

La crise économique mondiale a-t-elle des effets en droit maritime ?

Patrick Simon

Avocat au Barreau de Paris - Président de l'Association française du droit maritime

Depuis quelques mois on assiste à une contraction ou à une baisse de l'activité économique comme de la consommation en raison de la diffusion d'actifs toxiques (les désormais célèbres "*sub-prime*") qui se sont répandus comme une maladie contagieuse dans les circuits d'épargne publique par le biais de la titrisation. Je note au passage et avant d'aborder mon sujet, que ce désordre n'est nullement dû, comme certains l'ont soutenu, à une absence de régulation mais à une mauvaise régulation donc à un excès de régulation. Le législateur est intervenu aux Etats-Unis pour contraindre les banques à prêter à des insolubles. C'est de cette mauvaise législation que tout est parti. Si elle n'avait pas existé, la détérioration n'aurait pas commencé et la perte de confiance psychologique qui en est finalement résulté n'aurait pas eu cet aspect cataclysmique. Un nouveau méfait de la furie législative vient donc encore de frapper et pourtant aux Etats-Unis, le pays qu'on croyait le plus épargné par ces dérives.

1.L'activité maritime est-elle touchée ?

Une vue superficielle pourrait nous conduire à une réponse négative. Après tout, n'aura-t-on pas toujours besoin d'exporter et d'importer des marchandises par le moyen du transport maritime, donc de construire des navires ? Certes, mais deux phénomènes sont venus contrarier ces nécessités.

A) D'abord le rétrécissement du crédit et de l'activité bancaire, qui a des incidences sur tous les maillons de la chaîne du transport.

L'exportateur de matières premières (par exemple au Brésil, ou en Afrique du Sud) chargeait sa cargaison sur un navire pour la livrer un ou deux mois plus tard en Europe ou en Asie. Il ne percevait son prix qu'un ou deux mois plus tard. Pendant la période qui précédait ce paiement, il lui fallait payer ses employés pour produire ou extraire la marchandise, payer des manutentionnaires pour l'embarquer à bord d'un navire, payer un fret substantiel à un armateur voire des surestaries en cas d'attente, puis des frais de déchargement voire de stockage. Pour "tenir" pendant ce temps il avait recours au concours de sa banque qui lui assurait le financement en lui avançant de l'argent et en se remboursant peu après sur le prix de vente. Mais voici que la banque, faute de fonds à cause de rétrécissement du crédit et pour les diverses raisons que l'on sait, ne peut plus prêter ou ne le peut qu'à des conditions très onéreuses. Que fait l'exportateur ? Il préfère s'abstenir et attendre des jours meilleurs.

Supposons qu'il résiste à cette tendance générale et s'acharne à exporter coûte que coûte. A l'autre bout de la chaîne, l'importateur européen ou asiatique, lui, fera face à une forte baisse de la demande de ses produits finis car, faute de confiance, les consommateurs ont retardé certains de leurs achats quand ils n'y ont pas purement et simplement renoncé. Cette baisse de la demande des produits finis provoque à son tour une baisse de la demande des matières premières utilisées pour fabriquer le produit. Faute de débouchés l'importateur veut moins acheter à l'exportateur. Ainsi, le vendeur-chargeur sera amené, contre sa volonté, à réduire ses chargements parce que son acheteur-destinataire réduit lui-même ses enlèvements.

Entre les deux il y a l'armateur qui doit transporter le charbon ou l'acier. Il constate qu'au lieu d'aller embarquer des cargaisons au même port toutes les trois semaines à des cadences soutenues (comme aux temps "délicieux" des cadences "infernales"), il ne le fait plus que tous les trois mois ou plus du tout pour une durée provisoire. Comment réagit-il ? Ne pouvant garder longtemps un navire sans emploi alors qu'il paie un loyer substantiel tous les jours, il résilie sa charte-partie s'il est affrèteur à temps ou se déclare en défaut s'il est propriétaire et a commandé la construction d'un navire. Dans ce petit exemple que je viens d'imaginer mais qui ne vient pas de ma seule imagination, une chose apparaît : tout le monde est en défaut, en rupture de contrat.

Comme les actifs toxiques titrisés sur le marché boursier, qui se sont répandus comme un poison et ont engendré la méfiance, ce sont les défauts en cascade qui se multiplient sur le marché maritime.

B) Le deuxième phénomène perturbant c'est que par un hasard de circonstances fort malencontreux, les taux de fret viennent de connaître une variation d'une ampleur bien supérieure à ce à quoi on était habitué. Montés très haut avec le prix du pétrole en juin-juillet 2008 (on affrétait certains gros navires au-dessus de 100.000 \$ par jour), les frets maritimes s'effondrent à partir de septembre (le même navire s'affrète aujourd'hui vers 25.000 / 30.000 \$). L'affrèteur à temps qui a fixé une charte à moyen terme en juillet pourra-t-il tenir longtemps s'il frète au voyage pour de courtes durées et ne perçoit aujourd'hui comme revenu que le quart de ce qu'il doit payer à l'armateur ? Ce deuxième phénomène vient donc accentuer les dégâts. Le marché maritime survivra-t-il au choc ? Après la conjonction de ces deux phénomènes, allons-nous irrémédiablement vers la catastrophe des échanges ? La réponse qui me semble se dégager tient à une évidence. Le commerce maritime ne s'apparente pas à l'économie virtuelle mais à l'économie réelle. Il y a des navires, des cargaisons et il y aura toujours besoin de transporter ces énormes masses, sauf à abandonner la mondialisation et à retourner à la préhistoire. Or un tel retour en arrière n'est pas prévu au programme car presque personne n'en veut.

La crise économique mondiale a-t-elle des effets en droit maritime ? (suite)

En outre une certaine quantité de pays pauvres du Tiers Monde sont en train d'émerger et de suivre les grands pays émergents (Inde, Chine, Brésil) sur la voie de la croissance, ce qui veut dire besoin de transport. Par conséquent, même si la crise économique se prolonge dans les pays riches, une reprise peut être espérée dans les pays pauvres qui décollent et permettent une remontée du commerce maritime. Arrêtons-là ces prévisions qui, comme toutes les prévisions humaines, ont une caractéristique majeure : elles ne sont pas infaillibles !

Telle est aujourd'hui la situation.

Essayons d'en discerner maintenant les conséquences sur le plan juridique.

2. La crise va-t-elle influencer le droit maritime ?

Il n'y aura pas de changements radicaux et du jour au lendemain car ce n'est pas ainsi que le droit fonctionne. Sauf dans les sociétés tribales ou totalitaires, le droit n'opère jamais par la technique de la table rase. Le droit évolue par strates successives, ajoutées les unes aux autres.

Que va-t-il se passer si tout le monde est en défaut ? Des procès et arbitrages en chaîne. Et à quel concept vont recourir ceux qui font défaut : à celui de la force majeure bien sûr.

A) L'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dispose : *"une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette exécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences."*

Deux interprétations de ce texte sont concevables.

La première est large. Elle consiste à dire qu'il ne s'applique certes pas aux variations des prix et fluctuations ordinaires des marchés mais que la crise économique générale qui vient de frapper tout le monde à partir de la fin septembre remet tout en cause

La deuxième interprétation est plus stricte. Elle consiste à voir dans ce texte une autre version de la force majeure dont la jurisprudence française a une conception assez étroite. La Cour de cassation semble pencher vers cette analyse et exclure le changement des conditions économiques de son champ d'application.

Elle l'a en effet très clairement exposé dans un arrêt du 30 juin 2004 en refusant de considérer les changements économiques invoqués comme cause d'exonération de l'article 79 : *"...Attendu que l'arrêt retient, d'une part, que la société Behr justifie des impératifs de prix de la société RVI rendant nécessaire non une renégociation des prix des carters, mais la fourniture d'une pièce différente et d'un coût de revient bien moindre, mais d'autre part, qu'elle n'établit pas le caractère imprévisible de cette modification des conditions de vente de ses produits alors que, professionnelle rompue à la pratique des marchés internationaux, il lui appartenait de prévoir des mécanismes contractuels de garantie ou de révision ; que la cour d'appel a pu en déduire, sans se contredire et en procédant à la recherche prétendument omise, qu'à défaut de telles prévisions, il lui appartenait d'assumer le risque d'inexécution..."*

Si la crise se résorbe relativement vite, l'on peut s'attendre à l'application de l'interprétation restrictive.

Mais si la crise se prolonge et fait des ravages, le choix de l'interprétation large n'est pas à exclure et avec elle l'évolution du concept de la force majeure.

B) Hardship et force majeure.

Les contrats comportent de plus en plus des clauses dites de *"hardship"*. De telles stipulations vont sans doute se multiplier. Elles permettent à la partie qui ne peut plus exécuter d'invoquer des événements tels que la modification substantielle ou grave de la situation économique pour être exonérée. C'est plus large que la force majeure. Par exemple la fermeture du canal de Suez en 1967 après la guerre des 6 jours n'était pas un cas de force majeure, car elle n'était pas irrésistible pour un armateur mais seulement plus onéreuse (il fallait faire le tour de l'Afrique par le cap de Bonne Espérance). Elle était en revanche un cas de *"hardship"*.

Ces nouvelles clauses vont poser un problème juridique : cette exonération se distingue-t-elle entièrement de la force majeure, qui co-existerait à côté ?

Dans l'affirmative les deux exonérations prospèreraient séparément, l'une fondée sur le contrat et l'autre issue du droit civil français applicable à titre supplétif.

Dans la négative au contraire, la *"hardship"* viendrait modifier le régime classique de la force majeure en en élargissant les conditions mais pouvant aussi en changer la procédure (nécessité d'une déclaration dans un certain délai, régime de simple suspension de l'exécution ou droit de résiliation pure et simple, etc...).

Ces questions complexes donneront lieu à des litiges, donc à des arbitrages et la réponse nous sera donnée un jour par des arbitres, pas trop tard j'espère car pour le moment nous naviguons dans le brouillard.

C) Une autre théorie qui va connaître une nouvelle jeunesse est celle la fictivité

Si l'exception de force majeure n'est pas admise, la compagnie en défaut risque de se vider de ses actifs ou de faire faillite d'une façon ou d'une autre. Le créancier va alors chercher à poursuivre le groupe ou ce qui reste de solvable chez lui.

Depuis le revirement de 1997 de la Cour de Cassation, il n'est plus possible, on le sait, de poursuivre une société pour les dettes d'une autre à l'intérieur du même groupe lorsqu'il existe entre elles une communauté d'intérêts. Le critère est devenu plus étroit : la communauté d'intérêts ne suffit plus, il faut aussi qu'il y ait absence d'autonomie de la société poursuivie c'est-à-dire que ses décisions trahissent ou révèlent qu'elle n'a pas de véritable *"affectio societatis"* qu'elle dépend d'une autre société qui décide à sa place, ou d'un maître entre les mains duquel elle est captive, que son patrimoine peut servir à garantir les dettes d'autrui ou inversement qu'il ne suffit pas à garantir ses propres dettes, bref que ses frontières sont fictives et que l'on peut dès lors percer la voile sociale. Ces dernières années l'exercice est devenu plus difficile mais pas impossible.

La crise économique mondiale a-t-elle des effets en droit maritime ? (suite et fin)

On va probablement y recourir plus fréquemment qu'avant et peut être connaîtra-t-il lui aussi une évolution vers plus de souplesse.

D) Le recours aux FFA.

Les "*forward freight agreements*" ou "*freight futures*" ont pour objet de couvrir les risques de retournements brutaux de conjoncture dans la fixation des taux de fret. Il n'est pas possible d'exposer en détail de quoi il s'agit dans cette courte chronique⁽¹⁾. Il paraît que le volume des FFA en cours d'exécution aujourd'hui serait supérieur au volume physique des cargaisons échangées⁽²⁾. Pour un affréteur à temps, se couvrir d'une hausse ou d'une baisse du fret quand on a fixé un navire à un certain taux mais que l'on n'a pas encore fixé le fret des cargaisons futures à transporter est une sage précaution qui est rendue possible par l'économie capitaliste. Il y a quelque part des gens qui savent qu'ils auront nécessairement à une date précise dans le futur, à faire une opération à un prix déjà déterminé. Ils rencontrent l'affréteur à temps souvent par un financier spécialisé. C'est le miracle du marché que de permettre cette rencontre !

Voici que les FFA arrivent à leur épreuve de vérité. Vont-ils tenir face aux baisses vertigineuses ?

En droit, ils vont poser un problème sur la prévisibilité d'un préjudice. Nous avons appris à l'Université que la chaîne des causalités est rompue lorsqu'entre le fait dommageable et le dommage s'est interposé un choix humain qui ôte à la conséquence son automatisme : par exemple le responsable d'un incendie doit supporter le coût des réparations de la maison et de la privation de sa jouissance, mais pas forcément les pertes de loyers, la maison n'étant pas nécessairement louée car le propriétaire peut avoir décidé de la louer ou décidé de ne pas la louer.

De même un affréteur à temps peut décider de souscrire un FFA ou non.

Cette approche classique a déjà été mise à mal dans le passé. Les FFA vont sans doute élargir encore la brèche.

La régularité de cette pratique et son caractère massif vont peut-être amener les Arbitres à élargir la notion de dommage prévisible : oui, le recours aux FFA dépend d'une décision qui n'est pas automatique mais cette pratique est devenue tellement générale que l'on peut sérieusement se demander si elle n'est pas devenue prévisible. C'est ainsi que les concepts juridiques évoluent, pas parce que tout peut se soutenir, pas par relativisme ou cynisme, mais au contraire parce que le droit est un processus de découverte.

(1) Lire l'article très complet d'Olivier Cachard in DMF 09 p. 45 : "les dérivés maritimes".

(2) Cf. J.Y. Grondin, Gazette de la Chambre n° 18, p. 5.

