

INSTITUT EURO 92

UN DROIT SANS ETAT LES REGLES MARITIMES

oooooooooooooooooooo

par Me Patrick SIMON

"Sans Etat ni législation c'est la loi de la jungle" on entend souvent ce refrain. Avocat spécialisé dans le droit maritime, Me Patrick Simon nous apporte l'exemple concret d'un domaine où le droit se crée, se développe et s'applique en dehors de tout monopole étatique, et sans que cela implique nécessairement anarchie.

Janvier 1999

« Un droit sans Etat : les règles maritimes »

"Sans Etat ni législation c'est la loi de la jungle" on entend souvent ce refrain. Pour vous démontrer la fausseté de cette affirmation, je vais vous parler de règles maritimes dans un domaine où tout est libre et où l'Etat n'intervient pas : l'affrètement.

Pourquoi ces règles ont-elles du succès ?

Il faut préciser qu'en transport maritime vous avez deux types de situation :

le transport proprement dit par ligne régulière et caractérisé par une multiplicité de marchandises venant de diverses provenances (réglementé) ; c'est l'équivalent du métro avec des tarifs plus élevés.

l'affrètement au cas par cas, c'est le "tramping" (non réglementé), équivalent au taxi mais à des prix libres, donc moins élevés.

Vous avez donc en somme une sorte d'expérimentation en grandeur nature de ce qui se passe quand il y a liberté et quand il n'y a pas.

Après la chute des empires coloniaux et la naissance de jeunes Etats en Afrique et en Asie, ces nouveaux venus, quelle que soit leur couleur politique, se sont livrés à une sorte de pillage d'un des trésors de la société civile mondiale: la navigation maritime. Ils ont pris la carte des trafics maritimes et se les sont partagés. C'est ainsi que sont nées, sur le transport de ligne, les conférences et les pratiques de monopole de pavillon.

Bien souvent, les nouveaux Etats n'avaient pas même de flotte nationale susceptible d'assurer la navigation, mais faute de flotte ils monnayaient la cession de leurs droits, cas par cas, à tel ou tel autre pavillon, et prélevaient au passage une petite dîme alourdissant le coût du transport.

Dans d'autres cas, la flotte existait et l'on se partageait le trafic: 40 % pour les uns, 40 % pour les autres et le reste pour les "outsiders" dit le Code de conduite élaboré par la CNUCED. Ce 20 % restant s'est progressivement réduit de sorte que l'on pouvait imaginer que l'extension des conférences à la plupart des lignes maritimes risquait fort de faire disparaître les armateurs libres, hors conférence. A terme cela pouvait signifier la disparition de la concurrence dans le commerce maritime et la mise en cartel légale de la profession d'armateurs.

Mais une fois de plus, le marché aura été le plus fort, D'abord l'apparition des premiers navires porte-conteneurs a porté un premier coup aux trafics réservés, Il ne servait en effet à rien de réserver le trafic classique si, à côté, la conteneurisation avait créé un marché parallèle, dont la majorité des chargeurs voulait bénéficier. Aujourd'hui les lignes sont pour une bonne part conteneurisées.

Mais ce sont surtout les différents chocs pétroliers, la fermeture du canal de Suez, le besoin de plus en plus pressant de certains pays manquant de matières premières d'importer des quantités massives de pétrole et de charbon, l'incapacité croissante des régimes socialistes d'Europe, d'Afrique et du Moyen-Orient à assurer leur autosuffisance alimentaire et la nécessité conséquente d'importations immenses de blé, de maïs, de riz, de sucre, plus récemment la guerre du Golfe qui ont eu pour effet d'internationaliser profondément le commerce maritime, désormais on achète tous azimuts et en quantités énormes. Or, le transport de ligne ne peut répondre à ce besoin.

Quand l'ex Union soviétique, à la suite de l'embargo américain, devait s'adresser à l'Argentine pour charger des centaines de milliers de tonnes de blé sur des navires, elle ne s'adressait pas aux bâtiments de ligne pour ce transport de vrac exceptionnel et non régulier.

Quand l'Egypte importait de la farine française en masse, quand l'Algérie engorgeait ses ports de navires chargés de blé en provenance des Etats-Unis, quand le Nigeria achetait du riz à Thaïlande ou le Ghana du maïs à l'Afrique du Sud, ce n'était pas des lignes qui allaient effectuer le transport, mais le plus souvent des compagnies frétant leur navire sur le marché mondial. Quand Pechiney a besoin de la bauxite du Brésil et de la Guinée pour produire son aluminium, elle va conclure avec une compagnie de transport un affrètement à long terme à un taux fixé non par référence à une conférence de ligne mais par rapport au marché.

C'est ainsi que la majorité du trafic maritime s'effectue en "tramping" et donne lieu à des contrats comportant des clauses d'arbitrage. Souvent les arbitres sont eux-mêmes des armateurs, des chargeurs, des courtiers, des assureurs, des capitaines, des transitaires. La société civile assure ainsi elle-même sa propre justice et sa propre morale. C'est de la *lex mercatoria* que sont issus tous ces usages maritimes qui permettent d'interpréter les chartes-parties. Le plus souvent il n'est même pas nécessaire de se référer à une loi nationale pour trancher le litige. La société civile maritime a déjà sa solution, fruit d'une longue et lente maturation d'un droit contractuel, conçu et interprété par la communauté des commerçants. A côté de ce droit si vivant, si souple, si subtil, si sensible aux fluctuations du cœur du monde, si sophistiqué où tout se négocie dans un langage rituel quasi initiatique, le droit du transport de ligne entièrement réglementé par les Etats fait figure non pas de primitif mais de vieux jeune homme déjà démodé.

Il y a fort à parier que si le transport de ligne n'avait pas été si systématiquement enrégimenté par les conférences, les trafics réservés, les contrats d'adhésion et les législations internationales obligatoires, il aurait connu un plus grand essor. en étant plus ouvert à la communauté des marchands, il se serait plus volontiers adapté aux nouveautés et aux exigences du monde moderne, il se serait raffiné, "contractualisé".

Quelles règles ?

Nous allons partir des faits de l'expérience des faits.

Prenons le cas d'un litige que j'ai vécu.

Premier exemple : le "ROSELINE".

Un navire, le "ROSELINE" était venu charger à Vancouver une cargaison de soufre à destination de la Tunisie. Il existait à Vancouver une réglementation d'inspiration écologiste qui obligeait à prendre des mesures pour éviter les émanations de soufre dans le port et les pollutions par poussière. L'affréteur qui devait charger le soufre à bord du "ROSELINE" l'avait mouillé pour arrêter les fumerolles qui se dégageaient. Le résultat fut que l'eau provoqua une catalyse et transforma chimiquement le soufre en marchandise corrosive génératrice de dégâts pour les parois de cale du navire, qui furent complètement rouillées. Le "ROSELINE", qui était jeune, avait vieilli prématurément. Son armateur poursuivit l'affréteur devant des arbitres conformément à la charte-partie qui les liait. L'affréteur pouvait-il être tenu pour responsable des lourds dommages subis par l'armateur ? Telle était la question.

A cette question, très ponctuelle, la législation ne donnait pas de réponse. On a l'habitude dans notre famille de pensée d'opposer le contrat à la législation. Vous devez donc penser : si la loi est muette, le contrat va pouvoir être respecté et c'est tant mieux. Je voudrais ce soir vous faire faire un pas supplémentaire dans la réflexion juridique des libéraux. Le voici : non seulement la loi était muette mais le contrat l'était aussi. Je schématise un peu car dans la charte-partie il y avait un mot, un seul auquel on pouvait avoir recours c'était celui figurant à la rubrique "description de la cargaison" et qui précisait "10.000 tonnes de soufre". Cela permettait de plaider que la cargaison à charger était du "soufre" et non du "soufre mouillé" et que par conséquent le soufre chargé ne correspondait plus à la description contractuelle. Mais ce n'est pas le motif essentiel pour lequel les Arbitres ont retenu la responsabilité de l'affréteur car ils l'ont senti un peu court.

Le motif important finalement retenu ne reposait pas sur une clause du contrat d'affrètement mais sur une règle non écrite qui s'ajoutait au contrat et que je vous résume en vous citant une formule brève de la sentence :

"... n'a pas été respectée par l'affréteur l'obligation de renseignement considérée comme étant en droit actuel, une des composantes de tout contrat de cette nature..."

Cela n'a l'air de rien, mais c'est beaucoup : il était ainsi admis que l'affréteur qui ne renseigne pas l'armateur sur les particularités de la marchandise qu'il fait charger à bord, donc en sens inverse, l'armateur qui ne renseigne pas l'affréteur sur les particularités du navire qu'il offre, peut se trouver condamné à réparer des dommages dont l'étendue peut être immense. La sentence "Roseline" est lourde de menaces pour les parties négligentes ou peu scrupuleuses.

L'intérêt de la solution est qu'elle ne vient ni de la loi ni du contrat, elle ne vient pas du droit écrit mais du droit naturel implicite non écrit.

Nous sommes habitués dans les pays latins à ce que les choses soient claires ou au moins exprimées car nous ne faisons pas trop confiance à l'avenir. Aussi avons-nous élaboré des règles écrites qui déterminent ce qui doit être à l'avance et préalablement à la naissance du problème. Or nous ne pouvons jamais tout prévoir. Souvent un litige surgit sur un point imprévu. Pour le régler il faut rechercher non ce que le contrat a prévu (puisque par hypothèse il n'a rien prévu) mais ce qui est juste.

En le recherchant on élabore un droit a posteriori qui se découvre et non un droit a priori qui se décrète, un droit plus respectueux des faits. Plus le droit écrit s'efface devant le bouillonnement créatif de la vie, plus il fait confiance à la recherche du juste, donc à l'homme. Plus il intervient à l'avance, plus il manifeste sa méfiance à l'égard de l'homme.

En psychologie, Freud nous a appris qu'il y avait le conscient et l'inconscient. En droit il y a le dit et le non dit, partie cachée de l'iceberg. Je voudrais vous le présenter par quelques cas précis.

Deuxième exemple : l'"URANUS I".

Voici par exemple une sentence relative au navire "URANUS I" dont le moteur avait été endommagé par le combustible que l'affréteur avait commandé et payé. Les Arbitres auraient pu se borner à constater que les soutes commandées et fournies n'étaient pas conformes aux exigences du contrat, mais ils ont élargi leur motivation en jugeant ce qui suit :

"Attendu en effet qu'il incombait à l'affréteur à temps de fournir au navire un produit, non seulement conforme aux spécifications exigés par la charte-partie, mais encore de qualité saine, loyale et marchande, et propre à l'usage auquel il était destiné..."

Troisième exemple : la durée du transport.

Si le navire est affrété par un seul affréteur pour y charger une cargaison devant occuper l'intégralité de ses cales, les chartes stipulent généralement que le navire ira en droiture du port de chargement au port de déchargement sans escale intermédiaire. Si au contraire la cargaison n'occupe pas tout l'espace du navire, le navire a le droit d'aller charger des cargaisons partielles ailleurs pour assurer le complément de fret. Dans ce cas le contrat n'impose aucun délai de livraison et ne précise pas que le transport doit se faire en droiture. Le navire peut donc faire des escales intermédiaires pour y charger des cargaisons complémentaires; mais jusqu'où peut-il aller ? Si la durée du transport passe d'une quinzaine de jours en direct à quatre à six mois avec escales, sommes-nous toujours dans un délai raisonnable ?

Les contrats d'affrètement ne répondent pas clairement à cette question. La réponse devra venir une fois de plus de la jurisprudence.

Quatrième exemple : la résiliation en cas de mauvaises performances.

Les chartes parties à temps prévoient le plus souvent la vitesse et la consommation de combustible que le navire doit assurer. Ces garanties sont fournies sous certaines conditions (beau temps, mer calme, portée du terme "environ"), qui doivent être établies si l'on veut prétendre que le navire n'a pas satisfait à ses obligations. Plaçons-nous dans cette situation et posons-nous la question suivante: l'affréteur qui prouve la mauvaise performance du navire et qui aura droit à des dommages-intérêts, peut-il outre résilier le contrat avant son terme ?

A cette question on ne trouve généralement pas de réponse précises et sans équivoque dans les chartes et là encore ce sont les arbitres qui apprécient si la vitesse insuffisante ou la consommation excessive constitue l'inexécution grave d'une obligation fondamentale pouvant justifier la résiliation suivant les principes généraux de notre droit. Le contrat ne règle pas le problème et je dirai même plus : il ne peut pas le régler. En effet, seul l'examen des faits permet d'apprécier d'abord si l'inexécution est grave (faire une moyenne de 15 nœuds quand on a promis 16, cela n'est pas la même chose que faire une moyenne de 8 nœuds) et ensuite si l'obligation est fondamentale (la faible vitesse peut être un facteur essentiel pour le transport de marchandises périssables alors qu'elle peut être moins importante pour un minéralier transporteur de vrac; mieux, elle peut n'être qu'une excuse pour masquer la vraie raison qui n'est autre que la baisse du taux de fret sur le marché permettant de trouver des navires moins chers).

Cinquième exemple : la qualification de la nature de certains contrats.

Il arrive que les contrats ne se donnent pas de titres et ne déterminent pas leur nature, ainsi les contrats de tonnage (transporter plusieurs dizaines voire centaines de milliers de tonnes en plusieurs voyages pendant plusieurs mois).

Or il est nécessaire de savoir si ces contrats sont des transports (domaine réglementé par la législation internationale) ou des affrètements (domaine dans lequel la loi n'intervient pas) car dans le premier cas les clauses d'exonération de responsabilité sont illicites alors qu'elles sont valables dans le second.

Par arrêt du 19 avril 1984 la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a décidé que le contrat par lequel le chargeur louait des volumes qui étaient entièrement à sa discrétion sur des navires interchangeables dont les itinéraires étaient fixés par lui, constituait un contrat de tonnage "variété de l'affrètement au voyage".

La Chambre Arbitrale Maritime de Paris a statué dans le même sens dans les affaires "Malayan-King" et "Godafoss" :

"Pour les praticiens de l'affrètement au voyage, les expressions "contrat de tonnage" ou "contrat de volume" sont, de longue date, utilisées pour caractériser des engagements entre un affréteur, soucieux de s'assurer la capacité nécessaire au transport des marchandises qu'il s'oblige à tenir disponibles selon un échelonnement convenu, et un fréteur qui s'engage à fournir cette capacité de transport, par des navires, de caractéristiques définies, capables de satisfaire aux exigences de cet échelonnement."

Sixième exemple : le principe "une fois en surestaries, toujours en surestaries".

Je ne vais pas vous expliquer cette règle qui nous entraînerait dans des explications un peu trop techniques pour des non maritimistes. Retenez simplement que ce principe vieux de plusieurs siècles est couramment appliqué par les parties alors qu'il n'est écrit nulle part ni dans la loi ni dans les contrats.

Si cela vous intéresse je vous exposerai quelques cas d'immobilisation de navire en rade portuaire en attente qu'un quai se libère pour illustrer cet usage.

Je vous ai donné des exemples dans des cas où le contrat est muet. En voici maintenant quelques autres lorsque le contrat est insuffisant.

Rémunération du navire au port pendant les grèves ou en cas d'avaries

Au port l'affréteur a tant de jours pour charger ou décharger. Ce temps est compris dans le fret. S'il est dépassé l'affréteur doit payer à l'armateur un supplément pour chaque jour perdu. C'est ce que l'on appelle les "surestaries". Si les dockers se mettent en grève pendant les jours où le navire doit charger empêchant ainsi le navire de travailler, le temps est suspendu ou bien divisé par moitié par l'effet d'une clause spéciale dite "clause de grève".

Mais que dire des grèves perlées de dockers ou du refus de travailler en heures supplémentaires ou pendant le week-end ? S'agit-il d'une grève ? Le contrat ne le spécifie pas. Ceci montre la vanité qu'il y a à vouloir tout régler à l'avance.

Seuls des juges, saisis de la difficulté précise après sa naissance, peuvent trouver une solution en fonction du cas particulier, et, effectivement, il a été jugé à de nombreuses reprises que ces faits ne pouvaient être qualifiés de grèves et interrompre la planche.

Parfois, en revanche, les chartes ne traitent pas du tout de la question: des avaries subies par les marchandises transportées et retardant leur déchargement peuvent-elles avoir une influence sur le calcul de la planche ? On ne trouve rien sur ce sujet. Là encore la lex mercatoria intervient et voici les arbitres qui décident que le temps doit compter sans modification, si les avaries par mouille ne peuvent être imputées à une faute de l'armateur (sentence "Eleni-K").

Port sûr

Les affrètements à temps disent que l'affréteur doit envoyer le navire dans un port sûr mais ces contrats ne disent pas qui, de l'armateur ou de l'affréteur, doit supporter le risque d'une hauteur d'eau insuffisante au port de chargement ou de déchargement.

Lors de la sécheresse d'été 1976, le capitaine de l'"Eleftheros", venu charger à Bordeaux, s'était trouvé obligé de choisir entre charger la totalité de la cargaison, mais attendre une amélioration de la hauteur d'eau pour pouvoir sortir du port avec un tirant d'eau compatible, ou abandonner une partie de la marchandise à quai, et partir sans attendre.

En l'espèce, l'armateur avait opté pour la seconde solution mais avait exigé le paiement d'un faux fret pour la marchandise laissée à terre en soutenant que l'affréteur, obligé d'envoyer le navire dans un port sûr, était à son égard responsable des conséquences de l'insuffisance d'eau. La charte était muette. L'arbitre estima que le fréteur n'avait pas droit à un faux fret, car c'était lui qui était responsable de la gestion nautique du navire et donc de la vérification de la compatibilité entre le tirant d'eau de celui-ci et les conditions actuelles d'accès du port. Un arrêt de la Cour d'appel de Caen avait déjà donné une telle solution.

Dans le même sens un navire "Krios", obligé d'attendre à l'entrée de l'estuaire de la Gironde pour avoir un tirant d'eau acceptable en vue d'un déchargement de charbon à Bordeaux, avait envoyé sa "notice" et réclamé des surestaries. Les arbitres ont rejeté cette demande, toujours pour la même raison: le "Krios" n'était pas "arrivé" lorsqu'il était au Verdon, il devait avoir un tirant d'eau conforme et le port ne cessait pas d'être sûr parce que la baisse de la hauteur d'eau rendait son accès très provisoirement impossible à certains navires.

Le retard du navire au port de chargement

On trouve dans les contrats des clauses d'annulation dite "cancelling clauses" mais là encore elles ne peuvent tout régler.

Voici un navire fixé pour charger à une date déterminée dans la zone des Grands lacs. Par suite d'un accident le canal Saint-Laurent est obstrué et l'accès au port de chargement est rendu impossible quelques jours ou, autre hypothèse, le navire est retardé par son précédent voyage en raison d'une saisie. Il est presque sûr qu'il ne pourra être en temps utile au port et que l'affréteur pourra exercer son droit d'annulation. Faut-il néanmoins qu'il fasse toute la traversée de l'Atlantique et encourt tous les frais que cela représente pour s'entendre annuler à la date de cancelling ? L'armateur ne peut-il forcer l'affréteur à exercer son droit d'annulation à l'avance s'il est patent que le navire sera en retard pour qu'il sache s'il vaut la peine de traverser l'Atlantique ? Les arbitres répondent généralement par la négative.

CONCLUSION :

Arrivé au terme de cet exposé, je voudrais me placer sur un terrain plus psychologique pour expliquer pourquoi à mon avis les règles non écrites ne sont pas génératrices d'insécurité en matière d'affrètement. Il ne faut pas tomber dans l'illusion qui revient à croire que le droit tout puissant doit régir l'action des hommes. Le droit est utile lorsqu'il reste à sa place, sans vouloir prendre celle de Dieu et ne s'occupe que de l'ambiance. L'un des gestes juridiques les plus riches symboliquement et étymologiquement est celui qui a donné son nom à la charte-partie, et qui consistait à séparer le contrat écrit en deux morceaux, pour le reconstituer en un seul à l'achèvement du voyage.

Cette coutume nous révèle que dès l'origine les parties avaient instinctivement compris que ce n'était pas le papier écrit qu'elles avaient en mains qui importait, mais au contraire sa déchirure (geste symbolique d'une grande portée car il révèle un scepticisme inconscient à l'égard du droit écrit) puis sa réunion et en définitive la confiance mutuelle. C'est dans de telles conditions que les premiers transports vers l'Amérique se sont effectués à la suite des grandes découvertes.

Lorsque les parties contractent un affrètement, elles savent qu'elles ne peuvent couler sur un papier la totalité de ce qui peut se produire dans l'avenir, ce serait une tâche infinie, fastidieuse et qui échouerait inévitablement car l'Histoire n'est écrite nulle part à l'avance.

Mais armateurs et affréteurs sont des gens positifs qui veulent aboutir vite. S'ils étaient méfiants ils ne feraient pas le métier dangereux qui est le leur, prendraient tellement de précautions écrites et se livreraient à des discussions si longues que finalement l'intérêt de l'opération projetée disparaîtrait par le simple écoulement du temps. Aussi, vont-elles bâcler, utiliser des contrats types inadaptés, y ajouter des clauses contradictoires, multiplier les sources d'erreur, d'ambiguïté, d'obscurité.

Mais c'est la preuve que ces gens sont vivants, actifs, spontanés, qu'ils sentent que l'essentiel n'est pas l'écrit mais cette chose invisible et inconsciente qui est la confiance mutuelle, bref qu'ils ont la foi. Cette foi n'est pas toujours raisonnable, elle échoue parfois, elle ne calcule pas, n'obéit pas, n'étudie pas le terrain à l'avance, ne planifie pas, no programme pas, elle se propulse dans l'inconnu avec courage et esprit de conquête, donc de lucre, l'économiste américain George Gilder a décrit ce phénomène par une métaphore frappante: avant de sauter dans le vide le parachutiste ferme les yeux, il ne regarde pas avant de sauter.

Le rôle des juges, des avocats, des législateurs, des enseignants, est de permettre ce saut dans l'inconnu, sans lequel rien n'est possible.

Le 26 janvier 1999

Patrick SIMON
SCP VILLENEAU ROHART SIMON & ASSOCIES