

La « letter of indemnity (L.O.I) » dans le transport international



La « letter of indemnity (L.O.I) » dans le transport maritime

Le concept de L.O.I ou « *Letter of indemnity* » est un concept juridique de common law qui garantit l'indemnisation d'un tiers en cas de pertes de ce dernier dans des circonstances bien précises préalablement définies.

Le crédit documentaire ou le contrat de transport maritime peuvent donner lieu à la naissance de "*Lettres de garantie*" encore appelées « *Letter of indemnity* »

On rencontre plusieurs types de « *Letter of indemnity* » dans le transport maritime. Elles ont souvent comme dénominateur commun le B/L qui peut être irrégulier, ou absent, lors de la présentation des documents à la banque réalisatrice ou au déchargement du navire.

Dans le cadre du crédit documentaire, on trouve ainsi des L.O.I destinées à pallier l'absence du B/L et/ou d'autres documents lors de la présentation des documents par le vendeur.

Les autres L.O.I restent à l'extérieur du crédit documentaire et sont mises en place au chargement pour obtenir par exemple un B/L « *clean* » ou « *antidaté* » ; ou bien au déchargement pour obtenir la livraison de la marchandise sans présentation du B/L. Notons que l'on rencontre également des L.O.I qui seront émises pour couvrir le transporteur dans toute sorte de situations où celui-ci pourrait subir des pertes qui ne rentrent pas dans la sphère de ses activités classiques.

1 La « *letter of indemnity* » émise en dehors du crédit documentaire

1.1 La « *letter of indemnity* » émise au chargement pour B/L irrégulier

L'usage et la logique prévoient que le B/L doit être « *clean* ». Autrement dit, le B/L ne doit pas être entaché par des réserves. Si des réserves apparaissent dans le B/L, aussi minimes soient-elles, le paiement du crédit documentaire risque d'être remis en question.

Si le transporteur entend émettre des réserves, le vendeur peut alors tenter de lui demander de ne pas faire état des réserves sur le B/L. Celui-ci ne sera enclin à accepter que dans l'hypothèse où le chargeur est en mesure de lui remettre une L.O.I le couvrant contre toutes les conséquences qui pourraient survenir du fait qu'il n'a pas fait état des réserves sur le B/L.

Ce type de L.O.I doit être utilisé afin de satisfaire le transporteur pointilleux dans des cas sans gravité, mais peut être également une source de fraude. C'est la raison pour laquelle, les lois d'ordre public applicables au transport maritime et au contrat d'affrètement condamnent ce type de pratique.

Ainsi, en France, la loi du 18 juin 1966 sur le transport maritime stipule dans son article 20 :

« Toute lettre ou convention par laquelle le chargeur s'engage à dédommager le transporteur lorsque celui-ci ou son représentant a consenti à délivrer un connaissement sans réserve est nulle et sans effets à l'égard des tiers ; mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir à l'égard du chargeur »

D'autre part, l'alinéa 2 du même article indique que l'omission volontaire de la réserve par le transporteur aura pour conséquence :

« Qu'il ne pourra se prévaloir de ce défaut pour éluder sa responsabilité et ne bénéficiera pas de la limitation de responsabilité prévue par l'article 28 »

Autrement dit, dans le cas d'une émission volontaire du transporteur, ce dernier ne bénéficie plus des limitations de responsabilité prévues par les

conventions (2 DTS/KG sous l'empire de la convention de Bruxelles ou de la loi française). En cas de problème sur la cargaison, le transporteur pourra être poursuivi sur le coût réel du dommage sans plafonnement.

Les tribunaux ont également maintes fois condamné l'utilisation de ce type de L.O.I, mais la jurisprudence montre que certains tribunaux ont toléré cette pratique, dans des cas particuliers, par exemple le cas où la L.O.I a été émise du fait d'un litige sur la quantité exacte de marchandise livrée à bord du navire (le chargeur et le transporteur ayant des avis divergents). Si une L.O.I est émise en sa faveur, le transporteur peut alors émettre un B/L sans réserve, même s'il n'est pas certain de la quantité réelle chargée à bord.

Cependant, compte tenu des risques évoqués ci-dessus, les transporteurs doivent être particulièrement vigilants par rapport à l'utilisation de ces lettres de garantie.

Bien que malsaine, cette pratique sert, malgré tout, les intérêts des marchands internationaux, dans la mesure où elle permet une utilisation du crédit documentaire qui n'aurait pas été possible sans l'émission de la lettre de garantie.

En effet, en cas de B/L « *unclean* », l'engagement du banquier émetteur devient caduc et seuls ce dernier et le donneur d'ordre peuvent amender le crédit ou lever les réserves pour accepter le B/L irrégulier.

Sur un plan pratique, des modèles de L.O.I préétablis sont imposés par les compagnies maritimes. Juridiquement, quand la L.O.I est émise sous sa la plus classique, dans les pays de common law, elle prend alors la forme d'une garantie indépendante soumise au droit anglais et à la compétence de la Haute Cour de Justice de Londres.

Vous trouverez ci-dessous un exemple de L.O.I émise afin d'avoir une B/L *clean* alors que celui-ci devrait mentionner des réserves.

Letter of Undertaking

To: [*name of owners/charterers*]:

Ship:

Voyage:

Cargo:

Bill of lading:

Charterparty:

Description of the bona fide dispute:

Date of letter of undertaking:

In consideration of your complying with our request to issue clean Bill(s) of Lading in respect of the above cargo notwithstanding the bona fide dispute referred to above,

WE HEREBY UNDERTAKE

1. To indemnify you, your servants and agents and to hold all of you harmless in respect of any liability, loss or damage of whatsoever nature which you may sustain by reason of complying with our request.
2. In the event of any proceedings being commenced against you or any of your servants or agents in connection with the issue of bills of lading in accordance with our request to provide you or them from time to time with sufficient funds to defend the same.
3. If the vessel or any other vessel or property belonging to you

should be arrested or detained or if the arrest or detention thereof should be threatened, to provide such bail or other security as may be required to prevent such arrest or detention or to secure the release of such vessel or property and to indemnify you in respect of any loss, damage or expenses caused by such arrest or detention whether or not the same may be justified.

4. The liability of each and every person under this undertaking shall be joint and several and shall not be conditional upon your proceeding first against any person, whether or not such person is party to or liable under this undertaking.

5. We undertake that we will within 14 days of receiving a request to do so, instruct solicitors to accept service of proceedings on our behalf and to file an acknowledgement of service thereof.

6. This undertaking shall be subject to English law and jurisdiction of the High Court of Justice in London.

Yours faithfully,

For and on behalf of

.....

Charterers/shippers

For and on behalf of

.....

Bankers

Comme nous l'avons déjà indiqué dans notre introduction, d'autres types de L.O.I existent afin de répondre à des situations diverses et variées.

Voici quelques exemples :

- La L.O.I émise dans le cadre d'un B/L « *antidaté* »

Le même type de lettre de garantie existe dans le cadre d'un B/L « *antidaté* » par le transporteur. Il est, en effet, fréquent que le transporteur soit sollicité, par le chargeur, pour antidater le B/L, c'est dire pour indiquer une date d'émission et/ou d'embarquement antérieure à la date réelle. Le souci du chargeur, bénéficiaire du crédit documentaire, étant d'obtenir une date d'émission du B/L antérieure à la date limite d'expédition du crédit documentaire, afin d'être en conformité avec les termes du crédit.

Le transporteur va parfois accéder à la demande du chargeur moyennant la mise en place d'une L.O.I.

Notons au passage, bien que d'utilisation assez répandue ce type de L.O.I est tout à fait illégal et condamné par les tribunaux.

- La L.O.I émise dans le cadre d'un B/L « *freight prepaid* »

Ce type de L.O.I est parfois mis en place par le chargeur, à l'embarquement, dans le cadre d'une vente CIF ou CFR, afin d'obtenir du transporteur, un B/L « *freight prepaid* » alors que le freight n'a pas encore été payé.

Du fait que le B/L fait foi des énonciations qui y sont portées vis-à-vis des tiers porteurs, le transporteur ne pourra opposer aucune exception, à ces derniers, concernant le paiement du fret. Il ne pourra pas en particulier exercer son « privilège » sur la marchandise. Il en résulte qu'en cas de non-paiement du fret maritime, le transporteur pourra seulement se retourner contre le chargeur, la L.O.I mise en place par ce dernier lui servant alors de garantie.

- La L.O.I émise pour « *overweight container* »

Ce type de L.O.I destinée à « couvrir » le transporteur pour une marchandise conteneurisé dépassant le poids maximum autorisé.

1.2 La « letter of indemnity » émise pour absence de B/L au déchargement

Si la convention de Bruxelles de 1924 est applicable au contrat de transport, ce qui est en général le cas puisque cette convention a été largement ratifiée, le transporteur est responsable des pertes et dommages subis par la marchandise depuis la prise en charge jusqu'à la livraison contre remise d'un exemplaire du B/L original.

La responsabilité du transporteur est d'ordre public, le transporteur n'a pas la possibilité de diminuer sa responsabilité de manière contractuelle.

Du fait que le B/L arrive entre les mains de l'acheteur, souvent après la marchandise, il est fréquent que ce dernier demande au transporteur de lui remettre la marchandise sans présenter le B/L.

Les problèmes engendrés par le volcan Eyjafjöll en 2010 ont occasionné une utilisation massive de la L.O.I pour absence de B/L

L'éruption de ce volcan du sud de l'Islande, en 2010, a eu des conséquences insoupçonnées, importantes pour les banques qui ont connu durant cette même année une vague sans précédent de demandes d'émission de L.O.I pour absence de connaissance de la part de leurs clients dont les marchandises arrivaient à destination, les navires n'ayant pas été retardés par le nuage sévissant sur le nord de l'Europe, alors que les avions restaient cloués au sol avec, dans leurs soutes, les sacs postaux contenant les B/Ls.

En remettant la marchandise au réceptionnaire sans production du B/L, le transporteur commet une faute pour laquelle il ne peut s'exonérer de sa responsabilité. Par contre, le transporteur peut se faire couvrir contre les conséquences financières de cette faute par l'intermédiaire d'une letter of indemnity.

La L.O.I pour absence de B/L au déchargement va donc couvrir le transporteur contre toutes les conséquences financières éventuelles résultant de la faute qui a été commise par ce dernier.

L'usage des L.O.I pour absence de connaissance se pratique depuis longtemps et on estime qu'une partie non négligeable du commerce maritime mondial serait concerné par ce type de lettre de garantie. Jadis de simples cautionnements, ce type d'engagement se présente de plus en

plus sous la forme d'une garantie à première demande. En l'absence de modèle uniforme au niveau international, la portée des engagements du banquier et du réceptionnaire varie beaucoup d'un cas à l'autre.

1.3 Analyse succincte de la lettre de garantie pour absence de B/L au déchargement

Nous allons maintenant analyser les différents paramètres de ce type de garanties.

A. La forme

La L.O.I pour absence de connaissance peut revêtir deux formes distinctes.

- La lettre de garantie simple

Si le B/L est émis sous forme nominative ou si la marchandise doit être livrée, par exemple, à un organisme d'état, la L.O.I prendra la forme d'une lettre de garantie simple. L'engagement sera souscrit par le destinataire ou par son transitaire sans l'intervention d'une banque.

Avec un B/L nominatif, le risque du transporteur est réduit, puisque seule la personne désignée dans la case « *consignée* » du B/L pourra récupérer la marchandise. Il sera donc facile pour le transporteur de vérifier si celui qui réclame la marchandise est bien la personne indiquée dans le connaissance.

Il est toutefois plus prudent que le transporteur demande l'accord du chargeur avant d'accepter la L.O.I.

- La lettre de garantie bancaire

Ce type de L.O.I nécessitant l'intervention d'une banque sera exigé à chaque fois que le B/L a été émis sous une forme négociable.

Il peut s'agir d'une L.O.I signée par la seule banque du réceptionnaire, ou d'une lettre cosignée par le réceptionnaire et la banque.

Pour ce type de B/L, la lettre de garantie bancaire est nécessaire, car les risques du transporteur sont plus grands. En effet, il n'est pas exclu qu'un *consignee* peu scrupuleux prétende avoir perdu le B/L alors qu'il a négocié le document avec un autre acquéreur.

B. Les mentions de la L.O.I

Bien qu'il s'agisse d'une garantie multiforme, la L.O.I contient généralement les mentions suivantes :

- Un engagement de payer à première demande
- L'obligation de payer une somme souvent indéterminée. Beaucoup de lettres de garantie mentionnent que l'émetteur « *garantit l'armement contre tous les préjudices directs ou indirects pouvant résulter pour lui, pour avoir livré la marchandise sans présentation du B/L* », certaines garanties mentionnent un montant maximum.
- L'obligation d'avancer les fonds à l'armateur pour faire face aux litiges éventuels ainsi que de mettre en place, les garanties nécessaires à la mainlevée des saisies qui auraient pu être pratiquées sur les biens de l'armateur (navire)
- La durée de la validité des garanties n'est pas en général mentionnée. Ces garanties sont donc valables pour une durée indéterminée
- Une clause de la garantie mentionne, en général, que celle-ci devient caduque à la remise du jeu complet de B/L à l'armateur
- Le droit applicable ainsi que les juridictions compétentes (en général, le droit anglais et la Haute Cour de Justice de Londres)

Le lecteur trouvera ci-dessous 2 exemples de L.O.I pour une livraison de la marchandise en l'absence du B/L au port de déchargement.

Exemple 1 :

STANDARD FORM LETTER OF INDEMNITY TO BE GIVEN IN RETURN FOR DELIVERING CARGO WITHOUT PRODUCTION OF THE ORIGINAL BILL OF LADING INCORPORATING A BANK'S AGREEMENT TO JOIN IN THE LETTER OF INDEMNITY

[insert date]

[insert name of Owners]

The Owners of the [insert name of ship]

[insert address]

Dear Sirs

Ship: [insert name of ship]

Voyage: [insert load and discharge ports as stated in the bill of lading]

Cargo: [insert description of cargo]

Bill of lading: [insert identification numbers, date and place of issue]

The above cargo was shipped on the above ship by [insert name of shipper] and consigned to [insert name of consignee or party to whose order the bill of lading is made out, as appropriate] for delivery at the port of [insert name of discharge port stated in the bill of lading] but the bill of lading has not arrived and we, [insert name of party requesting delivery], hereby request you to deliver the said cargo to [insert name of party to whom delivery is to be made] at [insert place where delivery is to be made] without production of the original bill of lading.

In consideration of your complying with our above request, we hereby agree as follows :-

1. To indemnify you, your servants and agents and to hold all of you harmless in respect of any liability, loss, damage or expense of

whatsoever nature which you may sustain by reason of delivering the cargo in accordance with our request.

2. In the event of any proceedings being commenced against you or any of your servants or agents in connection with the delivery of the cargo as aforesaid, to provide you or them on demand with sufficient funds to defend the same.
3. If, in connection with the delivery of the cargo as aforesaid, the ship, or any other ship or property in the same or associated ownership, management or control, should be arrested or detained or should the arrest or detention thereof be threatened, or should there be any interference in the use or trading of the vessel (whether by virtue of a caveat being entered on the ship's registry or otherwise howsoever), to provide on demand such bail or other security as may be required to prevent such arrest or detention or to secure the release of such ship or property or to remove such interference and to indemnify you in respect of any liability, loss, damage or expense caused by such arrest or detention or threatened arrest or detention or such interference, whether or not such arrest or detention or threatened arrest or detention or such interference may be justified.
4. If the place at which we have asked you to make delivery is a bulk liquid or gas terminal or facility, or another ship, lighter or barge, then delivery to such terminal, facility, ship, lighter or barge shall be deemed to be delivery to the party to whom we have requested you to make such delivery.
5. As soon as all original bills of lading for the above cargo shall have come into our possession, to deliver the same to you, or otherwise to cause all original bills of lading to be delivered to you, whereupon our liability hereunder shall cease.
6. The liability of each and every person under this indemnity shall be joint and several and shall not be conditional upon your proceeding first against any person, whether or not such person is party to or liable under this indemnity.

7. This indemnity shall be governed by and construed in accordance with English law and each and every person liable under this indemnity shall at your request submit to the jurisdiction of the High Court of Justice of England.

Yours faithfully
For and on behalf of
[insert name of Requestor]
The Requestor

.....
Signature

We, [insert name of the Bank], hereby agree to join in this Indemnity providing always that the Bank's liability:-

1. shall be restricted to payment of specified sums of money demanded in relation to the Indemnity (and shall not extend to the provision of bail or other security)
2. shall be to make payment to you forthwith on your written demand in the form of a signed letter certifying that the amount demanded is a sum due to be paid to you under the terms of the Indemnity and has not been paid to you by the Requestor or is a sum which represents monetary compensation due to you in respect of the failure by the Requestor to fulfil its obligations to you under the Indemnity. For the avoidance of doubt the Bank hereby confirms that:-
 - (a) such compensation shall include, but not be limited to, payment of any amount up to the amount stated in proviso 3

below in order to enable you to arrange the provision of security to release the ship (or any other ship in the same or associated ownership, management or control) from arrest or to prevent any such arrest or to prevent any interference in the use or trading of the ship, or other ship as aforesaid, and

(b) in the event that the amount of compensation so paid is less than the amount stated in proviso 3 below, the liability of the Bank hereunder shall continue but shall be reduced by the amount of compensation paid.

3. shall be limited to a sum or sums not exceeding in aggregate [*insert currency and amount in figures and words*]

4. subject to proviso 5 below, shall terminate on [*date six years from the date of the Indemnity*] (the 'Termination Date'), except in respect of any demands for payment received by the Bank hereunder at the address indicated below on or before that date.

5. shall be extended at your request from time to time for a period of two calendar years at a time provided that:-

a) the Bank shall receive a written notice signed by you and stating that the Indemnity is required by you to remain in force for a further period of two years, and

b) such notice is received by the Bank at the address indicated below on or before the then current Termination Date.

Any such extension shall be for a period of two years from the then current Termination Date and, should the Bank for any reason be unwilling to extend the Termination Date, the Bank shall discharge its liability by the payment to you of the maximum sum payable hereunder (or such lesser sum as you may require).

However, in the event of the Bank receiving a written notice signed by you, on or before the then current Termination Date, stating that

legal proceedings have been commenced against you as a result of your having delivered the said cargo as specified in the Indemnity, the Bank agrees that its liability hereunder will not terminate until receipt by the Bank of your signed written notice stating that all legal proceedings have been concluded and that any sum or sums payable to you by the Requestor and/or the Bank in connection therewith have been paid and received in full and final settlement of all liabilities arising under the Indemnity.

6. shall be governed by and construed in accordance with the law governing the Indemnity and the Bank agrees to submit to the jurisdiction of the court stated within the Indemnity.

It should be understood that, where appropriate, the Bank will only produce and deliver to you all original bills of lading should the same come into the Bank's possession, but the Bank agrees that, in that event, it shall do so.

The Bank agrees to promptly notify you in the event of any change in the full details of the office to which any demand or notice is to be addressed and which is stated below and it is agreed that you shall also promptly notify the Bank in the event of any change in your address as stated above.

Please quote the Bank's Indemnity Ref in all correspondence with the Bank and any demands for payment and notices hereunder.

Yours faithfully

For and on behalf of

[insert name of bank]

[insert full details of the office to which any demand or notice is to be addressed]

.....
Signature

Exemple 2 :

LETTER OF INDEMNITY

Date:

To : **CMA CGM**

4 Quai d'arenc 13 002 Marseille

France

Shipment's references:

Vessel : Voyage n° :

Port of loading:

Port of discharge:

Bills of Lading n°: ` Date :

Container(s) n°:

Description of goods:

Value of goods:

(invoice copy to be attached)

Shipper:

Consignee:

Dear Sirs,

As per above mentioned shipment's references, the goods were shipped on the vessel but the relevant bills of lading have not yet arrived

We hereby request you to deliver the goods to Messrs.....

or to such party as you believe to be or to represent or to be acting on behalf of Messrs without production of the above original bills of lading

In consideration of your complying with our above request we hereby agree as follows:

1. On your first demand and without any justification, within 48 hours of demand, to indemnify you, your servants and agents and to hold all of you harmless in respect of any liability, loss or damage of whatsoever nature which you may sustain by reason of delivering the goods to above mentioned persons in accordance with our request.

2. In the event of any proceedings being commenced against you or any of your servants or agents in connection with the delivery of the goods as aforesaid to provide you or them from time to time with sufficient funds to defend the same.

3. If the vessel or any other vessel or property belonging to you should be arrested or detained or if the arrest or detention thereof should be threatened, to provide on your first demand and without any justification within 48 hrs such bail or other security as may be required to prevent such arrest or detention or to secure the release of such vessel or property and to indemnify you in respect of any loss, damage or expenses caused by such arrest or detention whether or not the same may be justified.

4. As soon as all original bills of lading for the above goods shall have arrived and/or come into our possession, to produce and deliver the same to you whereupon our liability hereunder shall cease.

5. The liability of each and every person under this indemnity shall be joint and several and shall not be conditional upon your proceeding first against any person, whether or not such person is party to or liable under this indemnity.

6. The obligations of each and every person under this indemnity shall be irrevocable and unconditional under any and all circumstances and shall not be subject to any reduction, offset, and deduction for any reason whatsoever.

7. That no statement relating to the contents, quality, description or value of the above mentioned cargo shall limit in any way our responsibilities and liabilities or exempt either of us from the said liabilities and responsibilities in respect of meeting any obligations falling on both of us in this respect.

8. This indemnity shall be construed in accordance with French Laws and each and every person liable under this indemnity shall at your request submit to the jurisdiction of the Courts of Marseille or any other competent court at your sole discretion.

Yours faithfully.

For and on behalf of

Company name:

Official title:

Name:

Authorized signature

C. L'interaction de la lettre de garantie avec le crédit documentaire

Il n'est pas rare que le donneur d'ordre de la lettre de garantie émise pour non-production du B/L au port d'arrivée soit également le donneur d'ordre dans le cadre du crédit documentaire qui a été ouvert pour le paiement de la marchandise.

Dans une telle situation, le risque existe qu'un importateur mette en place une L.O.I et ensuite, alors qu'il est déjà en possession de la marchandise, refuse les documents pour irrégularités, bloquant ainsi le paiement du crédit documentaire.

C'est la raison pour laquelle, le banquier émetteur de la garantie et du crédit documentaire exigera en contrepartie, de la part du donneur d'ordre, un engagement emportant obligation d'accepter les documents tels que présentés, sans pouvoir faire état des irrégularités dont ils pourraient être entachés.

Des malversations peuvent cependant se produire si le banquier émetteur de la lettre de garantie est différent de celui qui ouvert le crédit. La jurisprudence française estime que le donneur qui prend livraison des marchandises s'interdit de refuser les documents, même s'ils sont irréguliers.