

Gazette de la Chambre



Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris

Comité éditorial : Philippe Delebecque - Claude Goussot - Jean-Yves Thomas - Michel Leparquier

Editeur : Philippe Delebecque

Tiré à part du Numéro 28 - Printemps 2012



" Abundans cautela non nocet "

Une nouvelle forme de "Performance clause", Une anti clause de *hardship* ?

Jean-Yves Thomas
Arbitre maritime

Dans un récent article, le magazine *Tradewinds* relate qu'au cours de négociations de contrats de tonnage de longue durée (COAs), certains affréteurs industriels, mettant à profit un marché des frets qui leur est favorable, tenteraient actuellement d'obtenir des armateurs une garantie de performance s'ajoutant aux obligations découlant du contrat lui-même et/ou de sa charte-partie d'application. Cette garantie serait requise en particulier de la société mère, ou de la holding, à laquelle le fréteur est affilié.

Il est vrai que l'effondrement actuel des marchés du vrac sec ou liquide donne aux affréteurs l'occasion de conclure des contrats à très bon marché en comparaison avec les taux en vigueur au moment de la flambée des frets des années ayant précédé la crise de 2008. Dans l'alternance de marchés successivement à l'avantage des fréteurs puis des affréteurs, chacun essaie, tour à tour, de tirer le meilleur parti de la conjoncture en recherchant les moyens d'en prolonger les effets dans le temps tout en limitant les risques de défauts d'exécution par l'autre partie. Les fluctuations très amples des marchés des années passées ont montré que le nombre de ces défauts n'était pas négligeable et pouvait concerner des sociétés de renom aussi bien dans le camp des fréteurs que dans celui des affréteurs.

En soi, une demande de garantie n'est donc pas anormale lorsque le co-contractant est une société de faible surface, notamment s'il s'agit d'un opérateur, ou statutairement logée dans un pays où il serait difficile d'agir juridiquement contre elle. La forme de cette clause de performance devrait en tout cas être rédigée avec soin et se référer, en les incorporant, aux conditions et exceptions prévues au contrat principal car il ne serait pas acceptable que le garant ait davantage d'obligations que le co-contractant. Par ailleurs, un juriste américain consulté dans l'article de *Tradewinds* met en garde contre les conséquences pouvant affecter les autres sociétés d'un groupe ayant garanti la performance d'une de ses filiales qui se serait révélée défaillante.

Il n'en demeure pas moins qu'il appartient à l'affréteur de choisir son co-contractant en fonction non seulement du prix qui lui est offert mais également de sa surface financière, de sa réputation et de la crédibilité que représentent ses performances passées. Il est quelquefois tentant pour un affréteur de mettre en concurrence de purs opérateurs, qui n'ont pas investi en matériel naval, et des armateurs afin de forcer les taux de fret à la baisse mais, à offres sensiblement égales, opter *in fine* pour un propriétaire de navires, lequel présentera de meilleures assurances pour l'exécution du contrat. Si cet armateur appartient à un groupe, faut-il en outre une garantie provenant de celui-ci ? Il est permis ici de penser que la réciproque, qui consisterait à demander à l'affréteur, s'il est lui-même filiale d'un groupe, une clause de performance de même nature, aurait toute chance d'être refusée.

Paradoxalement, c'est le plus souvent à la demande des affréteurs qu'une clause de *hardship* est insérée dans certains contrats afin de fournir une échappatoire aux co-contractants lorsque survient un événement imprévu rendant l'exécution du contrat très difficile. Si, au demeurant, l'efficacité de cette clause de *hardship* reste à démontrer, celle-ci témoigne de ce que la balance n'est pas toujours égale entre les grands donneurs d'ordre et les armateurs.

