

La loi applicable au contrat de transport maritime

UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE, ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS



MEMOIRE pour le :

DESS de DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS

LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE TRANSPORT MARITIME

Présenté par :
Jeremy LINCOLN

Directeur de Recherches :
Me. Christian SCAPEL

Année 2003 / 2004

SOMMAIRE

ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION.....	4
PREMIERE PARTIE : LA LIBERTE DE CHOIX DES PARTIES	10
Chapitre 1 : Le choix exprès des parties.....	11
Section 1 : Les conditions de validité et d’opposabilité de la clause Paramount.....	11
Section 2 : Le champ d’application de la clause Paramount.....	15
Chapitre 2 : Le choix implicite des parties.....	24
Section 1 : Les clauses attributives de juridiction	24
Section 2 : Les clauses compromissoires	43
Chapitre 3 : Les limites à la liberté de choix des parties.....	51
Section 1 : L’ordre public.....	51
Section 2 : Les lois de police.....	55
SECONDE PARTIE : LE DEFAUT DE CHOIX DES PARTIES	61
Chapitre 1 : La loi applicable par le juge étatique.....	62
Section 1 : Le critère des liens les plus étroits	62
Section 2 : La « clause d’exception ».....	70
Chapitre 2 : La loi applicable par le juge arbitral.....	75
Section 1 : L’absence de <i>lex fori</i> de l’arbitre international	76
Section 2 : l’absence de soumission de l’arbitre aux règles de droit.....	78
Section 3 : Le choix du droit applicable par l’arbitre.....	82
CONCLUSION.....	85
ANNEXES.....	89
BIBLIOGRAPHIE	104
TABLE DES MATIERES	105

ABREVIATIONS

BT : Bulletin des transports

CA : Cour d'appel

Cass.civ.1^{ère} : 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Cass.com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

CEE : Communauté économique européenne

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International

CPJI : Cour permanente de justice internationale

DMF : Droit maritime français (revue)

Ed. : Edition

JO : Journal officiel

JOC/JOCE : Journal officiel des communautés/Journal officiel des communautés européennes

NCPC : Nouveau Code de procédure civile

PUF : Presse universitaire française

PUAM : Presse universitaire d'Aix-Marseille

Rev.crit.dr.int.pé : Revue critique de droit international privé

Rev.Scapel : Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports (Revue Scapel)

TC : Tribunal de commerce

LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE TRANSPORT MARITIME

INTRODUCTION

Un contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes « s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »¹. Le contrat né donc de la volonté des parties qui sont libres d'y inclure les clauses qu'elles désirent selon leur accord. Cependant, cette liberté n'est pas totale puisque ces contrats sont soumis au Droit. Les parties n'étant pas forcément de la même nationalité, les contrats peuvent être régis par le droit international.

Le droit maritime est, par nature et dans son essence même, un droit international. A l'exception du transport maritime interne, c'est-à-dire qui se fait à l'intérieur des frontières d'un même pays, représentant une part plus qu'infime, le transport maritime est international. Dans sa grande majorité, le transport maritime s'effectue entre les pays du monde entier. En effet, environ 75% du commerce international s'opère sur les océans. Le droit maritime est donc ce droit qui a la lourde tâche, en réglementant ces transports, de donner des solutions aux différends qui peuvent survenir lors de ceux-ci.

Le transport maritime est très varié. On peut transporter des marchandises, des personnes, des animaux, de natures très diverses. Chacun de ces transports présente des caractéristiques particulières et des règles qui lui sont propres. Par conséquent, ils peuvent tous faire l'objet d'un examen approfondi. Nous allons en l'espèce traiter plus particulièrement du transport maritime de marchandises, étant donné que celui-ci est le plus répandu.

Le contrat de transport de marchandises est défini par l'article 15 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime comme suit :

¹ Code civil article 1101

La loi applicable au contrat de transport maritime

« Par le contrat de transport maritime, le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. »

Une définition plus complète et plus exacte est donnée par le Bâtonnier Scapel. Selon lui, « c'est la Convention par laquelle une personne dénommée chargeur remet à un transporteur maritime une certaine quantité de marchandises, qui, moyennant le paiement d'un fret, doit être délivrée au réceptionnaire au lieu de destination prévu par le contrat »².

Le contrat de transport maritime met donc en présence 3 parties³ :

- le transporteur,
- le chargeur, qui conclut le contrat avec le transporteur,
- et le destinataire.

Une distinction doit d'ores et déjà être faite entre le contrat de transport maritime et la charte-partie d'affrètement. En vertu de l'article premier de la loi du 18 juin 1966, « par le contrat d'affrètement, le fréteur s'engage, moyennant rémunération, à mettre un navire à la disposition d'un affréteur ». Il peut être rapproché du contrat de louage de choses. Le contrat de transport concerne, quant à lui, la remise de la marchandise pour un transport : le transporteur se voit remettre de la marchandise pour l'acheminer. Le contrat de transport maritime de marchandises se matérialise généralement par le connaissement. La distinction entre ces deux contrats est très importante car ils obéissent à deux régimes juridiques différents. Le contrat d'affrètement est un contrat guidé par la volonté des parties, les règles propres à l'affrètement étant supplétives. Le contrat de transport, au contraire, n'échappe pas à son statut légal, sauf cas particuliers.⁴

En l'espèce, ce mémoire traitera principalement du connaissement comme contrat de transport maritime, sans exclure complètement la référence aux chartes-parties d'affrètement.

Lorsqu'un litige apparaît suite à l'exécution d'un contrat de transport maritime, la question va alors se poser de savoir quel droit doit être appliqué. Lorsque le contrat concerne des parties établies dans un même pays, la question ne se pose pas : la loi applicable sera celle de ce pays.

² E. du PONTAVICE et P. CORDIER, Transport et Affrètement Maritimes, Delmas, 2^{ème} ed. 1990 citant « La réforme législative sur les transports de marchandises par mer », in L'Antenne 5 mars à 10 avril 1965.

³ E. du PONTAVICE et P. CORDIER, Transport et Affrètement Maritimes, Delmas, 2^{ème} ed. 1990, p. 54.

⁴ Pour plus de précision voir notamment : Lamy Transport, Tome 2, ed. 2004, n° 711 p. 410

La loi applicable au contrat de transport maritime

Cependant, dans le cas contraire, la solution n'est pas aussi simple. Par exemple, si une marchandise chargée en Chine, par un transporteur allemand, déchargée en Italie est délivrée en France, quelle loi devra-t-on appliquer pour résoudre le contentieux ? La loi chinoise, allemande, italienne ou française ? Des transports comportant autant d'éléments d'extranéité sont le quotidien du transport maritime. On se trouve alors face à un conflit de lois, c'est-à-dire que, dans une situation juridique pouvant se rattacher à plusieurs pays, il faut choisir, entre les lois de ces différents Etats, celle qui sera appelée à régir le rapport de droit considéré. Se pose donc la question de savoir comment résoudre ce conflit de lois.

En droit français, cette question était réglée par le droit interne, notamment la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes. Cependant, les avancées de la construction européenne et le souci d'harmonisation des différents droits des Etats membres ont donné lieu à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (voir annexe 1) qui est devenue le droit commun des contrats internationaux des Etats membres de la Communauté européenne. D'après le rapport présenté au Conseil des Communautés, cette convention « est une loi uniforme de droit international privé qui se substituera, dans la matière qu'elle couvre et sous réserve des autres conventions auxquelles les Etats contractants sont parties, aux règles de droit international privé en vigueur dans chacun de ces Etats contractants ». Cette Convention a été présentée comme étant « le seul texte applicable par les tribunaux français pour déterminer la loi régissant un rapport contractuel maritime international »⁵. Ainsi donc, même si la loi française de 1966 est toujours applicable, notamment en tant que loi de police (cf 1^{ère} Partie, chapitre 3), c'est la Convention de Rome de 1980 qui a pour but de régir les situations comportant un conflit de lois dans les obligations contractuelles.

Selon le rapport Giuliano-Lagarde⁶ « le but essentiel de la présente convention est d'introduire dans le droit national des États membres de la Communauté économique européenne un ensemble de règles uniformes sur la loi applicable aux obligations contractuelles ainsi que sur certaines questions générales de droit international privé dans la mesure où ces questions se rattachent à la matière de ces obligations ».

⁵ P.BONASSIES, DMF 1992, p. 4

⁶ Rapport sur la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M.GIULIANO et P.LAGARDE, JOC n° C282 du 31 oct. 1980

La loi applicable au contrat de transport maritime

Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, la Convention de Rome est devenue un instrument incontournable du droit international privé. Elle est selon William Tetley, « probablement la convention la plus importante de droit international privé »⁷.

Le champ d'application de la Convention est défini à l'article 1§1 qui prévoit que « les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles ». MM. Giuliano et Lagarde commentent dans leur rapport qu'« il importe de souligner que les règles uniformes de la convention ne sont applicables aux obligations susmentionnées que dans les situations comportant un conflit de lois. Cette précision a pour but de mieux définir l'objet propre des règles uniformes de la convention. On sait que la loi applicable aux contrats et aux obligations qu'ils engendrent n'est pas toujours celle du pays où les problèmes de leur interprétation ou de leur exécution sont mis en cause. Il y a des situations où cette loi n'est pas considérée par le législateur ou par la jurisprudence comme la mieux adaptée à régir le contrat et les obligations qui en résultent. Il s'agit des situations qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéité par rapport à la vie sociale interne d'un pays donnant aux systèmes juridiques de plusieurs pays vocation à s'y appliquer. C'est justement dans ces situations que les règles uniformes sont destinées à trouver application ». De plus, le libellé du paragraphe 1 signifie que les règles uniformes doivent s'appliquer dans tous les cas où la situation litigieuse donnerait lieu à un conflit entre deux ou plusieurs systèmes juridiques.

Ce principe est restreint par les dispositions énumérées aux paragraphes 2, 3 et 4. Parmi ces restrictions, le paragraphe 2(c) exclut « d'autres instruments négociables dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments découlent de leur caractère négociable ». Le rapport Giuliano-Lagarde explique : « lorsqu'une obligation est transférable, mais que le document dans lequel elle est consignée n'est pas considéré comme un instrument négociable, ce document n'entre pas dans le cadre de l'exclusion. Il en résulte que des documents tels que les connaissements et les documents similaires qui sont émis en relation avec des contrats de transport, les obligations, les cautionnements, les lettres de garantie, les warrants et les récépissés délivrés par les magasins généraux ne sont exclus sur la base de la lettre (c) que s'ils peuvent être considérés comme des instruments négociables et, même dans ce cas, l'exclusion ne s'applique qu'en ce qui concerne les obligations découlant de leur caractère

⁷ W.TETLEY, *International Conflicts of Law*, 1994, p 1032-1045.

La loi applicable au contrat de transport maritime

« négociable ». De même, le paragraphe 2(d) exclut du champ d'application de la Convention les conventions d'arbitrage et d'élection de for.

L'article 2 de la Convention énonce que « la loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant ». Cet article souligne le caractère universel des règles uniformes contenues dans la présente convention. Celle-ci ne s'applique pas seulement dans les situations comportant des éléments de rattachement avec l'un ou l'autre des Etats contractants. Elle a une vocation universelle en ce sens que les règles de conflit qu'elle édicte peuvent conduire à l'application de la loi d'un Etat non partie à la convention. En d'autres termes, la présente convention est une loi uniforme de droit international privé qui se substituera, dans la matière qu'elle couvre et sous réserve des autres conventions auxquelles les Etats contractants sont parties (voir l'article 21), aux règles de droit international privé en vigueur dans chacun des Etats contractants.

La Convention de Rome consacre le principe d'autonomie de la volonté, ne constituant ainsi que la réaffirmation d'une règle qui était consacrée dans le droit international privé de tous les États membres de la Communauté, ainsi d'ailleurs que dans la plupart des droits des autres pays. Ce principe de l'autonomie de la volonté des parties quant au choix de la loi applicable était également consacré tant par la jurisprudence arbitrale⁸ que par les traités internationaux⁹ ayant pour objet l'harmonisation de certaines règles de conflit en matière de contrats.

En vertu de la Convention, le choix des parties peut être expresse ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause (article 3). Les parties sont libres de choisir, explicitement ou implicitement, quelle sera la loi qui régira leur contrat. A défaut d'un tel choix, la Convention comporte également une disposition (article 4) qui prévoit que la loi applicable au contrat est celle du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Afin de déterminer le pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, la Convention prévoit une présomption générale : le critère de la prestation caractéristique (article 4§2),

⁸ Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) 12 juil. 1929, *Affaire des emprunts brésiliens*, Publications, Série A, n° 20 et 21, p. 122 ; Tribunal arbitral 28 août 1958, *Affaire Aramco*, International Law Reports, vol. 27, p. 117, 165 ; Sentence arbitrale 15 mars 1963, *Affaire Sapphire*, Annuaire suisse de droit international, 1963, p. 273 et s., obs. LALIVE ; Sentence arbitrale 19 janv. 1977, *Affaire Texaco Calasiatic*, International Legal Matters, 1979, p. 3, 11

⁹ Convention de La Haye 15 juin 1955, sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ; Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21 avril 1961

La loi applicable au contrat de transport maritime

définit comme « la prestation pour laquelle le paiement est dû »¹⁰. Cependant, cette présomption ne s'applique pas en matière de transport de marchandises. En effet, une présomption spéciale est prévue en matière de contrat de transport de marchandises (article 4§4), le transport de passagers restants soumis, quant à lui, à la présomption du paragraphe 2.

Ainsi en matière de détermination de la loi applicable au contrat de transport maritime, la Convention de Rome prévoit, d'une part, la liberté de choix des parties, et, d'autre part, qu'à défaut d'un tel choix, la loi applicable sera déterminée en fonction des présomptions établies dans ladite Convention.

Nous verrons donc, dans un premier temps, la liberté de choix des parties, avant de nous intéresser, dans un second temps, au défaut de choix des cocontractants.

¹⁰ Rapport sur la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M.GIULIANO et P.LAGARDE, JOC n° C282 du 31 oct. 1980

PREMIERE PARTIE : LA LIBERTE DE CHOIX DES PARTIES

Dans son premier paragraphe, l'article 3 de la Convention de Rome de 1980 pose pour principe « que le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». La Convention ne limite aucunement la volonté contractuelle quant aux lois pouvant être choisies. Le choix des parties est donc illimité. Il peut porter aussi bien sur une loi ayant un lien effectif avec le contrat que sur une loi tierce, neutre, sous réserve cependant, dans cette dernière hypothèse, du respect imposé aux parties par la Convention¹¹ des dispositions impératives édictées par l'Etat auquel se rattache normalement le contrat¹².

La volonté des parties jouit également d'une grande liberté quant au mode d'expression du choix de la loi applicable. En effet, l'article 3§1 poursuit en disant que « ce choix peut être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

Si le choix des parties peut être exprès (chapitre 1) ou implicite (chapitre 2), il est toutefois encadré par certaines limites (chapitre 3).

¹¹ Article 3-3

¹² Lois de police (Article 7 de la Convention)

Chapitre 1 : Le choix exprès des parties

La liberté laissée aux parties quant au choix du droit applicable au contrat de transport se traduit par l'inscription d'une clause dans ce contrat. Cette clause est généralement appelée « clause Paramount » (voir annexe 5). La clause Paramount est celle par laquelle les parties soumettent volontairement leur contrat de transport à une autre loi que celle qui a normalement vocation à le régir : il s'agit, comme la précise le doyen Rodière¹³, d'une « clause souveraine ».

La clause Paramount pour être applicable doit nécessairement remplir des conditions (section 1). Son champ d'application devra ensuite être précisé (section 2)

Section 1 : Les conditions d'applicabilité de la Clause Paramount

La rédaction des clauses Paramount poursuit toujours un même but : soumettre les contrats au régime juridique le plus favorable au rédacteur de contrat, c'est-à-dire, le transporteur. Pour que la clause soit applicable, elle doit être à la fois valable, c'est-à-dire, suffisamment lisible (§ 1), et opposable : elle doit avoir été connue et acceptée par le chargeur ou son représentant (§2).

Paragraphe 1 : Les conditions de validité de la clause Paramount

Ces conditions concernent à la fois la rédaction de la clause elle-même (A) et le rattachement du contrat à une loi (B).

¹³ R.RODIERE, Traité Général de Droit Maritime, Affrètements et Transports, Tome II, Librairie Dalloz ed. 1967, p. 434, n° 792.

A. La rédaction de la clause

Elle doit figurer sur le connaissement de façon suffisamment lisible. La jurisprudence a précisé que la clause doit être claire et précise.

Cette condition de lisibilité se caractérise par une exigence de certitude quant à la législation désignée : pour un transport, la législation applicable doit être individualisée ou individualisable de façon certaine, sinon le juge utilisera d'autres règles que la loi d'autonomie pour déterminer quelle loi régira le connaissement.

Un arrêt de la 2^{ème} Chambre civile de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹⁴ illustre bien cette exigence. En l'espèce, la Cour annule la clause Paramount en précisant qu' « elle ne permet pas de déterminer la législation applicable au contrat, compte tenu de l'alternative qu'elle comporte » et soumet le contrat à la loi française en vertu de l'article 16 de la loi de 1966.

B. Le rattachement obligatoire à une loi

Dans l'arrêt dit des « *Messageries maritimes* » du 21 juin 1950¹⁵, la Chambre civile de la Cour de cassation pose comme principe que « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat ». Cette décision donne la certitude que la volonté des parties n'est pas autonome, elle doit toujours être soumise à une loi pour opérer.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation confirme cette position dans un arrêt de 1992 dénommé « *Hilaire-Maurel* »¹⁶. Dans cette affaire, la clause Paramount du connaissement stipulait que, pour les transports maritimes non soumis de plein droit à la Convention de Bruxelles, les articles 1 à 8 de la dite Convention seraient applicables aux transports maritimes. Le but était d'éliminer l'article 9 de la Convention.

¹⁴ C.A Aix-en-Provence, 10 sept 1992, Droit Maritime Français (DMF) 1993, p. 349.

¹⁵ Cass.civ. 21 juin 1950, Rev. Crit. dr. int. Pr., 1950, p. 609, note BATIFFOL.

¹⁶ Cass.com. 1992, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1992, p. 495, note LAGARDE ; DMF 1992, p.289, note LEMAITRE

La loi applicable au contrat de transport maritime

Le Tribunal de commerce ayant condamné le transporteur à indemniser le destinataire en vertu des 4 et 9 de la Convention, la Cour d'appel de Paris¹⁷ a réformé le jugement et fait application des dispositions prévues au connaissance. La Cour adopte ainsi la thèse de l'incorporation de la loi dans le contrat : « Les limites que les parties avaient contractuellement fixées à l'application de la Convention ne pourraient être transgressées ou remaniées ».

La Cour de cassation censure la décision de la Cour de Paris au motif « que les parties qui conviennent de soumettre le contrat qu'elles concluent à une convention internationale, ne peuvent écarter celles de ses prescriptions auxquelles, si la convention internationale était applicable de plein droit, il ne saurait être dérogé à peine de nullité ».

Il faut noter que la décision est fondée sur les articles 4, 5 et 9 de la Convention de Bruxelles de 1924 non applicable de plein droit. Pour la Cour, le principe sur lequel elle fonde sa décision est donc un principe général de droit international privé, principe qui emporte directement condamnation de la théorie du contrat sans loi.

Paragraphe 2 : Les conditions d'opposabilité de la Clause Paramount

Selon la jurisprudence française¹⁸ la clause Paramount est une clause dérogatoire au droit commun, même si, en droit, elle paraît difficile à prouver. Les juges, cherchant à restreindre la portée des stipulations qui tendent à amoindrir la responsabilité du transporteur, y voient cependant un intérêt pratique. Les clauses Paramount ne sont donc pas automatiquement opposables au chargeur et au destinataire.

L'opposabilité de la clause au destinataire se fondant sur la jurisprudence existante en matière de clause attributive de juridiction, ce point sera examiné ultérieurement¹⁹.

¹⁷ CA Paris, 9 janv. 1990, DMF 1991, p. 116 ; DMF 1992, p.90 obs. P.BONASSIES

¹⁸ CA Paris, 5^{ème} Ch., 30 nov. 1993, DMF 1994, p. 554, note Y.TASSEL

¹⁹ voir Ch. 2, section 1, p. 35

La loi applicable au contrat de transport maritime

En ce qui concerne le chargeur, selon la jurisprudence française, pour être opposable la clause Paramount doit avoir été connue (A) et acceptée (B) par ce dernier ou son représentant²⁰, la preuve de cette acceptation devant être rapportée par le transporteur.

A. La connaissance de la clause

Tout transporteur qui remet à son cocontractant un connaissement ne contenant qu'un simple renvoi aux conditions générales, sans aucune précision au verso, verra prononcer l'inopposabilité de toutes les stipulations qui ne sont pas de droit commun, dont la clause Paramount. Tel est également le cas de la clause attributive de compétence qui sera examinée dans le chapitre 2²¹.

Contrairement à la clause de compétence, où la jurisprudence est abondante, la clause Paramount fait l'objet de décisions plus rares²². L'incertitude reste donc totale et il faudra attendre que les plaideurs avancent l'inopposabilité de la clause pour cause d'illisibilité pour connaître la position des juges.

La lisibilité de la clause ayant été prouvée, le transporteur doit rapporter la preuve de son acceptation.

B. L'acceptation de la clause

La jurisprudence dominante recherche l'acceptation de chargeur uniquement sur le document où est stipulée la clause : le connaissement. Ainsi, les « documents annexes » rédigés lors de l'émission du connaissement ne peuvent être pris en compte pour apprécier l'acceptation des clauses de contrat « de base » que si ces documents reproduisent les clauses invoquées, en l'espèce la clause Paramount.

²⁰ CA Paris, 14 mars 1985, DMF 1987, p. 364

²¹ voir p. 35

²² CA Paris, 5^{ème} Ch., 12 sept 2002, DMF 2003, p.665 ; CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001, BTL 2001, p. 122, DMF 2001, p. 313

La loi applicable au contrat de transport maritime

Depuis le décret du 12 novembre 1987²³, la signature du connaissement par le chargeur ou son représentant n'est plus obligatoire²⁴. Cependant cette signature reste en pratique déterminante. C'est la preuve que le chargeur a eu connaissance des clauses du contrat et qu'il les a acceptées. Peu importe que la signature se trouve au recto ou au verso du connaissement, « l'apposition du cachet et de la signature de son représentant au verso du connaissement où figure la clause permet de considérer que la clause a été acceptée »²⁵. De même, « le chargeur, signataire du titre de transport, ne peut prétendre ignorer la teneur d'une clause attributive de compétence sous prétexte qu'il n'a pas apposé sa signature au verso »²⁶.

Toutefois, dans une décision plus récente²⁷, l'acceptation de la clause par le chargeur a été critiquée par le Pr. Yves TASSEL, principalement au motif que l'article 10(c) de la Convention de Bruxelles n'exige pas l'acceptation par le chargeur de ladite clause.

Il faut, enfin, préciser le moment auquel doit intervenir l'acceptation des clauses par le chargeur. Selon la jurisprudence²⁸ « les clauses insérées au connaissement n'ont de valeur contractuelle que s'il est établi que le chargeur en a eu la connaissance et les acceptées au plus tard le jour où le contrat de transport est conclut, cette preuve pouvant instamment résulter de la signature du connaissement ». Il ne fait pas de doute que cette jurisprudence rendue en matière de clause attributive de compétence s'applique à l'opposabilité de la clause Paramount.

Une fois la validité et l'opposabilité de la clause démontrées, il reste à déterminer son champ d'application.

Section 2 : Le champ d'application de la clause Paramount

La clause Paramount va déterminer le droit applicable au contrat de transport. Si dans la grande majorité des espèces, elle désignera la Convention de Bruxelles, originelle ou modifiée, il ne faut en aucun cas écarter la désignation d'autres lois. C'est cette norme désignée qui va déterminer l'étendue de la mise en œuvre de la loi d'autonomie (§ 1). Du fait

²³ Décret n° 87-992, 12 nov. 1987, JO 18 nov., p. 13432

²⁴ Cette signature a longtemps été imposée par l'article 37 du décret du 31 dec. 1966

²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 dec. 1991, n° 90-10.078, n° 1669, Lamyline

²⁶ CA Aix-en-Provence, 22 fev. 1990, BT 1990, p.220

²⁷ CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001, BTL 2001, p. 122, DMF 2001, p. 313

²⁸ Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-11.718, Lamyline

du caractère impératif des textes applicables en la matière, ce principe a une portée considérable (§ 2).

Paragraphe 1 : La détermination du champ d'application par la norme désignée.

Lorsque la clause Paramount désigne un texte comme étant applicable au contrat, ce texte va commander le champ d'application de la clause. Il convient par conséquent d'examiner rapidement quelles sont les principales normes susceptibles d'être applicables en France, c'est-à-dire la Convention de Bruxelles, dite Règles de La Haye (A), la loi française de 1966 (B) et la Convention de Hambourg (C).

A. Les Règles de La Haye

La Convention de Bruxelles définit elle-même son champ d'application. Elle pose d'une part un critère formel à l'article 1(b) qui dispose que la Convention « s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre pour le transport de marchandises par mer ».

D'autre part, elle pose un critère spatial et temporel. Dans l'espace, la Convention originelle n'exige pas que les transports aient un caractère international : elle devrait pouvoir s'appliquer en toutes circonstances²⁹. La réforme de 1968 a eu, notamment, pour objet de remédier aux insuffisances de la Convention de 1924. Aux termes du nouvel article 10, la Convention s'applique si le transport a un caractère international : il doit s'agir d'un transport entre deux Etats différents³⁰.

Dans le temps, l'article 1(e) de la Convention précise qu'elle s'applique depuis le chargement des marchandises à bord du navire jusqu'à leur déchargement du navire ». La Convention ne s'applique ainsi qu'à la phase maritime du transport. Le Doyen Rodière dans son traité confirme que « quand la Convention vise le transport des marchandises, elle couvre le temps écoulé depuis le chargement des marchandises à bord du navire, jusqu'à leur déchargement du

²⁹ R.RODIÈRE, *Affrètements et Transports*, Tome II, ed. 1967, p. 376 n° 743.

³⁰ Lamy Transport, Tome II, ed. 2004, p. 401 n° 402 et s.

La loi applicable au contrat de transport maritime

navire ». Le chargement est entendu de manière étroite par la jurisprudence : pour celle-ci, il ne comprend que la saisie des marchandises à quai à proximité du navire pour être hissée ou introduite dans celui-ci³¹. Le déchargement a, quant à lui, été précisé dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence comme étant « l'opération qui consiste à enlever la marchandise du navire pour la mettre à quai. Il prend fin lorsque celle-ci se termine et que la chose transportée peut être acheminée d'une manière terrestre »³².

Les opérations de transports hors du champ d'application de la Convention de Bruxelles seront quant à elles régies par la loi française.

B. La loi française de 1966

L'application de la loi française du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes est déterminée par les articles 15, 16 et 17.

L'article 15, dans sa dernière phrase, précise que « les dispositions de ce présent titre s'appliquent depuis la prise en charge jusqu'à la livraison ». De même l'article 27 de cette loi prévoit que « le transporteur est responsable des pertes ou dommages subis par la marchandise depuis sa prise en charge jusqu'à la livraison ». S'il résulte d'une telle définition une plus grande souplesse dans les rapports entre les parties au transport qui peuvent choisir d'avancer ou de retarder la réalisation matérielle de ces opérations juridiques, le corollaire est l'imprécision matérielle des notions de prise en charge et de livraison.

Si le transporteur maritime ne peut échapper au régime légal, dès lors qu'il a pris la marchandise en charge, et tant qu'il n'en a pas effectué la livraison à destination, du moins peut-il jouer, dans une certaine mesure, sur les moments de prise en charge et de livraison. Cela en précisant, dans le transport, l'instant auquel ces opérations juridiques se produiront. Comme l'article 38 du Décret du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes met obligatoirement les opérations de chargement et de déchargement à la charge du transporteur, prise en charge et livraison de la marchandise ne peuvent avoir lieu à un moment qui exclurait ces opérations.

³¹ CA Aix-en-Provence, 5 mai 1987, DMF 1988, p. 384

³² CA Aix-en-Provence, 2^{ème} Chambre civile, 24 nov. 1994, Rev. Scapel 1995, p. 16 n. J.BONNAUD.

La loi applicable au contrat de transport maritime

La prise en charge aura lieu, au plus tard, au début des opérations de chargement : il s'agit de l'opération à la fois matérielle et juridique par laquelle le transporteur prend possession effective de la marchandise et l'accepte pour la transporter. Par cette opération, le transporteur acquiert la maîtrise juridique de la marchandise, en vue de lui permettre d'exécuter ses obligations de transporteur : il s'agit de l'instant où le transporteur procède à la reconnaissance de la marchandise qui lui a été confiée.

La livraison aura lieu au plus tôt à la fin des opérations de déchargement : la jurisprudence a « matérialisé » la notion de livraison. Jusqu'alors, elle n'y voyait qu'une opération juridique simplement dépendante d'un accord de volonté³³. Désormais, l'accord de volonté ne suffit pas à caractériser la livraison³⁴. Il faut que la détention matérielle de la marchandise ait été transmise au destinataire. Il ne peut y avoir livraison sans transmission de la détention. C'est l'opération par laquelle le destinataire ou son représentant reprend la maîtrise de la marchandise par une reconnaissance symétrique³⁵.

L'article 16 alinéa 1 précise qu'elle « est applicable aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention ». Ainsi, si le transport est international et que la convention n'est pas applicable : si le transport est à destination de la France, au départ d'un pays non signataire de la convention, et le connaissement étant émis dans un pays non signataire, la loi française se verra appliquée à condition qu'il n'y ait pas de clause Paramount dans le connaissement renvoyant à la convention.

Concernant le champ d'application, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation indique clairement que si :

« En vertu de son article 10 (a) ou (b), la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, telle qu'amendée par le Protocole du 23 février 1968, avait vocation à régir la responsabilité du transporteur maritime, elle

³³ CA Aix-en-Provence, 13 mars 1987, DMF 1989, p. 163 n. P.BONASSIES.

³⁴ Cass.com, 17 nov. 1992, DMF 1993, p. 563, n. P.BONASSIES.

³⁵ A.VIALARD, Droit Maritime, p. 374, PUF, Collection Droit Fondamental, 1^{ère} ed. 1997.

La loi applicable au contrat de transport maritime

ne s'appliquait cependant, selon son article 1(e), qu'à la responsabilité encourue par lui pendant le temps écoulé depuis le chargement des marchandises à bord du navire, jusqu'à leur déchargement ; que la Cour d'appel en a exactement déduit, dès lors que le transporteur maritime soutenait que le dommage avait une cause antérieure au chargement ou postérieure à son déchargement, que sa responsabilité devait s'apprécier sur le fondement de la loi du 18 juin 1966 qui est applicable, au terme de son article 16 alinéa 1^{er}, aux transports, effectués au départ d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention ».

La Cour ne se prononce pas en l'espèce, au fond, sur la portée de la clause Paramount. Cependant, sa décision, éclairée par le rapport du Conseiller Rémy, semble impliquer qu'une clause Paramount qui se borne à déclarer un transport soumis aux dispositions de la Convention de Bruxelles n'étend pas ses dispositions aux phases antérieures au chargement et postérieures au déchargement. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que la clause prévoit expressément que les dispositions de la Convention de 1924 régiront les dites phases.

Enfin, la loi française s'applique également à défaut de connaissance ou de document similaire ; il n'y a pas ici de critères formels comme dans la Convention de Bruxelles. Elle s'applique aussi en fonction de la nature de la marchandise excluant la Convention de Bruxelles (animaux vivants) ou pouvant l'exclure (transports spéciaux), ou en fonction de l'arrimage (les marchandises en pontée sont exclues de la Convention de Bruxelles).

Un autre texte principal susceptible d'être applicable en France, et dont la détermination du champ d'application suit la même méthode que celle de la loi française, est la Convention des Nations Unies de 1978 plus souvent appelée « Règles de Hambourg ».

C. Les Règles de Hambourg

Les Règles de Hambourg, appellation consacrée de la Convention des Nations Unies du 31 mars 1978 sur le transport des marchandises par mer, sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre 1992. La France, comme beaucoup d'autres grandes Nations maritimes, n'a pas ratifié ce texte. Le domaine d'application de cette Convention est déterminé dans son article 2, § 1 et 2 :

« 1. Les dispositions de la présente convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents lorsque :

- a) le port de chargement prévu dans le contrat de transport par mer est situé dans un Etat contractant, ou
- b) le port de déchargement prévu dans le contrat de transport par mer est situé dans un Etat contractant, ou
- c) l'un des ports à option de déchargement prévus dans le contrat de transport par mer est le port de déchargement effectif et que ce port est situé dans un Etat contractant, ou
- d) le connaissement ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer est émis dans un Etat contractant, ou
- e) le connaissement ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat.

2. Les dispositions de la présente convention s'appliquent quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du transporteur substitué, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée. »

Nous n'examinerons pas ici les Règles de Hambourg, mais voyons succinctement les interprétations de ces règles par la jurisprudence française.

Le principe est l'éviction des Règles de Hambourg. Un premier jugement rendu en 1994³⁶ (l'affaire G & C Admiral) laisse à penser que le Tribunal de commerce de Marseille n'aurait pas appliqué les Règles de Hambourg, même après l'entrée en vigueur de celles-ci, au motif que « attendu qu'au surplus, la requérante a cité (le défendeur) devant une juridiction française ; que la France n'a pas encore ratifié la Convention de 1978 ; qu'elle est par contre

³⁶ TC Marseille, 15 fev. 1994, Rev. Scapel, 1994, p. 105.

La loi applicable au contrat de transport maritime

liée comme la Belgique, au départ duquel le transport a été réalisé, par la Convention de Bruxelles ; que le tribunal de céans ne pouvait appliquer une convention qui lui est étrangère, seule la Convention de Bruxelles est applicable dans le présent litige ».

Dans l'affaire *Teesta*³⁷ la Cour de cassation rejette le pourvoi en des motifs d'une brièveté tout à fait remarquable : « attendu qu'ayant relevé que la France n'était pas partie à la Convention de Hambourg, l'arrêt énonce à bon droit que celle-ci n'est pas applicable par les juges français en tant que convention internationale ».

Dans cette même affaire, la précision « en tant que convention internationale » signifie que la Convention de Hambourg pourra être appliquée par le juge français, mais sur un autre fondement que celui de sa nature de convention internationale.

S'agissant d'une question relative au droit des obligations contractuelles, ce sont les dispositions de la Convention de Rome de 1980 qui doivent guider le juge français. Les dispositions de la Convention de Hambourg pourront être appliquées en tant que loi choisie par les parties (article 3.1 de la Convention). Il en sera ainsi quand le connaissance contiendra une clause renvoyant expressément, ou d'une façon certaine, à la Convention de Hambourg, en particulier une clause Paramount se référant aux Règles de Hambourg. Dans l'affaire *Navires Vassili Klochkov et Klim Voroshilov*³⁸ la Cour suprême souligne avec netteté que la Convention de Hambourg peut être mise en œuvre par la Cour d'appel « non pas en tant que dispositions d'un traité international non ratifié par la France, mais comme faisant partie de la législation maritime choisie par les parties au moyen d'une clause Paramount ».

De même, la Convention de Hambourg pourra - et devra - être appliquée par le juge français dans le cas où ladite Convention apparaîtra au juge comme « la loi applicable à défaut de choix », visée par l'article 4 de la Convention de Rome. On sait que cette loi est, en règle générale, la loi du pays avec lequel le contrat « présente les liens les plus étroits ». Quand, soit le port de chargement, soit le port de déchargement appartient à un Etat signataire de la Convention de Hambourg, rien ne paraît devoir interdire aux juges français saisis de conclure

³⁷ Cass.com, 28 mars 2000, DMF 2000, n° 609, p. 920, n. P.BONASSIES

³⁸ Cass.com, 7 dec. 1999, DMF 2000, n° 609, p. 903, n. F. LE LOUER

La loi applicable au contrat de transport maritime

que cet Etat est le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, et d'appliquer la Convention de Hambourg en tant que loi de ce pays.

Ce principe suivant lequel le champ d'application de la clause suit celui de la Convention désignée qui est toujours impérative est d'une grande portée : il suppose le rejet de la théorie du sectionnement par les parties de la loi désignée comme applicable au transport.

Paragraphe 2 : Le rejet du sectionnement juridique du contrat par les parties.

Il faut tout d'abord distinguer d'une part, le sectionnement juridique de contrat du transport maritime qui est de droit, dès lors que la Convention de Bruxelles s'applique : pour les opérations antérieures au chargement et postérieures au déchargement, c'est la loi française qui s'applique, et pour la phase proprement maritime du transport, c'est la Convention de Bruxelles. Et d'autre part, le sectionnement juridique du contrat par les parties, qui sera traité ici.

Il s'agit de savoir si les parties au contrat de transport maritime international peuvent, par une clause Paramount, déclarer par exemple que le contenu des obligations du transport sera régi par tel texte et que la responsabilité de celui-ci sera régie par un autre.

Au plan théorique, le principe de la loi d'autonomie consacré par la Convention de Rome de 1980 permet un tel sectionnement conventionnel. En effet, l'article 3 précise que « les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

Appliquer ce principe au transport international de marchandises reviendrait à annihiler tout le système de la protection de la partie faible au contrat : celui qui stipule pouvant réduire ou élargir à volonté les champs d'application des textes désignés dans la clause Paramount. Mais les rédacteurs nationaux et internationaux en matière de transport ont pris soin de donner une valeur d'ordre public aux règles posées. Dès lors, la clause Paramount subit « la loi du tout ou rien ». Dès que la clause désigne un texte pour régir le contrat, ce texte s'applique entièrement, toute clause y dérogeant est réputée nulle.

La loi applicable au contrat de transport maritime

C'est ce principe que reprend la jurisprudence *Hilaire-Maurel*³⁹. Ainsi, la rédaction de la clause Paramount doit toujours être alternative et jamais cumulative.

La jurisprudence britannique reprend la même solution⁴⁰. Le caractère d'ordre public des textes concernés étant indiscuté, c'est sur celui-ci que se base la règle. En matière de transport, les parties n'ont pas la libre disposition de leur droit : une fois la norme désignée, elle s'applique dans son ensemble.

Néanmoins, et c'est fondamental, l'hypothèse jusqu'ici développée concerne des clauses Paramount désignant une convention internationale dans le cas de transport soumis soit à la convention désignée, soit à une loi impérativement applicable à titre subsidiaire, au cas où la clause Paramount serait réputée non écrite, car justement elle sectionne conventionnellement le contrat.

Mais que penser d'un connaissement qui, sans faire aucune référence à la convention internationale, contiendrait des dispositions de cette convention et d'autres clauses, favorables au transporteur ? Dans ce cas, on ne voit pas pourquoi le juge refuserait de les appliquer dans la mesure où le transport considéré échappe au champ d'application de la convention ou de tout autre texte impératif.

Les juges français ont admis ce raisonnement dans un arrêt de la Cour d'appel de Rouen⁴¹. La clause d'un connaissement prévoyait que « le contrat manifesté dans le présent connaissement est régi par la loi française à l'exception des dispositions contraires dans la présente ». En l'espèce, la Cour rejette les prétentions de la marchandise au motif que : « attendu que l'article 31 du connaissement précise clairement que la loi française ne sera qu'un simple contrat d'adhésion, les clauses immédiatement lisibles sur le connaissement, au moment de la signature, primant sur toute autre disposition ; que ni la loi française, ni la convention internationale ne s'imposent aux parties au titre d'ordre public ».

En l'espèce, la clause Paramount comme toutes les autres clauses ne sont pas régies par un texte d'ordre public. Le fondement juridique de la clause 31 du connaissement n'est pas la loi

³⁹ précitée p. 12 n° 16

⁴⁰ Cour d'Appel de Grande Bretagne, 1^{er} avril 1976, Rev. Unidroit 1977. I, p. 259

⁴¹ CA Rouen, ch. civ., 17 dec. 1987, DMF 1989, p. 440

La loi applicable au contrat de transport maritime

française, ni tout autre texte interdisant le sectionnement par les parties, mais le principe de la loi d'autonomie telle que consacrée le 5 décembre 1910 par la Cour de cassation dans l'arrêt « *Messageries Maritimes* » : dès qu'il en est ainsi, les parties peuvent sectionner le texte désigné par eux en temps que « contrat d'adhésion ».

A défaut de loi expressément désignée par les parties, les juges rechercheront dans le contrat le choix des parties résultant des dispositions dudit contrat.

Chapitre 2 : Le choix implicite des parties

Selon l'article 3 de la Convention de Rome de 1980, ce choix implicite des parties doit résulter « de façon certaine des disposition du contrat ou des circonstances de la cause ». En ce cas, les commentaires exprimés – notamment ceux dans le rapport présenté au Conseil – donnent à penser que pourra être maintenue la jurisprudence arbitrale prévalante quant à l'application de la *lex fori* comme loi supplétive, par le fait même de la désignation du lieu de l'arbitrage dans la clause compromissoire ou dans le règlement d'arbitrage auquel cette clause fait référence.

Plus généralement, et c'est la source d'un contentieux récurrent, une clause attributive de juridiction pourra éventuellement être considérée comme un indice suffisamment clair de la volonté des parties de soumettre leur contrat à la loi du juge choisi.

Nous examinerons donc, dans un premier temps, le cas des clauses attributives de juridiction, avant de voir celui des clauses compromissoires.

Section 1 : Les clauses attributives de juridiction

La clause attributive de juridiction est la clause par laquelle les parties au contrat désignent quel tribunal sera compétent pour connaître du litige à naître éventuellement entre eux (voir annexes 5). La licéité d'une telle clause s'apprécie en fonction, soit de la loi propre du contrat,

soit de la loi du lieu d'émission du connaissance. Cette clause, si elle est valide, sera donc appréciée en fonction de la loi applicable au contrat (§1). Selon cette loi applicable, il sera examiné si la clause est opposable au destinataire, partie qui, en général, soumet le litige aux juges (§2).

Paragraphe 1 : La validité des clauses attributives de compétence

Nous examinerons la validité de ces clauses en fonction du droit conventionnel européen, droit que le juge français est tenu respecter. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (voir annexe 3) crée entre les Etats de l'Union européenne un espace judiciaire dans lequel est réalisée une certaine harmonisation des fonctions juridictionnelles, tant en ce qui concerne la compétence directe que la compétence indirecte. Parmi les règles de compétence directe que pose la Convention, celles qui régissent les attributions conventionnelles de compétence sont prévues à l'article 17. Cette Convention a été remplacée par le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 du Conseil de l'Union européenne concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale (voir annexe 4), qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002. Le choix de la forme du règlement, plus contraignant que la Convention répond à la finalité d'unification des règles de compétence. Après étude des prescriptions de forme telles qu'elles sont appliquées (A), il conviendra d'examiner les conditions de mise en œuvre de la Convention (B).

A. La teneur des règles de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968

L'article 17 de la Convention dispose que :

« Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

La loi applicable au contrat de transport maritime

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. (...) ».

Ces dispositions sont reprises à l'article 23 du Règlement de 2000, et, contrairement à la Convention, il permet aux parties de ne pas donner à la clause de juridiction une portée exclusive (« Cette compétence est exclusive sauf convention contraire des parties »)⁴². Il dispose également dans un nouveau paragraphe 2 que « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite »⁴³.

Les dispositions de l'article 17 permettent de distinguer celles qui font une place à l'écrit (1) et celles qui font davantage appel à la pratique (2).

1. Les dispositions relatives à l'écrit

Certaines dispositions s'appliquent lorsqu'il existe une convention écrite. Dans l'arrêt *Tilly Russ*⁴⁴, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a décidé qu'il est satisfait à cette condition, s'agissant d'une clause de compétence d'un connaissance de transport maritime, « si le consentement des deux parties aux conditions du connaissance comportant ladite clause a été exprimé par écrit ». Il ne fait pas de doute, dans ce cas, avait estimé M. Bonassies, que la clause de compétence répond aux exigences de la Convention et qu'elle est donc opposable au chargeur.

⁴² pour voir l'intégrale du Règlement du 22 dec. 2000, consulter le site : www.europa.eu.int/eur-lex

⁴³ P.BONASSIES, L'entrée en vigueur du règlement communautaire n°44-2001 du 22 décembre 2000 (...), *Revue Scapel*, 2002, n° 2, p. 48

⁴⁴ Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) 19 juin 1984, DMF 1985, p. 83 n. P.BONASSIES

La loi applicable au contrat de transport maritime

En 1976⁴⁵ la CJCE avait répondu par la négative à la question de savoir si les exigences d'une convention écrite étaient satisfaites lorsque la clause est imprimée dans les conditions générales imprimées au verso du contrat signé par les parties : « la simple impression, sur le verso d'un contrat établi sur le papier d'affaires de l'une des parties, d'une clause attributive de juridiction dans le cadre des conditions générales de cette partie ne satisfait pas aux exigences de l'article 17, aucune garantie n'étant donnée par ce procédé que l'autre partie a consenti effectivement à la clause dérogatoire au droit commun en matière de compétence judiciaire ».

La Cour de Justice a considéré par ailleurs comme « convention écrite » répondant aux exigences de l'article 17 la clause de compétence figurant dans un écrit séparé et comportant le consentement exprimé par écrit du chargeur. Cette hypothèse n'est guère connue de la pratique maritime, mais elle n'est en rien contraire aux principes de droit maritime, précise M. Bonassies⁴⁶.

Enfin, une autre hypothèse retenue par la CJCE est celle des renvois successifs. La Cour avait considéré que l'exigence de forme écrite était remplie « lorsque, dans le texte de leur contrat, les parties se sont référées à une offre qui, à son tour, renvoyait de manière expresse à des conditions générales comportant (la) clause attributive de juridiction ». Les conditions du renvoi valable avaient été définies par la Cour : il doit être « explicite, susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale » et « les conditions générales comportant la clause » ainsi que « l'offre à laquelle il est renvoyé » doivent avoir « été communiquées à l'autre partie contractante ».

Les cas de renvois de connaissements à des clauses attributives de compétence contenues dans d'autres documents sont connus du droit maritime. La jurisprudence française est traditionnellement très rigoureuse dans l'appréciation de tels renvois.

Dans d'autre cas, il peut y avoir confirmation par écrit d'une convention verbale. Le sens dans lequel la double exigence de la convention verbale et de la confirmation écrite doit être entendue a été donné par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans ses arrêts

⁴⁵ CJCE 14 dec. 1976, (2 arrêts) *Salotti di Colzani et Segoura*, Rev. crit. 1977.589

⁴⁶ DMF 1985, p. 91

*Segoura*⁴⁷ et *Tilly-Russ*⁴⁸. Les auteurs sont unanimes pour admettre, dans la ligne de l'arrêt *Segoura*, que ne constitue pas une convention verbale d'attribution de juridiction, la convention verbale par laquelle les parties ont conclu un contrat aux conditions générales de l'une d'elles contenant une clause de compétence. La convention verbale doit porter spécialement sur le problème de la juridiction. Dans ce cas il importe peu que les parties soient convenues de la juridiction en considération de la clause que l'une d'entre elles avait l'habitude d'imposer à ses partenaires et avait, pour cette raison, insérée dans ses conditions générales.

Au sujet de la confirmation écrite, l'arrêt *Segoura* avait toutefois été très exigeant. La Cour avait en effet décidé, dans cette affaire concernant un contrat de vente, qu'il n'était satisfait aux exigences de forme posées par l'article 17, dans le cas d'un contrat conclu verbalement, que « si la confirmation écrite du vendeur avec communication des conditions générales de ventes avait donné lieu à une acceptation écrite de l'acheteur ». En outre, elle avait considéré que « le fait, pour l'acheteur, de ne pas élever d'objection contre une confirmation émanée unilatéralement de l'autre partie ne vaut pas acceptation en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, sauf si l'accord verbal se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre parties, établis sur base des conditions générales de l'une d'entre elles comportant une clause attributive de juridiction ». La Cour pose ainsi des conditions très strictes en ce sens que la confirmation écrite doit plutôt être analysé comme une offre écrite de contracter sur une élection de for. Cette rigueur n'est d'ailleurs pas été approuvée par la doctrine⁴⁹.

En 1984, la position de la CJCE s'est assouplie. En effet, dans son arrêt *Tilly-Russ*, elle décide, au sujet de la convention verbale confirmée par écrit, qu'une clause attributive de juridiction figurant dans les conditions imprimées sur un connaissance satisfait à cette condition posée à l'article 17 de la convention :

- « si la clause attributive de juridiction a fait l'objet d'une convention verbale antérieure entre les parties portant expressément sur cette clause, et dont le connaissance, signé par le transporteur, doit être considéré comme confirmation écrite ;

⁴⁷ CJCE, 14 dec. 1976, Rev. crit. 1977, p. 576, n. E.MEZGER

⁴⁸ CJCE, 24 juin 1984, DMF 1985, p. 83, n. P.BONASSIES ; Rev. crit. 1985, p. 385, n. H.GAUDEMET-TALLON

⁴⁹ voir notamment P.GOTHOT et D.HOLLEAUX, La Convention de Bruxelles de 27 septembre 1968, Compétence judiciaire et effets des jugements dans la C.E.E., Jupiter, 1985

La loi applicable au contrat de transport maritime

- ou si le connaissement se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre les parties, dans la mesure où il est établi ainsi que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant ladite clause ».

La Cour réaffirme dans cet arrêt que la convention verbale doit porter expressément sur l'attribution de compétence ; une convention verbale globale portant sur les conditions du transport est donc exclue. Sur la confirmation écrite, l'arrêt *Tilly-Russ* a cependant infléchi la jurisprudence antérieure. Sensible sans doute aux diverses observations critiques relatives à la « double confirmation écrite », la Cour a retenu que le connaissement signé par le transporteur (seul) devait être considéré comme confirmation écrite, dès lors que l'existence d'une convention verbale ayant porté de manière spécifique sur la question de la compétence juridictionnelle est attestée.

2. Les dispositions relatives à la pratique

Nous pouvons distinguer deux circonstances relevant de la pratique : d'une part, les habitudes des parties entre elles, et, d'autre part, les usages du commerce international.

La notion de « rapports commerciaux courants entre les parties » était entrée dans la jurisprudence de la Cour de Justice par l'arrêt *Segoura*. Cette notion a ensuite été reprise par l'arrêt *Tilly-Russ* et n'est devenue une condition inscrite dans l'article 17 qu'avec la troisième modification de la Convention⁵⁰. Déjà, elle figurait comme condition autonome à l'article 17 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988.

Dans l'arrêt *Segoura*, la Cour de Justice avait admis, à titre exceptionnel, que si l'accord verbal se situait dans le cadre de rapports commerciaux courants entre les parties, établis sur la base des conditions générales de l'une d'elles, comportant une clause attributive de juridiction, le silence du destinataire de la confirmation écrite valait acceptation. Les « rapports commerciaux courants entre parties » ne remplacent pas la convention verbale. Ils sont envisagés comme « l'environnement » dans lequel une convention verbale dont la confirmation écrite n'est pas contestée peut constituer une attribution de juridiction au sens de

⁵⁰ le 26 mai 1989 - adhésion de l'Espagne et du Portugal

La loi applicable au contrat de transport maritime

l'article 17. Ils définissent donc les circonstances de conclusion de la convention verbale d'élection de for en raison desquelles le caractère unilatéral de la confirmation est considéré comme suffisant pour que l'attribution de juridiction soit conforme à l'article 17.

Dans l'arrêt *Tilly-Russ*, la Cour reprend la solution pour une affaire relative au transport maritime. Mais, en plus, elle envisage une seconde hypothèse dans laquelle elle prend en considération d'une autre manière les « rapports commerciaux entre les parties ». La convention verbale n'est plus indispensable : une clause attributive de juridiction non signée par le chargeur peut encore satisfaire aux exigences posées à l'article 17 de la Convention, « même en l'absence d'une convention verbale antérieure portant sur ladite clause », énonce la Cour, si l'établissement du connaissement fait partie des « rapports commerciaux courants entre le chargeur et le transporteur », dans la mesure où il serait ainsi établi que ces rapports sont dans leur ensemble régis par des conditions générales, comportant cette clause attributive de juridiction du transporteur, et que les connaissements sont tous établis sur des formulaires pré-imprimés comportant systématiquement une telle clause.

Avec la modification de 1989, l'article 17, alinéa 1(b), vise la convention attributive de juridiction conclue « sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ». Condition désormais autonome par rapport à celles relatives à la forme écrite qui font l'objet du (a), l'exigence de la « forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles », a même valeur que celle de la « convention écrite » ou de la « convention verbale avec confirmation écrite ». L'alinéa (b) consacre ainsi la jurisprudence *Tilly-Russ* dans laquelle la Cour avait pris des libertés par rapport au texte de l'article 17 de la Convention.

Concernant les usages du commerce international, l'article 17 a été modifié une première fois par la Convention du 9 octobre 1978⁵¹ qui a retenu la stipulation des clauses « dans le commerce international, en une forme admise par les usages dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître ».

Lors de la modification du 26 mai 1989, à l'occasion de laquelle l'article 17 a pris sa structure actuelle, cette forme a été inscrite au point (c) de l'alinéa 1 et le texte adopté en 1978 a été

⁵¹ adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume Uni

La loi applicable au contrat de transport maritime

complété. Désormais, la clause de compétence est conclue « dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».

Le motif de l'usage ne peut donc permettre de déclarer conforme à ces dispositions une clause de compétence que s'il s'agit d'un usage bien établi qui n'échappe pas à la connaissance des parties. D'un autre côté, la forme concernée n'est admise que « dans le commerce international » et non dans n'importe quel contrat international.

Une fois les conditions de forme de l'article 17 examinées, reste à voir ses conditions de mise en œuvres.

B. Les conditions de mises en œuvres de l'article 17

L'article 17 pose ici une condition de domicile dans un Etat contractant (1), dont l'existence sera ensuite examinée (2).

1. Le domicile dans un Etat contractant

L'article 17 vise les parties « dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant ». Cette condition présente un double aspect : un général et un particulier.

Le premier de ces aspects est celui de la condition du domicile en général dans la Convention de Bruxelles. Celle-ci ne donne aucune définition de la notion de domicile. En raison des divergences de conceptions, les rédacteurs ont opté pour la désignation de la loi applicable en vue de faciliter l'application de la Convention⁵². Elle pose les règles relatives à la détermination du domicile dans son titre V intitulé « dispositions générales ». Ainsi, l'article

⁵² P.JENARD, Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 59/1 du 05/03/1979.

La loi applicable au contrat de transport maritime

52 figurant audit titre dispose que « pour déterminer si une partie a son domicile sur le territoire de l'Etat contractant dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne.

Lorsqu'une partie n'a pas de domicile dans l'Etat dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un Etat contractant, applique la loi de cet Etat ».

L'article 53 assimile le siège des sociétés et des personnes morales au domicile pour l'application de la Convention et précise qu'il est déterminé suivant les règles de droit international privé du juge saisi.

Le domicile constitue le critère sur lequel repose le titre II de la Convention, lequel est intitulé « Compétence ». Ce critère de rattachement, qui prend une place de plus en plus importante en droit international privé, permet d'étendre l'application de la Convention à tous ceux qui sont établis sur le territoire de la Communauté. Hormis les articles 16 et 17, les règles du titre II étant facultatives pour le demandeur, celui-ci peut assigner le défendeur devant le juge de son domicile. Le domicile du défendeur constitue ainsi le critère de rattachement principal et déterminant sur lequel reposent les règles de compétence directe de la Convention.

Quant au second aspect, la condition du domicile en particulier dans l'article 17 de la Convention, aucune distinction n'est faite dans l'énoncé de cette article par rapport à la position procédurale des parties : celle-ci doit rester indifférente. Ainsi, même dans l'hypothèse où une seule partie a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, qu'elle soit demandeur ou défendeur, l'article 17 est applicable.

P. Gothot et D. Holleaux⁵³, font valoir notamment la nécessaire égalité des parties devant les conséquences d'un contrat. Cette égalité serait rompue si un accord de juridiction ne revêtait pas la même efficacité pour les parties qui l'ont souscrit. Ayant été conventionnellement établie, avant tout procès, la compétence juridictionnelle doit s'imposer aux parties de la même manière.

Enfin, l'article 17 ne s'applique pas à une clause qui ne relève pas de l'ordre international et qui ne modifie que la compétence des juridictions de l'Etat contractant où les parties sont domiciliées. Au contraire, dès lors qu'il s'agit d'une clause relative à une affaire d'ordre

⁵³ Précité note n° 49

La loi applicable au contrat de transport maritime

international, même si les parties sont domiciliées dans un même Etat contractant, l'article 17 est applicable. Cependant, l'affaire en cause doit « (mettre) en jeu des rapports internationaux, condition qui n'est pas remplie par le simple choix d'une juridiction d'un Etat déterminé ».

Reste à déterminer le moment où le domicile doit être constaté dans la Communauté.

2. Le moment de la vérification du domicile

Le domicile d'une des parties au contrat peut avoir changé entre le moment de la conclusion d'une convention de compétence et le moment où le tribunal est saisi d'une demande pour un litige à l'occasion duquel l'article 17 pourrait trouver à s'appliquer. Dans l'hypothèse où seule une partie contractante avait son domicile dans la Communauté au moment de la conclusion de l'accord attributif de compétence à la juridiction d'un Etat contractant, si le changement de domicile en dehors de la Communauté concerne cette partie, la question s'est posée de savoir si l'article 17 pourrait encore s'appliquer dans une instance engagée alors que plus aucune partie n'a son domicile dans la Communauté. La même question s'est posée dans la situation inverse, celle où aucune des parties n'avait son domicile dans la Communauté au moment de la formation de l'accord désignant un tribunal dans un Etat de la Communauté mais où l'une d'elles se trouve domiciliée dans la Communauté au moment de l'action en justice. La condition du domicile de l'une des parties au moins sur le territoire de la Communauté est-elle réalisée dans l'une des ces hypothèses ou dans l'une et l'autre ?

La doctrine n'est pas unanime sur ce sujet. En effet, il y a ici controverse entre l'appréciation de la condition *au moment de la conclusion de l'accord* et l'appréciation de la condition *au moment de la saisine de la juridiction*⁵⁴. En droit des transports maritimes, cette question de domicile se présente dans certains cas d'une manière différente par rapport au schéma habituel. Il y a, en effet ici, la présence de cette troisième personne qu'est le destinataire, qui, en général, n'est pas celui qui a conclu le contrat contenant la clause attributive de

⁵⁴ voir notamment G.A.L. DROZ, La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Dalloz, 1972 ; A. PHILIP, Remarques sur la portée de l'article 17, in Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe, Butterworths, 1993 ; A.L. DIAMOND, Clauses attributives de juridiction, in Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe, 1993, P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, voir supra note n° 47 ; H. GAUDEMET-TALLON, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe

La loi applicable au contrat de transport maritime

compétence. Dans un contrat international de transport maritime, lorsqu'une contestation portant sur l'attribution volontaire de compétence n'oppose que le chargeur et le transporteur maritime, la question du moment de la détermination du domicile se pose de la même manière que dans les hypothèses envisagées par la doctrine.

Mais la question se pose autrement si ce n'est que le domicile du destinataire qui est situé dans la Communauté.

En 1992, la jurisprudence française a considéré que le destinataire, seule partie domiciliée dans un Etat contractant (en l'espèce la France), étant aussi partie au contrat de transport, même s'il n'était pas présent au moment de la conclusion du contrat, est « une partie qui a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant »⁵⁵. Mais supposons qu'entre le moment de la conclusion du contrat par le transporteur et le chargeur et le moment de la saisine du juge par le destinataire, ce dernier change de domicile. Etant considéré dans la doctrine dominante comme partie au contrat dès l'origine, la même solution que celle qui est applicable en cas de changement de domicile par les deux autres parties qui ont conclu le contrat doit-elle être retenue ?

Dans le premier cas, si le destinataire qui n'avait pas son domicile dans la Communauté change de domicile et, au moment du litige, se trouve domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, sa situation est comparable à celle du chargeur ou du transporteur qui passent de l'extérieur à l'intérieur de la Communauté à laquelle ils sont intégrés par le domicile au moment du procès. La circonstance de la domiciliation du destinataire en dehors de la Communauté avant le procès est sans importance, dès lors qu'il est partie au contrat et qu'au moment de l'instance la condition du domicile est réalisée. Même si les autres parties ont leur domicile à l'extérieur de la Communauté, le tribunal que saisit le destinataire va apprécier la clause au regard de l'article 17 puisque la condition du domicile requise par cet article est réalisée pour ledit destinataire.

Dans le second cas, le destinataire est d'abord domicilié dans la Communauté au moment où le contrat est formé mais n'y est plus au moment du procès. Si le changement de domicile intervient après la livraison de la marchandise, le destinataire a, en recevant livraison,

⁵⁵ CA de Rennes, 23 dec. 1992, DMF 1993, p. 298, n. Y. TASSEL

confirmé sa qualité de partie au contrat au moment où il était sur le territoire de la Communauté. En conséquence, la validité et l'opposabilité de la clause doivent être soumises à l'article 17 de la Convention de Bruxelles. Si, au contraire, le changement de domicile intervient avant que le destinataire n'ait reçu livraison, la condition de domicile sur le territoire d'un Etat contractant ne peut pas être considérée comme réalisée à son égard. Le domicile déjà perdu dans la Communauté ne saurait fonder l'application de la Convention.

La détermination de la validité des clauses de compétence ayant été examinée, intéressons nous au régime de leur opposabilité.

Paragraphe 2 : L'opposabilité des clauses attributives de juridiction

En 1994 est survenu, selon les termes de Me. Scapel, « une bombe dans le contentieux maritime »⁵⁶. En effet, avec cette fameuse décision connue sous le nom de « jurisprudence *Nagasaki* », la Chambre commerciale de la Cour de cassation, a opéré un revirement inattendu en matière d'opposabilité des clauses de compétence des connaissements maritimes par rapport au destinataire.

La Haute Juridiction avait affirmé en 1992⁵⁷ dans un affaire relative au transport fluvial, qu'« une clause attributive de compétence n'est opposable qu'à la partie qui en a eu connaissance et qui l'a acceptée au moment de la formation du contrat », et avait décidé que la clause n'était pas opposable au destinataire. Ce principe posé de l'inopposabilité au destinataire de ladite clause a été ensuite transposé dans le domaine des transports maritimes.

L'arrêt *Nagasaki* est ainsi venu posé les nouvelles conditions d'opposabilité au destinataire (A). Et si la jurisprudence, notamment européenne, conforte cette position, il reste néanmoins quelques divergences entre les différentes chambres de la Cour de cassation (B).

⁵⁶ Cass.com. 29 nov. 1994, Navires *Harmony et Nagasaki*, Revue Scapel, 1995, p. 39, n. C. SCAPEL ; voir aussi DMF 1995, p. 209, n. P.BONASSIES

⁵⁷ Cass.com. 26 mai 1992, Rev. crit. dr. int. pé. 1992, p. 703, n. H.GAUDEMET-TALLON

A. Les conditions posées par l'arrêt *Nagasaki*

Si dans ce revirement de jurisprudence, la condition fondamentale, à laquelle l'opposabilité au destinataire d'une clause de compétence insérée au connaissement est désormais soumise, consiste dans l'acceptation de cette clause par le destinataire lui-même (1), des conditions relatives au moment de ladite acceptation ont été aussi exprimées (2)

1. L'exigence de l'acceptation de la clause par le destinataire.

Cette exigence s'est traduite par une séparation de l'acceptation du chargeur et de celle du destinataire. Désormais, le destinataire doit accepter la clause par lui-même (i). De plus, cette acceptation doit se faire selon certaines modalités d'expression (ii).

(i) Une acceptation distincte de celle du chargeur

La Cour de cassation dans son arrêt du 29 novembre 1994 précise que « pour être opposable, soit au chargeur, soit au destinataire, une clause attributive de compétence territoriale doit avoir été acceptée au plus tard, pour le premier, au moment de la conclusion du contrat de transport, et, pour le second, au moment où, recevant la livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat ». En exigeant l'acceptation de la clause par le destinataire, la Cour distingue clairement cette acceptation de celle du chargeur. Elle « désolidarise » ainsi les droits et intérêts du destinataire de ceux du chargeur dans la conclusion de la convention sur la compétence.

Pendant longtemps, les tribunaux se sont fondés sur une sorte de principe d'unité des droits du chargeur et du destinataire pour déclarer opposables au second toutes les clauses dérogatoires du contrat de transport maritime opposables au premier. La formule consacrée par la jurisprudence pour admettre à l'encontre du destinataire les clauses dérogatoires de compétence reconnues applicables au chargeur était : « la clause attributive de compétence (n') est opposable (qu') à la partie qui en a eu connaissance et l'a acceptée au moment de la

formation du contrat »⁵⁸. Et le destinataire et le chargeur constituaient ensemble la partie dont il s'agit.

Si le destinataire était considéré comme partie au contrat, la pratique judiciaire sur les clauses de compétence avait intégré des considérations relatives à la transmission des droits. L'idée de « succession » du destinataire dans les droits du chargeur exprimée dans de nombreux arrêts⁵⁹ traduisait cette situation. La personne du destinataire apparaissait alors comme le prolongement de celle du chargeur. Ainsi, la qualité de partie distincte au contrat que la théorie du contrat tripartite reconnaissait au destinataire était dépourvue de portée par le statut de successeur qui lui était attribué dans l'appréciation des clauses de compétence.

Par ailleurs, en raison d'une autre notion, celle de « l'économie de la convention », la clause de compétence était considérée comme faisant substantiellement partie du contrat de transport au même titre que les clauses et, dès lors que le contrat était valablement formé entre transporteur et chargeur, la clause attributive de compétence s'imposait non seulement au chargeur mais encore, et telle quelle, à celui ou ceux qui étaient considérés comme lui succédant dans ses droits. La « désolidarisation » des intérêts des deux parties concernées par les droits sur la marchandise que traduit l'actuelle jurisprudence signifie l'abandon de cette notion. La clause de compétence n'est pas acceptée par une partie à la place ni pour le compte de l'autre.

Enfin, la notion « d'ayant(s) droit(s) » à la marchandise est, elle aussi, d'une utilité certaine. Elle ne doit cependant pas induire en erreur sur la distinction des intérêts de l'un et de l'autre. L'emploi de l'expression se justifie en ce que le droit de disposition sur la marchandise appartient soit au chargeur, soit au destinataire. Mais elle ne signifie point que le chargeur soit, dans ses rapports avec le transporteur, partie liée avec le destinataire de sorte que tous ses engagements s'imposent à celui-ci. Il est d'évidence qu'une telle solidarité n'existe point entre le chargeur et le destinataire. Le chargeur qui remplit les obligations qui lui incombent en vue du transport et de la livraison de la marchandise au destinataire, qui assument lui aussi des obligations propres, n'est pas habilité à consentir à une obligation particulière pour le destinataire.

⁵⁸ Cass.com. 10 janv. 1989, DMF 1989, p. 729 (sommaire)

⁵⁹ voir notamment CA Aix-en-Provence, 28 oct. 1993, BT 1994, p. 19, obs. P.PESTEL-DEBORD ; CA Paris 1^{er} fev. 1995, BT 1995, p. 779

La loi applicable au contrat de transport maritime

La nécessité de l'acceptation du destinataire, distincte de celle du chargeur, signifie donc l'abandon de la théorie de la succession admise par l'ancienne jurisprudence. Elle implique que ne sont pas uniquement en cause « les droits du chargeur » à qui l'on succéderait. Cette acceptation du destinataire, qui doit permettre de lui rendre opposable la clause de compétence, fait l'objet de certaines précisions quant à son expression.

(ii) L'expression de l'acceptation du destinataire

Dans son commentaire de l'arrêt *Harmony et Nagasaki*⁶⁰, M. Bonassies observe que « l'arrêt du 29 novembre 1994 nous enseigne que le consentement donné au contrat par le destinataire, du fait de la prise de possession par lui des marchandises, n'a pas nécessairement un caractère global. Ce consentement exprime son adhésion au contrat de transport dans son principe, marquant sa volonté de bénéficier des droits fondamentaux nés de ce contrat. Il n'exprime pas son acceptation de telle ou telle stipulation particulière, dérogoratoire au droit commun, inscrite dans le contrat de transport par le transporteur et le chargeur. Le destinataire peut ainsi, tout à la fois, prétendre agir contre le transporteur, et refuser les clauses attributives de juridiction insérées au connaissement. (...) En adhérant au contrat de transport, le destinataire entend d'abord adhérer au *statut* de destinataire. Un consentement plus fort, plus précis que la simple réception des marchandises, est nécessaire pour marquer son consentement aux éléments purement occasionnels d'une relation concrète de transport, et notamment aux clauses lui imposant, en fait ou en droit, une charge ou obligation particulière ».

Cet enseignement a été clairement exprimé dans l'affaire du *Chang Ping*⁶¹. Pour la Cour de cassation en effet, « une clause attributive de compétence territoriale n'est opposable au destinataire de la marchandise que s'il l'avait expressément acceptée et (...) la seule détention du connaissement ne constitue pas la preuve d'une pareille acceptation ».

Même si la Cour ne fait référence ici qu'« à la détention du connaissement », selon M. Bonassies « il ne fait guère de doute qu'il ne faille élargir la formule à l'utilisation du connaissement par le destinataire pour obtenir livraison de la marchandise. Si l'on considère qu'en l'espèce, comme dans la plupart des situations soumises à la Cour de cassation dans les

⁶⁰ DMF 1995, p. 209

⁶¹ Cass.com. 16 janv. 1996, DMF 1996, p. 393, n. P.BONASSIES ; Rev. Scapel, 1996, p. 38, BT 1996, p. 96

arrêts rendus par elle depuis les décisions *Nagasaki* et *Stolt Osprey* (...), le destinataire avait effectivement fait usage du connaissement pour réclamer la marchandise, l'arrêt *Chang Ping* doit se lire comme signifiant que la seule détention du connaissement par le destinataire, et son utilisation pour réclamer la marchandise ne constituent pas la preuve de l'acceptation par lui de la clause de juridiction. C'est seulement par un acte autonome, indépendant de la réception de la marchandise, que le destinataire peut exprimer son acceptation de la clause de compétence ».

La formule d'« acte autonome indépendant de l'acceptation des marchandises » sera d'ailleurs adoptée par le Tribunal de commerce du Havre⁶² qui refusera de voir dans la signature apposée au verso du connaissement par le destinataire l'acceptation d'une clause attributive de compétence par celui-ci. La Haute juridiction, après avoir énoncé dans un certain nombre de décisions⁶³ que cette acceptation par acte spécial devait être émise expressément, a établi la règle que l'« acceptation spéciale de la part du destinataire (...) ne résulte pas de l'accomplissement sans réserves du connaissement »⁶⁴.

Reste désormais à examiner le moment de l'acceptation de la clause de compétence par le destinataire.

2. Le moment de l'acceptation de la clause attributive de juridiction

Dans l'ancienne doctrine appliquée par les tribunaux sur l'opposabilité des clauses attributives de compétence, il était de règle que l'acceptation de la clause (par le chargeur) dont dépendait l'opposabilité au destinataire fût émise lors de la formation du contrat. Dans la nouvelle doctrine où le consentement personnel du destinataire est exigé, la jurisprudence a retenu un autre moment. Pour être opposable au destinataire, affirme la Cour de cassation, la clause de compétence doit avoir été acceptée par lui « au plus tard au moment de la livraison ».

⁶² cf P.-Y.NICOLAS, obs. sous Rouen, 1- nov. 1995, Navire *Fiona*, DMF 1997, p. 168

⁶³ voir notamment Cass.com. 10 janv. 1995, Navire *Cap Trafalguar*, Rev. Scapel 1995, p. 62 ; Rev. crit. dr. int. pé. 1995, p. 610, n. H.GAUDEMET-TALLON

⁶⁴ Cass.com. 8 dec. 1998, Navire *Silver Sky*, DMF 1999, p. 1007, rapport J.P.REMERY, obs. P.-Y.NICOLAS ; Rev. crit. dr. int. pé. 1999, p. 536, n. E.PATAUT

La loi applicable au contrat de transport maritime

Elle énonce, en effet, que « pour être opposable, soit au chargeur, soit au destinataire, une clause attributive de compétence territoriale doit avoir été acceptée au plus tard, pour le premier, au moment de la formation du contrat de transport, et, pour le second, au moment où, (il) (reçoit) la livraison de la marchandise ». Selon ces termes qui reprochent à un arrêt d'appel de ne pas avoir « constaté que la clause avait été acceptée par les destinataires au plus tard au moment où ils avaient reçu livraison de la marchandise », l'acceptation d'une clause litigieuse par le destinataire, qui doit être prouvée, doit se situer entre la formation du contrat et la réception par le destinataire de la marchandise.

L'étendue du moment ainsi fixée pour l'acceptation éventuelle par un destinataire d'une clause attributive de compétence qui recouvre la période courant de la naissance à la fin du contrat n'a rien de contraignant pour le destinataire ni pour le transporteur, mais elle prend en compte toutes les situations possibles où la présence du destinataire peut se manifester. Ainsi, il n'est pas exclu que le destinataire soit présent à la formation du contrat et ait accepté éventuellement la clause de compétence ; il n'est pas exclu non plus que cette acceptation de la clause, qui est une acceptation autonome, intervienne en cours d'exécution du contrat.

Par ailleurs, si un destinataire venait à accepter une clause attributive de compétence après que la livraison a été faite, c'est-à-dire lorsque le contrat a déjà pris fin, c'est incontestablement qu'il y trouve un intérêt et la clause de compétence ne serait pas dans ces circonstances une clause litigieuse : il n'y aurait pas de litige sur la compétence juridictionnelle dans ce cas et c'est la juridiction désignée par la clause qui serait volontairement saisie par les parties. Cette hypothèse s'apparente à une prorogation tacite de juridiction. En effet, la saisine de la juridiction désignée dans ces circonstances se fonde, non pas sur l'effet obligatoire de la clause de compétence en tant qu'elle ait été valablement conclue et acceptée pendant la période contractuelle, mais sur la volonté des parties qui conviennent, après la naissance d'un conflit relatif au transport, de porter ce conflit devant le juge dont la clause de compétence porta simplement mention.

Il en résulte que la preuve requise de l'acceptation de la clause par les destinataires au plus tard au moment de la livraison de la marchandise vise les clauses invoquées à l'encontre du destinataire et dont celui-ci conteste la validité ou l'opposabilité. La jurisprudence le signifie clairement : ce sont les clauses que l'on prétend opposables au destinataire qui sont soumises à la condition exigée. Il n'est pas interdit au destinataire d'accepter une clause après la

livraison et de l'exécuter volontairement, mais la clause qui lui est opposée et qui fait l'objet d'une procédure contentieuse doit avoir été acceptée selon la condition posée.

Cette position de la Cour de cassation, opérée par le revirement de l'arrêt *Nagasaki*, a par la suite été confirmée par la jurisprudence.

B. L'appréciation jurisprudentielle de l'opposabilité de la clause attributive de compétence

En premier lieu, la jurisprudence européenne est venue conforter la position de la Cour de cassation notamment avec l'arrêt *Coreck*⁶⁵. Dans cet arrêt la Cour énonce :

« Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande en substance si une clause attributive de juridiction, qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard de tout tiers porteur du connaissement ou seulement à l'égard du tiers porteur du connaissement qui en acquérant ce dernier, a succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit applicable ».

Et la Cour répond qu' « à cet égard, il suffit de rappeler que la Cour a jugé (arrêts *Tilly Russ*⁶⁶ et *Castelleti*⁶⁷), dans la mesure où la clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement est valide au sens de l'article 17 de la convention (de Bruxelles de 1968) dans le rapport entre le chargeur et le transporteur, elle peut être invoquée à l'égard du tiers porteur du connaissement dès lors que, en vertu du droit applicable, le porteur du connaissement succède au chargeur dans ses droits et obligations ». Et elle ajoute qu' « il s'ensuit que c'est au droit national applicable qu'il revient de déterminer si le tiers au contrat initial, à l'encontre duquel est invoquée une clause attributive de juridiction, a succédé à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations ».

⁶⁵ CJCE, 9 nov. 2000, DMF 613 mars 2001, p. 187, n. P.DELEBECQUE ; Rev. crit. dr. int. pé., 90(2) avril-juin 2001, p. 359, n. F. BERNARD-FERTIER

⁶⁶ CJCE, 24 juin 1984, DMF 1985, p. 83, n. P.BONASSIES ; Rev. crit. 1985, p. 385, n. H.GAUDEMET-TALLON

⁶⁷ CJCE, 16 mars 1999, DMF 600 janv. 2000, n. P.DELEBECQUE

La loi applicable au contrat de transport maritime

Ainsi, dès lors qu'en droit français le destinataire ne succède pas aux droits et obligations du chargeur, la clause attributive de juridiction n'est pas opposable de plein droit au destinataire, porteur du connaissement.

De même, en second lieu, la Cour de cassation en 1996⁶⁸ a précisé que « la détermination des effets du connaissement à l'égard du destinataire de la marchandise est faite selon le droit applicable au contrat de transport ». La Haute juridiction ayant décidé que c'était le droit français qui était applicable au contrat en l'espèce, elle a déclaré la clause attributive de juridiction inopposable au destinataire de la marchandise.

De plus, dans une décision récente de 2003⁶⁹, la Cour de cassation, confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2000⁷⁰, a déclaré qu'« il ne résulte d'aucun texte de droit interne que le porteur du connaissement, en acceptant la livraison de la marchandise, succèdent aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci ». Ainsi, c'est bien à la loi du contrat de décider dans quelles conditions la clause attributive de compétence régissant les relations entre le chargeur et le transporteur est opposable au destinataire. Sur ce point, l'arrêt est, comme le dit M. Delebècque, « des plus instructif ». D'une part, rectifiant la décision d'appel, en droit français, lorsque le tiers porteur du connaissement « accepte la livraison de la marchandise », il ne succède pas aux droits et obligations du chargeur : le tiers porteur n'est pas l'ayant cause du chargeur tenu, en cette qualité, des accessoires de la créance transmise. En droit allemand, au contraire, tel n'est pas le cas. En effet, en Allemagne, la loi prévoit que le destinataire acquiert, par la transmission du connaissement, les droits et obligations qu'il comporte. D'autre part, l'arrêt déclare dans la ligne de la jurisprudence de la CJCE, que le destinataire n'est lié par la clause de compétence dûment convenue entre le transporteur et le chargeur qu'à condition qu'il l'ait acceptée au plus tard au moment de la livraison. Autrement dit, la Cour de cassation affirme que la clause attributive de compétence obligeant le chargeur n'est pas de plein droit opposable au destinataire et qu'elle ne l'engage qu'avec son acceptation.

Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas toujours uniforme. Il existe, en effet, quelques divergences entre la Chambre commerciale et la 1^{ère} Chambre civile. En

⁶⁸ Cass.com. 15 oct. 1996, Navire *Köln-Atlantic*, DMF 573 juil.-août 1997, p. 705, n. P-Y.NICOLAS

⁶⁹ Cass.com., 4 mars 2003, Navire *Houston Express*, DMF juin 2003, n° 638, p. 556, n. P.DELEBECQUE ; Rev. crit. dr. int. pé., 92(2), avril-juin 2003, p. 285, n. P.LAGARDE

⁷⁰ CA Paris, 29 nov. 2000, Navire *Nuevo Leon et autres*, DMF 618 sept. 2001, p. 684, n. P-Y.NICOLAS

2001⁷¹, la 1^{ère} Chambre civile a jugé que « l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'impose à l'assureur subrogé ». Le transport de la clause s'opère ici de plein droit, par un effet mécanique, celui de la subrogation. La 1^{ère} Chambre civile avait déjà affirmé, en 1986⁷², que « l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international faisait partie de l'économie de la convention et emportait renonciation à tout privilège de juridiction », et avait précisé qu'en conséquence « une telle clause s'imposait aussi bien à l'égard de l'ancien titulaire du droit qu'à l'assureur français et devait produire ses effets ». La solution remet en cause la jurisprudence des années 1990 qui s'était efforcée de souligner le caractère dérogoire de la clause de compétence.

Cette évolution de jurisprudence s'est également opérée en matière de clause d'arbitrage, autre indice de la volonté des parties d'appliquer une loi particulière au contrat de transport.

Section 2 : La clause compromissoire

Pour reprendre la définition de M. William Tetley⁷³, « l'arbitrage c'est (...) le règlement d'un litige entre des parties qui se mettent d'accord pour ne pas aller devant les cours, mais qui acceptent comme définitive la décision d'experts de leur choix, dans un endroit de leur choix, en général soumise à des lois prévues d'avance et selon des règles qui permettent d'éviter des formalités, des subtilités, des moyens de preuve et une procédure trop lourde requises par les cours ».

Définie comme la clause par laquelle les parties s'engagent à recourir à l'arbitrage pour les différends qui surgiraient entre elles (voir annexe 6), la clause d'arbitrage, dans les connaissements modernes, prévoit en général que le litige entre les parties sera réglé par un arbitre unique ou par un tribunal arbitral composé de trois arbitres. Les parties devront se soumettre à la sentence rendue. Ces clauses prévoient souvent l'endroit, c'est-à-dire, l'instance arbitrale (par exemple : La Chambre Arbitrale Maritime de Paris – CAMP – ou le

⁷¹ Cass.civ. 1^{ère}, 12 juil. 2001, Navire *Bonastar II*, DMF 621 dec. 2001, p. 996, n. P.DELEBECQUE

⁷² Cass.civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, Bull. civ. I, n° 277, Rev. crit. dr. int. pé., 1987, obs. H.DAUEMET-TALLON

⁷³ traduit de W.TETLEY, *International Conflict of Laws*, 1994, p. 390: "Arbitration is ... the settling of disputes between parties who agree not to go before the courts, but to accept as final the decision of experts of their choice, in a place of their choice, usually subject to laws agreed in advance and usually under rules which avoid much of the formality, niceties, proof and procedure required by the courts".

La loi applicable au contrat de transport maritime

London Maritime Arbitration Association) ainsi que la loi et les procédures qui devront être appliquées par les arbitres. C'est justement dans les cas où la loi n'a pas été désignée que le lieu de l'arbitrage peut indiquer à quelle loi les parties ont voulu soumettre leur contrat. Par exemple, si les parties décident que tout contentieux devra être porté devant la CAMP, cela peut vouloir dire qu'elles veulent que leur contrat soit régi par la loi française.

Les législations nationales et les instruments internationaux favorisent aujourd'hui l'arbitrage, qu'il soit national ou international. Ils recommandent à ce que les accords et les clauses d'arbitrage soient reconnus et priment sur les décisions judiciaires⁷⁴ et que la sentence rendue soit reconnue internationalement. Ce genre de dispositions renforce l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement de litige dans le transport maritime international de marchandise. Par ailleurs, les arbitres se réfèrent de plus en plus aux sentences précédentes pour rendre une décision, créant ainsi une jurisprudence arbitrale.

Nous n'allons pas ici faire une étude de la clause compromissoire. Cependant, cette dernière pouvant indiquer implicitement à quelle loi les parties veulent soumettre leur contrat, nous examinerons, comme nous l'avons fait pour la clause de compétence, quelle est la position de la jurisprudence relative à l'opposabilité de la clause (§2). Mais auparavant, voyons succinctement comment l'arbitrage international a été envisagé selon quelques grandes conventions internationales (§1).

Paragraphe 1 : Les conventions internationales et l'arbitrage international.

Nous verrons successivement ici comment est envisagé l'arbitrage international par rapport à la Convention de Bruxelles (A), la Convention de Hambourg (B), la Convention multimodale de 1980 (C), et enfin la Convention de Rome de 1980 (D).

⁷⁴ Voir par exemple : Convention de New York de 1958, art. II(3), la cour d'un Etat contractant, à la demande d'une des parties à un accord d'arbitrage ou à une clause d'arbitrage (art. II (1) & (2)), est obligé de soumettre les parties à l'arbitrage, sous réserve que l'accord soit valide ; stipulation similaire dans le modèle de loi de la CNUDCI de 1985, art. 8(1)

A. La Convention de Bruxelles de 1924

Les Règles de La Haye et de La Haye/Visby sont muettes concernant les clauses d'arbitrage. En effet, lorsque la Convention de Bruxelles a été adoptée, l'arbitrage n'était utilisé qu'au niveau national. Les auteurs pensaient que le recours à l'arbitrage international sur une question de procédure était trop ambitieux.

B. Les Règles de Hambourg

Les Règles de Hambourg ont, quant à elles, innové par rapport aux Règles de La Haye ou La Haye/Visby. La Convention de Hambourg contient en effet des clauses concernant les juridictions et l'arbitrage. Le délai de prescription de 2 ans⁷⁵ s'applique à la procédure judiciaire et d'arbitrage. L'article 22(1) instaure des règles utiles sur les accords d'arbitrage, lesquels doivent être écrits. Une clause d'arbitrage dans une charte-partie doit être incorporée en référence dans un connaissance (c'est-à-dire par une annotation spéciale) de façon à lier le détenteur de bonne foi (article 22(2)). La place de l'arbitrage est précisée à l'article 22(3). Cinq possibilités s'offrent au requérant :

- 1) Le siège social du défendeur ou la résidence habituelle du défendeur ;
- 2) Le lieu où le contrat a été conclu (si le défendeur y a son bureau, une branche ou une agence par lequel le contrat a été conclu) ;
- 3) Le port de chargement ;
- 4) Le port de déchargement ;
- 5) Tout lieu désigné dans la clause ou l'accord d'arbitrage

En vertu de l'article 22(4), les arbitres doivent appliquer les Règles de Hambourg dans tout litige où elles devraient normalement s'appliquer. Les articles 22(3) et (4) sont d'ordre public en vertu de l'article 22(5). Les accords d'arbitrage conclus entre les parties après que le litige soit né (compromis d'arbitrage) sont valides en vertu de l'article 22(6).

En fait, l'article 22 des Règles de Hambourg est une codification de la jurisprudence et de la pratique déjà existantes sous les Règles de La Haye/Visby. Certains pays ont suivi ces règles

⁷⁵ Article 20(1) de la Convention de Hambourg de 1978

La loi applicable au contrat de transport maritime

d'arbitrage posées par la Convention de Hambourg, mais parfois la législation nationale impose d'autres principes en même temps.

C. La Convention multimodale de 1980

La Convention multimodale de 1980⁷⁶, qui n'est jamais entrée en vigueur, reprend à l'article 27 les mêmes règles de juridiction et d'arbitrage que celles de la Convention de Hambourg. Les parties peuvent prévoir par un accord écrit que tout litige survenant lors d'un transport multimodal international⁷⁷ prévu par la Convention sera soumis à l'arbitrage. Une prescription de 2 ans est également prévue à l'article 25(1) pour les procédures judiciaires et d'arbitrage. Le réclamant marchandises a le choix de recourir à l'arbitrage selon les cinq mêmes possibilités que celles prévues dans la Convention de Hambourg. L'arbitre ou le tribunal arbitral doit appliquer la Convention multimodale à tout litige où elle serait applicable et, ni les places optionnelles de l'arbitrage, ni les dispositions obligatoires de la Convention ne peuvent être dérogeés par écrit. Le compromis d'arbitrage est également admis.

D. La Convention de Rome de 1980

Enfin, la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ne s'applique pas à l'arbitrage international, ce qui peut paraître paradoxal. En effet, dans l'arbitrage international il est question de contrats internationaux. On peut donc succomber à l'appât d'un faux syllogisme : la Convention de Rome est le droit international privé des contrats, l'arbitrage international est l'arbitrage d'un contrat international, donc la Convention de Rome est le droit du contrat international dans l'arbitrage. Cependant, la Convention de Rome est le droit du contrat international au regard du juge étatique, mais elle ne l'est pas au regard de l'arbitre. On peut expliquer cela ainsi : la Convention de Rome s'impose au juge étatique dans les pays qui l'appliquent parce qu'elle est sa *lex fori*, elle ne s'impose pas à

⁷⁶ La Convention des Nations Unies sur le Transport Multimodal International de Marchandise, adoptée à Genève le 24 mai 1980, pas en vigueur

⁷⁷ Le « Transport multimodal international » est défini à l'article 1(1) de la Convention comme : « le transport de marchandise par au moins 2 modes de transport différents sur la base d'un contrat de transport multimodal, d'un pays où la marchandise a été prise en charge par l'opérateur de transport multimodal, jusqu'à sa livraison dans un autre pays. Les opérations de prise en charge et de livraison de la marchandise s'effectuant dans le cadre d'un contrat de transport unimodal, comme défini dans un tel contrat, ne doivent pas être considérées comme du transport multimodal international »

La loi applicable au contrat de transport maritime

l'arbitre parce que celui-ci n'a pas de *lex fori*. La logique de l'arbitrage international en tant qu'institution du droit judiciaire privé faite pour la solution des litiges relatifs aux contrats internationaux prime et évince la logique du droit international privé des contrats.

La clause d'arbitrage peut servir d'indice au juge pour déterminer qu'elle loi les parties ont voulu appliquer au contrat. Reste à savoir si cette clause pourra être opposable.

Paragraphe 2 : L'opposabilité de la clause d'arbitrage.

La décision la plus éclatante en la matière est celle du *Stolt Osprey*⁷⁸. Rendu le même jour que les arrêts *Harmony* et *Nagasaki*⁷⁹, cet arrêt de censure de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venu confirmer une jurisprudence qui était déjà bien établie.

La Cour d'appel de Paris avait décidé que « en se référant expressément ... aux dispositions d'une charte-partie, les parties au connaissement ont fait entrer les dispositions de la charte-partie dans le champ contractuel de connaissement. Dès lors que chacune des parties au connaissement a eu la possibilité de connaître la teneur exacte des dispositions de la charte-partie par la possibilité d'obtenir des copies de celle-ci, en l'absence de toute contestation de leur part, les dispositions de la charte-partie leur sont opposables ». Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation en ces termes : « pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport ».

Plus récemment, la Cour d'appel de Rouen en chambres réunies⁸⁰, à l'issue d'une longue affaire, a admis que « s'agissant de la clause compromissoire prévue dans les connaissements, elle ne peut être opposée au destinataire si elle n'a pas été portée à sa connaissance et acceptée par lui au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat de transport ».

⁷⁸ Cass.com 29 nov. 1994, DMF 1995, p. 218, n. Y.TASSEL

⁷⁹ voir supra note n° 56

⁸⁰ CA Rouen (Ch. réu.), 8 oct. 2002, Navire *Walka Mlodych*, DMF juin 2003, n° 638, p. 547, n. Y.TASSEL

Tout comme la clause attributive de juridiction, la clause d'arbitrage doit faire l'objet d'une acceptation distincte du destinataire par rapport à celle du chargeur, et cette acceptation doit être spéciale.

A. L'acceptation de la clause par le destinataire

Le destinataire n'étant pas présent lors de la conclusion du contrat, l'acceptation des clauses du contrat par le chargeur ne peut valoir acceptation de ces clauses pour le compte du destinataire. L'acceptation de la clause par le destinataire doit faire l'objet d'une acceptation distincte de celle du chargeur. C'est ce qui a été précisé dans les arrêts *Johny Two*⁸¹ : « opposable au chargeur, la clause compromissoire du connaissement ne saurait avoir effet à l'égard du destinataire, dernier endossataire du connaissement, qui n'a pas participé à son établissement, dès lors qu'il ne ressort ni de ce document, ni du contrat de transport, aucun élément de nature à établir que le destinataire se serait soumis au connaissement ».

L'arrêt *Stolt Osprey* va dans le même sens et est encore plus précis en admettant que « pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui (...) ». En effet, si dans la jurisprudence *Johny Two* il ressort que la clause d'arbitrage n'est pas opposable au destinataire parce qu'il n'avait pas été établi qu'il s'était soumis au connaissement, dans la jurisprudence *Stolt Osprey* les juges précisent que c'est la clause compromissoire elle-même qui doit avoir été acceptée par le destinataire.

Cette précision a été reprise peu après l'arrêt *Stolt Osprey* de 1994. La Cour de cassation en 1995⁸² considère qu'« une Cour d'appel a énoncé à bon droit que l'acceptation par le chargeur de la clause compromissoire insérée au connaissement ne suffisait pas pour la rendre opposable au destinataire qui ne l'avait pas lui-même acceptée ».

Dans un arrêt de 2003⁸³, la Cour d'appel de Douai reste dans la ligne de cette jurisprudence mais en des termes plus généraux car ne faisant pas de distinction entre le chargeur et le

⁸¹ CA Rouen, 8 juillet 1993, BTL 1994, p.23

⁸² Cass.com, 20 juin 1995, Revue de l'arbitrage 1995, p. 622

⁸³ CA de Douai (2^{ème} ch., sec. 2), 30 oct. 2003, DMF mars 2004, n° 646, p. 253, n. P.DELEBECQUE

destinataire. La Cour admet simplement « qu'une clause compromissoire, par nature exorbitante du droit commun, n'est opposable à une partie que si celle-ci l'a acceptée ». Peu importe que ce soit le chargeur ou le destinataire, la clause ne sera opposable à chacune des parties que si celle-ci l'accepte.

Précisons ici que selon une jurisprudence bien connue et largement respectée⁸⁴, réaffirmée en 2003⁸⁵, en vertu du principe compétence-compétence, la juridiction arbitrale est seule compétente pour apprécier si le destinataire au connaissement a accepté la convention d'arbitrage figurant, par référence, au verso du connaissement de charte-partie. En effet, les juges du fond considèrent dans cette espèce que « la juridiction arbitrale est seule compétente pour apprécier si la société (...), destinataire au connaissement, a accepté la convention d'arbitrage ».

Par ailleurs, non seulement le destinataire doit accepter lui-même la clause, mais cette acceptation doit être spéciale.

B. La forme de l'acceptation de la clause compromissoire par le destinataire

Il est une jurisprudence bien établie que l'acceptation de la clause compromissoire par le destinataire ne peut résulter de la simple « acceptation » du connaissement. Par exemple, le destinataire qui accepte un connaissement qui fait référence à une charte-partie, elle-même comportant une clause compromissoire, ne peut se voir opposer cette clause. En 1988⁸⁶, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu sur renvoi après cassation, a jugé que « la référence du connaissement aux modalités, conditions, facultés et réserves de la charte-partie, même s'il est précisé qu'elles sont incorporées au connaissement sans toutefois qu'elles y soient reproduites et qu'il soit établi que ce document y était annexé, ne suffit pas à rendre certaine l'acceptation, au moment de la réception de la marchandise, de la clause d'arbitrage par le porteur du titre. En conséquence, la clause d'arbitrage de la charte-partie lui est inopposable ».

⁸⁴ voir notamment Cass.civ.1^{ère}, 26 juin 2001, DMF 2002, p. 115 et les obs.

⁸⁵ CA Rouen (2^{ème} Ch.) 4 dec. 2003, Navire *Pella*, DMF mars 2004, n° 646, p. 257, n. P.DELEBECQUE

⁸⁶ CA Paris, 13 janv. 1988, DMF 1988, p. 395

La loi applicable au contrat de transport maritime

En 1992⁸⁷, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré que « la seule référence du connaissement à une charte-partie ne rend pas les clauses de celle-ci opposables au destinataire de la marchandise ».

De même, la Cour d'appel de Rouen⁸⁸ suit cette opinion : « le porteur du connaissement ne peut se voir opposer une clause de la charte-partie qui ne s'y trouve pas reproduite et qui n'a pas fait l'objet d'une acceptation certaine de sa part ».

De plus, traditionnellement, l'utilisation du connaissement pour prendre livraison de la marchandise ne vaut pas acceptation de la clause compromissaire. Cette affirmation est fondée sur une série d'arrêts. Certes, ces décisions ont trait à la clause d'élection du for, c'est-à-dire la clause attributive de compétence territoriale à une juridiction déterminée. Mais il n'est pas douteux, s'agissant de la même question – l'acceptation d'une clause dérogatoire au droit commun –, que ce qui est dit au sujet de la clause de compétence puisse être repris en matière d'acceptation de la clause compromissaire. Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment dans la partie consacrée à la clause attributive de juridiction, l'acceptation du destinataire doit être expresse.

Dans l'arrêt *Chang-Ping*⁸⁹, la Cour de cassation dit sans aucune équivoque qu'« une clause attributive de compétence territoriale n'est opposable au destinataire de la marchandise que s'il l'a expressément acceptée, la seule détention du connaissement ne constituant pas la preuve d'une pareille acceptation ».

La même fermeté a été exprimée en 1996⁹⁰ dans une décision la Chambre commerciale selon laquelle « tirant l'acceptation d'une clause attributive de juridiction par le chargeur de la seule utilisation du connaissement par les subrogés du destinataire pour obtenir une indemnisation après l'exécution du contrat, le transporteur ne rapportait pas la preuve de l'acceptation de la clause par le destinataire ».

⁸⁷ CA Aix-en-Provence, 10 dec. 1992, DMF 1994, p.53

⁸⁸ CA Rouen, 14 oct. 1993, DMF 1994, p. 381

⁸⁹ Cass.com, 16 janv. 1996, DMF 1996, p. 393

⁹⁰ Cass.com, 15 oct. 1996, Navire *Köln Atlantic*, DMF 1997, p. 705 ; BTL 1996, p. 760

La loi applicable au contrat de transport maritime

Enfin, cette même opinion a été corroborée en 1998⁹¹ par l'arrêt *Silver Sky*. Dans cette affaire, la Haute juridiction précise que « la clause de compétence figurant au connaissement doit faire l'objet d'une acceptation spéciale de la part du destinataire, laquelle ne résulte pas de l'accomplissement sans réserves du connaissement ».

Malgré ce principe bien affirmé de liberté des parties de choisir la loi applicable au contrat, que ce choix soit explicite ou implicite, cette liberté se trouve, dans certains cas, limitée.

Chapitre 3 : Les limites à la liberté de choix des parties

Lors de l'exécution du contrat, les parties pourront voir la loi qu'ils ont choisie, explicitement ou implicitement, comme régissant le contrat être écartée par le juge. Il s'agit ici des limites à la mise en œuvre des règles de conflit de lois. La Convention de Rome de 1980 pose deux limites : l'ordre public (Section 1) et les lois de police (Section 2). Si, en droit maritime, la jurisprudence y recourt dans de rares occasions, il n'empêche que ces limites y sont applicables.

Section 1 : L'ordre public

L'ordre public est prévu à l'article 16 de la Convention de Rome qui dispose que « l'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écarté que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

Le rapport⁹² sur la Convention n'apporte pas vraiment d'explication. On comprend qu'il s'agit de la « réserve d'ordre public ». C'est « l'ordre public d'éviction », l'exception qui constitue le dernier moyen de défense utilisable à l'encontre d'une loi étrangère qui choquerait trop profondément les conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for.

⁹¹ Cass.com, 8 dec. 1998, DMF 1999, p. 1007

⁹² Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M.GIULIANO et P.LAGARDE, JOC n° C 282 du 31 oct. 1980, p 0001 à 0050

Toujours selon le rapport, l'ordre public n'intervient pas abstraitement et globalement contre la loi désignée par la convention, mais seulement lorsque l'application d'une disposition déterminée de la loi désignée aboutit, dans le cas concret, à un résultat contraire à l'ordre public du for. Il se peut donc, précise le rapport, qu'une loi étrangère qui, dans l'abstrait, pourrait être jugée contraire à l'ordre public du for, soit néanmoins appliquée si le résultat concret de son application ne heurte pas en lui-même l'ordre public du for. Si l'expression « ordre public du for » appelle des observations (§1), lorsque l'application d'une loi étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public du for (§2), le juge a recours à une loi de substitution (§3).

Paragraphe 1 : Ordre public international ou ordre public du for

Il semble évident que l'article 16 condamne la notion d'« ordre public réellement international » ou d'« ordre public international par sa source », c'est-à-dire d'un ordre public qui ne soit pas de source étatique mais « anationale ». Pour le juge étatique il n'est d'ordre public d'éviction que celui de son for, c'est-à-dire de son droit national, et l'article 16 n'autorise pas à parler d'un ordre public anational qui ne ferait pas partie de l'ordre juridique du for.

Cependant l'article 16 ne dit pas ce qu'il faut entendre par ordre public du for dans l'application de cette disposition. La jurisprudence française, commentée par les auteurs, a établi une distinction fondamentale à cet égard dans les règles d'ordre public du for : l'article 16 ne commande pas d'écarter la loi étrangère désignée lorsqu'elle est manifestement incompatible avec n'importe quelle règle de l'ordre public du for, mais seulement de cet ordre public, que l'on convient d'appeler « ordre public international du for », ce qu'on exprime en disant que tout ce qui est d'ordre public interne n'est pas nécessairement d'ordre public international dans le sens de l'article 16, ou que la notion d'ordre public n'a pas en droit international privé le même sens qu'en droit interne. Il y a entre les deux une différence de contenu (contenu plus réduit en droit international privé) et une différence d'effet (effet d'éviction, donc toujours négatif en droit international privé, ce qui n'est pas toujours le cas en droit interne).

L'article 16 se borne à parler d'ordre public sans spécifier qu'il s'agit du sens international de ce terme. Le fait est que la Convention étant un texte général, elle ne pouvait pas apporter plus de précision à cet égard. Il est donc laissé au juge de dire dans chaque espèce, ce qui, au sein de l'ordre public du for, est incompatible avec la loi étrangère et ce qui ne l'est pas. Une disposition générale comme l'article 16 ne pouvait pas lui donner d'autres indications. Si la Convention est lacunaire à cet égard, elle ne pouvait pas éviter de l'être.

Paragraphe 2 : Une application « manifestement » incompatible avec l'ordre public du for

La condition exigée par l'article 16 pour que joue l'exception d'ordre public du for est que l'incompatibilité du résultat avec l'ordre public du for soit manifeste. Le rapport en tire la conséquence que le juge doit motiver particulièrement l'existence de cette exception. Les commentateurs⁹³ interprètent l'adverbe « manifestement » comme devant inciter les juges à montrer plus de libéralisme que par le passé à l'égard des lois étrangères « qui traduisent les objectifs économiques et financiers des Etats étrangers », à l'encontre desquelles la jurisprudence s'est toujours montrée rigoureuse, ce qui entraîne une perturbation dans les relations internationales. L'esprit de collaboration entre les Etats pourrait ici trouver un terrain où se concrétiser plus rapidement, car la généralisation du dirigisme étatique dans la plupart des pays rend nécessaire cette collaboration, qui, sur le plan du droit international privé, peut se trouver réalisée par une limitation de l'intervention de l'ordre public.

Cet objectif de collaboration entre les Etats se réalise aussi, à travers l'application de l'article 7.1 qui prévoit de donner effet aux lois de police étrangères et qui répond donc tout à fait à cet objectif. S'il en est ainsi, on peut donc se demander à quoi sert l'article 16 et s'il n'y a pas de duplicata inutile, de recours à deux procédés qui conduisent au même résultat. Etant entendu que le droit communautaire fait partie intégrante du droit des Etats membres, une loi étrangère contraire, par exemple, au droit communautaire de la concurrence, sera-t-elle écartée au nom de l'ordre public ou le droit communautaire s'imposera-t-il « immédiatement » en tant que loi nécessaire ? En réalité, il n'est point besoin de se prononcer car, de toute façon, en raison de

⁹³ H.GAUDEMET-TALLON, Convention de Rome du 18 juin 1980, Jurisclasseur Europe 1989, fascicule 3200 ; J. FOYER, L'avant projet de la Convention C.E.E..., Clunet 1976

l'article 7, le résultat serait le même. Si cette remarque devait se vérifier en tout état de cause, on aurait deux dispositions dans un même instrument international pour dire la même chose.

En fait, il n'en est pas toujours ainsi. C'est seulement lorsque la conception de l'ordre public est exprimée par une règle nationale précise et explicite que l'on aboutirait peut-être au même résultat en évinçant la loi désignée par la règle de conflit pour lui en substituer une autre selon l'article 16 ou en appliquant immédiatement cette dernière selon l'article 7. Lorsque la conception de l'ordre public consiste en un principe général ou implicite, la nécessité de consulter la loi étrangère avant de l'évincer (ce qui est l'effet négatif de l'ordre public) est incontestable et incontestée, et c'est alors l'article 16 qui s'applique et non l'article 7.

Paragraphe 3 : L'application de la loi de substitution

L'article 16 présente une autre lacune dans l'expression « ordre public du for ». Si la mise en œuvre de l'exception d'ordre public du for débouche sur l'éviction de la loi désignée par la Convention de Rome (loi choisie selon l'article 3.1 ou désignée selon l'article 4), encore faut-il savoir ce qu'il faut substituer à la loi évincée par l'exception d'ordre public. Car si l'exception d'ordre public entraîne un effet d'éviction appelé effet négatif, elle entraîne nécessairement et par le fait même un effet de substitution appelé effet positif, et qu'il est évidemment important de savoir par quelle règle il faut remplacer la règle évincée. Pour la jurisprudence française, si on ne peut pas appliquer la loi désignée par la règle de conflit, le substitut s'offre naturellement : c'est la compétence subsidiaire de la loi du for. Cette solution est dictée par ce qui est considéré en droit français comme un principe, à savoir que la loi du for a une vocation illimitée à régir toute question de droit privé qui peut se poser.

L'application subsidiaire de la loi du for en raison de la contrariété de la loi désignée par la règle de conflit à l'ordre public du for apparaît choquante et inadmissible. Il ne semble pas du tout qu'elle puisse se justifier par le principe de la vocation illimitée de la loi du for à régir toute question de droit privé qui peut se poser au juge. Dès lors que ce principe se base sur l'idée que la loi du for peut et doit être appliquée à toute situation soumise au juge « à défaut

La loi applicable au contrat de transport maritime

d'une autre mieux adaptée »⁹⁴, encore faut-il se demander s'il n'existe pas une loi mieux adaptée que la loi du for lorsque la loi désignée est écartée par l'exception d'ordre public.

La solution de la jurisprudence française n'est pas celle qui prévaut partout ailleurs qu'en France. Par exemple, la solution de la jurisprudence allemande consiste à rechercher dans la loi étrangère compétente s'il existe une autre disposition non contraire à l'ordre public du for qui puisse se substituer à la disposition évincée, et c'est seulement à défaut d'une telle disposition subsidiaire que l'on a recours à la loi du for. Cela peut être critiqué, car une loi peut être appliquée contre son sens et son esprit, et l'introduction dans le droit étranger d'une règle qui n'y est pas admise contrevient au principe que la loi étrangère doit être appliquée telle qu'elle existe⁹⁵. MM. Batiffol et Lagarde estiment que l'application pure et simple de la loi du for est préférable à cette solution.

Si, comme nous l'avons vu, l'exception d'ordre public opère négativement, les lois de police, quant à elles, opèrent positivement.

Section 2 : Les lois de police

L'article 7 de la Convention de Rome dispose :

« 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de la nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. »

L'article 7 est donc séparés en deux paragraphes : le premier porte sur les lois de police étrangères et le second sur les lois de police du for. L'ordre de ces deux paragraphes ne

⁹⁴ P. MAYER, Droit International Privé, Montchrestien, Précis Domat, 1998

⁹⁵ H.BATIFFOL et P.LAGARDE, Traité de droit international privé, Tome I, LGDJ

La loi applicable au contrat de transport maritime

manque pas de surprendre. M. Mayer explique cette disposition par le fait qu'en cas de conflit, la loi de police du for l'emporte sur la loi de police étrangère.

Selon les auteurs du rapport, cet article ne fait que consacrer des principes qui existent déjà dans les droits des Etats membres de la Communauté⁹⁶. Si ce jugement est vrai en ce qui concerne le deuxième paragraphe, on ne peut pas en dire autant en ce qui concerne le premier. Les lois de police étrangères présentant un intérêt moindre en l'espèce, l'analyse sera concentrer sur les lois de police du for⁹⁷.

L'article 7.2 appelle un commentaire principal qui se rapporte aux lois de police et aux lois d'application immédiate. Les termes « lois de police » ne sont employés que dans le titre de l'article. Dans le corps du texte, d'autres termes sont utilisés pour rendre le concept. Dans le second paragraphe on parle de « règles de la loi du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat », et dans le premier de « dispositions applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ». Le rapport Giuliano-Lagarde⁹⁸ apporte l'explication suivante : « L'origine de ce paragraphe (7.2) est liée au souci de certaines délégations de sauvegarder les règles (...) de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. Le paragraphe ne fait donc que mettre en évidence l'incidence de lois de police (lois d'application immédiate, *leggi di applicaione necessaria*, etc.) sous une optique différente de celle du paragraphe 1^{er} ». Il y a lieu de croire, à la lecture de ce commentaire, qu'il y a une coïncidence parfaite entre la notion de loi de police et la notion de loi d'application immédiate.

L'expression utilisée dans les deux paragraphes de l'article 7 répond parfaitement à la notion de « loi d'application immédiate » dont le mécanisme d'intervention a été décrit par Francescakis⁹⁹. On sait que la notion répond elle-même à la distinction capitale au sein de la loi du for entre deux catégories de règles impératives : les règles impératives de la loi désignée par le règle de conflit et les règles impératives de la loi du for qui s'appliquent en tout état de cause, quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit, en raison de leur

⁹⁶ Rapport sur la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M.GIULIANO et P.LAGARDE, JOC n° C282 du 31 oct. 1980

⁹⁷ pour une analyse complète des lois de police étrangères voir P.MAYER, Les lois de police étrangères, Clunet 1981, p277 et s.

⁹⁸ voir supra note n° 96

⁹⁹ Ph. FRANCESCAKIS, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, Rev. crit. dr. int. pé., 1966, p. 12

impérativité accentuée. On les appelle lois d'application immédiate parce que le juge, une fois qu'il a décelé l'existence d'une telle règle, l'applique immédiatement sans même se demander quelle est la loi désignée par la règle de conflit du for.

Une grande partie de la doctrine fait la distinction entre la notion de loi de police et loi d'application immédiate, considérant la première comme une sous-catégorie de la seconde¹⁰⁰. Le point de départ est la définition de la loi d'application immédiate, à savoir une règle substantielle déterminée de l'ordre juridique de for, qui doit être appliquée à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec cet ordre, quel que soit l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for pour s'appliquer globalement au contrat. Cette définition ne fait que décrire la méthode d'intervention des lois d'application immédiate, par comparaison avec la méthode du conflit de lois à laquelle elle déroge. Elle ne donne pas les critères qui permettent d'identifier la loi d'application immédiate.

M. Mayer a classé ces critères en trois catégories. La première comprend les règles que le législateur trouve si excellentes qu'elles méritent à ses yeux une application plus large que celle qui résulterait de la règle de conflit. La deuxième comprend les règles par lesquelles l'Etat impose à ses nationaux des obligations particulières ou entend leur assurer une protection jugée pour eux indispensable. Enfin, dans la troisième, la règle du for sera d'application immédiate dans des situations où il importe qu'elle soit appliquée pour des raisons spécifiques liées à son contenu et à son but, au mépris de la loi désignée par la règle de conflit. Le critère de la règle d'application immédiate est alors fonctionnel et non formel.

Cette troisième catégorie peut, elle-même, être divisée en trois. Dans une première sous-catégorie on peut y voir certaines lois destinées à protéger une partie à un contrat contre l'autre, qui doivent être appliquées selon un critère objectif pour ne pas être trop facilement éludées par la soumission volontaire du contrat à une autre loi. Nous pouvons ainsi trouver le fondement de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes et les décrets d'application en tant que loi de police. Ces textes ont le caractère de loi de police du fait qu'ils permettent de garantir au chargeur que toute stipulation du transporteur dans le connaissance visant à établir un régime de responsabilité allégée par rapport aux dispositions de la loi française, alors que celle-ci a vocation à s'appliquer, est réputée non écrite. Les

¹⁰⁰ P. MAYER, Les lois de police étrangères, Clunet 1981, p. 277 et s.

répercussions peuvent être importantes par rapport, notamment, au régime de la clause Paramount. Lorsqu'une telle clause désigne la loi française comme applicable ou lorsque celle-ci a vocation à s'appliquer en vertu de son article 16, aucune disposition particulière ne pourra entraver l'application du texte dans son entier. De plus, ce texte offre une garantie minimum au chargeur. Lorsque la clause Paramount désigne une législation moins favorable que la loi française ou la Convention de Bruxelles normalement applicables, elle sera réputée non écrite. Une deuxième sous-catégorie comprend les lois dont l'application est jugée devoir être uniforme sur le territoire pour permettre à ceux qui agissent sur ce territoire de le faire en sécurité, sans avoir à se livrer à des recherches ou vérifications. En dernier lieu se classent les règles dont l'observation importe non seulement aux particuliers qu'elles visent directement, mais également à une collectivité plus large dont les intérêts peuvent ne pas être intégralement pris en compte par la règle de conflit.

Pour M. Mayer, le terme « loi de police » semblerait devoir être réservé à celles des lois d'application immédiate classées dans la troisième catégorie. L'auteur observe même que le terme devrait être utilisé que pour la troisième sous-catégorie de celle-ci. Cette limitation répondrait au critère qu'avait retenu Francescakis qui définissait comme lois de police celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »¹⁰¹.

On débouche ainsi sur l'idée qu'il faut abandonner un mode conceptuel d'identification au profit d'une approche fonctionnelle : on définira comme lois de police les règles dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne leur sont pas soumises par la règle de conflit. Ceci rejoint les observations de MM. Loussouarn et Bourel¹⁰² : les lois de police sont difficiles à définir parce qu'il n'y a pas entre elles et les autres lois une différence de nature mais une simple différence de degré. C'est une question de mesure. Il n'existe donc pas une catégorie, un bloc homogène de lois de police et toute tentative de systématisation est vaine. Tout au plus peut-on dire avec MM. Batiffol et Lagarde qu'il y a lois de police dans des matières où les intérêts économiques et sociaux de l'Etat qui sont en cause sont si importants que la loi du juge saisi doit s'appliquer selon ses propres dispositions¹⁰³.

¹⁰¹ Rép. Dalloz, dr. int., Conflit de lois (Principes généraux), n° 137

¹⁰² LOUSSOUARN et BOUREL, Droit international privé, Dalloz 7^{ème} ed. 2001

¹⁰³ H.BATIFFOL et P.LAGARDE, Droit international privé, Tome I, LGDJ, n° 251

Il faut donc admettre avec MM. Loussouarn et Bourel que la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative et appelle irrésistiblement la méthode du « cas par cas ». L'absence de définition basée sur une approche conceptuelle et le fait de s'en remettre à une approche fonctionnelle aussi lâche ouvrent au juge un large pouvoir d'appréciation qui comporte nécessairement un risque d'arbitraire. Et comme notent ces deux auteurs, le danger des lois de police semble plus grave que celui de l'exception d'ordre public, car il est moins gênant, au nom du prétendu caractère de loi de police de la loi locale, de ne pas désigner la loi étrangère, au départ, que de l'écarter une fois qu'elle a été désignée, ce qui est le cas dans le mécanisme de l'exception d'ordre public¹⁰⁴. Les lois de police constituent ainsi une sous-catégorie des lois d'application immédiate. Toutes les lois de police sont des lois d'application immédiate, mais toutes les lois d'application immédiate ne sont pas nécessairement des lois de police.

La question se pose donc de savoir si le juge doit appliquer l'article 7.2 même s'il estime que les intérêts économiques et sociaux de l'Etat au nom duquel il juge ne sont pas en cause. Pour MM. Holleaux, Foyer et de La Pradelle, les lois dont l'application est réservée par l'article 7.2 sont celles qui méritent réellement la qualification de lois de police et non d'autres lois d'application immédiate, sinon les Etats parties à la Convention auraient la possibilité d'écarter à leur guise les règles de conflit de celle-ci. Et c'est là un intérêt pratique important de la distinction entre les lois d'application immédiate suivant qu'elles sont ou non de police. De même, pour M. Mayer « lorsque le législateur du for a clairement indiqué le domaine d'application nécessaire d'une règle donnée, le juge est obligé de s'incliner. Mais la primauté de cette règle s'efface lorsque la règle de conflit est d'origine conventionnelle, en raison de la supériorité de traité sur la loi : c'est une différence importante avec les lois de police, dont les Etats parties à la Convention sont censés avoir réservé l'intervention, car elle correspond à une nécessité objective, ressentie par tous »¹⁰⁵.

Si la même expression (loi de police) avait été utilisée dans l'intitulé et dans le libellé, on n'aurait pas hésité à dire qu'il s'agit bien des lois de police en tant que distinctes des lois d'application immédiate non de police. Mais les expressions sont différentes, et rien n'indique que les auteurs du texte ont voulu marquer par là une différence de contenu.

¹⁰⁴ Y.LOUSSOUARN et P.BOUREL, Droit international privé, Dalloz 7^{ème} ed. 2001

¹⁰⁵ P. MAYER, voir supra note n° 100

La loi applicable au contrat de transport maritime

En conclusion, il semble que ce serait aller au-delà du texte de l'article 7.2 que d'imputer à ce texte de comporter une distinction entre loi de police et loi d'application immédiate et de viser la seule loi de police en excluant la loi qui serait d'application immédiate selon le critère formel sans être une loi de police selon le critère fonctionnel. On ne trouve aucune indication dans ce sens ni dans la Convention ni dans le rapport Giuliano-Lagarde.

Pour M. Bonassies « aux termes de l'article 7 de la Convention de Rome, texte qui met en œuvre, plus que la notion de loi de police, la notion nouvelle de « loi d'application immédiate », le juge d'un Etat signataire (pour nous le juge français) peut continuer à appliquer les règles de sa propre loi « *qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* » »¹⁰⁶. L'auteur ajoute que « même si la solution ne s'impose pas d'une manière décisive, il n'est pas déraisonnable de penser que les tribunaux français pourront continuer à appliquer les dispositions de l'article 16 (de la loi de 1966) aux contrats de transports de marchandises à destination de la France non soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie ».

Nous avons vu que le principe en matière de conclusion de contrat de transport maritime est celui de la loi d'autonomie et que ce principe présente, cependant, quelques limites. Les parties sont libres de choisir quelle sera la loi qui régira leur contrat à condition, d'une part, que ce choix ne soit pas contraire à l'ordre public, et d'autre part, que le juge ne substitue pas à cette loi une loi de police. Cependant, il est des cas où les parties ne choisissent pas de loi, ni explicitement, ni implicitement, ou que le juge déclare que la loi choisie ne peut être applicable.

¹⁰⁶ DMF janv. 92, n° 512, p. 4, n. P.BONASSIES

SECONDE PARTIE : LE DEFAUT DE CHOIX DES PARTIES

Comment sera désignée la loi applicable au contrat international lorsque les parties ont omis de faire une *electio juris* ? Au niveau judiciaire cette question a été prévue à l'article 4 de la convention de Rome de 1980 et est intitulé « Loi applicable à défaut de choix ». La Convention étant entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, les dispositions de la Convention s'imposent au juge étatique¹⁰⁷ en matière de règles de conflit de lois.

Cependant, le juge judiciaire ne se voit pas soumettre tous les litiges en matière de contrat de transport. Il est des cas, très répandus, où le contentieux est soumis à l'arbitrage : arbitre unique ou collège arbitral. Dans ce cas, comme nous l'avons vu dans le deuxième chapitre ci-dessus, le juge arbitral n'est pas tenu par les règles de la Convention de Rome. Quelle loi sera-t-il donc tenu d'appliquer pour résoudre le litige ?

Nous examinerons dans un premier chapitre la loi applicable par le juge étatique, pour ensuite étudier la loi applicable par le juge arbitral dans un second chapitre.

¹⁰⁷ Article 55 de la Constitution de 1958 – supériorité des Traités sur les lois.

Chapitre 1 : La loi applicable par le juge étatique

L'article 4 de la Convention de Rome énonce d'abord un principe général : le rattachement à la loi du pays avec lequel le contrat a les liens les plus étroits. Pour aider le juge à déterminer les liens les plus étroits, l'article 4 pose une présomption générale (Article 4§2) et deux présomptions spéciales (Articles 4§3 & 4), dont une concerne le contrat de transport de marchandises. Enfin cette article prévoit ce qui appelée la « clause d'exception ».

Nous verrons donc dans un premier temps l'application du critère des liens les plus étroits (section 1) pour ensuite examiner la récente application de la clause d'exception en droit maritime (section 2).

Section 1 : Le critère des liens les plus étroits

L'article 4§1 énonce un principe de proximité en disposant que « dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Il s'agit d'une conception objective, tendant à rechercher les divers indices faisant ressortir la localisation du contrat dans tel ou tel pays, et écartant, par conséquent, toute recherche de la volonté présumée ou hypothétique des parties. Cette règle se présente comme l'application d'un principe envisagé comme étant d'une plus grande généralité que la règle de conflit elle-même.

Ainsi donc, on a, pour la solution des conflits de lois en matière contractuelle, en l'absence de choix de la loi des parties, un fondement considéré par la doctrine unanime comme un fondement vague et lâche. M. Lagarde, rapporteur du projet de la Convention, écrit¹⁰⁸ que « cette formulation un peu lâche, qui se trouve dans l'article 4§1, correspond aux solutions antérieurement données par la jurisprudence de plusieurs Etats contractant, dont le Royaume-

¹⁰⁸ P.LAGARDE, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 18 juin 1980, Rev. crit. dr. int. pé, 1991, p. 287-340

Uni et la France ». Parlant du principe de proximité, il écrivait en 1986¹⁰⁹ que « c'est avant tout son apparente objectivité qui devrait le rendre facilement universalisable et par là même satisfaire aux objectifs largement admis du droit international privé ».

Afin d'aider le juge dans sa tâche de détermination des liens les plus étroits, la Convention de Rome a prévu des dispositions qui permettent de concrétiser la notion de « liens les plus étroits ». Nous examinerons dans un premier temps ces dispositions (§1) avant de voir l'application qui en a été faite par la jurisprudence (§2).

Paragraphe 1 : Les présomptions prévues par la Convention de Rome

La Convention de Rome énonce deux types de présomptions. La première, la présomption générale, est prévue à l'article 4§2 de la Convention (A). La seconde, la présomption spéciale, est prévue aux paragraphes 3 et 4 de ce même article pour deux cas particuliers (B).

A. La présomption générale de l'article 4§2

Le §2 de l'article 4 pose une présomption de portée générale. Selon ce paragraphe « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion de contrat, sa résidence habituelle ».

Une règle de conflit « idéale » doit répondre à l'exigence de donner la solution juste par la prise en considération de chaque cas, et dans le même temps répondre à l'exigence de certitude, de prévisibilité et de sécurité. Il faut, selon MM. Batiffol et Lagarde¹¹⁰, sacrifier la certitude et la prévisibilité sur l'autel de la justice : « l'enseignement de l'histoire est qu'une solution juste paraît plus indispensable qu'une solution uniforme qui aurait le mérite d'une prévisibilité plus sûre ». Si l'on observe cette règle de conflit en elle-même, peut-on dire qu'il existe des situations où elle donne la « solution juste », c'est-à-dire la meilleure indication de la loi applicable au contrat ? Peut-on également dire que cette règle a un fondement objectif ?

¹⁰⁹ P.LAGARDE, Cours de La Haye, Tome 196, 1986-I, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours général de droit international privé, p. 9-238

¹¹⁰ H.BATIFFOL et P.LAGARDE, Droit International Privé, LGDJ, Tome II

La loi applicable au contrat de transport maritime

L'objectivité ici, c'est de ne pas faire parler le silence, de ne pas lire les intentions des parties dans leurs têtes, de ne pas imputer une volonté déterminée à ceux qui n'en ont pas exprimé une, de ne pas se référer à une « attente légitime » des parties en mettant sur leur dos ce que le juge lui-même a voulu décider, c'est-à-dire de ne pas tomber dans la spéculation.

La règle de conflit générale a été fortement inspirée de la jurisprudence et de la doctrine suisses. L'arrêt Chevalley du Tribunal Fédéral suisse en date du 12 février 1952, cité par M. Schnitzer¹¹¹, donne des précisions sur le sens de l'objectivité de la règle de conflit : « l'autonomie de la volonté n'est pas en jeu ici, car, lorsque le juge se demande ce que les parties auraient disposé si elles avaient envisagé la collision des droits, il ne se réfère pas à une volonté réelle qu'elles auraient manifestée, fût-ce par actes concluants. Il leur attribue certaines intentions qui, même si elles étaient établies, ne seraient pas opérantes, faute d'avoir été extériorisées. D'ailleurs le juge ne recherche même pas ce que les parties, prises telles qu'elles sont, auraient pu concrètement penser ou vouloir, mais s'applique à constituer, d'une manière abstraite, ce que des personnes raisonnables, placées dans les mêmes circonstances, auraient pensé et voulu. Ainsi, la volonté présumée des parties ne fait en définitive que recouvrir l'ensemble des critères objectifs auxquels le juge recourt pour rattacher le contrat à un lieu déterminé ; en effet, dans la jurisprudence sur le droit applicable aux effets des obligations, cette notion a fini par se confondre avec celle du rapport territorial le plus étroit. Cela étant, l'appel à une volonté hypothétique se révèle inutile en cette matière, la localisation du contrat devant s'opérer d'elle-même, sans que le juge ait à se livrer à des conjectures sur ce que les parties pouvaient avoir à l'esprit ». M. Schnitzer conclut qu'il faut faire dépendre le rattachement de la « nature de l'opération », ce à quoi la Convention de Rome s'est attachée pour édicter la règle de conflit générale de l'article 4§2.

La question est donc de savoir si la règle de conflit de l'article 4§2 est de nature à adopter la solution « juste », c'est-à-dire, si elle désigne la loi nationale adéquate à appliquer, et si cette règle de conflit est objective. Le problème est celui de la raison d'être, au regard de l'objectivité, de la prise en considération de la prestation caractéristique comme fondement de la règle de conflit.

¹¹¹ Adolf SCHNITZER, Les contrats internationaux en droit international privé suisse, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1968-I, tome 123, p. 549

La loi applicable au contrat de transport maritime

La notion de « prestation caractéristique » n'est pas définie dans la Convention. C'est le rapport Giuliano-Lagarde¹¹² qui le fait : « c'est la prestation pour laquelle le paiement est dû ». Et le rapport précise : « L'individualisation de la prestation caractéristique d'un contrat ne soulève évidemment aucune difficulté dans le cas des contrats unilatéraux. Par contre, dans la cas des contrats bilatéraux (synallagmatiques) par lesquels les contractants se chargent mutuellement de prestations réciproques, la contre-prestation d'une des parties, dans l'économie moderne, consiste habituellement en argent. Cette prestation n'est donc pas caractéristique du contrat. C'est la prestation pour laquelle le paiement est dû, c'est-à-dire, selon les différentes catégories de contrats, le transfert de la propriété, la livraison d'objets mobiliers corporels, l'attribution de l'usage de la chose, la fourniture d'un service, du transport, de l'assurance, de l'activité bancaire, de la caution, etc., qui constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique de l'opération contractuelle ».

Cependant, la raison d'être de la prise en compte de la prestation caractéristique comme fondement de la désignation de la loi applicable doit être cherchée dans la « nature » de la relation juridique, et c'est alors que ce fondement pourra être considéré comme objectif. Le rapport Giuliano-Lagarde explique qu'« il est possible d'ailleurs de faire remonter la conception de la prestation caractéristique à une idée plus générale encore, à savoir l'idée que cette prestation vise la fonction que le rapport juridique en cause exerce dans la vie économique et sociale du pays. La conception de la prestation caractéristique permet, en substance, de rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il va s'insérer ».

Cette présomption établie par le paragraphe 2 peut dans certains cas être écartée. L'article 4 pose en effet des présomptions particulières aux paragraphes 3 et 4. Le premier concerne les immeubles et le second, qui nous intéresse particulièrement, concerne le contrat de transport de marchandises.

B. La présomption spéciale du contrat de transport de marchandises

L'article 4§4 énonce que « le contrat de transport de marchandise n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son

¹¹² Rapport sur la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M.GIULIANO et P.LAGARDE, JOC n° C282 du 31 oct. 1980

La loi applicable au contrat de transport maritime

établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays ». Et l'article ajoute que « pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises. »

Le rapport nous révèle qu'après avoir longtemps et vivement discuté la question, le groupe a décidé d'inclure les contrats de transport dans le champ d'application de la Convention, mais qu'il n'a pas estimé approprié de soumettre le contrat de transport de marchandises à la présomption du paragraphe 2, « compte tenu des particularités de ce type de transport », et que c'est pourquoi la Convention l'a soumis à une présomption propre.

La question qui se pose à la lecture de ce commentaire qu'on trouve dans le rapport est la suivante : quelles sont les particularités du contrat de transport de marchandises au regard du droit international privé des contrats ? Le rapport est muet à cet égard ; et à y réfléchir, on n'en voit aucune. Sauf qu'on constate une difficulté et non des particularités : le « lien le plus étroit » est introuvable. Quoiqu'il en soit, il a été trouvé que la « règle-présomption » de l'article 4§2, qui retient l'établissement principal du débiteur de la prestation caractéristique, (en l'occurrence le transporteur) n'est pas appropriée au transport de marchandises.

Mais par quoi la Convention l'a-t-elle remplacée en ce qui concerne ce contrat ? L'article 4§4 ne pose pas de règle-présomption générale pour le contrat de transport de marchandises. La règle-présomption de l'article 4§2 est remplacée par une autre, mais seulement dans trois cas spécifiques. Dans ces trois cas spécifiques de l'article 4§4, la présomption, comme le dit le rapport, « se fonde sur une combinaison de critères de rattachement ». Le contrat est présumé avoir les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat dans les trois cas suivants : si ce pays est aussi celui où est situé le lieu de chargement ; si ce pays est aussi celui où est situé le lieu de déchargement ; si ce pays est aussi celui où est situé l'établissement principal de l'expéditeur.

Mais *quid* si l'une de ces trois coïncidences ne se réalise pas ? Le texte est muet. Ce qui veut dire qu'en dehors de ces trois hypothèses, il n'y a pas de règle-présomption générale de conflit pour le contrat de transport de marchandises. Car on ne peut pas revenir à la règle-

présomption générale de l'article 4§2, à partir du moment où il est expressément précisé au paragraphe 4 que « le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2 ». C'est un aveu d'impuissance des artisans de la Convention de pouvoir trouver une règle-présomption de conflit générale pour le contrat de transport de marchandises. On laissera donc le juge sans aucune directive, c'est-à-dire qu'il va bricoler comme il le pourra. Car, en l'absence d'une véritable règle de conflit, on retombe sur le vague principe de proximité de l'article 4§1, dont le rapport lui-même dit qu'il ne donne pas au juge des critères de décision suffisamment précis.

M. Vincent Heuzé écrit, à propos de l'article 4§4, que l'attribution de compétence à la loi de l'établissement principal du transporteur sous la condition qu'elle soit également celle du lieu de chargement ou de déchargement ne paraît s'expliquer que par des considérations pratiques, et non par des préoccupations de « justice de droit international privé », et notamment de protection des prévisions des parties¹¹³. Mais quels sont donc en l'occurrence les « critères objectifs » d'une « justice de droit international privé » et d'une « protection des prévisions des parties » ? Il est regrettable que la Convention de Rome n'ait pas résolu les hypothèses, qui ne sont pas rares en pratique, où, les parties étant établies dans des pays différents, le lieu de chargement ou de déchargement ne coïncide pas avec celui de la résidence du transporteur. L'absence de règle générale de conflit, même à l'état de présomption, pour le contrat de transport de marchandises, est une illustration remarquable des infirmités et du caractère le plus souvent arbitraire de la « localisation objective » et du principe de proximité en droit international privé des contrats.

On voit mal quel argument vaut mieux qu'un autre. Dans ce flou, la jurisprudence a du « apprécier » les dispositions de la Convention.

Paragraphe 2 : L'application des présomptions de la Convention par la jurisprudence

A vrai dire, il est assez rare de voir les juges se référer expressément à l'article 4§4 de la Convention. Dans l'affaire Navire *Lucy* du 2 décembre 1998¹¹⁴, un transport maritime a été effectué entre le Kenya, pays de chargement et d'émission du connaissement, et l'Italie, pays

¹¹³ V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN, 1990

¹¹⁴ CA Paris (5^{ème} Ch. sec. A), 2 dec. 1998, DMF 1999, n° 596, p. 732, n. P-Y. NICOLAS

du débarquement et de la livraison et donc de l'exécution de connaissement. Le destinataire était français et le transporteur anglais. Le connaissement a été émis en 1994, donc après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Le Kenya a adhéré à la Convention de Bruxelles d'origine, et, sans dénoncer cette dernière, il a adhéré par la suite aux règles de Hambourg de 1978. L'Italie a, quant à elle, dénoncé la Convention de Bruxelles d'origine et a adhéré aux deux protocoles modificatifs de 1968 et de 1979. La France est elle partie aux trois versions de la Convention de Bruxelles, mais, tout comme l'Italie, n'est pas liée par les Règles de Hambourg. Ces dernières ne peuvent donc pas s'appliquer d'elles-mêmes en France car, contrairement à la Convention de Bruxelles, elles ne sont pas intégrées au droit français. Dans cette espèce, le juge français a déclaré applicable la Convention de Bruxelles amendée et motive sa décision en précisant que « le droit applicable est en Italie la Convention de Bruxelles de 1924 amendée par les protocoles de 1968 et 1979 dans la mesure où le Kenya a ratifié la convention de 1924 ». La juridiction française déclare donc le droit italien applicable au contrat de transport. Mais sur quel critère fonde-t-il sa décision ? En effet, la localisation du contrat en Italie ne s'imposait guère, en l'espèce, sachant que l'Italie n'était que le pays du déchargement et de la livraison. Alors que les parties dépendaient de la France et du Royaume-Uni, par leur nationalité et leur domicile, et qu'un faisceau d'indices convergeait vers le Kenya, pays de la conclusion du contrat, de la prise en charge des marchandises et de leur chargement.

Il est vrai qu'il est souvent difficile d'établir sans arbitraire les « liens les plus étroits » du contrat de transport maritime avec le territoire d'un seul Etat, comme l'exige la Convention de Rome (article 4§1). Ainsi, pour déclarer la loi italienne applicable, le juge précise « qu'à défaut de choix par les parties, le contrat est soumis à la loi sur le territoire duquel il peut être localisé ; qu'en matière de transport maritime, le lieu d'exécution du contrat de transport se situe au port de livraison prévu au connaissement, qu'en l'espèce il s'agit du port de Livourne en Italie ». La Cour d'appel applique donc en l'espèce le critère du « lieu d'exécution du contrat ».

Ce critère semble être celui qui était applicable avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. En effet, M. le Conseiller référendaire Rémerly, dans son rapport sur l'arrêt du 12 octobre 1999¹¹⁵, note que, « pour les contrats antérieurs (à la Convention de Rome de 1980),

¹¹⁵ Cass.com 12 oct. 1999, Rev. crit. dr. int. pé, 88 (4), 1999, p. 720, rapport de M. le Conseiller référendaire Rémerly

La loi applicable au contrat de transport maritime

la Cour de cassation, dans les plus récents arrêts rendus sur la délicate question de la loi d'autonomie ou loi contractuelle choisie par les parties, a imposé aux juges du fond, lorsque le choix des parties n'est pas exprès, une recherche d'ensemble : *en se bornant à retenir le lieu de conclusion et la langue des documents comme indices de localisation en France des relations entre les parties, sans procéder à l'examen d'ensemble de ces relations et prendre en considération, comme elle y était invitée, les éléments tirés de ...*, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » Et il continue en précisant que « parmi les indices essentiels à prendre en considération, se situe, à la première place, le lieu d'exécution du contrat, vers lequel est tendue l'attente des parties ».

Il n'est pas question ici de faire le procès de ce critère. Mais dans l'affaire du Navire *Lucy*, il semble que la Cour d'appel aurait pu être du appliquer, ou au moins essayer d'appliquer la présomption de l'article 4§4, prévue spécialement pour le transport de marchandises, avant d'appliquer le critère du lieu d'exécution du contrat. Etait-ce pour ne pas appliquer les Règles de Hambourg ? En effet, les conditions d'application de la Convention de Bruxelles d'origine (article 10) étaient en l'espèce satisfaites, puisqu'elle était en vigueur au Kenya, pays de l'émission du connaissement. Mais celles des Règles de Hambourg (article 2.1(d)) étaient également remplies, pour la même raison, et l'on peut présumer que lesdites Règles prévalent sur la Convention d'origine dans ce pays.

Dans l'affaire du Navire *An He* du 10 janvier 2001¹¹⁶, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence se prononce sur un transport entre la Chine et Marseille. Le connaissement contenait une clause Paramount mais il n'avait pas été signé par le chargeur. Le Cour énonce donc que la clause ne peut recevoir effet. En visant l'article 16 de la loi du 18 juin 1966, la Cour soumet ainsi le transport à la loi française. Ce qui est étonnant dans cette affaire, c'est que la Cour ne fait même pas référence à la Convention de Rome. Comme le note M. Bonassies¹¹⁷, « il est vrai que cela eût suscité un difficile débat sur la notion de *pays avec lequel (le contrat) présente les liens les plus étroits*, pays du lieu d'exécution ou pays du lieu de destination, tout ceci peut être pour en revenir à l'application de la loi française, au titre de loi de police ou d'ordre public ». Il semble néanmoins que, quitte à appliquer finalement la loi française, les juges auraient pu démontrer comment ils arrivent à ce résultat.

¹¹⁶ CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001, Navire *An He*, DMF 2001, n° 614, p. 313, n. Y.TASSEL

¹¹⁷ DMF HS n° 6, juin 2002, p. 62, n° 72, P. BONASSIES

La loi applicable au contrat de transport maritime

Enfin dans l'affaire Navire *Bonastar II* du 21 juillet 2001¹¹⁸ un transport avait été effectué entre l'Indonésie et la Turquie en transbordant par Singapour. Le connaissement couvrant le transport contenait une clause énonçant que « la loi régissant le transport sera celle de Singapour ». Cette loi régissait ainsi, au regard de l'article 3 de la Convention de Rome, les relations contractuelles entre les parties, et c'était donc en vertu de cette loi que la détermination des effets du connaissement à l'égard du destinataire devait être appréciée. Cependant, la Haute juridiction ajoute que la loi de Singapour est celle qui est applicable au contrat de transport car elle est « au surplus conforme à l'article 4 de la Convention de Rome ». Cet argument supplémentaire était superfétatoire, car si Singapour était bien le pays où le transporteur avait son principal établissement, la marchandise n'a que transbordé par ce pays. Ce n'était pas le lieu de chargement ou de déchargement au sens de l'article 4§4 de la Convention de Rome.

Lorsque les critères des présomptions prévues dans la Convention de Rome ne sont pas remplis, les juges, en vertu de l'article 4§5 de cette convention, peuvent revenir au principe général de l'article 4§1.

Section 2 : La « clause d'exception »

La Convention a prévu la possibilité pour le juge d'écarter la présomption générale du paragraphe 2 et les deux présomptions spéciales des paragraphes 3 et 4. Il s'agit des dispositions de l'article 4§5 appelé par M. Lagarde « la clause d'exception » ou par M. Wengler « la clause échappatoire ». Nous verrons dans un premier temps la possibilité qui est offerte au juge, en vertu de l'article 4§5, de revenir à la règle de conflit générale de l'article 4§1 (section 1), avant de voir la récente application qui en a été faite par la jurisprudence (section 2).

¹¹⁸ Cass.civ.1^{ère}, 12 juillet 2001, Navire *Bonastar II*, DMF 2001, n° 621, p. 994, n. P. DELEBECQUE ; HS n° 5, mai 2001, p. 61, n° 71, P.BONASSIES

Paragraphe 1 : Le « retour » au critère des « liens les plus étroits »

L'article 4§5 de la Convention de Rome dispose que : « l'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente de liens plus étroits avec un autre pays ». Il permet donc au juge, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la loi applicable au contrat en vertu des présomptions prévues aux paragraphes 2, 3 et 4, d'appliquer la loi d'un pays avec lequel le contrat présente des liens plus étroits.

La règle de l'article 4§2 présuppose que la prestation caractéristique puisse être déterminée, sinon on revient à la case départ, c'est-à-dire au principe de proximité à l'état pur, avec l'incertitude, l'imprévisibilité et l'insécurité qu'il comporte : il faudra déterminer au cas par cas le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, et ce sera le travail du juge. Mais même lorsque la prestation caractéristique peut être déterminée, les auteurs de la Convention ne pouvaient pas ne pas réaliser que des situations peuvent se présenter où il serait excessif et choquant de dire que le centre de gravité du contrat international se trouve toujours dans l'ordre juridique du pays du débiteur de la prestation caractéristique et que c'est dans cet ordre juridique que l'opération contractuelle exerce sa fonction socio-économique.

L'article 4§2 laisse une grande liberté au juge en le guidant seulement par une règle-présomption qui n'aura jamais une force contraignante absolue. Il dispose en effet qu'« il est présumé » que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui fournit la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle (ou, selon le cas, son principal établissement ou celui qui fournit la prestation). Et l'article 4§5 confirme la valeur de simple présomption de la règle de l'article 4§2 en disposant que cette présomption est écartée « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». La règle de conflit en matière contractuelle est ainsi, dans le système de la Convention de Rome, une règle présomption de conflit de lois, donc susceptible de preuve contraire, comme toute présomption. C'est une « présomption simple », comme le dit le rapport Giuliano-Lagarde¹¹⁹.

¹¹⁹ Rapport sur la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M.GIULIANO et P.LAGARDE, JOC n° C282 du 31 oct. 1980

La loi applicable au contrat de transport maritime

L'article 4§4 pose également une présomption. La loi applicable sera celle du pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat si en même temps l'une des trois conditions que nous avons vu plus haut est remplie, à savoir : si ce pays est aussi celui du lieu de chargement ; si ce pays est aussi celui du lieu de déchargement ; si ce pays est aussi celui où l'expéditeur a son établissement principal. Dans ces cas, « *il est présumé* que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays ». Il ne s'agit donc que d'une présomption. Par conséquent, si l'une de ces trois situations est réalisée mais que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, le juge devrait appliquer la loi de cet autre pays avec lequel le contrat a des liens plus étroits. De même, il peut arriver, et ce n'est pas rare dans le domaine maritime, que les conditions ci-dessus ne sont pas réunies.

C'est sur ce dernier point que la jurisprudence s'est prononcée récemment.

Paragraphe 2 : La récente application de la « clause d'exception » par le jurisprudence.

Le 4 mars 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu ce que M. Bonassies¹²⁰ a qualifié de « première décision importante sur la règle de conflit de lois en matière de transport ». Dans cette affaire, Navire *Houston Express*¹²¹, une société mexicaine expédie un conteneur du Mexique en France. La marchandise est prise en charge par un transporteur allemand qui l'achemine depuis le port américain de Houston jusqu'à Rungis (France), via le port d'Anvers (Belgique). Le destinataire constatant des avaries à la marchandise à l'arrivée assigne le transporteur devant le tribunal de Créteil. Le transporteur soulève l'incompétence du tribunal en invoquant que le connaissement contient une clause attributive de juridiction en faveur des Tribunaux de Hambourg. La Cour d'appel de Paris, en date du 29 novembre 2000¹²², rejette l'argument du transporteur et retient la compétence du Tribunal de Créteil en faisant référence à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui énonce que lorsque « la clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement est valide au sens de l'article 17 de la convention (de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en

¹²⁰ DMF HS n° 8, juin 2004, p. 71, n°78, P.BONASSIES

¹²¹ Cass.com., 4 mars 2003, Navire *Houston Express*, DMF juin 2003, n° 638, p. 556, n. P.DELEBECQUE ; Rev. crit. dr. int. pé., 92(2), avril-juin 2003, p. 285, n. P.LAGARDE

¹²² CA Paris (5^{ème} Ch. sec. A), 29 nov. 2000, Navire *Nuevo Leon* et autres, DMF sept. 2001, n° 618, p. 684, n. P-Y. NICOLAS

matière civile et commerciale) dans le rapport entre le chargeur et le transporteur, elle peut être invoquée à l'égard du tiers porteur du connaissement dès lors que, en vertu du droit national applicable, le porteur du connaissement succède au chargeur dans ses droits et obligations »¹²³. Et le juge ajoute qu'« il ne résulte d'aucun texte de droit interne que le porteur du connaissement, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations de chargeur ». La Cour d'appel applique donc la loi française au contrat de transport.

En effet, la Haute juridiction observe, confirmant ainsi ce qu'avait déclaré la Cour d'appel de Paris, « qu'à défaut de choix des parties, la loi applicable devait être déterminée selon l'article 4§5 de la Convention du 18 juin 1980 ratifiée par la France et l'Allemagne, qui prévoit que les présomptions de l'article 4§4 de cette Convention, relatif au contrat de transport de marchandises, sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, comme en l'espèce la France où devaient être livrées les marchandises à Rungis, à la société (...), par un transporteur allemand à l'issue d'un transport du Mexique à destination de Rungis via les Etats-Unis et la Belgique et que, par suite, la loi française est applicable au contrat de transport ». La Cour de cassation admet donc qu'il y avait lieu, en l'espèce, de faire jouer la clause d'exception prévue par la Convention de Rome, en considérant que la loi (allemande) du lieu de résidence du transporteur n'avait pas de valeur localisatrice, non pas parce qu'elle ne coïncidait pas avec la loi du lieu de chargement (loi des Etats-Unis) ou la loi du lieu du déchargement (loi belge) ou la loi du lieu du principal établissement du chargeur, mais parce qu'elle ne présentait pas de liens suffisamment étroits avec le contrat de transport conclu entre les parties.

Ainsi, il a suffi que la livraison intervienne en France pour que la loi française fût considérée comme compétente. Pour M. Delebècque¹²⁴, même si on peut se réjouir de ce choix, « il n'est pas sûr que cet élément de rattachement – la livraison – soit toujours déterminant. Il serait excessif, en tout cas, de conclure du présent arrêt que la loi applicable au contrat de transport maritime de marchandises est, à défaut de choix des parties, et selon la jurisprudence française, la loi du lieu de livraison des marchandises ». L'auteur ajoute que « la clause d'exception est appelée, en la matière, à un grand essor, car la règle ordinaire de conflit est, en

¹²³ CJCE (5^{ème} Ch.), 9 nov. 2000, *Coreck*, DMF mars 2001, n° 613, p. 187, n. P.DELEBECQUE ; Rev. crit. dr. int. pé., 90(2) avril-juin 2001, p. 359, n. F. BERNARD-FERTIER

¹²⁴ voir supra note n° 121

fait, le plus souvent inapplicable (article 4§4) et il n'est pas très difficile d'établir des liens plus étroits avec une loi distincte de celle que désigne l'élément habituel de rattachement ».

Par ailleurs, on peut s'étonner que la Cour de cassation ne fasse aucune référence au paragraphe 4 de l'article 4 de la Convention avant d'appliquer la clause d'exception (article 4§5). Comme le note M. Bonassies¹²⁵, « il aurait peut-être fallu commencer par démontrer le caractère inadapté de l'élément de rattachement habituel, c'est-à-dire la coïncidence de la loi du transporteur avec celle du port de chargement ou de déchargement ou encore du lieu d'établissement du chargeur, avant de s'engager dans la détermination de la loi présentant les liens les plus étroits avec la convention des parties ». L'auteur constate que « la Cour de cassation a préféré aller directement au but et retenir comme rattachement le lieu de livraison qui est sans doute le lien le plus pertinent en l'absence de tout choix de la loi applicable ».

Cette réflexion est également avancée par l'un des auteurs du rapport sur la Convention de Rome¹²⁶, M. Lagarde¹²⁷, qui admet que « pour déterminer la loi du contrat, la Chambre commerciale commence par la clause d'exception, sans même examiner la règle de principe à laquelle cette clause fait précisément exception ! » C'est évidemment, selon lui, « dénaturer la clause d'exception que d'en faire la règle de principe »¹²⁸. L'auteur va encore plus loin en écrivant qu'« en l'espèce, il y avait d'autant moins lieu de recourir à la clause d'exception que la règle à laquelle elle déroge (article 4§4) n'était pas elle-même applicable ». Pour lui, « la présomption de l'article 4§4 étant inapplicable, il fallait revenir à l'article 4§1, selon lequel le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

Ce que nous pouvons par conséquent conclure de ces arguments, c'est que la clause d'exception prévue à l'article 4§5 sera applicable lorsque l'une des conditions de l'article 4§4 est remplie mais que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. Par contre, lorsque les critères d'application de l'article 4§4 ne sont pas remplis, il y a lieu de revenir à

¹²⁵ voir supra note n° 120

¹²⁶ Rapport sur la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M.GIULIANO et P.LAGARDE, JOC n° C282 du 31 oct. 1980

¹²⁷ Cass.com., 4 mars 2003, Navire *Houston Express*, Rev. crit. dr. int. pé., 92(2), avril-juin 2003, p. 285, n. P.LAGARDE

¹²⁸ voir P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », Rev. crit. dr. int. pé., 2003, p. 37 et s., qui insiste sur l'obligation pour le juge appliquant la clause d'exception de vérifier au préalable que le rattachement de principe et qu'il existe des liens plus étroits avec un autres pays

La loi applicable au contrat de transport maritime

l'article 4§1. Dans les deux cas le résultat sera le même puisqu'il s'agit d'appliquer la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

Le recours au tribunal judiciaire n'est pas le seul moyen de régler un litige. Le contentieux peut également être soumis à l'arbitrage. Dans ce cas, le juge arbitral, pour déterminer la loi applicable n'est pas lié par la Convention de Rome.

Chapitre 2 : La loi applicable par le juge arbitral

Le problème juridique majeur qui se pose en matière d'arbitrage international est celui du droit que devra appliquer l'arbitre. Ce problème se pose en ce qui concerne la procédure. Mais il se pose surtout en ce qui concerne le fond du litige, ce qui revient à dire que l'arbitre se pose la question de savoir quelles règles de droit il doit appliquer au contrat international litigieux dont il est saisi. A vrai dire, les choses sont simples et il n'y a guère de problème lorsque les parties ont choisi le droit applicable : l'arbitre doit s'en tenir à ce droit, parce que les parties sont les « créateurs » de l'arbitre. Juge privé, c'est d'elles qu'il tient sa mission, son pouvoir de juger. La désignation par les parties du droit applicable fait donc partie de la mission de l'arbitre, et le devoir de ce dernier est de se conformer à cette mission, donc d'appliquer le droit qui lui a été désigné par ses créateurs.

Mais c'est lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable que le problème se pose pour l'arbitre avec toute son acuité. Le juriste peu averti dira que l'arbitre doit faire comme le juge étatique, c'est-à-dire mettre en œuvre la méthode des conflits de lois. Et c'est là justement que gît l'erreur. C'est à cet endroit qu'il faut parler de « spécificité de l'arbitrage international ». Dans l'arbitrage international les parties peuvent choisir le droit applicable, tant en ce qui concerne le fond du litige qu'en ce qui concerne la procédure ; et en l'absence d'un tel choix, un problème de conflit de lois se pose pour l'arbitre : il devra désigner un droit, ou du moins des règles de droit, parmi d'autres qui auraient vocation à s'appliquer, pour régir soit le fond du litige soit la procédure.

La loi applicable au contrat de transport maritime

Par ailleurs, le traitement du contrat international par l'arbitre diffère de celui appliqué par le juge étatique sur trois points qui ne sont pas d'une importance égale. D'abord, si les parties peuvent choisir le droit applicable à leur contrat international devant le juge étatique, en vertu de la loi d'autonomie, elle ne peuvent pas choisir les règles de procédure de son droit national, dans la mesure où elles existent, alors que la liberté de choix des règles de procédure par les parties devant l'arbitre international est entière. Ensuite, la liberté de choix du droit applicable au contrat international devant le juge étatique n'est pas absolue dans certains droits nationaux. On sait en effet que, dans certains droits nationaux, les parties à un contrat international ne peuvent pas choisir un droit qui n'a aucun lien avec ce contrat. Dans l'arbitrage international, il n'y a aucune restriction au choix des parties.

Mais il y a encore plus important. Si l'on veut résumer le statut juridique de l'arbitrage international, et plus exactement les principes qui commandent le droit applicable dans l'arbitrage international en l'absence de clause d'*electio juris* par les parties, il faut partir de trois vérités fondamentales, à savoir, d'abord, qu'il n'y a pas d'ordre juridique de base du contrat international, ensuite, que l'arbitre international n'a pas de *lex fori*, et enfin, qu'il n'existe pas un contrôle de la part du juge étatique de l'exequatur sur le droit désigné et appliqué par l'arbitre pour régir le contrat international à défaut de choix des parties. Ces trois vérités se conjuguent, convergent pour donner inévitablement un corollaire logique, à savoir que l'arbitre international est autonome et souverain par rapport au droit, en ce sens qu'il peut choisir les règles de droit à sa guise, qu'il peut en créer, et même donner directement au litige la solution qu'il trouve juste sans dire quelles règles de droit il a appliquées. On est alors en présence d'un contrat sans loi, de la loi de l'arbitre et non de la loi du contrat.

Nous examinerons donc successivement l'absence de *lex fori* de l'arbitre international (section 1), l'absence de soumission de l'arbitre international aux règles de droits (section 2), et le choix du droit applicable par l'arbitre (section 3).

Section 1 : L'absence de *lex fori* de l'arbitre international

L'arbitre n'est pas un organe de l'ordre juridique étatique, il n'est pas investi de sa mission par l'Etat, il ne statue pas, ne dit pas le droit et ne tranche pas les litiges au nom d'un Etat, il n'est donc pas le gardien d'un ordonnancement juridique étatique. L'arbitre est un juge privé

choisi et investi de la mission de dire le droit par les parties qui sont ses « créateurs », parce que l'ordre juridique l'y autorise. L'arbitre, contrairement au juge étatique, n'a pas de *lex fori*. Lorsque le litige dont est saisi l'arbitre est un litige qui porte sur un contrat international, on est alors en présence de deux vérités : d'une part l'arbitre n'a pas de *lex fori*, et d'autre part cet arbitre est confronté à un problème de conflit de lois : quel droit doit-il appliquer pour la solution du litige ? Car n'ayant pas de *lex fori* et les parties ne lui ayant pas désigné le droit à appliquer, rien ne lui donne une indication sur le droit qu'il doit appliquer. Devra-t-il mettre en œuvre un système de conflit de lois ? Mais lequel, dès lors qu'il n'a pas de *lex fori* ? Du reste, et pour la même raison, qu'est-ce qui l'oblige à passer par un système de conflit de lois ? N'y étant pas tenu, il pourra donc mettre en œuvre ce qu'on appelle la « méthode directe », c'est-à-dire désigner directement le droit national applicable sans le passage obligé de la méthode conflictuelle. Mais qu'elle droit national appliquera-t-il par cette méthode dite directe ? Et pourquoi tel droit plutôt qu'un autre ?

Voilà donc la conjonction de deux réalités juridiques – l'absence de *lex fori* et la pluralité des droits pouvant avoir vocation à s'appliquer – qui débouche sur cette conséquence : hormis le cas d'une clause d'*electio juris* par les parties, l'arbitre dans l'arbitrage international baigne dans le *vacuum juris* : aucun droit national, voire aucune règle de droit quelle qu'elle soit, ne s'impose à lui. Et, que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, le contrat est pour lui un contrat sans loi, et il demeure sans loi jusqu'à ce que lui, l'arbitre, lui donne une loi en vertu d'un choix volontaire et souverain. Autrement dit, on se trouve alors sous le règne de la loi du juge c'est-à-dire de la règle de droit choisie, sinon créée par l'arbitre lui-même.

Aucunes des différentes thèses avancées par le passé n'ont été retenues : Sauser-Hall et la résolution d'Amsterdam de l'Institut de droit international de 1957, pour qui la *lex fori* de l'arbitre international est la loi du lieu où se déroule l'arbitrage ; Batiffol, pour qui, lorsqu'il n'y a pas d'indices de la volonté des parties, le lieu convenu par les arbitres apparaît comme l'indice le mieux qualifié¹²⁹ ; et Goldman, pour qui, si l'arbitre n'a pas de *lex fori* étatique, il n'en reste pas moins soumis aux « solutions coutumières internationales » qui sont de véritables règles de droit et qu'il appelle *lex mercatoria*¹³⁰. Il apparaît donc qu'en dernière analyse une seule certitude demeure, à savoir l'absence de *lex fori* de l'arbitre international, en l'absence de volonté des parties. A défaut d'indices sérieux d'une telle volonté allant dans

¹²⁹ H.BATIFFOL, L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb., 1957, p. 110

¹³⁰ B.GOLDMAN, Cours de l'Académie de droit international de La Haye

le sens de la désignation d'un droit déterminé, on continue de patauger. On se trouve toujours dans une épaisse zone d'ombre : la *lex fori* fait défaut, et le substitut ou le succédané n'apparaît toujours pas. La *lex arbitri*, dans le sens d'un quelconque droit qui s'impose à l'arbitre, n'est toujours pas trouvé.

Section 2 : L'absence de soumission de l'arbitre aux règles de droit

Le juriste est en général habitué à réfléchir, à raisonner en termes de conflit de lois, lorsqu'il s'agit d'une relation objectivement internationale, lorsqu'il s'agit donc d'un contrat international. La méthode conflictuelle est la méthode classique du droit international privé, elle est celle qu'applique le juge étatique. Par une sorte de réflexe, le juriste transpose la nécessité de la règle de conflit de la justice étatique à celle de l'arbitrage international : comme le juge étatique, l'arbitre international ne peut pas trouver de droit applicable sans une règle de conflit, et il faut que cette règle de conflit s'impose à lui comme au juge étatique. Or, la thèse de la soumission de l'arbitre international à la règle de conflit du siège de l'arbitrage est une thèse erronée. Il n'y a pas de règle de conflit qui s'impose à lui. Ainsi, s'il faut à tout prix une règle de conflit et qu'il n'y en a aucune qui s'impose, il ne reste plus à dire que c'est l'arbitre qui choisira celle qui lui paraît appropriée, soit en raison d'un certain lien avec le litige ou les parties, soit en raison de son contenu.

Mais il y a plus encore. M. Mayer¹³¹ écrit que « s'il n'existe pas un règle de conflit déterminée qui s'impose à l'arbitre, aucune règle ne s'impose à lui, et il peut s'en passer totalement ». L'auteur souligne que « la méthode du conflit de lois a certes une grande valeur, mais elle ne s'impose pas indépendamment des règles de conflit positives qui la mettent en œuvre ». Or, ces règles de conflit positives n'existent pas pour l'arbitre qui n'a pas de *lex fori*. C'est ainsi que la pratique arbitrale a mis en œuvre la méthode dite « directe » qui consiste pour l'arbitre à désigner directement la loi applicable sans passer par une règle de conflit.

Cependant dans cette désignation directe de la loi applicable, aucune loi déterminée ne s'impose à lui, il procède à un choix libre. Car ce que l'on a admis à propos des règles de conflit, on doit l'admettre à propos des règles substantielles. M. Mayer précise que

¹³¹ P.MAYER, Cours de l'Académie de La Haye, Tome 217, 1989, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, p. 319-454

La loi applicable au contrat de transport maritime

« puisqu'aucune règle de conflit, plus largement aucune règle de droit international privé, ne s'impose à l'arbitre, l'application d'aucune loi étatique ne lui est non plus imposée, car elle ne pourrait l'être que par leur truchement. Et dès lors, l'arbitre n'étant pas obligé d'appliquer ni telle loi étatique, ni telle autre, ni une quelconque, il est en droit de n'en appliquer aucune »¹³².

Dire que l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer une loi étatique quelconque, c'est dire qu'il peut choisir à sa guise celle qui lui plaît. C'est dire aussi qu'il peut faire un panachage de règles de droit tirées des diverses lois étatiques. C'est dire enfin qu'il peut choisir des règles qui ne se trouvent pas dans des lois étatiques, c'est-à-dire des règles qu'il fabrique lui-même. C'est la loi du juge.

« La loi, écrit M. Mayer, n'apparaît plus sous son aspect de proposition rationnelle, et non plus sous celui d'un véritable impératif ; l'arbitre choisit entre les diverses lois comme entre autant de modèles possibles, et celle qu'il retient n'a pour mérite que de lui avoir plu... Dans l'arbitrage international, tout système juridique se réduit au rôle de *système de référence*. Ce n'est pas se passer d'une loi qui est impossible pour l'arbitre, c'est au contraire en appliquer une au sens plein du terme, comportant un élément d'obéissance »¹³³.

Il suffit qu'il y ait arbitrage international et qu'il n'y ait pas de choix du droit par les parties pour qu'il n'y ait plus de règles de droit qui s'imposent à l'arbitre. Mais dire que la justice de l'arbitre international en l'absence de choix des parties est une justice sans règle de droit revient à dire que dans l'arbitrage international le contrat est sans loi. Or le seul fait de parler de contrat sans loi provoque un phénomène de rejet que ce soit dans les décisions judiciaires¹³⁴ ou de la part des auteurs¹³⁵. Et pourtant telle est la réalité du contrat international dans l'arbitrage, en l'absence de choix par les parties. L'idée du contrat sans loi est non seulement une réalité possible, mais la première réalité de l'arbitrage international.

Cependant, M. Mayer énonce que « le contrat sans loi a pour particularité déroutante de ne trouver son principe de validité que le jour où l'arbitre statue. Mais n'en est-il pas de même en

¹³² P.MAYER, Cours de l'Académie de La Haye, Tome 217, 1989, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, p. 319-454

¹³³ idem

¹³⁴ Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), 12 juillet 1929, *Affaires des emprunts serbes et brésiliens* ; Cass. 21 juin 1950, *Affaire des Messageries maritimes*, Rev. crit. dr. int. pé., 1962, p. 272

¹³⁵ LEVEL, Le contrat sans loi, Travaux du Comité français de droit international privé, Dalloz 1967 ; Denis BETTEMS, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Méta-Editions, Lausanne 1987, p. 142, L.PEYREFITTE, Le problème du contrat sans loi, Dalloz 1965, Chroniques, p. 18 et s.

La loi applicable au contrat de transport maritime

réalité pour tout contrat international qui ne comporte pas une clause de choix de la loi ? Il est certain qu'il est soumis à une loi, mais celle-ci sera indéterminée jusqu'à ce que l'arbitre l'ait choisie ; il « flotte » donc tout autant que le contrat sans loi »¹³⁶. Mais, parler de « flottement » n'a de sens qu'au regard des règles de droit applicables au contrat et non au regard du fondement de sa juridicité. S'il s'agit des règles de droit applicables au contrat, il est vrai que celui-ci flotte jusqu'au jour où un juge étatique est saisi, parce que c'est alors que l'on saura quelle est la règle de conflit qui sera retenue, les règles de conflit étant différentes selon les ordres juridiques, et c'est donc alors que l'on saura si ce sont les règles de droit de tel ou tel Etat qui seront appliquées.

La justice arbitrale sans règles de droit a trouvé une consécration législative retentissante dans l'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC) français. Aux termes de cet article, « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce ».

Cette disposition s'adresse à l'arbitre international qui, n'ayant pas de *lex fori*, ne reçoit de prescriptions ni du législateur français ni d'un autre législateur ; de surcroît, l'article 1496 n'est pas assorti d'une sanction, l'exequatur n'étant refusé à une sentence rendue dans un arbitrage international que pour les raisons limitativement déterminées¹³⁷. La sentence qui tranche le litige sans référence à une quelconque règle de droit pourra quand même recevoir l'exequatur. Ainsi cet article exprime une vérité fondamentale inscrite dans la nature juridique de l'arbitrage international : l'arbitre peut choisir les règles qu'il estime appropriées. Cela veut donc dire qu'il n'y a plus pour lui de règles de droit dans le vrai sens de l'expression, c'est-à-dire dans le sens de commandements de caractère général et abstrait qui s'imposent au juge. Une règle de droit ne se choisit pas par le juge, mais elle s'impose à lui. Il s'ensuit que ce qui est appelé règles de droit dans l'article 1496 ne soit en réalité que des propositions rationnelles dépouillées de leur élément impératif, auxquelles l'arbitre ne doit pas obéissance. Ce ne sont que des modèles, comme le dit M. Mayer, et ces modèles sont optionnels.

Corollaire de cette logique, en l'absence d'*electio juris* par les parties, dès lors que l'arbitre international n'est pas soumis à des règles de droit, il est naturellement un amiable

¹³⁶ P.MAYER, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, Clunet, 1986

¹³⁷ En France, les cas sont prévus aux articles 1502 et 1504 du NCPC

compositeur, sans qu'il soit nécessaire que les parties lui confèrent expressément un tel pouvoir. Aux termes de l'article 1497 du NCPC relatif à l'arbitrage international, « l'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission ». Le texte ne distingue pas selon que les parties ont choisi les règles de droit applicables ou ne l'ont pas fait. Ce qui veut dire que même en l'absence de choix par les parties du droit applicable, l'arbitre qui tranche le conflit conformément aux règles de droit appropriées a besoin, pour statuer en amiable compositeur, que les parties lui confèrent spécialement ce pouvoir. Qu'une telle autorisation soit nécessaire à l'arbitre lorsque les parties ont choisi le droit applicable se comprend. Ce qui ne se comprend pas, c'est que la mission de statuer en amiable compositeur doive être conférée à l'arbitre international par les parties même lorsque celles-ci n'ont pas choisi le droit applicable. Car dans cette hypothèse l'arbitre international n'a pas besoin d'un pouvoir spécial pour être amiable compositeur : il l'est d'office. En effet, statuer en amiable composition, c'est statuer sans se conformer aux règles de droit. Aux termes de l'article 1474 du NCPC relatif à l'arbitrage interne, « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties ne lui aient conféré mission de statuer en amiable compositeur ». Ainsi donc, dans l'amiable composition, il y a éviction des règles de droit et substitution par l'arbitre international aux règles évincées, de l'équité, c'est-à-dire de la propre conception de l'arbitre de ce que devrait être le droit, le juste et l'injuste, dans l'espèce dont il est saisi. Cela étant, à partir du moment où on se rend à l'évidence dictée par la logique de l'arbitrage international, à savoir qu'en l'absence de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre tranche le litige sans règles de droit, on se rend du même coup à cette autre évidence, à savoir que l'arbitre international est alors amiable compositeur *ex natura*.

Autre corollaire de la logique de l'arbitrage international : dès lors que l'arbitre international, en l'absence d'*electio juris* par les parties, statue au coup par coup, sans règles de droit, dès lors que sa justice est la justice du cas d'espèce, il ne saurait y avoir de jurisprudence de l'arbitrage international. Le concept de jurisprudence est le concept de normes juridiques qui se forment à travers les décisions des juges. Il s'agit, bien entendu, de normes juridiques dans le sens plein, c'est-à-dire de règles de conduite auxquelles on doit obéissance sous peine de sanction, et non de « modèles » qui sont des propositions rationnelles simplement optionnelles. A partir du moment où l'on admet que l'arbitrage international n'obéit pas à des règles de droit ni à leurs équivalents que sont les précédents, il ne saurait y avoir rationnellement une jurisprudence arbitrale qui est par définition une jurisprudence de norme.

La loi applicable au contrat de transport maritime

Par conséquent, la question va donc se poser de savoir comment les arbitres vont choisir le droit à appliquer.

Section 3 : Le choix du droit applicable par l'arbitre

Ce choix se pose à l'arbitre tant en ce qui concerne la procédure (§1), qu'en ce qui concerne le fond du litige (§2).

Paragraphe 1 : La loi applicable à la procédure

Quand la clause compromissoire prévoit l'application de la loi française et des règles de la Chambre arbitrale maritime de Paris, les arbitres en déduisent très justement que les parties ont choisi les règles du Code de procédure français. S'ils statuent en arbitrage international, ils doivent cependant garder à l'esprit qu'ils disposent toujours d'une grande flexibilité les dispensant de la plupart des règles de forme. Lorsque la convention est silencieuse sur la procédure applicable, les arbitres doivent donc rechercher si les parties ont exprimé d'une manière plus ou moins explicite un choix. Ils peuvent pour se faire retenir un certain nombre d'indices comme le lieu choisi pour l'arbitrage, ou le lieu de signature du contrat, ou la nationalité d'une partie, ou, mieux encore, une combinaison de ces critères. Le choix de Paris et de la Chambre arbitrale est un signe souvent retenu par les arbitres de la Chambre pour en déduire la volonté des parties de se voir appliquer une procédure française. Cette tendance est, quelques fois, confortée par un penchant naturel des arbitres à appliquer leur droit national car il est celui qu'ils connaissent le mieux.

Cette attitude des arbitres n'est pas critiquable, car elle garantit aux parties l'application d'une procédure équilibrée. Autre avantage, elle est familière au juge qui devra accorder l'exequatur de la sentence.

Il faut rappeler l'obligation qui s'impose aux arbitres de demeurer dans le cadre de l'arbitrage international et de considérer les règles de procédure française comme supplétives de celles que souhaitent les parties, y compris le déroulement de l'instance. Pour donner un exemple, si les parties désirent que la procédure fasse une large place à l'audition des témoins, et même,

La loi applicable au contrat de transport maritime

pourquoi pas à une « *Cross examination* » à l'anglaise d'un témoin, il est tout à fait souhaitable que les arbitres accèdent à une telle demande.

Si, dans un cas d'espèce déterminée, les arbitres choisissent expressément de suivre la procédure française, la seule obligation absolue à laquelle ils devront se conformer est le respect des principes directeurs du procès énoncés au début du Code de procédure et qui sont d'ailleurs des principes généraux dont la violation entraînerait sans doute l'annulation de la sentence. Cette conception très souple et très sage dans la définition des pouvoirs des arbitres, dans la conduite de la procédure est propre à donner confiance à une partie étrangère qui ne souhaiterait pas voir son litige soumis à des tribunaux dont elle ne connaît pas le fonctionnement, mais dont elle redoute une procédure longue, complexe et coûteuse.

Paragraphe 2 : La loi applicable au fond du litige

Bien entendu, en matière d'arbitrage, il n'y a aucune obligation, sauf volonté expresse des parties d'appliquer la même loi à la procédure et au fond du litige.

Un tribunal arbitral pourrait, au contraire, avoir la tentation de profiter de la souplesse des textes et du règlement de la Chambre arbitrale maritime de Paris pour en déduire qu'il peut appliquer le droit français, éventuellement en recherchant l'accord des parties à travers leurs conseils parfois plus familiers de leur droit national que des usages du commerce. Cette attitude, outre le fait qu'elle risque de méconnaître gravement l'esprit de l'arbitrage international, serait dangereuse car les solutions des litiges risqueraient de s'éloigner de la compréhension généralement admise des documents maritimes et créeraient très rapidement le doute sur la fiabilité des arbitrages maritimes en France.

On peut réellement se poser la question de savoir si dans de nombreux arbitrages maritimes, à caractère consensuel et international, il est réellement nécessaire de prédéterminer la loi applicable au fond avant d'examiner les questions à trancher. La sentence 1505 de la Chambre arbitrale maritime de Paris y répond comme suit :

« Attendu que le litige opposant les parties relève essentiellement de la matière contractuelle et dont les parties ont la libre disposition, (...) il n'incombe pas dans ces conditions aux arbitres de rechercher d'office quelle est la loi qui peut régler la relation des parties ».

La loi applicable au contrat de transport maritime

« Les rédacteurs de la loi du 18 juin 1966 qui traite des affrètements et du transport maritime avaient donné le ton en considérant qu'elle n'a que valeur supplétive en matière d'affrètement qui est le grand domaine de l'arbitrage ».

En d'autres termes, les arbitres français, soucieux d'appliquer les usages du commerce international vont très souvent conduire l'instruction et trancher le litige, dans le cadre du règlement de la Chambre arbitrale maritime de Paris, en appliquant quatre principes : respect de la volonté de parties ; tenir compte des usages du commerce ; tenir compte des principes généraux du droit international ; et préserver l'aspect consensuel dans les réunions d'arbitrage.

CONCLUSION : VERS UNE REVISION DE LA CONVENTION DE ROME

Les parties aux contrats de transport maritime sont donc libres, à certaines réserves près, de choisir, non seulement la loi qui régira leur accord, mais également quelle instance, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, règlera les litiges qui pourraient naître à l'occasion de son exécution. Cette liberté de choix est consacrée par la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui constitue le droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en la matière, qui prévoit également des règles à suivre lorsque ce choix n'a pas été opéré par les parties.

Cette Convention de Rome a acquis ses titres de noblesse et est devenue avec le temps une sorte de *vulgate* du droit international privé. Son rayonnement ne se limite pas uniquement à l'Union européenne. Elle a, en effet, inspiré de nombreuses législations¹³⁸. Cependant, les développements de la construction européenne n'épargnent pas la Convention de Rome, notamment le Traité d'Amsterdam qui a considérablement modifié la donne institutionnelle en ce qui concerne la « coopération judiciaire en matière civile »¹³⁹. La Commission a publié un *Livre Vert* en 2002 (voir annexe 2) sur la transformation de la Convention en instrument communautaire¹⁴⁰ ainsi que sur sa modernisation. Depuis quelques années, en prévision de cette révision, le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) réfléchit aux améliorations qui pourraient être apportées à la Convention.

¹³⁸ la loi suisse en 1987, la loi roumaine en 1992, la loi slovène en 1999, les lois du Belarus en 1999, du Kazakhstan en 2000, de Russie en 2001, et hors d'Europe, le Code civil du Québec en 1991

¹³⁹ Le Traité d'Amsterdam (art. 61 et s, Traité CE) a fait basculer la coopération judiciaire en matière civile du troisième au premier pilier. On est donc passé de la coopération intergouvernementale à la communautarisation pure et dure.

¹⁴⁰ La Commission propose de recourir au règlement pour le choix de l'instrument car assurant une entrée en vigueur directe et obligatoire des règles.

La loi applicable au contrat de transport maritime

La révision de la Convention s'explique plus par l'évolution de la construction européenne que les défauts des dispositions elles-mêmes. Premièrement, de plus en plus aujourd'hui, un conflit entre les lois de deux ou plusieurs Etats membres ressemble davantage à un conflit interne qu'à un conflit international. Il n'est donc plus évident qu'on puisse autoriser, dans un conflit de ce type, le choix de la loi d'un Etat tiers, par lequel pourrait être éludée l'application de lois impératives de l'Etat membre où se localise le contrat. Deuxièmement, le principe de libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux, qui est consubstantiel à la construction du marché intérieur, a pour effet de faire considérer aujourd'hui comme une entrave injustifiée toute règle de conflit de lois conduisant à l'application d'une loi autre que celle du fournisseur. On a même pu parler d'une règle de conflit cachée au sein de la du Traité de Rome, qui désignerait dans les relations intracommunautaires la loi du fournisseur. Enfin, à partir du milieu des années quatre-vingt et plus encore des années quatre-vingt-dix, ont été arrêtées un grand nombre de directives, principalement mais pas seulement en matière de protection des consommateurs, qui comportent, sinon des règles de conflit, du moins des règles d'applicabilité qui ne sont pas en harmonie avec la Convention de Rome. Ces règles ont de plus été transposées dans les droits des Etats membres de façon divergente, en sorte que dans le domaine de la protection des consommateurs, il n'y a plus guère d'uniformité, tant les règles de conflits applicables sont éclatées. Une remise en ordre est donc nécessaire.

Le contenu d'une éventuelle révision concernerait, notamment, les articles 3 & 4 de la Convention. A propos de l'article 3 sur l'autonomie de la volonté, aucune voix ne s'est élevée pour remettre en question le principe du libre choix par les parties de la loi applicable au contrat, d'autant que l'article 3, qui fournit une réglementation à peu près complète de l'autonomie de la volonté en droit international privé des contrats, a été unanimement approuvé et maintes fois recopié. Alors que la Convention n'envisage que le choix d'un droit étatique, il a été proposé d'élargir la possibilité de choix à un droit non étatique. Sans doute pense-t-on moins aujourd'hui que naguère à la *lex mercatoria*, mais on évoque souvent les principes Unidroit ou les principes européens du droit des contrats. Permettre le choix direct de tels principes n'aurait cependant qu'une faible portée pratique, tant que ces principes réserveront l'application prioritaire des règles impératives de la loi objectivement applicable au contrat.

La loi applicable au contrat de transport maritime

La proposition qui a le plus de chances d'être retenue est celle consistant à considérer comme un contrat interne le contrat dans lequel tous les éléments de la situation, à l'exception du choix de la loi applicable ou de celui d'un tribunal, sont localisés dans un ou plusieurs Etats membres. Dans un tel cas, ce contrat ne peut être considéré comme international au regard des dispositions impératives d'origine communautaire, car celles-ci doivent être respectées sur tout le territoire de l'Union. Le contrat n'est international que pour l'application des règles non harmonisées. D'où la proposition du GEDIP d'ajouter un nouveau paragraphe à l'article 3 de la Convention, sur le modèle du § 3 actuel, qui serait ainsi libellé :

« Le choix par les parties de la loi d'un Etat tiers, assorti ou non de celui d'un tribunal d'un Etat tiers, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte aux dispositions impératives qui trouvent leur origine dans des actes de la Communauté et qui sont applicables dans un Etat membre dont la loi aurait été applicable à défaut de choix »¹⁴¹.

A propos de l'article 4 sur le rattachement objectif, la jurisprudence a montré que la détermination de la prestation caractéristique a donné lieu parfois à certaines difficultés¹⁴². M. Lagarde suggère que « peut-être serait-il bon, comme l'ont fait de nombreuses lois étrangères récentes, de donner une énumération, non limitative, de la prestation caractéristique et d'améliorer dans cette mesure la sécurité juridique »¹⁴³. Quant à la présomption de liens les plus étroits concernant le contrat de transport de marchandises (article 4§4), tout le monde s'accorde à le trouver mal venu. Il laisse sans solution le cas où les points de contact qu'il prévoit sont dispersés. M. Lagarde propose même qu'il n'y aurait que des « avantage(s) à l'abrogation pure et simple de cette disposition »¹⁴⁴.

Enfin, la clause d'exception figurant à l'article 4§5 de la Convention a parfois donné lieu à une interprétation trop extensive et il pourrait être envisagé de renforcer son caractère d'exception par une rédaction un peu plus musclée, dans le sens de la loi suisse de 1987¹⁴⁵.

¹⁴¹ Réunion de Rome 15-17 septembre 2000, Rev. crit. dr. int. pé., 89(4) oct-dec 2000, p.929

¹⁴² voir notamment Cass.civ 1^{ère}, 8 fev. 2000, Bull. civ. I, n° 39, D. Affaires 2000, p. 741, n. G.BLANC ; Cass.civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, Rev. crit. dr. int. pé., 2002, p. 86, n. P.LAGARDE

¹⁴³ P. LAGARDE, Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ?, Mélanges Yves GUYON, Dalloz 2003, p. 571

¹⁴⁴ idem

¹⁴⁵ « Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la clause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ».

La loi applicable au contrat de transport maritime

L'article 4§4, quant à lui, est à l'évidence difficilement applicable. En effet, les critères de présomption qu'il énonce sont rarement réunis. Son éventuelle abrogation, dans l'état actuel de la jurisprudence, ne changera donc rien. Par contre, l'article 4§5 semble, lui, être appelé à un véritable essor. Mais, la jurisprudence commence seulement à l'appliquer. Cet article suffira-t-il à déterminer la loi applicable au contrat de transport maritime ? N'ouvre-t-il pas la porte à une possibilité accrue d'arbitraire chez les juges ?

Si la Convention de Rome a aujourd'hui un tel impact, c'est parce que les règles qu'elle propose sont effectives. Cette qualité n'empêche cependant en rien d'envisager de lui apporter des modifications sur les points précités, par exemple. Enrichie de ces réformes, la Convention ne serait que plus adaptée aux évolutions des usages maritimes qui voient le jour. Mais n'est-ce pas justement le fait que le droit, et pour ce qui nous concerne le droit maritime, soit en perpétuelle mutation qui rend cette matière intéressante.

ANNEXES

- Annexe n° 1 : Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles 90
- Annexe n° 2 : Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation (extrait) 98
- Annexe n° 3 : Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (extrait – Article 17) 100
- Annexe n° 4 : Règlement communautaire n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (extrait – Article 23) 101
- Annexe n° 5 : Exemple de clause d'attribution de compétence et de clause Paramount selon un connaissance de la Compagnie Maritime Marfret 102
- Annexe n° 6 : Exemple de clause Paramount et de droit applicable selon une charte partie d'affrètement (New-York Produce Exchange) 104

ANNEXE N° 1

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

PRÉAMBULE

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES au traité instituant la Communauté économique européenne,
SOUCIEUSES de poursuivre, dans le domaine du droit international privé, l'oeuvre d'unification juridique déjà entreprise dans la Communauté, notamment en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements,
DÉSIRANT établir des règles uniformes concernant la loi applicable aux obligations contractuelles,
SONT CONVENUES DES DISPOSITIONS QUI SUIVENT:

TITRE PREMIER

CHAMP D'APPLICATION

Article premier Champ d'application

1. Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.
2. Elles ne s'appliquent pas:
 - a) à l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11;
 - b) aux obligations contractuelles concernant:
 - les testaments et successions,
 - les régimes matrimoniaux,
 - les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes;
 - c) aux obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable;
 - d) aux conventions d'arbitrage et d'élection de for;
 - e) aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale;
 - f) à la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale;
 - g) à la constitution des trusts, aux relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires;
 - h) à la preuve et à la procédure, sous réserve de l'article 14.
3. Les dispositions de la présente convention ne s'appliquent pas aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans les territoires des États membres de la Communauté

La loi applicable au contrat de transport maritime

économique européenne. Pour déterminer si un risque est situé dans ces territoires, le juge applique sa loi interne.

4. Le paragraphe précédent ne concerne pas les contrats de réassurance.

Article 2 Caractère universel

La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant.

TITRE II

RÈGLES UNIFORMES

Article 3 Liberté de choix

1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

3. Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives».

4. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 8, 9 et 11.

Article 4 Loi applicable à défaut de choix

1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont

La loi applicable au contrat de transport maritime

considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.

5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

Article 5 Contrats conclus par les consommateurs

1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.

4. Le présent article ne s'applique pas:

- a) au contrat de transport;
- b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

5. Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement.

Article 6 Contrat individuel de travail

1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi:

- a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ou
- b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

La loi applicable au contrat de transport maritime

Article 7 Lois de police

1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.
2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.

Article 8 Consentement et validité au fond

1. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables.
2. Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent.

Article 9 Forme

1. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.
2. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays.
3. Lorsque le contrat est conclu par un représentant, le pays où le représentant se trouve au moment où il agit est celui qui doit être pris en considération pour l'application des paragraphes 1 et 2.
4. Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu.
5. Les dispositions des paragraphes précédents ne s'appliquent pas aux contrats qui entrent dans le champ d'application de l'article 5, conclus dans les circonstances qui y sont décrites au paragraphe 2. La forme de ces contrats est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.
6. Nonobstant les dispositions des quatre premiers paragraphes du présent article, tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que selon cette loi elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond.

Article 10 Domaine de la loi du contrat

1. La loi applicable au contrat en vertu des articles 3 à 6 et de l'article 12 de la présente convention régit notamment:
 - a) son interprétation;
 - b) l'exécution des obligations qu'il engendre;

La loi applicable au contrat de transport maritime

c) dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent;

d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai;

e) les conséquences de la nullité du contrat.

2. En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu.

Article 11 Incapacité

Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.

Article 12 Cession de créance

1. Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie.

2. La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par la débiteur.

Article 13 Subrogation

1. Lorsque, en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.

2. La même règle s'applique lorsque plusieurs personnes sont tenues de la même obligation contractuelle et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.

Article 14 Preuve

1. La loi régissant le contrat en vertu de la présente convention s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve.

2. Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées à l'article 9, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal saisi.

Article 15 Exclusion du renvoi

Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 16 Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 17 Application dans le temps

La convention s'applique dans un État contractant aux contrats conclus après son entrée en vigueur pour cet État.

La loi applicable au contrat de transport maritime

Article 18 Interprétation uniforme

Aux fins de l'interprétation et de l'application des règles uniformes qui précèdent, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'opportunité de parvenir à l'uniformité dans la façon dont elles sont interprétées et appliquées.

Article 19 Systèmes non unifiés

1. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon la présente convention.

2. Un État dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer la présente convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 20 Priorité du droit communautaire

La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes.

Article 21 Relations avec d'autres conventions

La présente convention ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera partie.

Article 22 Réserves

1. Tout État contractant, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, pourra se réserver le droit de ne pas appliquer:

- a) l'article 7 paragraphe 1;
- b) l'article 10 paragraphe 1 point e).

2. . . . (supprimé en 1992)

3. Tout État contractant pourra à tout moment retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

TITRE III

CLAUSES FINALES

Article 23

1. Si, après la date d'entrée en vigueur de la présente convention à son égard, un État contractant désire adopter une nouvelle règle de conflit de lois pour une catégorie particulière de contrats entrant dans le champ d'application de la convention, il communique son intention aux autres États signataires par l'intermédiaire du secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

2. Dans un délai de six mois à partir de la communication faite au secrétaire général, tout État signataire peut demander à celui-ci d'organiser des consultations entre États signataires en vue d'arriver à un accord.

La loi applicable au contrat de transport maritime

3. Si, dans ce délai, aucun État signataire n'a demandé la consultation ou si, dans les deux ans qui suivront la communication faite au secrétaire général, aucun accord n'est intervenu à la suite des consultations, l'État contractant peut modifier son droit. La mesure prise par cet État est portée à la connaissance des autres États signataires par l'intermédiaire du secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

Article 24

1. Si, après la date d'entrée en vigueur de la présente convention à son égard, un État contractant désire devenir partie à une convention multilatérale dont l'objet principal ou l'un des objets principaux est un règlement de droit international privé dans l'une des matières régies par la présente convention, il est fait application de la procédure prévue à l'article 23. Toutefois, le délai de deux ans, prévu au paragraphe 3 de l'article 23, est ramené à un an.

2. La procédure prévue au paragraphe précédent n'est pas suivie si un État contractant ou l'une des Communautés européennes sont déjà parties à la convention multilatérale ou si l'objet de celle-ci est de réviser une convention à laquelle l'État intéressé est partie ou s'il s'agit d'une convention conclue dans le cadre des traités instituant les Communautés européennes.

Article 25

Lorsqu'un État contractant considère que l'unification réalisée par la présente convention est comprise par la conclusion d'accords non prévus à l'article 24 paragraphe 1, cet État peut demander au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes d'organiser une consultation entre les États signataires de la présente convention.

Article 26

Chaque État contractant peut demander la révision de la présente convention. Dans ce cas, une conférence de révision est convoquée par le président du Conseil des Communautés européennes.

Article 27 (supprimé en 1992)

Article 28

1. La présente convention est ouverte à compter du 19 juin 1980 à la signature des États parties au traité instituant la Communauté économique européenne.

2. La présente convention sera ratifiée, acceptée ou approuvée par les États signataires. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du secrétariat général du Conseil des Communautés européennes (selon conventions 1984, 1992, 1996).

Article 29 (selon conventions 1984, 1992, 1996)

1. La présente convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois suivant le dépôt du septième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

2. La convention entrera en vigueur pour chaque État signataire ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois suivant le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

Article 30

1. La convention aura une durée de dix ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 29 paragraphe 1, même pour les États pour qui elle entrerait en vigueur postérieurement.

2. La convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans sauf dénonciation.

La loi applicable au contrat de transport maritime

3. La dénonciation sera notifiée, au moins six mois avant l'expiration du délai de dix ans ou de cinq ans selon le cas, au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes (supprimé en 1992).

4. La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'État qui l'aura notifiée. La convention restera en vigueur pour les autres États contractants.

Article 31 (selon conventions 1984, 1992, 1996)

Le secrétaire général du Conseil des Communautés européennes notifiera aux États parties au traité instituant la Communauté économique européenne:

- a) les signatures;
- b) le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;
- c) la date d'entrée en vigueur de la présente convention;
- d) les communications faites en application des articles 23, 24, 25, 26 et 30 (modifié en 1992);
- e) les réserves et le retrait des réserves mentionnées à l'article 22.

Article 32

Le protocole annexé à la présente convention en fait partie intégrante.

Article 33 (selon conventions 1984, 1992, 1996)

La présente convention, rédigée en un exemplaire unique en langues allemande, anglaise, danoise, française, irlandaise, italienne et néerlandaise, ces textes faisant également foi, sera déposée dans les archives du secrétariat général du Conseil des Communautés européennes. Le secrétaire général en remettra une copie certifiée conforme à chacun des gouvernements des États signataires.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé la présente convention.
Fait à Rome, le dix-neuf juin mil neuf cent quatre-vingt.

[Signatures des plénipotentiaires]

ANNEXE N° 2 (extrait)

Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation (présenté par la Commission).

TABLE DES MATIÈRES

Récapitulatif des questions

- 1.1. La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice
- 1.2. Le rôle du droit international privé dans la création d'un espace européen de justice
- 1.3. La Convention de Rome, le Règlement « Bruxelles I » et le futur instrument « Rome II » - trois instruments complémentaires
- 1.4. Objectifs assignés aux règles de conflit de lois en matière de contrats
- 1.5. Brève présentation des règles de la Convention de Rome
- 1.6. Lien avec le projet "Droit européen des contrats"
- 1.7. Initiatives déjà prises

2. SUR LA TRANSFORMATION DE LA CONVENTION DE ROME DE 1980 EN INSTRUMENT COMMUNAUTAIRE

- 2.1. Une nouvelle base juridique : l'article 61(c) du Traité d'Amsterdam a donné un nouvel élan au droit international privé de source communautaire
- 2.2. La cohérence de l'oeuvre législative communautaire en matière de droit international privé
- 2.3. L'interprétation uniforme de la Convention par la Cour
- 2.4. L'application des règles de conflit uniformisées dans les nouveaux États membres
- 2.5. Le choix de l'instrument : règlement ou directive ?

3. FAUT-IL MODERNISER LA CONVENTION DE ROME DE 1980 ?

- 3.1. Interrogations sur l'équilibre général de la Convention
 - 3.1.1. Lien entre les règles de conflit générales de la Convention de Rome et les règles ayant une incidence sur la loi applicable contenues dans des instruments sectoriels
 - 3.1.1.1. La multiplication des règles ayant une incidence sur la loi applicable dans des instruments sectoriels
 - 3.1.1.2. Solutions envisageables
 - 3.1.2. Prévoir une clause pour garantir l'application du standard minimum communautaire lorsque tous les éléments ou certains des éléments du contrat sont localisés dans la Communauté
 - 3.1.2.1. Le risque que le droit communautaire ne soit pas appliqué bien que les éléments de l'espèce soient situés sur le territoire de l'Union
 - 3.1.2.2. Solutions envisageables
 - 3.1.3. Relations avec les conventions internationales existantes en la matière
- 3.2. Problèmes rencontrés dans l'application des différents articles
 - 3.2.1. Champ d'application de la Convention - exclusion des clauses d'arbitrage et d'élection de for (art. 1.2 d)
 - 3.2.2. Règles applicables au contrat d'assurance (art. 1.3)
 - 3.2.2.1. La situation actuelle

La loi applicable au contrat de transport maritime

- 3.2.2.2. Interrogations quant à la situation actuelle
- 3.2.2.3. Les solutions envisageables
- 3.2.3. Autonomie de la volonté (art. 3.1) - Interrogations quant au choix de règles non étatiques
- 3.2.4. Autonomie de la volonté - définition du choix tacite (art. 3 1)
 - 3.2.4.1. L'intention du législateur
 - 3.2.4.2. Difficultés rencontrées dans l'application de cet article
 - 3.2.4.3. Solutions envisageables
- 3.2.5. Quelle est la force de la présomption générale établie à l'article 4.2
 - 3.2.5.1. Situation actuelle
 - 3.2.5.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.5.3. Solution envisageable
- 3.2.6. Application de la présomption spéciale en matière immobilière aux contrats de location de vacances (art. 4.3)
 - 3.2.6.1. Solution actuelle
 - 3.2.6.2. Difficultés rencontrées dans l'application de cet article
 - 3.2.6.3. Solution envisageable
- 3.2.7. Interrogations relatives à la protection du consommateur (art. 5)
 - 3.2.7.1. Rappel du contenu et du domaine des règles protectrices de l'article 5
 - 3.2.7.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.7.3. Solutions envisageables
- 3.2.8. Interrogations quant à la définition du terme "dispositions impératives"
 - 3.2.8.1. La notion de "disposition impérative » couvre une réalité multiple
 - 3.2.8.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.8.3. Solutions envisageables
- 3.2.9. Incertitudes relatives à l'interprétation du terme « détachement temporaire » du salarié (art. 6)
 - 3.2.9.1. La loi applicable au contrat de travail
 - 3.2.9.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.9.3. Solutions envisageables
- 3.2.10. D'autres interrogations concernant l'article 6
- 3.2.11. Application des lois de police étrangères (art. 7.1)
- 3.2.12. Loi applicable à la forme du contrat (art. 9)
 - 3.2.12.1. Solution actuelle
 - 3.2.12.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.12.3. Solutions envisageables
- 3.2.13. Loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers (art. 12)
 - 3.2.13.1. Solution actuelle
 - 3.2.13.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.13.3. Solutions envisageables
- 3.2.14. Champ d'application respectifs des articles 12 et 13 relatifs à la cession de créance et la subrogation
 - 3.2.14.1. Le mécanisme de la subrogation dans la Convention de Rome
 - 3.2.14.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.14.3. Solutions envisageables
- 3.2.15. Absence de règle de conflit relative à la compensation légale
 - 3.2.15.1. Présentation du mécanisme de la compensation
 - 3.2.15.2. Difficultés rencontrées
 - 3.2.15.3. Solutions envisageables

ANNEXE N° 3 (extrait)

Convention du Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Section 6
Prorogation de compétence

Article 17

Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou ces tribunaux de cet État sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État contractant, les tribunaux des autres États contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.

Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant auxquels l'acte constitutif d'un *trust* attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un *trustee* ou un bénéficiaire d'un *trust*, s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du *trust*.

Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de *trust* sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12 et 15 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16.

Si une convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention.

En matière de contrats individuels de travail, la convention attributive de juridiction ne produit ses effets que si elle est postérieure à la naissance du différend ou si le travailleur l'invoque pour saisir une d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5.1

ANNEXE N° 4 (extrait)

RÈGLEMENT (CE) N° 44/2001 DU CONSEIL du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Section 7 Prorogation de compétence

Article 23

1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.

4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.

5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22.

La loi applicable au contrat de transport maritime

La loi applicable au contrat de transport maritime

La loi applicable au contrat de transport maritime

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- Du PONTAVICE E. & CORDIER P., Transport et affrètements maritimes, Delmas, 2^{ème} ed. 1990
- KASSIS A., Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, 1993
- Lamy Transport, Tome 2, 2004
- LOUSSOUARN Y. & BOUREL P., Droit international privé, Dalloz, 7^{ème} ed. 2001
- REMOND-GOUILLOUD M., Droit maritime, Pedone, 1988
- RODIERE R., Traité général de droit maritime, Tome II, Dalloz, 1967
- VIALARD A., Droit maritime, 1^{ère} ed. 1997

Thèse :

- KPOAHOUN AMOUSSOU A., Les clauses attributives de compétences dans le transport maritime de marchandises, Bibliothèque du Centre de Droit Maritime et des Transports, PUAM, 2002

Mémoire :

- MARCOUYEUX F., La clause Paramount, CDMT, 1998

Articles :

- ACHARD R. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur les obligations contractuelles, DMF n° 507 juil-août 1991, p. 452
- ARRADON F., Arbitrage international à Paris et arbitrage à Paris selon la loi française, DMF n° 646 mars 2004, p. 231
- BONASSIES P., L'entrée en vigueur du règlement communautaire n° 44-2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale, Revue Scapel, 2002, Doctrine, p. 48
- GIULIANO M. & LAGARDE P., Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, europa.eu.int
- LAGARDE P., Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ?, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003

Sites internet :

- europa.eu.int – site de l'Union européenne
- legifrance.gouv.fr – le portail du droit français
- lexmaritima.net – site spécialisé en droit maritime
- tetley.law.magill.ca (Tetley's Law and Other Nonsense) – site de M. William TETLEY

TABLE DES MATIERE

SOMMAIRE	2
ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION	4
PREMIERE PARTIE : LA LIBERTE DE CHOIX DES PARTIES	10
<u>Chapitre 1</u> : Le choix exprès des parties.....	11
<u>Section 1</u> : Les conditions de validité et d’opposabilité de la clause Paramount	11
<u>Paragraphe 1</u> : Les conditions de validité de la clause Paramount.....	11
A : La rédaction de la clause	12
B : Le rattachement obligatoire à une loi	12
<u>Paragraphe 2</u> : Les conditions d’opposabilité de la Clause Paramount.....	13
A : Connaissance de la clause	14
B : Acceptation de la clause	14
<u>Section 2</u> : Le champ d’application de la clause Paramount.....	15
<u>Paragraphe 1</u> : La détermination du champ d’application par la norme désignée.....	16
A : Les Règles de La Haye	16
B : La loi française de 1966	17
C : Les règles de Hambourg	20
<u>Paragraphe 2</u> : Le rejet du sectionnement juridique du contrat par les parties.....	22
<u>Chapitre 2</u> : Le choix implicite des parties.....	24
<u>Section 1</u> : Les clauses attributives de juridiction	24
<u>Paragraphe 1</u> : La validité des clauses attributives de compétence.....	25

La loi applicable au contrat de transport maritime

A : La teneur des règles de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968	25
1 : Les dispositions relatives à l'écrit	26
2 : Les dispositions relatives à la pratique.....	29
B : Les conditions de mises en œuvres de l'article 17	31
1 : Le domicile dans un Etat contractant	31
2 : Le moment de la vérification du domicile	33
<u>Paragraphe 2</u> : L'opposabilité des clauses attributives de juridiction	35
A : Les conditions posées par l'arrêt <i>Nagasaki</i>	36
1 : l'exigence de l'acceptation de la clause par le destinataire.....	36
(i) : Une acceptation distincte de celle du chargeur	36
(ii) : L'expression de l'acceptation du destinataire	38
2 : Le moment de l'acceptation de la clause attributive de juridiction	39
B : L'appréciation jurisprudentielle de la clause attributive de compétence.....	41
<u>Section 2</u> : Les clauses compromissoires	43
<u>Paragraphe 1</u> : Les conventions internationales et l'arbitrage international.....	44
A : La Convention de Bruxelles de 1924	45
B : Les Règles de Hambourg.....	45
C : La Convention Multimodal de 1980.....	46
D : La Convention de Rome de 1980.....	46
<u>Paragraphe 2</u> : L'opposabilité de la clause d'arbitrage	47
A : L'acceptation de la clause par le destinataire	48
B : La forme de l'acceptation de la clause par le destinataire	49
<u>Chapitre 3</u> : Les limites à la liberté de choix des parties.....	51
Section 1 : L'ordre public.....	51
<u>Paragraphe 1</u> : Ordre public international ou ordre public du for	52
<u>Paragraphe 2</u> : Une application « manifestement » incompatible avec l'ordre public du for	53

La loi applicable au contrat de transport maritime

<u>Paragraphe 3</u> : L'application de la loi de substitution	54
<u>Section 2</u> : Les lois de police.....	55
SECONDE PARTIE : LE DEFAUT DE CHOIX DES PARTIES	61
<u>Chapitre 1</u> : La loi applicable par le juge étatique.....	62
<u>Section 1</u> : Le critère des liens les plus étroits	62
<u>Paragraphe 1</u> : Les présomptions prévues par la Convention de Rome.....	63
A : La présomption générale de l'article 4§2	63
B : La présomption spéciale du contrat de transport de marchandises	65
<u>Paragraphe 2</u> : L'application des présomptions de la Convention par la jurisprudence	67
<u>Section 2</u> : La « clause d'exception ».....	70
<u>Paragraphe 1</u> : Le « retour » au critère des « liens les plus étroits »	71
<u>Paragraphe 2</u> : La récente application de la « clause d'exception » par le jurisprudence.	72
<u>Chapitre 2</u> : La loi applicable par le juge arbitral.....	75
<u>Section 1</u> : L'absence de <i>lex fori</i> de l'arbitre international	76
<u>Section 2</u> : l'absence de soumission de l'arbitre aux règles de droit.....	78
<u>Section 3</u> : Le choix du droit applicable par l'arbitre.....	82
<u>Paragraphe 1</u> : La loi applicable à la procédure	82
<u>Paragraphe 2</u> : La loi applicable au fond du litige.....	83
CONCLUSION.....	85
ANNEXES.....	89
BIBLIOGRAPHIE	104
TABLE DES MATIERES	105