

## **Les clauses de Hardship sont-elles efficaces ?**

Durant la période de 2003 à 2009, le marché des frets des marchandises en vrac a connu des variations d'une amplitude inédite. C'est ainsi que les recettes nettes d'un vraquier de 160.000 tonnes exploité sur le marché spot sont passées d'environ 8.000 \$ par jour en début de période à près de 200.000 \$ au cours de l'année 2007 pour redescendre fin 2008 à 5.000 \$. Il n'est donc pas surprenant que des contrats de durée conclus avant ou pendant cette période, qu'ils soient d'affrètements à temps ou de tonnage, aient généré chez certains contractants de forts sentiments de frustration ou leur aient causé des difficultés, d'où un nombre appréciable de défauts d'exécution se traduisant par des procédures d'arbitrage.

Dans quelques cas, les contractants se sont prévalus de la clause de hardship contenue dans certains contrats. Les arbitrages maritimes à propos de clauses de hardship sont rares. Olivier Cachard, dans un article du DMF de ce mois de mai, a relevé seulement trois sentences arbitrales, déjà anciennes, rendues par la société des arbitres maritimes de New York. Un de nos collègues, qui est également arbitre de la London Maritime Arbitration Association, que j'ai interrogé, a soumis ma question au Comité de cette noble association et la réponse a été qu'aucun de ses membres n'avait connaissance de sentences arbitrales à ce propos, en tout cas récemment. Or, il se trouve qu'au cours de l'année 2010, la Chambre Arbitrale Maritime de Paris a rendu deux sentences à la suite de demandes fondées sur une clause de hardship contenue dans des contrats de tonnage. Chaque tribunal arbitral était constitué de juristes et de professionnels ayant l'expérience des contrats de tonnage. Dans les deux cas, ces demandes d'arbitrage avaient leur origine dans les évolutions du marché des frets de la période 2003-2009.

Bien que les parties, les trafics en cause, les contrats et les chartes-parties d'application fussent différents, la clause de hardship de chacun des contrats était formulée en termes identiques. En substance, cette clause stipulait que si la survenance d'événements imprévus donne un avantage déraisonnable à l'une des parties ou cause un préjudice important à l'autre, la partie lésée en informe l'autre par notification écrite et les parties doivent se rencontrer dans les 30 jours pour tenter de trouver une solution appropriée et continuer le contrat. A défaut d'accord dans les 60 jours après la notification, la partie lésée peut aller en arbitrage, étant précisé que les fluctuations du marché des frets ne sont pas, à elles seules, constitutives d'un hardship.

### **1<sup>er</sup> arbitrage. Hardship invoqué par l'armateur.**

Il s'agissait d'un contrat de transport de minerai, signé en 2003, avec une charte-partie OREVOY pour environ 8 cargaisons par an pendant 5 ans par navires de gros tonnage. Pendant cette période, les taux de frets et de surestaries pratiqués sur le marché des frets avaient évolué à la hausse pour atteindre la quatrième année des niveaux cinq fois supérieurs aux taux contractuels, le prix des combustibles ayant de son côté subi une augmentation de même ampleur. Ces conditions défavorables aggravées par la congestion portuaire, des hausses importantes des frais de port et de ses propres frais généraux avaient, pour l'armateur, fortement amputé les résultats escomptés du contrat, il avait estimé légitime de demander l'application de la clause de hardship.

Les arbitres ont d'abord observé que si la clause de hardship est une clause de sauvegarde qui fait obligation aux contractants de se rencontrer, la clause était muette sur les conséquences d'un échec des pourparlers et qu'il n'était donc pas dans les pouvoirs des arbitres de se substituer aux parties pour modifier les règles contractuelles. Sur les effets d'une possible situation de hardship, ils ont précisé qu'ils ne pouvaient concerner que la période du contrat postérieure à sa notification formelle par la partie concernée et que la clause ne pouvait avoir d'effet rétroactif pour concerner l'ensemble des voyages du contrat.

Sur l'éventuelle situation de hardship, les arbitres ont jugé que les parties étaient des professionnels avertis des contrats maritimes et qu'ils avaient nécessairement pesé les risques avant de contracter. En signant un contrat de cinq années, l'armateur devait prendre en compte les possibles augmentations de ses coûts d'exploitation et des frais de ports. De telles augmentations mêmes importantes ne sont pas constitutives de hardship, de même un éventuel rééquilibrage du contrat ne pouvait être recherché par comparaison avec les taux pratiqués sur le marché des frets puisque le but du contrat était précisément d'échapper aux aléas dudit marché. Ils ont, en conséquence décidé que les éléments constitutifs d'une situation de hardship n'étaient pas réunis et ont rejeté la totalité de la demande.

## **2<sup>ème</sup> arbitrage. Hardship invoqué par l'affréteur.**

Dans cette deuxième affaire, il s'agissait également de transports de minerai faisant l'objet de trois contrats de tonnage sur charte C (ORE) 7 conclus au cours de l'année 2008 portant au total sur 25 voyages à exécuter jusqu'au début 2010 entre une société d'exploitation minière et un armateur/opérateur de vraquiers de moyen tonnage.

Contrairement au premier cas, ce n'est pas la hausse du marché qui était en cause mais à l'inverse une situation de marasme économique. Entre novembre 2008 et juin 2009, 8 des voyages prévus par les contrats de tonnage n'avaient pu être réalisés faute de demandes de nominations de navires de la part de l'affréteur qui, en raison de la crise de la sidérurgie, invoquait l'impossibilité de vendre son minerai et une situation de hardship, soutenant que c'était l'effondrement imprévisible du marché sidérurgique fin 2008 qui l'avait empêché de tenir ses engagements. Chaque voyage d'un contrat de tonnage constituant un contrat distinct et autonome, il concluait que la sanction de la clause de hardship était l'annulation pure et simple des contrats n'ayant pu recevoir application.

Pour sa part, l'opérateur qui était le demandeur car il contestait la situation de hardship, considérant que la baisse drastique de l'activité économique et l'effondrement des commandes n'étaient pas imprévisibles en raison de la crise financière mondiale. Il contestait aussi le caractère rétroactif de l'invocation de la clause de hardship aux voyages qui auraient déjà dû être exécutés et soutenait que l'affréteur n'était pas en réalité dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements puisque d'autres chargements avaient eu lieu aux installations des affréteurs pendant la période litigieuse.

Parmi d'autres considérations, le Tribunal arbitral a observé qu'au regard de la force obligatoire des contrats, la partie qui notifie une clause de hardship doit le faire dans des formes suffisamment précises pour ne pas laisser de doutes sur son interprétation. En examinant les circonstances de la notification de hardship par l'affréteur pour chacun des contrats de tonnage, il a estimé qu'un courriel faisant état d'une « situation de hardship », non suivi d'une convocation à une réunion dans les 30 jours, ne pouvait en constituer une notification en bonne et due forme. Il a en revanche jugé valide la déclaration signifiée par lettre recommandée qui avait été, elle, suivie de la réunion entre les parties.

Pour le contrat pour lequel la déclaration de hardship avait été régulièrement notifiée, le Tribunal arbitral a mis en évidence, d'une part, qu'à l'époque où le contrat avait été traité étaient déjà apparus certains signes d'incertitudes quant aux perspectives à court terme de la sidérurgie et que l'affréteur avait pris un risque en le concluant plus de trois mois avant le début prévu de sa réalisation, d'autre part, et surtout, que le principal obstacle à l'exécution de ses engagements avait été le coût du transport, ce qui transparissait à la lecture des échanges entre les parties. Par ailleurs, le demandeur avait démontré que des cargaisons avait été vendues F.O.B. et chargées à destination d'une filiale de l'affréteur pendant la période où les chargements prévus contractuellement n'avaient pas eu lieu.

Les arbitres en ont conclu que n'étaient justifiées, ni la déclaration de hardship au regard des exigences de la clause qui excluait les fluctuations du marché des frets, ni l'exception de force majeure également revendiquée et qu'en conséquence l'affréteur devait indemniser l'opérateur pour les huit chargements manquants.

### **Quels enseignements peut-on retirer de ces deux arbitrages ?**

Chaque sentence traitait bien sûr d'un cas particulier bien différent de l'autre, mais on peut en retenir quelques points saillants, qui ne sont pas exhaustifs :

1) Une clause de hardship est une clause de rencontre. Il ne suffit pas d'invoquer une situation de hardship, pour que sa notification soit valide il faut y mettre les formes et que les parties se réunissent ou qu'au moins celui qui s'en prévaut demande la tenue d'une réunion entre les parties.

2) La non rétroactivité. Les mots « *notice of hardship* » étant utilisé dans la clause, dans l'une des sentences les arbitres avaient observé que dans les chartes-parties, ce qu'on appelle les « *notices* » enregistrent une date à partir de laquelle une situation est susceptible d'exister, par exemple une date d'arrivée ou un avis de mise à disposition, en d'autres termes qu'il s'agit de préavis. Ils en ont déduit que la « *notice* » de hardship devait suivre la même règle et qu'ils ne pouvaient lui accorder une application rétroactive. Dans l'autre sentence, les arbitres en ont

également écarté, comme trop tardive, l'application à l'un des contrats dont l'exécution aurait dû être terminée plusieurs mois avant la notification.

3) La variation des éléments du compte de voyage, niveau du fret, frais de ports, prix des soutes, n'ont pas été acceptés comme pouvant justifier l'invocation à la clause de hardship. Entre professionnels aguerris, ce sont des risques que chacun doit assumer et peser avant de s'engager. S'agissant plus particulièrement des taux de fret, l'objectif des contrats de tonnage est précisément pour les parties de ne pas rester soumis au marché « spot », par définition fluctuant, et comme le dit l'une des sentences « il est contraire à la lettre comme à l'esprit d'un contrat de prétendre que les taux des contrats procurent à une partie un avantage déraisonnable ou causent à l'autre un préjudice sérieux ».

4) L'imprévision. Elle peut être assez délicate à apprécier par les arbitres. S'agissant du caractère imprévisible de la crise de la sidérurgie avancée dans la deuxième affaire, les arbitres ne disposaient pas de tous les éléments pour se prononcer en toute certitude aussi ce n'est pas sur l'imprévision qu'ils ont fondé l'essentiel de leur motivation. En tout état de cause, l'imprévision doit viser des événements, suffisamment extérieurs aux parties, qu'une évaluation prudente de leur part ne leur permet pas raisonnablement d'envisager.

5) Telle qu'elle était rédigée, la clause de hardship était très imparfaite et comportait plusieurs défauts : en premier lieu, en ne disant rien sur la modalité des négociations et de ce qu'il advenait en cas d'échec de celles-ci, et, surtout, en ne définissant pas la mission des arbitres.

Dans les deux cas ici exposés, les arbitres ont jugé que les événements invoqués n'étaient pas constitutifs de hardship. Mais, s'ils en avaient jugé autrement, il ne leur était pas accordé le pouvoir de modifier les termes du contrat initial. Leur mission ne pouvait consister qu'à juger éventuellement qu'il y avait bien hardship et aussi de la bonne ou mauvaise foi des contractants mais ils ne pouvaient se substituer aux parties pour pallier leur absence d'accords. C'est ce qu'affirme la doctrine et ce que la Cour de cassation a confirmé dans plusieurs arrêts. Dès lors, à supposer que les arbitres aient jugé que les conditions d'un hardship étaient réunies, ils n'auraient pu donner satisfaction à la partie gagnante en lui accordant un dédommagement ou l'annulation des voyages non exécutés.

Pour être efficace, la clause devrait alors donner aux arbitres la mission de rééquilibrer les termes du contrat ou même de prononcer son annulation totale ou partielle. Mais est-ce réaliste? Lorsque les parties négocient, quelquefois durement et parviennent à un accord après des tractations laborieuses, il leur est psychologiquement difficile d'accorder à l'avance à des tiers le soin d'en modifier les termes.

**Finalemment et pour conclure**, si on peut rester dubitatif sur l'utilité ou l'efficacité d'une telle clause, elle peut cependant être utile si les contractants se connaissent bien, entretiennent des liens d'affaires sur la durée et lorsque de l'importance de ces liens peut dépendre une part notable de leur activité. Le collègue britannique que j'ai sollicité me disait avoir surtout rencontré la clause de hardship dans des contrats de type « slot charter agreement » entre opérateurs de porte-conteneurs, qu'il qualifiait d'accords entre « parties amicales ». Si l'une des parties se trouve particulièrement désavantagée à la suite d'événements qu'elle n'avait pu raisonnablement prévoir, il peut être de l'intérêt de l'autre partie de ne pas se montrer trop intransigente, sachant qu'un retour de bâton est toujours possible et que la rupture de leurs liens commerciaux peut avoir des conséquences dommageables sur les résultats futurs de l'entreprise. Cette interdépendance entre contractants n'est pas rare dans le secteur des lignes régulières. Dans le domaine du transport de vrac sec, elle peut certes exister, mais elle est sûrement moins fréquente car, dans le vaste monde du transport à la demande, les acteurs sont multiples et les solutions de rechange sans doute beaucoup plus nombreuses.

**Jean Yves THOMAS**  
**Arbitre maritime**  
**Vice Président de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris**

Communication lors de la journée Ripert le 24 juin 2011 à Paris.