des garanties internes qui, quant à elles, ressortissent au cautionnement (en ce sens voir le rapport de M. le Conseiller référendaire Le Dauphin dans l'affaire Magnetti c/CRCAM du Midi (10).

Les clauses stipulées dans les lettres de garantie pour absence de connaissement ne sont pas négociables en pratique et les armements n'entendent pas modifier les formules type qu'ils utilisent habituellement. Bien que cette intransigeance soit souvent mal comprise par les banques, elle trouve sa légitimité dans les risques encourus et dans le fait que la livraison irrégulière n'est pas toujours assurable. Les P & I Clubs, quant à eux, refusent de couvrir ce risque et mettent en garde les armements sur les risques encourus en pareil cas (11).

La lettre de garantie pour absence de connaissement a donc un objet qui lui est particulier. Elle est indépendante tant à l'égard du contrat de vente que vis-à-vis du contrat de transport. C'est ainsi que la cour de Rouen a rappelé dans son arrêt du 27 juin 1979 (12) «*qu'il est tout à fait inexact de dire, comme le font les appelantes, que la lettre de garantie est attachée à une obligation principale née de la vente, que les contrats de transport maritime et de vente n'ayant ni les mêmes parties ni le même objet ni la même cause, les obligations nées de l'un lui demeurent propres ; qu'a fortiori un élément accessoire du contrat de transport, tel que la lettre de garantie, ne peut être apprécié qu'au vu de ce seul contrat, sans aucun recours au contrat de vente.*»

En raison de sa finalité particulière, la lettre de garantie ne saurait, par conséquent, être un succédané temporaire du

connaissement contrairement à ce que la cour de Rouen a estimé dans son arrêt précité du 11 avril 1985 : «*Cette lettre tient donc lieu, pour le transporteur et pour une période limitée, de connaissement, et elle permet d'accélérer la dernière phase du transport, à savoir la livraison.*» Pareillement, il est sans doute discutable de considérer que la lettre de garantie est «*souscrite pour permettre au transporteur de livrer la marchandise sans remise des connaissements*» comme l'a fait la cour de Versailles dans son arrêt du 18 novembre 1994 (13). L'émission de la lettre de garantie ne permet en effet que la remise matérielle de la marchandise et ne constitue donc pas la livraison : opération juridique marquant la fin du contrat de transport aux termes de l'article 15 de la loi du 18 juin 1966.

L'objet et le contenu de la lettre de garantie pour absence de connaissement étant ainsi précisés, il convient de s'interroger sur sa portée

II La portée de la lettre de garantie pour absence de connaissement

L'étude de la portée de la lettre de garantie pour absence de connaissement conduit à répondre aux deux interrogations qui préoccupent les banques émettrices, à savoir, d'une part, le montant de l'engagement souscrit et, d'autre part, la durée de comptabilisation de celui-ci.

1. Le montant de l'engagement

La détermination du montant de l'engagement souscrit est, en pratique, une source fréquente d'erreurs.

Il est vrai que très souvent les lettres de garantie font figurer un montant. Ce montant correspond à la valeur de la marchandise telle qu'elle ressort de la facture à laquelle il est couramment fait référence.

Cette présentation accrédite l'idée que le montant de la garantie serait limité à la valeur de la marchandise transportée telle qu'elle est décrite sur la facture, ou encore à la valeur vénale de celle-ci, laquelle peut varier très sensiblement en cas de fluctuation à la hausse des cours.

En dépit de son apparence et de cette référence à la marchandise transportée, la lettre de garantie pour absence de connaissement ne comporte, en réalité, généralement pas de limite à l'obligation souscrite, laquelle n'est en aucun cas circonscrite à la valeur de la cargaison (14).

Si les lettres de garantie ne stipulent donc pas de limite chiffrée, elles s'attachent, en revanche, à énumérer les risques couverts. C'est ainsi que dans un formulaire récemment «proposé» par un armement à la signature d'une banque il était stipulé que «*le souscripteur s'oblige à vous garantir contre toute réclamation ou action pouvant être dirigée contre vous par des tiers et à vous indemniser, à première demande, en monnaie librement transférable et convertible de toutes sommes que vous pourrez éventuellement payer et cela sans aucune autre formalité que la présentation de votre note*». Le souscripteur s'engage également «*à ne pas contester les paiements volontaires et amiables sauf s'ils ont été faits manifestement à l'encontre des lois et usages en vigueur*». Le libellé précise par ailleurs que la garantie «*inclut, outre les conséquences directes et indirectes qui découlent de la livraison irrégulière, la valeur de la marchandise, les contributions aux avaries générales, le montant du fret, les dommages et intérêts, les amendes, les dépens et accessoires ainsi que tous les frais judiciaires ou extrajudiciaires, en ce com-*

pris les honoraires d'avocat, l'intégralité des débours en tous genres et notamment les pertes dues à l'éventuelle saisie des navires et des avoirs de l'armement dans quelque pays où ils se situent, que ces paiements soient volontaires ou forcés.» Le rédacteur du texte craignant vraisemblablement d'omettre un chef de préjudice a jugé moins téméraire d'ajouter la formule chère aux tabellions *«rien n'étant exclu ni excepté»*. Si la formulation laisse percer une démarche sans doute pusillanime, elle traduit néanmoins la pleine conscience de son auteur du risque assumé par l'armement en cas de livraison irrégulière.

Les risques de réclamation peuvent en effet provenir, soit du vendeur de la marchandise – ou de la banque gagiste porteur du connaissance endossé à son profit à titre pignoratif – soit de l'armement lui-même auteur de la livraison irrégulière.

Les réclamations peuvent tout d'abord émaner de la banque qui sera détentrice du connaissance en raison de l'engagement souscrit par elle dans le cadre d'un crédit documentaire. En effet, en délivrant la cargaison à un tiers sans se faire remettre le connaissance, l'armement ou le consignataire du navire prive la banque tenue dans le cadre d'un crédit documentaire de son droit de créancier gagiste et, à ce titre, endossataire dudit connaissance. Tel était le cas de l'Arab National Bank dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt prononcé par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 17 juin 1997 (préc.). Le risque peut provenir aussi du vendeur lui-même à qui le prix n'aura pas été payé en raison, par exemple, d'une procédure collective affectant son cocontractant – cour de Rouen 11 avril 1985 précité – ou de l'armement subrogé dans les droits du chargeur impayé : cour de Rouen 27 juin 1979 (préc.). Observons qu'en ce cas le risque est déterminable, puisqu'il correspond, dans la généralité des cas, essentiellement à la valeur vénale de la cargaison décrite dans le connaissance, majorée, le cas échéant, du fret. Celle-ci sera d'ailleurs limitée par le plafond de responsabilité stipulé dans le contrat de transport toutes les fois que le caractère irrégulier de la livraison n'aura pas été soulevé. Exceptionnellement d'ailleurs, la limitation de responsabilité instituée par l'article 28 alinéa 1 de la loi du 18 juin 1966 ne s'appliquera pas lorsque la remise de la marchandise sera constitutive d'une faute répondant aux critères définis à l'article 28 alinéa 5 a.

Les réclamations peuvent aussi procéder de l'armement. A cet égard la portée financière des lettres de garantie a été précisée par la Cour de cassation le 24 novembre 1982 (15) dans l'affaire société Daudruy Van Cauwenberghe c/Société Rodriguez Ely qui donne un exemple du risque de boycott dont une compagnie maritime peut être victime. Cet arrêt a soulevé une émotion considérable dans la mesure où la banque a été condamnée à payer une somme sans aucun rapport avec la valeur de la marchandise. En l'espèce la société Daudruy Van Cauwenberghe avait acheté CAF une certaine quantité de glycérine auprès d'un fournisseur égyptien. Ne détenant pas le connaissance lors de l'arrivée du navire, l'importateur demanda à sa banque de souscrire en faveur de l'armement une lettre aux termes de laquelle elle s'obligeait, solidairement avec le transitaire, à lui remettre le connaissance original dans le délai d'un mois, et en outre, *«à le garantir contre tous les préjudices directs ou indirects pouvant résulter pour lui de l'irrégularité de la livraison, à lui régler immédiatement sur simple demande sans qu'il ait à fournir de justificatif, la valeur de la marchandise, le montant du fret éventuellement dû ainsi que le montant de tous les autres frais, y compris ceux de*

défense... et à faire face immédiatement et sur simple demande auxdits engagements sans que le transporteur maritime fournisse de justificatifs». Bien que le prix de la marchandise ait été convenu avant son expédition, le vendeur tenta d'obtenir une majoration de celui-ci. Pour ce faire il garda le connaissance par-devers lui et fit ensuite grief à l'armement d'avoir procédé à une livraison irrégulière de la cargaison. Encore que le comportement du vendeur fût empreint d'une mauvaise foi patente, stigmatisée d'ailleurs par la cour d'appel, les autorités égyptiennes, sur sa demande, l'autorisèrent néanmoins à bloquer les comptes d'escale de l'armement et à saisir les navires de celui-ci. Le boycott qui s'ensuivit causa à la compagnie maritime un préjudice important dû à la perte du trafic sur la ligne. La cour d'Aix-en-Provence considéra dans un arrêt du 16 septembre 1980 (16) que la lettre de garantie ne pouvait être déclarée nulle pour indétermination de son montant et de sa durée comme tentait de le soutenir la banque en vertu des articles 1150 et 1151 du code civil.

Saisie par la banque émettrice de la lettre de garantie, la Cour de cassation a rejeté par son arrêt précité le pourvoi fondé sur les articles 1131 et 2012 du code civil. Elle a considéré que l'engagement souscrit n'était pas dépourvu de cause, celle-ci résidant dans l'obligation d'indemniser l'armement de la totalité des dommages résultant du retard dans la délivrance du connaissance original. Par ailleurs, elle a estimé que l'obligation contractée dans la lettre tendant à garantir l'armement contre tous les préjudices, directs et indirects, était par là même déterminée. La Cour de cassation a en effet jugé que même si la somme qui devait être acquittée était indéterminée et imprévisible, les préjudices couverts étaient, quant à eux, déterminables.

Statuant sur le fond après expertise et accédant à la demande de l'armement, la cour d'Aix-en-Provence a condamné le 27 avril 1984 (17) la banque à payer à celui-ci des dommages et intérêts au titre des différents préjudices invoqués, en ce compris l'intégralité des pertes d'exploitation assumées sur la ligne Alexandrie-Marseille.

2. La durée de l'engagement

La durée de l'engagement souscrit lors de la signature des lettres de garantie pour absence de connaissance a suscité en pratique de très nombreuses discussions dans le passé, dans la mesure où celles-ci ne comportent généralement pas de limite de validité et où l'obligation de remettre le connaissance original dans un bref délai n'emporte pas toujours annulation automatique de l'engagement. D'aucuns soutenaient que les lettres de garantie étant souscrites à l'occasion de la livraison de la cargaison, celles-ci étaient un accessoire du contrat de transport. Certaines juridictions prétendaient en conséquence que la prescription annale instituée par l'article 108 alinéa 2 du code de commerce et par l'article 32 alinéa 1 de la loi du 18 juin 1966 devait s'appliquer à l'action exercée dans le cadre de la lettre de garantie. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de Rouen le 17 mars 1994 – le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 9 avril 1996 par la Cour de cassation (18) – ainsi que la cour de Versailles le 26 septembre 1991 (19).

Lorsque l'original du connaissance était adiré, les donneurs d'ordre des lettres de garantie soutenaient que la banque émettrice devait se considérer comme déchargée à l'expiration du délai de un an à compter de la délivrance de la cargaison et qu'aucune commission n'était désormais exigible.

Cependant la jurisprudence estimait dans son ensemble que les lettres de garantie étant autonomes et distinctes du contrat de transport, la prescription annale ne leur était pas applicable. C'est en ce sens que s'était prononcée la cour d'Aix-en-Provence le 10 décembre 1981 (20). Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 7 février 1984 (21). La cour de Bordeaux s'était, de son côté, prononcée dans le même sens par un arrêt du 12 juillet 1984 (22) ainsi que la cour d'Aix-en-Provence le 29 mars 1988 (préc.).

Aussi bien, faisait-on remarquer que la livraison de la cargaison sans connaissance étant irrégulière, il ne s'agissait donc pas d'une avarie ayant affecté celle-ci. En l'occurrence, il n'y a pas eu en effet d'avarie ayant entraîné la perte totale de la cargaison puisque celle-ci a été remise sans manquants ni dommages. La prescription annale instituée par l'article 32 de la loi du 18 juin 1966 n'était pas applicable en conséquence. Observons d'ailleurs que la prescription de un an instituée par l'article 32 alinéa 1 concerne soit le recours du chargeur contre le transporteur, soit le recours du destinataire contre le transporteur. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt prononcé par la cour de Rouen le 11 avril 1985 (préc.) la prescription était opposée par le transitaire et par la banque, tous deux signataires de la lettre de garantie pour absence de connaissance.

La chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 juin 1997 (préc.) a mis ainsi un terme aux incertitudes antérieures. Cet arrêt a, en effet, apporté une réponse à la double question de savoir, d'une part, quelle était la durée de l'engagement souscrit dans une lettre de garantie pour absence de connaissance et, d'autre part, quel était le caractère de celui-ci. Il est nécessaire de rappeler les circonstances dans lesquelles cet arrêt est intervenu. Si les faits de l'espèce sont assez simples et si le problème soulevé est désormais classique, en revanche les procédures judiciaires auxquelles ils ont donné lieu sont complexes en raison de plusieurs actions récursoires.

Comme cela arrive fréquemment c'est une banale grève – des banques grecques en l'occurrence – qui est à l'origine du défaut de présentation du connaissance lors de l'arrivée du navire au port de Yanbu' en Arabie Saoudite. Celui-ci venait du port d'Eleusis où il avait chargé du matériel nécessaire à une installation de dessalement d'eau de mer. Un crédit documentaire avait été émis en faveur du fournisseur grec selon les instructions du maître de l'ouvrage par l'Arab National Bank à l'ordre de laquelle le connaissance avait été émis. La réalisation et le paiement du crédit documentaire devaient intervenir aux caisses de la National Bank of Greece.

Afin de permettre la délivrance de la cargaison, le consignataire du navire obtint du commissionnaire de transport chargé par l'installateur d'organiser le déplacement du matériel une lettre de garantie pour absence de connaissance. Par cette lettre le consignataire du navire était garanti «*de toutes réclamations qui pourraient être formulées du fait de ladite livraison de telle sorte qu'Alatas Agencies (consignataire du navire à Yanbu') n'ait à subir de ce chef aucun dommage de quelque nature que ce soit.*»

Sur le plan judiciaire l'Arab National Bank astreinte par les tribunaux grecs à payer l'accréditif – les irrégularités soulevées n'étant pas fondées – obtint auprès des juridictions saoudiennes la condamnation du consignataire du navire au motif que la livraison était irrégulière. Celui-ci assigna alors devant les juridictions françaises le commissionnaire de transport ainsi que l'agent de l'armateur.

La cour de Versailles par arrêt du 18 novembre 1994 (préc.) considéra que la lettre de garantie dépendait nécessairement du contrat de transport, soulignant incidemment que celle-ci avait été souscrite selon les instructions du commissionnaire de transport, cocontractant direct du transporteur. La cour de Versailles en a conclu que l'action du bénéficiaire de la lettre de garantie introduite sur le fondement de celle-ci relevait donc nécessairement du contrat de transport. Dès lors, selon elle, le recours du bénéficiaire de la lettre de garantie ne pouvait être exercé car celui-ci était atteint par la prescription annale instituée par l'article 108 alinéa 2 du code de commerce.

La cour suprême a censuré cette analyse au visa de l'article 189 bis du code de commerce. Après avoir relevé que la lettre de garantie pour absence de connaissance avait pour objet de prémunir le transporteur maritime ou le consignataire du navire contre toutes les conséquences pouvant résulter d'une livraison irrégulière, elle a considéré que l'engagement ainsi souscrit était indépendant du contrat de transport. La chambre commerciale en a conclu que l'action exercée sur le fondement exclusif d'une telle lettre de garantie était soumise «*non à la prescription annale du Droit des transports mais à la prescription commerciale de Droit commun.*» En réponse à un moyen du pourvoi, la Cour de cassation a également considéré que l'action du consignataire du navire contre le transporteur maritime était gouvernée par la prescription de Droit commun, leurs relations étant organisées selon les règles du mandat salarié et non pas en vertu du contrat de transport. La signification de l'arrêt, quant à l'indépendance de la lettre de garantie par rapport au contrat de transport, est d'autant plus claire qu'en l'espèce la lettre de garantie avait été souscrite personnellement, comme nous l'avons vu, par le commissionnaire de transport lequel avait conclu lui-même le contrat de transport maritime.

Les lettres de garantie ne comportant pas de date de validité, la banque émettrice demeure donc tenue jusqu'à ce que mainlevée en ait été donnée ou bien jusqu'à ce que l'engagement ait été éteint par prescription. Abstraction faite de toute considération commerciale, les commissions d'engagement continuent par conséquent d'être dues. Sans doute le plus souvent la transmission des connaissances est-elle seulement retardée, de telle sorte que la mainlevée de la lettre de garantie est consentie lors de la remise ultérieure de ceux-ci à l'armement.

Il convient cependant de signaler que l'objectif poursuivi par les parties de procurer à l'armement une sûreté très forte en cas de livraison irrégulière est tel que la jurisprudence a pu considérer que la restitution elle-même de la lettre de garantie lors de l'acquiescement du fret ne s'analysait pas en une mainlevée. C'est ainsi que la cour de Rouen a estimé le 26 avril 1984 (23) que la restitution de la lettre de garantie par l'armateur ne privait pas celui-ci de son recours contre le réclamateur qui l'avait souscrite. En l'espèce le transporteur maritime était lui-même poursuivi par la banque – toujours porteur du connaissance – qui lui réclamait la marchandise ou le prix de celle-ci. Cette position peut surprendre puisqu'elle se démarque de la règle énoncée par l'article 1282 du code civil selon laquelle la remise volontaire du titre par le créancier au débiteur fait preuve de la libération. Bien que le pourvoi formé contre cet arrêt ait été rejeté par la Cour de cassation le 29 avril 1986 (24), il est permis de penser qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce.

L'examen du risque assumé par la banque et le mode de comptabilisation qui en découle requièrent une démarche très pragmatique. Le risque sera évidemment différent selon qu'il s'agit d'un connaissance à personne dénommée ou bien d'un connaissance au porteur, ou bien encore d'un connaissance à ordre. Par ailleurs, il est nécessaire qu'une bonne adéquation existe entre le risque financier assumé et l'enregistrement comptable de l'engagement dans les livres de la banque. Cela suppose, par conséquent, une actualisation de la valeur de la cargaison en tenant compte de la variation du cours de la marchandise concernée, une adaptation du coût du fret selon les cotations et, s'il y a lieu, une prise en considération des modifications intervenant dans les taux de change. Pour les opérations courantes, une majoration forfaitaire correspondant à un pourcentage de la valeur de la marchandise peut, en pratique, être retenue, étant précisé que le risque auquel l'affaire Daudruy Van Cauwenberghe a donné lieu peut, de son côté, être limité en veillant scrupuleusement aux compétences professionnelles des opérateurs.

Précisons que lorsque la banque intervient dans le financement de l'acquisition de la marchandise par l'émission d'un accreditif documentaire, l'engagement souscrit dans le cadre de la lettre de garantie pour absence de connaissance peut n'être comptabilisé que pour mémoire. En effet subsiste seul en pareil cas le risque propre à l'armement dont nous venons de dire qu'il pouvait être circonscrit.

En consacrant le caractère autonome de la lettre de garantie par rapport au contrat de transport, l'arrêt du 17 juin 1997 n'a pas seulement précisé la durée de l'engagement, il a aussi contribué à apporter une solution à un délicat conflit de lois. Désormais, s'agissant d'un engagement autonome, la lettre de garantie sera gouvernée par sa propre loi, et non pas par la loi du pavillon ou par celle qui régit le connaissance.

Les lettres de garantie ne comportent pas en pratique de clause relative à la loi applicable. Bien que la loi d'autonomie autorise la désignation d'une autre loi, la loi de la banque – où le paiement intervient – devrait leur être applicable. C'est d'ailleurs cette loi qui est retenue pour les autres engagements bancaires par signature (25).

La durée de la prescription variera donc selon la loi applicable à la garantie : prescription de dix ans en droit français, de six ans en droit anglais, sans limitation pour les droits qui subordonnent la mainlevée à la restitution de l'instrumentum...

La solution ainsi dégagée règle aussi le sort des lettres de garantie émises lorsque l'on est en présence d'un connaissance de charte-partie. Désormais, la prescription ne sera plus celle qui est déterminée par la *lex fori* – retenue un temps par référence à l'article 16 alinéa 3 de la loi du 18 juin 1966 avant que, sur le fondement de l'article 3, la Cour de cassation ne rappelle dans son arrêt du 20 mars 1984 (26) que seule la loi du pavillon était applicable – mais, au contraire, la prescription retenue par la loi applicable à la lettre de garantie.

*
* *

Si l'arrêt du 17 juin 1997 précise donc très opportunément la nature et la durée des garanties pour absence de connaissance, comme l'avait fait précédemment l'arrêt du 22 novembre 1982 quant à la portée financière de ces engagements, il n'allège pas, lui non plus, le risque assumé par les banques qui les souscrivent. On peut se demander si cet arrêt n'arrive pas trop tard. Cette question mérite d'être posée dans la mesure où actuellement le connaissance n'est plus le seul instrument utilisé en pratique pour les transports maritimes. Il est vrai qu'il est recouru plus souvent que par le passé aux *sea way bills*, et que le Data Freight Receipt (DFR) est utilisé sur certaines lignes. Cependant, sans aucunement mésestimer l'intérêt pratique de l'informatique et des EDI dans les transports maritimes – dès lors que la preuve de la télétransmission pourra être rapportée – il faut reconnaître que nombres d'opérateurs continueront d'utiliser le connaissance (27). Il en ira ainsi de tous ceux qui souhaitent bénéficier de la sécurité offerte par le connaissance dans l'une de ses trois fonctions : un titre représentatif de la marchandise permettant en outre la constitution aisée d'un droit de gage. Les banques, dont le rôle dans le financement des cargaisons et le paiement des vendeurs est essentiel, y sont, pour leur part, très attachées. ■

(1) Sur l'ensemble de la question, Ripert «Droit maritime» t. II 4^e éd. n° 1569 bis p. 480 ; Rodière et E. du Pontavice «Droit maritime» *Précis Dalloz* 12^e éd. n° 358-1 p. 334 ; M. Rémond-Gouilloud, «Droit maritime» *Pédone* 2^e éd. n° 555 et suiv. p. 360 et «La lettre de garantie pour absence de connaissance», *BT* 86 p. 69 ; J.-P. Mattout «Droit bancaire internationaux», *Banque édit.* 2^e éd. n° 313 et suiv. p. 256 ; P.-Y. Lucas «La lettre de garantie pour défaut de connaissance» *DMF* 87 p. 346 ; Conférence du bâtonnier Emo organisée par l'IPIT le 26 avril 1984, *JCP* 84 IV p. 241.

(2) *Bull. civ.* IV n° 196 p. 171, *DMF* 97 p. 725 ; Rap. de M. le Conseiller référendaire Rémy.

(3) Cass. com. 23 février 1983, *DMF* 83 p. 478 note R. Achard, Aix 30.06.1978 *BT* 78, 514 Montpellier 30 avril 1981 *DMF* 82 p. 35 note A. Vialard.

(4) Rouen 19 octobre 1989, *DMF* 90, 96 note R. Achard, Rennes 9 janvier 1990, *DMF* 91 p. 261.

(5) «On charterparties and bills of lading» *Sweet & Maxwell* 20^e éd. 1996 by Steward C. Boyd, Andrew S. Burrows and David Foxton.

(6) Aix-en-Provence 29 mars 1988, *BT* 88, 680, *DMF* 91 p. 233.

(7) Cass. com. 20 février 1990 *Bull. civ.* IV n° 51 p. 34, *BT* 90, 563.

(8) Rouen 11 avril 1985, *BT* 86, 77, *DMF* 87 p. 132.

(9) Cass. com. 25 novembre 1986, *DMF* 87 p. 358.

(10) Cass. com. 13 décembre 1994 *DS* 95 p. 209 note L. Aynès.

(11) Cf. English Court of Appeal : «The Houda» case (1994) 2 Lloyd's Rep. 541.

(12) Rouen 27 juin 1979, *DMF* 79 p. 734 note M. Vannier.

(13) Versailles 18 novembre 1994, *DMF* 95 p. 558 note P.-Y. Lucas.

(14) Aix-en-Provence 6 janvier 1983, *DMF* 84 p. 626.

(15) Cass. com. 24.11.1982 *Bull. civ.* IV n° 368 p. 309, *DMF* 83 p. 472, *DS* 84 IR p. 269 obs. M. Vasseur.

(16) Aix-en-Provence 16 septembre 1980, *DMF* 81 p. 91 note RA.

(17) Aix-en-Provence 27 avril 1984, *DMF* 86 p. 77 n° 39 obs. P. Bonasies-Scapel 1985 p. 6.

(18) Cass. com. 9 avril 1996, *DMF* 96 p. 1030 note J.-F. Tantin.

(19) Versailles 26 septembre 1991 (pourvoi rejeté Cass. com. 11 janvier 1994), *DMF* 94 p. 449.

(20) Aix-en-Provence 10 novembre 1981, Scapel juin 1984 p. 25.

(21) Cass. com. 7 février 1984, *DMF* 85 p. 25, Scapel 84 p. 29, *BT* 84, 596.

(22) Bordeaux 12 juillet 1984, *DMF* 86 p. 28 note R. Achard.

(23) Rouen 26 avril 1984, *DMF* 85 som. 301.

(24) Cass. com. 29 avril 1986, *DMF* 87 p. 356.

(25) J. Stoufflet-Clunet 66 p. 582 et s. n° 29 not. Van Hecke, «Crédits bancaires internationaux et conflits de lois» *DPCI* 77 p. 497

(26) Cass. com. 20 mars 1984, *DMF* 85 p. 97 note RA.

(27) E. du Pontavice «L'informatique et les connaissances» *DMF* 83 p. 376.