

L'arbitrage maritime

Une *lex maritima* pour l'UPM (Union Pour la Méditerranée)

Philippe DELEBECQUE

Professeur à l'Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

Président de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris

Intervention au Colloque méditerranéen - Acte IV : journées de Tunis. Rives Sud.

*11 et 12 avril 2014. *(ndlr : voir en fin de document, la présentation de cet événement).*

1. Le sujet qu'il m'incombe de traiter s'articule sur deux binômes et un trinôme. Deux binômes : le droit maritime et la Méditerranée ; l'arbitrage et le droit maritime. Un trinôme : l'arbitrage, le droit maritime et la Méditerranée.

2. Droit maritime et Méditerranée, d'abord. Ce premier binôme est presque une tautologie, car le droit maritime est né en Méditerranée.

Les avaries communes, l'une des plus belles institutions du droit maritime, ne puise-t-elle pas son origine dans la « *lex Rhodia de jactu* » ? Le Consulat de la Mer, l'une des plus célèbres compilations du droit maritime médiéval, n'a-t-il pas pris naissance à Barcelone ? Ne faudrait-il pas aussi évoquer les recueils d'Amalfi ? Emerigon, l'un des plus fameux commentateurs du plus beau texte jamais écrit en droit maritime, l'Ordonnance de la Marine, n'était-il pas l'un des membres les plus actifs du Parlement d'Aix ? Depuis, la Méditerranée n'a cessé d'abriter et de favoriser le droit et la pratique maritimes : Alexandrie, Malte, Tunis, Alger, Oran, Tanger, Barcelone, Gènes, Marseille, le Pirée sont encore et toujours des hauts lieux du droit maritime.

3. Droit maritime et arbitrage, ensuite. L'arbitrage est très largement consubstantiel au droit maritime (1). L'Ordonnance de la Marine de 1681 en fait état (notamment dans le livre étonnamment moderne consacré aux assurances) et l'envisage comme le mode de règlement naturel des litiges de caractère maritime. Depuis, l'arbitrage n'a cessé de se développer au sein de chambres pour la plupart professionnelles. La place de Londres (London Maritime Arbitrators Association, LMAA) est la plus importante, avant celles de New York (Society of Maritime Arbitrators, SMA), de Rotterdam (Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam, TAMARA), de Hambourg (German Maritime Arbitration Association, GMAA), de Tokyo (Tokyo Maritime Arbitration Commission of The Japan Shipping Exchange, TOMAC) et de Paris (Chambre Arbitrale Maritime de Paris, CAMP). Paris, précisément, conserve son rang, car si les affaires enregistrées sont moins nombreuses que par le passé, elles sont, en revanche, plus importantes.

4. Arbitrage, droit maritime et Méditerranée, enfin. De même que le droit maritime reste un droit particulier, même s'il est souvent dominé par le droit commun (2), de même, l'arbitrage maritime a une certaine spécificité. Sans doute obéit-il aux principes

fondamentaux du droit de l'arbitrage (respect du contradictoire, impartialité et indépendance des arbitres, obligation de célérité et de loyauté), pour autant, il conserve par la nature des choses une originalité qui tient à son caractère professionnel et à la large place laissée aux usages et spécialement aux usages du commerce maritime qui est, par essence, un commerce international.

Il est certain que l'on ne peut s'engager dans l'arbitrage maritime si l'on ne sait pas ce qu'est un « safe port », ce que sont des « demurrage » et surtout comment et quand ils fonctionnent, ou encore si l'on ne sait pas lire une charte-partie.

Cette professionnalisation de l'arbitrage est, en l'occurrence, essentielle et les praticiens la réclament. Ce caractère permet de comprendre que l'arbitrage maritime est particulièrement adapté à la sociologie méditerranéenne où le respect de la parole et la bonne foi contractuelle sont encore des valeurs. Les Méditerranéens sont des hommes de parole et des hommes de bon sens. Le contrat et la bonne foi restent pour eux des données essentielles. Ainsi l'arbitrage maritime est-il promis à un bel avenir au sein de l'Union pour la Méditerranée. L'arbitrage maritime y a toute sa place, la liberté contractuelle étant valorisée (I), mais en même temps canalisée (II).

I. – La liberté contractuelle valorisée

5. Pourquoi la liberté contractuelle est-elle valorisée dans l'arbitrage maritime ? Parce que l'arbitrage maritime est par essence international.

D'où des appréciations plus souples que celles données par la jurisprudence étatique (A). D'où des divergences avec ce que l'on peut admettre sur le fondement de la *common law* (B).

A. – Arbitrage et droit étatique

6. Trois exemples nous persuaderont de ce qu'en matière maritime, la jurisprudence arbitrale est plus pertinente que la jurisprudence étatique, tout simplement parce que le contrat est sinon sacralisé, du moins respecté par principe.

Le premier exemple est tiré de la condition faite aux agents maritimes en cas de cessation des relations contractuelles qu'ils ont avec les armateurs. Faut-il, à supposer que la loi applicable n'admette pas les clauses par lesquelles l'armateur n'entend pas indemniser son cocontractant en cas de rupture ou de non-renouvellement du contrat, s'en tenir aux clauses contractuelles dûment négociées et acceptées ou au contraire aux dispositions de la loi applicable dont la portée est générale et qui n'a pas été spécialement conçue pour l'agence maritime ? La question est difficile, mais elle a pu être réglée en faveur du contrat au regard notamment de sa dimension internationale. L'idée que le droit national applicable doit être conçu d'une manière beaucoup plus souple lorsqu'il régit des contrats internationaux que lorsqu'il gouverne des contrats internes est très présente dans les sentences arbitrales maritimes (3).

Le deuxième exemple tient aux clauses FIO par lesquelles le transporteur déclare qu'il n'entend pas assumer les obligations de chargement et de déchargement de la marchandise. Celles-ci sont considérées par la jurisprudence étatique française (4) comme n'ayant aucune incidence sur la responsabilité du transporteur. La jurisprudence arbitrale n'est pas aussi systématique et admet ces clauses lorsqu'elles répondent à des besoins particuliers et s'expliquent par des situations de fait (5).

Le troisième exemple a pour matière les conventions internationales. Il n'est pas rare que les chartes-parties fassent référence à une convention sur la responsabilité du transporteur maritime (Règles de La Haye ou Règles de La Haye Visby, demain Règles de Rotterdam). Ce renvoi à une convention impérative, comme le sont les conventions relatives au transport, implique-t-il une soumission à l'instrument international ou faut-il le considérer comme une simple incorporation conduisant à une combinaison des termes de la convention et des clauses de la charte-partie ? Dans deux sentences, au moins, de la CAMP, les arbitres ont conclu à l'idée d'incorporation (6), au demeurant beaucoup plus respectueuse de la volonté des parties que celle de soumission très rigide pourtant retenue par la Cour de cassation (7).

B. – Arbitrage de droit civil et arbitrage de *common law*

7. On oppose parfois l'arbitrage maritime de *common law* et l'arbitrage maritime de civil law, en somme l'arbitrage à Londres et l'arbitrage à Paris (8). Il serait vain d'exagérer ces oppositions. Le plus souvent, ce sont des convergences que l'on observe : ainsi en est-il à propos du sens qu'il faut donner à la notion de port sûr (9) ; ou encore à celle de « loss payee clause » (10). La « notice of readiness » (11) est également lue et comprise de la même façon, ces questions étant avant tout techniques.

8. Pour autant, les divergences sont réelles sur un certain nombre de questions juridiques sensibles et notamment de responsabilité. Il est vrai, même s'il faut se garder de toute systématisation, que la place de Londres est un peu plus favorable aux armateurs que ne peut l'être la place de Paris, où les armateurs et les affréteurs sont dans une situation de parfaite égalité. Deux exemples permettront de s'en convaincre.

Soit une charte-partie au voyage contenant une clause de « maximum safe speed ». Faut-il y voir une clause rappelant les obligations de l'armateur ou faut-il considérer qu'une telle clause en alourdit les obligations au point de transformer son obligation fondamentale en véritable obligation de résultat ? Ce point de vue, un peu déroutant pour des arbitres anglais, est pourtant celui qui paraît le plus pertinent et c'est bien celui que les arbitres français retiennent (12).

Soit, par ailleurs, une clause précisant toujours dans une charte-partie au voyage que l'armateur « is not liable for any and all liability but not gross negligence/wilful default ». « Any and all liability » comprend raisonnablement la responsabilité pour faute légère, mais exclut la responsabilité pour faute lourde, de surcroît expressément écartée. Ce sera le point de vue d'un arbitre français qui admettra donc que cette stipulation exonère l'armateur des conséquences de sa faute simple. Un arbitre anglais, en revanche, sera tenté de dire que « the parties cannot have meant to exclude negligence as they know the rules of English law and chose not to write it expressly ». En droit anglais, en effet, l'argument a fortiori est difficilement admis, si bien que si la simple négligence

n'est pas elle-même expressément exclue, la clause ne protégera pas l'armateur à qui l'on pourra reprocher une faute simple (13).

La liberté contractuelle est donc valorisée dans l'arbitrage ou par l'arbitrage maritime, ce qui ne signifie pas que l'arbitrage maritime soit aveuglément libéral, voire ultra libéral. S'il respecte la volonté des parties, ce n'est au prix d'un oubli du bon sens. La liberté contractuelle est sans doute valorisée, mais elle est en même temps canalisée par les exigences de la bonne foi et des usages.

II. – Une liberté contractuelle canalisée

9. L'arbitrage maritime est un arbitrage professionnel, conçu par les professionnels et pour les professionnels. D'où un creuset d'inspiration pour les arbitres. Même si le contrat est clair, les impératifs de la pratique et plus généralement du bon sens demeurent. Cette donnée s'inscrit en filigrane dans de nombreuses décisions et dans la façon de comprendre les espèces. L'observation se vérifie aussi bien lorsqu'on aborde des questions de fond (A) que des questions de procédure (B).

A. – Questions de fond

10. Une analyse très attentive de la « jurisprudence arbitrale maritime » démontrerait certainement l'importance des usages et de la pratique professionnelle que seuls des arbitres issus ou familiers du monde maritime peuvent connaître. N'ont-ils pas, par exemple, considéré qu'il était « de bonne gestion de constituer sur wagons au port de chargement un stock de sécurité permettant une mise à bord immédiate sans subir de temps mort dû aux délais de constitution de train complet et à la durée du transport ferroviaire » (14) ? Les exemples de ce type pourraient être multipliés (15). D'autres sont plus symptomatiques encore.

11. Ainsi ne saurait-on passer sous silence les deux importantes sentences de la CAMP rendues à propos des clauses de hardship. Dans les deux cas, bien que les parties, les trafics en cause, les contrats et les chartes-parties d'application fussent différents, la clause de chacun des contrats était rédigée en des termes identiques. En substance, la clause prévoyait que si la survenance d'événements imprévus donnait un avantage déraisonnable à l'une des parties ou causait un préjudice important à l'autre, la partie lésée en informerait l'autre par notification écrite, les parties ayant l'obligation de se rencontrer dans les trente jours pour tenter de trouver une solution appropriée et continuer le contrat. La clause ajoutait qu'à défaut d'accord dans les soixante jours après la notification, la partie lésée pouvait aller en arbitrage, étant précisé que les fluctuations du marché des frets n'étaient pas considérées à elles seules comme constitutives d'un hardship. Dans les deux cas, les arbitres ont décidé que l'augmentation du taux de fret, si importante fût-elle, ne pouvait justifier le hardship dans la mesure où ce fret avait été librement négocié et accepté (16). Ces deux sentences illustrent parfaitement le sens des réalités dont les arbitres maritimes savent faire preuve.

12. De même en est-il lorsque se pose un problème d'articulation entre la vente et le transport, ces deux contrats étant, en principe, distincts. La sentence « Djebel El Honk » est à cet égard particulièrement instructive. La clause 47 d'une charte-partie au voyage donnait à l'affréteur le droit de requérir la livraison sans connaissements originaux dans l'hypothèse où ceux-ci n'étaient pas disponibles au port de décharge, l'armateur acceptant de son côté de livrer la marchandise. L'affréteur entendait s'en prévaloir, alors qu'il n'avait pas payé la marchandise. L'armateur qui avait connaissance de la situation, s'était cependant refusé à livrer la marchandise. Comment fallait-il comprendre la clause : comme conférant un droit absolu à l'affréteur d'obtenir que la marchandise soit livrée quelles que soient les circonstances ?

Ou plus raisonnablement comme ne permettant aux parties que d'anticiper sur le cas très courant où la transmission des connaissements a subi un retard ? C'est cette seconde interprétation que les arbitres ont retenue : « autant il est compréhensible qu'un armateur puisse convenir par avance et à titre commercial de la mise en place d'un aménagement de la livraison pour remédier provisoirement au retard dans l'acheminement des documents originaux, autant il serait hardi de vouloir donner à la clause 47 une portée qu'elle n'a pas en étendant cette acceptation de livrer aux cas où un contentieux s'est manifesté. » Pour les arbitres, la clause ne pouvait être conçue comme un « moyen de frauder les droits d'un tiers porteur du connaissement en prévoyant de lui soustraire conventionnellement son gage par un acte volontairement fautif de l'armateur inéluctablement condamnable et sans couverture d'assurance possible » (17).

B. – Questions de procédure

13. Les arbitres maritimes sont souvent confrontés à des questions de procédure tenant à des demandes d'expertise, à des mesures conservatoires, à la prescription, à l'intérêt pour agir et, naturellement, à leur propre compétence. Souvent, ces questions sont posées pour masquer les problèmes de fond, pour éviter d'avoir à les aborder et pour gagner du temps. Ce n'est, bien entendu, pas toujours le cas et parfois les arguments tirés de la procédure sont on ne peut plus sérieux. Il faut naturellement les examiner avec la plus grande attention. En tout cas, lorsque les arbitres comprennent que les parties cherchent à faire du juridisme, ils savent couper court et aller à l'essentiel. C'est sans doute pourquoi les irrecevabilités soulevées pour contrer les subrogations des assureurs facultés sont aujourd'hui plus rares. Les arbitres ne se sont jamais laissés abuser par l'argumentation consistant à dire que les conditions de la subrogation légale ou conventionnelle sont irrégulières (18).

14. Les questions de compétence sont plus délicates : l'efficacité des clauses compromissaires par référence ne va pas de soi, de même que la circulation de la clause dans des chaînes de contrats ou encore l'opposabilité de la clause au réceptionnaire. Aujourd'hui, les difficultés sont, en grande partie, apaisées, dans la mesure où le principe « compétence-compétence », systématisé par la jurisprudence contemporaine (19), conduit les arbitres à se prononcer en priorité sur leur compétence et à la retenir dans la grande majorité des cas. Les arbitres maritimes veillent cependant à ne pas faire preuve de systématisme, car ils ont parfaitement compris que ce n'était pas rendre service à l'arbitrage que de l'admettre en forçant la volonté des parties.

L'idée que l'on pourrait présumer le consentement à la clause d'arbitrage n'a pas la faveur des arbitres maritimes.

15. L'arbitrage maritime est, faut-il le souligner une nouvelle fois, un arbitrage professionnel, conçu par les professionnels et pour les professionnels du secteur maritime. Respectueux des principes fondamentaux de l'arbitrage, spécialement du principe du contradictoire et du principe d'impartialité, il se construit patiemment en s'appuyant sur les usages du commerce maritime, sur sa pratique et sur sa jurisprudence. C'est à ce prix que la *lex maritima* qu'il forge et favorise est accueillie et acceptée par les armateurs, les courtiers, les affréteurs, les assureurs, les consignataires et tous les autres opérateurs du monde maritime. Mais sans aucun excès ni débordement. Ne quid nimis : plantez la belle formule du philosophe portée au fronton du temple de Delphes. Elle s'inscrit aujourd'hui au fronton du temple de Carthage. Puisse-t-elle devenir la maxime de toutes les chambres d'arbitrage maritime de la Méditerranée !

Avril 2014

Notes de l'auteur :

(1) Voir R. Jambu-Merlin, « L'arbitrage maritime », in *Mélanges Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 401 s. ; Ch. Jarrosson, « La spécificité de l'arbitrage maritime international », *Il Diritto marittimo*, vol. 106, no 2, 2004, p. 444 ; Ph. Delebecque, « L'arbitrage maritime contemporain : le point de vue français », *Il Diritto marittimo*, vol. 106, no 2, 2004, p. 435 ; « L'arbitrage maritime international », in *Le droit économique à l'aube du xxie s.*, Paris, A. Pedone, 2009, p. 167 ; encore, M. Papadatou, *La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises : étude comparée des droits français, hellénique et anglais*, thèse Paris 2, 2014.

(2) Voir *Droit maritime*, coll. *Précis*, Paris, Dalloz, éd. 2014, Introduction ; égal. P. Bonassies et Ch. Scapel, *Traité de droit maritime*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, no 114.

(3) Voir Ph.D. *Ship agency contracts*, in *ICMA XVII (Congrès international des arbitres maritimes, Hambourg 2009)*.

(4) Voir Y. Tassel, « Pratique et théorie : certitudes et incertitudes de la clause FIO du connaissance émis en exécution d'une charte-partie », in *Mélanges Christian Scapel*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 355.

(5) Sentence CAMP no 1123 du 27 décembre 2005 : cette clause n'est pas seulement financière, mais concerne l'économie du contrat de transport en précisant l'étendue des obligations du transporteur, à savoir prendre en charge la marchandise lorsqu'elle a été mise à bord et arrimée et la conduire en l'état au port de destination où il la mettra à disposition du destinataire pour qu'il la fasse décharger sans frais ni risques pour le navire ; égal. Sentence CAMP no 1189 ; égal. F. Arradon, « Vues sur mer : "FIO", un mode de transport défini en trois lettres », *Gazette CAMP*, no 6.

(6) Voir not. Sentence CAMP no 999, D.M.F., 1999, p. 836.

(7) Cass. com., 4 février 1992, R.C.D.I.P., 1992, p. 495, note Lagarde.

(8) Voir F. Arradon, « Arbitrage international à Paris et arbitrage à Paris selon la loi française », D.M.F., 2004, p. 231 ; P. Bonassies, « Brèves observations sur le développement de l'arbitrage en droit français », D.M.F., 2004, 211 ; égal. B. Harris, « L'évolution de l'arbitrage à Londres », *Gazette CAMP*, no 17.

(9) La jurisprudence qui fait autorité est toujours « Eastern City » du 30 juillet 1958 ; voir not. P. Bonassies et Ch. Scapel, *Traité de droit maritime*, op. cit., no 841.

(10) Sentence CAMP no 1191.

(11) Voir not. G. Rougier, « La NOR, point de vue de l'armateur », *Gazette CAMP*, no 33, pp. 2 et s. ; voir par ex. Sentence CAMP no 1208.

(12) Voir not. Sentence CAMP no 1207.

(13) C'est la fameuse et bien connue jurisprudence *Canadian Steamship*.

(14) Sentence CAMP no 1060 du 31 décembre 2001.

(15) Voir not. sur le jeu des « liberties clauses », généralement soumis aux exigences de la bonne foi contractuelle, Sentence CAMP no 660, D.M.F., 1988, p. 53 ; P. Bonassies et Ch. Scapel, *Traité de droit maritime*, op. cit., no 771.

(16) Sentence CAMP no 1172 du 3 février 2010 ; no 1179 du 3 décembre 2010. Voir J.-Y. Thomas, « Les clauses de hardship sont-elles efficaces », *Gazette CAMP*, no 27 ; Ph. Delebecque, « Hardship clauses and exemption clauses in charter parties », *ICMA XVIII, Vancouver, 2012* ; égal. O. Cachard, « Les clauses de hardship dans les contrats maritimes, prévisions et imprévision », D.M.F., 2012, p. 399.

(17) Sentence CAMP no 1165 du 22 mai 2008.

(18) Voir par ex. Sentence CAMP no 1209.

(19) Le juge judiciaire ne retrouve en effet sa compétence que dans les cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage : *Cass. com.*, 7 avril 2004, D.M.F., 2004, p. 1033.

* la présentation de cet événement :

Une lex mercatoria mediterranea de l'arbitrage ? Le but légistique, fondé sur l'idée d'une unification et/ou harmonisation du droit des affaires d'une intégration régionale méditerranéenne est-il souhaitable et/ou réalisable ?

A la veille du 6ème anniversaire de la naissance de l'Union pour la Méditerranée, l'arbitrage peut-il, aux côtés d'autres modes alternatifs de règlement des différends commerciaux, constituer un instrument au service de la promotion des investissements entre les 43 pays des rives sud et nord de la 'Mare Nostrum' ? La méditerranisation des économies requiert-elle la méditerranisation du droit de l'arbitrage ? Si le rapprochement des législations n'épargne aucun domaine, pourvu qu'il ait des incidences sur le commerce méditerranéen, un tel objectif est d'ores et déjà atteint dans le domaine de l'arbitrage. Enfant gâté des travaux internationaux, l'arbitrage fait l'objet de nombreux instruments internationaux (convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985, etc.).

Critiqué par certains en raison de la judiciarisation dont il est l'objet ou de l'instauration supposée d'un rapport de force entre pays riches et pays pauvres, l'arbitrage a fait l'objet de réformes importantes de la part des législateurs des pays de l'UPM. Mais le droit du commerce international peut-il suffire comme modèle alors qu'il subsiste nombre d'obstacles parmi lesquels l'absence d'harmonisation du droit processuel des Etats membres ?

Nul doute que l'arbitrage a fait ses preuves au point que lors de la déclaration finale de la Conférence ministérielle «Processus de Barcelone : Union pour la Méditerranée», qui s'est tenue à Marseille les 3 et 4 novembre 2008, les Ministres des Affaires étrangères des 43 pays ont affirmé la

*nécessité de mieux promouvoir les investissements en étudiant «les possibilités d'améliorer les procédures d'arbitrages dans la région, notamment pour les petites et moyennes entreprises, par exemple en créant une cour d'arbitrage méditerranéenne». Est-ce là une piste de travail pour le législateur méditerranéen ? N'est-ce pas le simple chant des sirènes auquel il devra résister ? Quelle que soit la réponse, l'arbitrage a-t-il encore des vertus qui permettent au législateur méditerranéen d'asseoir une *lex mediterranea* de qui servira elle-même de modèle à d'autres intégrations régionales ?*

*Ce colloque méditerranéen constitue la quatrième partie d'une entreprise doctrinale et pratique. La première partie s'est, en effet, focalisée sur « la création d'un ordre juridique pour la Méditerranée » [Tanger les 10 et 11 septembre 2009. Publ. Bruylant, 2012] alors que la deuxième partie se déroulait à Bourg-en-Bresse (France), les 5 et 6 novembre 2010 -Publ. Bruylant, 2012- sur le thème «Vers une *lex mercatoria mediterranea*». C'est à Besançon (France), que s'est jouée la troisième partie du chemin qui mène à l'harmonisation du droit des affaires dans l'Union pour la Méditerranée et, plus largement, dans le domaine de la médiation (Besançon, 5 et 6 avril 2012) - Publ. Bruylant, 2013-.*

L'étape carthaginoise –Tunis- sera la quatrième et donnera l'occasion de revisiter le droit de l'arbitrage. Les trois premiers colloques ont fait l'objet de publications aux éditions Bruylant, série Droit méditerranéen. Celui consacré à l'arbitrage constituera ainsi le tome 4.