

# 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

3 numéros par an

Numéro 29 - Automne 2012



"Abusus non tollit usum"

### Compte rendu du XVIIIème ICMA - 2102 Congrès international des arbitres maritimes Vancouver, 13-18 mai Philippe Delebecque – Olivier Cachard

La XVIIIème édition de l'ICMA a réuni à Vancouver des arbitres maritimes de Londres, New-York, Paris et Singapour notamment, ainsi que des praticiens représentant les parties lors d'instances arbitrales et des acteurs du monde du maritime. La Chambre arbitrale maritime de Paris y était représentée par son Président, le Professeur Philippe Delebecque et par le Doyen Olivier Cachard, la voix des conseils plaçant devant la Chambre étant portée par Maître Sébastien Lootgieter <http://tinyurl.com/9pakhcs>. La cinquantaine de communications présentées en anglais traitait comme d'habitude de thèmes de procédure arbitrale et de thèmes substantiels de droit maritime. Le lecteur trouvera dans ce compte rendu une sélection des thèmes abordés.

#### Construction navale, questions de fond

Parmi les thèmes touchant à la substance, les communications relatives à la construction navale étaient d'un intérêt tout particulier, après la crise sévère qui a secoué le secteur et s'est traduite par des instances arbitrales en particulier à Londres. M. Ian Gaunt, *solicitor*, a brossé un tableau général du contentieux ("*Common issues in shipbuilding arbitration*") soulignant comment les armateurs avaient, soit tenté de renégocier les contrats de construction navale, soit de les résilier. Certains chantiers, notamment en Corée, ont fait faillite ce qui a compliqué le recouvrement des garanties de bonne fin souscrites par les chantiers au profit des acheteurs. Le contentieux des garanties de bonne fin illustre d'ailleurs le risque de fragmentation du contentieux de la construction navale, car le contentieux des garanties de bonne fin est soumis à la *High Court* tandis que le contentieux né du contrat de construction est presque toujours soumis à l'arbitrage. D'autres chantiers ont au contraire tenté de conserver leurs clients, quitte à différer la livraison du navire : faute d'une renégociation correctement menée à terme, ils se sont alors trouvés pris au piège d'une résiliation unilatérale par l'acheteur au motif d'une livraison tardive ! M. Andrew Leir, *solicitor*, a pour sa part présenté une communication intitulée "*Shipbuilding contracts and the credit crunch : on buyer's default. Can the buyer refuse to cancel and complete the vessel ?*". Il s'agissait ici d'étudier, tant à la lumière des clauses du contrat de construction que des principes de la *Common Law*, l'option ménagée au chantier naval en cas de défaut du client. Le défaut de l'acheteur réside souvent dans l'absence de paiement dans le délai convenu des échéances, le prix du navire étant dû par tranche selon l'avancée de la construction du navire ( en général 5 tranches respectives de 10 %, 20 %, 10 %, 10 % puis 50 %). Selon les contrats de construction navale, l'inexécution de l'obligation de payer le prix entraîne plusieurs conséquences : intérêts moratoires, intérêts compensatoires, report du délai de livraison et suspension de la construction. La résolution du contrat (plus exactement la *cancellation*) comporte des conséquences annexes, à savoir la conservation par le chantier de la fraction du prix déjà payée par l'acheteur, le pouvoir de ne pas achever ou d'achever le navire et, dans cette dernière hypothèse, le pouvoir de le vendre à un tiers. A ces options déjà connues, M. Leir a ajouté une option tirée de l'affaire *White and Carter (Councils) Ltd v. Mc Gregor* ( 1962) AC 413, avec une opinion de Lord Reid. Dans certaines circonstances, le chantier pourrait choisir de refuser la *repudiation* du contrat par l'acheteur, déduite de son absence de paiement, et choisir de laisser ainsi subsister le contrat. Mais une telle survie du contrat, et des obligations qui en découlent, n'est possible ni lorsque l'exécution du contrat requiert une coopération des parties, ni en l'absence d'intérêt légitime à poursuivre l'exécution.

#### Construction navale, questions de procédure

La communication intitulée "*Procedural issues in arbitration of shipbuilding disputes : the legal niceties of consolidation, joinder and control of expert investigations*" (Voir le résumé dans *infra* dans cette Gazette et une version française en "*Miscellanées*" sur le site de la Chambre) se trouvait à la croisée de la construction navale et des questions de jonction ou d'intervention. Il s'agissait ici de mobiliser les ressources des règlements d'arbitrage et des règles de procédure civile, pour surmonter les difficultés de plus en plus fréquentes liées à la complexité des contrats liés et des données factuelles d'une opération de construction navale. Dans quelle mesure peut-on admettre la jonction de plusieurs instances arbitrales qu'il y aurait intérêt à juger ensemble ? Dans quelle mesure peut-on admettre les demandes d'interventions volontaires, les demandes d'interventions forcées ou d'appel en garantie, rendues fréquentes par l'existence de contrats de sous-traitance ou de contrats adossés ? Il faut ici combiner les ressources de l'autonomie de la volonté des parties à la convention d'arbitrage, à la pratique des institutions d'arbitrage et aux règles de la loi applicable à la procédure. En tout cas, seuls les arbitrages institutionnels sont outillés pour faire face à ce genre de difficultés car une institution permanente, telle que le Comité de la C.A.M.P., supervise la procédure. Tel n'est pas le cas des arbitrages *ad hoc*, dont on vante parfois la souplesse, mais qui souffrent ici d'une véritable infériorité : il n'existe que le tribunal arbitral constitué pour l'occasion, mais aucune instance permanente de coordination apte à faire face aux litiges complexes.

*Suite du compte-rendu page 2*

## Clauses d'arbitrage et exécution des sentences en droit comparé

Parmi les thèmes généraux touchant à la procédure, certains thèmes classiques ont donné lieu à discussion, en particulier les clauses d'arbitrage. M. John Bromley, avocat en Colombie Britannique, a présenté une communication intitulée "*Canadian treatment of foreign jurisdiction and arbitration clauses*". Alors que le législateur canadien s'était employé à en restreindre la portée pour affirmer la compétence des juridictions canadiennes dès lors que le litige présentait un lien de rattachement avec le Canada, les juridictions canadiennes ont réduit la portée de la Section 46 du *Marine Liability Act*. Elles l'ont déclaré matériellement inapplicable aux litiges nés d'une charte-partie ou d'un *Contract of affreightment* ; elles ont à plusieurs reprises décliné leur compétence au profit des juridictions londoniennes sur la base de la théorie du forum *non conveniens*, théorie dont on sait qu'elle est sans application dans l'espace judiciaire européen. M. Peter Mc Queen a pour sa part présenté l'état de l'art en matière d'exécution et de reconnaissance des sentences arbitrales tant selon le régime de droit australien (*International Arbitration Act*, 1974) que selon le régime de la Convention de New York.

## Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ont également donné lieu à des communications d'un grand intérêt pratique car il ne sert à rien d'obtenir une sentence sur le fond si, à l'issue de la procédure, la partie succombante se trouve hors d'état d'exécuter. MM. Skoufalos et Lambert, *Lawyers* à New York, ont ainsi présenté une communication sur les "*Requests for pre-award security and other interim remedies in New York Maritime Arbitration*". Parmi les mesures sollicitées et ordonnées, on trouve dans la pratique new-yorkaise des mesures conservatoires tendant à la préservation des preuves et des mesures tendant à préserver l'exécution future de la sentence, par exemple le paiement d'une provision ou l'obligation de séquestrer une somme d'argent. Sur ces points, la pratique de la SMANY est proche de la pratique de la C.A.M.P. à Paris. Il était particulièrement intéressant d'entendre comment l'arme des mesures provisoires et conservatoires pouvait être indifféremment ou simultanément utilisée par les deux parties, soit lors de la demande initiale, soit lors d'une demande reconventionnelle. Le pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures et conservatoires n'est pas discuté outre-atlantique car il résulte du règlement d'arbitrage. Il pourrait l'être encore moins en France où il résulte à la fois du Règlement de la C.A.M.P. et du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 réformant l'arbitrage. A plusieurs reprises, les participants ont pu constater que le nouveau cadre français de l'arbitrage était très compétitif et plaçait Paris dans une situation favorable dans le contexte de concurrence de places d'arbitrage. M. David Martowski, arbitre maritime, a ensuite présenté sa pratique dans une communication intitulée "*Ordering security from a US maritime arbitrator's perspective*". Parmi les critères utilisés pour apprécier le bien fondé d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire, figurent notamment les caractères de la demande (demande sérieuse et quantifiable, appuyée ou non par des éléments de preuve), le comportement et la situation financière de la partie adverse.

## Piraterie maritime et arbitrage

La question des garanties demandées à titre reconventionnel a été évoquée à propos de l'affaire du *Samho Dream* (Sentence SMA 4154). Suite à l'interception du navire par des pirates, une rançon de 9 millions de dollars a été versée ; les armateurs ont alors formé une demande d'arbitrage contre les affréteurs tendant au versement de 11 millions de dollars, comprenant le montant de la rançon et des frais divers. Les affréteurs ont pour leur part formé une demande reconventionnelle de plus de 14 millions de dollars, sollicitant la constitution d'une garantie au vu de la mauvaise santé financière de l'armateur et de l'existence d'hypothèques grevant déjà le navire au profit d'autres créanciers. Face à la non consignation de la somme par l'armateur, l'affréteur a obtenu une suspension *sine die* de l'instance arbitrale pour contraindre celui-ci à consigner ; la validité de cette mesure est actuellement discutée devant la *Southern District Court of New York*.

## Saisie des navires et arbitrage

L'un des moments forts fut la communication donnée par le Professeur Francesco Berlingieri à la mémoire de M. Cedric Barclays, en visioconférence depuis l'Italie. Le Professeur Berlingieri avait choisi son sujet de prédilection, à savoir la saisie des navires ("*Maritime arbitration and arrest of ships*"). L'interaction entre l'arbitrage et la saisie des navires est un sujet délicat qui comprend plusieurs séquences possibles. La saisie peut en effet être sollicitée du juge étatique avant le début de l'instance arbitrale ou pendant l'instance arbitrale. Si elle a été sollicitée et obtenue avant la saisine du tribunal arbitral, il va de soi que la partie saisissante doit informer le tribunal arbitral. Mais lorsque la saisie est envisagée pendant l'instance arbitrale, la question est de savoir si la partie saisissante doit en aviser préalablement le tribunal arbitral : une telle obligation irait assurément à l'encontre de l'effet de surprise attaché à la procédure sur requête devant le juge étatique. Une autre question, qui suppose l'analyse de la Convention de 1952 et de celle de 1999, est celle de savoir quelle autorité détient le pouvoir d'ordonner la saisie du navire. Un panorama de droit comparé révèle que ce pouvoir appartient le plus souvent au juge étatique ; certes, les tribunaux arbitraux ont parfois ce pouvoir comme à Singapour ou en Grèce. Mais ce pouvoir est alors incomplet en ce que la saisie du navire est une mesure d'exécution qui mobilise l'*imperium* de l'Etat : la sentence ordonnant la saisine ne peut pas être mise à exécution si elle n'est pas revêtue de la formule exécutoire par une juridiction étatique, ce qui limite finalement l'intérêt de la formule. De la même façon, M. Berlingieri a présenté l'état du droit comparé en ce qui concerne la consignation d'une garantie pour obtenir la libération du navire et l'octroi de dommages et intérêts pour saisie abusive.

Suite et fin du compte-rendu page 3



### Suite et fin du compte rendu ICMA XVIII.

Le Congrès ne s'est pas limité à envisager les questions d'arbitrage et de procédure ou encore, si l'on ose dire, de quasi procédure, si importantes soient-elles. On pense notamment à la règle compétence-compétence qui, ce qui mérite d'être souligné, n'est pas, en général, appliquée aussi systématiquement qu'en France, au rôle du juge d'appui en Chine ou encore aux conseils de rédaction d'une clause d'arbitrage au regard des exigences du droit chinois.

Au-delà de ces questions, de nombreuses contributions de fond ont été présentées, sur les contrats de construction, comme cela a été parfaitement précisé plus haut, sur les contrats de vente, certains contrats maritimes et, bien entendu, sur les chartes-parties.

Sur la vente, on signalera l'article très pratique de M.M. Cohen sur les différentes manières pour un exportateur d'éviter les pièges de la vente CAF, notamment dans le négoce des bulk liquids.

On relèvera sur le contrat de shipmanagement, méconnu mais qui connaît un grand essor, la contribution de J. Vayda exposant notamment les 11 affaires portées à la connaissance de la SMA portant sur des difficultés liées à la rémunération du gérant ou encore à la rupture des relations contractuelles.

A propos des chartes-parties, certaines questions récurrentes ont été revisitées, comme celle de l'opposabilité des clauses d'arbitrage au porteur du connaissance de charte (cf. L. Li et les tentatives présentées en vue de l'unification des solutions qui tiennent compte, à juste titre, des solutions françaises plutôt protectrices, comme on le sait, du porteur du document), celle de l'indemnisation susceptible d'être accordée au-delà des surestaries, ce qui suppose des conditions particulières (cf. S. Derrington), ou encore celle des clauses de force majeure et les suspensions d'exécution qu'elles impliquent (cf. J. Dhingra, relevant les différences entre la *common law* et le droit civil, mais observant pertinemment que la force majeure ne recouvre pas le mauvais temps, les matchs de football ni les funérailles) ainsi que celles liées au "*off-hire*" en cas de "*deviation*" (cf. J. Weale). D'autres questions plus inédites ont été abordées, à l'exemple de celle des effets des événements de piraterie sur les chartes à temps (cf. A. Baker évoquant les problèmes d'assurance, du "*safe port*" et de la répartition des frais entre le fréteur et l'affréteur ; cf. égal. I. Rasch, développant dans le prolongement le problème des gardes armés à bord et de l'autorité gardée ou perdue par l'armateur) et de celle de l'effet des sanctions internationales prises par les organisations internationales ou régionales sur l'exécution des affrètements (cf. F. C. Lee).

Parmi toutes ces contributions toujours très concrètes, on retiendra tout particulièrement celle de MM. Martin, Pruzinsky et Berg sur la réparation, par les tribunaux arbitraux, du préjudice contractuel en application de la fameuse jurisprudence "*Hadley v. Baxendale*", ainsi que l'exposé de B. Williamson sur les "*performance claims*".

Au titre des miscellanées, il faut noter les rapports (E. Mallach et J. Wölper) sur le projet de code de droit maritime allemand et la revue de jurisprudence de droit japonais (cf. Y. Tanaka), faisant état notamment des thèmes de la faute nautique et de la levée du voile de la personnalité morale.

